



**INFRASTRUKTURA
I ŚRODOWISKO**
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



UNIA EUROPEJSKA
FUNDUSZ SPÓJNOŚCI



PN/23/2012 – 89/01/13/MZK

Stalowa Wola, dnia 15.01.2013 r.

Do wiadomości:

Wykonawców którzy uczestniczą w postępowaniu Nr PN/23/2012.

ZAWIADOMIENIE O WNIESIONYM ODWOŁANIU.

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Numer sprawy: PN/23/2012.
Nazwa zadania: Zamówienie Nr 01 „BUDOWA ZAKŁADU MECHANICZNO-BIOLOGICZNEGO PRZETWARZANIA ODPADÓW KOMUNALNYCH W STALOWEJ WOLI”.

Działając na podstawie art. 185 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) Zamawiający informuje, że w prowadzonym postępowaniu zostało wniesione odwołanie dotyczące czynności Zamawiającego polegających na:

Wykonawca: Konsorcjum firm Comsa Emte Sp. z o.o. ul. Czeczota 31, 02-607 Warszawa, AWBUD S.A. ul. Reja 4, 42-440 Ogrodzieniec oraz MACE (POLAND) LIMITED Sp. z o.o. ODDZIAŁ W POLSCE ul. Złota 59, 00-120 Warszawa, wnosi odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- I. czynności Zamawiającego z dnia 4 stycznia 2013 r. w postaci wykluczenia Odwołującego z Postępowania oraz odrzucenia jego oferty;
- II. czynności Zamawiającego z dnia 4 stycznia 2013 r. w postaci zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego w Postępowaniu;
- III. czynności Zamawiającego z dnia 4 stycznia 2013 r. w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie („Control Process”).

Opisanym powyżej czynnościom Zamawiającego zarzuca naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz z art. 24 ust. 4 PZP w zw. z art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 4, art. 46 ust. 4a PZP oraz innych wskazanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania poprzez błędne przyjęcie, iż zaistniały przesłanki do wykluczenia Odwołującego, odrzucenia jego oferty i zatrzymania wadium w sytuacji kiedy Odwołujący złożył wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w Postępowaniu.

Z ostrożności procesowej, na wypadek nieuznania słuszności zarzutów wskazanych w punkcie 1 powyżej, zarzuca naruszenie:

- 2) art. 46 ust. 4a PZP w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego poprzez nadużycie prawa do zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego w Postępowaniu.

Ponadto Wykonawca zarzuca naruszenie;

- 3) art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, w której wykonawca Control Process złożył w swojej ofercie nieprawdziwe informacje w zakresie:
- gwarantowanej produkcji biogazu w stosunku do wyników testu fermentacyjnego;
 - daty zakończenia robót budowlanych dla projektu Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów MBA Schbneiche;
 - daty zakończenia robót budowlanych dla projektu Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów w Quart de Poblet w Walencji (Hiszpania);
 - wyposażenia Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów MBA Schöneiche;

co miało istotny wpływ na wynik Postępowania.

- 4) art. 24 ust. 4 PZP poprzez jego niezastosowanie w stosunku do wykonawcy Control Process w sytuacji istnienia uzasadnionych wątpliwości w treści załączonych przez wskazanego wykonawcę referencji dla projektu Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów w Brześciu (Białoruś).

W związku z powyższym wnosi o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania oraz odrzucenia jego oferty a w konsekwencji unieważnienie czynności zatrzymania wadium;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

Z ostrożności procesowej, w razie nieuznania zarzutu wskazanego w punkcie 1) powyżej wnoszę alternatywnie o:

4. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego w Postępowaniu.

Ponadto wnosi o:

5. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Control Process i odrzucenie na tej podstawie jego oferty,
6. nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty spośród ofert złożonych w Postępowaniu niepodlegających odrzuceniu.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 PZP Odwołujący wskazuje, iż zaskarżone czynności Zamawiającego naruszają interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia bowiem Zamawiający w sposób sprzeczny z przepisami prawa dokonał wykluczenia Odwołującego z Postępowania, odrzucił na tej podstawie jego ofertę i zatrzymał wadium wniesione przez Odwołującego w Postępowaniu. Konsekwentnie, prawdopodobnym następstwem dokonanych naruszeń przepisów PZP jest szkoda w majątku Odwołującego w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia oraz utrata kwoty wniesionego wadium. Warto też podkreślić, że w razie uwzględnienia zarzutu Odwołującego odnośnie nieprawidłowości jego wykluczenia oraz zarzutów odnoszących się do treści oferty wykonawcy Control Process (skutkujących jego wykluczeniem), w przedmiotowym Postępowaniu zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza oferta Odwołującego. Wskazana okoliczność również potwierdza istnienie interesu Odwołującego we wniesieniu niniejszego odwołania.

Kopię wniesionego odwołania przekazuje się w załączeniu. Wykonawca na tej podstawie może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego doręcza się Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem

elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się Zamawiającemu oraz Wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Wykonawca staje się uczestnikiem postępowania odwoławczego, jeżeli ma interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze Stron.

Prawa i obowiązki uczestników postępowania odwoławczego określono w art. 185 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Informacje dotyczące środków ochrony prawnej znajdują się w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz w Dziale VI Prawa zamówień publicznych „Środki ochrony prawnej”, art. od 179 do 198g (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

Załącznik: kopia odwołania Wykonawcy z dnia 14.01.2013 r.


PREZES ZARZĄDU
mgr Mariusz Piasecki

MIEJSKI ZAKŁAD KOMUNALNY
Spółka z o.o.
37-450 Stalowa Wola, ul. Komunalna 1
tel. (0-15) 8423411, 8421691
NIP 865-000-30-71

Kierownik Zamawiającego

Na podstawie art. 24 ust. 2 ustawy Pzp oraz zgodnie z zapisami pkt VII pkt 1.5/a) SIUZ-19W Zamawiający żąda niezwłocznego potwierdzenia otrzymania niniejszego pisma wraz z załącznikami.



Domański Zakrzewski Palinka

MIEJSKI ZAKŁAD KOMUNALNY
Spółka z o.o. w Stalowej Woli

WPLYNEŁO:

15 -01- 2013

L. dz. 254/01/13 y

Rondo ONZ 1
00-124 Warszawa
tel.: +48 22 557 7600
fax: +48 22 557 7601
www.dzp.pl

Warszawa, dnia 14 stycznia 2013 r.

MIEJSKI ZAKŁAD KOMUNALNY
Spółka z o.o. w Stalowej Woli
Jednostka Realizacji Projektu (JRP)

Wzrost
Data: 2013 -01- 15

L. dz. 45/13

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający: Miejski Zakład Komunalny Sp. z o.o.
ul. Komunalna 1, 37-450 Stalowa Wola

Odwolujący: Konsorcjum spółek w składzie:

1. Comsa Emte Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum)
ul. Czeczota 31, 02-607 Warszawa

2. AWBUD S.A.
ul. Reja 4, 42-440 Ogrodzieniec

3. MACE (POLAND) LIMITED Sp. z o.o.
Oddział w Polsce
ul. Złota 59, 00-120 Warszawa

reprezentowane przez pełnomocnika:

Magdalenę Kłębukowską

adres do doręczeń:

Rondo ONZ 1, XXI piętro
00-124 Warszawa

Tel. +48 22 557 76 00

Fax + 48 22 557 76 01

e-mail: magdalena.klebukowska@dzo.pl

DOKRETYFIKACJA	
Miejski Zakład Komunalny Sp. z o.o. w Stalowej Woli Jednostka Realizacji Projektu	
JRP-K	<input checked="" type="checkbox"/>
JRP-F	<input checked="" type="checkbox"/>
JRP-M	<input checked="" type="checkbox"/>
JRP-S	<input checked="" type="checkbox"/>
JRP-TD	<input checked="" type="checkbox"/>
JRP-YM	<input checked="" type="checkbox"/>
Podpis Kierownika JRP	

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa zakładu mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych w Stalowej Woli” (nr sprawy: PN/23/2012) („Postępowanie”)

■ ■ ■ I Domański Zakrzewski Palinka

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, ze zm.) („PZP”), działając w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. konsorcjum spółek w składzie: Comsa Emle Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, AWBUD S.A. z siedzibą w Ogrodzieńcu, MACE (POLAND) LIMITED Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie (zwanymi dalej łącznie „Odwolującym”), w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo z dnia 7 stycznia 2013 r., którego kopię dołączam do niniejszego pisma, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Miejski Zakład Komunalny Sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli („Zamawiający”) pn. „Budowa zakładu mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych w Stalowej Woli” (nr sprawy: PN/23/2012), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr Dz. 2012/S 209-343861 z dnia 30 października 2012 r. („Postępowanie”), wnoszę odwołanie od:

- I. czynności Zamawiającego z dnia 4 stycznia 2013 r. w postaci wykluczenia Odwołującego z Postępowania oraz odrzucenia jego oferty;
- II. czynności Zamawiającego z dnia 4 stycznia 2013 r. w postaci zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego w Postępowaniu;
- III. czynności Zamawiającego z dnia 4 stycznia 2013 r. w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie („Control Process”).

Opisanym powyżej czynnościom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz z art. 24 ust. 4 PZP w zw. z art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 4, art. 46 ust. 4a PZP oraz innych wskazanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania poprzez błędne przyjęcie, iż zaistniały przesłanki do wykluczenia Odwołującego, odrzucenia jego oferty i zatrzymania wadium w sytuacji kiedy Odwołujący złożył wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w Postępowaniu.

Z ostrożności procesowej, na wypadek nieuznania słuszności zarzutów wskazanych w punkcie 1) powyżej, zarzucam naruszenie:

- 2) art. 46 ust. 4a PZP w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego poprzez nadużycie prawa do zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego w Postępowaniu.

Ponadto zarzucam naruszenie:

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

- gwarantowanej produkcji biogazu w stosunku do wyników testu fermentacyjnego;
- daty zakończenia robót budowlanych dla projektu Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów MBA Schöneiche;

■ ■ ■ I Domański Zakrzewski Palinka

- daty zakończenia robót budowlanych dla projektu Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów w Quart de Poblet w Walencji (Hiszpania);
- wyposażenia Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów MBA Schöneiche;

co miało istotny wpływ na wynik Postępowania.

- 4) **art. 24 ust. 4 PZP poprzez jego niezastosowanie** w stosunku do wykonawcy Control Process w sytuacji istnienia uzasadnionych wątpliwości w treści załączonych przez wskazanego wykonawcę referencji dla projektu Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów w Brześciu (Białoruś).

W związku z powyższym **wnoszę o:**

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania oraz odrzucenia jego oferty a w konsekwencji unieważnienie czynności zatrzymania wadium;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

Z ostrożności procesowej, w razie nieuznania zarzutu wskazanego w punkcie 1) powyżej **wnoszę alternatywnie o:**

4. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego w Postępowaniu.

Ponadto **wnoszę o:**

5. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Control Process i odrzucenie na tej podstawie jego oferty,
6. nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty spośród ofert złożonych w Postępowaniu niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący powziął informację o wskazanych powyżej czynnościach Zamawiającego w dniu 4 stycznia 2013 r. – wskutek doręczenia przez Zamawiającego faksem pisma z dnia 4 stycznia 2013 r. (znak: PN/23/2012-27/01/13/MZK), a zatem niniejsze odwołanie zostało wniesione w terminie wynikającym z art. 182 ust. 1 pkt 1 PZP.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 PZP Odwołujący wskazuje, iż zaskarżone czynności Zamawiającego naruszają interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia bowiem Zamawiający w sposób sprzeczny z przepisami prawa dokonał wykluczenia Odwołującego z Postępowania, odrzucił na tej podstawie jego ofertę i zatrzymał wadium wniesione przez Odwołującego w Postępowaniu. Konsekwentnie, prawdopodobnym następstwem dokonanych naruszeń przepisów PZP jest szkoda w majątku Odwołującego w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia oraz utrata kwoty wniesionego wadium. Warto też podkreślić, że w razie uwzględnienia zarzutu Odwołującego odnośnie nieprawidłowości jego

■ ■ ■ | Domański Zakrzewski Palinka

wykluczenia oraz zarzutów odnoszących się do treści oferty wykonawcy Control Process (skutkujących jego wykluczeniem), w przedmiotowym Postępowaniu zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza oferta Odwołującego. Wskazana okoliczność również potwierdza istnienie interesu Odwołującego we wniesieniu niniejszego odwołania.

UZASADNIENIE:

1. Stan faktyczny

1.1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa zakładu mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych w Stalowej Woli” (nr sprawy: PN/23/2012). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr Dz. 2012/S 209-343861 z dnia 30 października 2012 r. Termin składania ofert w Postępowaniu w związku ze zmianą ogłoszenia o zamówieniu z dnia 8 grudnia 2012 r. został wyznaczony na dzień 14 grudnia 2012 r. na godzinę 13:00. We wskazanym terminie składania ofert została złożona oferta Odwołującego.

Dowód: (1) ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr Dz. 2012/S 209-343861 z 30 października 2012 r., (2) ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu z dnia 8 grudnia 2012 r.

1.2. W części V Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) dotyczącej warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia (tabela lp. 2 na str. 6-8) Zamawiający wskazał, że uzna za spełniony warunek wiedzy i doświadczenia, jeżeli dany wykonawca wykaze się, iż wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej jedną robotę budowlaną w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przedmiotem której było wykonanie zakładu zagospodarowania odpadów komunalnych, o wartości zamówienia brutto minimum 50.000.000 zł. (pięćdziesiąt milionów złotych) oraz zakresie zbliżonym do przedmiotu zamówienia, czyli polegającym na realizacji w formule „zaprojektuj i wybuduj” zakładu mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, w skład którego wchodziły co najmniej następujące instalacje:

1. stacjonarna zautomatyzowana linia sortowania zmieszanych odpadów komunalnych oraz zbieranych selektywnie o przepustowości minimum 50.000 Mg/rok zlokalizowana w hali, zapewniająca wydzielenie frakcji organicznej kierowanej następnie do przetwarzania w instalacji do przetwarzania biologicznego; wyposażonej w co najmniej następujące urządzenia:

- a) stację nadawczą,
- b) przenośniki,

■ ■ ■ I Domański Zakrzewski Palinka

- c) sito bębnowe,
 - d) separator metali żelaznych,
 - e) separator metali nieżelaznych,
 - f) kabinę sortowniczą,
 - g) stację automatycznego załadunku balastu,
 - h) prasę belującą,
 - i) separatory optopneumatyczne służące do wydzielenia ze zmieszanych odpadów komunalnych następujących frakcji przeznaczonych do recyklingu:
 - papieru i tektury,
 - frakcji kalorycznej, tj. mieszaniny tworzyw sztucznych m.in.: PET, PE, PP, folii oraz komponentów RDF (frakcji energetycznej do produkcji paliwa alternatywnego),
2. instalacja stabilizacji beztlenowej frakcji wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych (fermentacja sucha metanowa, o zawartości suchej masy powyżej 25%, w układzie poziomym, z ciągłym automatycznym załadunkiem i wyładunkiem), o wydajności minimum 15.000 Mg/rok.

W dalszej części Zamawiający wskazał również, że uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże przynajmniej dwie odrębne roboty budowlane spośród trzech wymienionych poniżej:

1. jedną sortownię z odpadów zmieszanych o ww. parametrach,
2. jedną instalację suchej poziomej fermentacji frakcji organicznej o ww. parametrach,
3. jedną instalację przetwarzania biologicznego (stabilizacji tlenowej) o wydajności min. 15.000 Mg/rok.

1.3. W części VI SIWZ dotyczącej wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, Zamawiający wskazał, iż w zakresie warunku posiadanej wiedzy i doświadczenia należy złożyć odpowiednio wykaz wykonanych robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wielkości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, według wzoru stanowiącego Załącznik nr 8 „Wykaz robót budowlanych” do SIWZ.

1.4. W części VII SIWZ (informacja o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z Wykonawcami) wskazano, iż Zamawiający

■ ■ ■ I Domański Zakrzewski Palinka

dopuszcza także porozumiewanie się z wykonawcami za pomocą faksu oraz drogą elektroniczną.

1.5. W części VIII SIWZ pkt 1 Zamawiający ustalił wadium dla Postępowania w wysokości 1.500.000 zł. (jeden milion pięćset tysięcy złotych). Odwołujący dopełnił obowiązku wynikającego z w/w postanowienia SIWZ dołączając do swojej oferty gwarancję wadialną.

1.6. W części XIII SIWZ pkt 4 Zamawiający wskazał, że wybór oferty najkorzystniejszej dokonany zostanie w oparciu o następujące kryteria oceny ofert:

Lp.	Nazwa kryterium głównego	Maksymalna liczba punktów, które może otrzymać oferta za dane kryterium
1.	Cena (C)	80,00
2.	Rozwiązania Techniczne (T)	7,00
3.	Eksploatacja (E)	13,00
Maksymalna liczba punktów, którą oferta może otrzymać za wszystkie kryteria łącznie		100,00

Na stronie 8 Załącznika nr 9 do SIWZ pn. „Opis kryteriów oceny ofert” doprecyzowano, iż w zakresie kryterium Eksploatacji (E) (13 punktów) Zamawiający dokona następującej oceny:

L.p.	Nr kryterium	Nazwa kryterium	Maksymalna ocena punktowa
1.	E.1	Roczny koszt zużycia reagentów podawanych do procesu dla fermentacji metanowej i do dezodoryzacji	3,00
2.	E.2	Produkcja biogazu w stosunku do wyniku testu fermentacyjnego	8,00
3.	E.3	Dyspozycyjność wężla kogeneracji	2,00
Razem punktów za kryteria eksploatacyjne			13,00

Na stronie 10 Załącznika nr 9 do SIWZ pn. „Opis kryteriów oceny ofert” przyjęto tabelę punktacji dla kryterium produkcji biogazu w stosunku do wyniku testu fermentacyjnego, zgodnie z którą, przy osiągnięciu poziomu 95% produkcji biogazu względem wyniku

■ ■ ■ | Domański Zakrzewski Palinka

testu fermentacyjnego gwarantowanego przez danego wykonawcę, zostanie mu przyznane 8 punktów (maksymalna liczba). Im mniejsza zostanie wskazana wartość procentowa tym mniej punktów zostanie przyznanych.

Dowód: (1) Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, (2) Załącznik nr 9 do SIWZ pn. „Opis kryteriów oceny ofert”.

1.7. Wśród załączonych do oferty Odwołującego dokumentów znalazły się, między innymi, referencje wystawione przez Francisco Javier Quintieri dotyczące budowy ECOPARC DE BARCELONA S.A., w Barcelonie (str. 77-79 w wersji hiszpańskiej, str 80-81 w wersji polskiej). W przedmiotowej referencji znalazła się informacja, iż podmiot na potencjale którego polegał Odwołujący, tj. COMSA EMTE MEDIOAMBIENTE, SLU (oświadczenie o udostępnieniu potencjału – str. 87 oferty) („Comsa Medioambiente”), wziął udział w budowie Ekoparku w Barcelonie. Ponadto znalazła się również informacja, iż ostateczne uruchomienie przedmiotu umowy nastąpiło w dniu 15 lipca 2011 r., kiedy to zostały zakończone prace mające na celu osiągnięcie wydajności przewidzianej w umowie i zrealizowane wszystkie usługi wykonane przez Comsa Medioambiente dla UTE ECOPARC (konsorcjanta Comsa Medioambiente przy realizacji wskazanego projektu). W dalszej części treści referencji znalazł się szczegółowy opis funkcjonowania przedmiotu zrealizowanego projektu. Wskazany dokument został wydany w dniu 10 października 2012 r.

Dowód: str. 77-81 oraz str. 87 oferty Odwołującego.

1.8. W dniu 28 grudnia 2012 r. Zamawiający doręczył faksem Odwołującemu wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu. W treści niniejszego pisma Zamawiający wskazał, iż Odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w ofercie przedstawił wprawdzie referencje wystawione przez Francisco Javier Quintieri dotyczące budowy ECOPARC DE BARCELONA, S.A. w Barcelonie jednak, zdaniem Zamawiającego, przedmiotowe referencje nie zawierały informacji o tym, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Na tej podstawie Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu. Jednocześnie Zamawiający poinformował Odwołującego, iż wymagany dokument należy uzupełnić w formie pisemnej do dnia 4 stycznia 2013 r. do godz. 12:00, pod rygorem wykluczenia Odwołującego z Postępowania.

Dowód: faks Zamawiającego z dnia 28 grudnia 2012 r. zawierający wezwanie do uzupełnienia dokumentów.

■ ■ ■ I Domański Zakrzewski Palinka

1.9. Jeszcze tego samego dnia, w którym Odwołujący otrzymał wezwanie do uzupełnienia dokumentów, tj. w dniu 28 grudnia 2012 r., poprzez swojego przedstawiciela – p. Victoriano Sanz Losada, zwrócił się on do Zamawiającego najpierw telefonicznie a następnie drogą elektroniczną z prośbą o przesunięcie wyznaczonego terminu na uzupełnienie dokumentów z uwagi na nieobecność osoby uprawnionej do reprezentowania Odwołującego w Postępowaniu. W odpowiedzi na prośbę Odwołującego, Zamawiający nie wyraził zgody na przedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów.

Dowód: Korespondencja między przedstawicielem Odwołującego - p. Victoriano Sanz Losada a Zamawiającym z dnia 28 grudnia 2012 r.

1.10. W dniu 4 stycznia 2013 r. Odwołujący doręczył Zamawiającemu faksem żądane dokumenty. Tego samego dnia Zamawiający doręczył faksem Odwołującemu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Control Process. Co jest istotne, z punktu widzenia wskazanych w treści *petitum* zarzutów, wykonawca Control Process przy ocenie jego oferty otrzymał maksymalną liczbę punktów (8 punktów) w zakresie kryterium eksploatacji pn. „Produkcja biogazu w stosunku do wyniku testu fermentacyjnego” (zob. punkt 1.6 powyżej). Uzasadnieniem dla powyższego był fakt, że wykonawca Control Process w swojej ofercie na stronie 13 oświadczył, iż gwarantuje produktywność biogazu na poziomie 95%, w odniesieniu do określonej w warunkach laboratoryjnych możliwości uzyskiwania biogazu wg normy VDI 4630. Powyższe oświadczenie znalazło także odzwierciedlenie w kolejnych częściach oferty Control Process (m. in. na stronie 14 oferty).

1.11. Z treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty wynikało także, iż Odwołujący został wykluczony z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP, gdyż w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 grudnia 2012 r. Odwołujący uzupełniając żądane dokumenty nie zachował wymaganej formy pisemnej i uzupełnił je wyłącznie za pośrednictwem faksu. W związku z powyższym, Zamawiający uznał, iż spełnione zostały przesłanki do zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego w Postępowaniu na podstawie art. 46 ust. 4a PZP.

Dowód: (1) Potwierdzenie doręczenia żądanych przez Zamawiającego dokumentów faksem (potwierdzenie transmisji danych), (2) Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu z dnia 4 stycznia 2013 r., (3) str. 13-14 oferty wykonawcy Control Process.

2. Argumentacja prawna w zakresie zarzutu z punktu 1) treści *petitum*

2.1. W zarysowanym powyżej stanie faktycznym, należy w pierwszej kolejności podnieść, iż Odwołujący załączył do swojej oferty wszelkie wymagane dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w Postępowaniu. Spór między Zamawiającym a Odwołującym dotyczy wyłącznie tego czy z treści załączonej przez Odwołującego

■ ■ ■ I Domański Zakrzewski Palinka

referencji dla konkretnego projektu (ECOPARC DE BARCELONA S.A. w Barcelonie) wynikało, iż roboty budowlane przy jego realizacji zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Nie budzi wątpliwości fakt, iż dokument, który został przedłożony w Postępowaniu przez Odwołującego w sposób wyraźny wskazywał, że przedmiot umowy (na wykonanie której przedłożone zostały referencje) został uruchomiony w dniu 15 lipca 2011 r. a także, iż zostały zakończone prace mające na celu osiągnięcie wydajności przewidzianej w umowie i zrealizowane wszystkie niezbędne usługi w tym celu. Z powyższego, w sposób logiczny wynika, iż pomimo nieuzycia wprost wyrażenia, którego domagał się Zamawiający, dokument ten potwierdzał wskazane okoliczności, a zatem stanowił potwierdzenie, iż roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

2.2. Nie bez znaczenia pozostaje także fakt, iż przedmiotowy dokument został wystawiony w dniu 10 października 2012 r., przy czym zakład przetwarzania odpadów został uruchomiony w dniu 15 lipca 2011 r. Z powyższego wynika, iż skoro w dacie wystawienia referencji, a zatem blisko rok od oddania do eksploatacji przedmiotu zamówienia, nie zostały wykazane jakiegokolwiek usterki uniemożliwiające wydanie referencji, to należy zakładać, iż roboty budowlane zostały wykonane prawidłowo.

2.3. W celu wykazania słuszności twierdzeń Odwołującego należy także wskazać, iż Odwołujący składając referencje dotyczące projektu ECOPARC DE BARCELONA S.A. w Barcelonie spełnił wymóg potwierdzenia należytego wykonania robót zgodnie z SIWZ a także § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane („Rozporządzenie”). W tym kontekście, zarówno zapis w SIWZ jak i przywołany przepis Rozporządzenia wskazują, że potwierdzeniem wykonania robót jest (jakiegokolwiek) dokument potwierdzający, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Oczywiście jest, że w sytuacji kiedy we wskazanym dokumencie referencji zostałoby użyte wprost sformułowanie z Rozporządzenia, Zamawiający nie miałby żadnych wątpliwości co do prawidłowości przedstawionego dokumentu. Należy jednak jednoznacznie wskazać, że użycie innych sformułowań (np. takich, którymi posłużono się w przedmiotowych referencjach) na potwierdzenie wykonania robót nie dyskwalifikuje dokumentu co do skuteczności celu jego wystawienia. Taki wniosek wypływa *expressis verbis* z ugruntowanego orzecznictwa Wysokiej Izby, m.in. z uzasadnienia do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 września 2011 r. (sygn. KIO 1992/11, KIO 2004/11). Wniosek taki należy uznać za słuszny, w szczególności biorąc pod uwagę fakt, iż referencje są wystawiane przez osoby trzecie w stosunku do wykonawcy. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia z dnia 12 kwietnia 2011 r. (sygn. KIO 694/11): „Referencje mają potwierdzać wykonanie robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończonych. Referencje nie służą do scharakteryzowania zamówienia. Nie są wystawiane na potrzeby konkretnego zamówienia, a wykonawca nie ma co do zasady wpływu na sposób redagowania referencji.” Narzucenie podmiotowi wystawiającemu referencje konkretnej ich treści lub formy nie jest zatem w większości

■ ■ ■ I Domański Zakrzewski Palinka

przypadków możliwe. Powyższe potwierdzają też wypowiedzi judykatury – np. wyrok sądu okręgowego w Bydgoszczy z dnia 23 października 2012 r. (sygn. VIII Ga 137/12), w którym stwierdza się, iż „referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny, nie można zatem wymagać i egzekwować od wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie konkretnego, zindywidualizowanego warunku, bądź też, że dokument referencji nie musi wprost zawierać stwierdzenia, że określona dostawa lub usługa została wykonana należycie, bowiem istotne jest, aby z treści dokumentu wynikała prawidłowość wykonania dostawy lub prac.”. Co więcej, narzucanie konkretnej treści referencji należy uznać za niewskazane, biorąc pod uwagę charakter dokumentu referencji i cel jakiemu dokument ten ma służyć. Celem tym jest wyłącznie potwierdzenie – w sposób obiektywny - należytego wykonania danej umowy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2011 r., sygn. KIO 700/11).

- 2.4. W świetle powyższych rozważań należy przyjąć, iż w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym nie zaistniały przesłanki niezbędne do zastosowania art. 26 ust. 3 PZP, które pozwalałyby na wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, a dokumenty złożone przez Odwołującego wraz z ofertą w sposób wystarczający potwierdzały spełnienie warunków udziału Odwołującego w Postępowaniu. Tym samym, Odwołujący złożył w swojej ofercie wymagane dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w Postępowaniu a Zamawiający zobowiązany był je należycie ocenić.
- 2.5. Przyjmując błędne założenie o niezłożeniu przez Odwołującego dokumentu referencji dla projektu ECOPARC DE BARCELONA S.A. w Barcelonie (co wykazano w punktach 2.1-2.4), Zamawiający w dniu 28 grudnia 2012 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia tego dokumentu. W tym miejscu należy jeszcze raz zaznaczyć, że Zamawiający nie był do tego uprawniony. Obecne brzmienie art. 26 ust. 3 PZP pozwala bowiem na wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów jedynie w razie ich niezłożenia. Wskazuje na to wprost przepis art. 26 ust. 3 PZP: „Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. (...)”.
- 2.6. Nawet przyjmując założenie, iż zdaniem Zamawiającego z treści przedłożonego dokumentu referencji dla projektu ECOPARC DE BARCELONA S.A. w Barcelonie nie wynikało w sposób jednoznaczny, że projekt ten został wykonany zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończony (z czym Odwołujący się nie zgadza) to biorąc pod uwagę, że przedmiotowy dokument został złożony (co pozostaje poza wszelkimi wątpliwościami), a Zamawiający powziął określone co do jego treści wątpliwości to zobowiązany był na podstawie art. 26 ust. 4 PZP wystąpić do Odwołującego o uzyskanie stosownych wyjaśnień. Należy uznać, że żądanie wyjaśnień we wskazanym trybie może dotyczyć także dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu, a zatem znajduje zastosowanie do dokumentu referencji dla projektu ECOPARC DE BARCELONA S.A. w Barcelonie.

■ ■ ■ | Domański Zakrzewski Palinka

2.7. Tezę o konieczności zastosowania art. 26 ust. 4 PZP (zamiast art. 26 ust. 3 PZP) w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w szczególności:

- wyrok z dnia 7 lutego 2012 r. (sygn. KIO 197/12): „Artykuł 26 ust. 3 p.z.p. - przywołany przepis znajduje zastosowanie jedynie w sytuacji, w której wykonawca nie złożył dokumentów lub oświadczeń, wymienionych w art. 26 ust. 1 p.z.p. lub pełnomocnictw, albo też przedłożył wadliwe”.
- Wyrok z dnia 4 kwietnia 2012 r. (sygn. KIO 570/12): „W przypadku wątpliwości dotyczących dokumentów złożonych w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących tych dokumentów. Podstawą takiego żądania jest art. 26 ust. 4 p.z.p., którego brzmienie wskazuje na to, iż wezwanie wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem zamawiającego.”.
- wyrok z dnia 16 marca 2012 r. (sygn. KIO 438/12) zgodnie z którym „jeżeli wystarczające jest wyjaśnienie treści dokumentu, to nie należy wzywać do jego uzupełnienia. Po uwzględnieniu udzielonych wyjaśnień może okazać się bowiem, że jest on prawidłowy, to znaczy potwierdza stan wymagany przez zamawiającego”.

2.8. W nawiązaniu do powyższego, należy zaznaczyć, że Zamawiający wskazując jako podstawę prawną swojego żądania art. 26 ust. 3 PZP dopuścił się jego naruszenia. Oprócz tego naruszył także przepis art. 26 ust. 4 PZP poprzez jego niezastosowanie. W opisanej sytuacji Odwołujący mógł zinterpretować wezwanie Zamawiającego jako wezwanie do złożenia wyjaśnień (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2009 r., sygn. KIO/UZP1006/09). Istotnym z punktu widzenia dalszych czynności podejmowanych przez strony w Postępowaniu jest to, że tryb wyjaśnień pozwalał Odwołującemu na posłużenie się w komunikacji z Zamawiającym drogą faksową (co przewidywała wprost SIWZ w części VII). W konsekwencji należy uznać, że doręczone Zamawiającemu faksem dokumenty w dniu 4 stycznia 2013 r. zostały skutecznie doręczone. Wskazują na to nie tylko odpowiednie postanowienia SIWZ -- w szczególności rozdział VII pkt 5 dopuszczający możliwość porozumiewania się z wykonawcami faksem, ale także ogólne zasady prawa cywilnego. W tym kontekście, należy zwrócić uwagę, że zgodnie z odesłaniem z art. 14 PZP, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeśli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Jak wskazuje na to orzecznictwo Sądu Najwyższego: przepisy Kodeksu cywilnego należy w tym zakresie stosować wprost a nie odpowiednio (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 2010 r., sygn. V CSK 321/09). W świetle powyższego, należy zaznaczyć, że działania Odwołującego podjęte w toku Postępowania (doręczenie wymaganych dokumentów faksem) umożliwiły Zamawiającemu, zgodnie z art. 61 § 1 Kodeksu cywilnego, zapoznanie się z treścią wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu. Potwierdzeniem faktu, iż Zamawiający miał faktyczną możliwość zapoznania się z treścią wymaganych dokumentów wskazujących na spełnienie warunków udziału w Postępowaniu w określonym przez niego terminie jest potwierdzenie transmisji danych (faks).

■ ■ ■ I Domański Zakrzewski Palinka

Na poparcie tego stwierdzenia wskazuje również pośrednio orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w szczególności wyrok z dnia 29 września 2010 r. (sygn. KIO 1963/10), zgodnie z którym „dowód w postaci raportu z transmisji faksu stwarza domniemanie prawne, że oświadczenie nadawcy doszło do adresata w sposób pozwalający mu zapoznać się z jego treścią”. W związku z powyższym, przesłanka wskazana w art. 24 ust 2 pkt. 4 PZP uprawniająca do wykluczenia wykonawców z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu nie powinna znaleźć zastosowania do zaistniałego stanu faktycznego.

- 2.9. Uzupelniająco należy zaznaczyć, że Zamawiający, który otrzymał informację, która obiektywnie rzecz ujmując, powinna pozbawić go wątpliwości w zakresie dokumentu referencji dla projektu ECOPARC DE BARCELONA S.A. w Barcelonie, zobowiązany był przystąpić do czynności badania i oceny oferty Odwołującego. Powyższe jest uzasadnione tym, iż nawet jeżeli Zamawiający niesłusznie zastosował tryb z art. 26 ust. 3 PZP (wezwanie do uzupełnienia dokumentów) to otrzymane faksem informacje w sposób bezsprzeczny wskazywały, iż (i) dokument nie powinien podlegać uzupełnieniu (bo został prawidłowo złożony) a (ii) ew. wątpliwości co do wykazania, że roboty dla wskazanego projektu zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone zostały wyjaśnione. Nie było zatem zasadnym wykluczenie Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP.
- 2.10. Podsumowując niniejsze rozważania, jeszcze raz należy podkreślić, iż Odwołujący załączył do swojej oferty wszelkie niezbędne dokumenty wymagane przez Zamawiającego w Postępowaniu. W związku z powyższym, Zamawiający powinien (bez wzywania Odwołującego) przystąpić do merytorycznej oceny oferty Odwołującego. Błędne działania Zamawiającego w zakresie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów nie mają wpływu na ocenę jego bezzasadnej decyzji dotyczącej wykluczenia Odwołującego i odrzucenia na tej podstawie jego oferty a tym bardziej nie mogą stanowić podstawy do usprawiedliwienia wskazanych naruszeń.
- 2.11. Bez względu jednak na niewątpliwy fakt naruszenia przez Zamawiającego uprawnień do wezwania do uzupełnienia dokumentów z art. 26 ust. 3 PZP (niezastosowania trybu uzyskiwania wyjaśnień z art. 26 ust. 4 PZP), i bez względu na fakt, iż okoliczności te pozostają bez wpływu na negatywną ocenę bezprawnej czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z Postępowania i odrzuceniu jego oferty, wskazujemy także na konkretne naruszenia przepisów PZP już w ramach samego wezwania:

- 2.11.1. Zamawiający nie był uprawniony aby w sposób bezprawny ograniczać zakres form w jakich Odwołujący mógł uzupełnić żądany dokument. Zgodnie z treścią § 6 ust. 1 Rozporządzenia *in principio*, dokumenty [w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego] są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Ustawodawca dopuszcza zatem możliwość równorzędnego stosowania tych dwóch form. Tymczasem, w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 28 grudnia 2012 r. Zamawiający bezprawnie ograniczył możliwość posłużenia się przez Odwołującego formą kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem i wskazał

■ ■ ■ I Domański Zakrzewski Palinka

wprost, że „braki w ofercie należy uzupełnić w formie pisemnej”. Należy wyjaśnić, iż zakres pojęciowy określenia „forma pisemna” niekoniecznie musi obejmować formę kopii poświadczoną za zgodność z oryginałem. Do takiego wniosku prowadzi analiza orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej powstałego na gruncie analizy pojęcia „formy pisemnej” z art. 26 ust. 2b PZP, który posługuje się pojęciem „pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego”. Dla przykładu warto przytoczyć następujące fragmenty rozstrzygnięcia jakie zapadło w dniu 8 marca 2011 r. w sprawie o sygn. KIO 447/11, KIO 449/11, KIO 452/11: „Izba uznała natomiast, że zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów, złożone w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę nie spełniają wymogu formy pisemnej, określonej w przepisie art. 26 ust. 2b PZP.”

2.11.2. W wezwaniu Odwołującego z dnia 28 grudnia 2012 r. Zamawiający wskazał zbyt krótki okres na uzupełnienie żądanych dokumentów. Termin ten upływał w dniu 4 stycznia 2013 r. a zatem Odwołujący miał jedynie 5 dni roboczych na uzyskanie żadanego dokumentu. W związku z przekazaniem rzeczonożego wezwania w tzw. „okresie świąteczno-noworocznym” oraz z uwagi na nieobecność osoby uprawnionej do reprezentowania Odwołującego w Postępowaniu w tym okresie, Odwołujący zwrócił się z prośbą o przesunięcie wyznaczonego terminu na uzupełnienie dokumentów. W odpowiedzi na prośbę Odwołującego, Zamawiający nie wyraził zgody na przedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów. Uzupełniająco należy stwierdzić, iż art. 26 ust. 3 PZP nie zawiera konkretnego terminu, w ciągu którego wykonawcy zobowiązani są odpowiedzieć na wystosowane do nich wezwanie. W związku z powyższym, kompetencje do określenia takiego terminu posiada zamawiający. Nie można jednak uznać, że posiada on w tej kwestii pełną swobodę. Przede wszystkim, termin ten powinien być rozsądny - czyli taki, iż w toku normalnych czynności dany wykonawca mógłby podjąć stosowne działania, tj. pozyskać lub skompletować dokumenty będące przedmiotem uzupełnienia, a następnie przekazać je we właściwej formie i czasie do zamawiającego. Jak wskazuje na to wprost orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (Wyrok z dnia 29 grudnia 2010 r., sygn. KIO/UZP 2700/10): „Mając na względzie cel regulacji przepisu art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. wskazany w wezwaniu - termin ustalony przez zamawiającego, do którego wykonawca jest zobowiązany uzupełnić dokumenty, musi obiektywnie umożliwiać wykonawcy wykonanie tego obowiązku zgodnie z żądaniem”. Nie bez znaczenia pozostaje także fakt, iż wezwanie do przedłożenia dokumentów Zamawiający doręczył, co było już wskazywane w treści niniejszego uzasadnienia, w okresie tzw. „świąteczno-noworocznym”. Powyższe może bowiem stanowić okoliczność obiektywną mogącą wpływać na możliwość dotrzymania wyznaczonego przez Zamawiającego terminu (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 stycznia 2012 r., sygn. KIO 2765/11). Należy także wskazać, że uzupełnienie żadanego dokumentu zgodnie z treścią wezwania z dnia 28 grudnia 2012 r. wymagało partycypacji osób trzecich - tj. podmiotu, który wystawił referencję dla Comsa Medioambiente, a zapewnienie takiego udziału w świetle okoliczności przedstawionych powyżej (zbyt krótki

■ ■ ■ I Domański Zakrzewski Palinka

czas, okres „święteczno-noworoczny”) przez Odwołującego było okolicznością od niego niezależną.

2.11.3. W ramach bezzasadnego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, naruszeniem ze strony Zamawiającego było także negatywne ustosunkowanie się przez Zamawiającego do wniosku Odwołującego o przedłużenie terminu na złożenie wymaganych dokumentów. Należy jednak zaznaczyć wyraźnie, że Odwołujący jako podmiot profesjonalny biorący udział w Postępowaniu, działając z należyłą starannością jeszcze tego samego dnia kiedy otrzymał przedmiotowe wezwanie zwrócił się do Zamawiającego o przedłużenie terminu na złożenie wymaganych dokumentów, gdyż wiedział, iż wyjście naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego może być trudne. Powyżej opisana czynność Odwołującego została zatem podjęta w zaufaniu do Zamawiającego jako gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Warto w tym miejscu przywołać fragment uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 maja 2011 r. (sygn. KIO 959/11), w którym stwierdzono: *„Izba nie kwestionuje, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia i że uprawniony jest do określania terminu poszczególnych czynności w postępowaniu, a wyrażenie zgody na zmianę tych terminów zależy od jego uznania, wskazać jednak należy, że decyzja ta powinna być podjęta z zachowaniem dbałości o osiągnięcie celu postępowania, jakim jest wybór najkorzystniejszej oferty i zawarcie umowy.”* Odwołujący nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji niesłusznej decyzji Zamawiającego, który uznał, że niezasadne jest przedłużenie terminu na złożenie wymaganych dokumentów. W świetle powyższego, negatywną konsekwencją ciągu bezprawnych działań Zamawiającego, w sposób oczywisty naruszających przepisy PZP, była konieczność złożenia przez Odwołującego słusznego odwołania od czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów (postępowanie odwoławcze zostało zarejestrowane pod sygn. akt KIO 39/13).

3. Argumentacja prawna w zakresie zarzutu z punktu 2) treści *petitum*

3.1. Wobec argumentacji zawartej w odniesieniu do punktu 1) treści *petitum* należy zaznaczyć, że w niniejszej sprawie nie zaistniały przesłanki do zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego w Postępowaniu. Uzasadnieniem dla powyższego, jest fakt, iż Odwołujący już od samego początku dołączył do oferty wszelkie wymagane dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Następnie, pomimo bezzasadnego wezwania do uzupełnienia dokumentu referencji dla projektu ECOPARC DE BARCELONA, S.A. w Barcelonie, Odwołujący wyszedł naprzeciw dorozumianej intencji Zamawiającego przedłożenia wyjaśnień i skutecznie doręczył je faksem w dniu 4 stycznia 2013 r. W związku z powyższym, czynność zatrzymania przez Zamawiającego wadium na podstawie art. 46 ust. 4a PZP pozostaje nieważna. Na wypadek jednak, gdyby Izba nie uznała słuszności zarzutu wskazanego w punkcie 1) treści *petitum*, Odwołujący przedstawia poniżej swoją argumentację wskazującą na naruszenie przez Zamawiającego art. 46 ust. 4a PZP w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego

■ ■ ■ I Domański Zakrzewski Palinka

poprzez nadużycie prawa do zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego w Postępowaniu.

- 3.2. W ocenie Zamawiającego podstawę do zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego w Postępowaniu stanowił art. 46 ust. 4a PZP. Jego obecne brzmienie jest następujące:

„Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”.

W związku z powyższym w pierwszej kolejności należy podnieść, iż nawet zakładając słuszność poglądu Zamawiającego co do konieczności zatrzymania wadium to należy wyraźnie zaznaczyć, że nie podjął on żadnej czynności w celu uzyskania wyjaśnień ze strony Odwołującego. Taki obowiązek można domniemywać z samej treści art. 46 ust. 4a PZP *in fine*. W tym sensie, Odwołujący nie miał żadnej możliwości przedstawienia swojego stanowiska Zamawiającemu a kierując się własnym interesem oraz w celu uniknięcia wymiernej szkody majątkowej (1.500.000 złotych) zmuszony został do wniesienia niniejszego odwołania (jak również odwołania wniesionego w dniu 7 stycznia 2013 r. w sprawie o sygn. KIO 39/13 od czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 28 grudnia 2012 r.).

- 3.3. W zakresie wskazanego zarzutu należy także podnieść, iż zasadność zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a PZP, nawet w przypadku spełnienia przesłanek z art. 46 ust. 4a PZP, musi być każdorazowo poddana gruntownej analizie w świetle art. 5 Kodeksu cywilnego w zakresie ewentualnego nadużycia prawa podmiotowego przysługującego Zamawiającemu. Do takiego wniosku prowadzi wprost teza postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 maja 2012 r. (sygn. P 47/11). Obecnie brzmienie art. 5 Kodeksu cywilnego jest następujące:

„Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”.

Ustawodawca posłużył się we wskazanym powyżej przepisie tzw. wewnętrzną teorią nadużycia prawa podmiotowego. Najogólniej rzecz ujmując, oznacza ona, iż o nadużyciu prawa podmiotowego decydują obiektywne kryteria oceny w postaci sprzeczności z klauzulami generalnymi zasad współżycia społecznego i ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa podmiotowego. Innymi słowy, sam fakt nabycia danego prawa (np. prawa zamawiającego do zatrzymania wadium) nie przesądza jeszcze o możliwości skutecznego wykonywania wszystkich, wchodzących w jego skład uprawnień. W świetle powyższego, wykonywanie prawa podlega zawsze ocenie i wyborowi z punktu widzenia różnych uwarunkowań w danym czasie i miejscu, w tym wskazanych ograniczeń strukturalnych, prakseologicznych, a także aksjologicznych, w szczególności klauzuli generalnej zawartej w art. 5 Kodeksu cywilnego (T. Sokolowski, [w:] A. Kidyba (red.) „Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część Ogólna”, wyd. LEX, Warszawa 2012). W wypowiedziach Sądu Najwyższego można odnaleźć dalsze

■ ■ ■ I Domański Zakrzewski Palinka

doprecyzowanie klauzul generalnych (społeczno-gospodarcze przeznaczenie prawa, zasady współżycia społecznego) zawartych w art. 5 Kodeksu cywilnego. W wyroku z dnia 4 października 2001 r., sygn. I CKN 458/00 Sąd Najwyższy wskazuje, że wskazane klauzule oznaczają w istocie odwołanie do zasad słuszności, dobrej wiary w sensie obiektywnym, zasad uczciwości obowiązującej w stosunkach cywilnoprawnych. W kolejnych punktach treści niniejszego uzasadnienia Odwołujący przedstawił argumentację potwierdzającą fakt, iż działania podjęte przez Zamawiającego w przedmiotowym stanie faktycznym pozostają w sprzeczności z tak rozumianymi klauzulami generalnymi z art. 5 Kodeksu cywilnego.

- 3.4. Do konkluzji, iż w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym, czynność zatrzymania wadium przez Zamawiającego stanowiła naruszenie art. 46 ust. 4a PZP w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego prowadzą argumenty podnoszone w kontekście analizy *ratio legis* wskazanego przepisu, a także liczne wypowiedzi judykatury oraz Krajowej Izby Odwoławczej.

Tytułem wyjaśnienia warto wskazać, że przepis artykułu 46 ust. 4a PZP wprowadzony został do polskiego porządku prawnego na mocy ustawy z dnia 4 września 2008 r. (Dz. U. z 2008, Nr 171, poz. 1058). *Ratio legis* wskazanej nowelizacji było zapobieżenie nieuczciwym praktykom wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis ten miał służyć uniknięciu sytuacji, w których wykonawcy dla osiągnięcia określonych skutków w samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oceniając swoje pozycje w rankingu ofert oraz możliwość pozyskania zamówienia za najwyższą z cen ofertowych – działali w tzw. zmowie przetargowej i umyślnie nie uzupełniali żądanych dokumentów.

W związku z powyższym, wykładnia celowościowa art. 46 ust. 4a PZP prowadzi wprost do wniosku, iż powinien on znaleźć zastosowanie jedynie w przypadku istnienia uzasadnionych wątpliwości potwierdzających istnienie zmowy przetargowej między wykonawcami w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Potwierdza to wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2011 r., (sygn. II CSK 675/10), który został wydany przy bardzo zbliżonym do niniejszej sprawy stanie faktycznym. We wskazanym orzeczeniu Sąd Najwyższy uznał, że „przepis [art. 46 ust. 4a PZP] należy interpretować z uwzględnieniem reguł wykładni celowościowej. Zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wraz z odsetkami, gdy wykonawca nie składa wymaganych dokumentów lub oświadczeń, nie zaś w przypadku, gdy - jak w niniejszej sprawie - przekazuje informacje w niewłaściwej formie (faksem, zamiast w formie pisemnej), a po nieznacznym upływie wyznaczonego terminu doręczony zostaje oryginał dokumentu. O istnieniu ryzyka zmowy wykonawców - czemu przeciwdziałać ma omawiana regulacja - można byłoby mówić w przypadku całkowitej bierności wykonawcy, gdyby umyślnie i celowo nie podporządkował się wezwaniu zamawiającego. Przyjęcie odmiennego stanowiska i uznanie, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, stwarza pole do nadużyć ze strony zamawiającego. Możliwe stało się wówczas wykorzystywanie instytucji wadium jako sposobu na uzyskanie nienależnego przysporzenia. Odmienną wykładnią nie dałoby się pogodzić z dyrektywą zacieśniającego tłumaczenia regulacji wyjątkowych (exceptiones non sunt extentendae)”

■ ■ ■ | Domański Zakrzewski Palinka

o szczególnie restrykcyjnym charakterze, do których niewątpliwie należy zaliczyć art. 46 ust. 4a PZP". W kontekście powyższego, trzeba jasno wskazać, iż w przedmiotowej sprawie nie zaistniały jakiegokolwiek okoliczności chociaż w najmniejszym stopniu sugerujące istnienie zmowy przetargowej wykonawców, w której Odwołujący brałby udział. Co więcej, Zamawiający nie podjął żadnych działań (np. nie wystąpił z zapytaniem do Odwołującego), które by potwierdzały lub wykluczały wskazaną okoliczność. W związku z powyższym, należy przyjąć, że Zamawiający nie posiadał żadnej wiedzy w tej kwestii a mimo to przyjął, że przesłanki z art. 46 ust.4a PZP zostały spełnione.

- 3.5. Możliwość naruszenia art. 5 Kodeksu cywilnego przy rygorystycznie literalnym zastosowaniu art. 46 ust. 4 PZP (tak jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie) każe także przywołać uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2007 r. (sygn. III CZP 8107) mówiącą, iż wykładnia danego przepisu prawa „(...) nie może bowiem prowadzić do rozstrzygnięcia, które w świetle powszechnie akceptowanych wartości musi być uznane za rażąco niesłuszne, niesprawiedliwe, nieracjonalne lub niweczące ratio legis interpretowanego przepisu (...)"'. W dalszej części tej uchwały, Sąd Najwyższy stwierdził, iż „(...) w sytuacji natomiast, w której ścisłe, literalne zinterpretowanie przepisu ustawy unemożliwiałoby sensowne jego zastosowanie bądź prowadziło do zniekształcenia lub wypaczenia jego treści, sięganie przez organ stosujący prawo do innych sposobów wykładni jest jego obowiązkiem". Nie budzi wątpliwości fakt, że wskutek skrajnie formalistycznego podejścia Zamawiającego do interpretacji art. 46 ust. 4a PZP, Odwołujący został pozbawiony wadium w wysokości 1.500.000 złotych, co musi budzić uzasadnione zastrzeżenia w świetle przywołanego powyżej orzeczenia Sądu Najwyższego.
- 3.6. Argumentów na poparcie tezy, iż w niniejszej sprawie czynność zatrzymania wadium przez Zamawiającego stanowiła naruszenie art. 46 ust. 4a PZP w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego dostarcza również bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W wielu przypadkach nawiązuje ono do rozstrzygnięć judykatury wskazanych we wcześniejszej części treści niniejszego uzasadnienia. Jako przykład można wskazać wyrok z dnia 11 września 2012 r. (sygn. KIO 1856/12), w którym Izba przywołała obszerny fragment wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2011 r., sygn. II CSK 675/10, wskazanego powyżej. Z kolei, w wyroku z dnia 21 maja 2009 r. (sygn. KIO/UZP 590/09) wskazano wprost, że „sam fakt, że Izba podzieliła pogląd Zamawiającego o nieskuteczności doręczenia dokumentu w kontekście złożonej oferty, (...) co skutkuje wykluczeniem Odwołującego z postępowania nie daje legitymacji Zamawiającemu do zatrzymania wadium na podstawie dyspozycji zawartej w art. 46 ust. 4a ustawy. Takiej dyspozycji nie daje nie tylko literalna wykładnia przepisu, ale również wykładnia celowościowa instytucji zatrzymania wadium". W kontekście orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej warto też zwrócić uwagę na problem nadużywania instytucji zatrzymania wadium, który przy błędnej wykładni art. 46 ust. 4a PZP stanowić może dodatkowe źródło dochodu zamawiającego. W wyroku z dnia 22 marca 2011 r. (sygn. KIO 465/11) Izba wysunęła wniosek, iż „zatrzymanie wadium nie może stanowić dodatkowego i łatwego źródła dochodów dla Zamawiających. Interpretacji tego przepisu należy bowiem dokonywać przy zastosowaniu zarówno wykładni literalnej, jak i celowościowej

■ ■ ■ I Domański Zakrzewski Palinka

i eliminować takie ustalenia interpretacyjne tekstów prawnych, przy których przyjęciu skutki stosowania odpowiedniego przepisu byłyby wadliwe, a w szczególności prowadziłyby do skutków niezamierzonych".

- 3.7. Podsumowując argumentację prawną zawartą w odniesieniu do zarzutu z punktu 2) treści *petitum* nie ulega wątpliwości, iż w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym Zamawiający dopuścił się nadużycia przysługującego mu na podstawie art. 46 ust. 4a PZP uprawnienia niejako automatycznie, bez uzyskania wyjaśnień ze strony Odwołującego. Na tej podstawie zdecydował się zatrzymać wadium wniesione przez Odwołującego w Postępowaniu. Na niedopuszczalność takiej czynności wskazują zarówno reguły wykładni językowej (konieczność uzyskania wyjaśnień) oraz celowościowej (*ratio legis* przepisu art. 46 ust. 4a PZP). Nie bez znaczenia pozostaje także skala naruszenia i jej bezpośredni skutek dla Odwołującego – zgodnie z SIWZ kwota zatrzymanego wadium wynosi 1.500.000 złotych.

4. Argumentacja prawna w zakresie zarzutu z punktu 3) treści *petitum*

- 4.1. W odniesieniu do zarzutu podania przez wykonawcę Control Process nieprawdziwych informacji należy wskazać na cztery okoliczności potwierdzające wskazany zarzut.
- 4.2. Pierwsza z nich dotyczy wskazania informacji mających w sposób istotny wpływ na punktację oferty wykonawcy Control Process. W treści SIWZ oraz Załączniku nr 9 Zamawiający w sposób jasny i wyraźny sformułował kryteria oceny ofert - patrz punkt 1.6 treści niniejszego uzasadnienia. W opinii Odwołującego, wykonawca Control Process mógł dopuścić się złożenia w swojej ofercie nieprawdziwych informacji co do gwarantowanej produkcji biogazu w stosunku do wyników testu fermentacyjnego. Jak zostało to opisane w punkcie 1.10 wykonawca Control Process w swojej ofercie oświadczył, iż gwarantuje produktywność biogazu na poziomie 95%, w odniesieniu do określonej w warunkach laboratoryjnych możliwości jego uzyskiwania. Za wskazany parametr wykonawcy Control Process zostało przyznane maksymalne 8 punktów. Z kolei w swojej ofercie Odwołujący oświadczył, iż gwarantuje osiągnięcie produktywności jedynie na poziomie 85%, za co mógłby potencjalnie otrzymać jedynie 3 punkty (gdyby nie został niesłusznie wykluczony). Rozbieżność między wskaźnikami zaferowanymi przez Odwołującego i wykonawcę Control Process może budzić uzasadnione wątpliwości. Wynika to z faktu, że wedle najlepszej wiedzy Odwołującego dla obydwu wykonawców dostawcą wskazanej technologii jest Strabag Umweltsanlagentechnik GmbH z siedzibą w Dreźnie („Strabag”), przy czym wykonawca Control Process ani sam nie jest w stanie dostarczyć wymaganej przez Zamawiającego technologii ani nie posiada innego dostawcy w tym zakresie. Na podstawie posiadanych informacji, Odwołujący jest w stanie potwierdzić, że wątpliwym jest aby wskazany dostawca na potrzeby przedmiotowego Postępowania mógł zagwarantować osiągnięcie poziomu produkcji biogazu w stosunku do wyniku testu fermentacyjnego na poziomie 95%. Powyższe wskazuje, iż dla uzyskania maksymalnej liczby punktów w zakresie kryterium co do gwarantowanej produkcji biogazu w stosunku do wyników testu fermentacyjnego, wykonawca Control Process najprawdopodobniej zawyżył wartość, jaką faktycznie jest w stanie zagwarantować tylko po to, aby uzyskać większą liczbę punktów

■ ■ ■ | Domański Zakrzewski Palinka

w Postępowaniu (5 punktów wliczej). Powyższe zachowanie wykonawcy Control Process może wypełniać znamiona wskazane w art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP. Wątpliwym jest bowiem, aby złożone przez wykonawcę Control Process oświadczenie było zgodne ze stanem faktycznym. Należy wyjaśnić jednak, że złożenie nieprawdziwych informacji skutkuje wykluczeniem tylko wtedy, kiedy mają lub mogą one mieć wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z poglądem doktryny, ustawa nie różnicuje jednak informacji ze względu na ich ważność a zatem chodzi o jakąkolwiek informację, dzięki której wykonawca jest w lepszej pozycji, niżby był, podawszy informację prawdziwą (zob. P. Granecki „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2012). W kontekście powyższego, należy zwrócić uwagę, że wskazana przesłanka miałaby zastosowanie w przedmiotowym stanie faktycznym, gdyż podając wskazane informacje wykonawca Control Process uzyskał maksymalną liczbę punktów w zakresie kryterium eksploatacyjnego gwarantowanej produkcji biogazu w stosunku do wyników testu fermentacyjnego.

- 4.3. Drugą z okoliczności potwierdzających zarzut podania nieprawdziwych informacji przez wykonawcę Control Process jest ta dotycząca roku budowy projektu Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów MBA Schöneiche. Z informacji zawartych w ofercie wykonawcy Control Process wynika, że projekt ten zakończono w styczniu 2009 r. (informacja ze strony 51 oraz 60-61 treści oferty Odwołującego). Informacja ta pozostaje w sprzeczności z danymi zawartymi na stronie internetowej wskazanego zakładu znajdującej się pod adresem <http://www.meab.de/unternehmen/geschichte.html>. Wskazano tam wprost na linii czasu przy roku 2005, że to właśnie wówczas nastąpiło uruchomienie zakładu (a zatem i zakończono prace budowlane). Przyjmując założenie o tym, że zasadnicze prace budowlane zostały ukończone w roku 2005, należy zauważyć, że referencje przedstawione dla tego przedsięwzięcia jako obejmujące roboty budowlane wykonane wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, nie powinny być uwzględnione przez Zamawiającego przy badaniu spełnienia warunków udziału w Postępowaniu przez wykonawcę Control Process. Wpływ przekazanych powyżej informacji na pozycję wykonawcy Control Process jest istotny, gdyż budowa Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów MBA Schöneiche jest jednym z dwóch doświadczeń przedstawionych przez wykonawcę Control Process jako obiektów zawierających instalację przetwarzania biologicznego (stabilizacji tlenowej) oraz jedynym na potwierdzenie doświadczenia w zakresie instalacji do sortowania odpadów. W razie potwierdzenia się przedmiotowego zarzutu (albo zarzutu z punktu 4.3 treści niniejszego uzasadnienia) oraz zarzutu opisanego w punkcie 4.4 treści niniejszego uzasadnienia, okaże się, że wykonawca Control Process nie spełnia minimalnych warunków udziału w Postępowaniu.

Dowód: (1) str. 51 oraz 60-61 oferty wykonawcy Control Process, (2) wydruk strony internetowej <http://www.meab.de/unternehmen/geschichte.html>

■ ■ ■ I Domański Zakrzewski Palinka

4.4. Trzecia z okoliczności potwierdzających zarzut podania nieprawdziwych informacji przez wykonawcę Control Process dotyczy daty zakończenia robót budowlanych dla projektu Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów w Quart de Poblet w Walencji (Hiszpania). Z informacji zawartych w ofercie wykonawcy Control Process wynika, że projekt ten został zakończony w październiku 2009 r. (informacja ze strony 62 i 63 treści oferty Odwołującego). Informacja ta pozostaje w sprzeczności z danymi zawartymi na stronie internetowej podmiotu, który udostępnił wskazane doświadczenie wykonawcy Control Process tj. Waste Treatment Technologies B.V. - <http://www.wtt.nl/GB/referenties.php>. Informacje tam zawarte potwierdzają, iż zakład przetwarzania odpadów w Walencji został oddany do użytku (a zatem i zakończono prace budowlane) w styczniu 2007 r. Biorąc pod uwagę, że roboty budowlane objęte tym projektem zostały wykonane wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, nie powinny one być uwzględnione przez Zamawiającego przy badaniu spełnienia warunków udziału w Postępowaniu przez wykonawcę Control Process. Wpływ przekazanych powyżej informacji na pozycję wykonawcy Control Process jest istotny, gdyż budowa Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów w Quart de Poblet w Walencji (Hiszpania) jest jednym z dwóch doświadczeń przedstawionych przez wykonawcę Control Process jako obiektów zawierających instalację przetwarzania biologicznego (stabilizacji tlenowej). W razie potwierdzenia się przedmiotowego zarzutu oraz zarzutu opisanego w punkcie 4.3 (albo zarzutu wskazanego w punkcie 4.5) treści niniejszego uzasadnienia, okaże się, że wykonawca Control Process nie spełnia minimalnych warunków udziału w Postępowaniu.

Dowód: wydruk strony internetowej Waste Treatment Technologies B.V.
<http://www.wtt.nl/GB/referenties.php>.

4.5. Czwartą, z okoliczności potwierdzających podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w treści złożonej oferty są dane dotyczące wyposażenia Mechaniczno-Biologicznego Zakładu Przetwarzania Odpadów MBA Schöneiche. Zgodnie z treścią SIWZ (zob. punkt 1.6) Zamawiający wymagał aby w skład zakładu mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych (który zostanie wykazany przy spełnieniu warunku wiedzy i doświadczenia) wchodziły także tzw. separatory optopneumatyczne służące do wydzielenia ze zmieszanych odpadów komunalnych następujących frakcji przeznaczonych do recyklingu (zob. punkt 1.6 ust. 1 lit. i treści niniejszego uzasadnienia). Według najlepszej wiedzy Odwołującego zakład przetwarzania odpadów MBA Schöneiche nie jest wyposażony w takie urządzenie a zatem potencjalnie oświadczenie złożone w tym zakresie przez wykonawcę Control Process może okazać się niezgodne ze stanem faktycznym. Wpływ przekazanych powyżej informacji na pozycję wykonawcy Control Process jest istotny, gdyż budowa zakładu przetwarzania odpadów MBA Schöneiche jest jednym z dwóch doświadczeń przedstawionych przez wykonawcę Control Process jako obiektów zawierających instalację przetwarzania biologicznego (stabilizacji tlenowej) oraz jedynym na potwierdzenie doświadczenia w zakresie instalacji do sortowania odpadów. W razie

■ ■ ■ I Domański Zakrzewski Palinka

potwierdzenia się przedmiotowego zarzutu (albo zarzutu z punktu 4.3 treści niniejszego uzasadnienia) oraz zarzutu opisanego w punkcie 4.4 treści niniejszego uzasadnienia, okaże się, że wykonawca Control Process nie spełnia minimalnych warunków udziału w Postępowaniu.

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

5. Argumentacja prawna w zakresie zarzutu z punktu 4) treści petitum

- 5.1. Dla potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, wykonawca Control Process załączył na str. 56-59 swojej oferty między innymi referencję wystawioną przez Miejskie Mieszkanio-Komunalne Gospodarstwo w Brześciu (Białoruś). Przedmiotowa referencja została wystawiona w maju 2011 r. a z jej treści wynika, że prace (których potwierdzenie ma zawierać) zostały zakończone w czerwcu 2011 r. Przedmiotowa referencja została sporządzona zatem we wcześniejszym niż wskazany jako końcowy terminie realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego, wskazana referencja nie może zatem potwierdzać, iż prace budowlane zostały prawidłowo ukończone. Tym samym nie potwierdza ona spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia.

Dowód: str. 56-59 oferty wykonawcy Control Process.

- 5.2. Z powyższego, w sposób logiczny wynika, że wskutek uzasadnionych wątpliwości co do treści dokumentu referencji Zamawiający zobowiązany był do dokonania czynności przewidzianej w przepisie art. 24 ust. 3 PZP.

W świetle powyższego, wnoszę jak na wstępie niniejszego odwołania, z uwzględnieniem przedstawionej powyżej argumentacji.

Za Odwołującego,


Magdalena Kłębukowska
Pełnomocnik

■ ■ ■ I Domański Zakrzewski Palinka

Załączniki:

1. dowód przekazania Odwołania Zamawiającemu,
2. dowód wniesienia wpisu,
3. pełnomocnictwo od Comsa Emte Sp. z o.o. dla M. Kłębukowskiej, K. Kuźmy oraz M. Wojciechowskiego do działania w imieniu Odwołującego,
4. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS dla spółki Comsa Emte Sp. z o.o.,
5. pełnomocnictwo od AWBUD S.A. dla Comsa Emte Sp. z o.o. do działania jako lidera konsorcjum,
6. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS dla spółki AWBUD S.A.,
7. pełnomocnictwo od MACE (POLAND) LIMITED Sp. z o.o. Oddział w Polsce dla Comsa Emte Sp. z o.o. do działania jako lidera konsorcjum,
8. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS dla MACE (POLAND) LIMITED Sp. z o.o. Oddział w Polsce,
9. ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr Dz. 2012/S 209-343861 z 30 października 2012 r.,
10. ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu z dnia 8 grudnia 2012 r.,
11. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia,
12. Załącznik nr 9 do SIWZ pn. „Opis kryteriów oceny ofert”,
13. str. 77-81 oraz str. 87 oferty Odwołującego,
14. faks Zamawiającego z dnia 28 grudnia 2012 r. zawierający wezwanie do uzupełnienia dokumentów,
15. korespondencja między przedstawicielem Odwołującego - p. Victoriano Sanz Losada a Zamawiającym z dnia 28 grudnia 2012 r.,
16. potwierdzenie doręczenia żądanych przez Zamawiającego dokumentów faksem (potwierdzenie transmisji danych),
17. zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu z dnia 4 stycznia 2013 r.,
18. str. 13-14 oferty wykonawcy Control Process,
19. str. 51 oraz 60-61 oferty wykonawcy Control Process,
20. wydruk strony internetowej Waste Treatment Technologies B.V.
<http://www.wtt.nl/GB/referenties.php>,
21. wydruk strony internetowej <http://www.meab.de/unternehmen/geschichte.html>,
22. str. 56-59 oferty wykonawcy Control Process.

Sekretariat MZK

Od: Sekretariat MZK <bkoszycka@mzk.stalowa-wola.pl>
Wysłano: 15 stycznia 2013 08:10
Do: 'Magdalena.Klebukowska@dzp.pl'
Temat: RE: Kopia odwołania

Potwierdzam odbiór załączonej kopii odwołania COMSA EMTE (Lider Konsorcjum).

Z poważaniem

Brygida Koszycka

Sekretariat
T: (15) 842 34 11 w.301
M: +48 694 330 794
mail: bkoszycka@mzk.stalowa-wola.pl lub mzk@um.stalowawola.pl

Miejski Zakład Komunalny Sp. z o.o. 37-450 Stalowa Wola, ul. Komunalna 1
Tel. (15) 8423411, 8423412, fax (15) 8421950
Sąd Rejonowy w Rzeszowie XII Wydział Gospodarczy KRS, nr KRS: 0000085943; Kapitał zakładowy: 53.252.500,00
PLN w całości wniesiony
NIP: 865-000-30-71, REGON: 830036219

From: Magdalena.Klebukowska@dzp.pl [<mailto:Magdalena.Klebukowska@dzp.pl>]
Sent: Monday, January 14, 2013 9:41 PM
To: 'mzk@um.stalowawola.pl'
Subject: Kopia odwołania

Szanowni Państwo,

Przesyłam w załączeniu kopię odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Uprzejmie proszę o potwierdzenie doręczenia kopii odwołania.

Z poważaniem,

Magdalena Klebukowska
Assistant to Spanish & Portuguese Desk | Domański Zakrzewski Palinka sp.k.
D: +48 22 557 86 60 | E: Magdalena.Klebukowska@dzp.pl
Rondo ONZ 1 | 00-124 Warszawa | Poland | T: +48 22 557 76 00 | F: +48 22 557 76 01 | www.dzp.pl



Law Firm of the Year: Poland | *The Lawyer* European Awards
National Law Firm of the Year (Poland) | 2008, 2011, 2012 | Chambers Europe Awards for Excellence

For information on DZP's policy on mail protection and confidentiality, [click here](#)