

**Sygn. akt: KIO 2708/14**

**Sygn. akt: KIO 2717/14**

**Sygn. akt: KIO 2720/14**

**Sygn. akt: KIO 2723/14**

## **WYROK**

**z dnia 16 stycznia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Barbara Bettman**

**Członkowie: Piotr Kozłowski**

**Renata Tubisz**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 i 14 stycznia 2014 r. w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19 grudnia 2014 r.** przez wykonawców:

- A. Valoriza Servicios Medioambientales S.A. ul. Juan Esplandiuu 11-13 28007 Madryt**, reprezentowany przez radcę prawnego P. L. Kancelaria Aval-Consult Sp. p. ul. Kartuska 5, 80-103 Gdańsk (**sygn. akt: KIO 2708/14**);
- B. konsorcjum firm w składzie: Astaldi S.p.A. ul. G.V. Bona 65, 00156 Rzym** lider konsorcjum; **TM.E. S.p.A. Termomeccanica Ecologia; TIRU S.A.**, adres do korespondencji: Astaldi S.p.A. Oddział w Polsce ul. Sapieżyńska 10a, 00-215 Warszawa (**sygn. akt: KIO 2717/14**);
- C. Czysta Energia Gdańsk Sp. z o.o. ul. Chorzowska 50, 41-121 Katowice** (**sygn. akt: KIO 2720/14**);
- D. ITPOK Gdańsk Sp. z o.o., ul. Rynek 39/40 50-142 Wrocław** (**sygn. akt: KIO 2723/14**);

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Utylizacyjny Sp. z o.o., ul. Jabłoniowa 55, 80-180 Gdańsk**, przy udziale przystępujących do postępowań odwoławczych wykonawców:

- A. **SITA Bałtycka Energia Sp. z o. o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa** po stronie zamawiającego; **Abeinsa Ingenieria y Consruccion Industrial S.A., Campus Palmas Atlas C/Energia Solar 1, 41014 Sewilla** po stronie odwołującego; **NDI Project Development Sp. z o.o., ul. Powstańców Warszawy 19; 81-718 Sopot** po stronie zamawiającego; **Dalveo Poznań Sp. z o.o., ul. Gdyńska 54, 61-016 Poznań** po stronie zamawiającego; **Czysta Energia Gdańsk Sp. z o.o. ul. Chorzowska 50, 41-121 Katowice** po stronie zamawiającego, **ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. ul. Chmielna 25, 00-021 Warszawa** w sprawie sygn. akt: KIO 2708/14,
- B. **ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. ul. Chmielna 25, 00-021 Warszawa** po stronie zamawiającego; **SITA Bałtycka Energia Sp. z o. o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa** po stronie zamawiającego; **Czysta Energia Gdańsk Sp. z o.o. ul. Chorzowska 50, 41-121 Katowice** po stronie zamawiającego; **ITPOK Gdańsk Sp. z o.o., ul. Rynek 39/40, 50-142 Wrocław** po stronie zamawiającego; **Abeinsa Ingenieria y Consruccion Industrial S.A., Campus Palmas Atlas C/Energia Solar 1, 41014 Sewilla** po stronie odwołującego; **NDI Project Development Sp. z o.o., ul. Powstańców Warszawy 19; 81-718 Sopot** po stronie zamawiającego; w sprawie sygn. akt: KIO 2717/14;
- C. **SITA Bałtycka Energia Sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa** po stronie zamawiającego; **Abeinsa Ingenieria y Consruccion Industrial S.A., Campus Palmas Atlas C/Energia Solar 1, 41014 Sewilla** po stronie odwołującego; **NDI Project Development Sp. z o.o., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** po stronie zamawiającego; **Dalveo Poznań Sp. z o.o. ul. Gdyńska 54, 61-016 Poznań** po stronie zamawiającego; **ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k., ul. Chmielna 25, 00-021 Warszawa**, po stronie zamawiającego; konsorcjum firm w składzie: **Astaldi S.p.A.; TM.E. S.p.A. Termomeccanica Ecologia; TIRU S.A.**, adres do korespondencji: **Astaldi S.p.A. Oddział w Polsce ul. Sapieżyńska 10a, 00-215 Warszawa** po stronie zamawiającego; **ITPOK Gdańsk Sp. z o.o., ul. Rynek 39/40 50-142 Wrocław** po stronie zamawiającego; w sprawie sygn. akt: KIO 2720/14),
- D. **SITA Bałtycka Energia Sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa** po stronie zamawiającego; **ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k., ul. Chmielna 25, 00-021 Warszawa**; **Czysta Energia Gdańsk Sp. z o.o. ul. Chorzowska 50, 41-121 Katowice** po stronie zamawiającego; **Dalveo Poznań Sp. z o.o., ul. Gdyńska 54,**

**61-016 Poznań** po stronie zamawiającego; **NDI Project Development Sp. z o.o., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** po stronie zamawiającego; **Abeinsa Ingenieria y Consruccion Industrial S.A., Campus Palmas Atlas C/Energia Solar 1, 41014 Sewilla** po stronie odwołującego; **Valoriza Servicios Medioambientales S.A. ul. Juan Esplandiuu 11-13 28007 Madryt,** po stronie odwołującego; konsorcjum firm w składzie: **Astaldi S.p.A. (lider); TM.E. S.p.A. Termomeccanica Ecologia; TIRU S.A.,** adres do korespondencji: **Astaldi S.p.A. Oddział w Polsce ul. Sapieżyńska 10a, 00-215 Warszawa** po stronie zamawiającego; w sprawie **sygn. akt: KIO 2723/14),**

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołania wykonawców:**

- A. Valoriza Servicios Medioambientales S.A. ul. Juan Esplandiuu 11-13 28007 Madryt, Hiszpania** reprezentowanego przez radcę prawnego P. L. Kancelaria Aval-Consult Sp. p. ul. Kartuska 5, 80-103 Gdańsk (**sygn. akt: KIO 2708/14**);
- B. konsorcjum firm w składzie: Astaldi S.p.A. ul. G.V. Bona 65, 00156 Rzym** (lider konsorcjum); **TM.E. S.p.A. Termomeccanica Ecologia; TIRU S.A.,** adres do korespondencji: **Astaldi S.p.A. Oddział w Polsce ul. Sapieżyńska 10a, 00-215 Warszawa** (**sygn. akt: KIO 2717/14**);
- C. Czysta Energia Gdańsk Sp. z o.o. ul. Chorzowska 50, 41-121 Katowice** (**sygn. akt: KIO 2720/14**);
- D. ITPOK Gdańsk Sp. z o.o., ul. Rynek 39/40 50-142 Wrocław** (**sygn. akt: KIO 2723/14**);

**1.2. nakazuje zamawiającemu Zakładowi Utylizacyjnemu Sp. z o.o., ul. Jabłoniowa 55, 80-180 Gdańsk:**

- 1) unieważnienie czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i przyznanych ocen stopnia spełnienia tych warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcom, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- 2) ponowne badanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz dokonanie ponownej oceny tych wniosków w odniesieniu do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym w zakresie wiedzy i doświadczenia, tak dotyczących spełnienia

warunków minimalnych, jak i w zakresie przyznanych ocen stopnia spełnienia warunków podlegających ocenie punktowej przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu,

3) nakazuje wezwanie wykonawcy **Dalveo Poznań Sp. z o.o. ul. Gdyńska 54, 61-016 Poznań** do uzupełnienia dokumentu „informacji o przynależności do grupy kapitałowej wykonawcy,”

4) nakazuje wezwanie wykonawcy **NDI Projekt Development S.A. ul. Powstańców Warszawy 19; 81-718 Sopot** do uzupełnienia dokumentów dotyczących zdolności ekonomiczno-finansowej,

5) nakazuje wykluczenie wykonawcy **ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k., ul. Chmielna 25 00-021 Warszawa** z postępowania;

6) nakazuje powiadomienie wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o wynikach ponownej oceny wniosków;

- w tym podania uzasadnienia obejmującego:

a) które z ujętych w wykazach referencyjnych robót i usług w wyznaczonym w ogłoszeniu zakresie minimalnym (1 robota i 1 usługa) zamawiający zaliczył uczestniczącym w postępowaniu wykonawcom na poczet wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dla wykazania braku podstaw do wykluczenia,

b) jaką punktację przyznał zamawiający poszczególnym robotom i usługom ujętym w wykazach robót budowlanych i usług wraz z punktacją ogólną – w odniesieniu do tych wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania,

c) przyczyny, dla których zamawiający nie przyznał punktów poszczególnym robotom i usługom ujętym w wykazach robót budowlanych i usług;

**2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zakład Utylizacyjny Sp. z o.o., ul. Jabłoniowa 55, 80-180 Gdańsk,**

**2.1.** zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **80 000 zł 00 gr** (słownie: osiemdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących wykonawców w sprawach **sygn. akt: KIO 2708/14; KIO 2717/14; KIO 2720/14; KIO 2723/14** – tytułem wniesionych wpisów od odwołań,

**2.2. zasądza od zamawiającego Zakładu Utylizacyjnego Sp. z o.o., ul. Jabłoniowa 55, 80-180 Gdańsk na rzecz wykonawców:**

- A. Valoriza Servicios Medioambientales S.A. ul. Juan Esplandiuu 11-13 28007 Madryt, Hiszpania** kwotę **24 476,78 zł** (słownie: dwadzieścia cztery tysiące czterysta siedemdziesiąt sześć złotych siedemdziesiąt osiem groszy) tytułem wpisu od odwołania; kosztów zastępstwa przez pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę (**sygn. akt: KIO 2708/14**);
- B.** konsorcjum firm w składzie: **Astaldi S.p.A. ul. G.V. Bona 65, 00156 Rzym** (lider konsorcjum); **TM.E. S.p.A. Termomeccanica Ecologia**; **TIRU S.A., adres do korespondencji: Astaldi S.p.A. Oddział w Polsce, ul. Sapieżyńska 10a, 00-215 Warszawa** kwotę **23 600,00 zł** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, (**sygn. akt: KIO 2717/14**);
- D. Czysta Energia Gdańsk Sp. z o.o. ul. Chorzowska 50, 41-121 Katowice** kwotę **23 600,00 zł** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, (**sygn. akt: KIO 2720/14**);
- E. ITPOK Gdańsk Sp. z o.o., ul. Rynek 39/40 50-142 Wrocław** kwotę **20 000,00 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania (**sygn. akt: KIO 2723/14**);

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

**Sygn. akt: KIO 2708/14**

**Sygn. akt: KIO 2717/14**

**Sygn. akt: KIO 2720/14**

**Sygn. akt: KIO 2723/14**

## **Uzasadnienie**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego pn. „System gospodarki odpadami dla metropolii trójmiejskiej - na zaprojektowanie, wybudowanie i zarządzanie, utrzymanie i eksploatację oraz ewentualne finansowanie Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów w Gdańsku o nominalnej wydajności przetwarzania odpadów komunalnych do 250 000 Mg/rok w technologii rusztowej” (Dz. Urz. UE 2014/S 178-314893 z 17.09.2014 r.), w dniu 19 grudnia 2014 r. zostały wniesione następujące odwołania wykonawców:

A. Valoriza Servicios Medioambientales S.A. (sygn. akt: KIO 2708/14);

B. konsorcjum firm w składzie: Astaldi S.p.A. (lider konsorcjum); TM.E. S.p.A. Termomeccanica Ecologia; TIRU S.A. (sygn. akt: KIO 2717/14);

C. Czysta Energia Gdańsk Sp. z o.o. (sygn. akt: KIO 2720/14);

D. ITPOK Gdańsk Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt: KIO 2723/14);

- w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym, w sposób umożliwiający zapoznanie się z ich treścią, zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

Podstawą wniesienia odwołań było powiadomienie o ustaleniu wyniku oceny złożonych wniosków, o której to czynności wykonawcy zostali poinformowani za pośrednictwem faksu w dniu 9 grudnia 2014 r.

Odwołujący, wobec podjętych czynności i zaniechań czynności nakazanych ustawą, zarzucili zamawiającemu Zakładowi Utylizacyjnemu Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), dalej zwaną „ustawą Pzp.”

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia wniesionych odwołań w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Wykonawcy, legitymowali się interesem we wniesieniu rozpatrywanych odwołań w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do zarzutów dotyczących:

- 1) nieprawidłowej i niezgodnej z ogłoszeniem procedury oceny wniosków i zaniechania pełnego poinformowania ze strony zamawiającego, co do sposobu ustalenia spełnienia warunków minimalnych i przyznawania punktacji stopnia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wszystkim wykonawcom,
  - 2) zaniechania wykluczenia z postępowania konkurentów ze względu na niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu:
    - a) w zakresie spełniania warunków sytuacji ekonomicznej i finansowej,
    - b) oraz w zakresie braku podstaw do wykluczenia ze względu na sytuację podmiotową wykonawców
- względem tych wykonawców, którzy poprzedzali odwołujących w dokonanej ocenie wniosków i przyznanej punktacji. Z tym, że odwołujący konsorcjum Astaldii S.p.A. znajdował się w puli 5 wykonawców podlegających zaproszeniu do dialogu.

Przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy (...), jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Nie budzi wątpliwości interes wykonawców Valoriza Servicios Medioambientales S.A., pozycja 12 (KIO 2708/14) oraz czysta Energia Gdańsk Sp. z o.o., pozycja 7(KIO 2720/14), ITPOK Gdańsk Sp. z o.o., pozycja 6 (sygn. akt KIO 2723/14) w skarżeniu dokonanej oceny wniosków własnych i wykonawców zajmujących wyższe pozycje, gdyż przy ustalonym przez zamawiającego wyniku oceny mają oni zamknięty dostęp do zamówienia, nie mieszczą się bowiem w puli wykonawców, którzy podlegają zaproszeniu do etapu dialogu konkurencyjnego.

Odmierna sytuacja zachodziła w przypadku wykonawcy - konsorcjum firm: Astaldii S.p.A; T.M.E Termomeccanica Ecologia; TIRU S.A., sklasyfikowanego na pozycji 5 (KIO 2717/14) oraz ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (poz. 6) w skarżeniu czynności oceny wniosków, zajmujących poz. 6,7 i 8. Należało zważyć, że stosownie do postanowień art. 60d ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający zaprasza do dialogu konkurencyjnego, wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu, a więc odwołujący Astaldi mieści się w tej liczbie. Z kolei przepis art. art. 60a ustawy Pzp gwarantuje wszystkim wykonawcom uczestniczącym do dialogu zaproszenie do złożenia oferty, bez względu na różnicowanie przyznanej im punktacji. Nie umniejszało to jednak podstaw do zgłaszania przez odwołujących zarzutów przyjęcia niezgodnych z warunkami ogłoszenia zasad oceny wniosków i zaniechania pełnego poinformowania ze strony zamawiającego - co do sposobu ustalenia spełnienia warunków minimalnych i przyznawania punktacji poszczególnym wykonawcom.

W ocenie Izby, w granicach powyżej sprecyzowanego interesu i legitymacji do wniesienia odwołań wykonawcy wykazali możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp i podstaw do wzruszenia wadliwych czynności.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 22 grudnia 2014 r. zgłoszenia do postępowań odwoławczych, w kopii przesłane stronom, w dniu 23 i 27 grudnia 2014 r. zgłosili następujący wykonawcy:

- A.** SITA Bałtycka Energia Sp. z o. o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa po stronie zamawiającego; Abeinsa Ingenieria y Construcción Industrial S.A., Campus Palmas Atlas C/Energia Solar 1, 41014 Sewilla po stronie odwołującego; NDI Project Development Sp. z o.o., ul. Powstańców Warszawy 19; 81-718 Sopot po stronie zamawiającego; Dalveo Poznań Sp. z o.o., ul. Gdyńska 54, 61-016 Poznań po stronie zamawiającego; Czysta Energia Gdańsk Sp. z o.o. ul. Chorzowska 50, 41-121 Katowice po stronie zamawiającego, ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. ul. Chmielna 25, 00-021 Warszawa w sprawie sygn. akt: KIO 2708/14,
- B.** ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. ul. Chmielna 25, 00-021 Warszawa po stronie zamawiającego; SITA Bałtycka Energia Sp. z o. o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa po stronie zamawiającego; Czysta Energia Gdańsk Sp. z o.o. ul. Chorzowska 50, 41-121 Katowice po stronie zamawiającego; ITPOK Gdańsk Sp. z o.o., ul. Rynek 39/40, 50-142 Wrocław po stronie zamawiającego; Abeinsa Ingenieria y Construcción Industrial S.A., Campus Palmas Atlas C/Energia Solar 1, 41014 Sewilla po stronie odwołującego; NDI Project Development Sp. z o.o., ul. Powstańców Warszawy 19; 81-718 Sopot po stronie zamawiającego; w sprawie sygn. akt: KIO 2717/14;
- C.** SITA Bałtycka Energia Sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa po stronie zamawiającego; Abeinsa Ingenieria y Construcción Industrial S.A., Campus Palmas Atlas C/Energia Solar 1, 41014 Sewilla po stronie odwołującego; NDI Project Development Sp. z o.o., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot po stronie zamawiającego; Dalveo Poznań Sp. z o.o. ul. Gdyńska 54, 61-016 Poznań po stronie zamawiającego; ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k., ul. Chmielna 25, 00-021 Warszawa, po stronie zamawiającego; konsorcjum firm w składzie: Astaldi S.p.A.; T.M.E. S.p.A. Termomeccanica Ecologia; TIRU S.A., adres do korespondencji: Astaldi S.p.A. Oddział w Polsce ul. Sapieżyńska 10a, 00-215 Warszawa po stronie zamawiającego; ITPOK Gdańsk Sp. z o.o., ul. Rynek 39/40 50-142 Wrocław po stronie zamawiającego; w sprawie sygn. akt: KIO 2720/14),
- D.** SITA Bałtycka Energia Sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa po stronie zamawiającego; ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k., ul. Chmielna 25, 00-021 Warszawa;



Czysta Energia Gdańsk Sp. z o.o. ul. Chorzowska 50, 41-121 Katowice po stronie zamawiającego; Dalveo Poznań Sp. z o.o., ul. Gdyńska 54, 61-016 Poznań po stronie zamawiającego; NDI Project Development Sp. z o.o., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot po stronie zamawiającego; Abeinsa Ingenieria y Construcción Industrial S.A., Campus Palmas Atlas C/Energia Solar 1, 41014 Sewilla po stronie odwołującego; Valoriza Servicios Medioambientales S.A. ul. Juan Esplandiú 11-13 28007 Madryt, po stronie odwołującego; konsorcjum firm w składzie: Astaldi S.p.A. (lider); T.M.E. S.p.A. Termomeccanica Ecologia; TIRU S.A., adres do korespondencji: Astaldi S.p.A. Oddział w Polsce ul. Sapieżyńska 10a, 00-215 Warszawa po stronie zamawiającego; w sprawie sygn. akt: KIO 2723/14),

Izba postanowiła dopuścić wyżej wymienionych wykonawców do udziału w postępowaniach odwoławczych, zgodnie z przystąpieniem, uznając że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane, w zakresie w jakim wymienieni wykonawcy posiadają interes w popieraniu stanowiska strony postępowania odwoławczego, po stronie której przystąpili.

Izba dopuściła dowody z ogłoszenia o zamówieniu wraz z wyjaśnieniami, formularzy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i załączników, wniosków wykonawców, korespondencji zamawiającego z wykonawcami, protokołu postępowania z załącznikami, w tym formularze szczegółowej oceny wniosków.

Izba nie dopuściła dowodów wnioskowanych przez:

1. ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu z opinii biegłego sądowego z zakresu technologii termicznego przekształcania odpadów na okoliczność ustalenia, czy obiekty referencyjne wskazane we wnioskach o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym spełniają wymogi określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o przedmiotowym postępowaniu, w szczególności w zakresie norm emisyjnych zgodnych z przepisami Unii Europejskiej. Z uwagi na złożony charakter sprawy odwołujący wnoszą, aby opinia została sporządzona przez zespół (jednostkę naukowo badawczą lub uczelnię techniczną) na terenie Unii Europejskiej lub Stanów Zjednoczonych, która będzie posiadała techniczne możliwości, doświadczenie, jak również zaplecze niezbędne do zweryfikowania, czy instalacje referencyjne zgłoszone przez pozostałych wykonawców, w szczególności NDI Project Development Sp. z o.o.:
  - a) spełniają wymogi wynikających z przepisów Unii Europejskiej w zakresie emisji,
  - b) spełniają wymogami zamawiającego określone w ogłoszeniu w zakresie

wymaganego doświadczenia, obejmującego projektowanie i budowę oraz zarządzania instalacjami termicznego przekształcania odpadów.

Odwołujący wskazał, jako potencjalną jednostkę badawczą, która może przeprowadzić tego typu badanie:

- 1) Politechnika Warszawska,
- 2) Akademia Górniczo- Hutnicza,
- 3) Uniwersytet Techniczny w Monachium,
- 4) Massachusetts Institute of Technology USA.

Wnioskowany dowód Izba uznała za bezprzedmiotowy dla rozpatrzenia zarzutów odwołania, w zakresie oceny sprowadzającej się do stwierdzenia naruszeń proceduralnych prowadzonego przez zamawiającego postępowania, w tym odstępstw od wyznaczonych warunków ogłoszenia i braku poinformowania wykonawców o sposobie przeprowadzonych ocen wniosków.

2. z innych dokumentów składanych przez wykonawców w toku rozprawy - na okoliczności wykazywania spełnienia warunków udziału w ogólności, jak i przyjmowanych do ustalenia punktacji.

Ocena spełnienia warunków udziału dla wykazania braku podstaw do wykluczenia, jak i przyjmowanych do ustalenia punktacji zgodnie z warunkami wyznaczonymi w ogłoszeniu – winna się odbywać wyłącznie na podstawie dokumentów wymaganych, i z góry określonych w ogłoszeniu oraz załączonych do wniosków poszczególnych wykonawców, z ich dopuszczalnymi uzupełnieniami na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Rozpatrując sprawę w granicach zgłoszonych zarzutów odwołań zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Ogłoszenie o zamówieniu Sekcja II: Przedmiot zamówienia

II.1) Opis II.1.1) Nazwa nadana zamówieniu przez instytucję zamawiającą: System gospodarki odpadami dla metropolii trójmiejskiej

II.1.2) Rodzaj zamówienia oraz lokalizacja robót budowlanych, miejsce realizacji dostawy lub świadczenia usług

Usługi. Kategoria usług: nr 16: Usługi w dziedzinie odprowadzania ścieków i wywozu nieczystości; usługi sanitarne i podobne. Główne miejsce lub lokalizacja robót budowlanych, miejsce realizacji dostawy lub świadczenia usług: Gdańsk

II.1.3) Informacje na temat zamówienia publicznego, umowy ramowej lub dynamicznego systemu zakupów (DSZ)

Ogłoszenie dotyczy zamówienia publicznego

II.1.5) Krótki opis zamówienia lub zakupu. Przedmiotem umowy PPP będzie: zaprojektowanie, wybudowanie i zarządzanie, utrzymanie i eksploatację, ewentualnie z finansowaniem, Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów w Gdańsku o nominalnej wydajności przetwarzania odpadów komunalnych do 250 000 Mg/rok w technologii rusztowej, zwane dalej „Przedsięwzięciem”.

II.1.6) Wspólny Słownik Zamówień (CPV)

90500000, 45252300, 42320000, 51135110

II.1.7) Informacje na temat Porozumienia w sprawie zamówień rządowych (GPA)

Zamówienie jest objęte Porozumieniem w sprawie zamówień rządowych (GPA): tak

II.2) Wielkość lub zakres zamówienia

II.2.1) Całkowita wielkość lub zakres: Szacunkowa wartość bez VAT: 900 000 000 PLN

II.3) Czas trwania zamówienia lub termin realizacji

Sekcja III: Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym

III.1) Warunki dotyczące zamówienia

III.1.2) Główne warunki finansowe i uzgodnienia płatnicze i/lub odniesienie do odpowiednich przepisów je regulujących: Warunki finansowania Przedsięwzięcia i płatności określone zostaną po etapie dialogu konkurencyjnego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

III.2) Warunki udziału

III.2.1) Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego

Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów:

1. W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą”, zamawiający żąda, następujących dokumentów:

1) oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia;

2) aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania Wniosków;

3) aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że partner prywatny nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania Wniosków;

4) aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że partner prywatny nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania Wniosków;

5) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4–8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania Wniosków;

6) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania Wniosków;

7) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania Wniosków.

2. Jeżeli, w przypadku partnera prywatnego mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5–8, 10 i 11 ustawy, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, partner prywatny składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5–8, 10 i 11 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania Wniosków, z tym że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń – zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób lub przed notariuszem.

3. Jeżeli partner prywatny ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów:

1) o których mowa w pkt 1 ppkt 2)–4) i 6) – składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

- nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości,
- nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,
- nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie.

2) o których mowa w pkt 1 ppkt 5) i 7) – składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4–8,10 i 11 ustawy.

4. Dokumenty, o których mowa w pkt 3 ppkt 1) tiret pierwsze i trzecie oraz w ppkt 2), powinny być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania Wniosków. Dokument, o którym mowa w pkt 3 ppkt 1) tiret drugie, powinien być wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania Wniosków.

5. Jeżeli w kraju miejsca zamieszkania osoby lub w kraju, w którym partner prywatny ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w pkt 3, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji partnera prywatnego, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym partner prywatny ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem. Punkt 4 stosuje się odpowiednio.

6. Ocena braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy, dokonywana będzie na podstawie dokumentów wymienionych powyżej.

### III.2.2) Zdolność ekonomiczna i finansowa

Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów: 1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się partnerzy prywatni, którzy spełniają warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, w szczególności w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej:

1) posiadają środki finansowe na rachunku w banku lub w spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej lub zdolność kredytową w wysokości, co najmniej 500.000.000,00 PLN.

2. W celu oceny spełniania przez partnera prywatnego warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, zamawiający żąda informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową partnera prywatnego, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania Wniosków.

3. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny partner prywatny nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku.

4. Partner prywatny może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Partner prywatny w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

5. Jeżeli partner prywatny, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy partner prywatny będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący partnera prywatnego z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda dokumentów, o których mowa w pkt 2.2)2. dotyczących tych innych podmiotów.

Z dokumentów powinno wyraźnie wynikać: (i) zakres zasobów dostępnych dla partnera prywatnego od innych podmiotów, (ii) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, (iii) charakter stosunku prawnego jaki będzie łączył partnera prywatnego z innym podmiotem, oraz (iv) zakres i okres udziału innego podmiotu w realizacji zamówienia.

6. Ocena spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, dokonywana będzie na podstawie dokumentów wymienionych powyżej.

III.2.3) Kwalifikacje techniczne. Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów:

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się partnerzy prywatni, którzy spełniają warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, w szczególności w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia:

1) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończyli:

a) co najmniej jedno zamówienie, w ramach którego zaprojektowali i wykonali roboty budowlane obejmujące budowę lub przebudowę co najmniej 1 spalarni odpadów w technologii rusztowej, przekształcającej odpady komunalne albo frakcję energetyczną z odpadów komunalnych z odzyskiem energii elektrycznej, o mocy przerobowej nie mniejszej niż 80 000 Mg odpadów rocznie, spełniającej wymagania Dyrektywy 2000/76/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 grudnia 2000 r. w sprawie spalania odpadów w zakresie dopuszczalnych emisji spalin ze spalania odpadów. Zamówienie musiało

obejmować zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych obejmujących, co najmniej budowę lub przebudowę: rusztu, kotła, systemu oczyszczania spalin oraz turbiny parowej.

2) W okresie nie dłuższym niż 3 lata przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przez okres co najmniej 12 miesięcy należycie wykonali lub wykonują zamówienie na co najmniej jedną usługę obejmującą zarządzanie spalarnią odpadów wykonaną w technologii rusztowej, o mocy przerobowej nie mniejszej niż 80 000 Mg odpadów rocznie, przekształcającą odpady komunalne lub frakcję energetyczną z odpadów komunalnych z odzyskiem energii elektrycznej, spełniającą wymagania Dyrektywy 2000/76/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 grudnia 2000 r. w sprawie spalania odpadów w zakresie dopuszczalnych emisji spalin ze spalania odpadów.

„budowa”- rozumie się przez to budowę w rozumieniu ustawy prawo budowlane.

„przebudowa” - rozumie się przez to przebudowę w rozumieniu ustawy prawo budowlane.

„spalarnia odpadów” – rozumie się przez to zakład przeznaczony do termicznego przekształcania odpadów obejmujący instalacje i urządzenia służące do prowadzenia procesu termicznego przekształcania odpadów wraz z oczyszczaniem gazów odlotowych i wprowadzaniem ich do atmosfery, kontrolą, sterowaniem i monitorowaniem procesów oraz instalacjami związanymi z przyjmowaniem, wstępnym przetwarzaniem i magazynowaniem odpadów dostarczonych do termicznego przekształcania oraz instalacjami związanymi z magazynowaniem i przetwarzaniem substancji otrzymanych w wyniku spalania i oczyszczania gazów odlotowych; jeżeli współspalanie odpadów odbywa się w taki sposób, że głównym celem tej instalacji nie jest wytwarzanie energii ani wytwarzanie produktów materialnych, tylko termiczne przekształcenie odpadów, wówczas instalacja ta uważana jest za spalarnię odpadów.

„odpady komunalne” - rozumie się przez to odpady powstające w gospodarstwach domowych, z wyłączeniem pojazdów wycofanych z eksploatacji, a także odpady niezawierające odpadów niebezpiecznych pochodzące od innych wytwórców odpadów, które ze względu na swój charakter lub skład są podobne do odpadów powstających w gospodarstwach domowych; zmieszane odpady komunalne pozostają zmieszanyimi odpadami komunalnymi, nawet jeżeli zostały poddane czynności przetwarzania odpadów, która nie zmieniła w sposób znaczący ich właściwości.

„frakcja energetyczna z odpadów komunalnych” - rozumie się przez to wybrane z odpadów komunalnych pozostałości przeznaczone do termicznego przekształcenia.

2. W celu oceny spełniania przez partnera prywatnego warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, zamawiający żąda:

1) wykazu robót budowlanych opisanych w punkcie 1.1) powyżej, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

2) wykazu usług opisanych w punkcie 1.2) powyżej, wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, który powinien obejmować przedmiot świadczonej usługi, w szczególności: podstawowe parametry techniczne i technologiczne spalarni odpadów, opis zadań wykonywanych w ramach usługi, dat wykonania usług, podmiotów, na rzecz których były wykonane z załączeniem dowodów, określających czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

3. Dowodami, o których mowa w pkt 2 powyżej są:

1) poświadczenie z tym, że w odniesieniu do nadal wykonywanych usług poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

2) w przypadku zamówień na roboty budowlane - inne dokumenty - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze partner prywatny nie jest w stanie uzyskać poświadczenia,

3) w przypadku zamówień na usługi - oświadczenie partnera prywatnego - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze partner prywatny nie jest w stanie uzyskać poświadczenia.

4. (...)

5. Partner prywatny może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Partner prywatny w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

6. Jeżeli partner prywatny, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy partner prywatny będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny,



czy stosunek łączący partnera prywatnego z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda dokumentów dotyczących w szczególności:

- 1) zakresu dostępnych partnerowi prywatnemu zasobów innego podmiotu;
- 2) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez partnera prywatnego, przy wykonywaniu zamówienia;
- 3) charakteru stosunku, jaki będzie łączył partnera prywatnego z innym podmiotem;
- 4) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

7. Ocena spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, dokonywana będzie na podstawie dokumentów wymienionych powyżej.

Sekcja IV: Procedura IV.1) Rodzaj procedury

IV.1.1) Rodzaj procedury dialog konkurencyjny

IV.1.2) Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału. Przewidywana minimalna liczba 5

Obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów: 1. W przypadku, gdy liczba partnerów prywatnych spełniających warunki udziału w postępowaniu i nie podlegających wykluczeniu będzie większa niż 5, Zamawiający będzie kwalifikował partnerów prywatnych, którzy uzyskają największą liczbę punktów, stosując kryterium największego doświadczenia w następujący sposób:

- 1) za każde zamówienie wykonane w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, w ramach którego zaprojektowano i wykonano roboty budowlane obejmujące budowę lub przebudowę co najmniej 1 spalarni odpadów w technologii rusztowej, przekształcającej odpady komunalne albo frakcję energetyczną z odpadów komunalnych z odzyskiem energii elektrycznej, o mocy przerobowej nie mniejszej niż 80 000 Mg odpadów rocznie, spełniającej wymagania Dyrektywy 2000/76/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 grudnia 2000 r. w sprawie spalania odpadów w zakresie dopuszczalnych emisji spalin ze spalania odpadów. Zamówienie musiało obejmować zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych obejmujących co najmniej budowę lub przebudowę: rusztu, kotła, systemu oczyszczania spalin oraz turbiny parowej. Partner prywatny otrzyma 1 punkt, lecz łącznie nie więcej niż 10 punktów,
- 2) za każde należycie wykonane lub wykonywane przez co najmniej 12 miesięcy w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zamówienie na usługę obejmującą zarządzanie spalarnią odpadów wykonaną w technologii rusztowej, o mocy przerobowej nie mniejszej niż

80 000 Mg odpadów rocznie, przekształcającą odpady komunalne lub frakcję energetyczną z odpadów komunalnych z odzyskiem energii elektrycznej, spełniającą wymagania Dyrektywy 2000/76/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 grudnia 2000 r. w sprawie spalania odpadów w zakresie dopuszczalnych emisji spalin ze spalania odpadów Partner prywatny otrzyma 5 punktów, lecz łącznie nie więcej niż 100 punktów

2. W celu dokonania kwalifikacji, o której mowa w pkt 1 powyżej zamawiający żąda:

1) wykazu robót budowlanych opisanych w punkcie 1.1) powyżej wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących robót opisanych w punkcie 1 powyżej, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

2) wykazu wykonanych lub wykonywanych usług opisanych w punkcie 1.2) powyżej, który powinien obejmować przedmiot świadczonej usługi, w szczególności: podstawowe parametry techniczne i technologiczne spalarni odpadów, opis zadań wykonywanych w ramach usługi, dat wykonania usług, podmiotów, na rzecz których były wykonane z załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

3. Partnerzy prywatni z największą uzyskaną liczbą punktów spełniający warunki udziału w postępowaniu, zostaną zaproszeni do dialogu.

4. Zamawiający dopuszcza możliwość zaproszenia do dialogu większej liczby partnerów prywatnych niż przewidywana w ogłoszeniu, jeżeli partnerzy prywatni otrzymają tę samą liczbę punktów, co partner oceniony jako piąty.

IV.3.4) Termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

27.10.2014 - 13:00

VI.2) Informacje o funduszach Unii Europejskiej. Zamówienie dotyczy projektu/programu finansowanego ze środków Unii Europejskiej: tak

Podać odniesienie do projektu (projektów) i/lub programu (programów): Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2014-2020

VI.3) Informacje dodatkowe

1. Każdy partner prywatny może złożyć tylko jeden wniosek. Partner prywatny składa wraz z wnioskiem oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy.

2. Partner prywatny składa wraz z wnioskiem oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej.

3. W przypadku, gdy partnera prywatnego reprezentuje pełnomocnik, do Wniosku należy załączyć pełnomocnictwo z określeniem jego zakresu. Pełnomocnictwo należy złożyć w oryginale, kopii poświadczonej notarialnie lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez partnera prywatnego.

4. Partnerzy prywatni wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia.

1) Partnerzy prywatni wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia składają pełnomocnictwo do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego dla ustanowionego przez nich pełnomocnika. Pełnomocnictwo należy złożyć w oryginale, kopii poświadczonej notarialnie lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez partnera prywatnego.

2) Oświadczenie lub oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy winno/y potwierdzać, iż partnerzy prywatni wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia łącznie spełniają warunki udziału w postępowaniu.

3) Dokumenty wymienione w ogłoszeniu o zamówieniu w punkcie III.2.1 pkt 1) muszą dotyczyć każdego z partnerów prywatnych wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

4) Dokumenty wymienione w ogłoszeniu o zamówieniu w punkcie III.2.2 pkt 2 i punkcie III.2.3 pkt 2) powinny potwierdzać, że partnerzy prywatni wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia łącznie spełniają warunki udziału w postępowaniu.

5. Dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez partnera prywatnego.

6. W przypadku partnerów prywatnych wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku innych podmiotów, na zasobach których partner prywatny polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio partnera prywatnego lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez partnera prywatnego lub te podmioty.

7. Zaleca się złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym załączników do wniosku, zgodnie ze wzorem zamieszczonym na stronie internetowej: <http://www.zut.com.pl>.

8. Dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski.

9. (...)

10. W przypadku złożenia przez partnerów prywatnych dokumentów, w których jakiegokolwiek kwoty podane zostały w walutach obcych, zamawiający przeliczy te kwoty na PLN według

średniego kursu Narodowego Banku Polskiego obowiązującego w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej.

11. Sposób porozumiewania się zamawiającego z partnerami prywatnymi: oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i partnerzy prywatni przekazują pisemnie lub faksem.

13. Przewidywany termin obowiązywania umowy PPP nie przekroczy 40 lat i zostanie sprecyzowany w SIWZ, przy czym wniosek o pozwolenie na budowę powinien zostać złożony nie później niż do 31 grudnia 2015 r.

14. Partnerem publicznym będzie Zakład Utylizacyjny sp. z o.o. lub powołana w celu realizacji Przedsięwzięcia spółka komunalna.

Załącznik nr 4 do wniosku stanowi wykaz robót budowlanych wraz z podaniem nazwy obiektu referencyjnego, pomiotu na rzecz którego został zrealizowany, lokalizacji wartości, zakresu zamówienia, opisu zastosowanej technologii spalania odpadów, wydajności projektowej (Mg/rok), rodzaju przekształcanych odpadów; opis sposobu odzysku energii, spełnienie wymagania w odniesieniu do poziomu emisji spalin, data wykonania z załączeniem dowodów, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Załącznik nr 5 do wniosku stanowi wykaz usług wraz z podaniem nazwy pomiotu na rzecz którego zostały realizowane, nazwa obiektu, podmiot świadczący usługi zarządzania spalarnią odpadów, lokalizacji, opis zadań wykonywanych w ramach usługi, wraz z podaniem nazwy obiektu referencyjnego, pomiotu na rzecz którego został zrealizowany, lokalizacji, wartości, zakresu zamówienia, opisu zastosowanej technologii spalania odpadów, wydajności projektowej (Mg/rok), rodzaju przekształcanych odpadów; opis sposobu odzysku energii, spełnienie wymagania w odniesieniu do poziomu emisji spalin, data wykonania z załączeniem dowodów, określających, czy usługi te zostały wykonane w sposób należyty

Załącznik nr 3 do wniosku stanowi informację o przynależności do grupy kapitałowej. Przystępując do udziału w postępowaniu (...) na system gospodarki odpadami dla metropolii trójmiejskiej oświadczamy, że wykonawca ..... nie należy do grupy kapitałowej w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp/ należy do grupy kapitałowej w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, w skład której wchodzi następujące podmioty.....

Odpowiedzi na pytania z dnia 16 października 2014 r.

Pytanie 1. W sekcji III.2.3) punkt 3 ust. 1 Ogłoszenia jako dowód potwierdzający zdolności technicznej zostało wskazane poświadczenie. Przez kogo takie poświadczenie powinno być wydane? Czy forma inna niż notarialna jest dopuszczalna?

Odpowiedź:

Zamawiający wymaga poświadczenia, o którym mowa w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą, być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013r. Dz. U. 2013, poz. 231). Jak wskazano w punktach VI.3).5 i VI.3).6 ogłoszenia dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez partnera prywatnego. W przypadku partnerów prywatnych wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku innych podmiotów, na zasobach których partner prywatny polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio partnera prywatnego lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez partnera prywatnego lub te podmioty.

Pytanie 2 W sekcji IV.1.2) punkt 1 ust. 2 Ogłoszenia została wskazana metodologia przyznawania punktów za usługę zarządzania spalarnią odpadów. Proszę o doprecyzowanie tych zapisów:

- a. Czy 5 punktów będzie przyznawane za każde 12 miesięcy świadczonej usługi, czy
- b. 5 punktów będzie przyznawane za każde zamówienie wykonane/wykonywane w okresie ostatnich 10 lat niezależnie od jego długości, jednak nie krócej niż 12 miesięcy?

Np. Partner Prywatny zarządza spalarnią przez 5 lat w okresie ostatnich 10 lat. Czy dostanie 5 punktów za to zamówienie czy 25 punktów (5 punktów za każdy rok)?

Odpowiedź

Punkty przyznawane są za zamówienie, a nie za 12 miesięcy świadczenia usług. Zamówienie musi spełniać określone w ogłoszeniu wymogi, w tym to, aby było wykonywane co najmniej 12 miesięcy w okresie ostatnich 10 lat.

Pytanie 3. Zgodnie z pkt. III.2.3.1.1) ogłoszenia o zamówieniu w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia partner prywatny musi wykazać, iż „w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończyli, co najmniej jedno zamówienie, w ramach którego zaprojektowali i wykonali roboty budowlane obejmujące budowę lub przebudowę co najmniej 1 spalarni odpadów w technologii rusztowej, przekształcającej odpady komunalne albo frakcję energetyczną z odpadów komunalnych z odzyskiem energii elektrycznej, o mocy przerobowej nie mniejszej niż 80 000 Mg odpadów rocznie, spełniającej wymagania Dyrektywy 2000/76/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 grudnia 2000 r. w sprawie spalania odpadów w zakresie dopuszczalnych emisji spalin ze spalania odpadów. Zamówienie musiało obejmować

zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych obejmujących, co najmniej budowę lub przebudowę: rusztu, kotła, systemu oczyszczania spalin oraz turbiny parowej."

Wykonawca prosi o wyjaśnienie czy użyty w przywołanym powyżej pkt. III.2.3.1.1) termin - zamówienie należy rozumieć w ten sposób, iż obejmuje on zarówno zamówienia realizowane na zlecenie podmiotów trzecich (zarówno podmiotów publicznych w ramach systemu zamówień publicznych, jak i na zlecenie podmiotów prywatnych (np. spółek z grupy), jak i sytuację, w której inwestorem spalarni był sam wykonawca w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej (realizacja „bez zlecenia")?

Odpowiedź:

Użyty w pkt III.2.3.1.1) ogłoszenia termin „zamówienie" obejmuje zarówno zamówienia realizowane na zlecenie podmiotów trzecich (w tym publicznych, jak i prywatnych), jak również realizowanych i ukończonych przez partnera prywatnego, w ramach których był jednocześnie inwestorem/zamawiającym i wykonawcą.

Pytanie 4 czy termin „zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych" oznacza, iż projekt i budowa musi być realizowana w ramach jednej inwestycji, czy też wykonawca może posługiwać się odrębnymi referencjami dla zaprojektowania. a odrębnymi dla wykonania robót budowlanych w ramach różnych inwestycji?

Odpowiedź:

Zamawiający żąda, aby w ramach jednego zamówienia zaprojektowano i wykonano roboty budowlane. Tym samym projekt i budowa musiały być realizowane w ramach jednej inwestycji.

Pytanie 5 Wykonawca zwraca się z prośbą o zmianę warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę zapisów warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, sformułowanego w pkt. III.2.3.1.1) (projektowanie i budowa) oraz w pkt. III.2.3.1.2) (zarządzenie) ogłoszenia o zamówieniu, poprzez zmniejszenie wartości wymaganej mocy przerobowej instalacji w ten sposób iż uzna wskazane powyżej warunki za spełnione w przypadku wykazania się przez partnera prywatnego doświadczeniem w realizacji oraz zarządzaniu instalacją mocy przerobowej nie mniejszej niż 60 000 Mg odpadów rocznie?

Wykonawca zwraca uwagę, iż wykonanie zamówienia, zarówno na roboty budowlane, jak i na zarządzanie spalarnią odpadów w technologii rusztowej, z punktu widzenia projektowego, technicznego, wykonawczego oraz operacyjnego nie różni się pomiędzy instalacją o mocach przerobowych 60.000 Mg/rok a 80.000 Mg/rok. Kluczową różnicą decydującą o mocach przerobowych takiej instalacji jest zapewniony dla niej strumień odpadów. Biorąc pod uwagę, iż w Europie Zachodniej praktyka korzystania ze spalarni odpadów do waloryzacji

energetycznej jest dużo bardziej rozpowszechniona, to również jest dostosowana do odpowiedniej liczby mieszkańców - często mniejszej, niż przewiduje Zamawiający w Postępowaniu, co wpływa na moce przerobowe takiej instalacji, ale nie ma wpływu na jej technologię, wykonanie i zarządzanie. Zmniejszenie wartości 80 000 Mg/rok do 60 000 Mg/rok z pewnością pozwoli na zwiększenie konkurencyjności postępowania. W tym kontekście, wymóg dotyczący realizacji instalacji o mocy 60 000 Mg/rok jest porównywalny do wymogu 80 000 Mg/rok, tj, zapewnia Zamawiającemu adekwatną do przedmiotu zamówienia możliwość weryfikacji wiedzy i doświadczenia danego wykonawcy.

Odpowiedź:

Zamawiający nie zamierza zmieniać ogłoszenia w tym zakresie.

Pytanie 6 Zgodnie z pkt. III.2.3.1.2) ogłoszenia o zamówieniu w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia partner prywatny musi wykazać, iż „W okresie nie dłuższym niż 3 lata przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przez okres co najmniej 12 miesięcy należycie wykonali lub wykonują zamówienie na co najmniej jedną usługę obejmującą zarządzanie spalarnią odpadów wykonaną w technologii rusztowej, o mocy przerobowej nie mniejszej niż 80 000 Mg odpadów rocznie, przekształcająca odpady komunalne lub frakcję energetyczną z odpadów komunalnych z odzyskiem energii elektrycznej, spełniającą wymagania Dyrektywy 2000/76/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 grudnia 2000 r. w sprawie spalania odpadów w zakresie dopuszczalnych emisji spalin ze spalania odpadów.”

Wykonawca prosi o wyjaśnienie: czy użyte w przywołanym powyżej pkt. III.2.3.1.2) sformułowanie „należycie wykonali lub wykonują zamówienie na co najmniej jedną usługę” należy rozumieć w ten sposób, iż obejmuje on zarówno usługi realizowane na zlecenie podmiotów trzecich (zarówno podmiotów publicznych w ramach zamówień publicznych jak i na zlecenie podmiotów prywatnych) jak i sytuację, w której wykonującym usługę jest sam inwestor spalarni w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej (realizacja „bez zlecenia”) ?

Odpowiedź:

Użyty w pkt III.2.3.1-2) ogłoszenia termin „zamówienie” obejmuje zarówno zamówienia realizowane na zlecenie podmiotów trzecich (w tym publicznych, jak i prywatnych), jak również realizowanych i ukończonych przez partnera prywatnego, w ramach których był jednocześnie inwestorem/zamawiającym i wykonawcą.

Pytanie 7 (...)

Pytanie 8 (...)

Pytanie 9 W pkt III. 1.3) Ogłoszenia o zamówieniu w części o nazwie „Forma prawna, jaką musi przyjąć grupa wykonawców, której zostanie udzielone zamówienie” nie zostały wskazane wymagania Zamawiającego. Wobec powyższego Partner Prywatny zwraca się z uprzejmym pytaniem, czy Zamawiający dopuszcza do udziału spółki powstałe w oparciu o KSH niezależnie od daty ich rejestracji w KRS?

Odpowiedź:

Punkt III.1.3) ogłoszenia dotyczy formy prawnej grupy partnerów prywatnych, której zostanie udzielone zamówienie, a nie partnera prywatnego. Zamawiający przypomina o konieczności zachowania tożsamości podmiotu, który bierze udział w postępowaniu jako partner prywatny na wszystkich jego etapach. Nie jest m.in. możliwe zaproszenie do składania ofert innego podmiotu niż podmiot, który złożył wniosek i został zakwalifikowany. Dotyczy to także grupy podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia; jej skład nie może podlegać zmianom w trakcie postępowania.

Pytanie 10. W pkt III.2.1) ust. 1 pkt 4) Ogłoszenia o zamówieniu wskazano na wymóg przedłożenia aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału ZUS potwierdzającego, że partner prywatny nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania Wniosków. Wobec powyższego partner prywatny zwraca się z uprzejmym zapytaniem, czy w sytuacji, gdy Zamawiający dopuszcza do udziału spółki powstałe w oparciu o przepisy kodeksu spółek handlowych, spełnieniem ww. wymagania będzie przedłożenie zaświadczenia o tym, że podmiot nie figuruje w ZUS. Dla ww. spółek, które nie zatrudniają pracowników, ZUS może bowiem wydać jedynie zaświadczenie o tym, że spółka „nie figuruje” w ZUS.

Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza, iż w powyższym przypadku wymaganie zostanie spełnione, gdy Wykonawca przedłoży zaświadczenie z ZUS o tym, że dany podmiot nie figuruje w ZUS.

Pytanie 11. Zgodnie z pkt VI.3) ppkt 14 Ogłoszenia o zamówieniu Partnerem Prywatnym będzie Zakład Utylizacyjny Sp. z o.o. lub inna spółka gminna. Jako, że kwestia tego, kto będzie ostatecznie Partnerem Publicznym lub będzie brał udział w postępowaniu w innym charakterze ma niezwykle istotne znaczenie z punktu widzenia Partnera Prywatnego prosimy o wyjaśnienie:

1. Czy żaden inny niż wskazany powyżej podmiot (w szczególności Gmina) nie uzyska w przedmiotowym postępowaniu statusu Partnera Publicznego? 2. Czy dopuszcza się udział w postępowaniu Gminy w innym charakterze np. jako gwaranta/poręczyciela zobowiązań Partnera Prywatnego?



Odpowiedź: W ogłoszeniu jednoznacznie wskazano, że Podmiotem Publicznym będzie Zakład Utylizacyjny sp. z o.o. albo powołana w tym celu spółka komunalna. Na obecnym etapie nie zakłada się udziału w postępowaniu Gminy.

Pytanie 12. Zgodnie z pkt. III.2.3.1.1) ogłoszenia o zamówieniu w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia partner prywatny musi wykazać, iż „w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończyli, co najmniej jedno zamówienie, w ramach którego zaprojektowali i wykonali roboty budowlane obejmujące budowę lub przebudowę co najmniej 1 spalarni odpadów w technologii rusztowej, przekształcającej odpady komunalne albo frakcję energetyczną z odpadów komunalnych z odzyskiem energii elektrycznej, o mocy przerobowej nie mniejszej niż 80 000 Mg odpadów rocznie, spełniającej wymagania Dyrektywy 2000/76/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 grudnia 2000r. w sprawie spalania odpadów w zakresie dopuszczalnych emisji spalin ze spalania odpadów. Zamówienie musiało obejmować zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych obejmujących co najmniej budowę lub przebudowę: rusztu, kotła, systemu oczyszczania spalin oraz turbiny parowej."

Wykonawca prosi o wyjaśnienie czy Zamawiający uzna za spełniony powyżej opisany warunek udziału w Postępowaniu w przypadku, gdy wykonawca wykaże się doświadczeniem w wykonaniu instalacji zlokalizowanej poza granicami Unii Europejskiej, w przypadku w którym dana instalacja spełnia wymagania lub regulacje prawne obowiązujące w kraju, w którym jest zlokalizowana taka instalacja, a regulacje te przewidują wartości emisji spalin nie większe niż wynikające z Dyrektywy 2000/76/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 grudnia 2000 roku w sprawie spalania odpadów w zakresie dopuszczalnym emisji spalin ze spalania odpadów?

Odpowiedź:

W ogłoszeniu nie ma wymogu, aby referencyjna spalarnia znajdowała się w UE. Musi ona spełniać wymagania wynikające z Dyrektywy 2000/76/WE.

Pytanie 13. Prosimy o wyjaśnienie zapisu z pkt. III. 2.2.) 5 Ogłoszenia o Zamówienie, Zgodnie z przywołanym punktem partner prywatny polegający na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b PZP winien przedłożyć dokumenty o których mowa w pkt. 2.2)2. Uprzejmie prosimy o potwierdzenie czy wskazany dokument winien wykazać zdolność kredytową podmiotu użyczającego w wysokości co najmniej 500 000 000,00 PLN, czy też inną zdolność. Uprzejmie prosimy o potwierdzenie, że partner prywatny nie jest zobowiązany do dostarczenia innych dokumentów obrazujących sytuację

prawno-ekonomiczną podmiotu użyczającego. Ponadto prosimy o wyjaśnienie, jakich dokumentów żąda Zamawiający w celu wykazania,

- (i) Zakresu zasobów dostępnych dla partnera prywatnego od podmiotu użyczającego,
- (ii) Sposobu wykorzystania zasobów podmiotu użyczającego,
- (iii) Charakteru stosunku prawnego między podmiotem użyczającym a partnerem prywatnym,
- (iv) Zakresu i okresu udziału podmiotu użyczającego w realizacji zamówienia.

Uprzejmie prosimy o potwierdzenie, że wykazanie powyższych okoliczności opierać się będzie na oświadczeniu podmiotu użyczającego referencje.

Odpowiedź:

W odniesieniu do postanowienia punktu III.2.2).5 ogłoszenia o Zamówieniu wskazujemy, iż w przypadku gdy Partner prywatny, wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych. Zamawiający żąda dokumentów określonych w punkcie III.2.2).2 ogłoszenia o Zamówieniu dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby w tym zakresie, tj. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową tego podmiotu, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wskazane dokumenty powinny potwierdzać wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową tego podmiotu, w zakresie w jakim udostępnia te zasoby Partnerowi prywatnemu. Zamawiający nie żąda innych dokumentów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej podmiotu udostępniającemu Partnerowi prywatnemu zasoby w powyższym zakresie. Ponadto zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz postanowieniem punktu III.2.2).4 i punktu III.2.3).6 ogłoszenia o Zamówieniu, Partner prywatny polegający na zdolnościach finansowych lub wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów jest zobowiązany udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego powyższa okoliczność powinna być wykazana dokumentami, z których powinny wyraźnie wynikać: (i) zakres zasobów dostępnych dla Partnera prywatnego od innych podmiotów, (ii) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, (iii) charakter stosunku prawnego jaki będzie łączył Partnera prywatnego z innym podmiotem, oraz (iv) zakres i okres udziału innego podmiotu w realizacji zamówienia.

Pytanie 14 (...) wnosi o zmianę zapisów kryterium udziału w Postępowaniu w zakresie kwalifikacji technicznych, o którym mowa w akapicie III.2.3.1 punkt 2). Zapis tego akapitu w obecnym brzmieniu wyłącza z udziału w Postępowaniu doświadczone podmioty

zarządzające instalacjami termicznego przekształcania odpadów („ITPO”), które są zlokalizowane poza Europą, w tym w Stanach Zjednoczonych i w istotny sposób ogranicza konkurencję w tym Postępowaniu. Co więcej, chcielibyśmy wskazać, że zgodnie z zrewidowanym Porozumieniem Światowej Organizacji Handlu (WTO) ws. Zamówień Rządowych (GPA), oceniając, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, podmiot zamawiający ocenia zdolność finansową oraz możliwości handlowe i techniczne dostawcy na podstawie jego działalności gospodarczej na terytorium strony podmiotu zamawiającego oraz poza jego granicami. Niestety, obecne brzmienie kryteriów udziału w Postępowaniu, wyklucza podmioty, które swoją główną działalność prowadzą poza Unią Europejską.

Mając na uwadze powyższe wnioskujemy o zmianę zapisów (akapit III.2.3.1 punkt 2) poprzez dodanie brzmienia o następującej treści:

"(...) W okresie nie dłuższym niż 3 lata przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przez okres co najmniej 12 miesięcy należycie wykonali lub wykonują zamówienie na co najmniej jedną usługę obejmującą zarządzanie spalarnią odpadów wykonaną w technologii rusztowej, o mocy przerobowej nie mniejszej niż 80 000 Mg odpadów rocznie, przekształcającą odpady komunalne lub frakcję energetyczną z odpadów komunalnych z odzyskiem energii elektrycznej, spełniającą wymagania Dyrektywy 2000/76/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 grudnia 2000 r. w sprawie spalania odpadów w zakresie dopuszczalnych emisji spalin ze spalania odpadów lub wymagania US EPA w zakresie dopuszczalnych emisji do powietrza w zależności od źródła emisji, lub wymagania dotyczące standardów emisji, które obowiązują w krajach, które są stronami zrewidowanego Porozumienia Światowej Organizacji Handlu (WTO) ws. Zamówień Rządowych (GPA) (...)".

Odpowiedź

Zamawiający wskazuje, że nie zamierza zmienić treści ogłoszenia w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganej wiedzy i doświadczenia. Warunek został sformułowany adekwatnie do przedmiotu umowy PPP i odpowiada jego wymaganiom. Warunek jest zgodny z przepisami ustawy pzp i wynikającymi z niej zasadami, w tym zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Fakt, że ustalony warunek udziału w postępowaniu nie może być spełniony przez niektóre podmioty działające na rynku, nie oznacza zachwiania konkurencyjności postępowania. Zamiarem Zamawiającego nie jest ograniczanie konkurencji i dostępu do polskiego rynku, lecz kwalifikacja podmiotów, które posiadają doświadczenie adekwatne dla przedmiotu umowy PPP.

Pytanie 15. W związku z planowanym udziałem naszej spółki w przedmiotowej procedurze zwracamy się z prośbą o zmianę zapisów ogłoszenia o zamówieniu w punkcie IV.1.2. 2).

W ww. punkcie opisana została procedura przyznawania Partnerowi Prywatnemu punktów, które będą decydowały o możliwości zakwalifikowania go do dalszej części postępowania w przypadku gdy liczba partnerów prywatnych spełniających warunki udziału w postępowaniu i nie podlegających wykluczeniu będzie większa niż 5,

Nasze wątpliwości budzi zapis związany z opisem usługi: której wykonaniem powinien wykazać się Partner Prywatny w celu uzyskania 5 punktów za jedno zamówienie (maksymalnie 100 punktów).

W naszej ocenie wymaganie spełnienia przez eksploatowany obiekt „wymagań Dyrektywy 2000/76/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 grudnia 2000r. w sprawie spalania odpadów w zakresie dopuszczalnych emisji spalin ze spalania odpadów” jest wymaganiem nadmiernym i o ile jest ono zasadne w przypadku wymagań odnoszących się do budowy instalacji o tyle nie wydaje się uzasadnione w przypadku dotyczącym zarządzania spalarnią.

W naszej ocenie niewątpliwie potrzebne jest posiadanie przez Partnera Prywatnego doświadczenia związanego z zaprojektowaniem i budową spalarni spełniającej wymagania Dyrektywy gdyż konieczność spełnienia tego warunku ma wpływ na zastosowane rozwiązania technologiczne systemu oczyszczania spalin, jednak w zakresie eksploatacji wiąże się jedynie z koniecznością dozowania odpowiednich reagentów zgodnie z instrukcją eksploatacji.

Tak więc zwracamy się z prośbą o wykreślenie z punktu IV.1.2. 2) zapisu: „spełniającą wymagania Dyrektywy 2000/76/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 grudnia 2000r. w sprawie spalania odpadów w zakresie dopuszczalnych emisji spalin ze spalania odpadów”.

Odpowiedź:

Zamawiający nie przewiduje zmiany ogłoszenia w tym zakresie.

Pytanie 16 Punkt III.2.3) ust. 1 pkt. 1 zdanie ostatnie - Kwalifikacje techniczne - Technologia

a) zagadnienie:

We wskazanym powyżej pkt (zdanie ostatnie) Zamawiający, określając informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów, że „Zamówienie musiało obejmować zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych obejmujących, co najmniej budowę lub przebudowę: rusztu, kotła, systemu oczyszczania oraz turbiny”.

b) pytania:

- czy punkt III.2.3) ust. 1 pkt 1 zdanie ostatnie oznacza, że może to być instalacja nowej linii w istniejącym obiekcie, czy modernizacja istniejącej linii? Czy instalacja/

modernizacja linii musi obejmować łącznie przebudowę: rusztu, kotła, systemu oczyszczania oraz turbiny, czy wystarczy instalacja/modernizacja jednego z tych elementów?

- czy punkt III.2.3) ust. 1 pkt 1 zdanie ostatnie oznacza także prace w innej technologii niż rusztowa?

Odpowiedź:

Zamawiający zdefiniował w pkt III.2.3).1 pojęcia m.in. budowy, przebudowy i spalarni. Zamawiający przypomina, że przez budowę i przebudowę rozumie się odpowiednio budowę (budowa, odbudowa, rozbudowa, nadbudowa) i przebudowę w rozumieniu ustawy prawo budowlane. Roboty referencyjne mogły dotyczyć zatem istniejącego zakładu, jeżeli spełniają określone w ogłoszeniu warunki (w tym zasadniczy - budowa lub przebudowa w rozumieniu prawa budowlanego). Referencyjne zamówienie musi obejmować budowę lub przebudowę spalarni odpadów w technologii rusztowej. Ponadto, referencyjne zamówienie musiało obejmować łącznie co najmniej budowę lub przebudowę: rusztu, kotła, systemu oczyszczania spalin oraz turbiny parowej.

Pytanie 17. Punktu III.2.3) ust, 1 pkt 1) - Kwalifikacje techniczne - Dyrektywa

a) zagadnienie:

Według punktu III.2.3) ust. 1 pkt 1 o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mogą ubiegać się partnerzy prywatni, którzy „prawidłowo ukończyli, co najmniej jedno zamówienie, w ramach którego zaprojektowali i wykonali roboty budowlane obejmujące budowę lub przebudowę co najmniej 1 spalarni odpadów w technologii rusztowej, przekształcającej odpady komunalne albo frakcję energetyczną z odpadów komunalnych z odzyskiem energii elektrycznej, o mocy przerobowej nie mniejszej niż 80 000 Mg odpadów rocznie, spełniającej wymagania Dyrektywy 2007/76/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 grudnia 2000r. w sprawie spalania odpadów w zakresie dopuszczalnych emisji spalin ze spalania odpadów”

b) pytanie:

Biorąc pod uwagę wskazaną przez Zamawiającego w pkt III.2.3) ust, 1 pkt 1 Dyrektywę 2000/76/WE w jaki sposób będą oceniane obiekty spoza Unii Europejskiej, tj., czy obiekty mają być wybudowane według norm unijnych, czy dla potrzeb postępowania wystarczające będzie spełnienie przez te obiekty parametrów przewidzianych normami unijnymi (np. w Kraju X norma dla HCl jest mniej niż 30, a w UE mniej niż 10, ale obiekt wybudowany wg normy z kraju X nie przekracza 4,98)?

Odpowiedź:

Referencyjna spalarnia musi być zdolna do spełniania wymogów wynikających z Dyrektywy 2000/76/WE.

Pytanie 18. Punkt III.2.3) ust. 1 pkt 1) Ogłoszenia o zamówienia - Kwalifikacje techniczne – „wykonanie zamówienia”:

a) zagadnienie;

Z pkt III.2.3) ust. 1 pkt 1) Ogłoszenia o zamówieniu wynika wymóg, by partner prywatny „w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończyli, co najmniej jedno zamówienie, w ramach którego zaprojektowali i wykonali roboty budowlane obejmujące budowę lub przebudowę co najmniej 1 spalarni odpadów w technologii rusztowej”.

b) pytanie:

- czy pkt. III.2.3) ust. 1 pkt 1) Ogłoszenia o zamówieniu oznacza, że w okresie 5 lat - musiało dojść do wykonania ww. czynności, tj. że musiały one się rozpocząć i zakończyć w okresie 5 lat?

- czy raczej chodzi o rezultat tych czynności (pozwolenie na użytkowanie), czyli ukończenie zadania w tym okresie 5 lat?

Odpowiedź:

W ciągu ostatni pięciu lat przed upływem terminu składania Wniosków zamówienie musiało zostać ukończone.

Pytanie 19. Punkt III.2.3) ust 1 pkt 1) Ogłoszenia o zamówienia - Kwalifikacje techniczne - „wykonanie zamówienia”:

a) zagadnienie:

Z pkt III,2.3) ust. 1 pkt 1) Ogłoszenia o zamówieniu wynika, że „za każde zamówienie wykonane w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, w ramach którego zaprojektowano i wykonano roboty budowlane obejmujące budowę lub przebudowę co najmniej 1 spalarni odpadów”.

b) pytanie:

Czy obiekt, którego budowa rozpoczęła się w roku 2000 i został oddany do użytkowania w 2005 r. mieści się w sformułowaniu „w okresie ostatnich 10 lat”, tj. czy to co jest objęte definicją budowa /przebudowa - musi być wykonane od początku do końca w tym okresie, czy chodzi o efekt prac (obiekt wiąż z pozwoleniem na użytkowanie).

Odpowiedź:

W okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania Wniosków zamówienie musiało zostać ukończone.

Pytanie 20. Punkt II.2.3) ust. 1 pkt 1) Ogłoszenia o zamówienia - Kwalifikacje techniczne - „Zamówienie”

a) zagadnienie:

W pkt 111.2.3) ust 1 pkt 1) Ogłoszenia o zamówieniu wskazano, że „(...) w tym okresie, wykonali w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończyli, co najmniej jedno zamówienie”.

b) pytanie:

Czy chodzi o „zamówienie” w oparciu o ustawę Prawo zamówień publicznych lub czy chodzi o zamówienie w trybie umowy cywilnoprawnej nie objętej reżimem prawa zamówień publicznych lub równoważnym w innym Państwie UE lub spoza UE?

Odpowiedź:

„Zamówienie” nie oznacza wyłącznie zamówienia w rozumieniu ustawy prawo zamówień publicznych, ale wszelkie rodzaje stosunków prawnych, na podstawie których realizowane są lub były działania wymagane w ogłoszeniu.

Pytanie 21. Punkt III.2.3) ust.1 pkt 2)- Definicja spalarni odpadów.

a) zagadnienie:

Definicja „spalarni odpadów” z Ogłoszenia o zamówieniu obejmuje zarówno elementy wyposażenia będące zgodnie z treścią § 6 Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21 marca 2002 r. w sprawie wymagań dotyczących prowadzenia procesu termicznego przekształcania odpadów (Dz. U. 2002, nr 37, poz. 339 ze zm.) integralną częścią instalacji przetwarzania odpadów, jak również elementy, które jakkolwiek funkcjonalnie pozostają w związku z termicznym przetwarzaniem odpadów, to jednak nie powinny być definiowane jako element instalacji prowadzącej proces termicznego przekształcania odpadów.

b) pytanie;

Czy mając na uwadze definicje wskazaną punkcie III.2.3) ust. 1 pkt 2) przez „spalarnię odpadów”, na potrzeby referencji udzielanych przez podmiot trzeci, należy rozumieć „zakład przeznaczony do termicznego przekształcania odpadów obejmujący instalacje i urządzenia służące do prowadzenia procesu termicznego przekształcania odpadów wraz z oczyszczaniem gazów odlotowych i wprowadzaniem ich do atmosfery, kontrolą, sterowaniem i monitorowaniem procesów” wyposażonym w urządzenia do gromadzenia suchych pozostałości poprocesowych, niezależnie od szerokiej definicji spalarni odpadów zawartej w punkcie III.2.3) ust. 1 pkt. 2) Ogłoszenia dotyczącej budowy spalarni wraz z elementami związanymi ze spalarnią funkcjonalnie, lecz nie stanowiącymi jej części.

Odpowiedź:

Zamawiający nie zamierza wprowadzać zmian do definicji spalarni, w tym jej zawężyć. Wskazać należy jednak, że referencyjne zamówienie musi obejmować zaprojektowanie i

wykonanie robót budowlanych obejmujących co najmniej budowę lub przebudowę: rusztu, kotła, systemu oczyszczania spalin oraz turbiny parowej.

Pytanie 22

Punkt III.2.3) ust. 3 pkt 1) Ogłoszenia o zamówieniu - „Poświadczenie” a) zagadnienie:

W pkt III.2.3) ust. 3 pkt 1) Ogłoszenia o zamówieniu wskazano, że „poświadczenie z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych usług poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”.

b) pytanie:

Czy przez „poświadczenie”, o którym mowa w pkt III.2.3) ust. 3 pkt 1) Ogłoszenia o zamówieniu należy rozumieć „poświadczenie” w rozumieniu ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie, czy też przez poświadczenie należy także rozumieć zaświadczenie/ ewentualnie decyzje?

Odpowiedź:

Przez poświadczenie należy rozumieć poświadczenie, o którym mowa w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013r. Dz. U. 2013, poz. 231).

Pytanie 23 Punkt IV.1 .2) ust. 2 - Punktacja doświadczenia

a) zagadnienie:

Stosownie do punktu III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wymaga od Partnera Prywatnego legitymowania się doświadczeniem w następującym zakresie „w okresie nie dłuższym niż 3 lata przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przez okres co najmniej 12 miesięcy należycie wykonali lub wykonują zamówienie na co najmniej jedną usługę obejmująca zarządzanie spalarnią odpadów wykonaną w technologii rusztowej, o mocy przerobowej nie mniejszej niż 80 000 Mg odpadów rocznie, przekształcająca odpady komunalne lub frakcję energetyczną z odpadów komunalnych z odzyskiem energii elektrycznej, spełniającą wymagania Dyrektywy 2000/78/WE (...).”

b) pytanie:

Czy punkt IV.1.2) ust. 2 w związku z punktem III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu [punktacja oceniająca kwalifikacje techniczne] o brzmieniu „za każde należycie wykonane lub wykonywane przez co najmniej 12 miesięcy w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówienie na usługę obejmująca zarządzanie spalarnią odpadów wykonaną w technologii rusztowej, o mocy przerobowej nie mniejszej niż 80 000 Mg odpadów rocznie,



przekształcającą odpady komunalne lub frakcję energetyczną z odpadów komunalnych z odzyskiem energii elektrycznej, spełniającą wymagania Dyrektywy 2000/76/WE (...) Partner prywatny otrzyma 5 punktów, lecz łącznie nie więcej niż 100 punktów" należy rozumieć w ten sposób, że realizacja zamówienia zarządzania jedną spalarnią może przynieść maksymalnie 5 pkt, nawet gdy wykonywane jest ono dłużej niż 12 miesięcy, np. 24miesiące, 36 miesięcy - przyniesie tylko 5 pkt.? czy też

- należy rozumieć w ten sposób, że 5 punktów przyznawanych jest za realizację zamówienia na usługę obejmująca zarządzanie tą samą spalarnią odpadów za każde 12 miesięcy realizacji zamówienia?

Odpowiedź:

Wykonanie lub wykonywanie jednego zamówienia na co najmniej jedną usługą obejmującą zarządzanie spalarnią może przynieść 5 punktów, nawet jeżeli jest/było wykonywane dłużej niż 12 miesięcy.

Pytanie 24. Czy dopuszczalne jest kontaktowanie się za pośrednictwem maila, gdyż w Ogłoszeniu o zamówieniu wskazano formę pisemną i za pośrednictwem faksu?

Odpowiedź:

Zamawiający nie zamierza zmieniać ogłoszenia w tym zakresie.

Pytanie 25 Dotyczy treści Sekcji IV pkt IV.1.2 (Ograniczenie liczby wykonawców).

Czy Zamawiający uzna za spełniające wymagania zamówienia w ramach których wykonawca bezpośrednio na podstawie umowy EPC zaprojektował i wykonał roboty budowlane polegające na kompleksowym zadaniu obejmującym budowę systemu kotła (w tym sam kocioł oraz ruszt)? Innymi słowy czy Zamawiający przyzna punkty za referencje w ramach których wykonawca zaprojektował i wykonał roboty obejmujące jedynie niektóre z elementów przedstawionych w pkt III.2.3 (tj. ruszt, kocioł, system oczyszczania spalin oraz turbiny parowej) dostarczone jako zamówienie częściowe w ramach kompleksowego projektu budowy zakładu termicznego przekształcania odpadów, zakładając że wszystkie pozostałe wymogi są spełnione?

Odpowiedź

Zamawiający wyjaśnia, że wymagania określone w punkcie IV.1.2) ppkt 1.1) ogłoszenia o Zamówieniu, spełniać będą te zamówienia, które niezależnie od spełnienia pozostałych warunków określonych w przedmiotowym punkcie obejmowały zarówno w przypadku budowy, jak i przebudowy, zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w zakresie wszystkich wymienionych elementów spalarni odpadów, tj. rusztu, kotła, systemu oczyszczania spalin oraz turbiny parowej.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że nie zamierza zmieniać ogłoszenia w zakresie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Do wyznaczonego terminu 27.10.2014 r. składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wnioski złożyli wykonawcy, którym w powiadomieniu z dnia 9 grudnia 2014r.zamawiający przyznał poniższą punktację:

1. Abeinsa Ingenieria y Construcccion Industrial S.A. punktacja 26, pozycja 9, [wykazanych robót - 3, wykazanych usług - 7 [liczba usług wliczonych do punktacji 5, liczba robót budowlanych wliczonych do punktacji 1]
2. Konsorcjum firm: Astaldi S.p.A. (lider),TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia, TIRU S.A. punktacja 64, pozycja 5, (wykazanych robót - 5, wykazanych usług – 15) [liczba usług wliczonych do punktacji 12, liczba robót budowlanych wliczonych do punktacji 4]
3. Czysta Energia Gdańsk Sp. z o.o. punktacja 48, pozycja 7, (wykazanych robót – 3, wykazanych usług - 10) [liczba usług wliczonych do punktacji 9, liczba robót budowlanych wliczonych do punktacji 3]
4. Dalveo Poznań Sp. z o. o. punktacja 110, pozycja 1, (wykazanych robót – 18, wykazanych usług - 23) [liczba usług wliczonych do punktacji 20, liczba robót budowlanych wliczonych do punktacji 10]
5. EVN Umveltholding Und Betriebs-GmbH punktacja 42, pozycja 8, (wykazanych robót - 12, wykazanych usług - 17) [liczba usług wliczonych do punktacji 8, liczba robót budowlanych wliczonych do punktacji 2]
6. konsorcjum firm: Fortum Power and Heat Polska Sp. z o.o., Fortum O&M (UK) Limited, UAB Fortum Klaipeda punktacja 25, pozycja 10, (wykazanych robót - 13, wykazanych usług - 4) [liczba usług wliczonych do punktacji 3, liczba robót budowlanych wliczonych do punktacji 10]
7. ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. (Wrocław) punktacja 50, pozycja 6, (wykazanych robót - 13, wykazanych usług - 9 ) [liczba usług wliczonych do punktacji 9, liczba robót budowlanych wliczonych do punktacji 5]
8. ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. punktacja 100, pozycja 3, (wykazanych robót – 10, wykazanych usług - 18) [liczba usług wliczonych do punktacji 18, liczba robót budowlanych wliczonych do punktacji 10]
9. Jasmire Investments Sp. z o.o. punktacja 6, pozycja 12, (wykazanych robót - 1, wykazanych usług 1) [liczba usług wliczonych do punktacji 1, liczba robót budowlanych wliczonych do punktacji 1]
10. NDI Project Development Sp. z o.o. punktacja 82, pozycja 4, (wykazanych robót - 3, wykazanych usług -20) [liczba usług wliczonych do punktacji 16, liczba robót

budowlanych wliczonych do punktacji 2]

11. SITA Bałtycka Energia Sp. z o.o. punktacja 110, pozycja 1, (wykazanych robót - 11, wykazanych usług – 22) [liczba usług wliczonych do punktacji 20, liczba robót budowlanych wliczonych do punktacji 10]
12. Urbaser S.A. punktacja 23, pozycja 11, (wykazanych robót - 3, wykazanych usług -4) [liczba usług wliczonych do punktacji 4, liczba robót budowlanych wliczonych do punktacji 3]
13. Valoriza Servicios Medioambientales S.A. punktacja 6, pozycja 12, [wykazanych robót - 9, wykazanych usług - 16 [liczba usług wliczonych do punktacji 1, liczba robót budowlanych wliczonych do punktacji 1]

Zamawiający uznał, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu spełnili warunki udziału w postępowaniu w zakresie braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp oraz spełnili minimalne warunki udziału w postępowaniu w zakresie wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia, a także sytuacji ekonomicznej i finansowej, zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp.

Zamawiający przedstawił, jako załącznik do protokołu postępowania – nieopatrzone podpisami komisji przetargowej arkusze oceny wniosków, zawierający dane liczbowe odnoszące się do przyznanej punktacji za poszczególne roboty i usługi.

Zamawiający potwierdził, że posiada zawartą umowę 1106/14 z 27 lutego 2014 r. na usługę doradztwa prawnego, technicznego i finansowo-ekonomicznego dla projektu „system gospodarki odpadami dla metropolii trójmiejskiej” zawartą z Ipopema Security oraz BBF Sp. z o.o., i że Kancelaria D. i Partnerzy Sp. adwokacko-radcowska w Gdyni działa z ramienia tych podmiotów.

Korespondencja elektroniczna (str. 20 i 21 tom postępowanie 2) potwierdza, że 4 grudnia 2014 r. przesłane zostały przez ww. doradcę summaryczne wyniki oceny wniosków w takim kształcie jak przekazane wykonawcom w dniu 9 grudnia 2014 r. oraz, że 9.12. 2014 r. przekazano dodatkową analizę z przeprowadzonej oceny wraz z niepodpisanymi arkuszami, gdzie doradca stawiał znak „OK” w pozycji, które uważał za odpowiednie do wymagań.

Zamawiający w dokumentacji postępowania (str. 18 i 19 tom postępowanie 2) przedstawił listę obecności komisji przetargowej na posiedzeniu z dnia 9.12.2014 r., do której to listy załączono niesygnowane wyniki oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym na „system gospodarki odpadami dla metropolii trójmiejskiej”, obejmujący kolumny: spełnienie warunków udziału, brak podstaw do wykluczenia; liczbę usług wliczanych do punktacji, liczbę robót wliczanych do punktacji; liczbę punktów za usługi; liczbę punktów za roboty; sumę punktów.

Informację o wynikach oceny wniosków w dniu 9 grudnia 2014 r. przekazano za pośrednictwem faksu w dniu 9 grudnia 2014 r. godziny transmisji to około godziny: 15:00 – 16:00.

Na stronach 206-212 tom postępowanie 2, znajduje się korespondencja elektroniczna z 4.12.2014. r. przesłana przez radcę prawnego Ł. P. z podsumowaniem oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dalej znajdują się niepodpisane karty – ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym na „system gospodarki odpadami dla metropolii trójmiejskiej”, gdzie skrótowo omówiono ilość wykazanych robót i usług przez każdego z wykonawców oraz ilości przyjęte do oceny.

Zamawiający nie podał wykonawcom, które z usług i robót zaliczył na poczet spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu w liczbie 1 robota i 1 usługa, i które usługi oraz roboty zaliczył na poczet punktacji.

W protokole postępowania podano, że wszyscy wykonawcy byli wzywani do złożenia wyjaśnień i dokumentów i je złożyli. Zamawiający przyznał, że wzywał niektórych wykonawców do udzielenia wyjaśnień i złożenia dokumentów uzupełniających w odniesieniu do przedstawionego wykazu robót i usług, bez względu na to, czy wykonawca wykazał spełnienie warunków minimalnych.

W protokole postępowania odnotowano fakt powołania komisji przetargowej oraz biegłych, nie dołączono dokumentów, że osoby te złożyły oświadczenia w trybie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Na stronach od 1 do 103 tomu dokumentacji „postępowanie 3” znajdują się wnioski wykonawców o udostępnienie im protokołu postępowania wraz z załącznikami oraz informacja przesłana drogą elektroniczną od radcy prawnego Ł. P. z dnia 12 grudnia 2014r., że *„ Jakkolwiek indywidualne wyjaśnienia stanowiska zamawiającego w zakresie przyznanej punktacji naruszałyby równe traktowanie uczestników postępowania, co jest niezgodne z prawem zamówień publicznych. W konsekwencji proponuję nie odpowiadać na podobne zapytania.”*

Materiał dowodowy odnoszący się do szczegółowych zarzutów odwołań został omówiony przy rozstrzygnięciu tych zarzutów przy poszczególnych rozpatrywanych odwołaniach.

### **Sygn. akt KIO 2708/14.**

Odwołujący Valoriza Servicios Medioambientales S.A. z siedzibą w Madrycie zarzucił zamawiającemu naruszenia poniższych przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907 ze zm):

1. art. 60d ust. 1-3 Pzp w związku z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez ich błędne zastosowanie wskutek niewłaściwej oceny spełniania przez odwołującego warunków oceny wniosku w oparciu o kryteria określone w punkcie III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu, polegające na nieuwzględnieniu wszystkich usług zawartych w przedstawionym przez odwołującego wykazie, polegającej na nieuzasadnionym i bezpodstawnym przyznaniu odwołującemu jedynie 6 punktów, podczas gdy odwołujący powinien otrzymać w 90 za ocenę złożonego wniosku, a także poprzez nieprzyznanie odwołującemu 90 punktów, które winny klasyfikować go na 4 pozycji wśród wszystkich wykonawców składających wnioski, czego skutkiem będzie brak zaproszenia wykonawcy do dialogu konkurencyjnego, a co za tym idzie - wykluczenie go z postępowania,

2. art. 60d ust. 1 i 3 Pzp poprzez niepodanie w treści rozstrzygnięcia informacji i uzasadnienia o otrzymanych ocenach spełniania warunków udziału określonych przez zamawiającego,

3. art. 60d ust 1- 3 Pzp w związku z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez ich błędne zastosowanie wskutek niewłaściwej oceny spełniania przez wnioski wykonawców warunków oceny wniosków w oparciu o kryteria określone w punkcie III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu, polegające na polegającym na nieuzasadnionym i bezpodstawnym przyznaniu poszczególnym wnioskowi następującej punktacji:

- 1) Dalveo Poznań Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - 110 punktów,
- 2) SITA Bałtycka Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - 110 punktów,
- 3) ITPOK Gdańsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa - 100 punktów,
- 4) NDI Project Development Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - 82 punkty,
- 5) Konsorcjum w składzie przedsiębiorstw Astaldi S.p.A., TME S.p.A Termomeccanica Ecologie, TIRU S.A. - 64 punkty,
- 6) ITPOK Gdańsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - 50 punktów,
- 7) Czysta Energia Gdańsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - 48 punktów,
- 8) EVN Umveltholding Und Betriebs GmbH - 42 punkty,
- 9) ABEINSA Ingenierie y Construction Industrial S.A. - 26 punktów,
- 10) Konsorcjum w składzie Fortum Power and Heat Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Fortum O&M (UK) Limited, UAB Fortum Klaipeda - 25 punktów,
- 11) URBASER S.A. - 23 punkty,
- 12) Jasmire Investments Sp. z o.o. - 6 punktów.

4. art. 60d ust. 3 Pzp poprzez brak wyłonienia wykonawców, którzy będą zaproszeni do dialogu konkurencyjnego w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny,

5. art. 60d ust. 3 Pzp poprzez brak zaproszenia wykonawców do dialogu konkurencyjnego jednocześnie z przekazaniem wykonawcom wyników oceny ich wniosków,

6. art. 96 ust. 3 Pzp oraz § 5 ust. 1 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. 2010 Nr 223, poz. 1458) poprzez nie udostępnienie załączników do protokołu postępowania obejmujących wyjaśnienie przyjętego przez komisję przetargową sposobu oceny ofert,

7. art. 8 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób utrudniający jego jawność,

8. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010 Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 Nr 153, poz. 1503 j.t.) poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego nie doszło do zakwalifikowania odwołującego do dalszego etapu przetargu.

Odwołujący zakwestionował następujące czynności zamawiającego:

1. badania wniosków - poprzez bezpodstawne przyznanie odwołującemu jedynie 6 punktów w sytuacji gdy winien on otrzymać 90 punktów,

2. badania wniosków - poprzez niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego polegającą na przyznaniu:

1) Dalveo Poznań Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - 110 punktów,

2) SITA Bałtycka Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - 110 punktów,

3) ITPOK Gdańsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa - 100 punktów,

4) NDI Project Development Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - 82 punkty,

5) Konsorcjum w składzie przedsiębiorstw Astaldi S.p.A., T.M.E S.p.A Termomeccanica Ecologie, TIRU S.A. - 64 punkty,

co tym samym spowoduje zakwalifikowanie tych podmiotów do grona pięciu wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu

3. ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu i ujawnionych wyników - poprzez brak jakiegokolwiek uzasadnienia przyznanych uczestnikom postępowania punktów,

4. bezpodstawne nieudostępnienie odwołującemu kompletnej dokumentacji postępowania i brak odpowiedzi na pismo odwołującego z dnia 11 grudnia 2014 r.

Odwołujący wnosił o:

1) nakazanie zamawiającemu ponownego badania wszystkich wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w trybie dialogu konkurencyjnego oraz dokonanie

ponownej oceny tych wniosków i jej uzasadnienie, a także o przyznanie odwołującemu 90 punktów i zakwalifikowanie go do dalszego postępowania,

2) nakazanie udostępnienia odwołującemu wszystkich dokumentów związanych z prowadzonym postępowaniem, w tym załączników do protokołu postępowania.

3) nakazanie zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie tego zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący uznał, że legitymuje się interesem prawnym we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż w przypadku uwzględnienia jego argumentacji i żądań, jego wniosek złożony w przedmiotowym postępowaniu uzyska ilość punktów warunkującą zaproszenie do dalszej fazy postępowania, co będzie równoznaczne z obowiązkiem zaproszenia odwołującego do składania ofert w dialogu konkurencyjnym.

W uzasadnieniu zarzutów i żądań odwołujący wyjaśniał, że w wyniku wezwania go do uzupełnienia dokumentów i udzielenia wyjaśnień z dnia 18 listopada 2014 r., przedłożył wszystkie wymagane w przez zamawiającego dokumenty i udzielił u niezbędnych informacji. Wnioskowi odwołującego przyznano jednak tylko 6 punktów, podczas gdy innym podmiotom wystawiono daleko wyższe oceny, choć nie legitymowały się one chociażby wiedzą i doświadczeniem większym niż odwołujący.

Zarzut naruszenia art. 60d ust. 1-3 i art. 91 ust. 1 Pzp.

W ocenie odwołującego zamawiający - dokonując oceny złożonego przez odwołującego wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym, dopuścił się naruszenia art. 60d ust. 1-3 i art. 91 ust. 1 Pzp. W toku postępowania odwołujący złożył wszystkie wymagane dokumenty oraz wykazał, iż posiada odpowiednią do wykonania zamówienia sytuację podmiotową, zdolność ekonomiczną i finansową oraz zdolność techniczną. Zważywszy, zatem na fakt należytego wykazania przez odwołującego spełniania przez niego wymogów i na wyjątkowo niską punktację przyznaną odwołującemu, odwołujący dobitnie stwierdził, że zamawiający nie dokonywał oceny wniosku złożonego przez odwołującego (jak również zapewne przez innych potencjalnych wykonawców) na podstawie kryteriów oceny wniosków określonych w ogłoszeniu o zamówieniu. Gdyby, bowiem te kryteria zostały zachowane - wniosek odwołującego, zważywszy na przedstawioną przez niego w wykazie wielość wykonanych usług, uzyskałby co najmniej 90 punktów, a w konsekwencji zostałby sklasyfikowany na 3 pozycji wśród wszystkich wykonawców składających wnioski o dopuszczenie do złożenia oferty i zaproszony do dalszego udziału w postępowaniu. Przy tym nadmienił, iż prawdopodobieństwo, że kryteria oceny wniosków zostały zmienione w toku postępowania graniczy wręcz z pewnością. Zamawiający wyznaczył termin na uzupełnienie dokumentów do wniosków i udzielanie wyjaśnień na dzień

27 listopada 2014 r. do godziny 13:00, przy czym dopuścił jedynie składanie dokumentów i wyjaśnień za pośrednictwem faksu, co zostało wskazane tak w ogłoszeniu o zamówieniu jak i odpowiedzi na pytania wykonawców (pytanie nr 21). Choć odwołujący od wczesnych godzin porannych usiłował wysłać (za pośrednictwem co najmniej dwóch urządzeń faksowych) stanowiące uzupełnienie dokumenty do zamawiającego, numer faksu (jedyne funkcjonujący u zamawiającego) był ciągle zajęty, aż do godziny 15:00, co uniemożliwiło złożenie dokumentów przez wszystkich wykonawców w wyznaczonym przez zamawiającego terminie. Ponieważ odwołujący - z jak najdalej posuniętej ostrożności, niezależnie od skorzystania z faksu - złożył dokumenty osobiście w siedzibie zamawiającego, miał on możliwość zapoznania się z całkowitym chaosem organizacyjnym u zamawiającego - stosami nieposegregowanych dokumentów leżącymi przy faksie, których przypisanie do poszczególnych wykonawców było w zasadzie niemożliwe. Tym samym istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że zamawiający - dopuściwszy się tak rażącego błędu organizacyjnego, praktycznie uniemożliwiającego wykonawcom złożenie kompletu dokumentów - stosował zupełnie dowolny, nie liczący z kryteriami zamieszczonymi w ogłoszeniu o zamówieniu, system oceny wniosków, o czym zresztą świadczy brak jakiegokolwiek uzasadnienia przyznania poszczególnym wykonawcom takiej, a nie innej punktacji.

Zarzut naruszenia art. 60d ust. 1 i 3 Pzp.

Zdaniem odwołującego zamawiający rażąco naruszył również art. 60d ust. 1,3 Pzp, które wymagają niezwłocznego poinformowania wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. Tymczasem pismo zamawiającego z dnia 9 grudnia 2014 r. nie spełnia warunków postawionych w przytoczonym powyżej przepisie. Z pisma tego wynika jedynie ilość przyznanych wykonawcom punktów, natomiast brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia, dlaczego poszczególnym wykonawcom przyznano taką, a nie inną ilość punktów.

W przekonaniu odwołującego zamawiający powinien był powiadomić wszystkich uczestników przetargu o wynikach uzyskanych przez wykonawców w zakresie stopnia spełniania postawionych warunków tj. powinien był przesłać informacje na podstawie, których odwołujący mógłby dokonać oceny, które z wykazanych przez niego realizacji nie zostały zaakceptowane przez zamawiającego i poznać chociażby podstawowe podwoły ku temu. W przedmiotowym przypadku zamawiający nie uczynił tego, a w konsekwencji uniemożliwił odwołującemu dokonanie kompleksowej oceny działań zamawiającego. Z uwagi na powyższe odwołujący był zmuszony zakwestionować ocenę każdego z dokumentów złożonych przez odwołującego i każdego innego wykonawcę, które wykazywały spełnienie



warunków udziału i były punktowane przez zamawiającego. W sytuacji gdyby zamawiający wskazał w rozstrzygnięciu podstawy oceny wniosków lub przekazał odwołującemu załączniki do protokołu postępowania (...), odwołujący mógłby dokonać weryfikacji działań zamawiającego, co wobec niniejszego zaniechania nie mogło mieć miejsca. W obliczu powyższego, zarzut naruszenia art. 60d ust. 1 i 3 Pzp uznał za w pełni uzasadniony.

Odwołujący nadmienił, że konieczność należytego uzasadniania dokonanej oceny została dostrzeżona w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, o czym świadczy chociażby uzasadnienie wyroku z dnia 24 maja 2011 r. (sygn. akt: KIO 990/11); „Izba stanęła na stanowisku, że wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma gwarantowane przepisami ustawy Pzp prawo do uzyskania wszystkich informacji o czynnościach zamawiającego, które są niezbędne do zweryfikowania prawidłowości tych czynności i ewentualnego skorzystania ze środków ochrony prawnej. Powyższe uprawnienie wykonawcy jest realizowane m.in. poprzez istniejący po stronie zamawiającego obowiązek przekazywania informacji o ocenach i decyzjach wpływających na dalszy udział wykonawców w postępowaniu i możliwość uzyskania zamówienia oraz obowiązek rzetelnego dokumentowania postępowania i jawność tej dokumentacji. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie tylko zaniechał przekazania Odwołującemu niezbędnych informacji, ale również nie udokumentował czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zaniechania Zamawiającego doprowadziły do sytuacji, w której Odwołujący nie miał żadnej możliwości odniesienia się zarówno do oceny jego wniosku, jak i wniosków złożonych przez innych wykonawców, nie posiadał bowiem niezbędnych do tego informacji i nie mógł ich wszystkich uzyskać z dokumentacji z postępowania. Obowiązek Zamawiającego w przypadku niniejszego postępowania, prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, wynikał art. 57 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Powyższy przepis nie określa stopnia szczegółowości tej informacji, niemniej jednak powinna ona być na tyle szczegółowa, aby dać wykonawcy możliwość zweryfikowania oceny dokonanej przez Zamawiającego. Stanowisko przeciwne, zgodnie z którym wystarczającą informacją dla wykonawców byłoby jedynie podanie ogólnej liczby uzyskanych punktów (przy jednoczesnym niesporządzeniu dokumentu uzasadniającego ocenę - o czym poniżej), prowadziłoby do sytuacji, w której informacja o wynikach oceny wniosków nie mogłaby spełnić swojej funkcji. Wykonawcy bowiem nie mieliby możliwości dokonania weryfikacji prawidłowości tej oceny i ewentualnej obrony swojej pozycji w postępowaniu.”

Zarzut naruszenia art. 60d ust. 1-3 Pzp w związku z art. 91 ust. 1 Pzp

W opinii odwołującego, zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 60d ust. 1-3 Pzp w związku z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez ich błędne zastosowanie polegające na niewłaściwej ocenie spełniania przez pozostałych - innych niż odwołujący - wykonawców warunków oceny wniosków określonych w punkcie III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu i bezpodstawnym przyznaniu wnioskowi tych wykonawców punktacji wymienionej w petitum odwołania.

Według odwołującego zamawiający przy ocenie wniosków złożonych przez poszczególnych wykonawców kierował się kryteriami innymi niż te określone w punkcie III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu, co z kolei doprowadziło do nieprawidłowego rozpatrzenia i ocenienia tych wniosków. Gdyby, bowiem kryteria opisane w wyżej wymienionym punkcie ogłoszenia zostały zachowane - wniosek odwołującego zostałby oceniony w zupełnie inny sposób i przyznano by mu, co najmniej 90 punktów. Skoro jednak nie miało to miejsca, to w efekcie zakwestionował ocenę przez zamawiającego wniosków złożonych przez innych wykonawców, tym bardziej, że zamawiający nie przedstawił żadnego merytorycznego uzasadnienia dla przyznania jednym wykonawcom 110 punktów, a innym 6 punktów.

Zarzut naruszenia art. 60d ust. 3 Pzp

Skutkiem naruszenia opisanego w punkcie poprzedzającym jest również brak wyłonienia przez zamawiającego w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny wykonawców, którzy będą zaproszeni do dialogu konkurencyjnego. Odwołujący podtrzymał twierdzenia, że zamawiający przy ocenie złożonych wniosków nie kierował się kryteriami opisanymi w punkcie III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu, lecz bliżej nieokreślonym i nieuzasadnionym systemem ocen, czym uzasadniał zarzut naruszenia art. 60d ust. 3 Pzp, gdyż w przypadku nieprzestrzegania przez zamawiającego ustalonych przezeń uprzednio kryteriów oceny wniosków - nie może być mowy o obiektywizmie, a wszelki subiektywizm powoduje dyskryminację mniej faworyzowanych przez zamawiającego wykonawców.

Zarzut naruszenia art. 60d ust. 2 Pzp

Odwołujący zaznaczał, iż zamawiający w dniu 9 grudnia 2014 r. przekazał wykonawcom jedynie bliżej nieuzasadnioną informację o przyznanych wnioskowi punktach. Czynność ta według odwołującego powinna zostać połączona przez zamawiającego z zaproszeniem wyłonionych przez niego wykonawców, którzy uzyskali największą punktację, do dialogu konkurencyjnego. To działanie jednak ze strony zamawiającego nie nastąpiło, co uzasadnia zarzut naruszenia art. 60d ust. 2 Pzp i po raz kolejny świadczy o nieznanym przez zamawiającego przepisów powszechnie obowiązującego prawa zamówień publicznych i niedbałości, której w toku postępowania notorycznie się dopuszczał.

Zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp oraz § 5 ust. 1 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. 2010 Nr 223, poz. 1458)

Odwołujący podał, że w dniu 18 grudnia 2014 r. zwrócił się do zamawiającego, na podstawie art. 96 ust. 3 ustawy o umożliwienie wglądu do wniosków złożonych w postępowaniu oraz do załączników do protokołu. Przedmiotowy wniosek był podyktowany chęcią ustalenia przyczyn przyznania odwołującemu tylko 6 punktów, bowiem z przekazanego odwołującemu protokołu okoliczność ta nie wynikała. Pomimo złożenia wniosku o udostępnienie dokumentacji, odwołujący nie uzyskał informacji obejmujących wyjaśnienie sposobu oceny ofert przyjętej przez komisję przetargową. Stwierdził, że zasada jawności wyrażona w art. 96 ust. 3 Pzp nakazuje udostępniać protokół i załączniki do niego bez żadnych ograniczeń czasowych, a więc już w trakcie sporządzania. Ponadto zamawiający nie ma również prawa ograniczać wykonawców w częstotliwości dostępu do protokołu i pozostałych dokumentów. Tym samym, w uzasadnionej ocenie odwołującego zachowanie zamawiającego przeczy zasadzie jawności wyrażonej w art. 8 ust. 1 Pzp. Ustawodawca w art. 96 ust. 3 Pzp przewidział, że jawnością objęte są również wnioski o udział w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ustalenie przez ustawodawcę wcześniejszego terminu jawności wniosków podyktowane jest poddaniem prawidłowości procesu oceny pod osąd innych wykonawców, którzy mogą w ten sposób zapoznać się z zawartością wniosków konkurencji i tym samym dowiedzieć się, czy zamawiający, dokonując jej oceny, nie naruszył prawa. Działanie zamawiającego pozbawiło odwołującego opisanej powyżej możliwości i skorzystania z środków ochrony prawnej. Odwołujący wyjaśniał, że w dniu 18 grudnia 2014 r. należycie umocowany jego przedstawiciel nie uzyskał dostępu do treści załączników do protokołu postępowania oraz wniosków o udział w postępowaniu oraz dokumentów obrazujących sposób oceny wniosków przez komisję przetargową, czym zamawiający rażąco naruszył zasadę jawności postępowania oraz jawności dokumentów. Niezależnie od powyższego, pomimo, że zamawiający nie podał wystarczających danych umożliwiających odwołującemu weryfikację oceny jego wniosku dokonanej przez zamawiającego, na podstawie których odwołujący mógłby ustalić dlaczego otrzymał tylko 6 punktów z oceny jego wniosku. Pomimo literalnego brzmienia art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, w ocenie odwołującego zamawiający był zobowiązany do przekazania również załączników do protokołu (obejmujących tylko ocenę poszczególnych wniosków składanych przez wykonawców w zakresie przyznanej im punktacji) już od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Interpretację tegoż przepisu, który stanowi, że te załączniki są udostępniane od dnia wyboru najkorzystniejszej oferty należy

ocenić poprzez pryzmat trybu w jakim przedmiotowe postępowanie się toczy oraz faktu, że zamawiający nie przekazał niezbędnych informacji o ocenie wniosków w wynikach. Taka interpretacja art. 96 ust. 3 Pzp, zgodnie z którą załączniki do protokołu z postępowania, udostępnia się dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej, prowadziłyby do sytuacji, w której wykonawcy mogliby zapoznać się z istotnymi dla oceny wniosków dokumentami w momencie, w którym upłynęłyby już terminy do wnoszenia środków ochrony prawnej na samą czynność oceny wniosków, (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14.01.2011 r. sygn. akt KIO/UZP 2818/10; KIO/UZP 2822/10). Dodatkowo podnosił, iż w dniu 11 grudnia 2014 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie i szczegółową informację w przedmiocie powodów, dla których przyznano mu jedynie 6 punktów. Do dnia dzisiejszego odwołujący nie otrzymał odpowiedzi na to pytanie, choć zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 listopada 2011 r. (sygn. akt: KIO 2407/11): *„Odwołujący, mając wątpliwości co do oceny swej oferty w kwestionowanym zakresie mógł wystąpić do Zamawiającego o przekazanie mu informacji dotyczących wyłącznie jego oferty, ”* Sytuacja ta, w ocenie odwołującego, dodatkowo świadczy o braku jakiegokolwiek uzasadnienia dla takiej, a nie innej oceny wniosku odwołującego.

Dowód: pismo odwołującego z dnia 11 grudnia 2014 r.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podnosił, że zamawiający obowiązany jest przestrzegać przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które definiują czyn nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami w sytuacji jeżeli zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1). W art. 15 ust. 2 tej ustawy przykładowo wskazano czyny nieuczciwej konkurencji, w tym również utrudnianie dostępu do rynku. Zamawiający, dopuszczając się zaniechań w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz nie stosując się do obowiązujących go przepisów Pzp, uniemożliwił odwołującemu - profesjonalnemu podmiotowi zdolnemu do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, którego wniosek w pełni odpowiadał kryteriom postawionym w ogłoszeniu o zamówienie - wzięcia udziału w dalszych etapach przetargu.

Konkludując stwierdził, że zamawiający naruszył przepisy powszechnie obowiązującego prawa poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego nie doszło do zakwalifikowania go do następnego etapu przetargu, jako wykonawcy spełniającego wymogi oraz - z uwagi na posiadane doświadczenie i doskonałe referencje - dającego rękojmię jak najlepszego wykonania zamówienia. Podkreślił, iż zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców jest w istocie podstawą

wspólnotowego prawa zamówień publicznych, i to nie tylko w ujęciu krajowym, ale także w wymiarze unijnym. Za uzasadniony, zatem uznał wniosek o nakazanie zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji, jak również zarzucenie zamawiającemu, że ten naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

### **Stanowisko zamawiającego.**

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożonej na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Podnosił, że samo przekonanie odwołującego, iż przyznana mu w ramach oceny spełniania warunków liczba punktów jest zbyt niska, bo powinien uzyskać 90 punktów, nie stanowi o naruszeniu art. 60d ust. 1-3 Pzp, gdyż nie wykazuje dlaczego przedstawione przez niego dokumenty uzasadniałyby odmienną ocenę punktową niż została przydzielona. Zarzuty uznał za gołosłowne.

Zamawiający wyjaśniał, że wzywał wykonawcę Valoriza Servicios Medioambientales S.A. do uzupełnienia dokumentów. W ocenie zamawiającego, odwołujący nie przedstawił dowodów, że będzie dysponował zasobami podmiotów udostępniających mu wiedzę i doświadczenie. Dalej zamawiający przedstawił uzasadnienie obrazujące z jakich przyczyn przyznał odwołującemu ogółem 6 punktów.

Zamawiający uznał, że należycie wypełnił obowiązki informacyjne względem wykonawców zawiadamiając ich, czy spełnili warunki udziału w postępowaniu oraz o ocenie spełnienia tych warunków podając liczbę punktów przyznaną na podstawie kryteriów określonych w ogłoszeniu. Zdaniem zamawiającego ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku podawania uzasadnienia wykonawcom o podjętych czynnościach. Zamawiający stwierdził, że w oparciu o podane w ogłoszeniu warunki i weryfikację poszczególnych projektów i usług referencyjnych przedstawionych we wnioskach, wykonawcy byli w stanie stwierdzić, czy oceny zamawiającego były prawidłowe.

Zamawiający zaprzeczył twierdzeniom odwołującego, że ograniczył mu dostęp do dokumentacji, negując przy tym prawo wykonawcy do uzyskania informacji obejmującej wyjaśnienie sposobu oceny wniosków. Na rozprawie zamawiający wyjaśnił, że arkusze szczegółowej oceny wniosków – przesłane Izbie nie pochodzą od komisji przetargowej, a od doradcy i zostały przekazane Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej pomyłkowo.

Arkuszy szczegółowej oceny wniosków, sporządzonych przez komisję przetargową nie uzupełniono nawet w trakcie rozprawy.

### **Stanowisko przystępujących.**

Przystępujący po stronie zamawiającego wykonawcy wnosili o oddalenie odwołania i utrzymanie wyników oceny wniosków z dnia 9 grudnia 2014 r., gwarantujących im zaproszenie do udziału w dialogu konkurencyjnym. Przystępujący po stronie odwołującego poparli argumentację o niedostatecznym poinformowaniu ich - w sposób umożliwiający weryfikację oceny złożonych wniosków i dokonanej przez zamawiającego ocenie, na podstawie których możliwe stałoby się ustalenie dlaczego poszczególni wykonawcy otrzymali taką, a nie inną punktację.

### **Izba zważyła, co następuje.**

Izba uznała zasadność zarzutów odwołania wykonawcy Valoriza Servicis Medioambientales S.A. podnoszonych również we wszystkich wniesionych odwołaniach, w zakresie nieprawidłowej procedury oceny wniosków i niepełnej informacji o wynikach tej oceny. Przy czym Izba uznała, że stwierdzone uchybienia mają charakter fundamentalny i ich wyeliminowanie może nastąpić jedynie poprzez unieważnienie oceny wniosków wszystkich wykonawców i jej ponowne przeprowadzenie.

Podstawę powyższego stanowiska Izby stanowiły trzy niżej przedstawione zasadnicze elementy.

- I. Naruszenie przez zamawiającego przepisów proceduralnych ustawy Prawo zamówień publicznych w toku przeprowadzonych czynności.
- II. Odstąpienie przez zamawiającego od podanej w ogłoszeniu oceny punktowej wniosków w zakresie wiedzy i doświadczenia.
- III. Naruszenie przez zamawiającego obowiązków informacyjnych wobec wykonawców.

Ad. I. Z materiału dowodowego sprawy wynika, że zamawiający w dniu 9 grudnia 2014 r. przesłał wykonawcom powiadomienie obejmujące potwierdzenie spełniania warunków sytuacji podmiotowej, zdolności ekonomiczno-finansowej oraz zdolności technicznej. Ponadto podał liczbę punktów ogółem i pozycję według punktacji.

Zawarte w przekazanej Izbie przez zamawiającego dokumentacji postępowania przetargowego - arkusze szczegółowej oceny wniosków nie zostały podpisane przez członków komisji przetargowej, pochodzą od firmy doradczej i stanowią jej propozycje, co do dokonanego rozstrzygnięcia - zamawiający przyznał to wprost w piśmie z dnia 14 stycznia 2015 r. złożonym na rozprawie, stwierdzając, że materiały te zostały przesłane Izbie pomyłkowo, przy czym nawet na rozprawie arkusze szczegółowej oceny wniosków podpisane przez członków komisji przetargowej – nie zostały przedstawione. Izba nie dała

wiary przedstawionym dokumentom, że uprawniony organ, tj. komisja przetargowa zamawiającego w terminie na dzień 9 grudnia 2014 r., w którym się zebrała - w ogólności podjęła samoistnie rozstrzygnięcie w przedmiocie przydzielonej szczegółowej punktacji wnioskowi, szczególnie biorąc pod uwagę obszerność dokumentacji stanowiącej podstawę oceny i chociażby możliwości w zaistniałych okolicznościach samodzielnej weryfikacji proponowanego przez doradcę rozstrzygnięcia. W ogólności niepodpisane karty zawierające jakiegokolwiek dane – nie mogą stanowić żadnego dowodu z dokumentów. Materiał dowodowy potwierdza, że w istocie to nie komisja przetargowa dokonała: oceny wniosków i przyznania punktacji, jak nakazuje art. 20 ust. 1 ustawy Pzp, ale przybrany do pomocy zamawiającemu doradca, do czego nie był uprawniony.

Przepis art. 20 ust. 1 i 3 Pzp stanowi, że komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powołanym do oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu (...). Komisja przetargowa przedstawia kierownikowi zamawiającego propozycje, co do podejmowanych czynności w postępowaniu. Przy czym członkowie komisji przetargowej składają oświadczenia w trybie art. 17 ust. 2 Pzp o braku podstaw do wyłączenia ich z wykonywania czynności w postępowaniu. Izba uznała, że oceny dokonał podmiot nieuprawniony – doradca zamawiającego, który ani nie złożył oświadczeń z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp o braku podstaw do wyłączenia, ani nie był uprawniony do przyznawania punktacji wnioskowi. Jego rola mogła się co najwyżej ograniczać do przedstawiania na życzenie komisji przetargowej stanowiska odnośnie poszczególnych zagadnień. Zgodnie z art. 19 ust. 1 ustawy Pzp kierownik zamawiającego powołuje komisję do przeprowadzenia postępowania i to wyłącznie komisja przetargowa, z mocy art. 20 ust. 1 ustawy Pzp, jako zespół pomocniczy kierownika zamawiającego jest upoważniona i powołana do oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania i oceny wniosków i ofert. Na podstawie art. 20 ust. 3 ustawy Pzp komisja przetargowa przedstawia kierownikowi zamawiającego, między innymi propozycje wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty, wyboru oferty.

Sam fakt powiadomienia wykonawców przez zamawiającego o zbiorczych ocenach ofert, nie potwierdza że ta ocena była wynikiem suwerennych decyzji organu uprawnionego. Ocena szczegółowa wniosków dokonana przez komisję przetargową stanowi nieodzowny dokument akt postępowania przetargowego, bez którego przedstawienia, Izba miała pełne podstawy, aby przyjąć, iż procedura oceny wniosków została przeprowadzona niezgodnie z wyżej przytaczanymi przepisami ustawy Pzp, co samo przez się stanowi wystarczającą przesłankę do nakazania jej powtórzenia. Dokumenty z akt postępowania przetargowego stanowią dowody dopuszczane z urzędu na podstawie art. 190 ust. 2 Pzp, w granicach

podnoszonych zarzutów nieprawidłowej oceny złożonych wniosków i przyznanej im punktacji.

Ad. II. Przeprowadzone postępowanie dowodowe, w tym obraz wynikający z dokonanych ocen wniosków, pozwalał na postawienie zarzutów, że zamawiający w sposób nieuprawniony odstąpił od wyznaczonych w ogłoszeniu warunków, których w żaden inny sposób nie był władny zinterpretować w przytaczanych wyżej wyjaśnieniach z 16 października 2014r.

Kwalifikacja wykonawców odbywa się w dwóch fazach. Zgodnie z art. 60 d ust. 1 ustawy Pzp zamawiający, podobnie jak w przetargu ograniczonym w pierwszej fazie postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego dokonuje kwalifikacji wykonawców na podstawie minimalnych warunków udziału w postępowaniu opublikowanych w ogłoszeniu. Zamawiający w ogłoszeniu określa liczbę wykonawców, których zaprosi do dialogu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, nie mniejszej niż 5. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu jest większa niż określona w ogłoszeniu zamawiający zaprasza do dialogu wykonawców wyłonionych w sposób obiektywny i niedyskryminujący. Wykonawcę niezaproszonego do dialogu traktuje się jak wykluczonego z postępowania.

Minimalne warunki mają potwierdzać m. inn. stopień wiedzy i doświadczenia niezbędny (nieodzowny, konieczny) do podjęcia się realizacji zamówienia, pod rygorem wykluczenia z postępowania, a inne wykazane realizacje robót i usług, obrazują stopień wiedzy i doświadczenia - ponad minimalny - przyjmowany do punktacji.

Najpierw zamawiający dokonuje oceny spełnienia określonych w ogłoszeniu warunków udziału w postępowaniu przedstawionych we wnioskach w sposób nie dający podstaw do wykluczenia (w zakresie kwalifikacji podmiotowej, warunków sytuacji ekonomicznej i finansowej i zdolności technicznych – warunku wiedzy i doświadczenia), przyjmując za jej podstawę minimalne wyznaczone warunki w danym postępowaniu, a więc, w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia wykonawcy, sekcja III.2.3):

a) co najmniej jedno zamówienie, w ramach którego zaprojektowali i wykonali roboty budowlane obejmujące budowę lub przebudowę co najmniej 1 spalarni odpadów w technologii rusztowej, przekształcającej odpady komunalne albo frakcję energetyczną z odpadów komunalnych z odzyskiem energii elektrycznej, o mocy przerobowej nie mniejszej niż 80 000 Mg odpadów rocznie, spełniającej wymagania Dyrektywy 2000/76/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 grudnia 2000 r. w sprawie spalania odpadów w zakresie dopuszczalnych emisji spalin ze spalania odpadów. Zamówienie musiało



obejmować zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych obejmujących, co najmniej budowę lub przebudowę: rusztu, kotła, systemu oczyszczania spalin oraz turbiny parowej, wykonane w ostatnich pięciu latach przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończyli:

b) przez okres co najmniej 12 miesięcy należycie wykonali lub wykonują zamówienie na co najmniej jedną usługę obejmującą zarządzanie spalarnią odpadów wykonaną w technologii rusztowej, o mocy przerobowej nie mniejszej niż 80 000 Mg odpadów rocznie, przekształcającą odpady komunalne lub frakcję energetyczną z odpadów komunalnych z odzyskiem energii elektrycznej, spełniającą wymagania Dyrektywy 2000/76/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 grudnia 2000 r. w sprawie spalania odpadów w zakresie dopuszczalnych emisji spalin ze spalania odpadów, w okresie nie dłuższym niż 3 lata przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie.

Zamawiający w zakresie wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału podał Sekcja III.2.3 pkt 5 ogłoszenia - Partner prywatny może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Partner prywatny w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. 6. Jeżeli partner prywatny, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy partner prywatny będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący partnera prywatnego z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda dokumentów dotyczących w szczególności:

- 1) zakresu dostępnych partnerowi prywatnemu zasobów innego podmiotu;
- 2) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez partnera prywatnego, przy wykonywaniu zamówienia;
- 3) charakteru stosunku, jaki będzie łączył partnera prywatnego z innym podmiotem;
- 4) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Zdaniem Izby, przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zezwalający na uzupełnianie brakujących lub wadliwych dokumentów, dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy przedłożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia wyznaczonych minimalnie warunków udziału w

postępowaniu, czego skutkiem zachodziła by konieczność wykluczenia wykonawcy z przetargu. Jeżeli, zaś dalsze przedstawione w wykazie roboty i usługi referencyjne wiążą się jedynie z przyznaniem punktacji wykonawcom w celu zakwalifikowania ich do etapu dialogu – nie zachodzą przesłanki wzywania do uzupełniania jakichkolwiek brakujących, czy wadliwych dokumentów. Wykonawca, który nie zadba, aby w swoim wniosku przedstawić kompletne dane i dokumenty odnoszące się do poszczególnych pozycji wykazu robót i usług – nie ma prawa oczekiwać, że zostanie wezwany do uzupełnienia tych braków, a skutkiem tego jest, że pozycja taka nie podlega ocenie punktowej. Od wykonawcy zależy, bowiem, ile pozycji robót i usług, tak pod względem merytorycznym, jak formalnym - odpowiednich do wymagań jest zdolny przedstawić we wniosku.

Stąd właśnie wywodzi się obowiązek wyraźnego wskazania przez zamawiającego – jaką robotę oraz usługę zaliczył na poczet wykazania spełnienia warunków minimalnych niezbędnych do podjęcia się realizacji zamówienia, których niewykazanie wiąże się z wykluczeniem z postępowania.

Zamawiający wzywał wykonawców do uzupełnienia dokumentów, niezgodnie z warunkami ogłoszenia oraz ponad konieczne do wykazania spełnienia warunków minimalnych. Stąd potrzeba rozróżnienia wykazania spełnienia warunków minimalnych udziału w postępowaniu pod rygorem wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku ich niewykazania, od wykazanych robót i usług przyjmowanych do punktacji stopnia spełnienia warunków. Jedynie bowiem w zakresie spełnienia wymogów minimalnych - w treści art. 26 ust. 3 Pzp stanowiącego, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, albo którzy złożyli oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 zawierające błędy do ich złożenia w wyznaczonym terminie - zawarte jest upoważnienie dla zamawiającego - do wzywania wykonawcy, aby uzupełnił brakujące lub wadliwe dokumenty. Art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp traktuje o dokumentach potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a więc warunków wyznaczonych przez zamawiającego, pod rygorem wykluczenia wykonawcy z postępowania. Przepis ten nie odnosi się do usług i robót w wykazie ponad minimalne, które są ewentualnie przyjmowane do punktowania wniosków według największego stopnia spełnienia wyznaczonych warunków, gdyż w tym zakresie brak podstaw prawnych do wzywania do uzupełniania wniosków, pod sankcją wykluczenia z postępowania. Zamawiający nie powinien wzywać wykonawców do uzupełniania dokumentów, poza wykazanie spełnienia wymogów decydujących o samym udziale w postępowaniu, a dokumenty, które tą drogą uzyskał nie mogą stanowić podstawy do przyznawania punktacji. Bez znaczenia pozostawał przy tym wzór formularzy wykazu usług i robót, których stosowanie było jedynie zalecane.

Po ustaleniu, że wykonawca legitymuje się spełnieniem wymagań podstawowych oraz nie podlega wykluczeniu ze względu na sytuację ekonomiczno-finansową oraz minimalną wiedzę i doświadczenie, zamawiający dokonuje przydzielenia punktacji w sposób dokładnie oznaczony w ogłoszeniu.

Zamawiający tworzy listę rankingową uczestników postępowania, z zawężeniem kręgu wykonawców do wyznaczonej w ogłoszeniu liczby, którzy zostaną zaproszeni do fazy dialogu konkurencyjnego. Z tym, że jeżeli liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu jest większa niż liczba wykonawców którzy zostaną zaproszeni do dialogu - zamawiający przeprowadza dalszą selekcję wykonawców, wybierając spośród grona spełniających warunki udziału w postępowaniu, tych którzy uzyskali najwyższą ocenę spełnienia tych warunków, przy uwzględnieniu sposobu przyznawania punktacji określonej w ogłoszeniu.

W tym przypadku zamawiający postanowił w sekcji IV.1.2) ogłoszenia, że:

a) za każde zamówienie wykonane w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, w ramach którego zaprojektowano i wykonano roboty budowlane obejmujące budowę lub przebudowę co najmniej 1 spalarni odpadów w technologii rusztowej, przekształcającej odpady komunalne albo frakcję energetyczną z odpadów komunalnych z odzyskiem energii elektrycznej, o mocy przerobowej nie mniejszej niż 80 000 Mg odpadów rocznie, spełniającej wymagania Dyrektywy 2000/76/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 grudnia 2000 r. w sprawie spalania odpadów w zakresie dopuszczalnych emisji spalin ze spalania odpadów. Zamówienie musiało obejmować zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych obejmujących co najmniej budowę lub przebudowę: rusztu, kotła, systemu oczyszczania spalin oraz turbiny parowej. Partner prywatny otrzyma 1 punkt, lecz łącznie nie więcej niż 10 punktów,

b) za każde należycie wykonane lub wykonywane przez co najmniej 12 miesięcy w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zamówienie na usługę obejmującą zarządzanie spalarnią odpadów wykonaną w technologii rusztowej, o mocy przerobowej nie mniejszej niż 80 000 Mg odpadów rocznie, przekształcającą odpady komunalne lub frakcję energetyczną z odpadów komunalnych z odzyskiem energii elektrycznej, spełniającą wymagania Dyrektywy 2000/76/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 grudnia 2000 r. w sprawie spalania odpadów w zakresie dopuszczalnych emisji spalin ze spalania odpadów Partner prywatny otrzyma 5 punktów, lecz łącznie nie więcej niż 100 punktów.

Przy czym za znamienne i istotne należało uznać, że zamawiający określając odrębnie obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów, które chociażby ze względu na okres realizacji, nie są w pełni tożsame z warunkami minimalnymi uczestnictwa w przetargu, nie powtórzył w tej części ogłoszenia postanowień, ani do nich nie odesłał, jak w sekcji III.2.2) zdolność ekonomiczno- finansowa i w sekcji III.2.3) ogłoszenia kwalifikacje techniczne, że: pkt 5 - Partner prywatny może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Partner prywatny w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Sposób przyznawania punktacji nie został oznaczony w przepisach Pzp, zatem pozostawiony jest do decyzji zamawiającego, przy przestrzeganiu zasad ogólnych równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w warunkach zapewniających uczciwą konkurencję i przejrzystość działań.

Punktacja w zakresie oceny stopnia spełnienia wyznaczonych warunków dotyczy jedynie wniosków tych wykonawców, którzy spełniają minimalne warunki udziału w postępowaniu i niepodlegających wykluczeniu. Przy czym zamawiający nie wyłączył wprost z zakresu tej punktacji realizacji projektów i usług referencyjnych zaliczonych na poczet spełnienia wymagań minimalnych, pod warunkiem, że spełniają one jednocześnie kryteria wyznaczone w zakresie stopnia spełnienia tych warunków, podane w sekcji IV.1.2) ogłoszenia.

Ustawodawca pozostawił w art. 60 d ustawy Pzp swobodę decyzyjną, co do oznaczenia w ogłoszeniu sposobu wyłonienia wykonawców zapraszanych do fazy dialogu, jedynie wymagając, aby nastąpiło to w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny.

Powyższe postanowienie ogłoszenia powinno być, zatem stosowane zgodnie z jego dosłowną treścią, a więc należy przyjąć, że do punktacji nie mogły być liczone żadne wykazane roboty i usługi referencyjne udostępnione na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przez podmioty trzecie.

Firmy wykonawców Jasmire Investments Sp. z o.o.; Czysta Energia Gdańsk Sp. z o.o.; ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, jak wynika z ich akt rejestrowych zostały utworzone w drugiej połowie roku 2014, nie miały więc jakiegokolwiek dorobku własnego, który w myśl wiążących ustalonych zasad podanych w sekcji IV.1.2) ogłoszenia mógł być jedynie przyjmowany do punktacji ofert, gdzie nie przewidziano posłużenia się

potencjałem technicznym udostępnionym na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Mimo tego zamawiający ww. firmom taką punktację przydzielił. Już sam ten fakt świadczy, że zamawiający przy ocenie wniosków odszedł w sposób nieuprawniony od reguł, które ustanowił w ogłoszeniu, uzasadnia zatem zarzuty nieprawidłowej oceny wniosków i wadliwego ustalenia ich kolejności. Stanowiło to następną okoliczność, którą Izba przyjęła za podstawę nakazania unieważnienia czynności zamawiającego i nakazania powtórzenia oceny wniosków. Postępowanie dowodowe wykazało, w sposób niekwestionowany przez strony i uczestników postępowania, że zamawiający w ogólności, przydzielał punktację wnioskom w zakresie wiedzy doświadczenia, w oparciu o potencjał udostępniony, co na gruncie przedmiotowego postępowania – było działaniem nieuprawnionym.

Ustalenia powyższe zaprzeczają koronnym argumentom zamawiającego, że jakkolwiek można byłoby poddawać w wątpliwość prawidłowość niektórych jego działań, to i tak pozostawałoby to bez wpływu na wynik postępowania.

Ad. III. Izba podzieliła stanowiska i zarzuty zawarte w odwołaniu wykonawcy Valoriza Servicios Medioambientales S.A. i podnoszone we wszystkich rozpoznawanych łącznie odwołaniach, podtrzymane na rozprawie, że bez należytego, tj. pełnego i dokładnego poinformowania o wynikach oceny wniosków w zakresie spełnienia warunków minimalnych oraz przyznanej punktacji poszczególnym robotom i usługom referencyjnym, wykonawcy nie byli w stanie sformułować zarzutów i podjąć rzeczowej polemiki ze stanowiskiem zamawiającego.

Izba nie podziela poglądów zamawiającego, że wyjaśnienia stanowiska zamawiającego w zakresie przyznanej punktacji naruszałyby równe traktowanie uczestników postępowania, przez co byłyby niezgodne z prawem zamówień publicznych. Zachodzi sytuacja odwrotna – pozostawianie w dyskrecjonalnej wiedzy zamawiającego sposobu dokonanej punktacji i nie ujawnienie tej wiedzy zarówno tym z wykonawców, których ocena ta dotyczy, jak i pozostałym, którzy są nią żywotnie zainteresowani i mają prawo ją znać, przeczy regułom przejrzystości postępowania i równego traktowania wykonawców z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Ponadto w odniesieniu do wykonawców, których wnioski nie zostały sklasyfikowane na pozycji gwarantującej zaproszenie do dialogu, należało zważyć, iż są oni traktowani przez przepis 60 d ust. 3 ustawy Pzp jako wykluczeni z postępowania. Przepis art. 24 ust. 3 Pzp nakazuje, aby wykonawcy, którzy zostali wykluczeni z postępowania zostali równocześnie powiadomieni, z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego. Powołany przepis znajduje się w części przepisów ustawy Pzp odnoszącej się do wszystkich trybów postępowania przewidzianych w tej ustawie, a więc i do dialogu konkurencyjnego. Zamawiający tych wymogów ustawowych nie dochował. Zdaniem Izby, w tej sytuacji, różnicowanie zakresu uzasadnienia w powiadomieniach w odniesieniu do

wykonawców traktowanych, jako wykluczonych i pozostałych, nie wypełniałoby wymogu przejrzystości postępowania.

Izba nie uwzględniła argumentacji zamawiającego, że należycie wypełnił obowiązki informacyjne przez to, że:

1. przesłał w dniu 9 grudnia 2014 r., tj. w tym samym dniu, (w godzinach popołudniowych), w którym zebrała się komisja przetargowa powiadomienie do wykonawców, zawierające jedynie zestawienie punktacji ogółem, bez żadnego rozbicia, ani podania uzasadnienia faktycznego podjętych czynności,
2. na życzenie wykonawców udostępnił wyniki oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w prowadzonym postępowaniu zawierające również liczbę ogółem usług wliczanych do punktacji i liczbę ogółem robót wliczanych do punktacji,
3. bezspornie na żądanie wykonawców udostępnił protokół postępowania z wezwaniami i wyjaśnieniami wykonawców oraz wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 60d ust. 1 ustawy Pzp o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełnienia tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby, rozumienie tego przepisu nie może ograniczać się wyłącznie do podania całkowitych wyników przyznanej punktacji, ale powinno zawierać uzasadnienie z czego taka punktacja wynika (z przedstawieniem procesu decyzyjnego co oceny poszczególnych projektów i usług referencyjnych), skoro po tym etapie postępowania wykonawcy mają prawo korzystać ze środków ochrony prawnej na podjęte czynności w terminie zawitym 10 dni, stosownie do postanowień art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Tylko wykonawca prawidłowo poinformowany o motywach działań zamawiającego jest zdolny prawidłowo ocenić swoją sytuację i zagrożenie interesu w uzyskaniu zamówienia, wskazać w odwołaniu wadliwe czynności, naruszenie przepisów ustawy Pzp i podjąć rzeczową polemikę ze stanowiskiem zamawiającego w granicach realnie istniejących naruszeń prawa, a nie domyślając się intencji zamawiającego i działając „na oślep” zaskarżać wszystkie potencjalnie możliwe uchybienia, przy założonych hipotetycznych wariantach tej oceny.

Jeżeli odwołujący wykonawca podnosi zarzuty nieprawidłowego zakresu powiadomienia o przesłankach rozstrzygnięć zamawiającego - nie powinien wywodzić zarzutów merytorycznych wobec oceny własnego wniosku oraz konkurentów w tym zakresie, albowiem takie tezy pozostają we wzajemnej sprzeczności. Izba za poprawne w tym względzie uznaje stanowisko zawarte w odwołaniu wykonawcy Valoriza Servicios Medioambientales S.A., który podnosząc zarzut braku przekazania mu uzasadnienia w

powiadomieniu o wynikach oceny wniosków z dnia 9 grudnia 2014 r. i brak odpowiedzi na wezwanie o udostępnienie informacji, ograniczył się do ogólnego zakwestionowania czynności zamawiającego – dokonanej oceny wniosków. Jeżeli bowiem zarzut braku wystarczającego uzasadnienia działań zamawiającego jest zasadny, termin na zaskarżenie czynności odwołaniem biegnie dopiero od daty przekazania wykonawcy prawidłowego powiadomienia.

Bezsprzecznie zamawiający nawet nie odpowiedział na pismo odwołującego Valoriza Servicios Medioambientales S.A. o udzielenie informacji. Zdaniem Izby, zamawiający przynajmniej powinien niezwłocznie odpowiedzieć jaka dokumentacja jest dostępna oraz gdzie i kiedy można uzyskać do niej wgląd.

Nie do przyjęcia była argumentacja zamawiającego, że to wykonawcy powinni przeprowadzić samodzielnie analizę wniosków - ocenić w świetle wymogów przedstawionych w ogłoszeniu - jaką liczbę punktów winien uzyskać dany wykonawca i za co. Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie wnoszone jest od czynności zamawiającego, względnie od zaniechania czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy. Postępowanie dowodowe wykazało, że wykonawcy przedstawili w wykazach większą ilość realizacji, niż taką która z uwagi na górny pułap punktów mogła być wliczona, lub też niektóre realizacje referencyjne nie zostały uwzględnione w ocenie. Stąd wykonawcy nie mogli wiedzieć na jakich podstawach (pozycjach wykazu) zamawiający oparł swoją ocenę ogólną, aby przeprowadzić wobec danych pozycji własne ustalenia i porównać je z wynikami zamawiającego. Ponadto, ani obowiązkiem wykonawców, ani też obowiązkiem Izby nie jest wyliczanie punktacji przynależnej złożonym wnioskom.

Zgodnie z art. 60d ust. 3 Pzp wykonawcę niezaproszonego do dialogu traktuje się jak wykluczonego z postępowania. Przepis dotyczy wszystkich wykonawców niezaproszonych do dialogu, ze względu na niewykazanie spełnienia warunków udziału, jak i tych którzy uzyskali za małą ilość punktów aby podlegać dalszej procedurze przetargowej. Zamawiający zobowiązany jest niezwłocznie poinformować wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o wynikach oceny spełnienia warunków i otrzymanej punktacji. Przepis art. 24 ust. 3 Pzp nakazuje zamawiającemu podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia wykonawców z postępowania i powinien być stosowany bez rozróżnienia – *lege non distigente*. Skoro brak czynności zaproszenia wykonawcy do dialogu wywołuje ten sam skutek jak wykluczenie, oznacza to konieczność przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego. Idąc dalej, z uwagi na nakaz zawarty w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz w art. 4 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 nr 19, poz. 100 ze zm.) - wyboru partnera prywatnego w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz

przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, należało przyjąć, że zamawiający winien przedstawić w powiadomieniu o wynikach oceny złożonych wniosków nie tylko oświadczenia ogólne o uznaniu poszczególnych warunków, tj. zdolności ekonomiczno finansowej oraz zdolności technicznej (wiedzy i doświadczenia) za spełnione, ale ze wskazaniem na konkretną pozycję wykazu wykonawców, która taką ocenę uzasadniała. Ponadto liczba podanych punktów winna być podana także w rozbiciu na poszczególne pozycje złożonych wykazów robót i usług, z podaniem uzasadnienia w przypadku nie przyznania punktacji.

Nie można było pominąć, że przedstawione przez wykonawców wykazy robót i usług zawierają od kilkunastu, do kilkudziesięciu pozycji. Z informacji o punktacji ogólnej i zajętego miejsca na liście rankingowej nie sposób powziąć wiadomości o procedurze i metodach czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu, co z kolei warunkuje wykonawcom możliwość prawidłowego korzystania ze środków ochrony prawnej, w tym zaskarżania odwołaniem decyzji zamawiającego, które naruszają przepisy Pzp.

Po analizie dokumentacji postępowania, w oparciu o przeprowadzone dowody, w odniesieniu do czynności:

- 1) oceny spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, ograniczonej do stwierdzenia „spełnia”, zamiast podania, która z usług i robót referencyjnych za takie została uznana,
- 2) przyznanej punktacji łącznej

- Izba podzieliła stanowisko odwołujących, że zmuszeni byli oprzeć odwołania na przyjęciu domniemanych czynności zamawiającego, co doprowadziło do sytuacji, że niektórzy z odwołujących się wykonawców, w tym zwłaszcza wykonawcy Czysta Energia Gdańsk Sp. z o.o. sygn. akt: KIO 2720/14 i ITOPK Gdańsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu KIO 2723/14 na wszelki wypadek zaskarżyli prawie w całości wyniki oceny ofert.

Izba podzieliła argumentację odwołującego Valoriza Servicios Medioambientales S.A. z siedzibą w Madrycie, że zamawiający poprzez niedotrzymanie wymogu prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty i przewidywalny w oparciu o wyznaczone warunki umożliwiające weryfikację oceny złożonych wniosków dokonanej przez zamawiającego, na podstawie których możliwe stałoby się ustalenie sposobu oceny wniosków przez komisję przetargową, oraz z jakich przyczyn poszczególni wykonawcy otrzymali taką, a nie inną punktację - naruszył wskazane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp. Zamawiający powinien był powiadomić wszystkich uczestników przetargu o wynikach weryfikacji spełnienia wyznaczonych minimalnych warunków udziału w postępowaniu i uzyskanych punktach przez wykonawców w zakresie stopnia spełniania postawionych warunków tj. powinien był



przesłać informacje na podstawie, których odwołujący mógłby dokonać oceny, które z wykazanych przez niego realizacji i przez innych wykonawców zostały, bądź nie zostały zaakceptowane przez zamawiającego i poznać chociażby podstawowe podwoły ku temu. W przedmiotowym przypadku zamawiający nie dopełnił tych obowiązków, a w konsekwencji uniemożliwił odwołującemu dokonanie kompleksowej oceny działań zamawiającego. Z uwagi na powyższe odwołujący był zmuszony zakwestionować ocenę każdego z dokumentów złożonych przez odwołującego i każdego innego wykonawcę, które wykazywały spełnienie warunków udziału i były punktowane przez zamawiającego. W sytuacji gdyby zamawiający wskazał w rozstrzygnięciu podstawy oceny wniosków lub przekazał odwołującemu załączniki do protokołu postępowania (...) zawierające wystarczający zasób informacji, odwołujący mógłby dokonać weryfikacji działań zamawiającego, co wobec stwierdzonych zaniechań zamawiającego nie dawało możliwości przeprowadzenia.

Skład orzekający Izby rozstrzygający niniejszą sprawę w pełni podziela pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2011 r. (sygn. akt: KIO 990/11), w którym Izba stanęła na stanowisku: *„że wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma gwarantowane przepisami ustawy Pzp prawo do uzyskania wszystkich informacji o czynnościach zamawiającego, które są niezbędne do zweryfikowania prawidłowości tych czynności i ewentualnego skorzystania ze środków ochrony prawnej. Powyższe uprawnienie wykonawcy jest realizowane m.in. poprzez istniejący po stronie zamawiającego obowiązek przekazywania informacji o ocenach i decyzjach wpływających na dalszy udział wykonawców w postępowaniu i możliwość uzyskania zamówienia oraz obowiązek rzetelnego dokumentowania postępowania i jawność tej dokumentacji. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie tylko zaniechał przekazania Odwołującemu niezbędnych informacji, ale również nie udokumentował czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zaniechania Zamawiającego doprowadziły do sytuacji, w której Odwołujący nie miał żadnej możliwości odniesienia się zarówno do oceny jego wniosku, jak i wniosków złożonych przez innych wykonawców, nie posiadał bowiem niezbędnych do tego informacji i nie mógł ich wszystkich uzyskać z dokumentacji z postępowania. Obowiązek Zamawiającego w przypadku niniejszego postępowania, prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, wynikał art. 57 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Powyższy przepis nie określa stopnia szczegółowości tej informacji, niemniej jednak powinna ona być na tyle szczegółowa, aby dać wykonawcy możliwość zweryfikowania oceny dokonanej przez Zamawiającego. Stanowisko przeciwne, zgodnie z którym wystarczającą*

*informacją dla wykonawców byłoby jedynie podanie ogólnej liczby uzyskanych punktów (przy jednoczesnym niesporządzeniu dokumentu uzasadniającego ocenę - o czym poniżej), prowadziłoby do sytuacji, w której informacja o wynikach oceny wniosków nie mogłaby spełnić swojej funkcji. Wykonawcy bowiem nie mieliby możliwości dokonania weryfikacji prawidłowości tej oceny i ewentualnej obrony swojej pozycji w postępowaniu.”*

Powyżej przytaczane zasady obowiązują także w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego. Fakt, że przepis art. 60d ust. 1 ustawy Pzp nie określa stopnia szczegółowości informacji o wynikach oceny wniosków - w żaden sposób nie umniejsza powinności zamawiającego - przedstawienia nie tylko ocen zbiorczych, ale informacji na tyle uszczegółowionych, aby dać wykonawcom możliwość zweryfikowania ocen dokonanych przez zamawiającego. Nakaz taki wynika, bowiem z zasad równego traktowania wykonawców, jawności i przejrzystości postępowań prowadzonych w trybie ustawy Pzp. Odwołujący nie był zobowiązany w takich okolicznościach jak zostały ustalone w przedmiotowym postępowaniu - zaskarżać domniemanych czynności zamawiającego, jak uczynili to inni wykonawcy, gdyż w pierwszej kolejności należy doprowadzić do ujawnienia rzeczywistych i sprecyzowanych działań zamawiającego, zatem sam fakt naruszenia przepisów ustawy Pzp w tym zakresie zdecydował o uwzględnieniu odwołania.

Po zapoznaniu się z wynikami ponownej oceny wniosków i ich pełnym uzasadnieniem, wykonawcom będzie przysługiwał termin na zaskarżenie czynności oceny wniosków, jeżeli uznają, że zostały one dokonane z naruszeniem prawa, w granicach wykazania rzeczywistego i zindywidualizowanego interesu własnego do zaskarżenia konkretnych czynności zamawiającego.

Za podstawę rozpatrzenia odwołań, Izba władna była przyjąć dokumenty w postępowaniu przetargowym o takiej treści, z których wynikały przedstawione zarzuty, a nie w oparciu o nieznane wykonawcom - przed złożeniem odwołań - wyjaśnienia zamawiającego odnośnie sposobu przyznania punktacji przedstawione w toku rozprawy w odpowiedzi na odwołania, do których odwołania się nie odnosiły, ani nie mogły się odnosić.

Jak wielokrotnie wskazywano w licznych wyrokach KIO, w trakcie postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza nie zastępuje zamawiającego, nie przeprowadza też za zamawiającego przypisanych mu ustawowo czynności. Weryfikuje jedynie działania zamawiającego i ocenia ich zgodność z literą ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 192 ust. 1,2,3 pkt. 1 Pzp KIO władna jest w przypadku stwierdzenia naruszeń prawa nakazać unieważnienie czynności, powtórzenie, czy przeprowadzenie oznaczonych czynności. Po powtórnej ocenie wniosków i prawidłowym uzasadnieniu jej wyników, wykonawcy będą mogli wnieść ewentualne odwołania, jeżeli nie zaakceptują

czynności zamawiającego, przy rzeczowym zawężeniu zarzutów, zgodnie ze swym rzeczywistym indywidualnym interesem w uzyskaniu zamówienia,

Z powyższych względów zachodziły podstawy do uwzględnienia zarzutów odwołań w tym zakresie i nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności oceny wniosków oraz powtórzenia tej oceny.

Powyższe stanowisko Izby, w oparciu o przytaczany wyżej materiał dowodowy, który Izba odniosła do wszystkich łącznie rozpatrywanych odwołań, stanowi też integralną część uzasadnienia odwołań w sprawach sygn. akt KIO 2717/14; KIO 2720/14 oraz KIO 2723/14.

Zarzut odwołania o sygn. akt KIO 2708/14 naruszenia:

1. art. 60d ust. 1-3 Pzp, Izba uznała za zasadny w ramach ogólnego stwierdzenia nieprawidłowości proceduralnych i odstępstw od ogłoszenia - przyznanej punktacji złożonym wnioskom,
2. art. 60d ust. 1 i 3 Pzp poprzez niepodanie w treści rozstrzygnięcia informacji i uzasadnienia o otrzymanych ocenach spełniania warunków udziału określonych przez zamawiającego, podlegał uwzględnieniu,
3. art. 60d ust. 3 Pzp poprzez brak zaproszenia wykonawców do dialogu konkurencyjnego jednocześnie z przekazaniem wykonawcom wyników oceny ich wniosków, zarzut nie podlegał uwzględnieniu. Zamawiający mógł podjąć przywoływane czynności odrębnie, co nie odbierało wykonawcom niepodlegającym zaproszeniu do dialogu prawa do potraktowania ich, jako wykluczonych,
4. art. 96 ust. 3 Pzp oraz § 5 ust. 1 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. 2010 Nr 223, poz. 1458) poprzez nie udostępnienie załączników do protokołu postępowania obejmujących wyjaśnienie przyjętego przez komisję przetargową sposobu oceny ofert, zarzut znalazł potwierdzenie. Obowiązkiem zamawiającego było pełne poinformowanie wykonawców o wynikach oceny wniosków, a więc także udostępnienie w tym zakresie załączników do protokołu postępowania, w oparciu o które ocena ta została dokonana, nie zaprzecza takim obowiązkom wyłączenie w treści art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, które w postępowaniach dwustopniowych nie może odnosić się do załączników, obrazujących sposób przyznania punktacji rozpatrywanym wnioskom,
5. art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 Nr 153, poz. 1503 j.t.), zarzut nie został wykazany i nie podlegał uwzględnieniu.

W konsekwencji zamawiający naruszył zasady postępowania określone w art. art. 7 ust. 1 oraz w art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gwarantujące równe traktowanie wykonawców oraz jawność i przejrzystość postępowania.

W tym stanie rzeczy odwołanie podlegało uwzględnieniu na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Na podstawie § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła uiszczoną przez odwołującego kwotę z tytułu wpisu na poczet kosztów postępowania odwoławczego i zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot poniesionych kosztów postępowania odwoławczego.

#### **Sygn. akt KIO 2717/14**

Konsorcjum firm w składzie: Astaldi S.p.A.; TM.E. S.p.A. Termomeccanica Ecologia oraz TIRU S.A., sklasyfikowane na pozycji 5 zaskarżyło czynności zamawiającego polegające na wadliwej ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez wykonawców, w tym, w zakresie dotyczącym oceny wniosku odwołującego, które wykonawca uznał za podjęte z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. W konsekwencji powyższych naruszeń, w ocenie odwołującego zamawiający zakwalifikował do dialogu wykonawców, którzy powinni zostać wykluczeni z postępowania z uwagi na niespełnienie przez nich warunków udziału w postępowaniu, a także, w przypadku części z nich, zamawiający przyznał im większą niż należna ilość punktów, natomiast odwołującemu przyznał zbyt małą ilość punktów w stosunku do tego, ile powinien otrzymać. Odwołujący wskazywał, że zamawiający przyznawał punkty niezależnie od faktu czy wykonawcy posługiwali się w celu uzyskania punktów w rankingu potencjałem własnym (do którego odwołujący zaliczał potencjał grupy kapitałowej, do której dany wykonawca należy), czy też potencjałem osób trzecich niezwiązanych w żadnym stopniu z wykonawcą. W wyniku tej wadliwej czynności odwołujący został skwalifikowany w rankingu wykonawców zaproszonych do dialogu na piątej pozycji, a powinien być zostać zakwalifikowany na wyższej pozycji. Według odwołującego w przypadku przeprowadzenia przez zamawiającego procesu kwalifikacji wykonawców w sposób prawidłowy, zgodny z ogłoszeniem o zamówieniu oraz ustawą Pzp, odwołujący miałby realnie zwiększone szanse na zaproszenie do drugiego etapu postępowania uzyskując w rankingu wyższą ilość punktów. W konsekwencji tej

wadliwej oceny wniosków odwołujący uznał, że może zostać pozbawiony możliwości zaproszenia do dialogu oraz złożenia oferty, co narusza jego interes w uzyskaniu zamówienia.

Zamawiający w informacji o wynikach prekwalfikacji, podał jedynie ilość punktów przyznanych poszczególnym wnioskowi nie uzasadniając w żaden sposób swej decyzji. Odwołujący wskazał, że taki sposób informacji jest wadliwy bowiem uniemożliwia wykonawcom zweryfikowanie poprawności czynności przeprowadzonych przez zamawiającego, naruszając tym samym zasadę przejrzystości, będącą jedną z podstawowych zasad postępowania.

Odwołujący zarzucił, że działania zamawiającego naruszają następujące przepisy ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
- 2) art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp,
- 3) art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp,
- 4) art. 26 ust 2b ustawy Pzp
- 5) art. 60 d ust 2 ustawy Pzp,
- 6) mający odpowiednie zastosowanie art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, i innych wskazanych w treści odwołania oraz wnosił o unieważnienie oceny wniosków złożonych przez wykonawców:

- 1) ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawa poz. 3 wg rankingu wykonawców
  - 2) NDI Project Development Sp. z o.o. z siedzibą w Sopot poz. 4 wg rankingu wykonawców
  - 3) Czysta Energia Gdańsk Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach poz. 7 wg rankingu wykonawców
  - 4) Sita Bałtycka Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie poz. nr 1 wg rankingu wykonawców
  - 5) ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. z siedzibą w Wrocław poz. 6 rankingu wykonawców
- oraz dokonanie ich powtórnej oceny w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

W odniesieniu do własnego wniosku, wnosił o powtórzenie czynności oceny wniosku i przyznanie odwołującemu ilości punktów odpowiadającej informacjom zawartym we wniosku w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania i w jej wyniku uznanie, iż odwołujący uzyskał większą niż ustalona przez zamawiającego ilość punktów w rankingu, co winno skutkować podwyższeniem jego pozycji rankingowej.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący przytoczył treść ogłoszenia w zakresie warunków granicznych dla ubiegających się o zamówienie, w odniesieniu do:

- zdolności ekonomicznej i finansowej
- kwalifikacji technicznych.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust 2 b Pzp wskutek uznania, iż wykonawcy mogą dla uzyskania punktów w rankingu powoływać się na potencjał podmiotów trzecich innych niż należących do grupy wykonawcy.

W ocenie odwołującego dyspozycja art. 26 ust 2b Pzp jest w tym zakresie jasna i konkretna a dodatkowo przepis ma charakter wyjątku od zasady -że to wykonawca ma wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący przytoczył następujące orzecznictwo KIO wyrok KIO 1563/12 z dnia 2012-08-07 (LEX nr 1217084).

*„Ocena wniosków w zakresie przyznania dodatkowej punktacji, o której mowa w art. 51 p.z.p., jest osobnym etapem postępowania w stosunku do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Celem oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest dokonanie badania; czy dany wykonawca może w ogóle zostać dopuszczony do wzięcia udziału w postępowaniu. Natomiast celem oceny punktowej jest dokonanie klasyfikacji wniosków od najlepszego do najgorszego oraz wskazanie, którzy z wykonawców mogą zostać dopuszczeni do dalszego etapu postępowania.*

*Powoływanie się przez wykonawcę na potencjał podmiotu trzeciego jedynie w celu zwiększenia swoich szans na zakwalifikowanie się do kolejnego etapu w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 26 ust 2b p.z.p. Nie ma podstaw do premiowania takich wykonawców, którzy pozyskując zasoby innych wykonawców mogą otrzymać realizację zamówienia, kosztem tych wykonawców, którzy posiadane doświadczenie nabyli w wyniku samodzielnego wykonywania zamówień.*

*Przyznawanie przez zamawiającego punktów w oparciu o zasoby "pożyczone" prowadzi do naruszenia art. 7 ust 1 p.z.p., gdyż utrudniać może dostęp do dalszego etapu postępowania wykonawcom, którzy nie korzystają z zasobów podmiotów trzecich, lecz legitymują się doświadczeniem własnym.*

*Nie sposób uznać, iż wykonawca, który w ogóle nie posiada własnego doświadczenia lub posiada go w stopniu niewystarczającym, daje lepszą rękojmię należytego wykonania zamówienia niż wykonawca posiadający doświadczenie własne. Brak jest racjonalnych przesłanek by uznać, że zasób udostępniony gwarantuje zamawiającemu lepsze wykonanie zamówienia przez takiego wykonawcę niż wiedza i doświadczenie, jaką nabył wykonawca w trakcie bezpośredniego wykonywania zamówień.”*

Zarzut powyższy odwołujący sformułował wobec oceny przez zamawiającego, w ramach kryteriów kwalifikacji, wszystkich wniosków złożonych przez tych wykonawców, którzy w celu uzyskania większej ilości punktów posługują się potencjałem podmiotów trzecich - innych niż należących do grupy kapitałowej wykonawcy. Odwołujący uznał, że obowiązkiem zamawiającego jest powtórzenie procesu oceny wniosków i w jego wyniku pozbawienie nienależnych punktów tych wykonawców, którzy w celu ich uzyskania w ramach kryteriów kwalifikacji podmiotowej, posługują się potencjałem takich podmiotów trzecich na zasadach art. 26 ust 2b Pzp.

Odwołujący argumentował, że posługiwanie się zasobami podmiotów trzecich nienależących do grupy wykonawcy możliwe jest tylko w zakresie dotyczącym spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu. Za dodatkowy argument świadczący na rzecz dokonania takiej procedury przez zamawiającego poczytał treść samego ogłoszenia o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu, gdzie zdaniem odwołującego wskazano jedynie w odniesieniu do sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu (warunków granicznych) na dopuszczalność powoływania się przez wykonawców na potencjał podmiotów trzecich w trybie art. 26 ust 2b Pzp pkt III.2.3) Kwalifikacje techniczne (...). Jednocześnie, odwołujący uznał, że treść ogłoszenia w zakresie dotyczącym systemu przyznawania punktów w rankingu wykonawców świadczy, iż punktacja miała być przyznawana wyłącznie przez wykazanie dodatkowych, ponad graniczne, wymaganych robót/usług zrealizowanych przez wykonawców (nie podmioty trzecie). Odwołujący przekonywał, że treść art. 26 ust. 2b zdanie drugie ustawy Pzp wyraźnie wiąże możliwość skorzystania przez wykonawcę z wymienionych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp zasobów należących do innego podmiotu z istnieniem rzeczywistej potrzeby wykazania tego zasobu w związku z jego niezbędną dla realizacji zamówienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Wynika to z literalnego brzmienia tego przepisu, gdzie dwukrotnie akcentuje się niezbędny charakter udostępnianych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Zasób jest niezbędny do realizacji zamówienia, jeśli bez jego wykorzystania wykonawca nie jest w stanie zrealizować zamówienia, a o możliwości wykonania zamówienia stanowi spełnienie ustalonych przez zamawiającego minimalnych warunków udziału w postępowaniu. Znaczenie normatywne regulacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, stanowiącej wyjątek od reguły wykazania przez samego wykonawcę potencjału i zdolności w zakresie wiedzy, doświadczenia, dysponowania potencjałem technicznym i kadrowym, sprowadza się zatem do stwierdzenia, że wykonawca, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego może powołać się na zasoby podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego (opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w

postępowaniu) zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, gdy sam bezpośrednio nie dysponuje takimi zasobami. Brak posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego uniemożliwia bowiem takiemu wykonawcy samodzielne uczestnictwo w postępowaniu. Niezbędny charakter zasobów udostępnianych wyznacza zarazem granicę zastosowania art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Przywiódło to odwołującego do wniosków, że należy przyjąć, że udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego jest możliwe wyłącznie do spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a nie do uzyskania dodatkowej punktacji, zajęcia wyższej pozycji w rankingu wykonawców, celem otrzymania zaproszenia do składania ofert. W zakresie kwalifikacji technicznych lub/ i zawodowych wykonawcy, zgodnie z regulacją zawartą w art. 48 ust. 3 dyrektywy klasycznej, wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji dowieść instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów. Podobnie przedmiotową kwestię reguluje dyrektywa sektorowa, która w art. 53 ust. 5 wskazuje, że jeżeli kryteria kwalifikacji obejmują wymogi odnoszące się do możliwości technicznych lub zawodowych wykonawcy, wówczas w uzasadnionych przypadkach podmiot taki może zdać się na możliwości innych podmiotów, niezależnie od rodzaju istniejących pomiędzy nimi powiązań prawnych. Wykonawca musi udowodnić, że będzie dysponował wspomnianymi zasobami przez cały okres ważności systemu kwalifikowania, przedstawiając w tym celu np. zobowiązanie podmiotów trzecich do udostępnienia wspomnianych zasobów. Okoliczność, że dyrektywa sektorowa nie posługuje się użytym w dyrektywie klasycznej pojęciem „niezbędnych zasobów” nie oznacza, iż zamysłem prawodawcy było odmienne uregulowanie tej kwestii w zamówieniach sektorowych. Brak tego określenia nie wyznacza dla zamówień sektorowych odrębnej linii orzeczniczej, gdyż brak rzeczowego uzasadnienia dla takiego stanowiska. Także polski ustawodawca implementując dyrektywy, nie ustanowił w tym zakresie odrębnych reguł dla zamówień sektorowych. Powyższe odwołujący uznał za brak przekonujących argumentów, że wykładnia prounijna winna skłaniać do przyjęcia szerokiego rozumienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Ustawodawca unijny, także dopuszczalność odwołania się do zasobów podmiotów trzecich ustanowił nie jako regułę, lecz możliwość z której można skorzystać w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia i tylko w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący powołał się na wyrok z dnia 22 czerwca 2012 r. (sygn. akt: KIO 1201/12), gdzie wskazano, „że odmienne pojmowanie regulacji zawartej w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych zdaje się przeczyć zarówno celowi tej regulacji, jak i wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż stawiłoby w



*uprzywilejowanej sytuacji tych wykonawców, którzy wykazali się swego rodzaju kreatywnością, przedkładając dodatkowo liczne zobowiązania do oddania im odpowiedniego zasobu tylko w celu podniesienia punktacji. Nieograniczone stosowanie możliwości dysponowania zasobami podmiotów trzecich w trybie negocjacyjnym dewaluowałoby sens prowadzenia postępowania przetargowego w takim trybie, gdyż jego celem ma być wyłonienie wykonawcy o możliwie najlepszych własnych kwalifikacjach, a nie dysponującego największymi udostępnionymi przez podmioty trzecie zasobami. Nie sposób bowiem uznać, że wykonawca, który w ogóle lub w wymaganym zakresie, nie posiada własnego doświadczenia i wymagane doświadczenie pozyskał od innych podmiotów, daje lepszą rękojmię wykonania zamówienia niż wykonawca, który własne doświadczenie posiada.” W wyroku z dnia 7 sierpnia 2012 r. (sygn. akt: KIO 1563/12) podniesiono ponadto, że „nie sposób uznać, iż wykonawca, który w ogóle nie posiada własnego doświadczenia lub posiada go w stopniu niewystarczającym, daje lepszą rękojmię należytego wykonania zamówienia niż wykonawca posiadający doświadczenie własne. Brak jest racjonalnych przesłanek by uznać, że zasób udostępniony gwarantuje zamawiającemu lepsze wykonanie zamówienia przez takiego wykonawcę niż wiedza i doświadczenie nabyte przez wykonawcę w trakcie bezpośredniego wykonywania zamówień. Miarą wiarygodności firmy, jako uczestnika obrotu gospodarczego jest jego własne doświadczenie, jak i własny, posiadany potencjał ludzki, techniczny czy ekonomiczno-finansowy.”*

Podsumowując, odwołujący podtrzymał tezy, że przyznawanie punktów w kryteriach kwalifikacji za potencjał podmiotu trzeciego udostępniony na zasadzie art. 26 ust 2b Pzp w odniesieniu do podmiotów spoza grupy kapitałowej wykonawcy, uznać należy za niedopuszczalne, a działanie zamawiającego, który stosuje taki system oceny wniosków za naruszające ustawę Pzp.

Odwołujący powoływał się na okoliczność, że w odróżnieniu od pozostałych wykonawców, w celu uzyskania punktów wskazał jedynie takie obiekty referencyjne, jakie zostały wykonane przez niego samego, względnie podmioty należące do grupy kapitałowej wykonawców tworzących konsorcjum odwołującego. W związku z powyższym, odwołujący wnosił o pozbawienie punktów rankingowych tych wszystkich wykonawców, którzy posłużyli się w celu uzyskania punktów podmiotami trzecimi spoza grupy kapitałowej wykonawcy ubiegającego się o zamówienie.

Zarzut błędnej oceny wniosku odwołującego - 5 miejsce w rankingu, 64 pkt.

Zamawiający zawiadomił o wynikach kwalifikacji pismem z dnia 9.12.2014 r., uznając iż odwołujący uzyskał łącznie 64 pkt. Treść zawiadomienia o wynikach kwalifikacji nie zawiera jednak, jak to wcześniej wskazano, szczegółowych informacji w zakresie tego, które

z wykazanych przez odwołującego w treści wniosku robót, a także usług zamawiający uznał za spełniające kryteria oceny spełniania warunków udziału, a którym odmówił przyznania punktów z uwagi, iż w jego ocenie nie spełniły wymagań zawartych w treści ogłoszenia o zamówieniu, co przyjął odwołujący za naruszenie jego prawa do informacji statuowane zasadą przejrzystości.

Takie stanowisko zaprezentował Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w orzeczeniu C-406/08 Uniplex, wskazując, że zamawiający jest obowiązany każdorazowo do przekazania motywów swej decyzji pod rygorem nie rozpoczęcia biegu na wniesienie środka odwoławczego. Wobec braku szczegółowych informacji w przedmiocie powyższych zagadnień, odwołujący wskazywał, że nie jest w stanie ocenić, które z wykazanych realizacji nie zostały przez zamawiającego uznane. Analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku pozostałych wykonawców, wobec których według wiedzy odwołującego, zamawiający zastosował taki sam poziom szczegółowości zawiadomienia. W ocenie odwołującego powyższe stanowi o naruszeniu art. 60d ust 1 Pzp, bowiem w praktyce uniemożliwia wykonawcom wniesienie wobec wyników kwalifikacji środków ochrony prawnej.

Podobnie wskazuje orzecznictwo KIO, tak przykładowo: KIO 2447/13 -wyrok KIO z 2013-11-04 (LEX nr 1415412) Z pojęcia " 1. Wyniki oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu" nie wynika zakres informacji składających się na owe "wyniki". Przepis art. 51 ust 1a p.z.p. milczy na temat, czy informacje te winny być przekazane wszystkim wykonawcom, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu; czy też każdy z nich ma otrzymać wyłącznie swoją indywidualną ocenę. Wobec tego dla ustalenia obowiązków zamawiającego, wynikających z tego przepisu; sięgnąć należy do pozajęzykowych reguł interpretacji przepisów prawa - wykładni celowościowej, funkcjonalnej i systemowej.

2. Zasady jawności i pisemności wymagają nie tylko dokumentowania przez zamawiającego swoich czynności w postępowaniu, zgodnie z obowiązującymi przepisami, ale również przekazywania, stosownie do dopuszczonego przez zamawiającego sposobu porozumiewania się z wykonawcami, dokonanych w toku postępowania ocen i ustaleń niezbędnych dla oceny przez wykonawcę swoich praw w postępowaniu oraz podjęcia niezbędnych działań dla ich ochrony.

3. Wykonawca niezaproшений do złożenia oferty i w związku z tym uznany za wykluczonego winien otrzymać uzasadnienie faktyczne i prawne, analogicznie jak wykonawca, którego zamawiający wyklucza z postępowania (arg. o simili z art. 24 ust 3 p.z.p.),

a także analogicznie: KIO 2706/12; KIO 2709/12 wyrok z 2013-01-03 (LEX nr 1259609)

1. Dla ustalenia obowiązków zamawiającego wynikających z art. 51 ust. 1a p.z.p. sięgnąć należy do pozajęzykowych reguł interpretacji przepisów prawa - wykładni celowościowej, funkcjonalnej i systemowej.

3. Prawidłową realizacją obowiązku zamawiającego wynikającego z przepisu art. 51 ust 1a p.z.p. jest podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej oceny. Zamawiający powinien podać co najmniej informację o przyczynach, dla których wykazane umowy nie zostały uznane za spełniające ustalone wymagania. Zamawiający ma obowiązek przekazać taką samą informację na temat dokonanej oceny wszystkim wykonawcom, którzy złożyli wnioski - tak, aby każdy z nich w momencie otrzymania informacji dysponował taką samą wiedzą.

5. Przekazanie wykonawcom informacji o ocenie wniosków nie stanowi samoistnej czynności w postępowaniu, lecz jest obowiązkiem o charakterze akcesoryjnym w stosunku do czynności oceny wniosków.”

Powołane orzeczenia literalnie dotyczą art. 51 ust 1a Pzp, jednak, wobec analogicznej konstrukcji oraz brzmienia art. 60 d ust 1 Pzp, mają również zastosowanie do omawianej sytuacji.

W tych okolicznościach, odwołujący stwierdził, że nie wiedząc które z wykazanych robót oraz usług i dlaczego nie zostały przez zamawiającego uwzględnione w trakcie przyznawania punktów w kryteriach kwalifikacji podmiotowej, za zasadny uznał wniosek o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności zawiadomienia o wynikach kwalifikacji w sposób umożliwiającą ocenę prawidłowości czynności zamawiającego.

W ocenie odwołującego wszystkie spośród wykazanych w treści jego wniosku pozycji tak robót, jak i usług spełniały wymagania określone w ogłoszeniu.

W zakresie dotyczącym usług - zgodnie z treścią wniosku s. 279-282 odwołujący wykazał się wykonaniem 15 usług, zaś w zakresie robót budowlanych - s. 341-342 wykazał się wykonaniem 5 robót spełniających wymagania określone w ogłoszeniu o zamówieniu. W konsekwencji odwołujący uwzględniając, iż w jego ocenie, wszystkie wyżej wskazane usługi oraz roboty spełniały wymagania winien otrzymać minimum 74 punkty, podczas gdy zamawiający przyznał odwołującemu z niewiadomych i nieznanym odwołującemu przyczyn jedynie 64 pkt. Jeśli bowiem przyjąć, że za instalacje referencyjne wymagane dla potwierdzenia doświadczenia zamawiający nie przyznawał punktów, to za dodatkowe 14 usług odwołujący winien otrzymać 70 pkt (14 x 5 pkt), natomiast za dodatkowe 4 roboty odwołujący winien otrzymać 4 punkty (4x1 pkt), co w sumie daje 74, a nie, jak przyznał zamawiający 64 punkty. Przy założeniu natomiast, że zamawiający przyznawał punkty

również za wymagane instalacje, odwołujący winien otrzymać, przyjmując ten sam model liczenia punktów, aż 80 pkt.

Zarzut błędnej oceny wniosku NDI Project Development Sp. z o.o. (NDI) - 4 miejsce w rankingu 82 pkt.

W zakresie wykazanego doświadczenia dotyczącego wykonanych robót budowlanych wykonawca NDI wykazał 3 pozycje. Pozycje nr 1 oraz 2 zostały wykonane odpowiednio w 7/2009r. oraz 8/2008r., co przy uwzględnieniu daty upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w dniu 27.10.2014 r. zdaniem odwołującego dyskwalifikuje tak zrealizowane roboty bez konieczności dalszej analizy zakresu rzeczowego prac. Jednak za instalacje te wykonawca mógłby otrzymać punkty w ilości 2, o ile instalacja ta była wykonana osobiście przez wykonawcę bądź podmioty należące do jego grupy kapitałowej. Na marginesie jedynie, odwołujący wskazywał, iż - instalacja w poz. 1 wykazu dotyczyła odpadów komunalnych i szpitalnych zaś definicja zawarta w ogłoszeniu o zamówieniu dotyczy tylko tych pierwszych. Opis nie potwierdza także, aby wykazywane roboty obejmowały wymaganą dla zadania turbinę parową. Nie wiadomo, zatem czy może być ona traktowana, jako referencyjna. Także pozycja 2 wykazu - dotyczy instalacji utylizacji odpadów komunalnych i współspalania osadów ściekowych, co także, zdaniem odwołującego, nie pozwala zakwalifikować tej roboty do spełniających wymagania zamawiającego.

W zakresie dotyczącym usługi zarządzania spalarnią, cztery spośród podanych 20 usług wskazują według odwołującego na niezgodność z Dyrektywą UE (co dyskwalifikuje je z systemu punktacji w rankingu), z kolei część pozostałych usług opatrzona jest w kolumnie dotyczącej spełniania wymagań Dyrektywy 2000/76/WE znakiem co zgodnie z legendą - odpowiedź „tak” w zakresie zgodności z Dyrektywą uwzględnia odpowiedź na pytanie 17 - Referencyjna spalarnia musi być zdolna do spełniania wymogów wynikających z Dyrektywy 2000/76/WE.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do udzielenia wyjaśnień wykonawca stwierdził, że: „NDI Project Development oświadcza niniejszym i wyjaśnia, iż spalarnie odpadów wskazane w pozycjach 8,10 oraz 12-18 Wykazu usług - zarządzane przez spółkę Wheelabrator Technologies Inc., która udostępniła NDI Project Development w tym w zakresie swoje zasoby niezbędne do wykonania zamówienia: są zdolne spełniać wymagania Dyrektywy bez konieczności ich przebudowy lub montażu dodatkowych urządzeń, tj. z wykorzystaniem istniejących systemów oczyszczania spalin przy innych ustawieniach procesu technologicznego”. Taka odpowiedź, w ocenie odwołującego wskazuje, że co do zasady, spalarnie te zdolne są do spełnienia warunków dyrektywy, jedynie pod pewnymi

warunkami, bez spełnienia, których nie mogą być uznane za prawidłowe obiekty referencyjne. Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 17 wskazał na bezwarunkowy charakter wymagania tj. instalacje mają być zdolne spełniać wymagania Dyrektywy, tym samym sytuacja, gdy wykonawca deklaruje, że pod pewnymi warunkami, przy teoretycznie możliwej zmianie technologii, niewykluczone jest spełnianie wymagań Dyrektywy, nie pozwala na pozytywną ocenę takich instalacji. Jak zatem wynika z komentarza wykonawcy pod wykazem, dopiero bliżej nie zidentyfikowane modyfikacje procesu technologicznego mogą pozwolić na uzyskanie parametrów wymaganych Dyrektywą. Dodatkowo w ocenie odwołującego, wątpliwości budzi rzetelność deklaracji o możliwej bezkosztowej zmianie. Gdyby istotnie tak było, i w ramach posiadanych instalacji, parametry wyższe byłyby aktualnie dostępne, co stałoby na przeszkodzie, aby je osiągnąć, przy braku jakichkolwiek kosztów takich działań? Dodatkowo poz. 11 wykazu wskazuje na moc projektową 70 Mg przy minimalnym wymaganym poziomie 80 Mg, co także eliminuje z punktacji tę instalację.

Reasumując wskazane wyżej zarzuty odwołujący zauważył, że wykonawca, nawet przy założeniu spełnienia wymaganych warunków, powinien otrzymać mniej punktów. Zważywszy bowiem, że za dodatkowe 2 roboty referencyjne wykonawca otrzyma 2 pkt, (maksymalnie 3 pkt, przy założeniu przyznawania punktów także za spełnienie warunku), a za wykazanych prawidłowo 14 usług otrzyma 70 punktów (maksymalnie 75 punktów przy założeniu przyznawania punktów także za spełnienie warunku), to i tak wykonawca winien otrzymać w sumie 72 punkty lub maksymalnie 78 punktów, a nie, jak przyznał mu zamawiający - 82 punkty. Powyższe, hipotetyczne naliczenie punktów uznał za uzależnione jednak od tego, czy referencyjne instalacje były wykonane osobiście przez wykonawcę, czy też przez podmioty należące do jego grupy kapitałowej.

Zarzut błędnej oceny wniosku ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. - 3 miejsce w rankingu -100 pkt.

W wyniku wezwania zamawiającego do wyjaśnień (pismo z dnia 18 listopada 2014r., wykonawca, w sposób nieuprawniony zdaniem odwołującego, zmienił złożone przez samego siebie we wniosku oświadczenie, zmieniając tym samym treść wniosku. W ramach wniosku wykonawca, celem spełnienia warunków i otrzymania punktów, wskazał na pośrednie podmioty trzecie, których potencjał miał zostać udostępniony wykonawcy. Na takie pośrednie udostępnianie potencjału nie zezwalają przepisy Pzp, wskazując jednoznacznie na możliwość udostępnienia potencjału jedynie bezpośrednio przez podmiot oddający ten potencjał. Na takim stanowisku stoi również orzecznictwo KIO, tak przykładowo: KIO 2244/13- wyrok KIO z dnia 2013-10-14 (LEX nr 1412571) „Przepis art. 26 ust 2b p.z.p. stanowi ustawowo przewidziane odstępstwo od wynikającej z przepisu art. 22 ust. 1 p.z.p.

zasady, iż weryfikacja spełniania warunków podmiotowych udziału w postępowaniu odbywa się w odniesieniu do wykonawcy. Art. 26 ust. 2b p.z.p. wprowadził wyłom w tej zasadzie, wskazując na możliwość powoływania się przez wykonawcę na zasoby innych podmiotów. Dalsze odstępstwa od zasady wyrażonej w art. 22 ust. 1 p.z.p. polegające na dopuszczeniu do ubiegania się o zamówienie wykonawcy, który nie ma ani własnego zasobu wiedzy i doświadczenia, ani nawet nie może polegać na własnym potencjale wiedzy i doświadczenia innego wykonawcy (podmiotu trzeciego), są niedopuszczalne. Niedopuszczalne jest dalsze stopniowanie w powoływaniu się na zasoby kolejnych podmiotów, niezwiązanych z wykonawcą poprzez przekazanie mu bezpośrednio określonego zasobu. Za niedopuszczeniem możliwości polegania przez danego wykonawcę na zasobie wiedzy i doświadczenie czwartego i każdego kolejnego podmiotu, który nie przekazały bezpośrednio wykonawcy swojego potencjału, przemawia nadto ochrona równego traktowania wykonawców w postępowaniu i uczciwej konkurencji; dla której zagrożeniem jest niepożądane zjawisko tzw. handlu referencjami, handlu - któremu wielość podmiotów ("pośredników") niewątpliwie mogłaby sprzyjać. Także KIO 1055/11 wyrok z dnia 2011-06-01 (LEX nr 845932) "Przejęcie" doświadczenia innego podmiotu mogłoby mieć miejsce np. przy połączeniu spółek. Jakkolwiek by nie wykazywać liberalnego podejścia do art. 26 ust. 2b p.z.p., nie można tego przepisu odczytywać w ten sposób, że podmiot trzeci może powołać się i "oferować" doświadczenie nie własne, lecz jeszcze innego podmiotu - "czwartego."

Zamawiający w powołanym wezwaniu do wyjaśnień stwierdził, że „Ze złożonych dokumentów wynika bowiem, że EEW Energy from Waste GmbH (dalej EEW) z siedzibą w Helmstedt udostępni swoje zasoby nie ITPOK Gdańsk sp. z o. o. sp. k., lecz EEW Energy from Waste Poland sp. z o.o. (dalej EEW Polska). Ze złożonego dokumentu „Porozumienia w sprawie udostępnienia zasobów technicznych” nie wynika w szczególności, że EEW będzie, i w jaki sposób brał udział przy wykonywaniu zamówienia. Poszczególni wykonawcy udostępniłi natomiast swoje zasoby EEW do wykorzystania podczas realizacji Przedsięwzięcia i wyrazili zgodę na udostępnienie przez EEW swoich zasobów partnerowi prywatnemu, a nie EEW Polska. EEW Polska, która ma brać udział w realizacji zamówienia, nie posiada wymaganych zasobów. Dla oceny, że partner prywatny będzie dysponował zasobami EEW oraz że stosunek łączący partnera prywatnego z EEW gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów EEW konieczne jest złożenie dokumentów, w których EEW zobowiąże się wobec ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. sp. k. do udostępnienia swoich zasobów w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia”.

Powyższe potwierdza zdaniem odwołującego, iż wykonawca zmuszony był składając wyjaśnienia, do zmiany pierwotnego, zawartego we wniosku oświadczenia i zastąpienia

podmiotu pierwotnie udostępniającego potencjał, innym podmiotem, co odwołujący uznawał za dopuszczalne.

Ponadto, odwołujący podnosił, że spośród 10 zawartych w wykazie robót - 8 nie spełnia postawionego warunku, bowiem wskazane instalacje zostały wybudowane wcześniej niż w 5 letnim okresie referencyjnym. Stąd wykonawca mógł wykazać dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu dwie instalacje. Punktowane mogłyby być pozostałe instalacje. Powyższe - hipotetyczne otrzymanie punktów uzależnione jest jednak od tego czy referencyjne instalacje były wykonane osobiście przez wykonawcę, czy też przez podmioty należące do jego grupy kapitałowej. Tak samo należy podejść do wykazu usług zawartego we wniosku.

Zarzut błędnej oceny wniosku Sita Bałtycka Energia Sp. z o.o. - nr 1 w rankingu wykonawców 110 pkt

W zakresie dotyczącym spełniania przez wykonawcę warunku w zakresie potencjału ekonomiczno finansowego, zamawiający w piśmie z dnia 18.11.2014r. wskazał, iż ze złożonych wraz z wnioskiem dokumentów nie wynika, iż SITA Bałtycka Energia Sp. z o.o. będzie dysponowała zasobami Suez Environnement SAS w zakresie zdolności finansowej, tj. zasobami w zakresie zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 500.000.000,00 PLN, przez cały okres realizacji zamówienia.

Ze złożonego zobowiązania Suez Environnement SAS z dnia 17.10.2014r. (k. 55-47 wniosku) wynika, że podmiot ten zobowiązuje się do udostępnienia partnerowi prywatnemu (wykonawcy) zasobów w zakresie posiadania zdolności kredytowej jedynie w okresie finansowania wydatków inwestycyjnych w ramach zamówienia.

Analizując treść dokumentu zamawiający ustalił, iż przedmiotem umowy partnerstwa publiczno-prywatnego będzie nie tylko zaprojektowanie i wybudowanie Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów w Gdańsku, z którym wiąże się ponoszenie wydatków inwestycyjnych przez Partnera Prywatnego, ale również zarządzanie, utrzymanie i eksploatacja Zakładu wraz z ewentualnym finansowaniem. W związku z tym, że na obecnym etapie postępowania struktura finansowania przedsięwzięcia nie jest ostatecznie określona, korzystanie z zasobów finansowych Partnera Prywatnego może być potrzebne przez cały okres realizacji zamówienia.

Zamawiający działając w trybie art. 26 ust 3 Pzp wezwał pismem z dnia 18.11.2014r. wykonawcę do uzupełnienia wniosku o pisemne zobowiązanie Suez Environnement SAS do oddania do dyspozycji Partnera Prywatnego niezbędnych zasobów finansowych w okresie realizacji zamówienia, tj. przez cały okres obowiązywania umowy partnerstwa publiczno-prywatnego. Pomimo treści wezwania, niezakwestionowanego przez wykonawcę, z którego

treści w sposób stanowczy wynikała ocena negatywna złożonego wraz z wnioskiem dokumentu, przedstawił on, zamiast uzupełnienia, wyjaśnienia Suez Environnement SAS. Zgodnie z treścią art. 26 ust 2b Pzp, uwzględniając wyjątkowy charakter tej regulacji, to do obowiązków wykonawcy należy przedłożenie treści pisemnego zobowiązania, z której będzie wynikał dowód pewny dysponowania określonym potencjałem przez wykonawcę. Uwzględniając przedmiot zamówienia oraz specyfikę jego finansowania, zdaniem odwołującego zamawiający słusznie uznał, że pisemne zobowiązanie w jego oryginalnym brzmieniu - nie stanowi skutecznego dowodu udostępnienia tego potencjału. W konsekwencji obowiązkiem wezwanego do uzupełnienia dokumentu wykonawcy było przedłożenie dowodu skutecznego przeniesienia niezbędnego dla wykazania spełnienia warunku potencjału podmiotu trzeciego. Zamiast tego dokumentu, podmiot trzeci przedłożył swoją interpretację pierwotnego zobowiązania. Źródłem pozytywnej oceny spełnienia warunku za pomocą potencjału podmiotu trzeciego może być wyłącznie dowód - w szczególności pisemne zobowiązanie podmiotu udostępniającego. Zobowiązanie złożone wraz z wnioskiem nie zostało zmienione w trakcie postępowania, a zostało według odwołującego - jedynie poddane zabiegom interpretacyjnym, niezgodnym z treścią samego zobowiązania.

Uwzględniając powyższe, skoro wyżej wspomniany dowód był konieczny wykonawcy do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu i jednocześnie wykonawca wezwany do uzupełnienia zobowiązania w trybie art. 26 ust 3 Pzp takiego zobowiązania skutecznie nie uzupełnił (przy dopuszczalnej jednokrotnej czynności uzupełnienia) konieczne staje się wykluczenie go z postępowania w trybie art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp.

Zarzut błędnej oceny wniosku ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. - nr 6 w rankingu wykonawców 50 pkt - odwołujący przedstawił w następujący sposób.

W wyniku wezwania do wyjaśnień skierowanego przez zamawiającego (pismo z dnia 18 listopada 2014 r.), Wykonawca, w sposób nieuprawniony zmienił złożone przez samego siebie we wniosku oświadczenie, zmieniając tym samym treść wniosku. W ramach wniosku wykonawca, celem spełnienia warunków i otrzymania punktów, wskazał na pośrednie podmioty trzecie, których potencjał miał zostać udostępniony wykonawcy. Na takie pośrednie udostępnianie potencjału nie zezwalają przepisy Pzp, wskazując jednoznacznie na możliwość udostępnienia potencjału jedynie bezpośrednio przez podmiot oddający ten potencjał. Na takim stanowisku stoi również orzecznictwo KIO, tak przykładowo: KIO 2244/13- wyrok KIO z dnia 2013-10-14 (LEX nr 1412571) oraz KIO 1055/11 - wyrok KIO z dnia 2011-06-01 (LEX nr 345932) - orzeczenia przywołane powyżej w treści zarzutów odwołania wobec ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k.



Zamawiający, w powołanym wezwaniu do wyjaśnień stwierdził - „w Wykazie robót budowlanych” w poz. 1 (4.5) wskazane zostało zamówienie dotyczące spalarni w Katarze. Z załączonych dokumentów wynika, że zamówienie to było wykonywane przez Keppel Seghers Engineering Singapore Pte Ltd (7.3.4). Do wniosku nie dołączono natomiast dokumentów wykazujących, że Wnioskodawca będzie dysponował zasobami tego podmiotu. Partner prywatny może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Partner prywatny w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Keppel Seghers Engineering Singapore Pte Ltd nie zobowiązał się do oddania swoich zasobów ITPOK Gdańsk sp. z o.o. (a jedynie oddania ich Kappel Seghers Belgium NV”).

Powyższe potwierdza według odwołującego, iż wykonawca zmuszony był składając wyjaśnienia, do zmiany pierwotnego zawartego we wniosku oświadczenia i zastąpienia podmiotu pierwotnie udostępniającego potencjał, innym, co uznawał za niedopuszczalne. (dotyczy tabeli z doświadczeniem Keppel Seghers Engineering Singapore Pte Ltd)

W zakresie dotyczącym wykonania robót budowlanych, Wykonawca wykazał 3 roboty dla obiektów Ulsan, Goyang oraz Yangsan. Trzeci z obiektów nie spełnia wymagania w zakresie mocy przerobowej nie mniejszej niż 80 000 Mg odpadów rocznie, zatem nie mógł stanowić ani podstawy dla spełnienia warunku granicznego, ani też kryterium kwalifikacji. Wykaz robót w ilości 8 sztuk rozpoczynający się od obiektu zlokalizowanego w Katarze, a kończący się na Hannover-Lahe wskazuje jedynie w zakresie rzeczowym prac na wykonanie robót budowlanych, podczas gdy warunek graniczny jak i system kwalifikacji wymagał doświadczenia polegającego na zaprojektowaniu oraz wykonaniu robót budowlanych. To wykaz wykonanych robót, jako oświadczenie własne wykonawcy zamówienia stanowi podstawę dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykaz nie wskazuje, aby zakres rzeczowy prac obejmował proces projektowania. Skutkiem powyższego nie ma możliwości, aby wykonawca uzyskał za te zadania punkty w kryterium kwalifikacji.

#### **Stanowisko zamawiającego:**

Zamawiający negował interes konsorcjum Astaldii w skarżeniu czynności zamawiającego w ocenie wniosków, w szczególności takie które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż konsorcjum to w

związku z uzyskaną punktacją wniosku, będzie zaproszone do dialogu. Zamawiający zaprezentował pogląd, że niedopuszczalne jest rozróżnienie przydatności udostępnionych zasobów przy ocenie spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, od przydatności tych zasobów do ustalenia listy prekwalfikacyjnej wykonawców.

Zamawiający powołał się na swoje prawo do określenia kryteriów, według których będzie wyłaniał wykonawców, zachowując wymagany ustawą obiektywny i nie dyskryminacyjny ich charakter. Zaznaczył, że nie wyłączył z punktacji doświadczenia udostępnionego. Warunki ogłoszenia nie zostały zaskarżone przez żadnego wykonawców. Na obecnym etapie zarzuty w tym kierunku uznał za spóźnione.

Zamawiający uznał rozróżnienie, jakiego dokonał odwołujący - za skuteczne udostępnienie zasobów podmiotów trzecich należących do tej samej grupy kapitałowej - w przeciwieństwie do innych sposobów tego udostępnienia - za bezpodstawne.

Zamawiający powtórzył argumentację odnośnie ciążących nim obowiązków informacyjnych zbieżną z przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 27108/14. W dalszej części odpowiedzi zamawiający uzasadnił przyznaną punktację wnioskowi odwołującego, jak i wnioskowi pozostałych wykonawców kwestionowanych przez odwołującego, to jest: NDI; ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. sp. k; SITA; ITPOK Gdańsk sp. z o.o.

Uznał, że zarzuty wobec wykonawcy Sita Bałtycka Energia Sp. z o.o. w odniesieniu do wykazania odpowiedniej sytuacji ekonomiczno-finansowej nie mają podstaw.

### **Stanowisko przystępujących wykonawców**

Przystępujący po stronie zamawiającego wykonawcy wnosili o oddalenie odwołania i utrzymanie wyników oceny wniosków z dnia 9 grudnia 2014 r., gwarantujących im zaproszenie do udziału w dialogu konkurencyjnym. Przystępujący Sita Bałtycka Energia Sp. z o.o. wyjaśniał, że będzie dysponował zasobami Suez Environnement SAS w zakresie zdolności finansowej, tj. zasobami w zakresie zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 500.000.000,00 PLN, przez cały okres realizacji zamówienia w zakresie rzeczowym przewidzianym w ogłoszeniu.

### **Izba zważyła, co następuje.**

Uwzględnieniu podlegał zarzut, że zamawiający w informacji o wynikach prekwalfikacji, podał jedynie ilość punktów przyznaných poszczególnym wnioskowi nie uzasadniając w żaden sposób swej decyzji. Taki sposób informacji jest wadliwy, bowiem uniemożliwia wykonawcom zweryfikowanie poprawności czynności przeprowadzonych przez zamawiającego, naruszając tym samym zasadę przejrzystości, będącą jedną z podstawowych zasad postępowania. Treść zawiadomienia o wynikach kwalifikacji nie

zawiera szczegółowych informacji w zakresie tego, które z wykazanych przez wykonawców w treści wniosku robót a także usług zamawiający uznał za spełniające kryteria koniecznych warunków udziału w stopniu minimalnym - niezbędnym do podjęcia się realizacji zamówienia, i pozostałym punktowanym, a także tym, którym odmówił przyznania punktów z uwagi, iż w jego ocenie nie spełniły wymagań zawartych w treści ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący dopiero z odpowiedzi na odwołanie dowiedział się za co zostały przyznane punkty, i to nie w pełnym zakresie.

W sytuacji braku dostatecznego uzasadnienia podjętych przez zamawiającego czynności, Izba nie miała podstaw do rozpatrywania poszczególnych zarzutów merytorycznych wobec przyznanej konkretnym wnioskowi punktacji, w wyznaczonym kryterium wiedzy i doświadczenia, gdyż z odwołania wprost wynika, że z braku dokładnych informacji odnośnie procesu weryfikacji wniosków zastosowanego przez zamawiającego, zostały one oparte jedynie na domniemaniach odwołującego, niekoniecznie pokrywających się z faktycznymi czynnościami zamawiającego i dlatego na obecnym etapie postępowania nie mogły być objęte oceną Izby.

Zarzuty te zostały rozpatrzone w ramach ogólnego stwierdzenia nieprawidłowości proceduralnych, odstępstw od sposobu oceny punktowej wniosków podanych w ogłoszeniu oraz braku wypełnienia przez zamawiającego obowiązków informacyjnych, co skutkowało nakazaniem unieważnienia wadliwych czynności.

Izba w całej rozciągłości opowiada się za poglądem, że zamawiający jest obowiązany każdorazowo do przekazania motywów swej decyzji pod rygorem nierozpoczęcia biegu na wniesienie środka odwoławczego. Z powyższych względów po zapoznaniu się z wynikami ponownej oceny wniosków i jej pełnym uzasadnieniem odwołujący będzie uprawniony do wniesienia odwołania z zachowaniem terminu ustawowego, chociażby podnosił identyczne zarzuty, jeżeli uzna czynności zamawiającego w dalszym ciągu za wadliwe i naruszające przepisy ustawy Pzp.

Jednolite motywy dla uwzględnienia tego zarzutu Izba podała w uzasadnieniu wyroku w sprawie sygn. akt KIO 2708/14. Z powyższych względów odwołanie zostało uwzględnione i nakazano zamawiającemu unieważnienie przeprowadzonej oceny i ponowienie czynności oceny wniosków zgodnie z sentencją wyroku.

Odwołujący, jako wykonawca sklasyfikowany na pozycji 5 mieści się na liście rankingowej uczestników postępowania podlegających zaproszeniu do dialogu konkurencyjnego, co oznacza w zasadzie określenie granic jego interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes prawny wskazany w tym przepisie stanowi generalną materialną przesłankę ograniczającą zakres możliwych

do wnoszenia i popierania odwołań do KIO. Niemniej wynik tej oceny nie jest pewny, wobec jej zaskarżenia wniesionymi odwołaniami. Izba poddała, zatem rozpoznaniu zarzut odwołującego dotyczący nieprawidłowej oceny wniosku wykonawcy SITA Bałtycka Energia Sp. z o.o. (poz. 1) przez zamawiającego w zakresie dotyczącym spełniania przez tego wykonawcę warunku w dotyczącego potencjału ekonomiczno-finansowego. Spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomiczno-finansowej nie było punktowane, zatem można było przyjąć, że skoro wykonawca SITA Bałtycka Energia Sp. z o.o. nie został wykluczony z postępowania, to zamawiający pozytywnie ocenił sposób wykazania spełnienia tego warunku, czemu dał wyraz w powiadomieniu z dnia 9 grudnia 2014 r.

Chociaż z uwagi na stwierdzone uchybienia proceduralne zachodzą wątpliwości, czy ustalenia odnośnie spełnienia warunków podmiotowych i sytuacji ekonomiczno-finansowej były przedmiotem samodzielnej ich oceny i badania przez komisję przetargową, to wobec tego, że nie podlegały one ocenie punktowej, i wobec powiadomienia z dnia 9.12.2014 r., podpisanego przez osoby reprezentujące zamawiającego, że wszyscy wykonawcy zostali ocenieni, jako spełniający te warunki udziału - w powyższym zakresie Izba poddała - merytorycznemu rozstrzygnięciu zarzuty wniesionych odwołań, w tym odwołującego konsorcjum Astaldi - w granicach wykazanego interesu.

Ogłoszenie o zamówieniu w sekcji III.2.2) Zdolność ekonomiczna i finansowa Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów, stanowi, że „1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się partnerzy prywatni, którzy spełniają warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, w szczególności w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej:

1) posiadają środki finansowe na rachunku w banku lub w spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej lub zdolność kredytową w wysokości, co najmniej 500.000.000,00 PLN.

2. W celu oceny spełniania przez partnera prywatnego warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, zamawiający żąda informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową partnera prywatnego, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania Wniosków.

3. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny partner prywatny nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku.

4. Partner prywatny może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Partner prywatny w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

5. Jeżeli partner prywatny, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy partner prywatny będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący partnera prywatnego z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda dokumentów, o których mowa w pkt 2.2)2. dotyczących tych innych podmiotów.

Z dokumentów powinno wyraźnie wynikać: (i) zakres zasobów dostępnych dla partnera prywatnego od innych podmiotów, (ii) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, (iii) charakter stosunku prawnego jaki będzie łączył partnera prywatnego z innym podmiotem, oraz (iv) zakres i okres udziału innego podmiotu w realizacji zamówienia.”

6. Ocena spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, dokonywana będzie na podstawie dokumentów wymienionych powyżej.

Ze złożonych wraz z wnioskiem dokumentów wynika, iż SITA Bałtycka Energia Sp. z o.o. będzie dysponowała zasobami Suez Environnement SAS w zakresie zdolności finansowej, tj. zasobami w zakresie zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 500.000.000,00 PLN. Ze złożonego zobowiązania Suez Environnement SAS z dnia 17.10.2014 r. (k. 45-47 wniosku) wynika, że podmiot ten zobowiązuje się do udostępnienia Partnerowi Prywatnemu zasobów w zakresie opisanym w pkt III.2.2) ogłoszenia. Zakres dostępnych Partnerowi Prywatnemu „naszych zasobów”: posiadanie środków finansowych lub wykazanie zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 500.000.000,00 PLN, gdzie udostępniający zasób zobowiązał się udzielić pożyczki Partnerowi Prywatnemu w celu sfinansowania zamówienia. Załączono zaświadczenie banku Societe Generale S.A. z 21.10.2014 r. (str. 49-50), że Suez Environnement SAS posiada zdolność kredytową przekraczającą 125 000 000 euro.

Zamawiający działając w trybie art. 26 ust 3 i 4 Pzp wezwał pismem z dnia 18.11.2014r. wykonawcę SITA Bałtycka Energia Sp. z o.o. do uzupełnienia wniosku o pisemne zobowiązanie Suez Environnement SAS do oddania do dyspozycji Partnera Prywatnego niezbędnych zasobów finansowych w okresie realizacji zamówienia, tj. przez

cały okres obowiązywania umowy partnerstwa publiczno-prywatnego, gdyż przedmiotem umowy partnerstwa publiczno-prywatnego będzie nie tylko zaprojektowanie i wybudowanie Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów w Gdańsku, z którym wiąże się ponoszenie wydatków inwestycyjnych przez Partnera Prywatnego, ale również zarządzanie, utrzymanie i eksploatacja Zakładu wraz z ewentualnym finansowaniem. W związku z tym, że na obecnym etapie postępowania struktura finansowania przedsięwzięcia nie jest ostatecznie określona, korzystanie z zasobów finansowych Partnera Prywatnego może być potrzebne przez cały okres realizacji zamówienia, a nie tylko w okresie finansowania wydatków inwestycyjnych w ramach zamówienia.

Z wyjaśnienia wykonawcy SITA Bałtycka Energia Sp. z o.o. z dnia 26 listopada 2014r., a w szczególności z załączonego wyjaśnienia podjętego zobowiązania ze strony podmiotu udostępniającego ten zasób Suez Environnement SAS wynika, że zakres dostępnych Partnerowi Prywatnemu zasobów obejmuje 500.000.000,00 PLN, bez ograniczenia w jakikolwiek sposób rodzaju wydatków - czasowego, czy rzeczowego, które mają być pokryte, zgodnie z punktem 1 zobowiązania i z odwołaniem się do opisu zamówienia, zamieszczonym w ogłoszeniu.

W ocenie Izby, dokumenty dotyczące udostępniania środków finansowych na rzecz wykonawcy SITA Bałtycka Energia Sp. z o.o. zawarte w złożonym wniosku były prawidłowe i nie wymagały uzupełnienia. Zamawiający finalnie należycie ocenił te dokumenty i wbrew twierdzeniom odwołującego, mógł poprzestać na wyjaśnieniu wykonawcy wraz potwierdzeniem zobowiązania podmiotu udostępniającego. Zarzut Izba uznała za chybiony, i jako taki niepodlegający uwzględnieniu, gdyż brak podstaw do wykluczenia skarżonego wykonawcy z postępowania w trybie art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp ze wskazywanej przez odwołującego przyczyny.

Innych zarzutów wobec sposobu oceny wniosków przez zamawiającego w zakresie sytuacji podmiotowej oraz sytuacji ekonomiczno finansowej odwołujący nie sformułował.

Postępowanie dowodowe wykazało zasadność zarzutów odwołania naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp w zakresie:

- 1) art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp,
- 2) art. 60d ust. 1 ustawy Pzp,
- 3) zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

- z przyczyn podanych w treści uzasadnienia wyroku w odniesieniu do niniejszego odwołania, jak i opisanych uzasadnieniu rozstrzygnięcia odwołania w sprawie sygn. akt KIO 2708/14, które stanowią integralną część rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie.

W pozostałym zakresie wobec oceny wniosku wykonawcy SITA Bałtycka Energia Sp. z o.o. zarzuty tj. naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp w zakresie oceny sytuacji ekonomiczno finansowej tego podmiotu nie znalazły potwierdzenia.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Na podstawie § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła uiszczoną przez odwołującego kwotę z tytułu wpisu na poczet kosztów postępowania odwoławczego i zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot poniesionych kosztów postępowania odwoławczego.

#### **Sygn. akt KIO 2720/14**

Odwołujący Czysta Energia Gdańsk Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, sklasyfikowany na pozycji 7 oceny wniosków, zaskarżył następujące czynności i zaniechania zamawiającego:

1. zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum Astaldi pomimo, że wykonawca wezwany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz art. 24 b ust. 1 Pzp - nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku przesłanek do wykluczenia z postępowania określonych w ogłoszeniu o zamówieniu; ewentualnie zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub brak przesłanek do wykluczenia z postępowania oraz pełnomocnictw, względnie zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w tym zakresie;
2. zaniechanie wykluczenia wykonawcy ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie pomimo, że wykonawca wezwany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu; ewentualnie zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, względnie wezwania do złożenia wyjaśnień,
3. w odniesieniu do pozostałych wykonawców, a więc: NDI, DALVEO, ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. we Wrocławiu - każdego z osobna: zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w ogłoszeniu o zamówieniu, ewentualnie wezwania do złożenia wyjaśnień;

4. dokonanie błędnej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez każdego z osobna: konsorcjum Astaldi, Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie, NDI, Dalveo, ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. we Wrocławiu, a w konsekwencji przyznanie im zawyżonej punktacji w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
5. dokonanie błędnej klasyfikacji pozycji wszystkich wykonawców na podstawie punktacji przyznawanej w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu;
6. ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego.

Powyższymi czynnościami oraz zaniechaniem zamawiającego zarzucił w każdym wypadku:

1. naruszenie: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 9, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2a, ust. 2b, ust. 3, art. 50 w zw. z art. 60c ust. 2, art. 60d ust. 1, ust. 2 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 5, art. 24b ust. 3 Pzp w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o PPP, a także naruszenie
2. art. 6 k.c. w zw. z art. 14 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 9, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2a, 2b, ust. 3, art. 50 w zw. z art. 60c ust. 2, art. 60d ust. 1, ust. 2 ust. 3 Pzp w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o PPP oraz
3. w zakresie naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego - naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o PPP;
4. naruszenie innych przepisów przywołanych w odwołaniu (w każdym wypadku), w tym przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane<sup>1</sup> (dalej: „Rozporządzenie w sprawie dokumentów”).

Na podstawie podniesionych zarzutów wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie objętym niniejszym odwołaniem
- dokonanie ponownego badania i oceny wszystkich wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie objętym niniejszym odwołaniem i w konsekwencji
- wykluczenie z postępowania konsorcjum Astaldi oraz wykonawcy ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie, ewentualnie wezwania ich do wyjaśnień lub uzupełnień na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy PPP
- wezwanie wykonawcy NDI, wykonawcy Dalveo, wykonawcy ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. we Wrocławiu do uzupełnień lub wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o PPP
- zakwalifikowanie (dopuszczenie) odwołującego do dalszego etapu postępowania



- unieważnienie czynności odtajnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego i zakazanie zamawiającemu udostępniania tych informacji, w dalszym toku postępowania.

Odwołujący stwierdził, że jako wykonawca niepodlegający wykluczeniu z postępowania i posiadający stosowne uprawnienia, wiedzę i doświadczenie oraz dysponujący odpowiednim potencjałem technicznym, kadrowym, finansowym i ekonomicznym do wykonania zamówienia, który złożył ważny wniosek o dopuszczenie do udziału w tym postępowaniu i nie został z niego wykluczony posiada interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Wskutek niezgodnych z prawem działań i zaniechań zamawiającego, wniosek odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu uplasowany został na siódmym miejscu w rankingu ocenionych wniosków, co spowodowało utratę możliwość udziału w dialogu, złożenia oferty i w efekcie uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym jego interes doznał uszczerbku. Ponadto bezprawne odtajnienie przez zamawiającego wrażliwych danych, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa odwołującego naraża go (lub wręcz go już naraziło) na szkodę związaną z ujawnieniem tych danych.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, iż w jego przekonaniu proces oceny wniosków, dopuszczenie i przyznawania punktów za spełnianie warunków udziału w postępowaniu jest niezgodny z ogłoszeniem o zamówieniu, co miało bezpośredni wpływ na wynik tej oceny, prowadząc do nieuprawnionego zakwalifikowania do dalszego etapu postępowania (udziału w dialogu konkurencyjnym) konsorcjum Astaldi, ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. sp. k. Warszawa, NDI, Dalveo, ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Wrocław oraz niezakwalifikowaniu do tego etapu odwołującego, który otrzymał łącznie 48 pkt w ramach oceny spełniania warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący przedstawił zarzuty w odniesieniu do poszczególnych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zarzuty dotyczące wniosku ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie.

Brak podstaw do przyznania 100 pkt w ramach warunku wiedzy i doświadczenia

W celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawca ITPOK Warszawa przedłożył wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykazy wykonanych (lub nadal wykonywanych) usług (Załącznik nr 4 do wniosku ITPOK Warszawa) oraz robót budowlanych (Załącznik nr 5 do wniosku ITPOK Warszawa). W wykazie usług zawarto 18 projektów polegających na zarządzaniu spalarnią odpadów, natomiast w wykazie robót budowlanych - 10 projektów polegających na zaprojektowaniu i wykonaniu robót budowlanych w zakresie budowy/przebudowy spalarni

odpadów. Żaden z projektów umieszczonych w wykazach nie został zrealizowany bezpośrednio przez ITPOK Warszawa. Jednocześnie liczba uzyskanych przez ITPOK Warszawa punktów (100) wskazuje, że punkty otrzymał każdy z przedstawionych projektów zarówno z zakresu usług zarządzania spalarnią, jak i projektów dot. robót budowlanych.

Brak wykazania, że podmiot trzeci posiada stosowną wiedzę i doświadczenie

Do wniosku ITPOK Warszawa załączono porozumienie zawarte w dniu 20 października 2014r. (dalej: „porozumienie”) pomiędzy ITPOK Warszawa a podmiotami trzecimi, tj. EEW Energy from Waste GmbH z siedzibą Helmstedt (dalej: „EEW”) oraz EEW Energy from Waste Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „EEW Polska”) - strona 41 wniosku ITPOK Warszawa. Zgodnie z pkt 1.1 Porozumienia, EEW zobowiązało się do udostępnienia na każde pisemne żądanie na rzecz EEW Polska potencjału technicznego, wiedzy i doświadczenia związanych z realizacją zamówień wskazanych w wykazie stanowiącym załącznik do porozumienia. Z kolei pkt 1.2 porozumienia stanowi, że EEW Polska będzie uprawniona do wykorzystania zasobów, o których mowa w pkt 1.1 Porozumienia w pełnym zakresie, według uznania EEW Polska, w taki sposób, iż EEW Polska będzie mogła wykorzystywać podczas realizacji przedsięwzięcia umiejętności, know-how, wiedzę techniczną, wiedzę branżową, wiedzę z zakresu project management oraz doświadczenia zawodowe osób uczestniczących w realizacji zamówień. W dalszej części pkt 1.2 porozumienia doprecyzowano zakres zasobów udostępnianych przez EEW na rzecz EEW Polska. Ponadto w pkt 1.4 porozumienia wskazano, że EEW wyraża zgodę, aby zasoby, o których mowa w pkt 1.1 porozumienia, EEW Polska udostępniło, w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, Partnerowi Prywatnemu, tj. ITPOK Warszawa, natomiast na mocy pkt 1.5 porozumienia, EEW Polska zobowiązało się, na każde pisemne żądanie ITPOK Warszawa, niezwłocznie oddać mu do dyspozycji, w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, cały potencjał techniczny, wiedzę i doświadczenie związane z realizacją zamówień, w tym, posiadające stosowną wiedzę i umiejętności osoby uczestniczące w realizacji zamówień.

Załączony do porozumienia wykaz zawierał wszystkie projekty zawarte w wykazach usług (18 projektów) i robót budowlanych (10 projektów) załączonych do wniosku ITPOK Warszawa. Jednocześnie okolicznością bezsporną jest, że żaden z wymienionych projektów nie został zrealizowany ani przez EEW, ani przez EEW Polska. W następnej części wniosku ITPOK Warszawa zawarto szereg dalszych porozumień (dalej zbiorczo: „dalsze porozumienia”), zawartych między EEW, a spółkami zależnymi EEW („Spółki zależne EEW”), które zrealizowały wszystkie projekty dotyczące spalarni odpadów umieszczone w wykazach usług i robót budowlanych załączonych do wniosku ITPOK Warszawa. Spółki, z którymi EEW zawarło porozumienia to:

- 1) EEW Energy from Waste Stapelfeld GmbH,

- 2) EEW Energy from Waste Góppingen GmbH,
- 3) EEW Energy from Waste Helmstedt GmbH,
- 4) EEW Energy from Waste Hannover GmbH,
- 5) EEW Energy from Waste Groftraschen GmbH,
- 6) EEW Energy from Waste Premnitz GmbH,
- 7) EEW Energy from Waste Saarbrucken GmbH (5 odrębnych Dalszych porozumień),
- 8) EEW Energy from Waste Heringen GmbH,
- 9) EEW Energy from Waste Delfzijl B.V.,
- 10) EEW Energy from Waste Leuderlange S.ar.l.,
- 11) MHKW Rothensee GmbH,
- 12) MVA Bielefeld-Herford GmbH,
- 13) Enertec Hameln GmbH,
- 14) IHKW Andernach GmbH
- 15) w wyniku uzupełnienia wniosku ITPOK Warszawa przedłożono zobowiązanie spółki AVA Velsen GmbH do udostępnienia zasobów na rzecz EEW Energy (zastępujące jedno z porozumień wskazanych w pkt 7) powyżej).

Treść każdego z dalszych porozumień była identyczna, a ich przedmiotem było przekazanie przez każdą ze spółek zależnych EEW, zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia nabytych przy realizacji konkretnego projektu (wskazanego w załączniku do danego dalszego porozumienia) właśnie na rzecz EEW. Stroną dalszych porozumień nie był natomiast ITPOK Warszawa.

Odwołujący zarzucał, że tak przyjęta struktura dotycząca udostępniania zasobów nie odpowiada wymogom stawianym przez art. 48 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (dalej: „Dyrektywa klasyczna”) oraz art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Art. 48 ust. 3 Dyrektywy klasycznej, dotyczący możliwości udostępniania zasobów w zakresie kwalifikacji technicznych i zawodowych (w tym wiedzy i doświadczenia), stanowi że wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Wykonawca musi dowieść w takiej sytuacji zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów. Analogiczne wymogi stawia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Z powyższych przepisów odwołujący wywiódł wniosek, że instytucja udostępniania zasobów przez tzw. podmiot trzeci polega na tym, że dany podmiot zobowiąże się wobec

wykonawcy do udostępnienia własnych zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia. Istotne jest zatem, by podmiot trzeci był zobowiązany do udostępnienia zasobów bezpośrednio wobec wykonawcy i by rzeczywiście posiadał zasoby, które zobowiązuje się udostępnić. W przeciwnym razie odpowiedzialność za udostępnienie zasobów rozmywa się, nie gwarantując w żaden sposób zamawiającemu realnej możliwości wykorzystania ich przez wykonawcę w ramach realizacji zamówienia. Doniosłość tej zasady jest widoczna tym bardziej w projektach realizowanych, jak w niniejszej sprawie, przez wykonawcę nieposiadającego jakiegokolwiek własnej wiedzy i doświadczenia. Ani europejskie, ani polskie prawo zamówień publicznych nie znają instytucji udostępniania zasobów przez „dalszy podmiot trzeci”, która zachodzi w sytuacji, gdy podmiot trzeci w rzeczywistości nie posiada własnych zasobów, a w celu ich zdobycia sam zawiera odpowiednie porozumienia z innymi podmiotami.

Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi wyjątek od zasady korzystania z własnych zasobów, a zatem powinien być interpretowany ściśle. Powyższe potwierdza ugruntowane orzecznictwo KIO, w którym przyjmuje się, że dalsze stopniowanie w powoływaniu się na zasoby kolejnych podmiotów („kaskadowe” udostępnianie zasobów) jest niedopuszczalne (wyrok KIO z dnia 14 października 2013 r., sygn. akt KIO 2244/13; wyrok KIO z dnia 20 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1601/14). Sprzeciwia się temu nawet liberalne podejście do interpretacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1055/11). Co więcej, taka „kaskadowa” struktura stoi w sprzeczności z akcentowanym w orzecznictwie TSUE wymogiem realności udostępniania zasobów (zob. wyrok TSUE z dnia 18 listopada 2004 r. w sprawie C-126/03 Komisja v. Republika Federalna Niemiec, akapit 22; wyrok TSUE z dnia 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98 Holst Italia, akapit 29).

W świetle powyższego, treść omówionego porozumienia oraz dalszych porozumień nie wypełnia wymogów art. 48 Dyrektywy klasycznej oraz art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Ani EEW, ani EEW Polska w chwili podpisywania porozumienia nie posiadały zasobów, do których udostępnienia zobowiązały się na mocy porozumienia. Co więcej, z treści porozumienia wynikało, że podmiotem udostępniającym zasoby była *de facto* EEW Polska, która uprzednio miała, na każde pisemne wezwanie, uzyskać wiedzę i doświadczenie od EEW. Samo EEW, jak zostało to wyżej przedstawione, również nie posiadało wiedzy i doświadczenia, bowiem w celu ich pozyskania zawarło dalsze porozumienia ze Spółkami zależnymi EEW. Wątpliwości co do zgodności opisanej wyżej struktury udostępnienia zasobów z przepisami Dyrektywy klasycznej oraz ustawy Pzp wyraził również zamawiający w wezwaniu z dnia 18 listopada 2014 r., w którym zobligował ITPOK Warszawa do uzupełnienia dokumentów w zakresie zobowiązania podmiotu trzeciego, tj. EEW do

udostępnienia swoich zasobów na rzecz ITPOK Warszawa, a nie EEW Polska, ewentualnie do złożenia nowych wykazów usług lub robót budowlanych.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca ITPOK Warszawa przedłożył porozumienie zawarte między EEW a ITPOK Warszawa, którego przedmiotem jest udostępnienie zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia i na mocy którego (pkt 1.1) EEW zobowiązała się do oddania do dyspozycji ITPOK Warszawa zasobów uzyskanych przez Spółki zależne EEW. Po pierwsze, taka struktura w dalszym ciągu nie spełnia opisanych wyżej wymogów art. 48 Dyrektywy klasycznej oraz art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, nadal nie są to, bowiem zasoby własne EEW. Ponadto, w porozumieniu brak jest daty jego zawarcia, wykonawca nie wykazał, więc spełnienia warunku na dzień składania wniosków.

Jednocześnie, zgodnie z zasadą jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia danego dokumentu, według odwołującego zamawiający nie powinien wzywać ITPOK Warszawa do ponownego uzupełnienia wniosku w zakresie wiedzy i doświadczenia związanych z realizacją projektów wskazanych w wykazach usług i robót. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp powinien być traktowany jako wyjątek, a zatem nie powinien być interpretowany rozszerzająco (wyrok KIO z dnia 27 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1149/13).

Z uwagi na powyższe, zdaniem odwołującego ITPOK Warszawa nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia. Tym samym, otrzymując maksymalną ilość punktów przewidzianych ogłoszeniem otrzymał zawyżoną ocenę, co naruszyło przewołane w odwołaniu przepisy prawa. ITPOK Warszawa powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. (ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - ocena 100 pkt)

Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wezwania ITPOK Warszawa do przedłożenia dokumentów wykazujących umocowanie wszystkich podmiotów trzecich, które użyczyły swoich zasobów na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp. W tym zakresie odwołujący odsyłał do analogicznej argumentacji wskazanej w odniesieniu do wniosku Dalveo.

Zarzuty wobec wniosku konsorcjum Astaldi (poz. 5)

Warunki podmiotowe.

Brak wykonania wezwania do uzupełnienia dokumentów w zakresie niekaralności członków organu zarządzającego.

W odniesieniu do członka konsorcjum Astaldi - spółki TIRU S.A. zostały przedłożone dokumenty o niekaralności dotyczące dwóch następujących osób:

1. L. M.
2. M. M.

- są to odpowiednio „Poświadczenie nr 3” na s. 271-272, „Poświadczenie nr 3 na s. 273-274 oraz dwa oświadczenia ww. osób złożone przed notariuszem (s. 275 - 276).

Ww. osoby są ujawnione w dokumencie rejestrowym TIRU S.A. - „Wyciągu Kbis” (s. 249 - 265 wniosku) w rubryce „Zarządzanie, dyrekcja, administracja, kontrola” (por. w szczególności tłumaczenie na s. 253). W rubryce tej ujawnionych jest jednak kilkanaście innych osób, w tym - jako pierwszy wpis w tej rubryce - Pan J. F. jako Prezes Zarządu (tłumaczenie). Pismem z dnia 18 listopada 2014 r. (pkt 3) zamawiający wezwał konsorcjum Astaldi do uzupełnienia wniosku o dokumenty dotyczące niekaralności osób wchodzących w skład Rady Administracyjnej spółki TIRU S.A, w przypadku, gdy te inne osoby (poza L. M. i M. M.) są uprawnione do reprezentacji spółki TIRU S.A.

Konsorcjum Astaldi nie uzupełniło wniosku w określonym przez zamawiającego terminie (do dnia 27 listopada 2014 r.). Zdaniem odwołującego zamawiający bezkrytycznie uznał przedstawione przez konsorcjum Astaldi w pkt 3 pisma z dnia 27 listopada 2014 r. wyjaśnienie, iż „p. M. M. i p. M. L. pełnią funkcję odpowiadającą polskiemu rozumieniu pojęcia zarządu spółki.” Z wyjaśnień tych wynika, iż zarząd spółki TIRU S.A. w rozumieniu polskiego prawa mieli tworzyć tylko M. M. i L. M., zaś „...pozostali członkowie Rady Administracyjnej pełnią w niej funkcje rewizyjne, pomocnicze i nadzorcze, wspierając zarząd w jego działalności.” Powyższe nie wynika jednakże ani z treści dokumentów załączonych do samego wniosku, w których jednoznacznie określa się p. J. F. jako „Prezesa Zarządu”, ani z treści opinii pt. „instytucje zarządcze w spółkach akcyjnych prawa francuskiego” załączonej do wyjaśnień konsorcjum Astaldi z dnia 27 listopada 2014 r. W szczególności z opinii wynika jedynie, że najszerze uprawnienia do działania w imieniu spółki „ma dyrektor naczelny”. Co więcej, wynika z niej, że zarządzaniem spółkami akcyjnymi z radami zarządzającymi zajmują się zarówno członkowie rady zarządzającej, jak i dyrektorzy naczelni. W konsekwencji, nieprzedłożenie przez konsorcjum Astaldi dokumentów dotyczących niekaralności, co najmniej p. J. F. mimo wezwania do uzupełnienia wniosku w tym zakresie (pismo zamawiającego z dnia 18 listopada 2014 r.) skutkuje według odwołującego koniecznością wykluczenia konsorcjum Astaldi z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z art. 26 ust. 3 Pzp.

Zarzut braku podstaw do przyznania 64 pkt w ramach warunku wiedzy i doświadczenia

W Wykazie usług (s. 279 i nast. wniosku konsorcjum Astaldi) zostało przedstawionych 15 zamówień. Konsorcjum Astaldi otrzymało łącznie 64 pkt. Biorąc pod uwagę liczbę punktów przyznawanych w ramach warunku dotyczącego robót budowlanych (po 1 pkt za budowę/przebudowę spalarni) oraz w ramach warunku dot. usługi zarządzania spalarnią (po 5 pkt za jedną usługę) odwołujący przyjął, że zamawiający przyznał punkty za 12 zamówień

dot. usługi zarządzania (12 x 5 pkt = 60 pkt) oraz 4 zamówienia dot. robót budowlanych (4x1 pkt = 4 pkt).

Zasoby PROTIRES, ESIANE i TRM SA według odwołującego nie powinny zostać uwzględnione w punktacji. Pismem z dnia 18 listopada 2014 r. (pkt 4) zamawiający wezwał konsorcjum Astaldi do uzupełnienia wniosku poprzez przedłożenie dokumentów wykazujących, że to konsorcjum będzie dysponowało zasobami:

- 1) PROTIRES
- 2) ESIANE
- 3) TRM S.A.

- w zakresie ich wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, gdyż do wniosku nie załączono jakichkolwiek dokumentów potwierdzających te okoliczności, zaś ww. spółki zostały wskazane w wykazie usług odpowiednio pod poz. 5,8,9. Konsorcjum Astaldi nie uzupełniło prawidłowo wniosku, nie przedstawiło bowiem zobowiązań tych podmiotów: PROTIRES, ESIANE, TRM SA do udostępnienia, bądź innych dokumentów potwierdzających udostępnienie przez PROTIRES, ESIANE i TRM SA swoich zasobów na rzecz konsorcjum Astaldi. Zdaniem odwołującego dokumenty przedłożone przez konsorcjum Astaldi nie mogą być uznane za właściwe wykonanie ww. wezwania, a to mianowicie z następujących powodów:

Ad. PROTIRES konsorcjum Astaldi przedłożyło oświadczenie firmy TIRU S.A. (członka konsorcjum Astaldi) z dnia 23 października 2014 r. pt. „Poświadczenie posiadania niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia...”. Z ww. oświadczenia z jednej strony wynika, że PROTIRES S.A.S była spółką celową, która w 2010r. została rozwiązana, a TIRU S.A. jest jej następcą prawnym. Z drugiej strony w ww. oświadczeniu TIRU S.A. powołuje się na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, z którego miałyby wynikać, że wykonawca może wskazywać w postępowaniach doświadczenia swoich spółek zależnych bez przedstawiania zobowiązań do udostępnienia tych zasobów. Powyższe oświadczenie budziło istotne wątpliwości odwołującego. Oświadczenie członka konsorcjum, iż dysponuje zasobami swojej zależnej spółki (bo tak miałyby stanowić orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości) nie jest dokumentem potwierdzającym rzeczywisty dostęp do udostępnianych zasobów w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp oraz w rozumieniu postanowień sekcji III.2.3 ust. 6 ogłoszenia o zamówieniu. Oświadczenie to nie może być bezkrytycznie przyjęte również dlatego, że powołanie się na następstwo prawne w przypadku rozwiązanego podmiotu wymaga wykazania, iż takie następstwo rzeczywiście miało miejsce, czemu mimo wezwania konsorcjum Astaldi uchybiło. Odwołujący podkreślał, że spółki prawa handlowego - stanowią odrębne podmioty prawa. Jednocześnie wiedzy i doświadczenia nie można posiadać formalnie z samego faktu częściowej partycypacji

kapitałowej w danym podmiocie. W związku z powyższym grupy kapitałowe obciąża taki sam obowiązek dowodowy w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem jak podmioty bez jakiegokolwiek powiązania kapitałowego. W zaistniałej sytuacji nie istnieje żaden stosunek zobowiązaniowy pomiędzy konsorcjum Astaldi a PROTIRES SAS, co jest niezgodne z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Ponadto przepis ten wymaga przedstawienia zobowiązania „tych podmiotów”, tj. bezpośrednio podmiotów posiadających odpowiednią wiedzę i doświadczenie. Interpretację przedstawioną przez konsorcjum Astaldi odwołujący uznał za nieuprawnioną na gruncie przepisów ustawy Pzp oraz § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów..., dodatkowo naruszającą zasadę uczciwej konkurencji równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), w sposób niezasadny faworyzując podmioty z grupy kapitałowej, w stosunku do innych wykonawców. Powyższe potwierdza orzecznictwo TSUE, który w sprawie C-126/03 (wraz z powołanym tam orzecznictwem), podkreślił, że wykonawca zamierzający powołać się na zasoby podmiotu powiązanego ma obowiązek wykazania, że może on rzeczywiście dysponować środkami tych instytucji lub przedsiębiorstw, które jednak nie stanowią jego własności, a które są niezbędne do wykonania zamówienia. Udostępnienie to musi być traktowane tak samo jak w przypadku użyczenia zasobów pomiędzy bezpośrednio związanymi ze sobą podmiotami (por. także orzeczenia KIO: KIO 1010/12; KIO 1034/12; KIO 1035/12; KIO 1037/12; KIO 1038/12, podobnie KIO 105/13, wyrok KIO z dnia 2014-08-22, KIO 1617/14, por. także wyrok z dnia 2013-10-14, KIO 2244/13). Orzeczenia powołane przez konsorcjum Astaldi, tj. wyroki w sprawach Ballast 1 C-389/92 i Ballast C-5/97 i Host Italia C-175/98, potwierdzają, że jakkolwiek spółka holdingowa, która sama nie wykonuje prac, może powoływać się na zasoby spółek zależnych, pod warunkiem jednak, że udowodni, iż bez względu na istotę prawnych powiązań z tymi spółkami zależnymi, rzeczywiście dysponuje zasobami tych ostatnich, niezbędnymi do wykonania prac. Do sądu krajowego należy orzeczenie, w świetle faktycznych i prawnych okoliczności, czy taki dowód został przeprowadzony w postępowaniu głównym. Trybunał podkreślił zatem, że nie istnieje żadna zasada przewidująca możliwość bezpośredniego korzystania z doświadczenia spółek zależnych przez spółki dominujące.

Ad. ESIANE. W odniesieniu do zasobów spółki ESIANE konsorcjum Astaldi przedłożyło oświadczenie firmy TIRU S.A. (członka konsorcjum Astaldi) z dnia 23 października 2014 r., pt. „Poświadczenie posiadania niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia...”, które wskazuje na fakt, iż ESIANE została założona jako spółka celowa, co samo w sobie miałyby przesądzać, że spółka TIRU S.A. dysponuje tymi zasobami jakby to były jej własne zasoby. Jak wskazano powyżej, takie twierdzenie jest nieuzasadnione. Ponadto wyjaśnienia konsorcjum Astaldi w tym zakresie są niespójne, gdyż konsorcjum Astaldi twierdzi, iż spółka została rozwiązana. Tymczasem z samego



oświadczenia TIRU S.A., a także załączonych referencji wynika, że spółka ta nadal istnieje. Dodatkowo, ESIANE nie jest/nie była nawet spółką zależną TIRU S.A, skoro udział kapitałowy TIRU S.A. w ESIANE wynosi(ł) jedynie 49 %.

Ad. TRM S.A. W odniesieniu do zasobów spółki TRM S.A. konsorcjum Astaldi przedłożyło oświadczenie firmy TIRU S.A. (członka konsorcjum Astaldi) z dnia 23 października 2014 r. pt. „Poświadczenie posiadania niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia...”, które wskazuje na fakt, iż ESIANE została założona jako spółka celowa, oraz że w 2011 r. nastąpiło rozwiązanie i likwidacja tej spółki. Ponadto w ww. oświadczeniu TIRU S.A. wywodzi możliwość powołania się na zasoby PROTIRES z faktu zależności kapitałowej. Jednakże analogicznie jak w przypadku PROTIRES, oświadczenie - członka konsorcjum (tu: TIRU S.A.), iż dysponuje zasobami swojej zależnej spółki (bo tak miałyby stanowić orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości) nie jest dokumentem potwierdzającym rzeczywisty dostęp do udostępnianych zasobów, zaś samo powołanie się na następstwo prawne w przypadku zlikwidowanego podmiotu wymaga wykazania, iż takie następstwo rzeczywiście miało miejsce, czemu konsorcjum Astaldi uchybiło. Dodatkowo, TRM S.A. nie była nawet spółką zależną TIRU S.A, skoro udział kapitałowy TIRU S.A. w TRM S.A. wynosił jedynie 45 %.

Ponadto referencja ze str. 312-313 na rzecz TRM S.A. (poz. 9 wykazu usług) została wystawiona dnia 26 czerwca 2000 roku, nie spełnia zatem wymogu 3 lat, ani 10 lat w stosunku do wymaganego doświadczenia w związku z pkt III.2.3) ppkt 1.2) oraz pkt IV. 1.2) ppkt 1.2) ogłoszenia o zamówieniu.

W konsekwencji, zdaniem odwołującego zamawiający nie powinien przyznawać punktów za następujące projekty tych spółek, przedstawione w wykazie usług:

- poz. 5 (PROTIRES)
- poz. 8 (ESIANE)
- poz. 9 (TRM S.A.)

Zasoby Dalkia Nord Finistere - brak możliwości uwzględnienia ich w punktacji.

Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających udostępnienie zasobów Dalkia Nord Finistere, bowiem dołączone na str. 334-340 wniosku dokumenty zostały podpisane przez inny podmiot - Dalkia S.A. Wykonawca nie wypełnił wezwania, twierdząc, że Dalkia S.A. posiadająca 51% udziałów w spółce Dalkia Nord Finistere może powoływać się na wiedzę i doświadczenie tej drugiej bezpośrednio oraz nie musi w żaden sposób dowodzić dostępności zasobów. Z taką argumentacją odwołujący się nie zgodził, ponieważ grupy kapitałowe obciąża taki sam obowiązek dowodowy w zakresie dysponowania zasobami, jak podmioty bez jakiegokolwiek powiązania kapitałowego (o czym szerzej powyżej). Konsorcjum Astaldi nie dochowało także wymogów co do formy

dokumentów, składając oświadczenie Dalkia S.A. w zakresie zasobów Dalkia Nord Finistere faksem (o czym niżej). W konsekwencji zamawiający nie powinien przyznawać punktów za projekt przedstawiony w wykazie usług:

- poz. 15 (DNF Dalkia Nord Finistere)

Zasoby TIRU Canada Inc. - brak możliwości uwzględnienia ich w punktacji.

Projekt wskazany w poz. 6 wykazu usług nie spełnia wymogów dyrektywy 2000/76/WE, co wyraźnie zostało przyznane w wykazie. W konsekwencji zamawiający nie powinien przyznawać punktów za projekt przedstawiony w Wykazie usług:

- poz. 6 (TIRU Canada Inc.)

Zasoby Creteil Incineration Energie - brak możliwości uwzględnienia ich w punktacji.

Konsorcjum Astaldi nie przedłożyło referencji ani dokumentów związanych z udostępnieniem zasobów dla usługi ujętej w poz. 7 wykazu usług. W konsekwencji zamawiający nie powinien przyznawać punktów za projekt przedstawiony w wykazie usług:

- poz. 7 (Creteil Incineration Energie)

Zasoby CIDEME - brak możliwości uwzględnienia ich w punktacji.

Referencja dla CIDEME (poz. 10 wykazu usług) ze str. 314-315 nie jest opatrzona datą. Nie sposób zatem stwierdzić czy spełnia wymóg wystawienia w terminie 3 miesięcy zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. W konsekwencji zamawiający nie powinien przyznawać punktów za projekt przedstawiony w wykazie usług:

- poz. 10 (CIDEME)

Zasoby CYDEL - brak możliwości uwzględnienia ich w punktacji.

W ramach uzupełnienia wniosku konsorcjum Astaldi złożyło zobowiązanie spółki CYDEL wraz z umową o udostępnieniu zasobów - dokumenty te powinny przyjąć formę analogiczną do zobowiązania z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, tj. formę pisemną w oryginale, nie są to bowiem dokumenty objęte zakresem § 7 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (o czym szerzej niżej). W konsekwencji zamawiający nie powinien przyznawać punktów za projekt przedstawiony w wykazie usług:

- poz. 4 (CYDEL)

Projekt Granolo nell Emilia - brak możliwości uwzględnienia go w punktacji.

W referencji ze str. 351 i nast. (poz. 4 wykazu robót), wbrew wymogom § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów ... oraz Sekcji IV.1.2) pkt 2.1) ogłoszenia o zamówieniu, nie ma potwierdzenia, czy roboty zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazania, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo

ukończone. W konsekwencji zamawiający nie powinien przyznawać punktów za projekt przedstawiony w wykazie robót:

- poz. 4 (Granoło neil Emilia)

Projekt Parpignan/Calce - brak możliwości uwzględnienia go w punktacji.

Referencja ze str. 355 i nast. (poz. 5 wykazu robót) dotyczy instalacji, której rozruch nastąpił w 2003 r., co nie spełnia wymogu 5 ani 10 lat sekcja III.2.3) ppkt 1.1) oraz sekcja IV.1.2) ppkt 1.1) ogłoszenia o zamówieniu. Ponadto w referencji tej nie ma potwierdzenia, czy roboty zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazania, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (poświadczenie dotyczy jedynie usług zarządzania). W konsekwencji zamawiający nie powinien przyznawać punktów za projekt przedstawiony w wykazie robót:

- poz. 5 (Projekt Parpignan/Calce).

Udostępnienie zasobów jedynie na rzecz jednego z konsorcjantów.

Niezależnie od wszelkich uchybień podniesionych powyżej, dodatkowo odwołujący wskazał, że konsorcjum Astaldi w wielu przypadkach odwołuje się do wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich, których zobowiązania zostały skierowane jedynie wobec jednego z członków konsorcjum - TIRU S.A. Dotyczy to następujących projektów: (i) projekt wskazany w poz. 2 wykazu usług wykonany przez spółkę TSI (ii) projekt wskazany w poz. 4 wykazu usług oraz w poz. 5 wykazu robót wykonany przez spółkę CYDEL; (iii) projekt wskazany w poz. 4 wykazu usług oraz w poz. 5 wykazu robót wykonany przez spółkę CYDEL; (iv) projekty wskazane w poz. 10-14 wykazu usług wykonane przez spółkę CIDEME; (v) projekt wskazany w poz. 15 wykazu usług wykonany przez spółkę Dalkia Nord Finistere. Udostępnienie zasobów w powyższy sposób nie jest prawidłowe i nie powinno być uwzględnione przez zamawiającego, nie odpowiada bowiem wymogom art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Przede wszystkim nie gwarantuje zamawiającemu realnej możliwości skorzystania z danego know-how, zwłaszcza w sytuacji, gdy dana część zamówienia byłaby wykonywana przez innego konsorcjanta niż ten, któremu udostępniono zasoby. Taki scenariusz, którego na obecnym etapie postępowania nie sposób wykluczyć, oznaczałby *de facto* wykonanie zamówienia przez podmiot nie posiadający ani własnego doświadczenia ani doświadczenia użyczonego (skoro podmiot trzeci zobowiązał się do udostępnienia odpowiedniego potencjału innemu konsorcjantowi). Przykładowo firma CYDEL udostępniła swoją wiedzę i doświadczenie na rzecz TIRU S.A. zarówno w zakresie robót budowlanych jak i usług, tj. w zakresie odpowiadającym całości zakresu zamówienia objętego postępowaniem. W przypadku, co jest wielce prawdopodobne, gdy inny konsorcjant będzie wykonywał roboty budowlane lub usługi, nie będzie istniała żadna prawna gwarancja

wsparcia ze strony tego podmiotu trzeciego. Zwracał uwagę na wyłączenie odpowiedzialności solidarnej w projektach partnerstwa publiczno-prywatnego (art. 7 ust. 4 ustawy o PPP), co potęguje ryzyko dopuszczenia do wykonania umowy podmiotu niedysponującego odpowiednią wiedzą i doświadczeniem.

Odwołujący argumentował, że do wniosku nie dołączono dokumentów potwierdzających uprawnienie do reprezentacji dla osób podpisujących zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów ani umów w przedmiocie udostępnienia tych zasobów. Dotyczy to reprezentantów następujących spółek: TSI (s. 288 i nast. wniosku), CYDEL (s. 300 i nast. wniosku oraz uzupełnienie wniosku), CIDEME (s. 324 i nast. wniosku), Dalkia Nord Finistere i Dalkia SA (s. 333 i nast. wniosku), ESIANE SAS (uzupełnienie wniosku). W związku z powyższym nie jest możliwa weryfikacja prawidłowości udostępnienia przedmiotowych zasobów, w szczególności ustalenie, czy udostępnienie ma charakter wiążący i realny - zaakceptowanie przez zamawiającego oraz punktowanie tak udokumentowanego doświadczenia narusza art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W tym zakresie odwołujący odsyłał do argumentacji i wskazanych naruszeń prawa zawartej w odpowiednich punktach odwołania dotyczących wniosku Dalveo. Tym samym, za nieuprawnione poczytał przyznanie konsorcjum Astaldi 64 punktów, gdyż na moment oceny przez zamawiającego wniosku konsorcjum Astaldi jedynie dwa projekty wykazane w wykazie usług poz. 1 i 3) można uznać za spełniające wymogi ogłoszenia o zamówieniu, co kwalifikuje konsorcjum Astaldi do otrzymania 10 punktów. W zakresie projektów wskazanych w wykazie robót budowlanych jedynie 3 projekty (poz. 1-3 wykazu) w ocenie odwołującego zasługują na przyznanie łącznie 3 punktów.

Niedochowanie wymogów co do formy dokumentów.

Z analizy dokumentacji odwołujący wnioskował, że konsorcjum Astaldi złożyło uzupełnienie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w formie faksu, a nie pisemnie. Tymczasem wyjaśnienie lub uzupełnienie pisma powinno przyjąć taką formę, jaka jest przewidziana dla dokumentu źródłowego, tj. wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Skoro zatem nie jest dopuszczalne wniesienie ww. wniosku faksem, zamawiający nie powinien przyjąć uzupełnienia i wyjaśnienia wniosku wniesionego w tej formie. Ponadto jako załącznik do przedmiotowych wyjaśnień przedłożono m.in.:

- 1) potwierdzenie pełnomocnictwa dla Pan C. B. - powinno przyjąć formę przewidzianą dla samego pełnomocnictwa, tj. formę pisemną w oryginale (pkt VI.3 ppkt 3 i 4 ogłoszenia o zamówieniu),
- 2) poświadczenia posiadania niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia dla spełnienia obowiązków wynikających z warunków zamówienia,

oświadczenie Dalkia S.A. w zakresie zasobów Dalkia Nord Finistere, a także zobowiązanie spółki CYDEL wraz z umową o udostępnieniu zasobów -dokumenty te powinny przyjąć formę analogiczną do zobowiązania z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, tj. formę pisemną w oryginale, nie są to bowiem dokumenty objęte zakresem § 7 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów...

Niedochowanie prawidłowej formy dokumentów uniemożliwia ich weryfikację pod kątem formalnoprawnym oraz pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przez co powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania, w szczególności na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Ponadto, zgodnie z § 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku innych podmiotów, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty. Oznacza to w szczególności, że każdy z konsorcjantów powinien poświadczać kopie własnych dokumentów za zgodność z oryginałem samodzielnie. Tymczasem wszystkie kopie dokumentów załączonych do wniosku, w tym kopie dokumentów TIRU oraz TM.E. zostały poświadczone za zgodność z oryginałem przez p. M. G., reprezentującego spółkę Astaldi S.p.A. - czym naruszono ww. przepis.

Odwołujący zarzucał sprzeczność pomiędzy wyjaśnieniami w kwestii przynależności do grupy kapitałowej a dokumentami dołączonymi do wniosku.

Zamawiający powziął wątpliwości co do listy podmiotów z grupy kapitałowej TIRU S.A. w zakresie powiązań z Dalveo Poznań Sp. z o.o. Wykonawca wyjaśnił, że TIRU S.A. należy do grupy kapitałowej EDF, natomiast Dalveo do Veolia, w związku z czym nie ma między tymi spółkami powiązań. Wyjaśnienie to stoi w sprzeczności z dokumentem ze str. 14 wniosku, gdzie Veolia Proprete została wskazana jak podmiot należący do tej samej grupy kapitałowej co TIRU S.A. Kwestia ta nie została zatem dostatecznie wyjaśniona, co powinno skutkować wykluczeniem konsorcjum Astaldi na podstawie art. 25 ust. pkt 5 lub art. 24b ust. 3 ustawy Pzp.

Niewykazanie braku podstaw do wykluczenia.

Zdaniem odwołującego zamawiający bezprawnie zaniechał wezwania do uzupełnienia i wyjaśnienia, na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp wniosku konsorcjum Astaldi w następującym zakresie:

- Spółka Astaldi S.p.A. nie przedłożyła dokumentu potwierdzającego, że nie otwarto jej likwidacji (zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie rodzajów

dokumentów...). Jedyna wzmianka w tym zakresie znajduje się w uwadze tłumacza na str. 140 wniosku, nie posiadając żadnej doniosłości prawnej.

- Spółka T.M.E S.p.A nie przedłożyła dokumentu potwierdzającego, że nie ogłoszono jej upadłości, (zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów).

- Spółka TIRU S.A. nie przedłożyła oficjalnego dokumentu potwierdzającego, że nie otwarto jej likwidacji ani nie ogłoszono upadłości oraz, że nie zalega z uiszczeniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskała przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, (zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów...). Zaświadczenie ze str. 265 i nast. wniosku potwierdza brak zaległości w zakresie danych podatków na dzień 31.12.2013., co nie spełnia wymogu aktualności zgodnie z § 4 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Analogiczna sytuacja dotyczy zaświadczenia o płatności składek społecznych (str. 267 i nast. wniosku).

Zarzuty wobec wniosku NDI Project Development Sp. z o. o.

W ramach oceny wniosków wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez NDI („wniosek NDI”) otrzymał łącznie 82 pkt., poz. 4. W wykazie robót budowlanych NDI przedstawił 3 projekty, z których jeden (poz. 1) nie zawiera wymaganego ogłoszeniem o zamówieniu elementu - turbiny parowej. W wykazie usług NDI przedstawił 20 projektów, z których co do 4 projektów (poz. 7, 11, 19 i 20) w kolumnie 12 wskazano, że nie spełniają one przewidzianych ogłoszeniem o zamówieniu wymogów Dyrektywy 2000/76/WE w zakresie dopuszczalnych emisji spalin ze spalania odpadów. Biorąc pod uwagę liczbę punktów przyznawanych w ramach warunku dot. robót budowlanych (po 1 pkt za budowę/przebudowę spalarni) oraz w ramach warunku dot. usługi zarządzania spalarnią (po 5 pkt za usługę) odwołujący założył, że zamawiający przyznając NDI łącznie 82 punkty, przyznał 2 punkty za 2 projekty w ramach oceny warunku wiedzy i doświadczenia dot. robót budowlanych (2 x 1 pkt = 2 pkt) oraz 80 punktów za 16 projektów dot. usługi zarządzania (16 x 5 pkt = 80 pkt).

Brak możliwości przyznania 80 pkt w ramach warunku wiedzy i doświadczenia dot. usługi zarządzania spalarnią.

W zakresie wiedzy i doświadczenia (kwalifikacji technicznych) zamawiający ustanowił dwa wymogi:

- wymóg w zakresie wykonania robót budowlanych dotyczących budowy lub przebudowy, co najmniej 1 spalarni odpadów - por. sekcja III.2.3) ust, 1 pkt 1 ogłoszenia;

- wymóg w zakresie wykonania, co najmniej 1 usługi zarządzania - por. sekcja III.2.3) ust. 1 pkt 2 ogłoszenia.

Wymóg ogłoszenia o zamówieniu dotyczący wykazania się wykonaniem, co najmniej 1 usługi zarządzania odnosi się do zarządzania, co najmniej jedną spalarnią odpadów o określonych parametrach, w tym spełniającą wymagania Dyrektywy 2000/76/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 grudnia 2000 r. w sprawie spalania odpadów („Dyrektywa UE”) w zakresie dopuszczalnych emisji spalin ze spalania odpadów - por. sekcja III.2.3) ust. 1 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie z sekcją IV.1.2) ust. 1 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu - za każde należycie wykonane zamówienie na usługę polegającą na zarządzaniu spalarnią odpadów o określonych parametrach, w tym spełniającą wymagania Dyrektywy UE w zakresie dopuszczalnych emisji spalin ze spalania odpadów wykonawca miał otrzymać 5 punktów. Wykaz usług załączony do wniosku NDI obejmuje 20 projektów, dla których - jak przedstawiono powyżej - w czterech pozycjach wprost wskazano, że wymogi Dyrektywy UE nie zostały spełnione. W odniesieniu do 10 pozycji dotyczących spalarni spoza terenu UE (spalarnie położone w USA) NDI powołało się - poprzez przypis w postaci gwiazdki - na odpowiedź nr 17 na pytania do ogłoszenia o zamówieniu (pismo zamawiającego z dnia 16 października 2014 r.). W odpowiedzi tej zamawiający na pytanie odnoszące się do warunku dotyczącego robót budowlanych (nie usługi) wskazał, iż referencyjna spalarnia musi być zdolna do spełniania wymogów wynikających z Dyrektywy UE w zakresie dopuszczalnych emisji spalin ze spalania odpadów.

W opinii odwołującego pojęcia: „spalarnia spełniająca wymagania Dyrektywy UE” oraz „spalarnia zdolna do spełniania wymogów Dyrektywy UE” nie są tożsame. Zamawiający dokonał rozszerzenia warunku udziału w postępowaniu poprzez dopuszczenie nie tylko spalarni spełniającej (rzeczywiście) wymogi Dyrektywy UE, ale również (potencjalnie) zdolnej do spełniania tych wymogów. Zamawiający dokonał jednak tego rozszerzenia wyłącznie w odniesieniu do warunku dot. robót budowlanych. Brak takiego rozszerzenia na warunek odnoszący się do usługi zarządzania spalarnią uniemożliwia inną ocenę wniosku złożonego przez NDI niż przez pryzmat literalnej treści warunku zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu. W tym zakresie zamawiający żądał wykazania się usługą zarządzania spalarnią spełniającą wymogi Dyrektywy UE w zakresie dopuszczalnych emisji spalin ze spalania odpadów. Powyższe potwierdza również treść odpowiedzi na pytanie nr 14 do ogłoszenia o zamówieniu, zawarte w piśmie zamawiającego z dnia 16 października 2014 r. W odpowiedzi na to pytanie odnoszące się do warunku dot. usługi zarządzania spalarnią w kontekście Dyrektywy UE, zamawiający wprost wskazał, że nie zmienia ogłoszenia w tym zakresie. W konsekwencji zamawiający dokonał rozróżnienia wymogów (warunku minimalnego) w odniesieniu do doświadczenia w zakresie budowy/przebudowy spalarni oraz usługi

zarządzania spalarnią. W treści wyraźnie powołano się na sekcję III.2.3) ust. 1 pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu.

Ponadto pytanie nr 17, w którym dokonano ww. „rozszerzenia” warunku, dotyczy warunku (minimalnego) udziału w postępowaniu, gdyż wprost powołuje się na zapis zawarty w III.2.3) ust. 1 pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu, a nie na zapisy ogłoszenia o zamówieniu dotyczące dodatkowej kwalifikacji - są one zawarte w sekcji IV.1.2) ust. 2. Potwierdza to również odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 15 do sekcji IV. 1.2) ust. 2 ogłoszenia, w której zamawiający stwierdza, iż nie przewiduje żadnych zmian ogłoszenia o zamówieniu w tym zakresie.

Projekty wykazane przez NDI w wykazie usług co najmniej w zakresie 10 pozycji oznaczonych gwiazdką (poz. 8-10 oraz poz. 12-18) nie spełniają tych wymogów - jak utrzymywał odwołujący. Obejmują one usługi zarządzania spalarniami odpadów położonych na terenie USA, w zakresie których wiedzę i doświadczenie na rzecz NDI zostało udostępnione przez amerykańską spółkę Wheelabrator Technologies Inc. („WTI”) Projekty te nie mogą być uznane za spełniające wymogi Dyrektywy UE w zakresie dopuszczalnych emisji spalin ze spalania odpadów. Świadczy o tym już samo odwołanie się przez NDI w wykazie usług do odpowiedzi na pytanie nr 17 (która - jak wskazano powyżej - nie dotyczy usługi zarządzania, lecz robót budowlanych) przy jednoznacznej deklaracji spełnienia warunku dot. Dyrektywy UE w pozostałych pozycjach (por. poz. 1-6), jak i chociażby korespondencja prowadzona pomiędzy zamawiającym a NDI po terminie składania wniosków o dopuszczenie (pismo zamawiającego z dnia 18 listopada 2014 r. i odpowiedź NDI z dnia 27 listopada 2014 r.). Z korespondencji tej wynika, iż spalarnie te są co najwyżej (co zresztą również jest sporne) zdolne spełniać wymogi Dyrektywy UE. To jednak nie oznacza, że te wymogi rzeczywiście spełniają. W konsekwencji, projekty te nie powinny być brane pod uwagę przy przyznawaniu punktów w ramach warunku dot. zarządzania spalarnią i NDI powinno otrzymać co najwyżej w ramach tego warunku 30 punktów (za pozycje nr 1 - nr 6, co do których NDI zadeklarowało spełnianie wymogów Dyrektywy UE), a zatem o 50 pkt mniej niż zostało mu przyznane. Bezpodstawne przyznanie NDI 80 pkt w sposób bezpośredni miało, zatem wpływ na wynik prekwalfikacji, gdyż w przypadku prawidłowego działania zamawiającego, zdaniem odwołującego - NDI w ogóle nie znalazłoby się na liście podmiotów zakwalifikowanych do udziału w dialogu konkurencyjnym. Nawet, jednak gdyby przyjąć rozumowanie, iż zamawiający dopuścił w ramach oceny spełniania warunku dot. usługi zarządzania spalarnią nie tylko spalarnie spełniające wymogi Dyrektywy UE w zakresie dopuszczalnych emisji spalin ze spalania odpadów, ale i spalarnie zdolne do spełniania tych wymogów (bez konieczności ich przebudowy lub montażu dodatkowych urządzeń), to również projekty WTI realizowane w USA nie spełniają tak opisanego warunku.



Wynika to w szczególności z faktu, iż poziomy emisji spalin ze spalania odpadów określone w USA nie są bezpośrednio porównywalne z poziomami emisji spalin ze spalania odpadów określonymi w UE. Zwłaszcza wskazywał na istotne różnice w metodologii prowadzenia pomiarów emisji z instalacji oraz na różnice w prawnych wymaganiach nakładanych przez systemy prawne UE oraz USA w zakresie rodzaju substancji podlegających monitoringowi i sposobu monitoringu substancji mierzonych. Ponadto, z uwagi na różnice w wymaganiach regulacyjnych dotyczących realizowania i działania instalacji termicznego przekształcania odpadów w UE i w USA w zakresie dopuszczalnych emisji spalin ze spalania odpadów nie jest możliwe oświadczenie i bezpośrednie przełożenie oceny spełniania parametrów instalacji spalających odpady w USA i w UE. Dlatego też należy przyjąć, że powoływanie się przez NDI na fakt, że projekty WTI realizowane w USA są zdolne do spełniania wymogu Dyrektywy UE nie jest zgodne ze stanem faktycznym, ponieważ kryteria takiej oceny nie są możliwe do porównania. O nienależytej staranności zamawiającego świadczy również to, że - nawet gdyby hipotetycznie uznać (co byłoby w przekonaniu odwołującego w świetle powyższego całkowicie bezzasadne), że projekty te spełniają wymóg w zakresie Dyrektywy UE -to w piśmie z dnia 27 listopada 2014 r. (odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 18 listopada 2014 r.) NDI wyraźnie wskazało, że z 10 pozycji (oznaczonych w Wykazie usług gwiazdką) spalarnie zdolne do spełniania wymogów Dyrektywy UE zawarte są w 9 pozycjach (poz. 8, 10 oraz 12 - 18), a nie w 10 pozycjach, jak bezpodstawnie przyjął zamawiający, skoro w ramach oceny tego warunku przyznał NDI 80 pkt (6x5 pkt- poz. 1-6 oraz 10x5 pkt).

Zaniechanie wezwania do wyjaśnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 Pzp

W odniesieniu do dokumentów złożonych przez NDI na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia w zakresie budowy/przebudowy spalarni w opinii odwołującego zamawiający dokonał powierzchownej oceny tych dokumentów i bezpodstawnie zaniechał wszczęcia procedury wyjaśniania dokumentów, do czego był zobowiązany na mocy art. 26 ust. 4 Pzp. W odniesieniu do obiektu określonego jako „Zakład termicznego przekształcania odpadów w Chambery” (dalej „projekt Chambery”) zarówno w poz. 2 wykazu usług, jak i w złożonym dowodzie jego należytego wykonania („Zaświadczenie o kwalifikacji” z dnia 13 maja 2011 r.) wskazuje się, że zamówienie to obejmowało modernizację zakładu. Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu zamawiający wymagał doświadczenia w budowie lub przebudowie spalarni w rozumieniu polskiego prawa budowlanego. Z obu dokumentów: Wykazu usług i Zaświadczenia o kwalifikacji nie wynika jednoznacznie, że „modernizacja” w zakresie projektu Chambery polegała na budowie lub przebudowie spalarni w tym rozumieniu. Co więcej, jak wynika z treści zaświadczenia o kwalifikacji, zamówienie to zostało wykonane przez konsorcjum, dwóch podmiotów: tj. podmiot użyczający zasobów na rzecz NDI - Vinci Environnement

(„Vinci”) oraz firmę C.B.R. Zamawiający bezpodstawnie zaniechał weryfikacji, jaką rolę Vinci odegrało w ramach realizacji projektu Chambery oraz czy w wyniku działania w ramach tego konsorcjum możliwe jest powoływanie się przez Vinci na całość wiedzy i doświadczenia uzyskanego w wyniku realizacji projektu Chambery. Kwestie te zdaniem odwołującego podlegały wyjaśnieniu w ramach oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu i przyznawania punktów w ramach dodatkowej kwalifikacji, zwłaszcza przy uwzględnieniu faktu, iż było to konsorcjum działające za granicą i w reżimie obcego prawa, na nieznanym zamawiającemu zasadach odpowiedzialności.

Inne uchybienia.

Zdaniem odwołującego zamawiający bezpodstawnie zaniechał wezwania NDI do przedłożenia dokumentów wykazujących umocowanie wszystkich podmiotów trzecich, które użyczyły NDI swoich zasobów na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp. W tym zakresie odwołujący odsyłał do argumentacji i wskazanych naruszeń prawa zawartej w odpowiedniej części odwołania dotyczącej wniosku Dalveo. Obydwa zobowiązania podmiotów udostępniających NDI zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia (zobowiązanie Vinci oraz zobowiązanie WTI - z dnia 21 października 2014 r.) na dowód zagwarantowania rzeczywistego dostępu do udostępnianych zasobów wskazują, że Vinci i odpowiednio WTI przedstawiają listę instalacji, jednakże listy takie nie zostały załączone do wniosku NDI. Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wezwania NDI do wyjaśnienia i uzupełnienia w tym zakresie w trybie art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp. Zamawiający bezpodstawnie zaniechał również wezwania NDI do wyjaśnienia i uzupełnienia wniosku w trybie art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp w zakresie wszystkich dokumentów przedstawionych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia - żadna kopia dowodu należytego wykonania robót budowlanych/usługi zarządzania nie została poświadczona za zgodność z oryginałem, co narusza wprost przepisy § 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów w związku z art. 26 ust. 2b Pzp. Również tłumaczenia dokumentów obcojęzycznych nie zostały potwierdzone za zgodność, co stanowi naruszenie § 7 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Zarzuty wobec wniosku konsorcjum Dalveo Poznań Sp. z o.o.- adres Dalkia Polska S.A.

Wadliwy wynik oceny wniosku Dalveo, poz. 1 punktacja 110.

Opierając się na podniesionych zarzutach, odwołujący wnosił o:

- unieważnienie czynności oceny wniosku o dopuszczenie Dalveo do udziału w postępowaniu i nakazanie jego powtórnej oceny oraz nakazanie wykluczenia Dalveo z postępowania, ewentualnie nakazanie wezwania Dalveo do uzupełnienia dokumentów

potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący przywoływał wymóg ogłoszenia - partner prywatny mógł przedstawiać dowolne dowody, ale musiał udowodnić konkretne fakty prawne. Po stronie Dalveo dostatecznych dowodów brak. Jeżeli wykonawca polega na zasobach osób trzecich, to zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie nimi dysponował. W reżimie art. 6 K.c. w zw. z art. 14 Pzp w zw. art. 26 ust. 2b Pzp w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o PPP podstawowe znaczenia ma spoczywający na wykonawcy ciężar dowodu. Podkreślił, że art. 6 K.c. ma charakter bezwzględnie wiążący i zamawiający musi go stosować; przywołana zasada rozkładu ciężaru dowodu jest regułą w znaczeniu materialnym i wskazuje, kto musi ponieść wynikające z przepisów prawa materialnego negatywne konsekwencje nieudowodnienia pewnych faktów (tak np. por. wyroki SN z dnia 29 kwietnia 2011 r., I CSK 517/10, LEX nr 960502, oraz z dnia 15 lipca 2010 r., IV CSK 25/10, LEX nr 885020 i wiele innych, a także por. R Machnikowski [w:] Kodeks cywilny pod red. Gniewek, Legalis 2014, kom. do art. 6 K. c. pkt 3 oraz P. Sobolewski, Kodeks cywilny pod red. Osajda 2014 wyd. 10, kom. do art. 6 K.c. pkt III oraz pkt 15, por. K. Piasecki, Komentarz do art. 6 kodeksu cywilnego, pakt. 6, LEX Online dostęp 18.12.2014r.). Pisemne zobowiązanie osoby trzeciej, o którym mowa w art. 26 ust. 2b jest jedynie jednym z możliwych, ale nie jedynym środkiem dowodowym; można oczekiwać, że wykonawca nie poprzestanie na minimum. Ogłoszenie o zamówieniu stanowią warunki, o których mowa w art. 70 [1] § 4 k.c. w zw. z art. 14 Pzp w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o PPP. Zgodnie z tym przepisem, organizator od chwili udostępnienia warunków, jest obowiązany postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków (...) przetargu; zamawiający jest nimi związany (por. np. KIO 133/12, 1535/13, KIO 1054/14). W tym postępowaniu, zamawiający zobowiązał się w ogłoszeniu, że przedstawiane dowody na spełnianie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia będą oceniane w celu ustalenia, czy stosunek łączący partnera prywatnego z tymi podmiotami: „gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów”.

Zamawiający musiał zbadać dowody na kilka doniosłych - choć w istocie dość podstawowych okoliczności. Przede wszystkim musiał ustalić, czy przedstawione dokumenty wykazują:

- istnienie „stosunku”, „więzi” między dwoma skonkretyzowanymi w ogłoszeniu podmiotami: to jest bezpośrednio między partnerem prywatnym a udostępniającym zasoby.

Odwołujący zaznaczał, że w realiach postępowania, wszystkie przepisy prawa zamówień publicznych przywołane w odwołaniu są przytaczane w związku z przepisami Ustawy z 19 grudnia 2008r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. 2009 Nr 19, poz. 100 ze zm.).

- po drugie, musiał przeanalizować i ustalić, jaki to był „stosunek”, a zwłaszcza czy treść tego „stosunku” gwarantowała partnerowi prywatnemu rzeczywisty dostęp do zasobów podmiotu udostępniającego.

W reżimie zamówień publicznych i ustawy o PPP, a także - w świetle wymagań ogłoszenia inaczej powinien być oceniony i „punktowany” stosunek prawny między tymi podmiotami, a inaczej pewien układ stosunków faktycznych, relacji natury organizatorskiej pomiędzy wykonawcą a udostępniającym zasoby. Z kolei, w ramach samych stosunków prawnych możliwe, a niekiedy nawet konieczne powinno być zróżnicowanie ocen. Inną wagę - z punktu widzenia „gwarantowania” dostępu do zasobów - przyznamy wiążącemu zobowiązaniu lub wiążącej umowie przedwstępnej, a inaczej prezentuje się list intencyjny lub umowa o negocjacje, które zapewniają jakąś relację prawną, ale niczego nie gwarantują. Używając zwrotów ogłoszenia o zamówieniu: inne „gwarancje” dają zobowiązanie do współpracy, a inne - a w zasadzie ich brak - obietnica współpracy, ale bez obowiązku jej podjęcia lub obietnica rozmów.

Przepisy prawa, a w szczególności zasada równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp), przepisy art. 60d ust 1-3 Pzp, art. 26 ust. 2b Pzp w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o PPP, a także brzmienie ogłoszenia sprzeciwiały się temu, aby tę samą ilość punktów przyznawać partnerowi prywatnemu, który udowodnił istnienie stosunku prawnego i temu, który nie przedstawił dowodów na istnienie wiążącej więzi prawnej z udostępniającym, ale zobrazował w istocie pewien układ relacji faktyczno - organizacyjnych.

Według odwołującego, podczas oceny wniosku Dalveo zamawiający zaakceptował luki w dokumentacji.

Usługa zarządzania spalarnią - brak dowodów istnienie prawnego obowiązku po stronie „udostępniającego”.

Dalveo, prezentując łącznie 23 zadania, usiłowało posłużyć się w całości zasobami innych podmiotów prawnych. Brakuje jednak we wniosku Dalveo dowodów na to, że między Dalveo a daną osobą prawną powstała więź prawna, gwarantująca rzeczywisty dostęp do zasobów; a więc więź wymagana pkt III.2.3) pkt 6 ogłoszenia. Dalveo wprawdzie przedstawiło 23 dokumenty „zobowiązań” osób prawnych do udostępniania zasobów; ale żadne z tych „zobowiązań” nie zostało poparte dowodem na to, że osoba, która dokument podpisywała rzeczywiście zaciągała - skuteczne w sensie prawnym - zobowiązanie w imieniu danej osoby prawnej. W rezultacie, nie mamy do czynienia z „udostępniającym”, ale z „deklarującym udostępnienie”; nie występuje zobowiązanie w sensie prawnym, ale tylko dokument zatytułowany: „zobowiązanie”.

We wniosku Dalveo zabrakło zatem dowodów na podpisanie danego „zobowiązania” przez osoby będące: (a) organami spółek „udostępniających” i jednocześnie (b) działające w ramach zakresu umocowania takiego organu albo (c) będące pełnomocnikami lub prokurentami i jednocześnie (d) działające w granicach pełnomocnictwa lub prokury otrzymanej od danej spółki. W powszechnym obrocie prawnym przejście do porządku dziennego nad takimi brakami jest niespotykane i to nie tylko wśród podmiotów dysponujących obsługą prawną. Podniesiony brak w przekonaniu odwołującego dotyczy każdego ze „zobowiązań” znajdujących się we wniosku Dalveo (a w szczególności na s. 43-46, 59-62, 75-79, 93-97, 111-115, 127-133, 147-151, 163-167, 179-183, 195-199, 211-215, 229-233, 247-253, 267-270, 285-289, 301-305, 317-321, 333-337, 349-355, 367-371, 385-388, 397-403, 417-421). Z wniosku Dalveo wynika też, że w relacjach między Dalveo a jej partnerem ukształtował się taki zwyczaj, że konieczne było złożenie przez Dalveo oświadczenia o przyjęciu „zobowiązania”. Kopie takich oświadczeń wprawdzie zostały załączone, ale w świetle art. 61 §1 k.c. w zw. z art. 14 Pzp w zw. z art. 4 ust. 2 PPP oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła się zapoznać z jego treścią. Natomiast we wniosku Dalveo brakuje dowodu na to, jakoby dokumenty te zostały gdziekolwiek przesłane, a tym bardziej - dostarczone. Brak dowodów wysłania może dowodzić także tego, że dokumentów tych Dalveo nie traktowało jako oświadczenia woli, co jeszcze dodatkowo wzmacnia zarzut o braku dowodów na powstanie wiążącego stosunku prawnego między Dalveo a „udostępniającym”.

Usługa zarządzania spalarnią - oprócz braku dowodów na istnienie prawnego obowiązku po stronie „deklarującego udostępnienie” Dalveo zdaniem odwołującego przedstawiło dokumenty sprzeczne z prawem.

Przeważająca część z rzekomych - według odwołującego „zobowiązań” sporządzona jest sprzecznie z art. 26 ust. 2b Pzp w z. z art. 4 ust. 2 ustawy o PPP, a tym samym nie mogła stanowić dowodu pozwalającego przyznać Dalveo maksymalną ilość punktów.

Chodzi przede wszystkim o rzekome „zobowiązania” zawarte na stronach: 147-151, 163-167, 179-183, 195-199, 211-215, 285-289, 301-305, 333-337 wniosku Dalveo. Zostały one złożone ewidentnie w kserokopiach. Co więcej, jakość dokumentacji udostępnionej przez zamawiającego na dzień wnoszenia odwołania wskazuje, że również pozostałe zobowiązania z wniosku Dalveo nie zostały przedłożone zamawiającemu w formie pisemnej. Tymczasem, skoro ustawodawca, dla formy zobowiązania podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Pzp w zw. z art. 4 ust. 2 PPP, zastrzegł formę pisemną, to tym samym, stanowisko zakładające możliwość posłużenia się takim zobowiązaniem składanym w formie kopii potwierdzonej - nawet za zgodność z oryginałem – uznał za pozostające w

sprzeczności z treścią tego przepisu. Przepis § 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów „nie odnosi się do pisemnego zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Pzp. Jest on właściwy jedynie do dokumentów przywołanych w powołanym rozporządzeniu, a do pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego rozporządzenie to się nie odnosi - reguluje je bowiem jedynie art. 26 ust 2b Pzp” (por. KIO 1870/13, KIO 1469/14). Niezależnie od zignorowania przez zamawiającego formy wymaganej ustawą, odwołujący dodatkowo zarzucił, że zamawiający błędnie przeszedł do porządku dziennego nad tym, że we wniosku Dalveo brakuje dowodów na to, jakoby kopie dokumentów dotyczących podmiotu „deklarującego udostępnienie” zasoby były (a) poświadczone przez kogokolwiek (w szczególności: s. 53, 69, 87, 105, 121, 141, 241, 261, 279, 361, 379, 411, 429) albo były (b) poświadczone przez osoby do tego upoważnione przez podmiot „deklarujący udostępnienie” (w szczególności s. 157, 173, 189, 205, 221, 295, 311, 327, 343, 391 wniosku Dalveo). W świetle § 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jeżeli dokumenty dotyczące udostępniających zasoby są przedkładane w kopiach, to kopie tych dokumentów mogą być poświadczone wyłącznie przez te osoby trzecie (por. np. KIO 1253/13, KIO 2483/13). Natomiast, w świetle trafnego orzecznictwa, nieprawidłowo uwierzytelnione kserokopie dokumentów nie powinny stanowić podstawy do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co powinno być równoznaczne z uznaniem nie złożenia wymaganych dokumentów (por. KIO 1269/14, KIO 869/11, KIO 2483/13).

Roboty budowlane w zakresie spalarni – odwołujący poczytał za kolejny brak dowodów na istnienie prawnego zobowiązania po stronie „deklarującego udostępnienie”.

We wniosku Dalveo brakuje jakiegokolwiek własnego doświadczenia odpowiadającego wymogowi pkt. III.2.) ppkt 1 (1) ogłoszenia o zamówieniu (okoliczność bezsporna). Całość wiedzy i doświadczenia w tym zakresie usiłowano pozyskać do CNIM S.A., i przedstawiono łącznie 18 zamówień, podczas których CNIM S.A. rzekomo uzyskała wiedzę i doświadczenie. Przede wszystkim odwołujący podnosił, że brakuje we wniosku Dalveo dowodu na to, że CNIM S.A. jest w sensie prawnym związana dokumentem, który podpisał pan J.-L. L. (str. 453 Wniosku Dalveo). Zamawiający nie dysponował ani pełnomocnictwem ogólnym, ani pełnomocnictwem szczególnym, ani odpisem z rejestru handlowego. Brakuje zatem dostatecznego dowodu na to, że Dalveo łączy z CNIM S.A. stosunek prawny, który gwarantuje Dalveo dostęp do zasobów CNIM S.A., oraz że dostęp ten byłby rzeczywisty. Także i tutaj nie powinno być, zatem mowy we wniosku o istnieniu „zobowiązania” w sensie prawnym, ale co najwyżej o dokumencie zatytułowanym „zobowiązanie”. Co więcej, z dowodów przedłożonych przez Dalveo odwołujący wnioskował, że poszczególne roboty budowlane były wykonywane przez inne osoby prawne niż CNIM S.A. Zamawiający błędnie pominął, że były to podmioty posiadające odrębną osobowość

prawną, podlegającą odrębnej niż CNIM S.A. jurysdykcji, odrębnemu niż CNIM S.A. reżimowi prawnemu, co dotyczyło w szczególności, zdolności prawnej tych spółek, zasad zaciągania własnych zobowiązań, możliwej odpowiedzialności członków zarządów za zobowiązania zaciągane w imieniu podmiotów lub z przekroczeniem zasad umocowania, zdolności upadłościowej. Wątpliwe jest, aby spółki te miały prawny obowiązek honorowania dokumentów sporządzanych przez podmioty z innych krajów. Najprawdopodobniej jest wręcz przeciwnie, gdyż organy tych spółek muszą dbać o ich interesy i ich mienie, mając na uwadze przede wszystkim zakaz działania na szkodę spółki, którą reprezentują. Partner prywatny nie mógł skutecznie poprzestać na oświadczeniu spółki matki, powołującej się na zasoby spółek zależnych; wynika to z wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 14 kwietnia 1994. W sprawie C-389/92 ("Ballast"), w którym Trybunał orzekł, że przedstawiając zaświadczenia o przedsiębiorstwach zależnych, przedsiębiorstwo holdingowe, w celu udowodnienia swojej wiedzy i możliwości technicznych, aby zostać zarejestrowanym na urzędowej liście uznanych wykonawców, musi - niezależnie od tego w jakim stosunku pozostaje wobec przedsiębiorstw zależnych - udokumentować, iż faktycznie rozporządza zasobami tych firm niezbędnymi do wykonania robót (pkt. 17 uzasadnienia wyroku w sprawie C-389/92). Z wyroku tego wynika, że sama relacja zależności lub nadrzędności "kapitałowej" nie jest dostatecznym dowodem na to, że dane zasoby są dostępne, co jest zrozumiałe z uwagi na odrębność prawną takich podmiotów.

CNIM S.A. wskazywała, jakoby „udostępniała” wiedzę i doświadczenie zdobyte na kilkunastu kontraktach, a tymczasem pięć spośród przywołanych projektów wykonanych zostało przez inne osoby prawne. Przedstawione przez Dalveo dowody (poświadczenia) dowodziły wyraźnie, że wykonawcami robót budowlanych były:

CNIM Clugston (Staffordshire) Limited (s. 463-465 wniosku Dalveo); brakuje przy tym jakiegokolwiek prawnego zobowiązania ze strony tego podmiotu;

CNIM Clugston Linconshire Limited (s. 469-471 wniosku Dalveo); brakuje przy tym jakiegokolwiek prawnego zobowiązania ze strony tej spółki;

CSBC (Jersey) Limited (s. 503-505 wniosku Dalveo), także i tutaj brakuje prawnego zobowiązania ze strony tej spółki;

CNIM-Clugston Limited liability Partnership (s. 541-547), jest to podmiot posiadający samodzielną zdolność prawną, a Dalveo nie udowodniła, że nawiązała z nim stosunek prawny gwarantujący rzeczywisty dostęp do wiedzy i doświadczenia zdobytego podczas zaprezentowanych robót budowlanych;

U.T.E Arraiz (s. 553-555 wniosku Dalveo) - brakuje przy tym prawnego zobowiązania ze strony tego podmiotu;

Zadania te, zdaniem odwołującego nie powinny być, zatem uwzględnione w ogóle. Dalveo wykazała się przy tym niekonsekwencją, która uszła uwadze zamawiającego, gdyż w

zakresie warunku udziału związanego z zarządzaniem spalarnią Dalveo prezentowało „zobowiązanie” dotyczące tego podmiotu, który w świetle „poświadczeń” był stroną umowy z danym kontrahentem. Zamawiający, zatem, nawet w obrębie tego samego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu tak samo „oceniał” sytuacje, które powinny być „punktowane” odmiennie.

Podsumowując tę część zarzutów odwołujący stwierdził, że Dalveo nie udźwignęło ciężaru wykazania, że łączy ją z CNIM S.A. wiążąca więź prawna, która gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów należących nie do jakiejś innej osoby prawnej, ale należących do CNIM S.A. W rezultacie, nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Dodatkowo, odwołujący zarzucił, że zamawiający pominął brak dowodów na to, jakoby kopie dokumentów dotyczących CNIM S.A. były poświadczone przez osoby upoważnione przez CNIM S.A. (w szczególności s. 463, 473, 479, 483, 489, 495, 503, 509, 513-514, 523-525, 531, 537, 541-543, 549, 553, 559-561, 565, wniosku Dalveo).

Reasumując zarzuty dotyczące rzekomego spełnienia przez Dalveo warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, podtrzymał, że Dalveo, otrzymując maksymalną ilość punktów przewidzianych ogłoszeniem, otrzymała zawyżoną ocenę, co naruszyło przewołane w odwołaniu przepisy prawa. Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wezwania Dalveo do przedłożenia dokumentów wykazujących umocowanie wszystkich podmiotów trzecich używających swoich zasobów na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp, a które złożyły we wniosku oświadczenia (zobowiązania) w tym zakresie.

Jednocześnie przypominał, że przytoczone wady i braki rozciągają się na cały warunek udziału w postępowaniu. Dalveo w opinii odwołującego nie zdołało sięgnąć nawet do pułapu minimalnego w zakresie wiedzy i doświadczenia, przez dokonaną punktację tym samym zamawiający naruszył dodatkowo art. 60d ust. 1 -3 Pzp, art. art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, art. 22. ust. 1 pkt 2 Pzp, art 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o PPP, a jego ocena wniosku Dalveo nie powinna się ostać.

Zarzuty wobec wniosku ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, (poz. 6.)

Brak wykazania, że podmioty trzecie posiadają stosowną wiedzę i doświadczenie

Wykonawca ITPOK Wrocław, sklasyfikowany został na 6 pozycji (50 punktów), w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przedłożył wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykazy wykonanych (lub w przypadku usług nadal wykonywanych) usług (Załącznik nr 4 do wniosku ITPOK Wrocław) oraz robót budowlanych (Załącznik nr 5 do wniosku ITPOK Wrocław).



W wykazie usług zawarto 9 projektów polegających na zarządzaniu spalarnią odpadów, natomiast w wykazie robót budowlanych - 13 projektów polegających na zaprojektowaniu i wykonaniu robót budowlanych w zakresie budowy/przebudowy spalarni odpadów. Żaden z projektów umieszczonych w wykazach nie został zrealizowany przez ITPOK Wrocław. Do wniosku ITPOK Wrocław załączono zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp:

- 1) POSCO ENGINEERING & CONSTRUCTION CO. Ltd z siedzibą w Pohang, Korea Południowa (dalej: „POSCO”) - projektowanie i wykonanie robót budowlanych w zakresie budowy lub przebudowy spalarni odpadów (dodatkowo zobowiązanie tego podmiotu obejmuje również udostępnienie zasobów finansowych);
- 2) Keppel Seghers Belgium NV z siedzibą w Willebroek, Belgia (dalej: "Keppel Belgium") - projektowanie i wykonanie robót budowlanych w zakresie budowy lub przebudowy spalarni odpadów;
- 3) REMONDIS Łódź Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej: „REMONDIS”) - projektowanie i wykonanie robót budowlanych w zakresie budowy lub przebudowy spalarni odpadów oraz zarządzanie spalarnią odpadów.

Z treści wniosku ITPOK Wrocław wynika, że projekty wskazane w wykazie usług zrealizowały lub nadal realizują następujące podmioty:

- 1) Bremerhavener Entsorgungsgesellschaft GmbH z siedzibą w Bremerhaven, Niemcy (dalej: „Bremerhavener”) - spalarnia w Bremerhaven (pozycja 1 wykazu usług);
- 2) GMVA Niederrhein GmbH z siedzibą w Oberhausen, Niemcy (dalej: „GMVA Niederrhein”) - spalarnia w Oberhausen (poz. 2);
- 3) AVG Koln mbH z siedzibą w Kolonii, Niemcy (dalej: „AVG Koln”) - spalarnia w Kolonii (poz. 3);
- 4) Mullverbrennung Kiel GmbH & CO KG (MVK) z siedzibą w Kiel, Niemcy (dalej: „Mullverbrennung”) - spalarnia w Kiel (poz. 4);
- 5) REMONDIS Thermische Abfallverwertung GmbH z siedzibą w Stasfurt, Niemcy (dalej: „REMONDIS Thermische”) - spalarnia w Stasfurt (poz. 5);
- 6) MHKW Frankfurt am Main GmbH z siedzibą we Frankfurcie (dalej: „MHKW Frankfurt”) - spalarnia we Frankfurcie (poz. 6);
- 7) Abfallverbrennungs-und Biokompost-Gessellschaft mbH -AVBKG z siedzibą w Kummerfeld, Niemcy (dalej: „AVBGK”) - spalarnia w Kummerfeld (poz. 7);
- 8) Entsorgungsgesellschaft Mainz mbH z siedzibą w Mainz, Niemcy (dalej: „E. Mainz”) - spalarnia w Mainz (poz. 8);
- 9) ARN.bv z siedzibą w Weurt, Holandia (dalej: „ARN”) - spalarnia w Weurt (poz. 9).

Z kolei projekty wskazane w wykazie robót budowlanych zostały wykonane przez:

- 1) Keppel Seghers Engineering Singapore Pte Ltd z siedzibą w Singapurze (dalej: "Keppel Singapore") - spalarnia w Doha (pozycja 1 w wykazie robót budowlanych);
- 2) AE&E Inova GmbH z siedzibą w Kolonii, Niemcy (dalej: „AE&E Inova”) - spalarnie w Mannheim (poz. 2), Knapsack (poz. 3), Leuna (poz. 4);
- 3) Alstom Power Conversion GmbH z siedzibą w Kolonii, Niemcy (dalej: „Alstom Power”) - dwie linie (1-2 oraz 3-4) w spalarni w Magdeburgu (poz. 5 i 6), Hanowerze (poz. 7);
- 4) E. Mainz - spalarnia w Mainz (poz. 8);
- 5) GMVA Niederrhein - spalarnia w Niederrhein (poz. 9);
- 6) REMONDIS Thermische-spalarnia w Stasfurt (poz. 10);
- 7) POSCO - spalarnie w Goyang (poz. 11) i Yangsan (poz. 12);
- 8) Namguk General Construction Co., Ltd z siedzibą w Ulsan, Korea Południowa (dalej: "Namguk") - spalarnia w Ulsan (poz. 13).

Zobowiązanie Keppel Belgium jako podmiotu trzeciego.

Do wniosku ITPOK Wrocław dołączono zobowiązanie Keppel Belgium złożone w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia. Jednocześnie, Keppel Belgium nie zrealizowało żadnego projektu spośród tych wskazanych w wykazie robót. Do wniosku ITPOK Wrocław załączono natomiast zobowiązania Keppel Singapore oraz Keppel Seghers GmbH z siedzibą w Langenfeld, Niemcy (dalej: „Keppel Niemcy”) do udostępnienia zasobów na rzecz Keppel Belgium. Keppel Singapore zrealizowało jeden z projektów umieszczonych w wykazie robót budowlanych (poz. 1). Brak przedłożenia zobowiązania Keppel Singapore do udostępnienia zasobów na rzecz ITPOK Wrocław jest równoznaczny z tym, że podmiot ten występuje jako „dalszy podmiot trzeci”, co nie spełnia wymogów art.48 Dyrektywy klasycznej oraz art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W tym zakresie aktualna pozostaje argumentacja przedstawiona wyżej niniejszego odwołania. Pismem z dnia 18 listopada 2014 r. zamawiający wezwał ITPOK Wrocław do uzupełnienia dokumentów wykazujących, że ITPOK Wrocław będzie dysponował zasobami Keppel Singapore. Wezwanie to pokazuje również nierówne traktowanie wykonawców naruszające art. 7 Pzp, jak stwierdził odwołujący, gdyż w przypadku innych podmiotów, które złożyły wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamawiający nie wzywał ich do przedłożenia zobowiązania (bądź innego dowodu) dot. udostępnienia zasobów na ich rzecz przez podmioty bezpośrednio te zasoby użyczające, zadowolając się pośrednim udostępnieniem takich zasobów. W odpowiedzi na wezwanie ITPOK Wrocław wraz z pismem z dnia 26 listopada 2014 r. - przedłożył pisemne zobowiązanie Keppel Singapore do udostępnienia zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp na rzecz ITPOK Wrocław.

W odniesieniu do Keppel Niemcy również nie przedłożono zobowiązania tego podmiotu do udostępnienia zasobów w trybie art, 26 ust. 2b ustawy Pzp na rzecz ITPOK Wrocław, a jedynie na rzecz Keppel Belgium, W rezultacie również w tym zakresie należy mówić o „kaskadowej” strukturze udostępnienia zasobów, nie odpowiadającej wymogom Dyrektywy klasycznej oraz ustawy Pzp. Nie sposób, zatem przyjąć realnego udostępnienia zasobów przez Keppel Belgium na rzecz ITPOK Wrocław. Jednocześnie wzbudzało wątpliwości odwołującego, czy Keppel Niemcy może powoływać się na doświadczenie zdobyte przez spółki AE&E Inova (pozycje 2-4 wykazu robót budowlanych) oraz Alstom Power (poz. 5-7 wykazu robót budowlanych). Na dowód powyższego, do wniosku ITPOK Wrocław dołączono kopię umowy, z której nie wynika jednak, czy Keppel Seghers może powoływać się na doświadczenie zdobyte przez AE&E Inova. Ponadto przedłożone do wniosku ITPOK Wrocław dokumenty nie potwierdzają, że doświadczenie spółki AE&E Inova obejmuje również projekty zrealizowane przez Alstom Power, bowiem wynika z nich, że spółka AE&E Inova nabyła jedynie 1 dział o nazwie „Industrial Boilers und Plants” (IBP) należący do Alstom Power.

Zobowiązanie Remondis jako podmiotu trzeciego.

Za okoliczność bezsporną odwołujący przyjął, że Remondis nie wykonał żadnego zamówienia wskazanego w wykazie usług oraz robót budowlanych. Do wniosku ITPOK Wrocław dołączono porozumienia zawarte przez Remondis ze spółkami z grupy kapitałowej Remondis, na mocy których ww. spółki zobowiązały się do udostępnienia zasobów na rzecz Remondis. Również w tym zakresie przyjęto zatem „stopniowaną” strukturę udostępniania zasobów, która zgodnie z orzecznictwem KIO jest niedopuszczalna, jak opisał powyżej.

W świetle powyższego poprzez dokonaną ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu i przyznawania punktów wnioskowi w ramach dodatkowej kwalifikacji określonej w sekcji IV. 1.2) ogłoszenia o zamówieniu zamawiający nie mógł przyjąć, że ITPOK Wrocław w ogóle spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący usługi zarządzania spalarnią (wszystkie wykazane w tym zakresie projekty odnoszą się do zasobów podmiotów dalszych, a nie podmiotów bezpośrednio użyczających zasoby na rzecz ITPOK Wrocław), zaś w odniesieniu do wykazania warunku dot. budowy/przebudowy spalarni zdecydowana większość projektów również odnosi się do tak (pośrednio) użyczonych zasobów. W sposób zatem niezasadny ITPOK Wrocław otrzymał 50 punktów, a czynność badania i oceny tego wniosku powinna zostać unieważniona i powtórzona.

Inne uchybienia.

Jeden z projektów umieszczonych w wykazie robót budowlanych, tj. zaprojektowanie i budowa spalarni w Yangsan (Korea Południowa) wykonane przez podmiot trzeci (POSCO),

nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, ponieważ jego wydajność (66.000 Mg/rok) jest niższa niż wymagana przez zamawiającego (80.000 Mg/rok). W świetle powyższego ITPOK Wrocław nie powinien otrzymać za ten projekt dodatkowego punktu. Odwołujący stwierdził, że nie ma wiedzy na temat tego, czy zamawiający w istocie nie przyznał punktu za ten projekt, dlatego z ostrożności podnosił niniejszy zarzut.

Zdaniem odwołującego zamawiający bezpodstawnie zaniechał również wezwania IPOTK Wrocław do wyjaśnienia i uzupełnienia wniosku w trybie art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp w zakresie dokumentów przedstawionych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia - niektóre kopie dowodów należytego wykonania robót budowlanych/usługi zarządzania nie zostały poświadczane za zgodność z oryginałem, co narusza wprost przepisy § 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów... w związku z art. 26 ust. 2b Pzp. Również niektóre tłumaczenia dokumentów obcojęzycznych nie zostały potwierdzone za zgodność, co stanowi naruszenie § 7 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Zarzut wadliwej klasyfikacji wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu.

Przede wszystkim odwołujący podkreślił, że zamawiający oświadczył w ogłoszeniu, że minimalna liczba wykonawców zaproszonych do składania ofert wyniesie pięciu. Formularz „unijnego” zaproszenia do dialogu konkurencyjnego wymaga od zamawiającego określenia przewidywalnej liczby minimalnej wykonawców oraz jeżeli to dotyczy - maksymalnej liczby wykonawców. W tym postępowaniu zamawiający wskazał, że pięciu wykonawców będzie liczbą minimalną, a liczba maksymalna jest nieograniczona. Nadto, zamawiający wskazał, że jeżeli liczba partnerów spełniających warunki udziału w postępowaniu przekroczy pięciu, to będzie kwalifikował partnerów prywatnych, którzy uzyskają największą liczbę punktów stosując kryterium największego doświadczenia (W punkcie IV. 1.2) 1 ogłoszenia). Partnerzy prywatni z największą uzyskaną liczbą punktów spełniający warunki udziału w postępowaniu, zostaną zaproszeni do dialogu (pkt IV. 1.2) pkt 4 ogłoszenia). Zamawiający dopuścił możliwość zaproszenia do dialogu większej liczby partnerów prywatnych niż przewidywana w ogłoszeniu, jeżeli partnerzy prywatni otrzymają tę samą liczbę punktów, co partner oceniony, jako piąty (pkt IV1.2) ppkt 4 ogłoszenia). Z zaprezentowanego brzmienia wynika, że zaproszenie będzie mogło otrzymać więcej niż pięciu partnerów prywatnych, pod warunkiem, że zajęli oni piąte miejsce *ex aequo*. Zamawiający w żaden sposób nie ograniczył tutaj liczby wykonawców, a więc mogło ich być sześciu, jak i dziesięciu. Jedynym wymogiem było to, aby przyznana im ilość punktów pozwalała zakwalifikować ich piątym miejscu *ex aequo*. Nie decydowała zdaniem odwołującego, zatem ilość wykonawców, ale kolejność w kwalifikacji od szeregu jednego do pięć. Tymczasem w niniejszym postępowaniu wystąpił wypadek odmienny Otóż w świetle

klasyfikacji zamawiającego dwóch wykonawców zakwalifikowało się na miejscu pierwszym, a drugiego miejsca nie zajął nikt. W świetle pisma zamawiającego z 9 grudnia 2014 r. najwyższą ilość punktów uzyskali Dalveo oraz SITA, następnie w kolejności był ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie, a po niej - NDI. Takie postępowanie odwołujący uznał za błędne, nieproporcjonalne, sprzeciwiające się wykorzystaniu przez zamawiającego uczciwej konkurencji w interesie publicznym oraz kolidujące ze sprawiedliwością proceduralną zamówień publicznych. Skoro, bowiem ogłoszenie dopuszczało do postępowania wykonawców więcej niż pięciu, gdyby ostatnie, piąte miejsce przypadło co najmniej dwóm podmiotom, to tym bardziej przypadek zwiększenia „kwalifikowanych” wykonawców powinien dotyczyć sytuacji, w której „remis” dotyczył najlepszej pozycji – jak utrzymywał odwołujący. Z ogłoszenia nie wynikało, że jeżeli dwóch wykonawców zajmie wspólnie pozycję numer jeden, to pozycja numer dwa lub jakakolwiek inna w przedziale od jeden do pięć zostanie przez zamawiającego „anulowana”. O tym, że wynik oceny zamawiającego należało ujmować w kategoriach nie ilości podmiotów, ale ilości pozycji zajmowanych przez wykonawców świadczy stanowisko samego zamawiającego. W informacji o wynikach oceny posługuję się on właśnie pojęciem „pozycja według punktacji”. W ocenie odwołującego brzmienie ogłoszenia nie pozwalało zamawiającemu pominąć żadnej pozycji. Podkreślił, że ustalony opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków, a także znaczenie tych warunków podane w ogłoszeniu muszą być rozumiane na tyle ściśle, że nie podlegają żadnej innej wykładni, oprócz literalnej (tak KIO np. w sprawie KIO 133/12).

W rezultacie podtrzymał, że nastąpiło wadliwe przyznanie pozycji według określonych przez zamawiającego reguł punktacji, co może mieć wpływ na wynik postępowania.

Zarzut naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Czysta Energia Gdańsk Sp. z o.o.- bezprawne odtajnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa; pozbawienie wykonawcy prawa do ochrony poufnych informacji.

W dniu 16 grudnia 2014 r. odwołujący powziął wiadomość o odtajnieniu przez zamawiającego tej części jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, który zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Działanie zamawiającego w tym zakresie przyjął za bezprawne, gdyż wniosek odwołującego w części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa zawiera dokumenty i informacje, które spełniają wszystkie przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa określone w art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o PPP, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub

wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Art. 8 ust. 3 Pzp implementuje w tym zakresie dyrektywy UE z zakresu zamówień publicznych. Powinien być zatem interpretowany zgodnie z dyrektywami, a jeżeli one poddane zostały interpretacji Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej - to zgodnie z tą interpretacją (por. w tej mierze m.in. Sąd Najwyższy w uchwale z 19 listopada 2010 r., III CZP 79/10, OSNC 2011, nr 4, poz. 41 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z 27 czerwca 2008 r., III CZP 25/08, OSNC 2009, nr 9, poz. 127). W świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego opiera się na zaufaniu między instytucjami zamawiającymi a wykonawcami. Ci ostatni powinni mieć możliwość przedkładania zamawiającym wszelkich danych użytecznych w ramach postępowania przetargowego, bez obawy, że instytucje te prześlą osobom trzecim informacje, których ujawnienie mogłoby przynieść wykonawcom szkody (wyrok TS z 14 lutego 2008 r. C - 450/06, pkt. 36). W reżimie art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ustalenia treści pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” dokonuje się zatem na gruncie przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z art. 11 ust. 4 tej ustawy wynika, że aby dana informacja mogła zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą wystąpić łącznie następujące przesłanki:

- określony charakter informacji - informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadać wartość gospodarczą,
- niejawnosć informacji - brak jej wcześniejszego ujawnienia do wiadomości publicznej, oraz podjęcie w stosunku do niej niezbędnych działań w celu zachowania poufności, a za takie uważa się w doktrynie w szczególności zastrzeżenie ich poufności zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp.

Według stanowiska Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów definicję tajemnicy przedsiębiorstwa należy interpretować szeroko i z dużą ostrożnością, a ponadto należy stosować do niej wykładnię rozszerzającą. Z przepisu art. 11 ust. 4 Uznk wynika także, że każda informacja, która ma jakkolwiek (niekoniecznie dużą) wartość gospodarczą może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile spełnione są dwie pozostałe przesłanki przewidziane w tym przepisie. W piśmiennictwie przeważa pogląd, iż pojęcie wartości gospodarczej należy interpretować liberalnie. Co istotne, zgodnie z orzecznictwem sądowym, informacja wchodzi w zakres pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta była zamawiającemu znana. Sama tajemnica nie traci swego charakteru poprzez to, że wie o niej pewien ograniczony krąg osób, w tym także niezależnych konkurentów.

Informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach zdaniem odwołującego spełniały wszystkie przesłanki wymagane dla uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 Uznk. Przede wszystkim, informacje zawarte w ww. dokumentach miały charakter organizacyjny przedsiębiorstwa oraz posiadały (i nadal posiadają) wartość gospodarczą. Zgodnie z wyrokiem Krajowej izby Odwoławczej („KIO”) z dnia 5 października 2012 r. o sygn. akt: KIO 1955/12; KIO 1956/12, KIO 1961/12 *„wszelkie dane odnoszące się do kontaktów handlowych, jak również powiązań biznesowych podmiotu mogą zostać uznane jako inne informacje posiadające wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 4 UZNK. Takie informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa niezależnie od okoliczności, czy są to realizacje własne podmiotu, czy też realizacje udostępnione na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp”*. Izba również podkreśliła, że nawet w przypadku, gdy *„w wykazie ujęto realizacje na rzecz podmiotów publicznych, lecz są one wykazane przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia na zasadach określonych przez art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby zobligował wykonawcę do zachowania ich poufności zasadne jest respektowanie tego zastrzeżenia zarówno przez wykonawcę, któremu zasoby udostępniono, jak również przez pozostałe podmioty, w tym zamawiającego. Podmiot ten, bowiem może mieć interes w zachowaniu poufności relacji biznesowych oraz zakresu współpracy”*. W wyroku z dnia 2 sierpnia 2013 r. o sygn. akt: KIO 1745/13, Izba uznała, że takimi informacjami zasadnie zastrzeżonymi mogą być *„np. nazwa określonego partnera handlowego, istotne postanowienia porozumień partnerskich, czy pewne dane stanowiące określoną - uprawdopodobnioną co najmniej - wartość gospodarczą dla danego wykonawcy”*. Z kolei w orzecznictwie sądów antymonopolowych przesądzono, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dane obrazujące źródła zaopatrzenia i zbytu (por. postanowienie Sądu Antymonopolowego z 15 maja 1996 r. XVII Amz 2/96, LEX 56437, postanowienie Sądu Antymonopolowego z 30 października 1996 r. XVII Amz 3/96, LEX 56452). Informacja w zakresie źródła pozyskania środków finansowych w wysokości 500.000.000, 000 PLN wraz z informacjami z banków, przedkładane na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu obrazuje możliwe źródło finansowania projektu. Co więcej, dane te są objęte tajemnicą bankową w państwie siedziby banku. Z kolei, informacja w zakresie podmiotu, który udostępnił swoje zasoby jest informacją na temat źródeł zaopatrzenia w wiedzę i doświadczenie na potrzeby tego zamówienia. Wyrok KIO z dnia 5.10.2012 r.; sygn. akt: KIO 1955/12; KIO 1956/12, KIO 1961/12. Takie dane podlegają ochronie, jako tajemnica przedsiębiorstwa, co zostało wprost potwierdzone między innymi w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 11 lutego 2014 r. KIO 126/14 KIO 153/14.

### **Stanowisko zamawiającego.**

Zamawiający odnosząc się merytorycznie do poszczególnych zarzutów odwołania podał uzasadnienie swoich czynności - stwierdzając, że ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. sp. k. udowodnił posiadanie zasobów EEW, którymi się posłużył. Zamówienia były realizowane przez EEW poprzez spółki zależne, a spółka matka posiada określone w wykazach doświadczenie spółek córek. Według zamawiającego - spółka matka skupia faktycznie doświadczenie spółek córek. Zamawiający przywołał orzecznictwo na poparcie swoich twierdzeń. Ponadto za znamienne uznał, że w zarządach wszystkich spółek zależnych EEW powtarza się kilka tych samych osób, co przemawia za powiązaniem tych spółek.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu w odniesieniu do sytuacji podmiotowej i zaistnienia podstaw do wykluczenia konsorcjum Astaldii. Uzasadnił sposób przyznania punktacji dla wniosku konsorcjum Astaldii.

Zamawiający uzasadnił przyznanie 80 pkt w ramach warunku wiedzy i doświadczenia NDI dot. usług zarządzania spalarnią.

Zamawiający uzasadnił ocenę i sposób przyznania punktów pozostałym kwestionowanym w odwołaniu wykonawcom, tj.: Dalveo; ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. we Wrocławiu.

### **Stanowisko przystępujących wykonawców**

Przystępujący po stronie zamawiającego wykonawcy wnosili o oddalenie odwołania i utrzymanie wyników oceny wniosków z dnia 9 grudnia 2014 r., gwarantujących im zaproszenie do udziału w dialogu konkurencyjnym.

Konsorcjum Astaldi, wykonawca Dalveo Poznań Sp. z o.o. przedstawili swoje stanowiska wobec rozpatrywanych zarzutów dotyczących ich sytuacji podmiotowej.

### **Izba zważyła, co następuje.**

Odwołujący kilkakrotnie stwierdził w odwołaniu, że nie ma wiedzy na temat tego, czy zamawiający w istocie przyznał/ lub nie przyznał punktów za oznaczony projekt lub usługę, dlatego bazując na własnych wnioskach, założeniach, hipotetycznych czynnościach zamawiającego - z ostrożności podnosił sformułowane wyżej zarzuty. Na rozprawie potwierdził, że otrzymał powiadomienie jak inni wykonawcy z 9 grudnia 2014r. o sumarycznych ocenach wniosków. Odwołujący podtrzymał, że informacja była na tyle ogólna, że nie wiedział, które projekty zostały policzone zarówno jemu jak i konkurencyjnym wykonawcom do ogólnej punktacji. W związku z czym, zarzuty odwołania sformułował w oparciu o domniemane założenia, albowiem dokumentacja poszczególnych wniosków była mu znana i znana były pytania do wykonawców i udzielone odpowiedzi. W oparciu o własne



ustalenia na podstawie tych dokumentów sformułował zarzuty. Podnosił, że informacje o ocenach szczegółowych uzyskał z odpowiedzi zamawiającego na odwołanie, w szczególności zawartych na str. 12 i 13. Na dzień, w którym upływał termin na złożenie odwołania na wyniki oceny - nie dysponował pełną informacją. O ile mógł „spekulować” jaką metodologię punktacji przyjął zamawiający w odniesieniu do wniosku odwołującego, to nie było to możliwe w odniesieniu do wszystkich skarżonych wykonawców.

Zindywidualizowane zarzuty wobec oceny punktowej wniosków konkurentów, aby mogły być skutecznie podnoszone muszą dotyczyć faktycznych czynności zamawiającego, a nie tylko domniemywanych przez wykonawcę - dlatego w kształcie, w jakim zostały przedstawione - nawet nie mogły podlegać indywidualnemu rozpoznaniu, tak od strony zawartości merytorycznej dokumentów wniosków, jak i strony formalnej tych dokumentów, które zamawiający przyjął za podstawę swoich ocen.

Ustawodawca przewidział łączne rozpoznawanie odwołań, aby w odniesieniu do tego samego postępowania przetargowego zapadały w tych sprawach odwoławczych spójne rozstrzygnięcia. Uwzględnieniu zatem musiały podlegać jednolicie zarzuty, że zamawiający w informacji o wynikach prekwalifikacji, podał jedynie ilość punktów przyznanych poszczególnym wnioskom nie uzasadniając w żaden sposób swej decyzji. Taki sposób informacji należy uznać za wadliwy, bowiem uniemożliwia wykonawcom zweryfikowanie poprawności czynności przeprowadzonych przez zamawiającego, naruszając tym samym zasadę przejrzystości, będącą jedną z podstawowych zasad postępowania. Treść zawiadomienia o wynikach kwalifikacji nie zawiera szczegółowych informacji w zakresie tego, które z wykazanych przez wykonawców w treści wniosku robót, a także usług zamawiający uznał za spełniające warunki minimalne, a które odniósł do oceny stopnia spełniania warunków udziału, jak również tego, którym odmówił przyznania punktów z uwagi, iż w jego ocenie nie spełniły wymagań zawartych w treści ogłoszenia o zamówieniu, lub zostały przedstawione w niewłaściwej formie.

Dopiero w odpowiedzi na odwołanie znalazło się stanowisko zamawiającego w tej kwestii. Uzasadnienie dla uwzględnienia tego zarzutu i zarzutów dotyczących wadliwej oceny wniosków, Izba mając na względzie także inne uchybienia proceduralne, których dopuścił się zamawiający podała w uzasadnieniu wyroku, sygn. akt KIO 2708/14, a także pozostaje ono zbieżne z treścią rozstrzygnięcia w sprawie sygn. akt KIO 2708/14 oraz w sprawie sygn. akt KIO/ 2717/14, w tym zakresie stanowiąc jego integralną część.

Z powyższych względów odwołanie zostało uwzględnione i nakazano zamawiającemu unieważnienie przeprowadzonej oceny i ponowienie czynności oceny wniosków zgodnie ze wskazaniem sentencji wyroku. W sytuacji braku dostatecznego

uzasadnienia podjętych przez zamawiającego czynności, Izba nie ma podstaw do rozpatrywania zarzutów merytorycznych odnośnie przyznanej poszczególnym wnioskom punktacji, w wyznaczonym kryterium wiedzy i doświadczenia, gdyż wprost wynika ze stanowiska odwołującego, że z braku dokładnych informacji odnośnie procesu weryfikacji wniosków zastosowanego przez zamawiającego, zostały one oparte jedynie na domniemaniach odwołującego i dlatego na obecnym etapie postępowania nie mogły być objęte oceną Izby, gdyż izba może się jedynie odnosić do zaskarżonych faktycznych czynności zamawiającego.

Izba w całej rozciągłości opowiada się za poglądem, że zamawiający jest obowiązany każdorazowo do przekazania motywów swej decyzji pod rygorem nie rozpoczęcia biegu na wniesienie środka odwoławczego. Z powyższych względów po zapoznaniu się z wynikami ponownej oceny wniosków i jej należytych uzasadnieniem odwołujący będzie uprawniony do wniesienia odwołania z zachowaniem terminu ustawowego, chociażby podnosił identyczne zarzuty, jeżeli uzna ponowione czynności zamawiającego w dalszym ciągu za wadliwe i naruszające przepisy ustawy Pzp.

Zgodnie z podanym wcześniej stanowiskiem w uzasadnieniu wyroku, w sprawie sygn. akt KIO 2717/14, Izba podała rozpatrzeniu zarzuty dotyczące sytuacji podmiotowej oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomiczno-finansowej, w tym: zarzuty wobec wniosku konsorcjum Astaldi (poz. 5), że zamawiający pominął brak wykonania przez Astaldi wezwania do uzupełnienia dokumentów w zakresie niekaralności członków organu zarządzającego spółki TIRU, pełniących taką funkcję.

W odniesieniu do członka konsorcjum Astaldi - spółki TIRU S.A. zostały przedłożone dokumenty o niekaralności dotyczące dwóch następujących osób:

1. L. M. – Za-ca Dyrektora Głównego
2. M. M. - Dyrektor Główny

- są to odpowiednio „Poświadczenie nr 3” na s. 271-272, „Poświadczenie nr 3 na s. 273-274 oraz dwa oświadczenia ww. osób złożone przed notariuszem (s. 275 - 276).

Ww. osoby są ujawnione w dokumencie rejestrowym TIRU S.A. - „Wyciągu Kbis” (s. 249 - 265 wniosku) w rubryce „Zarządzanie, dyrekcja, administracja, kontrola” (tłumaczenie na s. 253). W rubryce tej ujawnionych jest kilkanaście innych osób prawnych i fizycznych, w tym - jako pierwszy wpis w tej rubryce figuruje p. J. F. jako Prezes Rady (Zarządu w tłumaczeniu).

Na stronach 259-260 i 263-264 wniosku konsorcjum Astaldi znajduje się tłumaczenie wyciągów z protokołu posiedzeń zarządu TIRU S.A., że osoby te będą reprezentować spółkę w jej relacjach z osobami trzecimi. Panu J. F., jako Prezesowi Rady Administracyjnej

w dokumentach tych przypisano tylko funkcję administratora, obok innych osób i firm, przedstawicieli załogi, wymienionych jako administratorzy.

Pismem z dnia 18 listopada 2014 r. (pkt 3) zamawiający wezwał konsorcjum Astaldi do uzupełnienia wniosku o dokumenty dotyczące niekaralności osób wchodzących w skład Rady Administracyjnej spółki TIRU S.A, z tym zastrzeżeniem, że dotyczy to tylko przypadku, gdy te inne osoby (poza L. M. i M. M.) są uprawnione do reprezentacji spółki TIRU S.A.

Z przedstawionego przez konsorcjum Astaldi pisma z dnia 27 listopada 2014r. stanowiącego jego wyjaśnienia, wynika iż „p. M. M. i M. L. pełnią funkcję odpowiadającą polskiemu rozumieniu pojęcia zarządu spółki i jej reprezentowania bez ograniczeń wobec osób trzecich”. Wynika to z udzielonych tym osobom odrębnych pełnomocnictw.

Zdaniem Izby, wyjaśnienie to było wystarczające, co potwierdza dokumentacja wniosku, gdyż pozostali członkowie Rady Administracyjnej, w tym oznaczone firmy, pełnią w niej funkcje rewizyjne, pomocnicze i nadzorcze, wspierając zarząd w jego działalności. Pan J. F., jako Prezes, pełni funkcję administratora, a nie Dyrektora Zarządzającego. W konsekwencji, nie przedłożenie przez konsorcjum Astaldi dokumentów dotyczących niekaralności „co najmniej p. J. F.” było zasadne, a zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia konsorcjum Astaldi z tej przyczyny. Zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z art. 26 ust. 3 Pzp nie znalazły potwierdzenia i nie zostały przez odwołującego wykazane. Przystępujący konsorcjum Astaldi dostosowało się do wezwania zamawiającego, które miało charakter warunkowy złożenia dodatkowych dokumentów, jedynie wówczas, gdy oprócz wskazanych dyrektorów spółki TIRU S.A. - inne osoby byłyby umocowane do jej reprezentowania.

Odwołujący zarzucał, że konsorcjum Astaldi złożyło uzupełnienie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w formie faksu, a nie pisemnie. Tymczasem wyjaśnienie lub uzupełnienie pisma powinno przyjąć taką formę, jaka jest przewidziana dla dokumentu źródłowego, tj. wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a zamawiający nie powinien przyjąć uzupełnienia i wyjaśnienia wniosku wniesionego w tej formie. Zarzut podlegał rozpatrzeniu w takim zakresie, że jako załącznik do przedmiotowych wyjaśnień przedłożono m.in.: potwierdzenie pełnomocnictwa dla p. C. B. przez p. P. Astaldi – które zdaniem odwołującego powinno przyjąć formę przewidzianą dla samego pełnomocnictwa, tj. formę pisemną w oryginale (pkt VI.3 ppkt 3 i 4 ogłoszenia o zamówieniu).

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia powyższego zarzutu, gdyż rozporządzenie z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) w § 7 ust. 2 wprost dopuszcza składanie dokumentów w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, w tym pełnomocnictw. Odwołujący nie zapoznał

się w pełni z treścią ogłoszenia. Zamawiający jednoznacznie wskazał w sekcji VI.3) pkt 3 ogłoszenia, że w przypadku, gdy partnera prywatnego reprezentuje pełnomocnik do wniosku należy dołączyć pełnomocnictwo w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, w tym przez partnera prywatnego, inaczej mówiąc wykonawcę. Odnosi się to także do innych pełnomocnictw. Forma pisemna jest wymagana przy podpisaniu wniosku. Inne załączniki, jak wynika z dyspozycji zamawiającego w ogłoszeniu przedmiotowego postępowania mogą przybrać postać kopii.

Zgodnie z § 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku innych podmiotów, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty.

W przypadku uczestników konsorcjum, sposób poświadczania dokumentów może wynikać z pełnomocnictwa, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy Pzp - wymagającego złożenia pełnomocnictwa konsorcjalnego i oznaczenia jego zakresu. Odwołujący nie zarzucał, że wymienione pełnomocnictwo nie obejmuje umocowania lidera w tym zakresie do poświadczania kopii dokumentów załączonych do wniosku, w tym kopii dokumentów TIRU oraz TM.E. za zgodność z oryginałem przez p. M. G., reprezentującego spółkę Astaldi S.p.A. (lidera konsorcjum).

Postępowanie dowodowe wykazało ponadto, że oprócz przesłania faksem, przystępujący wysłał wymienione dokumenty w formie oryginalnej za pośrednictwem poczty kurierskiej, a zamawiający potwierdził, że przesyłkę tę otrzymał.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego wykluczenia konsorcjum Astaldi z wskazywanych wyżej przyczyn i naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Zarzuty zaniechania wykluczenia wykonawcy Astaldi z uwagi na niewykazanie braku podstaw do wykluczenia z uwagi na charakter przedłożonego dokumentu potwierdzającego, że nie otwarto jej likwidacji.

Zdaniem odwołującego zamawiający bezprawnie zaniechał wezwania do uzupełnienia i wyjaśnienia, na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp wniosku konsorcjum Astaldi w następującym zakresie:

- Spółka Astaldi S.p.A. nie przedłożyła dokumentu potwierdzającego, że nie otwarto jej likwidacji (zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie rodzajów

dokumentów...). Według odwołującego, jedyna wzmianka w tym zakresie znajduje się w uwadze tłumacza na str. 140 wniosku, nie posiadając żadnej doniosłości prawnej.

- Spółka TM.E S.p.A nie przedłożyła dokumentu potwierdzającego, że nie ogłoszono jej upadłości, (zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów).

- Spółka TIRU S.A. nie przedłożyła oficjalnego dokumentu potwierdzającego, że nie otwarto jej likwidacji ani nie ogłoszono upadłości oraz, że nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskała przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, (zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów...).

Zaświadczenie ze str. 265 i nast. wniosku potwierdza brak zaległości w zakresie danych podatków na dzień 31.12.2013., co nie spełnia wymogu aktualności zgodnie z § 4 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Analogiczna sytuacja dotyczy zaświadczenia o płatności składek społecznych (str. 267 i nast. wniosku).

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia powyższych zarzutów, gdyż rozporządzenie z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) mówi wyłącznie o dokumencie – bez jego ścisłego oznaczenia.

Zarzut, że nie przedłożono „oficjalnego dokumentu” potwierdzającego, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości spółek konsorcjum Astaldi nie mógł się ostać, skoro do wniosku takie dokumenty zostały dołączone (strony 76-140) Zaświadczenie Izby Handlowej w Rzymie prowadzącej Rejestr Przedsiębiorców, z przypisem tłumacza, że w odnośnej rubryce formularza brak wzmianki o zakończonej lub trwającej likwidacji.

Analogiczne dokumenty wystawione przez Izbę Handlową w Mediolanie dotyczące spółki TM.E S.p.A. załączone zostały od str. 209 wniosku.

Dla uczestnika konsorcjum firmy TIRU S.A. na stronie 249-256 przedstawiono wyciąg z wpisu do rejestru handlowego oraz spółek. Przedstawiono oświadczenie (str. 275-277) p. M. M. i p. M. L. pełniących funkcję zarządu spółki, złożone przed notariuszem, że nie została otwarta likwidacja, ani nie ogłoszono upadłości spółki TIRU.

Dodatkowo przystępujący konsorcjum Astaldi wyjaśniło i udokumentowało na rozprawie, że w samej treści dokumentów rejestrowych wniosku - zarówno spółki Astaldi, jak i TM.E zamieszczony jest zapis o braku wszczęcia procedur naprawczych upadłościowych, układowych i likwidacyjnych, zatem nawet uwaga tłumacza była bezprzedmiotowa.

Czynności zamawiającego w odniesieniu do oceny w powyższym zakresie wniosku konsorcjum Astaldi należało uznać za prawidłowe. Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Zaświadczenie ze str. 265 i nast. wniosku potwierdza brak zaległości TIRU w zakresie danych podatków na dzień 31.12.2013 r., zgodnie z systemami ewidencyjnymi tych danych, obowiązującymi w danym państwie, np. Republice Włoskiej, czy Republice Francuskiej. Analogiczna sytuacja dotyczy zaświadczenia o płatności składek społecznych (str. 267 i nast. wniosku). Zarzut nie znalazł potwierdzenia, zaświadczenia uwzględniając datę ich wystawienia (nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków), spełniają wymogi rozporządzenia w sprawie dokumentów określone w § 3 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz świadczą o aktualności tych dokumentów.

Przepisy powołanego wyżej rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów mówią o zaświadczeniu o niezaleganiu z opłacaniem podatków i składek na ubezpieczenia społeczne, wystawionych w określonym czasie, nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania wniosków. Odwołujący nie podnosił zarzutu, że dokumenty nie są opatrzone odpowiednią datą z uwagi na dzień ich wystawienia. Uczestnik konsorcjum spółka TIRU S.A. przedłożyła stosowne oświadczenia, w tym dotyczące braku upadłości i likwidacji podmiotu - złożone przez zarząd przed notariuszem.

Odwołujący zarzucał sprzeczność pomiędzy wyjaśnieniami w kwestii przynależności do grupy kapitałowej a dokumentami dołączony mi do wniosku.

Zamawiający powziął wątpliwości co do listy podmiotów z grupy kapitałowej TIRU S.A. w zakresie powiązań z Dalveo Poznań Sp. z o.o. i pismem z dnia 18 listopada 2014 r. (pkt 2) wezwał konsorcjum Astaldi do wyjaśnień charakteru powiązań. Wykonawca wyjaśnił, że TIRU S.A. należy do grupy kapitałowej EDF, natomiast Dalveo do Veolia, w związku z czym nie ma między tymi spółkami powiązań, które mogłyby zachwiać konkurencyjnością przedmiotowego postępowania.

W ocenie Izby, na str. 8-16 wniosku konsorcjum Astaldi przedstawiło w całości skład grup kapitałowych uczestników konsorcjum zgodnie z art. 26 ust. 2d Pzp oraz udzieliło wyjaśnień o jakich stanowi art. 24b ust. 1 ustawy Pzp dotyczących charakteru powiązań istniejących między tymi przedsiębiorcami, tj. TIRU S.A. z grupy kapitałowej EDF, natomiast Dalveo z grupy Veolia, pokazując ich schemat oraz udziały kapitałowe.

W świetle tych wyjaśnień zamawiający był uprawniony, aby przyjąć, iż charakter tych powiązań między firmami z grup kapitałowych wykonawców, którzy ubiegają się o przedmiotowe zamówienie nie prowadzi do zachwiania uczciwej konkurencji w postępowaniu, o czym z kolei mowa jest w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp i art. 24b ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Wyjaśnienie nie stoi w sprzeczności z dokumentem ze str. 14 wniosku, gdzie Veolia Proprete została wskazana jak podmiot należący do tej samej grupy kapitałowej co TIRU S.A., gdyż dotyczy charakteru powiązań, którym mówi art. 24b ust. 1 ustawy Pzp, do których wyjaśnienia właśnie konsorcjum Astaldi było wzywane - wobec tego, że ujawniło skład grupy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp i art. 24b ust. 3 ustawy Pzp nie podlegał uwzględnieniu.

Zarzuty niewykazania braku podstaw do wykluczenia przez konsorcjum Astaldi, przedstawione jak wyżej, nie znalazły potwierdzenia.

Zarzut w odniesieniu do wniosku wykonawcy ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. – braku podstaw do uznania, że wykonawca wykazał spełnienie minimalnych warunków udziału w postępowaniu, odwołujący wywodził z faktu, że wykonawca ten otrzymał maksymalną punktację 100, co wskazuje, że punkty otrzymał każdy z przedstawionych we wniosku projektów, zarówno z zakresu usług zarządzania spalarnią, jak i projektów dotyczących robót budowlanych, a ponadto dowolną usługę lub robotę budowlaną zamawiający w tych okolicznościach zaliczył wykonawcy ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. na poczet wykazania braku podstaw do wykluczenia w odniesieniu do wykazania niezbędnego do dopuszczenia do udziału w postępowaniu minimalnego zakresu wiedzy i doświadczenia (1 robota i 1 usługa).

Zamawiający nie wskazał nawet na rozprawie, którą konkretnie usługę oraz robotę budowlaną zaliczył na poczet spełnienia wymogów minimalnych, gwarantujących sam udział w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia. Okolicznością bezsporną pozostawało, że wykonawca ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. był wzywany do uzupełnienia dokumentów w odniesieniu do wszystkich pozycji złożonych wykazów, a więc i do tych pozycji, które zaliczono na poczet spełnienia wymagań minimalnych, gdyż w całości zasób został udostępniony na rzecz ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. przez podmiot trzeci, a ponadto miał on charakter jednorodny ( z udziałem tych samych podmiotów zewnętrznych).

Przystępujący ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. wyjaśniał, że wszystkie ujęte w jego wykazach roboty i usługi referencyjne zostały udostępnione w sposób pośredni. Charakter udostępnienia można uznać, że jest taki sam we wszystkich przypadkach. Polega na tym, że spółka, która posiadała rzeczywiste doświadczenie w realizacji projektu lub usługi (była jego bezpośrednim wykonawcą) zobowiązała się do udostępnienia w tym zakresie na rzecz spółki EEW Niemcy z siedzibą w Helmstedt swoich zasobów. W oparciu o okazaną dokumentację wniosku na str. 55-57 przystępujący ITPOK wyjaśniał, iż porozumienie, jakie załączył należy rozumieć w ten sposób, że EEW Niemcy z siedzibą w Helmstedt udostępniło swoje zasoby uznając za to realizacje przedstawione w wykazie usług i robót wykonane przez inne

podmioty, które przystępujący określał, jako spółki zależne z tej grupy kapitałowej, gdzie wymienia się je pod nazwą EEW, EBS, GAB, SIDOR, MHKW, MVA, EVS, MKWK, Enertec. Udostępnienie tych właśnie zasobów przez EEW Niemcy nastąpiło na rzecz EEW Polska w sposób podany w pkt 1.1 i 1.2. i w pkt 1.4 tego porozumienia. EEW na mocy niniejszego porozumienia wyraża zgodę, aby zasoby, o których mowa w pkt 1.1 EEW Polska udostępniło w rozumieniu art. 26 ustęp 2b Pzp partnerowi prywatnemu czyli ITPOK Sp. z o.o. Sp. k. i w pkt 1.5 EEW Polska na mocy niniejszego porozumienia zobowiązuje się na każde pisemne żądanie partnera prywatnego niezwłocznie oddać mu do dyspozycji w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp cały potencjał techniczny, wiedzę i doświadczenie związane z realizacją zamówień publicznych. Przystępujący wyjaśniał, że może zażądać udostępnienia zasobów zarówno od EEW Polska jak i od EEW Niemcy ponieważ jest jeszcze drugi rodzaj udostępnienia, który uzupełnił na wezwanie zamawiającego dnia 26 listopada 2014r. Z tego porozumienia wynika z kolei, że te same realizacje wykonane przez podmioty trzecie - EEW Niemcy z siedzibą w Helmstedt zobowiązały się na każde pisemne żądanie partnera prywatnego, inaczej mówiąc na rzecz ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. sp. k. - od dnia zawarcia umowy przez EEW w sprawie udostępnienia zasobów ze spółką zależną EEW Niemcy oddać do dyspozycji partnera prywatnego zasoby, które EEW uzyska od właściwych spółek zależnych EEW. ITPOK załączył do obydwu porozumień odrębne porozumienia w sprawie udostępnienia zasobów technicznych pomiędzy oznaczonymi spółkami, a EEW Niemcy odnośnie udostępnienia przez te spółki (wykonawców bezpośrednich) na rzecz EEW Niemcy potencjału technicznego, wiedzy i doświadczenia i w oparciu, o które ITPOK sporządził swoje wykazy, które załączył do wniosku. W tym porozumieniu wykonawca bezpośredni wyraził zgodę, aby przynależne mu zasoby EEW Niemcy udostępniły na podstawie art. 26 ustęp 2b partnerowi prywatnemu - ITPOK.

Wskazano, że EEW będzie uprawnione do wykorzystania zasobów, o których mowa w pkt 1.1 powyżej w pełnym zakresie, według uznania EEW, w taki sposób, iż EEW będzie mogła wykorzystywać podczas realizacji przedsięwzięcia umiejętności, know-how, wiedzę techniczną, wiedzę branżową, wiedzę z zakresu project management oraz doświadczenia zawodowe osób uczestniczących w realizacji zamówień. Ponadto EEW będzie mogło korzystać z udostępnionych przez EEW, a związanych z realizacją zamówień urządzeń, technologii, danych statystycznych, patentów, projektów budowlanych, projektów wykonawczych oraz szczegółowych rozwiązań organizacyjnych umożliwiających: (i) projektowanie spalarni zgodnie z zasadami branżowej sztuki projektowej, (ii) pozyskanie pozwoleń administracyjnych na potrzeby budowy spalarni, (iii) budowę spalarni zgodnie z najlepszą praktyką budowlaną, (iv) fachowe dokonywanie odbiorów robót oraz (v) efektywne



zarządzanie działalnością operacyjną spalarni zgodnie z najlepszymi praktykami branżowymi.

Zarzut powyższy Izba uznała za zasadny. Nie wchodząc w ocenę możliwości pośredniego, czy też bezpośredniego udostępnienia zasobów, przy zarzucie odwołującego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - zaniechania wykluczenia wykonawcy ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia - zdaniem Izby, sam zakres tych zasobów i deklarowany udział podmiotu udostępniającego jest niewystarczający do przyjęcia spełnienia przez ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. minimalnych warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Izba uznaje, że odnośne przepisy art. 48 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi zostały prawidłowo implementowane w ustawie Prawo zamówień publicznych i jej przepisach wykonawczych, które zatem stanowią bezpośrednią podstawę prawną dla czynności zamawiającego i ich weryfikacji przez Izbę w toku rozpatrywania odwołań, z uwzględnieniem wiążących wymogów ogłoszenia.

Zamawiający w warunkach ogłoszenia podał, że w zakresie wykazania spełnienia warunków minimalnych w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia wymaga: w zakresie wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału Sekcja III.2.3 pkt 5 ogłoszenia - Partner prywatny może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Partner prywatny w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. 6. Jeżeli partner prywatny, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy partner prywatny będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący partnera prywatnego z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda dokumentów dotyczących w szczególności:

- 1) zakresu dostępnych partnerowi prywatnemu zasobów innego podmiotu;
- 2) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez partnera prywatnego, przy wykonywaniu zamówienia;

- 3) charakteru stosunku, jaki będzie łączył partnera prywatnego z innym podmiotem;
- 4) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Powyższa dyspozycja ogłoszenia jest dosłownym powtórzeniem regulacji § 1 ust. 6 rozporządzenie z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231).

W ocenie Izby warunki dotyczące zakresu dostępnych partnerowi prywatnemu, tj. ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. zasobów innego podmiotu - EEW Niemcy z siedzibą w Helmstedt mają charakter blankietowy - pasujący do każdego rodzaju zamówienia, niedostosowany do konkretnego charakteru niniejszego zamówienia. Sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez partnera prywatnego (wykonawcę), przy wykonywaniu zamówienia nie został sprecyzowany. Zdaniem Izby, z uwagi na złożony charakter tegoż przedsięwzięcia, co podkreślały zarówno strony, jak i przystępujący wykonawcy - właściwym sposobem wykorzystania obcych zasobów może być jedynie podwykonawstwo -przynajmniej w odniesieniu do robót budowlanych, które nie zostało w omawianych wyżej porozumieniach wprost przewidziane. W porozumieniach tych jest mowa o możliwości korzystania z udostępnionych przez EEW, a związanych z realizacją zamówień urzędzeń, technologii, danych statystycznych, patentów, projektów budowlanych, projektów wykonawczych oraz szczegółowych rozwiązań organizacyjnych umożliwiających: (iii) budowę spalarni zgodnie z najlepszą praktyką budowlaną, (iv) fachowe dokonywanie odbiorów robót, a więc nie został udostępniony potencjał związany z udziałem bezpośrednim podmiotu, tj. - wykonawcy projektów referencyjnych - przy realizacji przedmiotowego zamówienia.

Nie został też skonkretyzowany charakteru stosunku, jaki będzie łączył partnera prywatnego - ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. z innym podmiotem oraz rzeczywisty zakres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. W żadnym razie nie można stwierdzić z pewnością, iż będzie to stosunek prawny podwykonawstwa.

Sam zamawiający podnosił, że przepis art. 48 dyrektywy klasycznej nie określa dopuszczalnej struktury udostępnienia - nakazując uwzględnienie „stosownych sytuacji” oraz „przypadku konkretnego zamówienia”.

Przepisy przywoływanej dyrektywy, jak i art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dozwolają na zróżnicowany charakter prawnych powiązań między podmiotami udostępniającymi swój potencjał a wykonawcami, tyle że na etapie złożenia wniosków lub ofert, ta więź prawna - winna zostać sprecyzowana, a nie pozostawać otwarta, więc nie wiadomo jaka.

Przedłożone dokumenty przez ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. nie pozwalają na jednoznaczne ustalenie – jaki to będzie stosunek prawny, a zwłaszcza, czy treść tego

stosunku gwarantuje wykonawcy rzeczywisty dostęp do zasobów podmiotu udostępniającego, skorelowany z konkretnymi warunkami tego zamówienia i dla jego prawidłowego wykonania niezbędny.

Powyższe przesądziło o uwzględnieniu zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. w związku z tym, że nie wykazał on spełnienia niezbędnych warunków udziału w postępowaniu, w odniesieniu do kwalifikacji technicznych.

Odwolujący przedstawił zarzut, że ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. (z siedzibą w Warszawie - ocena 100 pkt) powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczył niespełnienia przez ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. minimalnych warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, i w takim zakresie został rozpoznany.

Wykonawca ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. był wzywany do uzupełnienia dokumentów w powyższym zakresie z przytoczeniem, że zamawiający żąda udokumentowania:

- 1) zakresu dostępnych partnerowi prywatnemu zasobów innego podmiotu;
- 2) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez partnera prywatnego, przy wykonywaniu zamówienia;
- 3) charakteru stosunku, jaki będzie łączył partnera prywatnego z innym podmiotem;
- 4) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Wykonawca ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. wprawdzie dostosował się do wezwania i przedstawił w wyjaśnieniach z dnia 26 listopada 2014r. te same realizacje z pominięciem pośrednictwa firmy EEW Polska, ale dokumenty uzupełnione również okazały się niewystarczające. Z tych względów ponowne wezwanie do uzupełnienia tych samych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie jest dopuszczalne, a wykonawca ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zarzut w odniesieniu do wadliwej kwalifikacji kolejności wniosków, gdyż z ogłoszenia nie wynikało, że jeżeli dwóch wykonawców zajmie wspólnie pozycję numer jeden, to pozycja numer dwa lub jakakolwiek inna w przedziale od jeden do pięć zostanie przez zamawiającego „anulowana”, nie mógł podlegać rozpatrzeniu chociażby z tej przyczyny, że odnosił się do postanowień ogłoszenia, które nie zostały zaskarżone w stosownym terminie i mają wiążący charakter zgodnie z ich literalną treścią.

Zarzut naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy odwołującego - bezprawne odtajnienie informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa; pozbawienie wykonawcy prawa do ochrony poufnych informacji.

W dniu 16 grudnia 2014 r. odwołujący powziął wiadomość o odtajnieniu przez zamawiającego tej części jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, którą zastrzegł on jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Działanie zamawiającego w tym zakresie odwołujący przyjął za bezprawne, gdyż wniosek odwołującego w części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa zawiera dokumenty i informacje, które spełniają wszystkie przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa określone w art. 11 ust. 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o PPP, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.

Zarzut nie podlegał uwzględnieniu. Skoro informacje zostały raz ujawnione - nie mogą zachowując walor poufności - zostać ponownie utajnione, zatem żądania w tym zakresie Izba uznała za bezprzedmiotowe. O roszczeniach z tytułu czynów nieuczciwej konkurencji i konsekwencjach karnych naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa orzekają sądy powszechne, a nie Izba, jak stanowią o tym przepisy art. 18 i art. 23 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, po. 1503 ze zm.).

W tym stanie rzeczy, z uwagi na ustalenia dotyczące wszystkich rozpatrywanych łącznie w niniejszym postępowaniu odwoławczym odwołań, jak i powyższe odnoszące się do zarzutów przedmiotowego odwołania, Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Na podstawie § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła uiszczoną przez odwołującego kwotę z tytułu wpisu na poczet kosztów postępowania odwoławczego i zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot poniesionych kosztów postępowania odwoławczego.

**Sygn. akt KIO 1723/14**

Odwołujący ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (poz. 6) zaskarżył czynności:

I. oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym złożonych przez partnerów prywatnych:

- 1) Dalveo Poznań Sp. z o.o. (poz. 1),
- 2) SITA Bałtycka Energia Sp. z o.o. (poz. 1),
- 3) ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie (poz.3),
- 4) NDI Project Development Sp. z o.o. (poz. 4),
- 5) Konsorcjum: Astaldi S.p.A. (lider), TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia, TIRU SA (poz.5),
- 6) Czysta Energia Gdańsk Sp. z o.o. (poz. 7)
- 7) EVN Umweltholding Und Betriebs GmbH, (poz. 8)

II. oceny warunków spełniania udziału w postępowaniu (przyznanej punktacji) na podstawie wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym złożonych przez partnerów prywatnych:

- a) Dalveo Poznań Sp. z o.o.,
- b) SITA Bałtycka Energia Sp. z o.o.,
- c) ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie,
- d) NDI Project Development Sp. z o.o.,
- e) Konsorcjum: Astaldi S.p.A. (Lider), TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia, TIRU SA,
- f) Czysta Energia Gdańsk Sp. z o.o. (poz. 7)
- g) EVN Umweltholding Und Betriebs GmbH, (poz. 8)

3) oceny warunków spełniania udziału w postępowaniu (przyznanej punktacji) dotyczącej odwołującego, ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, tj. przyznaniem odwołującemu jedynie 50 punktów, (co skutkowało) umieszczeniem odwołującego na szóstej pozycji (6 poz.) wg przyznanej przez zamawiającego punktacji.

4) zaniechania sporządzenia lub/i udostępnienia odwołującemu dokumentów i materiałów, na podstawie których odwołujący mógłby uzyskać wiadomość co do zastosowanej przez zamawiającego metodologii dokonania oceny, czy odwołujący lub inni wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz w zakresie przyznanej punktacji oceny spełniania tych warunków,

5) jedynie z daleko idącej ostrożności, mającej na celu ochronę praw odwołującego, w szczególności prawa do uczestniczenia w dalszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na brak miarodajnych informacji od zamawiającego, na temat podejmowanych czynności w ramach postępowania, odwołujący składał odwołanie od czynności:

- a) zaproszenia do udziału w dialogu konkurencyjnym wykonawców, którzy zostali sklasyfikowani na pozycji od 1 do 5,
- b) zaniechania zaproszenia do udziału w dialogu konkurencyjnym odwołującego tj. ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

III. Odwołujący podnosił, iż zaskarżone czynności zamawiającego naruszają następujące przepisy:

1. art. 22 Konstytucji RP poprzez naruszenie zasady państwa prawa i ograniczenie wolności prowadzenia działalności gospodarczej, art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r., o swobodzie działalności gospodarczej poprzez ograniczenie wolności prowadzenia działalności gospodarczej,

2. art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U.U.E.L. z 2004, Nr 134, poz. 114, dalej „Dyrektywa 2004/18/WE”) poprzez nierówne traktowanie i dyskryminowanie części wykonawców oraz niedochowanie zasad uczciwej konkurencji,

3. art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 18 ust. 1 i 2 Dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U.U.E.L.2014.94.65, dalej „Dyrektywa 2014/24/UE”) poprzez nierówne traktowanie i dyskryminowanie części wykonawców oraz niedochowanie zasad uczciwej konkurencji,

4. art. 7 ust. 1 Pzp i art. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r., Nr 50, poz. 331, ze zm.) oraz art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. 2003, nr 153, poz. 1503 ze zm.) poprzez:

- a) stworzenie nierównych warunków udziału przedsiębiorców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz
- b) zaniechanie wykluczenia wykonawców, których wnioski nie spełniają minimalnych wymogów wskazanych w ogłoszeniu o postępowaniu,  
- co stanowi praktyki ograniczające konkurencję,

IV. Odwołujący podnosił, iż zaskarżone czynności zamawiającego związane z jego wnioskiem naruszają następujące przepisy:

1. art. 7 ust 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzanie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz art. 60d. ust 1 ust 3 ustawy, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, a to przyznanie niewłaściwej liczby punktów w wyniku oceny wniosku i wadliwe umieszczenie odwołującego na szóstym miejscu,

2. art. 96 Pzp m.in. poprzez nierzetelne sporządzenie protokołu z dialogu konkurencyjnego i prac zamawiającego poprzez ograniczenie się przez zamawiającego do sporządzenia formularza protokołu, oraz zaniechania sporządzenia pisemnej oceny spełniania wymogów i metodologii kwalifikacji poszczególnych obiektów referencyjnych i przyznanych punktów, w taki sposób aby umożliwić weryfikację przeprowadzonej oceny, tym samym zamawiający nie wskazał przyczyn dlaczego odmówił wiarygodności dokumentom przedłożonym przez odwołującego i innych wnioskodawców,

3. art. 14 Pzp i art. 7 ustawy Pzp w związku z art. 51 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej oceny wniosków oraz zaniechanie podania, co najmniej informacji o przesłankach i metodologii wyliczenia liczby sumarycznej przyznanych punktów. Ponadto odwołujący zarzucał zaniechanie podania jemu informacji na temat dokonanej oceny (również, z informacji zamawiającego wynika, że wszystkim partnerom prywatnym, którzy złożyli wnioski) - tak, aby każdy z nich w momencie otrzymania informacji dysponował taką samą wiedzą, co do zastosowanych przesłanek i metodologii wyliczenia liczby punktów,

4. art. 7 w zw. art. 14 Pzp w zw. z art. 61 K.c., art. 26 ust. 2b Pzp, art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentacji dotyczącej spełniania na dzień 27.10.2014 r. warunków udziału w postępowaniu w zakresie kwalifikacji technicznych wykonanych robót budowlanych w zakresie udzielonych zasobów m.in. przez Keppel Seghers GmbH, a także poprzez zróżnicowanie zasad oceny wniosków i pism uzupełniających różnych partnerów prywatnych, w taki sposób, że wobec części z nich zamawiający wystąpił o uzupełnienie dokumentów i uzupełnione dokumenty uwzględniono przy ustaleniu wyników oceny spełniania warunków, na podstawie art. 51 ust. 1 ustawy Pzp, wskutek czego doszło do naruszenia art. 7 ustawy Pzp,

5. art. 22 ust. 1,3 i 5 Pzp oraz przepisu § 1 ust. 3 i 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane oraz art. 65 K.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że referencje złożone przez odwołującego nie potwierdzają należytego wykonania nimi objętego lub faktycznego i rzeczywistego udzielenia zasobów,

6. art. 60d i 22 ust. 1 pkt. 2) Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę wniosku odwołującego pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz art. 22 ust. 3 Pzp, poprzez dokonanie oceny niezgodnie z warunkami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu, a przez to naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców,

7. art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, w zakresie, w jakim zamawiający zaniechał wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień do uzupełnienia dokumentów przedłożonych do wniosku,

8. art. 60d Pzp poprzez zaniechanie skierowania zaproszenia do dialogu konkurencyjnego.

Odwołujący podnosił, iż zaskarżone czynności zamawiającego w zakresie oceny wniosku NDI Projekt Development Sp. z o.o. naruszają następujące przepisy:

1. art. 22 ust. 1, 3, 5 Pzp oraz § 1 ust. 3 i 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane oraz art. 65 K.c. w zw. z art. 14 Pzp i art. 26 ust. 2b Pzp, w zakresie dokumentów potwierdzających wiedzę, potencjał i doświadczenie dot. kwalifikacji technicznych oraz zdolności ekonomiczne i finansowe VINCI Development oraz NDI S.A, czas udzielonych zasobów w tym zakresie, oraz stosunku prawnego pomiędzy podmiotem udzielającym zasobów finansowych a wykonawcą w zakresie wszystkich udostępnianych zasobów,

2. art. 24 ust, 2 pkt. 4) Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy NDI Project Development Sp. z o. o. z uwagi na niewykazanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie pkt. III.2.2) ogłoszenia - zdolność ekonomiczna i finansowa, poprzez przedstawienie nieprawidłowego zaświadczenia banku wykazującego potencjał finansowy VINCI Development oraz nieprawidłowe zaświadczenie banku PKO BP w zakresie potencjału finansowego udzielonego przez NDI S.A.

3. art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentacji dotyczącej spełniania na dzień 27.10.2014 r. warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej, oraz kwalifikacji technicznych,

4. art. 26 ust. 2b Pzp, poprzez błędne uznanie, że przedstawione do wniosku dokumenty dot. udzielenia zasobów finansowych przez VINCI Environnement spełniają warunki wskazane w tym przepisie oraz ogłoszeniu,

5. art. 26 ust, 2b Pzp, poprzez uznanie, że przedstawione do wniosku dokumenty dot. udzielenia zasobów przez NDI S.A. w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej spełniają warunki wskazane w tym przepisie oraz ogłoszeniu,

6. art. 22, 24 i 26 Pzp oraz regulacje Dyrektywy 2000/76/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 grudnia 2000 r. w sprawie spalania odpadów (Dz.U.U.E.L.2000.332.91 ze zm.) oraz Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie emisji przemysłowych (zintegrowane zapobieganie zanieczyszczeniom i ich kontrola) poprzez uznanie instalacji referencyjnych wskazanych przez NDI Project Development Sp. z o.o. znajdujących się w Chinach tj., Jingsan, Zhangzhou, Laodang oraz w USA, tj. Energy Recovery Facility in Tampa, Wheelabrator Gloucester County LP, Wheelabrator Saugus Inc., Wheelabrator Westchesler L.P, Wheelabrator Baltimore LP,



Wheelabrator North Andazer Inc., Wheelabrator Claremont Company LP, Wheelabrator Millbury Inc, Wheelabrator Bridgeport LR, Wheelabrator Concord NH, Wheelabrator South Broward Inc., Wheelabrator South Broward Inc., Wheelabrator Halls Inc., Wheelabrator Lisbon, CT, Wheelabrator Hudson Falls, Wheelabrator Portsmouth, VA, za spełniające wymagania w zakresie dopuszczalnych emisji spalin ze spalania odpadów,

7. art. 26 ust. 2 b Pzp oraz naruszenie § 1 ust. 6 i §7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane oraz art. 65 K.c. w zw. z art. 26 ustawy Pzp w związku z art. 14 Pzp poprzez uznanie, że pełnomocnik NDI Project Development Sp. z o.o. był umocowany do złożenia oświadczenia o spełnianiu wymogów Dyrektywy 2000/76/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 grudnia 2000 r. w sprawie spalania odpadów, w sytuacji gdy zgodnie z wspomnianymi przepisami, to podmiot udzielający zasobów powinien złożyć oświadczenie lub w przypadku wątpliwości zamawiającego po wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, przedstawić zamawiającemu dokumenty, z których wnikają te okoliczności, a w sytuacji nie złożenia oświadczenia przez wymagany prawem podmiot, zamawiający nie powinien przyznać punktów w związku z niespełnieniem wymaganych kwalifikacji technicznych opisanych w III.2.3 ogłoszenia,

8. art. 26 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentacji dotyczącej spełniania na dzień 27.10.2014 r. warunków udziału w postępowaniu w zakresie kwalifikacji technicznych dotyczących zarządzania opisanych w III.2.3) ogłoszenia,

9. art. 24 ust. 2 pkt. 4) Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy NDI Project Development Sp. z o.o. z uwagi na niewykazanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie pkt. III.2.3) ogłoszenia „Kwalifikacje techniczne”,

9. art. 26 ust, 2b Pzp oraz art. 22 ust. 1 pkt. 2) i ust. 3 Pzp, poprzez błędne uznanie, że przedstawione do wniosku dokumenty dot. udzielenia zasobów przez Wheelabrator Technologies Inc. spełniają warunki wskazane w tym przepisie oraz ogłoszeniu,

10. art. 26 ust. 2b Pzp, poprzez nieprawidłowe przyjęcie, że wykonawca wykazał i udowodnił, że będzie dysponował doświadczeniami, wiedzą zasobami, potencjałem technicznym oraz zdolnościami ekonomicznymi i finansowymi niezbędnymi do realizacji zamówienia, oraz poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy,

11. art. 60d i 22 ust. 1 pkt. 2) i 4) oraz ust. 3 Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę wniosku NDI Project Development Sp. z o.o. pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz art. 22 ust. 3 Pzp, poprzez dokonanie oceny niezgodnie z warunkami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu, a przez to naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez brak równego traktowania wykonawców.

12. art. 109(1) i 109(8) K.c. w zw. z art. 14 Pzp poprzez uznanie że prokurenci są upoważnieni do zaciągnięcia przez reprezentowaną spółkę zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Pzp,

IV. Odwołujący podnosił, iż zaskarżone czynności zamawiającego w zakresie oceny wniosku konsorcjum Astaldi S.p.A. (lider), TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia i TIRU S.A. naruszają następujące przepisy:

1. art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców w zakresie terminu wnoszonych wyjaśnień i uzupełnień, po myśli art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez przyznanie punktów za obiekty referencyjne w zakresie robót projektowych i budowlanych złożone z przekroczeniem wyznaczonego terminu poprzez dopuszczenie dokumentów i przeprowadzenie oceny obiektów referencyjnych w zakresie usługi zarządzania wskazanych przez konsorcjum wykonawców tj. Astaldi S.p.A, TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia, TIRU S.A. na podstawie oświadczeń o udzieleniu zasobów przez podmioty TRM S.A., Dalkia Nord Finistere, CYDEL, które zostały uzupełnione przez wykonawcę, z przekroczeniem wyznaczonego przez zamawiającego terminu,

2. art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentacji dotyczącej spełniania na dzień 27.10.2014 r. warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowaniem zasobami podmiotu działającego pod nazwą Campenon Bernard Regions - C.B.R, oraz brakiem ustalenia w jakim zakresie podmiot ten uczestniczył w wykonywaniu zamówienia,

3. art. 60 d Pzp w związku z art. 22 Pzp i w związku z art. 26 ust. 2b oraz ust. 3 i 4 Pzp, polegające na ocenie spełnienia wymogów w zakresie obiektów referencyjnych podczas gdy z przedłożonych dokumentów dotyczących zakładu przetwarzania odpadów w Clermont - Ferrand oraz CHAMBERY METROLOPE nie wynika, że roboty budowlane zostały prawidłowo ukończone i należycie wykonane,

4. art. 60 d Pzp w związku z art. 22 Pzp i w związku z art. 26 ust. 2b oraz ust. 3 i 4 Pzp, polegające na błędnej ocenie spełnienia wymogów w zakresie obiektów referencyjnych, podczas gdy z przedłożonych dokumentów dotyczących oświadczeń o udzieleniu zasobów, nie wynika rzeczywisty i realny charakter dysponowania tymi zasobami, ze złożonych oświadczeń nie wynika zakres, sposób udostępnionego potencjału,

5. art. 26 ust. 2b, art. 22 Pzp § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane oraz art. 65 K.c. w związku z art. 14 Pzp w zakresie udzielonych pełnomocnictw, dokumentów wynikających z delegacji ustawowej art. 24 Pzp,

6. art. 26 ust. 2b Pzp poprzez nieprawidłowe przyjęcie, że wykonawca wykazał i udowodnił, że będzie dysponował doświadczeniami, wiedzą, zasobami, potencjałem technicznym oraz zdolnościami ekonomicznymi i finansowymi niezbędnymi do realizacji zamówienia, oraz przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy,

7. art. 24 ust 1 pkt 8) i 11) Pzp w zw. z art. 25 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum Astaldi S.p.A., TM.E. S.p.A. Termomeccanica Ecologia oraz TIRU S.A. z uwagi na niewykazanie braku podstaw do wykluczenia z postępowania poprzez potwierdzenie niekaralności urzędującego członka organu zarządzającego osoby prawnej, tj. członków konsorcjum.

8. art. 24 ust. 2 pkt. 4) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Astaldi S.p.A., TM.E. S.p.A. Termomeccanica Ecologia oraz TIRU S.A. z uwagi na niewykazanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie pkt. III.2.3) Ogłoszenia „Kwalifikacje techniczne”, oraz w zakresie, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 2) i 3) Pzp,

9. art. 60d i 22 ust. 1 pkt. 2) Pzp poprzez nieprawidłową ocenę wniosku konsorcjum Astaldi S.p.A., TM.E. S.p.A. Termomeccanica Ecologia oraz TIRU S.A. pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz art. 22 ust. 3 Pzp poprzez dokonanie oceny niezgodnie z warunkami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu, a przez to naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców.

IV. Odwołujący podnosił, iż zaskarżone czynności zamawiającego w zakresie oceny wniosku Daveo Poznań Sp. z o.o. naruszają następujące przepisy:

1. art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym tego wykonawcy oraz poprzez zaniechanie i niewyjaśnienie okoliczności funkcjonowania grup kapitałowych w których skład wchodzi wykonawcy Dalveo Poznań, TIRU, Veolia Property, skutkującym naruszeniem zasady konkurencyjności w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

2. art. 60d P Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę wniosku Dalveo Poznań Sp. z o.o. pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz art. 22 ust. 3 Pzp poprzez dokonanie oceny wniosku niezgodnie z warunkami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu, a przez to naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców, w sytuacji złożenia nierzetelnego oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej,

3. art. 26 ust. 2d Pzp i 24 ust. 2 pkt. 3), 4) i 5) Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Dalveo Poznań Sp. z o.o. z uwagi na złożenie wadliwego oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej, a w związku z tym naruszenie art. 7 ust. 1. Pzp z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji,

4. art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2d Pzp oraz art. 24 b ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania partnera prywatnego do złożenia listy, o której mowa w art. 26 ust. 2d oraz

zaniechanie wykluczenia wykonawcy z uwagi na niezłożenie listy, o której mowa w art. 26 ust. 2b Pzp, a w związku z tym naruszenie art. 7 ust. 1. Pzp z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji.

5. art. 24 ust. 2 pkt. 4) Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Dalveo Poznań Sp. z o.o. z uwagi na niewykazanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie pkt. III.2.3) Ogłoszenia „Kwalifikacje techniczne”,

6. art. 26 ust. 2b Pzp, poprzez uznanie, że przedstawione do wniosku dokumenty dot. udzielenia zasobów Dalveo Poznań Sp. z o.o. w zakresie zarządzania spełniają warunki wskazane w tym przepisie oraz ogłoszeniu o zamówieniu,

7. art. 26 ust. 2b Pzp, poprzez nieprawidłowe przyjęcie, że wykonawca wykazał i udowodnił, że będzie dysponował doświadczeniami, wiedzą, zasobami, potencjałem technicznym oraz zdolnościami ekonomicznymi i finansowymi niezbędnymi do realizacji zamówienia, oraz przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy,

8. art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentacji dotyczącej spełniania na dzień 27.10.2014 r. warunków udziału w postępowaniu w zakresie kwalifikacji technicznych dotyczących zarządzania oraz projektowania i budowy.

9. art. 60d i 22 ust. 1 pkt. 2) Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę wniosku Dalveo Poznań Sp. z o.o. pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz art. 22 ust. 3 Pzp poprzez dokonanie oceny niezgodnie z warunkami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu, a przez to naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców.

10. art. 26 ust. 2b Pzp, poprzez uwzględnienie w ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz przyznawania punktacji dołączonych do wniosku dokumentów złożonych z naruszeniem formy pisemnej,

11. art. 60d i 22 ust. 1 pkt. 2) Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę wniosku Dalveo Poznań Sp. z o.o. pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz art. 22 ust. 3 Pzp poprzez dokonanie oceny niezgodnie z warunkami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu, a przez to naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców.

V. Odwołujący podnosił, iż zaskarżone czynności zamawiającego w zakresie oceny wniosku ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. naruszają następujące przepisy:

1. art. 24 ust. 2 pkt. 4) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, z uwagi na niewykazanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie pkt. III.2.3) ogłoszenia dot. kwalifikacji technicznych

2. art. 26 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentacji dotyczącej spełniania na dzień 27.10.2014 r. warunków udziału w postępowaniu w zakresie kwalifikacji technicznych,

3. art. 26 ust. 2b poprzez uznanie, że przedstawione do wniosku dokumenty dot. udzielenia zasobów na rzecz ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie spełniają warunki wskazane w tym przepisie oraz ogłoszeniu o zamówieniu (oraz §1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r.),

4. art. 26 ust. 2b Pzp, poprzez nieprawidłowe przyjęcie, że wykonawca wykazał i udowodnił, że będzie dysponował doświadczeniem, wiedzą, zasobami, potencjałem technicznym oraz zdolnościami ekonomicznymi i finansowymi niezbędnymi do realizacji zamówienia, oraz przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy,

5. art. 60d i 22 ust. 1 pkt. 2) Pzp poprzez nieprawidłową ocenę wniosku ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz art. 22 ust. 3 Pzp, poprzez dokonanie oceny niezgodnie z warunkami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu, a przez to naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez brak równego traktowania wykonawców,

6. art. 24 ust. 1 pkt. 8) i 11) Pzp, 24 ust. 2 pkt. 4) Pzp i art. 25 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie z uwagi na niewykazanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie przedstawienia dokumentów dotyczących niekaralności członka zarządu p. W. M. (oraz § 3 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r.),

7. art. 26 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia dokumentacji dotyczącej spełniania na dzień 27.10.2014 r. warunków udziału w postępowaniu,

8. art. 24 ust. 2 pkt. 4) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. w Warszawie z uwagi na niewykazanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie pkt. III.2.3) ogłoszenia „Kwalifikacje techniczne”,

9. art. 60d i 22 ust. 1 pkt. 2) Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę wniosku ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz art. 22 ust. 3 Pzp poprzez dokonanie oceny niezgodnie z warunkami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu, a przez to naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez brak równego traktowania wykonawców.

VI. Odwołujący podnosił, iż zaskarżone czynności zamawiającego w zakresie oceny wniosku Czysta Energia Gdańsk Sp. z o.o. (pozycja 7) naruszają następujące przepisy:

1. art. 60d Pzp i 22 ust. 1 pkt. 2) Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę wniosku Czystej Energii pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz art. 22 ust. 3 Pzp, poprzez dokonanie oceny niezgodnie z warunkami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu, a przez to naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez brak równego traktowania wykonawców.

2. art. 24 ust. 2 pkt. 4) i art. 26 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Czystej Energii z uwagi na niewykazanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie pkt. III.2.3) ogłoszenia kwalifikacji technicznych poprzez brak oświadczenia o udzieleniu zasobów pozyskanych od spółki SIRUSA oraz wobec braku wykazania realnego charakteru udzielanych zasobów,

3. art. 26 ust. 2b Pzp, poprzez błędne uznanie, że przedstawione do wniosku dokumenty dot. udzielenia zasobów finansowych przez kilka podmiotów wykazania zdolności finansowej, poprzez brak faktycznej relacji udzielenia finansowania,

4. art. 26 ust. 2b Pzp, poprzez nieprawidłowe przyjęcie, że wykonawca wykazał i udowodnił, że będzie dysponował doświadczeniami, wiedzą, zasobami, potencjałem technicznym oraz zdolnościami ekonomicznymi i finansowymi niezbędnymi do realizacji zamówienia, oraz przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy,

5. art. 24 ust. 2 pkt. 4) i art. 26 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Czystej Energii z uwagi na niewykazanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej,

6. art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Czysła Energia Sp. z o.o. do uzupełnienia i wyjaśnień dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków.

VII. Odwołujący podnosił, iż zaskarżone czynności zamawiającego w zakresie oceny wniosku EVN Umweltholding Und Betriebs GmbH (dalej EVN) poz. 8 naruszają następujące przepisy:

1. art. 60d i 22 ust. 1 pkt. 2) Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę wniosku EVN pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz art. 22 ust. 3 Pzp, poprzez dokonanie oceny niezgodnie z warunkami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu, a przez to naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez brak równego traktowania wykonawców.

2. art. 24 ust. 2 pkt. 4) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy EVN z uwagi na niewykazanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie pkt. III.2.3) kwalifikacji technicznych poprzez nieprawidłowe oświadczenie o udzieleniu zasobów MW Umwelt GmbH, MW Energie AG oraz Energie AG Oberosterreich Umwelt Service GmbH.

3. art. 26 ust. 2b poprzez błędne uznanie, że przedstawione do wniosku dokumenty dot. udzielenia zasobów finansowych dotyczących wykonawcy EVN spełniają warunki wskazane w tym przepisie oraz ogłoszeniu na dzień 27.10.2014 roku oraz dokonania błędnego

dopuszczenia nowego oświadczenia w zakresie wykazania zdolności finansowej po upływie terminu do składania wniosków,

4. art. 26 ust. 2b Pzp, poprzez nieprawidłowe przyjęcie, że wykonawca wykazał i udowodnił, że będzie dysponował doświadczeniami, wiedzą, zasobami, potencjałem technicznym oraz zdolnościami ekonomicznymi i finansowymi niezbędnymi do realizacji zamówienia, oraz przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy,

5. art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, poprzez przyjęcie jako wyjaśnień i uzupełnień nowych dokumentów złożonych po terminie składania wniosków,

6. art. 24 ust. 2 pkt. 4) Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy EVN z uwagi na niewykazanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej.

VIII. Odwołujący podnosił, iż zaskarżone czynności zamawiającego w zakresie oceny wniosku SITA Bałtycka Energia Sp. z o.o. (poz. 1) naruszają następujące przepisy:

1. art. 26 ust. 2b poprzez błędne uznanie, że przedstawione do wniosku dokumenty dot. udzielenia zasobów finansowych dotyczących wykonawcy SITA Bałtycka Energia Sp. z o.o. spełniają warunki wskazane w tym przepisie oraz ogłoszeniu o zamówieniu na dzień 27.10.2014 roku oraz dokonania błędnego uznania, że wykonawca ten będzie dysponował udzielonymi zasobami finansowymi przez cały czas realizacji zamówienia, w sytuacji gdy z dokumentów wynika, że zasoby finansowe byłyby udzielone na okres finansowania wydatków inwestycyjnych,

2. art. 26 ust. 2b Pzp, poprzez nieprawidłowe przyjęcie, że wykonawca wykazał i udowodnił, że będzie dysponował doświadczeniami, wiedzą zasobami, potencjałem technicznym oraz zdolnościami ekonomiczno- finansowymi niezbędnymi do realizacji zamówienia oraz przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy,

3. art. 24 ust. 2 pkt. 4) Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy SITA Bałtycka Energia z uwagi na niewykazanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej przez cały okres realizowania inwestycji tj. 40 lat.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu alternatywnie:

1. weryfikacji i zmiany czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie liczby podmiotów spełniających warunki udziału w postępowaniu, warunkującego zaproszenie do dialogu konkurencyjnego w sytuacji, gdy większa niż pięciu liczba wykonawców spełnia warunki udziału w postępowaniu; zamawiający w ogłoszeniu nie przesądził rozstrzygnięcia tego rodzaju sytuacji; nie wprowadził żadnej reguły na wypadek, gdyby wykonawcy na wcześniejszych pozycjach niż na piątej, uzyskali *ex aequo* identyczne ilości punktów [tego rodzaju sytuację opisuje stan faktyczny sprawy o sygn. akt KIO 1724/11

- wyrok z dnia 24 sierpnia 2011 r.], Podzielając argumentację prezentowaną we wspomnianym orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej w sygn. akt KIO 1724/11, zgodnie z którą liczba wykonawców, jaką zamawiający zaprosi do dialogu odnosi się do liczby pozycji przewidzianych do zaproszenia do dialogu, niezależnie od tego, ilu wykonawców, którzy uzyskali taką samą ilość punktów, ją zajmuje. Pogląd Krajowej Izby Odwoławczej znalazł odzwierciedlenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2014 roku w sprawie o sygn. akt KIO 493/14. Oznacza to zdaniem odwołującego, że w niniejszym postępowaniu, winni zostać zaproszeni do dialogu wszyscy wykonawcy, którzy zajmą pięć pozycji, przewidzianych w ogłoszeniu do zaproszenia do dialogu, niezależnie od tego, czy daną pozycję zajmuje jeden czy *ex aequo* więcej wykonawców. Innymi słowy, jeśli dwa podmioty zyskały tę samą liczbę punktów dającą pierwszą pozycję, kolejna liczba punktów powinna kolejno uplasować następnego wykonawcę na miejscu drugim, i tym samym odwołujący powinien zostać zaproszony do dialogu, jako zajmujący piątą pozycję.

2. ponownej oceny wniosków wszystkich wykonawców (partnerów prywatnych) w szczególności z uwzględnieniem wszelkich okoliczności podniesionych w odwołaniu, m. in:

a) dokonania wadliwej oceny i przyznania nieodpowiedniej punktacji i miejsca wg punktacji w zakresie wniosku odwołującego,

b) że wykonawcy NDI Project Development sp. z o.o. nie powinny być przyznane punkty w liczbie (...) za obiekty referencyjne wskazane w tabeli usług, stanowiącej załącznik nr 4 do wniosku o dopuszczenie do dialogu, w poz. 8-10, oraz 12-18, w zakresie przeprowadzonych usług operatorskich w przypadku, gdy wykonawca nie uwodnił, że obiekty te nie spełniają wymogów Dyrektywy 2000/76/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 grudnia 2000 r. w sprawie spalania odpadów;

c) że wykonawcy konsorcjum Astaldi i TIRU nie powinny być przyznane punkty w za obiekty referencyjne wskazane w tabeli usług, stanowiącej załącznik nr 4 do wniosku o dopuszczenie do dialogu, w zakresie przeprowadzonych usług operatorskich, w sytuacji, gdy pismo uzupełniające wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp zostało złożone z przekroczeniem terminu do jego wniesienia. Dokumenty wniesione przez tego wnioskodawcę dotyczące udzielonych zasobów przez spółki TKM, Cydel,

3. dokonania wezwania wykonawców (partnerów prywatnych) do wyjaśnień lub uzupełnień wniosków w związku z okolicznościami przedstawionymi szczegółowo w odwołaniu,

4. dokonania wykluczenia innych wykonawców wskazanych w odwołaniu, z powodów wyczerpująco opisanych w treści odwołania, w szczególności:

a) wykluczenia Dalveo Poznań Sp. z o.o. w sytuacji braku złożenia prawidłowego oświadczenia o składzie grupy kapitałowej obligatoryjnego, po myśli art. 24 Pzp,



- b) wykluczenie NDI Development Sp. z o.o. z powodu braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zasobów ekonomicznych i finansowych oraz w zakresie kwalifikacji technicznych (niezgodne z wymogami ogłoszenia obiekty referencyjne) oraz w sytuacji złożenia nieprawdziwych informacji dotyczących posiadanego doświadczenia,
- c) wykluczenie konsorcjum firm konsorcjum: Astaldi S.p.A. (lider), T.M.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia, TIRU S.A., z powodu braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zasobów ekonomicznych i finansowych oraz w zakresie kwalifikacji technicznych (niezgodne z wymogami ogłoszenia obiekty referencyjne) oraz w sytuacji złożenia nieprawdziwych informacji dotyczących posiadanych zasobów i potencjału, wiedzy, doświadczenia, jak również braku złożenia dokumentów dotyczących niekaralności członka zarządu,
- d) wykluczenie ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie, z powodu braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zasobów ekonomicznych i finansowych oraz w zakresie kwalifikacji technicznych (niezgodne z wymogami ogłoszenia obiekty referencyjne) oraz w sytuacji złożenia nieprawdziwych informacji dotyczących posiadanych zasobów i potencjału, wiedzy, doświadczenia, jak również braku złożenia dokumentów dotyczących niekaralności członka zarządu,
- e) wykluczenie Czysta Energia Gdańsk Sp. z o.o., z powodu braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zasobów ekonomicznych i finansowych oraz w zakresie kwalifikacji technicznych (niezgodne z wymogami ogłoszenia obiekty referencyjne) oraz w sytuacji złożenia nieprawdziwych informacji dotyczących posiadanego doświadczenia,
- f) wykluczenie EVN Umweltholding und Betriebs GmbH, z powodu braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zasobów ekonomicznych i finansowych oraz w zakresie kwalifikacji technicznych (niezgodne z wymogami ogłoszenia obiekty referencyjne) oraz w sytuacji złożenia nieprawdziwych informacji dotyczących posiadanych zasobów i potencjału, wiedzy, doświadczenia, jak również braku złożenia dokumentów dotyczących niekaralności członka zarządu,
- g) wykluczenie SITA Bałtycka Energia Sp. z o.o., z powodu braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zasobów ekonomicznych i finansowych.

Odwołujący wnosil o przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu:

1. Informacji ze stron internetowych w zakresie porozumienia Veolii oraz EDF w zakresie Dalkii na okoliczność nieuprawnionych działań na gruncie prawa zamówień publicznych.

2. Odwołujący ponadto wskazał, że z daleko idącej ostrożności proceduralnej, na każdym etapie postępowania odwoławczego jest gotowy wykazać, że, dysponuje zasobami udzielonymi przez Keppel Seghers GmbH i zastrzega możliwość przedłożenia ich na rozprawie.

3. z opinii biegłego sądowego z zakresu technologii termicznego przekształcania odpadów na okoliczność ustalenia, czy obiekty referencyjne wskazane we wnioskach o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym spełniają wymogi określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o przedmiotowym postępowaniu, w szczególności w zakresie norm emisyjnych zgodnych z przepisami Unii Europejskiej. Z uwagi na złożony charakter sprawy wnosił, aby opinia została sporządzona przez zespół (jednostkę naukowo badawczą lub uczelnię techniczną) na terenie Unii Europejskiej lub Stanów Zjednoczonych, która będzie posiadała techniczne możliwości, doświadczenie, jak również zaplecze niezbędne do zweryfikowania, czy instalacje referencyjne zgłoszone przez pozostałych wykonawców, w szczególności NDI Project Development Sp. z o.o.:

- a) spełniają wymogi wynikających z przepisów Unii Europejskiej w zakresie emisji,
- b) spełniają wymogami zamawiającego określone w ogłoszeniu w zakresie wymaganego doświadczenia, obejmującego projektowanie i budowę oraz zarządzania instalacjami termicznego przekształcania odpadów.

Odwołujący wskazał, jako potencjalną jednostkę badawczą która może przeprowadzić tego typu badanie:

- 1) Politechnika Warszawska,
- 2) Akademia Górniczo- Hutnicza,
- 3) Uniwersytet Techniczny w Monachium,
- 4) Massachusetts Institute of Technology.

Jednocześnie z uwagi na złożony charakter sprawy, wieloaspektowość zagadnień, zarzutów i wniosków podniesionych w odwołaniu, odwołujący, w celu zapewnienia ochrony swoich praw zastrzegał możliwość zgłaszania wniosków dowodowych i dowodów na potwierdzenie okoliczności wskazywanych w odwołaniu, na dalszym etapie postępowania.

Odwołujący wnosił o zobowiązanie organu zarządzającego spółki Astaldi S.p.A. do złożenia pisemnych oświadczeń pod rygorem odpowiedzialności karnej odnośnie zakresu i sposobu udzielenia pełnomocnictwa dla p. C. B. .

Odwołujący wyjaśniał, że z racji obowiązującej regulacji gospodarowania odpadami, zamawiający realizuje swoje zadania w formule PPP. Niewiele gmin i miast decyduje się takie przedsięwzięcie, projekt ten nie nosi znamion powtarzalności i jest jedynym projektem inwestycyjnym, w zakresie gospodarki odpadami, który się rozpoczyna. Poprzez wzgląd na profil swojej działalności odwołujący i podmioty wspierające tj. POSCO E&C, REMONDIS,

KEPPEL SEGHERS, NAMGUK GENERAL CONSTRUCTION CO., LTD jest zainteresowany złożeniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, udziałem w rundach dialogu konkurencyjnego, złożeniem oferty i pozyskaniem realizacji zamówienia. Z uwagi na wagę projektu oraz rozmiar przedsięwzięcia zamawiający powinien dochować szczególnej staranności w ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, gdyż w oczywisty sposób rzutuje to na możliwość powodzenia inwestycji. Zamówienie dotyczy inwestycji z grupy tzw. „zielonych zamówień” a przedsięwzięcie planowane jest na dziesiątki lat. Związane jest zarówno z gospodarką odpadami, jak i z dziedziną energetyki. Dlatego, przy takim zamierzeniu inwestycyjnym niezbędna jest jak najstaranniejsze postępowanie. Dodatkowo, wszystkie, nawet najmniejsze uchybienia procedury skutkować mogą odmową przyznania środków na finansowanie inwestycji.

W uzasadnieniu swej legitymacji do złożenia odwołania, odwołujący przywołał okoliczności opisane powyżej, jako wykazujące jego interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W sytuacji potwierdzenia któregokolwiek z podniesionych zarzutów, odwołujący będzie miał szansę na zaproszenie do dialogu konkurencyjnego, zaś ewentualne naruszenie przepisów stanowi o możliwości poniesienia szkody odpowiadającej utraconym korzyściom, wynikającym braku z udziału w postępowaniu i ewentualnego uzyskania w jego ramach - zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów wobec czynności zamawiającego oceny wniosków kwestionowanych wykonawców, odwołujący podał:

Ad. zarzutu dotyczący błędnego zakwalifikowania odwołującego na szóstej pozycji pomimo, wskazania w ogłoszeniu minimalnej liczby wykonawców zaproszonych do dialogu, oraz osiągnięcia przez wykonawców na pozycji numer jeden, takiej samej liczby punktów.

Zgodnie z treścią art. 60d. ust 2 ustawy, zamawiający zaprasza do dialogu konkurencyjnego wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 Pzp, nie mniejszej niż 5. Z treści ogłoszenia w sekcji III.1.2 wynika, że zamawiający wskazał liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału, jako przewidywalną liczbę pięciu wykonawców. W ocenie odwołującego, zamawiający wprowadził, iż w wypadku, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu przekroczy 5, wybór wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego odbędzie się w oparciu o największą liczbę uzyskanych punktów. Innymi słowy, partnerzy prywatni z największą uzyskaną liczbą

punktów, spełniający warunki udziału w postępowaniu zostaną zaproszeni do dialogu. Zamawiający dopuszcza możliwość zaproszenia do dialogu większej liczby partnerów prywatnych niż przewidywana w ogłoszeniu, jeżeli partnerzy prywatni otrzymają tę samą liczbę punktów, co partner oceniony jako piąty. Jednakże zamawiający nie określił sytuacji, gdy większa liczba wykonawców niż jeden osiągnie taką samą liczbę punktów, jak ten oceniony jako pierwszy, lub na dalszych pozycjach, poza pozycją piątą. Mając na uwadze powyższe odwołujący postulował, co następuje.

Jakiegokolwiek ograniczenia liczby wykonawców do minimalnej liczby wykonawców, w sytuacji, gdy większa niż pięciu, liczba wykonawców spełniła wymogi określone w ogłoszeniu, nie sposób wywodzić z treści ogłoszenia, jak również z przepisów ustawy. W trybie dialogu konkurencyjnego zamawiający ma prawo ustalić dowolną liczbę wykonawców, których zaprosi do złożenia oferty. W okolicznościach niniejszego postępowania wskazanie minimalnej liczby partnerów prywatnych zaproszonych do dialogu, oznacza, że pięciu wykonawców mogłoby zostać zaproszonych jedynie w sytuacji, gdy osiągnęliby kolejno największą sumaryczną liczbę punktów. W sytuacji, jednak gdy większa liczba osiągnęła największą ilość punktów ze względu przyznanie takiej samej liczby punktów dwóm wykonawcom, brak intuicyjnego zakwalifikowania sześciu podmiotów, stanowi wprawdzie, zdaniem odwołującego, naruszenie przez zamawiającego art. 60d ust 2. Ustawy Pzp. Jednakże naruszenie to w całości winno obciążać zamawiającego i zamawiający nie może wywodzić dla wykonawców negatywnych skutków z faktu takiego naruszenia. To bowiem na zamawiającym ciąży obowiązek właściwego zgodnego z prawem sformułowania zapisów ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący podnosił, iż zamawiający jest zobowiązany do sformułowania treści ogłoszenia o zamówienia w sposób jasny i wyczerpujący, nie pozostawiający miejsca na inną ich interpretację niż literalna, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby, np. wyroku z dnia 6 lutego 2012 roku; KIO 133/12, w którym to wyroku izba stwierdziła: *„Ustalone warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków, a także znaczenie tych warunków podane w ogłoszeniu, muszą być rozumiane na tyle ściśle, że nie podlegają żadnej innej wykładni, oprócz literalnej”*. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak też w doktrynie prawa powszechnie przyjmowany jest pogląd, iż zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia winien jest dokonywać opisu warunków udziału w postępowaniu (rozumianych szeroko jako *„wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o przedmiotowe zamówienie”* - wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2013 roku; KIO 698/13) oraz opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny oraz ponosić odpowiedzialność za wszelkie uchybienia

z tym związane. Istnienie jakichkolwiek wątpliwości czy też niejednoznaczności w tym zakresie w żaden sposób nie może wpływać negatywnie na sytuację wykonawców (tak m.in.: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lipca 2011 r., KIO 1303/11; z dnia 12 października 2010 r., KIO 2146/10; z dnia 21 czerwca 2011 r., KIO 1192/11; z dnia 7 kwietnia 2010 r., KIO /UZP 434/10; z dnia 11 sierpnia 2008 roku, KIO UZP 776/08; z dnia 29 maja 2008 r., KIO/UZP467/08). Podzielając powyższe poglądy, odwołujący rozszerzył argumentację dotyczącą liczby wykonawców - o zawartą w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej w sygn. akt KIO 1724/11, zgodnie z którą liczba wykonawców, jaką zamawiający zaprosi do dialogu odnosi się do liczby, pozycji przewidzianych do zaproszenia do dialogu, niezależnie od tego, ilu wykonawców, którzy uzyskali taką samą ilość punktów, ją zajmuje. Oznacza to, zatem, że na gruncie analizowanego postępowania, winni zostać zaproszeni do dialogu wszyscy wykonawcy, którzy zajmą pięć pozycji, przewidzianych w ogłoszeniu do zaproszenia do dialogu, niezależnie od tego, czy daną pozycję zajmuje jeden czy *ex aequo* więcej wykonawców. Innymi słowy, jeśli w analizowanym stanie faktycznym dwóch wykonawców uzyskało taką samą ilość punktów, co daje miejsce pierwsze, to wówczas zamawiający powinien zaprosić do dialogu wszystkich wykonawców, którzy osiągnęli kolejno pięć pozycji. Taki pogląd znajduje również odzwierciedlenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2014 roku w sprawie o sygn. akt KIO 493/14. Wobec tego konkludując, skoro ogłoszenie zawiera w tym zakresie lukę interpretacyjną, a jedyną dopuszczalną wykładnią jest wykładnia językowa, zważyć należy, że zachowanie zamawiającego, który określił minimalną liczbę wykonawców i zaniechał zaproszenia większej liczby, pomimo wystąpienia takich przesłanek, należy ocenić, jako naruszenie zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut dotyczący zaniechania sporządzenia pełnego protokołu, ograniczenie się przez zamawiającego do sporządzenia formularza, zaniechanie podania informacji o ocenie spełniania wymagań i liczbie przyznanych punktów.

W ocenie odwołującego zamawiający naruszył przepisy i nie przekazał informacji, co do oceny jego wniosku, nie tylko przez przekazanie odwołującemu niepełnych informacji o wynikach oceny, ale również przez sposób i zakres udostępniania protokołu postępowania. Odwołujący podał, że pismem z dnia 10 grudnia 2014 roku wniósł o udostępnienie protokołu dokumentującego wyniki prowadzonych kwalifikacji. Jednakże zamawiający ograniczył się jedynie do przekazania formularza z dialogu konkurencyjnego. Zdaniem odwołującego wykładnia przepisu art. 96 ust. 3 ustawy Pzp ustala zasadę jawności protokołu postępowania o udzielenie zamówienia oraz jego załączników. Zgodnie z § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. 2010 r. Nr 233 poz. 1458) udostępnienie

protokołu lub załączników do protokołu może nastąpić poprzez wgląd w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego, przesłanie kopii pocztą faksem lub drogą elektroniczną, zgodnie z wyborem wnioskodawcy wskazanym we wniosku. Pełną informację, co do oceny swego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odwołujący winien otrzymać już w odpowiedzi na pismo z dnia 10 grudnia 2014 r. Zamawiający winien przekazać dokumenty, w których podane są przyczyny, dla których część usług powołanych przez odwołującego nie została uwzględniona przez zamawiającego i gdzie wskazane zostały podstawy oceny. Zamawiający nie podjął czynności mających na celu wykonanie powyżej wspomnianych obowiązków, a z przekazanego odwołującemu roboczego arkusza oceny - informacje takie nie wynikają. Zamawiający nie tylko nie przekazał odwołującemu kompletnej, znajdującej się w jego dokumentacji informacji na temat oceny wniosku, ale też całkowicie zignorował prośbę o przekazanie informacji w formie elektronicznej, mimo że z § 5 ust. 4 rozporządzenia w sprawie protokołu nakazuje w takiej sytuacji, aby zamawiający podał, w jakiej formie dokumenty mogą być udostępnione. Podkreślił przy tym, że zamawiający przez nieprzekazanie odwołującemu uzasadnienia faktycznego i prawnego uzyskanej liczby punktów, znacznie utrudnił wykonawcy dochodzenie swoich praw w postępowaniu odwoławczym. Podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu ma interpretacja art. 60d ust. 1 Pzp stanowiącego, że o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oceny wymaga bowiem, czy przekazanie przez zamawiającego odwołującemu wyłącznie informacji o przyznanej mu liczbie punktów, miejscu, w klasyfikacji wykonawców, na którym znalazł się po ocenie wniosków, stanowi wypełnienie powinności nałożonej na zamawiającego przywołanym przepisem. Z pojęcia „wyniki oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu” nie wynika zakres informacji składających się na owe „wyniki”. Przepis milczy na temat, czy informacje te winny być przekazane wszystkim wykonawcom, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czy też każdy z nich ma otrzymać wyłącznie swoją indywidualną ocenę. Zamawiający powinien podać, co najmniej informację o przyczynach, dla których wykazane obiekty referencyjne nie zostały uznane za spełniające ustalone wymagania, co skutkowało nie przyznaniem punktów. Z informacji przekazanych odwołującemu nie sposób powziąć wiedzy, które z wykonanych robót budowlanych i usług wykazanych w wykazie odwołującego zamawiający uznał za nieodpowiadające swoim wymaganiom, oraz na jakich podstawach, oparł taką ocenę. Z samego faktu, że w odniesieniu do części usług zamawiający podjął czynności wynikające z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp nie wynika przecież, że właśnie te usługi nie zostały uznane przez zamawiającego. Nie jest rzeczą wykonawców domyślania się, na jakich podstawach faktycznych i prawnych, oparł zamawiający ocenę wniosków. To obowiązkiem zamawiającego jest przekazanie

wykonawcom informacji zawierającej uzasadnienie dokonanej oceny. Brak zamieszczenia pełnej oceny w informacji skierowanej do odwołującego nie tylko uniemożliwia mu obronę praw w postępowaniu, ale też, preferuje wykonawców, którzy po dokonanej przez zamawiającego ocenie wniosków uzyskali liczbę punktów umożliwiającą im uzyskanie zaproszenia do dialogu konkurencyjnego.

Odwołujący stwierdził wprost, że wnosząc niniejsze odwołanie może jedynie domniemywać, że nieprzyznanie mu punktów może być efektem uznania przez zamawiającego, że dokumentacja w tym zakresie budzi wątpliwości. W dniu 18 listopada 2014 roku zamawiający zwrócił się do odwołującego o uzupełnienie dokumentów, jednakże wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp objęte zostały roboty budowlane, których referencje zostały zadedykowane odwołującemu przez spółkę POSCO E&C Ltd., Remondis Sp. z o.o., spółkę Namguk General Construction Co., Ltd oraz spółkę Keppel Seghers Singapur. Zamawiający wezwał odwołującego do przedstawienia oświadczenia o udzielonych zasobach w bezpośredniej relacji, pomiędzy odwołującym a Keppel Seghers Singapur, w celu wykazania realnego wykorzystania udzielonych zasobów, co do referencyjnego obiektu w Katarze, bowiem do wniosku załączone zostały dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót oraz spełnianie wymagań zamawiającego w zakresie poziomu norm emisyjnych wynikających z prawa unijnego. Dodatkowo zamawiający wezwał o przedstawienie pisemnego oświadczenia o udzielonych zasobach przez spółkę Namguk General Construction Co., Ltd, bowiem omyłkowo dokument ten nie został dołączony do wniosku. Do wniosku został także dołączony wykaz robót w zakresie obiektów referencyjnych położonych na terytorium Niemiec, spełniających wymagania techniczne wymienione w ogłoszeniu dedykowanych odwołującemu przez spółkę Keppel Seghers GmbH. Dotyczyło to obiektu Mannheim MK6, KW Hurth, Leuna 2, Magdeburg 3+4, Magdeburg 1+2, Hannover - Lahe. Jednakże z treści oświadczenia o udzieleniu zasobów wynikało, że Keppel Seghers GmbH udostępnił posiadane zasoby i referencję spółce Keppel Seghers Belgium, a ta ostatnia odwołującemu. Wobec tego w ocenie odwołującego zamawiający dopuścił się tym zachowaniem naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu i wzywania ich na tych samych zasadach. Wobec tego w sytuacji, gdy w przypadku innych wykonawców dopuścił, iż wykonawca może wskazywać w postępowaniach doświadczenie swoich spółek zależnych bez przedstawienia zobowiązań do udostępnienia tych zasobów, bowiem w rzeczywistości wykonawca będzie dysponował nimi, jak zasobami własnymi. W analizowanym stanie faktycznym ze względu na powiązania organizacyjne i kapitałowe w grupie Keppel Seghers, wymiana doświadczenia, stosowanej technologii, oddelegowania wykwalifikowanej kadry jest standardową procedurą w toku realizacji zamówienia. Wobec tego w przypadku, gdy odwołujący udowodnił spełnianie

kwalifikacji technicznych dotyczących wykonanych robót budowlanych w zakresie wskazanych przez ten podmiot instalacji, a nie podlegał wykluczeniu, zamawiający powinien wezwać go do przedłożenia tych dokumentów. Odwołujący dodatkowo podkreślał, że spółka Keppel Segher GmbH jest uprawniona do dysponowania referencjami dotyczącymi wykonanych przez inne podmioty instalacji zlokalizowanych na terenie Niemiec, z tego względu, że na gruncie prawa niemieckiego stała się następcą prawnym tych podmiotów, wobec tego dysponuje tymi zasobami jak własnymi. Wykładnia art. 26 ust. 2b Pzp nie daje odpowiedzi w zakresie możliwości udzielenia zasobów przez podmioty przejęte przez podmiot, który w danym podstępowaniu składa oświadczenie o zobowiązaniu do ich udzielenia. Z dorobku judykatury i literatury przedmiotu wynika, iż przejęcie referencji i zasobów możliwe jest w drodze sukcesji generalnej. Sekwencja zdarzeń prawnych w okolicznościach sprawy niniejszej zdaniem odwołującego pozwala zakwalifikować te zdarzenia, jako sukcesję generalną. Wobec tego przy ustaleniu wyników oceny spełniania warunków na podstawie art. 51 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający powinien zgromadzić wszelkie dokumenty umożliwiające wszechstronne zbadanie sprawy. W przypadku powzięcia wątpliwości, bądź nie uznania złożonych dokumentów za wiarygodne, powinien ten stan ustalić. Wniosek odwołującego został oceniony bez uprzedniego wezwania w tym zakresie, w sytuacji gdy w analogicznych przypadkach dotyczących innych wykonawców tj. w zakresie wniosku konsorcjum Astaldi i TIRU zamawiający wzywał o wyjaśnienie sposobu udzielonych zasobów przez spółki przejęte przez TIRU S.A. Zdaniem odwołującego powyższa argumentacja pozwala przyjąć, że doszło do naruszenia równego traktowania wykonawców i konkurencyjności w niniejszym postępowaniu.

Ad. wniosku NDI Project Development Sp. z o.o.

Odwołujący podnosił, iż zaskarżone czynności zamawiającego w zakresie oceny wniosku NDI Project Development Sp. z o.o. naruszają wskazane przepisy, z poniżej przedstawionych względów:

- zarzut błędnej oceny posiadania zdolności ekonomicznej i finansowej wymaganej w sekcji III.2.2 Ogłoszenia i zaniechania wykluczenia wykonawcy z tego powodu.

Wykonawca NDI Project Development Sp. z o.o. na potrzeby udokumentowania zdolności finansowej wskazał m.in. dokument tj. zaświadczenie bankowe BNP Paribas, oraz oświadczenie o zobowiązaniu do oddania do dyspozycji zasobów do wykonania zamówienia przez Vinci Environnement. Odwołujący podał, że w ogłoszeniu o zamówieniu zostały enumeratywnie wskazane dokumenty, za pomocą których partner prywatny może wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu (pkt. III.2.2)2.). Jest to katalog zamknięty. Wśród takich dokumentów zamawiający wskazał „informację banku potwierdzającą zdolność kredytową partnera prywatnego, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem



terminu składania wniosków". Zaświadczenie bankowe BNP Paribas nie spełnia tych wymogów. Zgodnie z jego treścią bank zaświadczył, iż będzie gotowy „rozpatrzyć wniosek o linię kredytową do kwoty 70 000 000,00 EUR (we would be ready to study any application for a credit line up to EUR 70 000 000)". Powyższe nie oznacza, że wniosek taki zostałby rozpatrzony pozytywnie. Gotowość rozpatrzenia wniosku przez bank w żaden sposób nie potwierdza, że podmiot posiada zdolność spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami (oświadczenie dowodzi jedynie możliwości banku). Z zaświadczenia powinno bezsprzecznie wynikać, że wykonawca ma możliwość uzyskania kredytu a nie, że Bank ma możliwość rozpatrzenia aplikacji. Należy odrzucić przypuszczenie, że takie sformułowanie leży w ramach praktyki banku BNP Paribas, gdyż oświadczenie tego samego banku (którego oddział ma również siedzibę we Francji), innej treści złożył np. wykonawca Dalveo Poznań Sp. z o.o. Dodatkowo, tłumaczenie oświadczenia banku na język polski zawiera błąd gdyż zwrot „we would be ready” nie oznacza „jesteśmy gotowi” ale „bylibyśmy gotowi”. Takt zwrot potwierdza, że zdolność kredytowa Vinci Environnement nie była przez BNP Paribas, w okresie poprzedzającym nie więcej niż 3 miesiące termin złożenia wniosków, badana. Natomiast stosownie do pkt. III.2.2)2 partner prywatny powinien poświadczyć zdolność kredytową przed upływem terminu składania wniosków, a nie w nieokreślonym czasie w przyszłości.

Odwołujący argumentował, że przywilej posłużenia się zasobami podmiotów trzecich wymaga, aby wykonawca udowodnił możliwość dysponowania tymi zasobami, a nie jedynie tą okoliczność uprawdopodobnił (art. 26 ust. 2b Pzp). Każde udostępnienie zasobu powinno mieć charakter realny i rzeczywisty. Zgodnie z orzeczeniem KIO 2480/12 wykonawca musi wykazać się „realną możliwością do uzyskania kredytu.”

Dodatkowo odwołujący podnosił, że w przypadku wspierania się potencjałem osób trzecich, zgodnie ze stanowiskiem KIO wyrażonym w wyroku KIO 2480/12, wykonawca jest zobowiązany wykazać, w sposób niebudzący wątpliwości, że potencjał ten będzie mógł wykorzystać na cele realizacji konkretnego zamówienia (art. 26 ust. 2b Pzp).

Oświadczenie Banku poczytał za równie wadliwe gdyż nie można ustalić, czy podpisały je osoby odpowiedzialne za przyznawanie kredytów, czy np. przez osoby czynne w biurze przedsiębiorstwa upoważnione do przyjmowania korespondencji potwierdzające zakres działalności Banku, co najwyżej mogące potwierdzić zakres usług świadczonych na rzecz danego podmiotu. Z przepisów prawa oraz doświadczenia życiowego wynika, że upoważnienie do wydawania przez Bank zaświadczeń, w zakresie indywidualnych spraw klientów, wynika z udzielonych pełnomocnictw. To, czy podmiot ma zdolność kredytową wymaga specjalistycznej analizy i jest objęte tajemnicą bankową. To, że bank rozpoznaje wnioski kredytowe nie jest informacją ani wymagającą szczególnych analiz, ani nie jest

objęte poufnością. Bank BNP Paribas jest w powyższym piśmie wadliwie reprezentowany przez osoby – A. A. oraz M.-. F. . Zgodnie z powyższym wykonawca nie udokumentował spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wymaganej zdolności ekonomicznej i finansowej. W takiej sytuacji powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu. Jednocześnie NDI Project Development Sp. z o.o. nie wykazał, że nie mógł uzyskać dokumentu dotyczącego sytuacji finansowej i ekonomicznej z uzasadnionej przyczyny. Dodatkowo odwołujący wskazał, że opinia bankowa PKO Banku Polskiego S.A. dot. NDI S.A., przedstawiona do wniosku złożonego przez NDI Project Development Sp. z o.o., jest nieprzydatna dla celów postępowania, w szczególności dla celów wykazania aktualnej kondycji finansowej partnera prywatnego lub podmiotu wspierającego. Stosownie do art. III.2.2) 2. ogłoszenia, w celu spełnienia przez partnera warunków udziału w postępowaniu zaświadczenie o zdolności kredytowej wystawionej przez bank nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków. Zapis ten należy czytać w ten sposób, że informacja banku powinna potwierdzać bieżącą/aktualną sytuację finansową partnera prywatnego (lub osoby trzeciej). Za taką informację nie można uznać informacji na podstawie dokumentów finansowych podmiotu - sporządzonych na dzień 30.06.2014 r. Dodatkowo podnosił, że w przypadku wspierania się potencjałem osób trzecich, wykonawca jest zobowiązany wykazać, że potencjał ten będzie mógł wykorzystać na cele realizacji konkretnego zamówienia (art. 26 ust. 2 b Pzp). Informacja Banku PKO Bank Polski S.A. nie zawiera takiego wskazania. Ponadto, odwołujący stawiał pytanie w zakresie, czy uprawione było w okolicznościach niniejszej sprawy ustalenie formy współpracy pomiędzy podmiotem udzielającym zasoby finansowe a wykonawcą na zasadzie podwykonawca. W tym zakresie odwołujący podnosił, co następuje. Ustawodawca wprowadził do art. 2 pkt. 2b Pzp definicję umowy o podwykonawstwo. Zgodnie z nią „należy przez to rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami”. Ponadto, zanim wprowadzono definicję podwykonawstwa Izba uważała, że „pośrednio definicję taką można wyprowadzić z art. 36 ust. 4 i 5 Pzp. Z przepisów tych wynika bowiem, że za podwykonawstwo należy uznać wykonanie całości lub części przedmiotu zamówienia przez podmiot inny, niż wykonawca (KIO 1403/13, Wyrok KIO.2013-06-27).” Tak więc podwykonawca jest podmiotem realizującym samodzielnie dającą się wyodrębnić część zamówienia. Natomiast z literatury przedmiotu i dorobku judykatury, wynika jednoznacznie, że dostarczenie potencjału finansowego nie jest taką częścią zamówienia, którą dałoby się wyodrębnić i przekazać innemu podmiotowi do realizacji. Wobec tego, dodatkowo podkreślił, że dla realizacji

zamówienia przy tego typu projekcie, jakim jest przedsięwzięcie z zakresu gospodarki odpadami pozyskanie stabilnego i niezagrożonego finansowania jest niezwykle istotne. Innymi słowy, udzielone środki powinny dotyczyć samego wykonawcy, lub zawarta powinna zostać inna umowa, zabezpieczająca interesy zamawiającego. W analizowanym stanie faktycznym, stwierdził, że z dokumentacji postępowania wynika, że udzielający zasobów VINCI Development w oparciu o umowę podwykonawczą będzie udostępniał potencjał finansowy. Konieczność dysponowania przez partnera zasobami finansowymi nie może być sędowana na podwykonawcę.

Zarzut błędnej oceny rzeczywistego charakteru udzielonych zasobów, błędnej oceny prawidłowości oświadczenia o udzieleniu zasobów, braku wezwania wykonawcy do uzupełnienia, odwołujący uzasadniał następująco.

Zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobów do wykonania zamówienia przez Wheelabrator Technologies Inc. na rzecz NDI Project Development Sp. z o.o. nie stanowi dowodu rzeczywistego udostępnienia zasobów partnerowi prywatnemu. Odwołujący podnosił, że dla zobowiązania do oddania do dyspozycji zasobów do wykonania zamówienia koniecznym jest udowodnienie, że zobowiązanie ma charakter realny i rzeczywisty. Zgodnie z orzeczeniem KIO 84/12 oraz KIO 2213/11 *„Nie spełnia wymogu zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy, dokument podpisany przez osobę nieuprawnioną jak też dokument podpisany przez osobę, której umocowania do działania w imieniu podmiotu trzeciego wykonawca nie wykazał. Wyartykułowany wprost w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy wymóg udowodnienia przez wykonawcę, że dysponuje określonymi zasobami podmiotu trzeciego oznacza, że w przypadku złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego, wykonawca zobowiązany jest również do złożenia dowodów, że osoba podpisująca takie zobowiązanie, była uprawniona do działania w imieniu podmiotu trzeciego”*. Natomiast w odniesieniu do ww. zobowiązania partner prywatny nie dołączył jakiegokolwiek dokumentu wykazującego umocowanie podpisującej się osoby do udostępnienia potencjału. Nie wiadomo również, jaka osoba złożyła podpis na dokumencie, gdyż podpis jest nieczytelny, a dokument nie zawiera pieczęci tej osoby wykazującej czytelnie imienia i nazwiska oraz jej funkcji. Zgodnie z orzeczeniem sygn. akt UZP/ZO/0-30/-6 jedynie *„Parafa plus pieczęć imienna umożliwiła Zamawiającemu zidentyfikowanie osoby składającej podpis, a tym samym weryfikację czy osoba ta jest uprawniona do działania w imieniu składającego ofertę.”* Na dokumencie nie znajdują się natomiast żadne dane pozwalające zidentyfikować osobę składającą podpis pod zobowiązaniem. Dotyczy to obiektów referencyjnych wskazanych na pozycjach 6, 7, 8, 9, 10, 11,12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20 załącznika nr 4 do wniosku (wykaz usług). Żadna z wymienionych referencji nie świadczy, zatem o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu

przez NDI Project Development Sp. z o.o., ani nie powinna być uwzględniona w punktacji. Ponadto partner prywatny nie wykazał, w jaki sposób zasoby miałyby być udostępnione.

Zarzut błędnej oceny posiadanych przez wykonawcę kwalifikacji technicznych w zakresie zarządzania.

Do wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym złożonego przez NDI Project Development Sp. z o.o. zostały dołączone dokumenty dot. obiektów referencyjnych, których prawidłowość prowadzenia poświadczył podmiot Shanghai Environmental Group Co Ltd (str. 46-47 wniosku). Ltd. Oświadczenie dotyczy 7 (siedmiu) obiektów referencyjnych w Chinach: (1) Jinshan, (2) Laogang, (3) Giugdao, (4) Weihai, (5) Chengdu, (6) Zhangzhou, (9) Nanjing. Po pierwsze, z oświadczenia nie wynika, w jakim charakterze Shanghai Environmental Group Co Ltd ich udziela, w szczególności, czy był inwestorem wskazanych w piśmie przedsięwzięć.

Jednocześnie, podmiot udzielający referencji wskazał, że Wheelabrator Technologies Inc. zaangażowany był w dostarczanie usług z zakresu zarządzania spalarniami jako „joint venture partner”. Odwołujący przytoczył poglądy na temat definicji „joint venture”. Uznał za niewystarczające, że Wheelabrator Technologies był partnerem „joint venture”, w świetle art. 26 ust. 2b Pzp, do stwierdzenia, że podmiot ten nabył rzeczywiście doświadczenie związane ze wskazanymi w oświadczeniu referencjami. Dodatkowo, oświadczenie Shanghai Environment Group Co. Ltd nie wskazuje, w jakim czasie były wykonywane usługi, szczególnie dla każdego obiektu referencyjnego. Podane jest jedynie ogólnie, że w okresie 2011-2013 joint venture świadczyła usługi dla 7 obiektów. Natomiast, np. w przypadku obiektu Jinshan dostępne są w Internecie informacje, że został on uruchomiony dopiero w 2012 r. W związku z tym nie wiadomo, czy podmiot udostępniający świadczył usługi w tym zakresie przez wymagany, nieprzerwany okres 12 miesięcy (pkt. 111.2.3)1.2) ogłoszenia). Tę samą wątpliwość powziął w odniesieniu do obiektów referencyjnych Zhangzhou i Laogang. W związku z tym obiekty te nie powinny być brane pod uwagę ani w zakresie stwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, ani przy przydzielaniu punktacji. Ponadto, zdaniem odwołującego instalacje wskazane w pkt. 2-4 załącznika nr 4 do wniosku (Wykaz usług) nie dokumentują faktycznego okresu eksploatacji, w szczególności nie jest jasne, kiedy instalacje zostały uruchomione. Instalacje wskazane w pkt. 7,11,19,20 - mogą nie spełniać standardów emisyjnych wskazanych w przepisach. Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę NDI w żaden sposób nie dokumentują faktu spełniania przez instalacje referencyjne norm emisyjnych. Wyjaśnienia wskazują jedynie na potencjalną możliwość spełnienia tych norm, co może sugerować, iż w chwili składania oświadczenia/wniosku instalacje te norm emisyjnych nie spełniały. Referencje przedłożone nie dokumentują czy spółka udzielająca doświadczeń zajmuje się zarządzaniem instalacją

(management and operating maintenance), czy tylko samym administrowaniem (czynności czysto techniczne, bez rzeczywistego wpływu na proces funkcjonowania instalacji).

Zarzut błędnej oceny posiadanych przez wykonawcę kwalifikacji technicznych w zakresie zarządzania poprzez przyjęcie, że obiekty referencyjne spełniają wymogi Dyrektywy 2000/76/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 grudnia 2000 r. w sprawie spalania odpadów, błędnego przyjęcia skutecznego złożenia oświadczenia w zakresie spełniania wymogów emisyjnych przez pełnomocnika wykonawcy, zarzut błędnej oceny, co skuteczności złożonego oświadczenia z przekroczeniem umocowania do działania. Odwołujący wskazał, że wykonawca NDI Project Development Sp. z o.o. w wykazie robót podał dwadzieścia obiektów referencyjnych w zakresie usługi zarządzania, co do których referencji i oświadczenia o udzieleniu zasobów udzieliła spółka Wheelabrator Technologies. W zakresie czterech obiektów ujętych w pozycjach 7,11,19, 20, wykonawca skwitował podpisem oświadczenie o braku spełniania wymogów Dyrektywy 2000/76/WE w zakresie dopuszczalnych emisji spalin. W przypadku pozostałych wskazane zostało, że obiekty referencyjne spełniają wymogi wyżej powołanej Dyrektywy. Wykaz usług nie został podpisany przez osobę reprezentującą spółkę Wheelabrator Technologies, a jedynie przez wykonawcę. W zakresie instalacji wymienionych w pozycjach od 8 - 10 oraz od 12 - 18 zlokalizowanych na terenie Stanów Zjednoczonych zamawiający pismem z dnia 18 listopada 2014 roku, wezwał do złożenia oświadczenia w zakresie spełniania wymogów emisyjnych wynikających z wyżej wskazanej dyrektywy. W odpowiedzi pełnomocnik wykonawcy umocowany w dniu 28 października 2014 r. złożył oświadczenie imieniem wykonawcy, z którego wynika, że spalarnie wskazane w pozycjach 8-10 oraz 12-18 zarządzane przez spółkę Wheelabrator Technologies, która w niniejszym postępowaniu udzieliła zasobów wykonawcy, są zdolne spełnić wymagania Dyrektywy bez konieczności ich przebudowy lub montażu dodatkowych urządzeń tj. z wykorzystaniem istniejących systemów oczyszczania spalin - przy innych ustaleniach procesu technologicznego. Takie oświadczenie poczytał odwołujący za uchybienie istotnym zasadom wynikającym z prawa zamówień publicznych. Po pierwsze, powołując się na treść ogłoszenia w zakresie kwalifikacji technicznych, że formalnym wymogiem udziału w postępowaniu i spełniania kryterium kwalifikacji było spełnianie wymogów określonych norm emisyjnych po myśli Dyrektywy, powołanej wyżej. Złożone oświadczenie, z którego wnika, że przedmiotowe instalacje są zdolne spełnić wymagania bez dokonywania przebudowy, nie wypełnia opisu potrzeb i wymagań zamawiającego oraz treści ogłoszenia. Wykładnia literalna, prowadzi bowiem do wniosku, że instalacje jednoznacznie nie spełniają wymogów emisyjnych, lecz mogą w odpowiednich warunkach je spełnić. Z doświadczenia technicznego odwołującego wynika, że w przypadku podobnych instalacji konieczna byłaby jednak instalacja dodatkowych urządzeń. Wobec tego zdaniem odwołującego zamawiający istotnie naruszył zasadę równego traktowania

wykonawców, skoro wobec innych, oczekiwał przedstawienia dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie wymogów. Za naruszeniem tej zasady również przemawia okoliczność przyznania punktów za te obiekty referencyjne, w sytuacji, gdy oświadczenie złożone przez pełnomocnika nie wyczerpało wymogów ogłoszenia. Po drugie, odwołujący podnosił, że oświadczenie pełnomocnika zostało złożone wadliwie w zakresie podmiotu uprawnionego do złożenia takiego oświadczenia. Zgodnie z procedurą oświadczenie w zakresie wymogów technicznych instalacji powinno zostać złożone przez podmiot faktycznie nią zarządzający, udzielający zasobów wykonawcy w tym postępowaniu. Ustawa Pzp i rozporządzenie wykonawcze nie dopuszcza możliwości, aby wykonawca złożył oświadczenie i je podpisał w przypadku, gdy dotyczy ono podmiotowo lub przedmiotowo podmiotu udzielającego zasoby. Oznacza to, że oświadczenie w zakresie spełniania wymogów technicznych analizowanych obiektów referencyjnych - mogła złożyć jedynie osoba umocowana przez spółkę Wheelabrator Technologies. Takie oświadczenie nie wpłynęło do zamawiającego, i zgodnie z zasadą jednokrotnego wezwania w procedurze o udzielenia zamówienia, nie będzie mogło już zostać uzupełnione. Wobec tego stwierdził, że nieuprawniona była czynność zamawiającego prowadząca do przyznania punktów w tym zakresie. Dodatkowo zaznaczał, że lokalizacja instalacji na terenie Chin, USA oraz Wielkiej Brytanii oraz biorąc pod uwagę, że wskazany okres wykonywania usług zarządczych przez udzielającego zasoby rozpoczyna się w latach 90, może budzić wątpliwości zamawiającego w zakresie spełniania warunków referencyjnych, i czy zamawiający w takiej sytuacji był uprawniony do poprzestania na jednostronnym oświadczeniu wykonawcy. Mając na względzie wagę i rozmiar tego przedsięwzięcia, zamawiający powinien sprawdzić te okoliczności w sposób prowadzący do jednoznacznych wniosków. Zauważył, że zamawiający miał możliwość wezwania wykonawcy do przedstawienia dokumentów, o których mowa w Dyrektywie tj. pozwoleń na prowadzenie działalności spalarni, certyfikatów i zaświadczeń w zakresie poziomu norm emisyjnych, miał możliwość samodzielnego wystąpienia do odpowiednich organów w zakresie potwierdzenia spełniania tych norm lub zasięgnięcia wiedzy eksperckiej w tym zakresie. Żadnych z tych przykładowo wskazanych sposobów ustalenia tych istotnych dla postępowania okoliczności, zamawiający nie podjął. Przy wyliczeniu liczby punktów oparł się jedynie na oświadczeniu, które w ocenie odwołującego nie ma mocy dowodowej i nie powinno stanowić podstaw kwalifikacji. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, złożenie dokumentów dotyczących udostępnienia potencjału podpisanej przez partnera prywatnego jest niezgodne z art. 26 ust. 2b Pzp.

Odwołujący wskazywał, iż instalacje referencyjne w zakresie projektowania i budowy nie spełniają wymogów instalacji referencyjnej - instalacji termicznego przekształcania odpadów m.in. w zakresie:

- a) Instalacja wskazana w pkt. 1 załącznika nr 5 do wniosku (Wykaz robót budowlanych) nie wytwarza energii elektrycznej (produkowana jest jedynie energia cieplna),
- b) Instalacja wskazana w pkt. 2 - instalacja została oddana do użytku dawniej, niż 5 lat przed upływem terminu do składania wniosków.

Ad. zarzut uznania przez zamawiającego za skuteczne złożenia oświadczenia w sytuacji działania bez umocowania. Do wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym złożonego przez NDI Project Development Sp. z o.o. zostało dołączone porozumienie między NDI S.A. z siedzibą w Warszawie a NDI Project Development Sp. z o.o. w zakresie udostępnienia zasobów finansowych. Oświadczenie to zostało, ze strony NDI S.A. podpisane przez dwóch prokurentów: panią D. M. oraz S. R. . Do wniosku nie został dołączony żaden dokument, z którego wynikała by właściwa reprezentacja prokurentów do podpisania przedłożonego dokumentu. Wypis z KRS dla spółki NDI S.A. nie określa, w jaki sposób prokurenci uprawnieni są do reprezentacji spółki, a więc nawet ten dokument, nie jest potwierdzeniem skutecznego umocowania do zaciągnięcia zobowiązania, o wysokości 0,5 mld złotych. Prokura jest, bowiem ujawniona w rejestrze z uchybieniem art. 109<sup>1</sup> K.c. (brak wskazania sposobu wykonania prokury łącznej). Czynność podjęta przez prokurentów wykracza również poza przedmiot działalności NDI S.A. ujawniony w PKD. Stosownie do art. 109<sup>1</sup> K. c. Prokura jest pełnomocnictwem, które obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie związane są z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Uznawał, że zaciągnięcie wobec innego podmiotu, zobowiązania w wysokości 500 000 000 złotych, przy fakcie, że czynność ta wykracza poza przedmiot działalności NDI S.A. ujawniony w rejestrze, nie jest czynnością związaną z prowadzeniem przedsiębiorstwa.

Ad. zarzutów w stosunku do oceny wniosku konsorcjum Astaldi S.p.A., T.M.E S.p.A., TIRU S.A.

Uzasadnienie do zarzutu nierównego traktowania wykonawców, w sytuacji przekroczenia przez wykonawców terminu do uzupełnienia wniosku i złożenia wyjaśnień. Zamawiający w dniu 18 listopada 2014 roku, wezwał na podstawie ustawy art. 26 ust. 3 i 4 Pzp wykonawcę Astaldi S.p.A. do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia wniosków, poprzez wyjaśnienie czy TIRU S.A. należy do tej samej grupy kapitałowej, co Dalveo Poznań Sp. z o.o. oraz złożenie dokumentów poświadczających, że konsorcjum które złożyło wniosek będzie dysponowało zasobami Protires, Esiane, TRM S.A., Dalkia Nord Finistere oraz Cydel. Zamawiający w piśmie z dnia 18 listopada 2014 roku wyraźnie zaznaczył, że dokumenty powinny zostać uzupełnione przez wykonawcę w terminie do dnia 27 listopada 2014 roku do godz. 13.00. Zgodnie z treścią ogłoszenia zamawiający dopuścił możliwość korespondencji z wykonawcami faksem, co również zostało potwierdzone w piśmie wzywającym do uzupełnienia. Jednocześnie zamawiający wskazał, że termin ten jest nieprzekraczalny.

Odwołujący zarzucał, że z zapisu transmisji danych, pisma będącego odpowiedzią na wezwanie zamawiającego, przekazanych przez tego wykonawcę, wynika że dokumenty dotyczące zakresu udostępnionych zasobów, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, charakteru stosunku, jaki będzie łączył partnera z tymi podmiotami oraz zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia zostały przekazane po godzinie 13.00. Odwołujący zauważył, że transmisja danych pisma z dnia 27 listopada 2014 roku, rozpoczęła się o godzinie 12:45, zaś zakończyła o godz. 13:07. W okresie od 13:00 do 13:07 przesłanych zostało 14 dokumentów, które należy tym samym traktować jako dostarczonych do zamawiającego z przekroczeniem terminu. Porozumiewanie się za pomocą faksu i e-maila sprzyja szybkości postępowania, jednak wybór przez zamawiającego tych form komunikacji nie może ograniczać konkurencji. Z tego powodu forma pisemna jest zawsze dopuszczalnym sposobem przekazania uzupełniających wyjaśnień, dokumentów czy informacji (art. 27 ust. 3 Pzp.). Dlatego też nawet w przypadku, gdy zamawiający określi sposób porozumiewania się, wybierając formę inną niż pisemna, a zawiadomienia, wnioski lub informacje zostaną mu przekazane w formie faksu, czy pisemnej nie będzie mógł uznać wadliwości, takiej czynności ze względu na regulację art. 27 ust. 3 Pzp. Osobną kwestią jest zachowanie terminu przy udzielaniu wyjaśnień czy uzupełnianiu dokumentów. Co do zasady, zamawiający ma dużą swobodę w określeniu zarówno terminu, jak i sposobu przekazania uzupełnień dokumentów. W przypadku jednak, gdy w danym postępowaniu dopuszczalną formą komunikacji jest każda z trzech wymienionych w ustawie, w braku wyraźnych, odmiennych instrukcji ze strony zamawiającego należy przyjąć, że wykonawca powinien w terminie wskazanym przez zamawiającego złożyć pismo osobiście w siedzibie zamawiającego bądź też nadać na pocztę list polecony. Nawet, jeżeli inni wykonawcy zdecydują się w takim przypadku wysłać informację faksem lub pocztą elektroniczną, termin wyznaczony przez zamawiającego będzie w praktyce dla wszystkich wykonawców taki sam, każdy z nich będzie musiał sporządzić i wysłać odpowiedź, w takim samym terminie. Konkludując, wskazał, że w przypadku, gdy jeden z wykonawców przekroczył termin, a zamawiający uznał wniesione uzupełnienia za skuteczne, należy zdaniem odwołującego uznać to za naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto powoływał się na zasadę jednokrotnego wezwania - wykonawca nie będzie uprawniony do dalszego uzupełnienia dokumentów. Uznał, że z przedstawionych poświadczeń, posiadania zasobów nie wynika rzeczywista możliwość korzystania z nich. Wobec tego zamawiający nie powinien ocenić przedstawionych referencji, jako niebudzących wątpliwości i nie powinien przyznać punktów za obiekty referencyjne, których dotyczą.

Ad. zarzut zaniechania wezwania spółki TIRU S.A. do złożenia wyjaśnień w sprawie oświadczeń i dokumentów.



Wspomnianym pismem z dnia 18 listopada 2014 roku, zamawiający powziął wątpliwość, co do posiadanych referencji przez tego wykonawcę i wyjaśniał kwestię udowodnienia rzeczywistego charakteru udzielonych zasobów w zakresie usług zarządzania. Zamawiający jednak zdaniem odwołującego - nierzetelnie ocenił dokumenty w zakresie referencji i oświadczeń o udzielonych zasobach, przedłożonych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, obejmującym w szczególności oświadczenie o udzieleniu zasobów w zakresie wykonania zakładu utylizacyjnego w Chambéry - z zaświadczenia wynika, że modernizacja została przeprowadzona przez konsorcjum spółek Vinci Environment SAS i Campenon Bernard Regions - C.B.R, jednak nie wskazano, która spółka (wchodząca w skład konsorcjum) w jakim zakresie, i za jakiego rodzaju prace projektowe i budowlane - odpowiadała za wykonanie zamówienia. Podmiot Campenon Bernard Regions, też powinien formalnie udzielić zasobów NDI, natomiast zamawiający nie wezwał do złożenia wyjaśnień i złożenia dokumentów. W sytuacji, gdy inni wykonawcy, także odwołujący zostali wezwani do wskazania czy udzielone zamówienie obejmowało także roboty projektowe oraz wyjaśnienia, który podmiot wchodzący w skład grupy kapitałowej faktycznie wykonał referencyjne zamówienie. Odwołujący zarzucał nierówne traktowanie wykonawców, bowiem zostały tym samym przyznane punkty za obiekty referencyjne wykonane przez inny podmiot, który nie złożył oświadczenia o udzieleniu zasobów na rzecz konsorcjum.

Natomiast Instalacja referencyjna nr 7 (s. 280 wniosku) prowadzi spalanie odpadów medycznych. Nie jest jednoznaczne, czy instalacja spełnia wszelkie wymogi w zakresie spalania odpadów komunalnych. Ponadto w zakresie - Instalacja nr 12 nie zostało potwierdzone spełnianie wymogów odnośnie technologii procesów.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania w sytuacji nie przedstawienia zaświadczenia o niekaralności urzędującego członka organu zarządzającego osoby prawnej, tj. członków konsorcjum, zarzut błędnego uznania skuteczności udzielonych pełnomocnictw.

Spółka TIRU S.A., do złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, przedłożyła poświadczenia o niekaralności dla pani M. M. (Dyrektor Generalny) oraz dla pana L. M. (Zastępca Dyrektora Generalnego) oraz oświadczenia o niekaralności złożone przed notariuszem przez te same osoby. Jednocześnie z dokumentacji postępowania, w tym z przedłożonego wyciągu z wypisu do rejestru handlowego oraz spółek (karty 249-256) wynika, iż w organie zarządzającym TIRU (Rada Administracyjna) zasiada więcej osób (11 administratorów oraz 3 przedstawiciele pracowników).

Zamawiający powziął wątpliwość odnośnie ilości przedłożonych zaświadczeń o niekaralności (wezwanie do uzupełniania dokumentacji), jednak wykonawca nie przedłożył

zaświadczeń dla wszystkich osób (osób prawnych i fizycznych), które zasiadają w Radzie Administracyjnej. Brak zaświadczeń o niekaralności wszystkich członków organu zarządzającego TIRU, stanowi w opinii odwołującego podstawę do wykluczenia konsorcjum, którego liderem jest Astaldi S.p.A. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Przywołany przepis w sposób jednoznaczny wskazuje, iż zaświadczenia o niekaralności powinny zostać przedłożone przez „urzędujących członków organu zarządzającego”, jakim zdaniem odwołującego jest cała Rada Administracyjna TIRU. Dodatkowo podnosił, że na gruncie Pzp pojęcie - urzędujący członek organu zarządzającego nie oznacza jedynie tych członków, którzy faktycznie podejmują w organie zarządzającym decyzje i realnie wpływają na jego pracę, lecz wszystkich członków, którzy w danym okresie wchodzi w jego skład. Nie ma przy tym znaczenia funkcja, którą w tym organie sprawują i to, czy w ogóle w pracy organu zarządzającego się angażują. Zatem nie ma znaczenia, czy członek organu zarządzającego pełni funkcję zarządczą doradczą czy inną - Pzp nie wprowadza, bowiem takiego rozróżnienia i nie uzależnia od niego obowiązku złożenia zaświadczenia o niekaralności (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. KIO 1369/12). KIO w sprawie o podobnym stanie faktycznym (wyrok z dnia 10 maja 2010 r., sygn. KIO/UZP 723/10) stwierdziło, iż organem zarządzającym spółki są osoby wchodzące w skład Rady Administracyjnej. Dodatkowo KIO wskazało, iż podstawą rozstrzygnięcia w sprawie powinny być dokumenty urzędowe dotyczące spółki, w tym przedstawiony wpis do rejestru handlowego. Z orzecznictwa, zatem wynika wniosek, iż członkowie Rady Administracyjnej są członkami organu zarządzającego. W niniejszej sprawie konsorcjum załączyło do wniosku wyciąg z rejestru, z którego wynika, iż organem zarządzającym jest cała Rada Administracyjna, a zatem zaświadczenia i niekaralności p. M. M. oraz p. L. M. są nerelevantne z punktu widzenia potwierdzenia niekaralności członków organu zarządzającego (równie dobrze do wniosku można by przedłożyć zaświadczenia o niekaralności prokurenta bądź pełnomocnika). Dodatkowo załączone zostały wyciągi z protokołu z posiedzenia zarządu o mianowaniu p. M. M. na nowego Dyrektora Generalnego oraz mianowaniu p. L. M. na zastępcę Dyrektora Generalnego. Dodatkowo spółka Astaldi S.p.A., jako lider konsorcjum, nie wywiązała się z obowiązku przedstawienia zaświadczeń o niekaralności za przestępstwa w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp urzędujących

członków organu zarządzającego. Wskazany przepis zobowiązuje zamawiającego do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznej osoby prawnej, którego urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za jedno z przestępstw wymienionych w tym przepisie. Przedstawione zaświadczenia o niekaralności członków zarządu Astaldi nie obejmują zakresu określonego w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zakres dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców został określony w Rozporządzeniu z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605) [nieaktualne]. Stosownie do § 2 pkt 2 wskazanego rozporządzenia wykonawca, który ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego, składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych. W przypadku, gdy w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania (jak jest w przypadku Astaldi), nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1 ww. rozporządzenia, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Z powyższego odwołujący wywiódł, że w przypadku zaświadczeń o niekaralności nie może być to dowolne zaświadczenie z rejestru dysponującego informacjami na temat skazań, ale z rejestru, który obejmuje skazania za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp. Wobec tego uznał, że wykonawca nie przedłożył kompletnej dokumentacji, gdyż załączone do wniosku zapytania o udzielenie informacji o osobie wskazują jedynie na to, iż wskazane osoby nie figurują w kartotece krajowego rejestru karnego stanowiącego wyciąg z Biura Krajowej Kartoteki Karnej Prokuratury Republiki przy Sądzie w Rzymie. Tym samym nie są objęte zakresem określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przywołanym rozporządzeniem Astaldi powinno dodatkowo przedstawić odpowiednie dokumenty zawierające oświadczenia złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Jednak takie dokumenty w odniesieniu do organu zarządzającego Astaldi nie zostały załączone. Podkreślał, iż spółka TIRU (pozostająca w konsorcjum z Astaldi) wraz z zaświadczeniami o niekaralności załączyła do wniosku również oświadczenia złożone przed notariuszem, tym samym obejmuje zakresem przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wobec powyższego zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 8

ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca - Astaldi powinien zostać wykluczony z postępowania. Dodatkowo odwołujący zauważył, iż spółka TM.E. S.p.A. również nie wywiązała się z obowiązku przedstawienia zaświadczeń o niekaralności za przestępstwa w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp urzędujących członków organu zarządzającego. Załączone do wniosku zaświadczenia o niekaralności członków organu zarządzającego TM.E (karty 235 - 248) nie obejmują zakresu określonego w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak już było wskazywane w przypadku zaświadczeń o niekaralności nie może być to dowolne zaświadczenie z rejestru dysponującego informacjami na temat skazań, ale z rejestru, który obejmuje skazania za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp. Wobec tego odwołujący podtrzymał, że wykonawca nie przedłożył kompletnej dokumentacji, gdyż załączone do wniosku zaświadczenia z Rejestru Sankcji Administracyjnych Wynikających z Przepływów wskazują jedynie na to, iż wskazane osoby nie figurują w kartotece krajowego rejestru karnego stanowiącego wyciąg z Biura Krajowej Kartoteki Karnej Prokuratury Republiki przy Sądzie w Mediolanie. Tym samym nie są objęte zakresem określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem zgodnie z rozporządzeniem spółka TM.E powinna dodatkowo przedstawić odpowiednie dokumenty zawierające oświadczenia złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Takie dokumenty w odniesieniu do organu zarządzającego TM.E nie zostały załączone. Wobec powyższego zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca - TM.E powinien zostać wykluczony przez zamawiającego - jak przekonywał odwołujący.

Konsorcjum do złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedłożyło pełnomocnictwo dla Astaldi w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych noszące datę 22 października 2014 roku. Z kolei pełnomocnictwo udzielone przez Astaldi p. M. G. oraz p. A. K., do reprezentowania spółki wobec zamawiającego, zostało udzielone w dniu 21 października 2014 roku, a więc zanim spółka Astaldi mogła uzyskać uprawnienie do reprezentowania wszystkich członków konsorcjum. Umocowanie, którym dysponuje p. M. G. i które obejmuje wyłącznie umocowanie do reprezentowania spółki Astaldi, a nie pozostałych członków konsorcjum tj. TM.E. S.p.A. oraz TIRU S.A. Tym samym pełnomocnictwo z dnia 21 października 2014 roku zostało udzielone nieprawidłowo. Należy bowiem mieć na uwadze, iż „czynność prawna w postaci udzielenia pełnomocnictwa głównego nie może być dokonana później niż udzielenie pełnomocnictwa dalszego. Podstawą pełnomocnictwa dalszego jest bowiem pełnomocnictwo główne, a zatem chronologia dokonanych czynności winna być następująca: w pierwszej kolejności udziela

się pełnomocnictwa głównego, a dopiero potem pełnomocnictwa dalszego" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2011 roku, sygn. KIO 786/11; KIO 797/11). Podobne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza przedstawiła w wyroku z dnia 31 października 2013 roku, w sprawie o sygnaturze KIO 2458/13. Zgodnie z powyższym - spółka Astaldi w dniu 21 października 2014 roku nie była pełnomocnikiem (głównym) konsorcjum w konsekwencji przesądza o tym, że p. M. G. oraz p. A. K. nie byli pełnomocnikami (dalszymi) konsorcjum, a tym samym nie byli uprawnieni do podpisania wniosku.

Dodatkowo zauważył, iż pełnomocnictwo udzielone p. M. G., który w imieniu Astaldi (lidera konsorcjum) podpisał wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oświadczenia oraz poświadczał za zgodność z oryginałem załączniki do wniosku, jest nieprawidłowe również z tego powodu, iż udzielone mu pełnomocnictwo zostało podpisane przez p. C. B., który zgodnie z zakresem swojego umocowania wskazanym w zaświadczeniu o wpisie do sekcji zwyczajnej Izby Handlu w Rzymie został upoważniony tylko do podpisywania ofert przetargowych lub koncesyjnych ale nie jest uprawniony do podpisywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wobec tego nie jest uprawniony do ustanowienia dalszego pełnomocnika w tym zakresie.

Zamawiający powziął wątpliwość odnośnie umocowania p. M. G. i wezwał konsorcjum do przedstawienia odpowiedniego pełnomocnictwa p. C. B. lub o potwierdzenie czynności dokonanych przez p. M. G. w imieniu Astaldi (lidera konsorcjum). Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie przedłożył oświadczenie, w którym przedstawia wykładnię sformułowania „do składania ofert”. Jednak wykonawca nie wywiązał się z konieczności prawidłowego uzupełniania dokumentacji. Zgodnie, bowiem z materialnoprawnym charakterem pełnomocnictwa, nie może ono zawierać umocowania do działania dla pełnomocnika "wstecz", tzn. upoważnić go do dokonania czynności przeszłych, a tym samym dokonać wykładni jego treści i potwierdzać jego udzielenie. W ramach uzupełnienia wniosku konieczne staje się przedstawienie innego prawidłowo udzielonego pełnomocnictwa, co nie miało miejsca w niniejszej sprawie. Przekazane przez konsorcjum (Astaldi) oświadczenie uznał odwołujący za próbę dokonywania wykładni oświadczeń woli w zakresie pełnomocnictwa udzielonego przez nieznanego podmiot, poprzez co umocowanie p. Marco Giros pozbawione jest jakiegokolwiek racjonalnej ciągłości, gdyż:

1. dokument w oparciu, o który wskazane zostało umocowanie dla p. C. B. stanowi w istocie wykazy z aktu notarialnego stanowiącego wewnętrzny (korporacyjny) dokument spółki,
2. nie wiadomo czy dokument powyższy został udzielony przez Zarząd, Radę Administracyjną czy Zgromadzenie Wspólników, a może przez organ sądowy sprawujący funkcję zbliżoną do zarządzającego,

3. pan P. A. w przedłożonym oświadczeniu dokonuje wykładni pojęć o charakterze prawnym, co w pewnym zakresie może prowadzić do skutków nieprzewidywanych, wręcz mogących szkodzić spółce,
4. w języku prawnym, zarówno polskim jaki i włoskim, różnica między „wnioskiem” a „ofertą” nie podlega wątpliwości,
5. zamawiający w celu doprecyzowania obowiązku rzetelnej oceny wniosku powinien zlecić przeprowadzenie ekspertyzy prawnej, dokonującej oceny możliwości takiej wykładni, a nie poprzestać jedynie na oświadczeniu,
6. dokonanie wykładni przez p. P. A. uznał odwołujący za niepoprawne – prowadzące do całkowitego rozszerzenia zakresu pełnomocnictwa również o sprawy, które nie wynikały z niego przedtem np. stwierdzenie, iż pełnomocnik był uprawniony również do zawarcia umów, w kwotach wyższych niż 400 mln euro w sytuacjach, gdy wymagał tego interes spółki.

Zatem dokonaną wykładnię, uznał odwołujący za nie potwierdzającą czynności, nie sanującą braku umocowania osoby p. C. B. . Wezwanie do złożenia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub pełnomocnictw w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jest traktowane jako czynność jednokrotna i ponowne wzywanie wykonawcy do uzupełnienia tego samego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie jest dopuszczalne. Tym samym, z uwagi na brak ciągu wymaganych pełnomocnictw oraz w konsekwencji nieprawidłowego umocowania p. M. G. do działania w imieniu Astaldi (lidera konsorcjum), wniosek tego konsorcjum nie spełnił warunków przewidzianych przez zamawiającego i nie powinien podlegać ocenie merytorycznej, jak utrzymywał odwołujący.

Ad. zarzutów w stosunku do oceny wniosku Dalveo Poznań Sp. z o.o.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy w sytuacji złożenia nieprawidłowego oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej, błędnego uznania nie istnienia przesłanek do wykluczenia i błędnego uznania złożonych wyjaśnień za wystarczające, Stosownie do art. 26 ust. 2d Pzp wykonawca, wraz z wnioskiem, składa listę podmiotów, należących do tej samej grupy kapitałowej, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Zapis ten służy ochronie konkurencji. Aby dyspozycja przepisu została wykonana bezsprzeczne jest, że partner prywatny Dalveo Poznań Sp. z o.o. powinien złożyć pełną listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej co ten wnioskodawca. Tymczasem Dalveo Poznań Sp. z o.o., ograniczyło się do wskazania według własnego uznania „głównych podmiotów wchodzących w skład grupy”. Takie oświadczenie należy uznać za niedopuszczalne, a jego uwzględnienie prowadzi w sposób niezaprzeczalny do obejścia prawa. Oświadczenie takie należy uznać za nieprawdziwe. Trudno byłoby uznać je za „wadliwe”, gdyż partner prywatny wiedział co oświadcza, ponadto zostało sporządzone na wzorze zamawiającego. Stosownie do art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp zamawiający zobowiązany

jest do wykluczenia z postępowania wykonawcy, który złożył w postępowaniu nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Rola składanego oświadczenia polega na tym, że pozwala ono zamawiającemu ustalić fakty doniosłe dla postępowania. Oświadczenie takie musi być pełne. Inaczej, nie spełnia swojej funkcji. Zamawiający, z uwagi na rolę postępowania, nie musi weryfikować danych zawartych w oświadczeniu, co byłoby często bardzo czasochłonne i pracochłonne w związku z globalizacją działalności gospodarczej. Z tego względu polega on na tym, że wykonawca składa oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej zgodnie z prawdą (a nie np. zataił część podmiotów). Oświadczenia niepełne należy uznać za nieprawdziwe.

Pismem z dnia 27 listopada 2014 r. zamawiający wezwał Dalveo Poznań Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, czy istniejące związki pomiędzy TIRU S.A. a Dalveo Poznań Sp. z o.o. nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji. W odpowiedzi z dnia 27.11.2014 r. Dalveo Poznań Sp. z o.o. wskazało, że rzeczywiście istnieją powiązania między tymi spółkami. Dalveo Poznań Sp. z o.o. zdaniem odwołującego nie wykazało, że istniejące między nim i TIRU S.A. i Astaldi S.p.A. (inny partner prywatny biorący udział w postępowaniu) powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji w postępowaniu pomiędzy wykonawcami. Nie ma ani jednego stwierdzenia, które wprost by negowało wpływ takich powiązań na zachowanie uczciwej konkurencji, Nie ma przedstawionego żadnego dowodu na poparcie zawartych w piśmie partnera prywatnego twierdzeń.

Odwołujący zauważył, że ani w oparciu o publicznie dostępne dane, ani na podstawie wyjaśnień złożonych dotychczas przez Astaldi S.p.A. oraz Dalveo Poznań Sp. z o.o. nie istnieje możliwość jednoznacznego stwierdzenia, że TIRU S.A. i Dalveo Poznań Sp. z o.o. nie należą do tej samej grupy kapitałowej. Wyjaśnienia złożone przez Astaldi S.p.A. oraz Dalveo Poznań Sp. z o.o. nie wykazały tego faktu, gdyż są nieprecyzyjne, obarczone błędami i nieoparte żadnymi dowodami. Astaldi S.p.A. w swoich wyjaśnieniach poinformowała na przykład, że członkowie organów spółek z grupy Veolia, do której należy Dalveo Poznań Sp. z o.o., stanowią mniej niż połowę członków Rady Administracyjnej TIRU S.A. Nie podano jednak w tym miejscu m.in. ilu dokładnie członków organów spółek z grupy Veolia zasiada w Radzie Administracyjnej TIRU S.A. Nie podano również nazwisk członków Rady Administracyjnej TIRU S.A., w tym członków z grupy Veolia. W wyjaśnieniach nie zawarto informacji dotyczących zakresu obowiązków poszczególnych członków Rady Administracyjnej TIRU S.A. Astaldi S.p.A. poinformował także, że członkowie Rady Administracyjnej TIRU S.A. będący związani poprzez swe funkcje z grupą Veolia, zostali całkowicie odsunięci w TIRU S.A. od podejmowania jakichkolwiek decyzji związanych z uczestnictwem TIRU S.A. w postępowaniu - nie przedstawiono jednak na potwierdzenie tych

twierdzeń żadnych dowodów (np. stosownych uchwał). Astaldi S.p.A. nie wskazał również, że jednym z członków Rady Administracyjnej TIRU S.A. jest spółka Veolia Proprete posiadająca akcje w TIRU S.A. Astaldi S.p.A. oraz Dalveo Sp. z o.o. twierdzą że podmiotem kontrolującym TIRU S.A. jest wyłącznie grupa EDF, a Veolia Environnement, za pośrednictwem swojej spółki zależnej Veolia Proprete pośrednio posiada mniejszościowy (24%) udział w kapitale zakładowym TIRU S.A. Odwołujący zwracał uwagę na fakt, iż z informacji ogólnodostępnych w Internecie, w tym na stronach internetowych Dalkia Polska wynika, że grupa EDF oraz Veolia posiadają wspólną firmę, którą jest Dalkia. Ponadto grupa EDF oraz Veolia współpracują ze sobą tzn. zawarły porozumienie dotyczące ich wspólnej firmy - Dalkii, w wyniku którego EDF przejął całą działalność Dalkii we Francji, a jej międzynarodowa działalność prowadzona będzie docelowo pod marką Veolia. Pełną kontrolę nad działalnością Dalkii na rynkach innych niż francuski przejęła Veolia Environnement.

Powyższe świadczy zdaniem odwołującego o możliwości przynależności TIRU S.A. oraz Dalveo Poznań Sp. z o.o. do jednej grupy kapitałowej. Na uwadze należy mieć bowiem całokształt okoliczności faktycznych sprawy, w tym wszelkich powiązań i współpracy pomiędzy grupą EDF oraz Veolia. Nie zostało wykluczone, że w związku z porozumieniem dotyczącym Dalkii mogło dojść do naruszenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję (art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Zawarcie porozumienia dotyczącego Dalkii mogło być spowodowane chęcią złożenia ofert w przetargu przez dwie spółki tj. TIRU S.A. i Dalveo Poznań Sp. z o.o., jako formalnie niezależnych od siebie przy jednoczesnym uzgodnieniu warunków składanych przez nie ofert. Zgodnie z art. 24b ustawy Pzp zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który nie złożył wyjaśnień, oraz wykonawcę, który nie złożył listy, o której mowa w art. 26 ust. 2d. (tj. listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, w myśl art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp.

Dalveo Poznań sp. z o.o. w punkcie 4 swoich wyjaśnień przedstawiła schemat prezentujący powiązania kapitałowe pomiędzy podmiotami Grupy Veolia, który odwołujący uznał za niezgodny z informacjami zawartymi w KRS. Zgodnie z tymi ostatnimi, współnikami Dalveo Poznań Sp. z o.o. są spółki: Veolia Usługi dla Środowiska S.A. oraz Dalkia Poznań S.A., a nie jak wskazano w schemacie: Veolia Usługi dla Środowiska S.A. oraz Dalkia Investors Sp. z o.o. W Załączniku nr 3 do wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym, Dalveo Poznań Sp. z o.o. przedstawiła listę głównych podmiotów wchodzących w skład Grupy Veolia Environnement, w której nie wymieniła zarówno spółki Dalkia Poznań S.A., jak i Dalkia Investors Sp. z o.o. Powyższe okoliczności wskazują, zdaniem odwołującego, że parter prywatny nie tylko nie wykazał przesłanki wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt. 5) in fine Pzp (brak wpływu powiązań na zachowanie uczciwej konkurencji), ale



złożone wyjaśnienia prowadzą do wniosku, że naruszenie konkurencji w istocie może mieć miejsce.

Ad. zarzut błędnego uznania spełniania kwalifikacji technicznych, błędnego uznania rzeczywistego charakteru udzielonych zasobów, błędnego uznania przedstawionych referencji, jako dających podstawę do naliczenia punktów.

Stosownie do art. 26 ust. 2b Pzp oraz stosownie do pkt. III.5. strona 6/10 ogłoszenia partner prywatny, jeżeli wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, polega na zasobach innych podmiotów, zamawiający żąda dokumentów dotyczących w szczególności: „1. Zakresu dostępnych partnerowi prywatnemu zasobów innego podmiotu”. Dalveo Poznań Sp. z o.o. przedstawiło w postępowaniu porozumienia dotyczące udostępnienia potencjału od podmiotów, które realizowały zadania w ramach obsługi 23 obiektów referencyjnych. Każdorazowo, zakres wskazany jest w pkt. 1 porozumienia przedstawionego przez partnera prywatnego. Wynika z niego, że zakresem tym nie jest objęte zarządzanie spalarniami wymienionymi w załączniku nr 4 do wniosku (Wykaz usług). Zakres zasobów określony wyraźnie w porozumieniu obejmuje: pracę instalacji termicznego przekształcania odpadów, prowadzenia rozruchu technologicznego, eksploatacji, remontów bieżących, remontów kapitalnych, remontów odtworzeniowych oraz utrzymania tej instalacji w dobrym stanie technicznym przestrzegania standardów i regulacji, standardów, dobrych praktyk w zakresie eksploatacji instalacji termicznego przekształcania odpadów, modernizacji zmierzających do podniesienia sprawności pracy instalacji, jeśli są wymagane zgodnie z zamówieniem na skutek zmiany prawa”. Natomiast wymagane ogłoszeniem kwalifikacje techniczne dotyczą zarządzania spalarnią, a nie jedynie jej technicznym utrzymaniem i przestrzeganiem standardów pracy spalarni (choć są to elementy zarządzania, które należy brać pod uwagę). Zarządzanie, choć ma na celu również utrzymanie obiektu, nie sprowadza się jedynie do tych czynności. Zarządzanie obok dokonywania poszczególnych czynności polega również na koordynacji wszelkich procesów, zagadnień związanych z pracą instalacji (w tym jej bieżącym utrzymaniu) oraz, w niezbędnym zakresie (np. modernizacji) właściwe powierzenie podmiotom wyspecjalizowanym dokonanie odpowiednich robót budowlanych. Sam zamawiający, opisując przedmiot zamówienia rozróżnił zarządzanie spalarnią od utrzymania i eksploatacji spalarni, gdyż przedmiotem zamówienia jest „zaprojektowanie, wybudowanie i zarządzanie, utrzymanie i eksploatacja, ewentualnie z finansowaniem Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów w Gdańsku (...)” Zarządzanie jest związane z podejmowaniem decyzji we wszelkich aspektach działania spalarni. Zarządzanie jest, więc pojęciem szerszym niż zakres ujęty w porozumieniach przedstawionych przez Dalveo Poznań Sp. z o.o. Powyższe dotyczy porozumień w zakresie udostępnienia potencjału do wszystkich 23 instalacji referencyjnych wskazanych w zakresie zarządzania przez Dalveo Poznań Sp. z

o.o. Zaznaczał, że dysponowanie potencjałem osób trzecich i spełnienie warunków wskazanych w art. 26 ust 2b Pzp oraz w ogłoszeniu (treść ogłoszenia jest zbieżna z treścią § 1 ust. 6 pkt. 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane) musi zostać udowodnione. Zobowiązania podmiotów trzecich muszą wprost zawierać określoną w przepisach treść. Z tej przyczyny, zdaniem odwołującego, zamawiający powinien wezwać Dalveo Poznań Sp. z o.o. do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a w zakresie zawartych we wniosku referencji dotyczących zarządzania Dalveo Poznań Sp. z o.o. - powinien uzyskać 0 (zero) punktów.

W odniesieniu do wszystkich przedstawionych przez Dalveo Poznań Sp. z o. o. zobowiązań, co do udostępnienia potencjału w zakresie (1) zarządzania, (2) projektowania i budowy, partner prywatny przedstawił podpisane przez siebie oświadczenie o ich przyjęciu. Aby ta czynności prawna mogła odnieść skutek, powinna być dokonana wobec podmiotów udostępniających zasoby (art. 61 K.c.) - inaczej nie wywołuje skutków prawnych. W szczególności, żadne z zobowiązań nie zawiera wskazania, jakie prawo powinno być stosowane wobec treści oświadczeń udostępniających. Z punktu widzenia prawa polskiego należałoby zastosować regułę, że oferta dochodzi do skutku w chwili jej przyjęcia. Z tego względu stwierdził, że partner prywatny Dalveo Poznań Sp. z o.o. nie przedstawił do wniosku dowodów potwierdzających istnienie ważnych zobowiązań podmiotów trzecich do udostępnienia mu potencjału.

Dodatkowo, zgodnie z orzeczeniem KIO 84/12 oraz KIO 2213/11 „*Nie spełnia wymogu zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy, dokument podpisany przez osobę nieuprawnioną jak też dokument podpisany przez osobę, której umocowania do działania w imieniu podmiotu trzeciego wykonawca nie wykazał. Wyartykułowany wprost w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy wymóg udowodnienia przez wykonawcę, że dysponuje określonymi zasobami podmiotu trzeciego oznacza, że w przypadku złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego, wykonawca zobowiązany jest również do złożenia dowodów, że osoba podpisująca takie zobowiązanie, była uprawniona do działania w imieniu podmiotu trzeciego*”. Mimo tego, do żadnego z porozumień nie zostały dołączone jakiegokolwiek dokumenty świadczące o właściwej reprezentacji osób podpisujących zobowiązania w imieniu podmiotów udostępniających (dotyczy wszystkich 23 instalacji referencyjnych). Ponieważ powyższe dotyczy wszystkich dokumentów, które Dalveo Poznań Sp. z o.o. złożyło w celu udowodnienia dostępu do wymaganego doświadczenia w zakresie kwalifikacji technicznych (zarówno zarządzania jak i projektowania i budowy), odwołujący przekonywał, że zamawiający powinien wezwać Dalveo Poznań Sp. z o.o. do przedstawienia wyjaśnień dotyczących przekazanych dokumentów, w zakresie przekazanych do wniosku referencji

dotyczących zarządzania oraz również projektowania i budowy - Dalveo Poznań Sp. z o.o. powinien uzyskać 0 (zero) punktów.

Dalveo Poznań Sp. z o.o. przedstawił do wniosku materiały dotyczące udostępnienia potencjału przez Veolia ES Shelfield Ltd. Pisma w tej sprawie zostały złożone do zamawiającego z naruszeniem przepisów dotyczących formy pisemnej, wymaganej dla tego typu oświadczeń (pisma zawierają adnotację, że partner prywatny samodzielnie poświadczył ich zgodność z oryginałem). Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, złożenie dokumentów dotyczących udostępnienia potencjału w formie poświadczonej za zgodność przez partnera prywatnego jest niezgodne z art. 26 ust. 2b Pzp.

Ad. zarzutów w stosunku do oceny wniosku ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie.

Zarzut błędnej oceny spełnienia wymagań i przyznanych punktów w sytuacji nieprawidłowo udzielonych zasobów, w sytuacji gdy w stosunku do odwołującego z tego powodu odmówiono przyznania punktów, co do wykonanych robót budowlanych, zaniechania wezwania wykonawcy o wyjaśnienie tych kwestii, co doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Wykonawca ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. na potrzeby udokumentowania polegania na zasobach podmiotu trzeciego, złożył do wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym przedstawiając kaskadową formę udostępnienia potencjału wg schematu: Spółka córka ->EEW Energy from Waste GmbH (posiada doświadczenia i zasoby) EEW Energy from Waste GmbH->EEW Polska Sp. z o.o. (nie posiada własnych doświadczeń i zasobów) EEW Polska Sp. z o.o. - ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. (nie posiada własnych doświadczeń i zasobów). Taki model udostępniania potencjału nie może gwarantować realnego dostępu do zasobów. W szczególności, że z dniem 20 lutego 2013 r. uległy zmianie przepisy w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. W obecnym stanie prawnym zamawiający może żądać dokumentów dotyczących podmiotów udostępniających potencjał na rzecz wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, co zamawiający uczynił w ogłoszeniu o zamówieniu. Dotyczy to w szczególności dokumentów odnoszących się do sytuacji ekonomicznej, finansowej, podmiotów udzielających potencjału, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

W tym kontekście treść przedłożonych dokumentów nie wskazuje według odwołującego w żaden sposób na stosunek prawny łączący ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k., a podmiotem w rzeczywistości posiadającym potencjał, tj. spółkę córkę grupy EEW,

realizującą daną inwestycję. Doświadczenie, które nabywane jest przez podmioty jest doświadczeniem związanym z bezpośrednim zaangażowaniem tych podmiotów do realizacji zamówienia, wzięcia odpowiedzialności za realizację zamówienia, podjęcia całego ciężaru ekonomicznego i technicznego realizacji zleconego przedsięwzięcia (i dochowanie przy tym najwyższej staranności i przejrzystości, co jest miernikiem postępowania ze środkami publicznymi). KIO wyraźnie wskazuje na podmioty, które nabywają doświadczenie w rozumieniu przepisów Pzp: są to wykonawcy zamówienia. Nabywającym doświadczenie są również konsorcjanci, wszyscy- niezależnie od faktycznego zakresu realizacji zamówienia- z uwagi na obciążenie ich solidarną odpowiedzialnością za całość zamówienia na mocy 144 Pzp - wyrok sygn. akt KIO 176/10. To właśnie indywidualne zamówienia, które wykonał, i z których się w należyty sposób się wywiązał wykonawca stanowią jego doświadczenie dotyczące realizacji inwestycji. Takiego doświadczenia nigdy nie posiadały ani EEW Energy from Waste GmbH ani EEW Polska Sp. z o.o., które nie wykonały na swój rachunek żadnego zamówienia referencyjnego, więc nie mogą przekazać doświadczenia do ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp.k. Obie spółki ani samodzielnie, ani jako członek konsorcjum nie zrealizowały żadnego z wymaganych obiektów referencyjnych. Nie mogą, więc stanowić podmiotu, który udostępnia zasoby wiedzy lub doświadczenia partnerowi prywatnemu (gdyż ta wiedza nie jest związana z jego osobą, a udostępniającym nie może być firma konsultingowo-doradcza, zespół czy ekspercki przy izbie gospodarczej, albo pojedynczy pracownik wykonawcy, ale bezpośredni wykonawca zamówienia). Ponadto, schemat udostępnienia potencjału przedstawiony przez ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. wyraźnie wskazuje na brak stosunku prawnego, który łączy ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. z podmiotem dysponującym odpowiednimi zasobami. Dodatkowo, zgodnie z orzeczeniem sygn. akt KIO 84/12 oraz KIO 2213/11 *„Nie spełnia wymogu zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy, dokument podpisany przez osobę nieuprawnioną jak też dokument podpisany przez osobę, której umocowania do działania w imieniu podmiotu trzeciego wykonawca nie wykazał.”* Natomiast w odniesieniu do ww. zobowiązania partner prywatny nie dołączył wymaganych dokumentów potwierdzających umocowanie do zaciągania realnych, rzeczywistych, zobowiązań w imieniu: EEW Energy from Waste GmbH, EEW Polska Sp. z o.o., ani w imieniu spółek „córek" EEW Energy from Waste GmbH, posiadających udostępniane zasoby.

Ad. zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. z powodu przedstawienia wadliwego zaświadczenia o niekaralności.

Dodatkowo odwołujący argumentował, że partner prywatny nie wywiązał się z obowiązku przedstawienia dokumentów dot. niekaralności za przestępstwa w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 Pzp urzędujących członków organu zarządzającego. Przedstawione zaświadczenia o niekaralności p. W. H. M. nie obejmuje zakresu określonego

w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i 11 Pzp. Federalny Urząd Sprawiedliwości, który wydał zaświadczenie, nie jest umocowany, ani nie zajmuje się urzędowym poświadczaniem, czy wskazana osoba popełniła czyny zagrożone sankcją karną według ustawodawstw innych krajów, a więc również m.in. za czyny określone w polskim Kodeksie karnym, ani w ustawie o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Odwołujący przedstawił częściowe uzasadnienie podnoszonych zarzutów wobec oceny wniosków wykonawców sklasyfikowanych na niższej pozycji niż on sam, tj. EVN Umveltholding Und Betribs GmbH, poz. 8; Czysta Energia Gdańsk Sp. z o.o., poz. 7. W odniesieniu do tych wykonawców, odwołujący, jako sklasyfikowany na poz. 6 nie wykazał, aby posiadał w ogólności interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do podważania dokonanej oceny wniosków wymienionych wykonawców. Z tej przyczyny zarzuty nie podlegały rozpatrzeniu, poza ogólnie odnoszonymi do wszystkich wykonawców - skutkami wadliwej procedury postępowania zastosowanej przez zamawiającego i wadliwej oceny wniosków dokonanej przez zamawiającego z odstępstwami od warunków ogłoszenia w zakresie oceny kwalifikacji technicznych, tj. wiedzy i doświadczenia.

#### **Stanowisko zamawiającego.**

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożonej na rozprawie stwierdził, że prawidłowo sklasyfikował wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, a zarzuty odwołującego przyjął, jako oparte na kreatywnej nadinterpretacji treści ogłoszenia, gdyż zamierza prowadzić dialog z 5 wykonawcami, a nie 5 pozycjami.

Zamawiający konsekwentnie, jak w przypadku wcześniej przedstawionych odwołań utrzymywał, że wykonał ciążące na nim z mocy art. 60d ust. 1 Pzp obowiązki informacyjne wobec wykonawców przez podanie im sumarycznego wyniku oceny. Z przepisu tego nie wynika obowiązek szczegółowego uzasadnienia przyznanej wykonawcom liczby punktów. Na poparcie swego stanowiska odwołujący przytoczył tezy wyroku KIO z dnia 28.12.2012 r. sygn. akt KIO 2781/12. Zamawiający powoływał się na protokół postępowania i podważał twierdzenia odwołującego o jego nierzetelnym sporządzeniu. Oczekiwania odwołującego, aby protokół postępowania zawierał szczegółowe uzasadnienie dla przyznania mu określonej liczby punktów w ramach dokonanej oceny, uznał za nieznajdujące uzasadnienia w przepisach Pzp.

Zamawiający wyjaśnił, że nie przyznał odwołującemu punktów za zamówienia z poz. 2-7 Wykazu robót budowlanych, wskazywane jako doświadczenie Keppel Seghers GmbH, który nie posiada doświadczenia, wynikającego z realizacji tych zamówień.

W odniesieniu do zarzutów wobec wniosku NDI Project Development Sp. z o. o. zamawiający stwierdził, że dołączone do wniosku tego wykonawcy zaświadczenie bankowe z 16.10.2014 r., wystawione przez BNP Paribas oraz zobowiązanie VINCI Environnement do udostępnienia zasobów finansowych, w sposób prawidłowy wykazują dysponowanie przez wykonawcę niezbędnymi zasobami do spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W ocenie zamawiającego – treść zaświadczenia powinna być interpretowana z uwzględnieniem celu wskazanego dokumentu. Z treści zaświadczenia wynika, iż BNP Paribas z VINCI Environnement pozostaje w stałych stosunkach gospodarczych, i bank świadczy na rzecz tego klienta stałe usługi finansowe. Stwierdzenie, że bank skłonny jest rozpatrzyć wniosek klienta o linię kredytową w kwocie 70 000 000 euro - zamawiający utożsamiał z potwierdzeniem przez wymieniony bank dostępu do linii kredytowej w tej wysokości. Zamawiający potwierdził, że ocena banku winna poświadczać zdolność do spłaty określonych zobowiązań kredytowych. Uznał, że opinia została wystawiona przez osoby umocowane do reprezentacji banku BNP Paribas. Zamawiający stwierdził również, że nie ma podstaw do kwestionowania zaświadczenia PKO BP S.A. wystawionego dla NDI S.A. Adnotacja, w treści, że bank sporządził opinię na podstawie dokumentów finansowych podmiotu na dzień 30.06.2014 r., nie podważa, iż dokument samej opinii, jako wystawiony z datą bieżącą należy potwierdza, że dotyczy zdolności kredytowej udzielonej na 16.10.2014 r., a zaświadczenie spełnia wymóg wystawienia nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania wniosków. Dalej zamawiający przedstawił uzasadnienie dla przyznania wykonawcy NDI punktacji w odniesieniu do wskazanych robót budowlanych oraz usług zarządzania spalaniem.

W odniesieniu do zarzutów wobec oceny wniosku konsorcjum Astaldi - zamawiający stwierdził, iż wymienione konsorcjum przesłało dokumenty, o których uzupełnienie zostało wezwane 18 listopada 2014 r. - w wyznaczonym terminie 27 listopada 2014 r. przed godziną 13:00. Zamawiający nie wykluczył takiej sytuacji, że przyczyna wydłużenia czasu wydruku korespondencji faksowej mogła leżeć po stronie urządzenia odbiorczego, czego skutki nie mogą obarczać wykonawcy.

W zakresie zaświadczeń o niekaralności członków Rady Administracyjnej TIRU S.A. wskazywał, że winno się uwzględniać różnice w systemach prawnych Polski i Francji. Organ francuskiej spółki akcyjnej nazywany Radą Administracyjną nie musi posiadać dokładnie takich samych kompetencji jak zarząd polskiej spółki akcyjnej. Członkostwu w Radzie Administracyjnej nie jest przypisane prawo reprezentacji spółki, prawo to uzyskują osoby dopiero na podstawie uchwał odpowiednich organów, gdyż stanowi o tym statut spółki i francuski kodeks handlowy. Skoro konsorcjum Astaldi oświadczyło, że żadne inne osoby, oprócz wskazanych we wniosku, nie są uprawnione do reprezentacji wymienionej spółki, to

nie ma prawnego uzasadnienia dla żądania zaświadczeń lub oświadczeń o niekaralności dla pozostałych osób wchodzących w skład tego organu, włącznie z p. J. F., który jest Przewodniczącym Rady Administracyjnej, a nie Prezesem Zarządu, jak omyłkowo podano w tłumaczeniu.

Wbrew twierdzeniom odwołującego z dołączonego do wniosku wypisu z rejestru TIRU S.A. nie wynika, że cała Rada Administracyjna jest jej organem zarządzającym, gdyż takie kompetencje wynikają z zakresu udzielonych odrębnie pełnomocnictw i dotyczą jedynie dwóch osób wymienionych we wniosku.

Podobnie zamawiający uznał, że i w odniesieniu do spółek Astaldi S.p.A. i T.M.E S.p.A. zarzut wadliwości przedstawionych zaświadczeń za określone w przepisach Pzp przestępstwa jest gołosłowny. Zaświadczenia wystawiane przez władze włoskie nie wymagają dodatkowych oświadczeń złożonych przed notariuszem, jak to jest w przypadku osób podlegających ustawodawstwu Republiki Francuskiej.

Ponadto dodał w odniesieniu do skuteczności udzielonych pełnomocnictw, że zgodnie z treścią pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 21 października 2014 r. w dokumentacji akt zawarte jest potwierdzenie czynności dokonanych przez M. G. przed jego udzieleniem - przez potwierdzenie umocowania dla p. C. B. ze strony uprawnionej osoby, tj. p. P. A., zgodnie ze wskazaniem wynikającym wprost z treści wezwania zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutów wobec wniosku Dalveo Poznań Sp. z o.o. zamawiający stwierdził, że jeżeli nawet przyjąć, iż złożenie niepełnej listy podmiotów wchodzących do grupy kapitałowej, do której należy wykonawca stanowi naruszenie ustawy, to pozostaje ono bez wpływu na wynik postępowania. Nie zgodził się z twierdzeniem, że wykonawca Dalveo zataił swoją przynależność do oznaczonej grupy kapitałowej.

Zamawiający zaznaczał, że wyjaśnienia złożone przez obydwie podmioty, tj. Dalveo Poznań i TIRU S.A. są spójne i wykazują, że brak jest między tymi podmiotami związków, które naruszałaby uczciwą konkurencję, przez ich udział w przedmiotowym postępowaniu. Dalej zamawiający przedstawił uzasadnienie dla przyznania wykonawcy NDI punktacji w odniesieniu do wskazanych robót budowlanych oraz usług zarządzania spalaniem.

W odniesieniu do zarzutów wobec wniosku ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. zamawiający stwierdził, że uszło uwadze odwołującego, że w odpowiedzi na wystosowane wezwanie ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. przedłożył zobowiązanie EEW Energy from Waste GmbH w Helmstedt do udostępnienia zasobów bez pośrednictwa EEW Polska, kwestionowana przez odwołującego struktura udostępnienia zasobów, jest zatem nieaktualna. Przyczyny zaś odmowy przyznania punktów odwołującemu były inne, i zostały omówione w pkt 3 odpowiedzi. Zamawiający podnosił, że przepis art. 48 dyrektywy

klasycznej nie określa dopuszczalnej struktury udostępnienia nakazując uwzględnienie „stosownych sytuacji” oraz „przypadku konkretnego zamówienia”.

Zamawiający uznał zarzut, że wykonawca ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. przedłożył niepełne poświadczenie o niekaralności p. W. M. za bezpodstawny. Jeżeli bowiem z poświadczenia wystawionego przez właściwy organ wynika, że dana osoba w ogóle nie była karana oznacza to, że nie była ona również karana w zakresie oznaczonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 i 10-11 ustawy Pzp. Ponadto przepis ten nie odsyła do polskiej ustawy karnej, ale wyłącznie określa typy przestępstw.

W odniesieniu do zarzutów wobec wniosku Czysta Energia Gdańsk Sp. z o.o. zamawiający ujawnił, że nie przyznał punktu za kwestionowane zamówienie wykonane przez SIRUSA, wobec czego zarzut przyjął za bezzasadny. Podnosił, że dywersyfikacja źródeł pozyskania wsparcia finansowego jest dopuszczalna.

W odniesieniu do zarzutów wobec wniosku SITA Bałtycka Energia Sp. z o.o. dotyczących niewykazania spełnienia warunków udziału w zakresie zdolności ekonomiczno-finansowej, zamawiający zajął stanowisko, że są one całkowicie bezpodstawne. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego SITA przedstawiła oświadczenie Suez Environnement SAS potwierdzające, że zobowiązanie tego podmiotu trzeciego z 17.10.2014r. dotyczy udostępnienia zasobów na cały okres realizacji zamówienia, co potwierdzają przedłożone wstępne warunki pożyczki uzgodnione między spółkami.

### **Stanowisko przystępujących**

Przystępujący po stronie zamawiającego wykonawcy wnosili o oddalenie odwołania i utrzymanie wyników oceny wniosków z dnia 9 grudnia 2014 r., gwarantujące im zaproszenie do udziału w dialogu konkurencyjnym. Przedstawili ponadto uzasadnienie i wskazywali dowody dla poparcia ocen zamawiającego – odnoszących się do ich wniosków. Konsorcjum Astaldi, wykonawcy: Dalveo Poznań Sp. z o.o.; ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp.k.; Sita Bałtycka Energia Sp. z o.o. oraz NDI Projekt Development Sp. z o.o. przedstawili swoje stanowiska wobec rozpatrywanych zarzutów dotyczących ich sytuacji podmiotowej oraz spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału ekonomiczno-finansowego, a ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. także w zakresie minimalnych zdolności technicznych.

### **Izba zważyła, co następuje.**

W całości podlegały uwzględnieniu zarzuty zaniechania sporządzenia lub/i udostępnienia odwołującemu dokumentów i materiałów, na podstawie których odwołujący mógłby uzyskać wiadomość co do zastosowanej przez zamawiającego metodologii dokonania oceny, czy odwołujący lub inni wykonawcy spełniają warunki udziału w



postępowaniu oraz w zakresie przyznanej punktacji oceny spełniania tych warunków, a także odnieść się w sposób rzeczowy do tej oceny i ewentualnie zaskarżyć realne czynności zamawiającego, a nie zgłaszać zarzuty oparte jedynie na domniemaniach wykonawcy. Odwołujący wyraźnie oświadczył, że jedynie z daleko idącej ostrożności, mającej na celu ochronę własnych praw, w szczególności prawa do uczestniczenia w dalszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na brak miarodajnych informacji od zamawiającego na temat podejmowanych czynności w ramach postępowania, zdecydował się na podnoszenie zarzutów merytorycznych wobec wyników oceny i przyznanej punktacji. Powyższy zarzut Izba uznała za w pełni zasadny. Tym bardziej, że powtarzał się on we wszystkich wniesionych odwołaniach. Zakres przekazanych informacji potwierdzających spełnienie przez wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski minimalnych warunków udziału w zakresie zdolności technicznej oraz przyznanej punktacji ogólnej - zawarty w powiadomieniu z dnia 9 grudnia 2014 r. w żaden sposób nie pozwalał na ustalenie motywów decyzji zamawiającego, jakie projekty referencyjne i usługi zostały zaliczone na poczet wymagań minimalnych (1 robota, 1 usługa), warunkujących sam udział w postępowaniu, jakie z poszczególnych robót i usług wymienionych w wykazach - zostały zakwalifikowane do punktacji i jaką ocenę otrzymały. Ponadto, zdaniem Izby konieczne było nie tylko liczbowe rozbieżności przyznanych punktów w odniesieniu do wszystkich pozycji wykazów robót i usług, ale wręcz uzasadnienie w odniesieniu do realizacji pominiętych w ocenie punktowej. Gwarantowało to bowiem wykonawcom wiedzę na temat procesu oceny wniosków przeprowadzonego przez zamawiającego w stopniu umożliwiającym rzeczową potrzebę zaskarżenia czynności zamawiającego, w granicach realnego interesu w uzyskaniu zamówienia, nie zaś, jak uczynili niektórzy wykonawcy, którzy wnieśli odwołania, w tym zwłaszcza odwołujący - zaskarżenia totalnego wszystkich możliwych wariantów ocen, z przyjęciem hipotecznych założeń co do sposobu oceny wniosków przez zamawiającego. Nie było bowiem wiadome, w ramach podanej punktacji sumarycznej, które z robót i usług zostały uwzględnione, a które nie podlegały klasyfikacji i dlaczego. Jeżeli wykonawca podnosi zarzuty niedostatecznego uzasadnienia podjętych przez zamawiającego czynności, nie powinien się do nich odnosić w sposób dorozumiany i na dowolnych założeniach formułować tezy. Nieprawdopodobną wprost ilość zarzutów tego odwołania, dla części których zawartych w petitum - żadnego uzasadnienia nie przedstawiono - Izba uznała za wyraz znanych praktyk „zasypywania” organów orzekających taką ilością wniosków, wątpliwej przydatności dowodów oraz pism, które mogą przynieść przedsiębiorcy zamierzony cel. Sam odwołujący, zobowiązany na rozprawie do sprecyzowania zarzutów swego odwołania, nie do końca potrafił to uczynić, zatem merytorycznemu rozpoznaniu podlegały podnoszone zarzuty w zakresie sytuacji podmiotowej, spełnienia warunków

potencjału ekonomiczno-finansowego, skonkretyzowane przez odwołującego w trakcie rozprawy.

Izba weryfikuje czynności zamawiającego, co do których ma wiedzę opartą o materiał dowodowy z postępowania przetargowego, że dana czynność realnie została podjęta. Nie jest upoważniona w trakcie rozprawy do przeprowadzenia czynności merytorycznej oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - za zamawiającego. Dlatego też postępowanie dowodowe i wnioskowane przez wykonawców dowody nie mogą zmierzać w takim kierunku. Wadliwe czynności zamawiającego są eliminowane w drodze nakazania ich unieważnienia i powtórzenia w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Chociaż z uwagi na stwierdzone uchybienia proceduralne zachodzą wątpliwości, czy spełnienie warunków podmiotowych i sytuacji ekonomiczno-finansowej - niepodlegającej punktacji w ramach kwalifikacji do dalszego etapu postępowania - były przedmiotem samodzielnej ich oceny i badania przez komisję przetargową - wobec powiadomienia z dnia 9.12.2014 r., podpisanego przez osoby reprezentujące zamawiającego, że wszyscy wykonawcy zostali ocenieni, jako spełniający te warunki udziału - w powyższym zakresie Izba poddała zarzuty wniesionego odwołania, jak i poprzednich, w granicach wykazanego interesu - merytorycznemu rozstrzygnięciu. Jak wskazano na stronie 2 odwołania, wykonawców, którzy zostali sklasyfikowani od poz. 1 do 5, wobec faktu, że odwołujący uzyskał poz. 6, i to wyznaczało granicę jego interesu w uzyskaniu zamówienia, a co za tym idzie legitymację do wnoszenia odwołania.

W następstwie uchybień proceduralnych, jakich dopuścił się zamawiający uwzględnieniu jednolicie w przypadku wszystkich rozpoznawanych łącznie odwołań podlegał zarzut wadliwej oceny wniosków i przydzielonej punktacji w zakresie wiedzy i doświadczenia, niezgodnie z warunkami ogłoszenia. Treść uzasadnienia Izba podała przy rozstrzygnięciu odwołania o sygn. akt KIO 2708/14, stanowiącego integralną część uzasadnienia w niniejszej sprawie.

Zarzut błędnej oceny posiadania zdolności ekonomicznej i finansowej wymaganej w sekcji III.2.2) ogłoszenia i zaniechania wykluczenia wykonawcy NDI Project Development Sp. z o.o. (poz. 4).

Wykonawca NDI Project Development Sp. z o.o. na potrzeby udokumentowania zdolności finansowej wskazał m.in. dokument tj. zaświadczenie bankowe BNP Paribas (str. 56) dotyczące Vinci Environnement, oraz oświadczenie o zobowiązaniu do oddania do dyspozycji zasobów do wykonania zamówienia przez Vinci Environnement, w tym zasobów technicznych w formie podwykonawstwa. W ogłoszeniu o zamówieniu wskazano wymaganą „informację banku potwierdzającą zdolność kredytową partnera prywatnego, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków”. Zaświadczenie

bankowe BNP Paribas nie spełnia tych wymogów. Zgodnie z jego treścią bank zaświadczył, iż będzie gotowy „rozpatrzyć wniosek o linię kredytową do kwoty 70 000 000,00 EUR.”

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że powyższe nie oznacza, że bank potwierdza zdolność kredytową Vinci Environnement w wyszczególnionej kwocie i nie potwierdza, że podmiot posiada zdolność spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami. Z zaświadczenia powinno bezsprzecznie wynikać, że wykonawca ma zdolność kredytową w wymienionej kwocie, a więc możliwość uzyskania kredytu, a nie że wymieniony bank jest gotowy rozpatrzyć wniosek złożony przez spółkę Vinci Environnement o linię kredytową do kwoty 70 mln euro, gdyż pozostaje z tym podmiotem w stałych kontaktach biznesowych.

Zarzut, że oświadczenie o zobowiązaniu do oddania do dyspozycji NDI niezbędnych zasobów do wykonania zamówienia przez Vinci Environnement nie zostało podpisane przez osobę umocowaną nie został dowiedziony. Tak samo, jak zarzut, że Bank BNP Paribas jest w powyższej omówionym zaświadczeniu wadliwie reprezentowany przez osoby – A. A. oraz M.-L. F. . Izba nie podzieliła poglądów, że do celów wykazania aktualnej kondycji finansowej partnera prywatnego lub podmiotu wspierającego, w kontekście postanowień sekcji III.2.2) ogłoszenia, zaświadczenie o zdolności kredytowej wystawione przez bank nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków - należy czytać w ten sposób, że informacja banku powinna potwierdzać bieżącą/aktualną sytuację finansową partnera prywatnego (lub osoby trzeciej), gdyż skutek taki zapewnia zaświadczenie nie starsze niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków. Powszechną praktyką banków przy ocenie zdolności kredytowej podmiotu, jest opieranie się na ostatnich zweryfikowanych sprawozdaniach finansowych.

Zarzut, że wykonawca NDI Project Development Sp. z o.o. nie udokumentował zatem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wymaganej zdolności ekonomicznej i finansowej, znalazł potwierdzenie.

W takiej sytuacji wykonawca powinien zostać wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp do uzupełnienia dokumentów w powyższym zakresie, gdyż wykluczenie z postępowania nie jest dopuszczalne zanim zamawiający nie wyczerpie procedury określonej w art. 26 ust. 3 Pzp. Postępowanie dowodowe nie potwierdziło, że wykonawca był wzywany do uzupełnienia tego braku.

Zarzut uznania przez zamawiającego za skuteczne złożenia oświadczenia w sytuacji działania bez umocowania, że do wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym złożonego przez NDI Project Development Sp. z o.o. zostało dołączone porozumienie między NDI S.A. z siedzibą w Warszawie a NDI Project Development Sp. z o.o. w zakresie udostępnienia zasobów finansowych podpisane przez osoby nienależycie umocowane nie znalazł potwierdzenia. Oświadczenie to zostało, ze strony NDI S.A.

podpisane przez dwóch prokurentów: panią D. M. oraz S. R., ujawnionych w charakterze prokurentów w złożonym odpisie z KRS spółki NDI S.A. Stosownie do art.109<sup>1</sup> K.c. prokura jest pełnomocnictwem, które obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie związane są z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Nie ma znaczenia, i odwołujący tego nie dowiódł, że czynność udostępnienia zasobów wykracza poza przedmiot działalności NDI S.A. ujawniony w rejestrze. Jest bowiem czynnością dysponowania swoim mieniem, do której jest uprawniony każdy podmiot, niezależnie od tego jaką działalność prowadzi. W zobowiązaniu z dnia 24.10.2014 r. jest mowa o 220 000 000 zł, kwocie na jaką wymieniony przedsiębiorca posiada zdolność kredytową. Osoby ujawnione w KRS podmiotu są uprawnione do jego reprezentacji na zasadach tam określonych, brak podstaw do twierdzeń, że czynność prawna podjęta przez prokurentów wykracza również poza zakres ich umocowania, ograniczony przedmiotem działalności NDI S.A. Odwołujący nie wykazał, że wymienieni prokurenci nie byli upoważnieni do zaciągnięcia przez reprezentowaną spółkę zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Pzp. Wypis z KRS dla spółki NDI S.A. wystarczająco określa, w jaki sposób prokurenci uprawnieni są do reprezentacji spółki (prokura łączna), a więc ten dokument, jest potwierdzeniem skutecznego umocowania do zaciągnięcia zobowiązania. Liczy się wpis do KRS, który korzysta z ustawowych domniemań, że osoby ujawnione są należycie umocowane do zaciągania zobowiązań w imieniu reprezentowanego podmiotu. Zarzut, że omawiana prokura została ujawniona w rejestrze z uchybieniem art. 109<sup>1</sup> K.c. nawet nie mógł podlegać rozpoznawaniu, gdyż Izba nie jest w tym zakresie właściwym organem.

Zarzut zaniechania wykluczenia konsorcjum: Astaldi S.p.A. TM.E S.p.A. oraz TIRU S.A. z postępowania ze względu na nieprzedstawienie zaświadczenia o niekaralności urzędującego członka organu zarządzającego osoby prawnej, tj. członków konsorcjum, zarzut błędnego uznania skuteczności udzielonych pełnomocnictw.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia powyższego zarzutu. Spółka TIRU S.A. do złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, przedłożyła poświadczenia o niekaralności dla p. M. M. (Dyrektor Generalny) oraz dla p. L. M. (Zastępca Dyrektora Generalnego) wystawione przez uprawniony urząd oraz złożyła uzupełniające oświadczenie o niekaralności złożone przed notariuszem przez te same osoby. Jednocześnie z dokumentacji postępowania, w tym z przedłożonego wyciągu z wypisu do rejestru handlowego oraz spółek (karty 249-256) wynika, iż w organie TIRU zwanym Rada Administracyjna zasiada wprawdzie więcej osób (11 administratorów, w tym podmioty o charakterze osób prawnych oraz 3 przedstawiciele pracowników), które jednak nie wykonują funkcji zarządu, co wymaga odrębnych pełnomocnictw, gdyż funkcje zarządcze pełnią osoby mające status Dyrektorów Zarządzających, co zostało przez konsorcjum Astaldi

zamawiającemu w udzielonej odpowiedzi wyjaśnione i udokumentowane. Nie zachodzi po stronie konsorcjum Astaldi brak złożenia zaświadczeń o niekaralności wszystkich członków organu zarządzającego TIRU S.A. Zarzut ten objęty był również odwołaniem wykonawcy Czysta Energia Gdańsk Sp. z o.o. i rozstał rozstrzygnięty w jednakowy sposób w oparciu o przeprowadzone postępowanie dowodowe.

Brak podstaw do wykluczenia konsorcjum, którego liderem jest Astaldi S.p.A. z podawanej przez odwołującego przyczyny. Zamawiający nie naruszył przez jego niezastosowanie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Przywołany przepis wskazuje, iż zaświadczenia o niekaralności powinny zostać przedłożone przez „urzędujących członków organu zarządzającego”, jednakże z uwzględnieniem różnic znaczeniowych wynikających z odrębnych porządków prawnych poszczególnych państw. Z wypisu z rejestru TIRU S.A. jednoznacznie wynika, że pozostałym osobom wchodzącym w skład Rady Administracyjnej przypisano funkcję „administratorów”.

Zarzut, że przedstawione zaświadczenia o niekaralności członków zarządu Astaldi nie obejmują zakresu określonego w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie znalazł potwierdzenia, z zaświadczeń tych wynika bowiem, iż osoby, dla których zostały one sporządzone nie figurują w Krajowym Rejestrze Karnym Republiki Włoskiej, co oznacza, że w ogólności nie były karane. Dane w rejestrach karnych poszczególnych państw członków Unii Europejskiej zostały ujednoczone na podstawie odrębnych przepisów i brak jest podstaw, aby w przypadku zaświadczeń o niekaralności kwestionować wypisy z tego rodzaju rejestru urzędowego. Odwołujący nie dowiódł, że wykonawca Astaldi nie przedłożył kompletnej dokumentacji, w tym zakresie. Okoliczność, że Spółka TIRU (pozostająca w konsorcjum z Astaldi) wraz z zaświadczeniami o niekaralności Ministerstwa Sprawiedliwości Republiki Francuskiej Biuletyn nr 3 - załączyła do wniosku również oświadczenia złożone przed notariuszem, w oznaczonym zakresie, dla p. M. M. oraz p. L. M. pełniących funkcje Dyrektora Generalnego i zastępcy Dyrektora Generalnego oraz reprezentujących Spółkę, nie stanowi dowodu, że zaświadczenia przedstawione przez

Astaldi nie obejmują oznaczonych przestępstw z wymienionych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Pkt 4-8 i 10-11, które tego podmiotu mogłyby dotyczyć.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut, że również spółka T.M.E S.p.A. nie wywiązała się z obowiązku przedstawienia zaświadczeń o niekaralności za przestępstwa w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp urzędujących członków organu zarządzającego. Załączone do wniosku zaświadczenia o niekaralności członków organu zarządzającego T.M.E pochodzące z Krajowego Rejestru Karnego (karty 235 - 248) nie dowodzą, iż nie obejmują zakresu określonego w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w ogólności poświadczają brak wpisów w wymienionym rejestrze. Odwołujący nie wykazał, że T.M.E powinna dodatkowo przedstawić dokumenty zawierające oświadczenia złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Zarzut nie podlegał uwzględnieniu.

Wypisy z urzędowego rejestru spółek, prowadzonego w Republice Włoskiej zawierają informacje dotyczące tego, że podmiot nie pozostaje w upadłości, czy w likwidacji, zatem nie wymagają dodatkowych oświadczeń w tym zakresie.

Zarzut, że konsorcjum Astaldi do złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedłożyło pełnomocnictwo dla Astaldi w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych noszące datę 22 października 2014 roku. Z kolei pełnomocnictwo udzielone przez Astaldi p. M. G. oraz p. A. K., do reprezentowania spółki wobec zamawiającego, zostało udzielone w dniu 21 października 2014 roku, a więc zanim spółka Astaldi mogła uzyskać uprawnienie do reprezentowania wszystkich członków konsorcjum - okazał się bezprzedmiotowy, ponieważ brak w tym zakresie został skutecznie uzupełniony zgodnie z wezwaniem zamawiającego.

Odwołujący nie wykazał też nieprawidłowego charakteru pełnomocnictwa udzielonego p. M. G., który w imieniu Astaldi podpisał wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i inne oświadczenia oraz poświadczal za zgodność z oryginałem załączniki do wniosku, z tego powodu, iż udzielone mu pełnomocnictwo zostało podpisane przez p. C. B., który zgodnie z zakresem swojego umocowania wskazanym w zaświadczeniu o wpisie do sekcji zwyczajnej Izby Handlu w Rzymie został upoważniony tylko do podpisywania ofert przetargowych lub koncesyjnych ale nie jest uprawniony do podpisywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający rzeczywiście powziął wątpliwość odnośnie umocowania p. M. G. i wezwał konsorcjum Astaldi do przedstawienia odpowiedniego pełnomocnictwa dla p. C. B. lub o potwierdzenie czynności dokonanych przez p. M. G. w imieniu Astaldi. W świetle wezwania przez zamawiającego do przedłożenia

dokumentu potwierdzenia czynności pełnomocnika oraz złożenia takiego dokumentu wystawionego przez osobą umocowaną, tj. Prezesa Zarządu spółki Astaldi uprawnionego do jednoosobowej reprezentacji z dnia 24.11.2014 r. tj. p. P. A. - zarzuty odwołującego w tym zakresie nie znajdują uzasadnienia. Zdaniem Izby, nie zachodzi postulowana przez odwołującego konieczność przedstawienia innego prawidłowo udzielonego pełnomocnictwa. Przekazane przez konsorcjum (Astaldi) oświadczenie p. P. A. stanowi ponadto uprawnioną w świetle art. 65 K.c. w związku z art. 14 Pzp wykładnię oświadczenia woli osoby wystawiającej pełnomocnictwo z dnia 22.10.2014 r., co do objęcia jego zakresem, zarówno składania ofert przetargowych, jak i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Czynności zdziałane przez pełnomocnika p. C. B. z dnia 21.10.2014 r. w postaci udzielenia dalszych pełnomocnictw dla p. M. G. w imieniu Astaldi zostały zgodnie z wezwaniem potwierdzone, i brak podstaw do ich kwestionowania.

Zarzut, że konsorcjum Astaldi złożyło z opóźnieniem wyjaśnienia z dnia 27 listopada 2014 r., do których zostało wezwane w dniu 18 listopada 2014 r. nie znalazł potwierdzenia. Wykonawca przedłożył dowody czasu transmisji faksu, z którego wynika, że całość dokumentacji została przekazana w wyznaczonym czasie. Ponadto należało uwzględnić, iż zamawiający przyznał, że w tym dniu po stronie jego urzędzeń technicznych wystąpiły zakłócenia w odbiorze pism ze względu na przeciążenie linii.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Dalveo Poznań Sp. z o.o. w sytuacji złożenia nieprawidłowego oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej, błędnego uznania nieistnienia przesłanek do wykluczenia i błędnego uznania złożonych wyjaśnień za wystarczające, znalazł potwierdzenie jedynie w zakresie zaniechania przez zamawiającego wezwania wykonawcy Dalveo Poznań Sp. z o.o. do złożenia pełnej listy podmiotów, z którymi wykonawca pozostaje w jednej grupie kapitałowej. Stosownie do art. 26 ust. 2d Pzp wykonawca, wraz z wnioskiem, składa listę podmiotów, należących do tej samej grupy kapitałowej, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Zapis ten służy ochronie konkurencji. Izba zgadza się z poglądem, że aby dyspozycja przepisu została prawidłowo wykonana Dalveo Poznań Sp. z o.o. powinien złożyć pełną listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej co wnioskodawca. Tymczasem Dalveo Poznań Sp. z o.o., ograniczyło się do wskazania według własnego uznania „głównych podmiotów wchodzących w skład grupy”. Dalveo nie powołało się w załączniku nr 3 do wniosku, że złożona lista jest kompletna, gdyż obejmuje całą grupę kapitałową w rozumieniu ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, doz. 331, ze zm.), gdyż taka argumentacja pojawiła się w trakcie rozprawy. Zbyt daleko idące są jednak wnioski odwołującego, że jednocześnie oświadczenie takie należy uznać za nieprawdziwe z zamiarem celowego wprowadzenia zamawiającego w błąd. Wykonawca Dalveo w

oświadczeniu str. 17 wniosku, stwierdził bowiem, że nie zna całego składu przedmiotowej grupy kapitałowej, gdyż ta liczy sobie ponad 2620 podmiotów. Stosownie do art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia z postępowania wykonawcy, który złożył w postępowaniu nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Jednak dotyczy to wyłącznie sytuacji, gdzie w sposób bezpośrednio zamierzony i celowy wykonawca składa nieprawdziwe oświadczenie, czego w tym przypadku odwołujący nie udowodnił.

Brak jest również podstaw, aby przepis art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, czy art. 24b ust. 3 Pzp można byłoby rozumieć w ten sposób, iż lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 26d ustawy Pzp miałyby obejmować „najważniejsze podmioty z tej grupy”, do tego prowadzące zbliżony zakres działalności jak przedmiot zamówienia. Powoływany przepis takiego rozróżnienia nie zawiera, a Izba nie jest uprawniona do jego prawotwórczej interpretacji.

Pismem z dnia 18 listopada 2014 r. zamawiający wezwał Dalveo Poznań Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, czy istniejące związki pomiędzy TIRU S.A. a Dalveo Poznań Sp. z o.o. nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji. W odpowiedzi z dnia 27.11.2014 r. Dalveo Poznań Sp. z o.o. potwierdziło, że rzeczywiście istnieją powiązania między tymi spółkami, ale jednocześnie Dalveo wykazywało, że istniejące między nim i TIRU S.A. więzi nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji w tym postępowaniu pomiędzy wykonawcami. Dalveo Poznań, mając na uwadze przedstawiony schemat powiązań oraz definicję pojęcia grupy kapitałowej, którą zawiera ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) negowało wpływ takich powiązań na zachowanie uczciwej konkurencji, w przedmiotowym postępowaniu. Astaldi S.p.A. oraz Dalveo Poznań Sp. z o.o. zgodnie potwierdziły, że podmiotem kontrolującym TIRU S.A. jest wyłącznie grupa EDF, a Veolia Environnement, za pośrednictwem swojej spółki zależnej Veolia Proprete pośrednio posiada mniejszościowy (24%) udział w kapitale zakładowym TIRU S.A.

Zamawiający poddał analizie wyjaśnienia Dalveo w tym zakresie, tak samo jak wyjaśnienia Astaldi i prawidłowo ocenił, że związki pomiędzy Dalveo Poznań Sp. z o.o. a TIRU S.A. przez brak kontroli bezpośredniej lub pośredniej i z uwagi na udziały procentowe wielkości zaangażowanego kapitału nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji.

Zdaniem Izby, zamawiający miał podstawy, aby przyjąć wyjaśnienia wykonawcy za niedające podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24b ust. 3 Pzp, z uwagi na treść tych wyjaśnień. Jednakże niekompletna lista nie może być uwzględniona i wymaga



uzupełnienia. Zamawiający nie wzywał dotychczas wykonawcy Dalveo do złożenia całkowitej listy podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej na podstawie art. 26d ustawy Pzp. Wezwanie dotyczyło jedynie wyjaśnienia charakteru ujawnionych powiązań. W ocenie Izby dokument ten winien podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż oświadczenie takie musi być pełne. Inaczej, nie spełnia swojej funkcji. W wyniku uzupełnienia listy, mogą ujawnić się dalsze związki tego podmiotu z innymi wykonawcami, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wymagające wyjaśnienia i w tym kontekście, mogące rzutować na wyniki postępowania.

Z powyższych przyczyn potwierdzenie znalazł zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i zaniechania wezwania wykonawcy Dalveo Poznań Sp. z o.o. do uzupełnienia listy podmiotów tworzących grupę kapitałową, do której należy, bez względu na ich ilość.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. z powodu przedstawienia wadliwego zaświadczenia o niekaralności członka zarządu.

W ocenie odwołującego wykonawca ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. nie wywiązał się z obowiązku przedstawienia dokumentów dot. niekaralności za przestępstwa w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 Pzp urzędujących członków organu zarządzającego. Przedstawione zaświadczenia o niekaralności p. W. H. M. nie obejmuje zakresu określonego w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i 11 Pzp. Federalny Urząd Sprawiedliwości, który wydał zaświadczenie, nie jest umocowany, ani nie zajmuje się urzędowym poświadczaniem, czy wskazana osoba popełniła czyny zagrożone sankcją karną według ustawodawstwa innych krajów, a więc również m.in. za czyny określone w polskim Kodeksie karnym, ani w ustawie o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Zasadnie zamawiający uznał zarzut, że wykonawca ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. sp. k. przedłożył niepełne poświadczenie o niekaralności p. W. M. - za bezpodstawny. Jeżeli bowiem z poświadczenia wystawionego przez właściwy organ wynika, że dana osoba w ogóle nie była karana oznacza to, że nie była ona również karana w zakresie oznaczonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 i 10-11 ustawy Pzp. Ponadto przepis ten nie odsyła do polskiej ustawy karnej, ale wyłącznie określa typy przestępstw. Twierdzenia odwołującego, że przedstawione zaświadczenie o niekaralności p. W. H. M. nie obejmuje zakresu określonego w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i 11 ustawy Pzp pozostały nieudowodnione. Skoro uprawniony organ, tj. Federalny Urząd Sprawiedliwości, który wydał zaświadczenie o niekaralności p. W. H. M., potwierdza że w ogólności osoba ta nie figuruje w kartotece karnej – poświadczając tym samym brak skazania również za kategorie przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i 11 ustawy

Pzp. Rodzaje przestępstw uwidacznianych w prowadzonych przez poszczególne państwa wchodzące w skład Unii Europejskiej rejestrach zostały ujednoczone na podstawie przepisów odrębnych i obejmują porównywalny z polskim Krajowym Rejestrem Karnym zasób informacji, co kategorii przestępstw, o czym stanowi między innymi rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 29 marca 2012 r. w sprawie wykazu kodów stosowanych przy przekazywaniu za pośrednictwem systemu ECRIS informacji dotyczących kwalifikacji prawnej czynu zabronionego przyjętej w orzeczeniu oraz orzeczonych kar (...) oraz sposobu zastosowania tych kodów (Dz. U. z 2012 r. poz. 367). Zarzut nie podlegał uwzględnieniu.

Zarzut niewłaściwej interpretacji i stosowania ogłoszenia w odniesieniu liczby zaproszonych do dialogu wykonawców, Izba uznała za przedwczesny. Zamawiający jeszcze nie zaprosił oznaczonych wykonawców do dialogu konkurencyjnego, zatem nie istnieje żadna czynność, która została przeprowadzona i mogłaby być przedmiotem jej oceny przez Izbę i ewentualnego jej wzruszenia. Izba opowiada się za literalną wykładnią zapisu ogłoszenia mówiącego o ilości wykonawców zaproszonych do dialogu, które zostały ukształtowane w sposób ostateczny. Jeżeli wykonawcy znaleźli warunki ogłoszenia jako nieprawidłowe, mogli we właściwym terminie wnosić środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia. W wyniku nakazanej ponownej oceny wniosków, może dojść do znacznych przetasowań na przedstawionej przez zamawiającego liście rankingowej wykonawców. Zatem i z tych względów zarzuty odwołującego należało uznać za przedwczesne. Nie da się wykluczyć, że ponowna ocena wniosków wyłoni 5 wykonawców, którzy otrzymają zróżnicowaną punktację. Zarzut nie podlegał uwzględnieniu.

Zarzut, naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ITPOK Gdańsk, Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie z uwagi na niewykazanie spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu w zakresie sekcji III.2.3) ogłoszenia – kwalifikacje techniczne (wiedza i doświadczenie) znalazł potwierdzenie w materiale dowodowym sprawy sygn. akt KIO 2720/14 i został jednolicie rozstrzygnięty.

W tym stanie rzeczy, z uwagi na ustalenia poczynione w części dotyczącej wszystkich rozpatrywanych łącznie oraz w niniejszym postępowaniu odwoławczym odwołań, Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

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

238), Izba zaliczyła uiszczoną przez odwołującego kwotę z tytułu wpisu na poczet kosztów postępowania odwoławczego i zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot poniesionych kosztów postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:.....**

**Członkowie:.....**

.....