

Sygn. akt: KIO 1338/11

WYROK
z dnia 6 lipca 2011r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lipca 2011r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2011r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Poszukiwania Naftowe Diament Sp. z o.o., Ecoservice Sp. z o.o., Cetco-Poland, Cetco Sp. z o.o., S.K. A. Cetco Europe Ltd, 65-705 Zielona Góra, ul. Naftowa 3** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej, 65-005 Zielona Góra, Aleja Zjednoczenia 110,**

przy udziale wykonawcy **Zakład Techniki Ochrony Środowiska "FOLEKO" Sp. z o.o., 58-100 Świdnica, ul. Spacerowa 3** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Poszukiwania Naftowe Diament Sp. z o.o., Ecoservice Sp. z o.o., Cetco-Poland, Cetco Sp. z o.o., S.K. A. Cetco Europe Ltd, 65-705 Zielona Góra, ul. Naftowa 3** i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Poszukiwania Naftowe Diament Sp. z o.o., Ecoservice Sp. z o.o., Cetco-Poland, Cetco Sp. z o.o., S.K. A. Cetco Europe Ltd, 65-705 Zielona Góra, ul. Naftowa 3** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej, Al. Zjednoczenia 110A,; 65-120 Zielona Góra prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Rozbudowę i modernizację systemu gospodarki odpadami dla rejonu Zielonej Góry. Projekt Funduszu Spójności nr POIS.02.01.00-00-013/09”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 lutego 2011 r. pod numerem 2011/S 39-063697.

Dnia 15 czerwca 2011 roku Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, która została złożona przez wykonawcę: Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodzili się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Poszukiwania Naftowe Diament sp. z o.o., ECOSERVICE sp. z o.o., CETCO-POLAND, CETCO sp. z o.o. S.K.A., CETCO EUROPE Ltd. z siedzibą w Zielonej Górze (zwani dalej „Odwołującym”) i dnia 24 czerwca 2011 roku wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego, tj.:

1. Wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy FOLEKO Sp. z o.o. pomimo, że wykonawca FOLEKO Sp. z o.o. podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na niewykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w części I rozdział 9 ust. 1 pkt 2 lit. a SIWZ, a w konsekwencji jego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.
2. Zaniechanie wykluczenia wykonawcy FOLEKO Sp. z o.o., pomimo iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w części I rozdział 9 ust. 1 pkt 2 lit. a SIWZ, w konsekwencji odrzucenia oferty FOLEKO Sp. z o.o., której treść nie odpowiada treści części I rozdział 9 ust. 1 pkt 2 lit. a SIWZ i złożonej przez wykonawcę podlegającemu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust.

2 pkt 4 ustawy Pzp, czym Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu.

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty FOLEKO Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.
2. Ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.
3. Wykluczenia wykonawcy FOLEKO Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji odrzucenia oferty FOLEKO Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.
4. Powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Ponadto, Odwołujący wniósł o powołanie przez Krajową Izbę Odwoławczą w trybie art. 190 ust. 4 ustawy Pzp biegłego z zakresu budownictwa i ochrony środowiska w celu ustalenia, czy uszczelnienie kwatery składowiska gruntem nieprzepuszczalnym doszczelnianym, „odziarnianym”, proszkiem bentonitowym jest tożsame z wykonaniem poziomego doszczelnienia gruntów (wykonanie poziomej bariery geologicznej) polegającego na mieszaniu materiału uszczelniającego z gruntem na miejscu oraz wyliczenia powierzchni poziomej bariery geologicznej przy założeniu, że uszczelnienie kwatery składowiska gruntem nieprzepuszczalnym ma objętość 21 850 m³.

Odwołujący wskazał, iż jego interes w uzyskaniu danego zamówienia wynika z faktu, że w przypadku wykluczenia Foleko Sp. z o.o. z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia oferty Foleko Sp. z o.o., oferta Odwołującego zostanie wybrana, jako najkorzystniejsza.

Uzasadniając Odwołujący podniósł, co następuje.

Zdaniem Odwołującego referencja wystawiona przez Gminę Piła nie potwierdza wykonania poziomego doszczelnienia gruntów (wykonania poziomej bariery geologicznej) metodą polegającą na mieszaniu materiału uszczelniającego (bentonitu) z gruntem na miejscu oraz nie potwierdza wymaganej przez Zamawiającego powierzchni doszczelnienia (min. 2ha).

Po zapoznaniu się przez Odwołującego w dniu 09.05.2011r. z dokumentacją powykonawczą inwestycji będącej przedmiotem referencji wystawionej przez Gminę Piła, Odwołujący powziął wątpliwość, co do powierzchni gruntu nieprzepuszczalnego, który był doszczelniany proszkiem bentonitowym, tj. czy było to doszczelnienie miejscowe oraz czy doszczelniono proszkiem bentonitowym całą powierzchnię budowanej kwatery.

Ze znajdujących się w dokumentacji powykonawczej raportów z wykonanych badań laboratoryjnych i polowych gruntów wbudowanych w barierę geologiczną przebudowy dostosowanej składowiska odpadów komunalnych Gminy Piła wynika, że próby pobrane z trzech różnych obszarów Kwatery nr II potwierdzają, że jedynie na jednym z wybranych obszarów, w części południowo-wschodniej składowiska, zastosowano glinę piaszczystą

z domieszką bentonitu, natomiast w pozostałych dwóch obszarach kwatera doszczelniana była tylko gliną piaszczystą.

Ww. raporty, będące częścią dokumentacji powykonawczej, nie potwierdzają wykonania uszczelnienia kwatery składowiska gruntem nieprzepuszczalnym doszczelnianym proszkiem bentonitowym na powierzchni wskazanej w opinii referencyjnej z dnia 16.03.2010r. wystawionej przez Gminę Piła, tj. 21.850 m³. Z raportów wynika bowiem, że tylko część południowo-wschodnia kwatery składowiska nr II, została doszczelniona proszkiem bentonitowym, na nieustalonej powierzchni.

Zdaniem Odwołującego, referencja wystawiona przez Urząd Miasta Lipno dotyczy dwóch kwater, z których żadna nie ma powierzchni 2 ha, ponadto referencja nie potwierdza wykonania poziomego doszczelnienia gruntów (wykonania poziomej bariery geologicznej) metodą polegającą na mieszaniu materiału uszczelniającego (bentonitu) z gruntem na miejscu. W ocenie Odwołującego wyjaśnienia wymagała okoliczność, czy grunt doszczelniany był na miejscu za pomocą rotora bądź innej maszyny budowlanej, czy też grunt mieszany był z bentonitem w mieszarkach lub węzłach betoniarskich lub innych urządzeniach i dopiero nawożony i wbudowywany w kwaterę odpadów.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 24 czerwca 2011 roku.

Zamawiający, dnia 27 czerwca 2011 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, dnia 30 czerwca 2011 roku zgłosił przystąpienie wykonawca: Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy.

Zamawiający, nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania. Izba.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z częścią I rozdział 9 ust. 1 pkt 2 lit. a specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w celu potwierdzenia spełniania warunku doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wykonawca powinien posiadać m.in. doświadczenie w wykonaniu w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie minimum 1 zadania związanego z wykonaniem poziomego doszczelnienia gruntów (wykonanie poziomej bariery geologicznej) o powierzchni nie mniejszej niż 2 ha polegającego na mieszaniu materiału uszczelniającego z gruntem na miejscu.

Na potwierdzenie spełniania tego warunku Przystępujący wskazał 2 roboty:

1. Budowa składowiska odpadów wraz z segregacją oraz kompostowaniem odpadów mineralnych w ramach, której Przystępujący wykonał m.in. uszczelnianie mineralne z gliny doszlachetnianej bentonitem na powierzchni 2,65 ha wraz z potwierdzeniem należytego wykonania robót wystawionym przez Urząd Miasta Lipno.

2. Rozbudowa i przebudowa dostosowawcza składowiska odpadów komunalnych gminy Piła w miejscowości Kłoda gm. Szydłowo w ramach, której Przystępujący wykonał m.in. uszczelnienie kwatery składowiska gruntem nieprzepuszczalnym (doszczelnianym proszkiem bentonitowym) na powierzchni 4,2 ha wraz z potwierdzeniem należytego wykonania robót wystawionym przez Gminę Piła.

Zamawiający pismem z dnia 16 maja 2011 roku wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień.

Pismem z dnia 24 maja 2011 roku Przystępujący wyjaśnił, w zakresie referencji wystawionych przez Urząd Miasta Lipno, iż inwestycja zrealizowana w Lipnie to 1 zadanie

w skład, której wchodziło m.in. wykonanie kompostowni, sortowni, dwóch kwater, drogi i placów, realizowanych na podstawie jednej umowy.

Ponadto Przystępujący wskazał, że w ramach tego jednego zadania wykonano poziomą barierę geologiczną o powierzchni 2,65 ha (kwatery nr I o pow. 1,28 ha i kwatera nr II o pow. 1,37 ha), a wykonanie poziomej bariery geologicznej polegało na mieszaniu materiału uszczelniającego z gruntem na miejscu.

Przystępujący wyjaśnił, w zakresie referencji wystawionych przez Gminę Piła, iż zgodnie z projektem, uszczelnienie kwatery składowiska gruntem nieprzepuszczalnym stanowiło poziomą barierę geologiczną. Przystępujący oświadczył, iż mieszanie materiału uszczelniającego z gruntem odbywało się na miejscu.

Przystępujący wskazał, że referencja jednoznacznie potwierdzała wykonanie poziomej bariery geologicznej w ilości 21 850 m³, co w powiązaniu z projektem (miąższość bariery 0,5m) prowadzić mogło do wniosku, iż powierzchnia bariery wynosiła 43 700 m² - co potwierdza spełnienie warunku dotyczącego min. powierzchni - 2 ha.

Odnosnie raportów Nr 5, 8 i 9 Przystępujący wyjaśnił, że są to raporty geologa z badania współczynnika wodoprzepuszczalności poziomej bariery geologicznej. Celem badań wykonanych przez geologa było określenie współczynnika wodoprzepuszczalności dla potwierdzenia spełnienia minimalnego parametru określonego stosownym rozporządzeniem, kontrolowanego przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego. Raporty te nie są dokumentami określającymi skład fizyczny badanego materiału lecz wyłącznie jego wodoprzepuszczalność. Przystępujący wyjaśnił, że zgodnie z uzgodnioną z Inżynierem Kontraktu metodologią wykonywania i badania poziomej bariery geologicznej na składowisku w Kłodzie przy pierwszym badaniu - raport nr 5 – określono, na podstawie wykonanych (w dwóch etapach) badań, stopień wymaganego doszczelnienia gruntu mineralnego dla osiągnięcia wymaganego minimalnego współczynnika wodoprzepuszczalności dla całej bariery geologicznej, stąd też w pierwszym raporcie znalazł się zapis dotyczący domieszki bentonitu. W wyniku tych pierwszych prób stanowiących wzorzec do dalszego postępowania wykonano poziomą barierę geologiczną na całej powierzchni z użyciem gruntu mineralnego mieszanego na miejscu z materiałem uszczelniającym (w tym przypadku bentonitem).

Pozostałe raporty zgodnie z ich przeznaczeniem stanowią dowód badania wyłącznie współczynnika wodoprzepuszczalności (wykonywane są jednoetapowo - badanie gruntu wymieszanego już z bentonitem – według ustalonego wzoru przy pierwszym badaniu). Zgodnie ze stanem faktycznym, badana na współczynnik wodoprzepuszczalności bariera była na całej powierzchni i wykonana była, jako mieszanina materiału uszczelniającego z gruntem na miejscu.

Ponadto, zgodnie ze złożonym przez Przystępującego oświadczeniem w treści oferty przetargowej, opinią referencyjną podpisaną przez Prezydenta Miasta Piły oraz

dokumentacją projektową (aneks do projektu budowlanego), w ramach inwestycji w Pile, wykonano dwie kwatery (kwatery nr I i kwatery nr II). W treści dokumentacji projektowej mowa o rekultywacji kwatery nr I, lecz zgodnie z aneksem do projektu budowlanego i instrukcją eksploatacji składowiska jest to kwatery nr I i będzie eksploatowana, jako kwatery deponowania.

Zamawiający, pismem z dnia 12 maja 2011 roku zwrócił się do gminy Piła o potwierdzenie zakresu wskazanego w opinii, uzasadniając, iż w materiałach dostępnych na stronach internetowych, dostępne są informacje sprzeczne z treścią załączonej przez ZTOŚ FOLEKO sp. z o.o. opinii referencyjnej. Zamawiający prosił o potwierdzenie, że kontrakt na roboty budowlane dla zadania pn.: *„Rozbudowa i przebudowa dostosowawcza składowiska odpadów komunalnych gminy Piła w miejscowości Kłoda gm. Szydłowo”* obejmował:

- budowę dwóch kwater składowych o powierzchniach odpowiednio 4,2 i 4,05 ha, gdyż w materiałach dostępnych na stronach internetowych i opisie przedmiotu zamówienia widnieje informacja o budowie jednej nowej kwatery Nr II i rekultywacji jednej kwatery Nr I,
- uszczelnienie kwatery składowiska gruntem nieprzepuszczalnym (doszczelnianym proszkiem bentonitowym) – 21 850 m³, gdyż w materiałach dostępnych na stronach internetowych i opisie przedmiotu zamówienia widnieje informacja o uszczelnieniu kwatery gruntem nieprzepuszczalnym i folią PEHD. Nie ma nigdzie mowy o doszczelnieniu przy zastosowaniu bentonitu.

W odpowiedzi na powyższą prośbę, reprezentujący gminę Piła – Zastępca Prezydenta, pismem z dnia 23 maja 2011 roku wyjaśnił, iż *w/w zadanie inwestycyjne obejmowało budowę dwóch sektorów I i II (tożsamo nazwanych kwaterami I i II)*, podając szczegółowo ich zakres. W odniesieniu zaś do sektora II (kwatery II) podał, iż *uszczelnienie sektora dokonano gruntem nieprzepuszczalnym, zgodnie z założeniami projektowymi, który „doziarniono” proszkiem bentonitowym (po badaniach próbek gruntu) celem spełnienia wymogów projektowych jeżeli chodzi o współczynnik filtracji i wskaźnik zagęszczenia gruntu bariery geologicznej.*

Ponadto Dyrektor Wydziału Rozwoju i Funduszy Europejskich Urzędu Miasta Piły, odpowiadając na pismo Zamawiającego z dnia 31 maja 2011 roku, pismem z dnia 1 czerwca 2011 roku poinformował, że *mieszanie materiału uszczelniającego tj. proszku bentonitowego z gruntem odbywało się na miejscu, tj. na budowanym sektorze Nr II składowiska. Sposób uszczelnienia sektora oraz warunki jakie musi ono spełniać zostały zapisane w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, która stanowiła integralny składnik umowy z wykonawcą.*

W świetle tak ustalonego stanu faktycznego sprawy, Izba stwierdziła, iż zarzuty Odwołującego są bezzasadne.

Istotnym w sprawie jest dokonanie oceny, czy Przystępujący potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w zakresie, wynikającym bezpośrednio z opisu warunku, jakiego dokonał Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. czy wykazana robota obejmowała swoim zakresem:

- 1) poziome doszczelnianie gruntów polegające na wykonaniu poziomej bariery geologicznej,
- 2) doszczelnianie, które polegało na mieszaniu materiału uszczelniającego z gruntem na miejscu,
- 3) w ramach jednego zadania, uszczelnienie na powierzchni nie mniejszej niż 2 ha.

Odnosnie pierwszej części warunku, Izba stwierdziła, iż potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku wynika bezpośrednio z:

- a) Opinii referencyjnej z dnia 16 marca 2011 roku, gdzie inwestor (gmina Piła) potwierdził, iż zakres wykonanych prac obejmował budowę dwóch kwater o powierzchniach 4,20 ha oraz 4,05 ha, w tym uszczelnienie kwatery składowiska gruntem nieprzepuszczalnym (doszczelnianym proszkiem bentonitowym) – 21 850 m³.
- b) Oświadczenia Prezesa Zarządu Przedsiębiorstwa Obsługi Inwestycji sp. z o.o. z siedzibą w Stargardzie Szczecińskim pełniącego funkcję Inżyniera Kontraktu dla inwestycji pn.: „*Rozbudowa i przebudowa dostosowawcza składowiska odpadów komunalnych gminy Piła w miejscowości Kłoda gm. Szydłowo*”, w którym potwierdzono, iż w ramach realizacji w/w zadania wykonawca ZTOŚ FOLEKO sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy wykonywał poziomą barierę geologiczną poprzez mieszanie materiału uszczelniającego (proszek bentonitowy) z gruntem na miejscu (w obrębie niecki) na całej powierzchni kwatery Nr II.
- c) Raportu miesięcznego Nr 4 (9/2008), z którego zakresu robót wynika, iż obejmował on również wykonanie uszczelnienia mineralnego kwatery II.
- d) Pisma z Gminy Piła z dnia 23 maja 2011 roku, w którym stwierdzono, że w zakresie sektora Nr II, cyt. „Uszczelnienie sektora dokonano gruntem nieprzepuszczalnym, zgodnie z założeniami projektowymi (...)”. Powyższe twierdzenie odnosi się do całego sektora nie zaś do jego wycinka czy ograniczonej powierzchni.
- e) Oświadczenia Przystępującego załączonego do oferty w wykazie wykonanych robót budowlanych, poz. 6, str. 28 oferty, cyt.: „Uszczelnienie kwatery składowiska gruntem nieprzepuszczalnym (doszczelnianym proszkiem bentonitowym) – 4,2 ha”

W zakresie drugiej części warunku, Izba stwierdziła, iż potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku wynika bezpośrednio z:

- a) Pisma z Urzędu Miasta Piły, z dnia 1 czerwca 2011 roku, w którym stwierdzono, że mieszanie materiału uszczelniającego, tj. proszku bentonitowego z gruntem odbywało się na miejscu, tj. na budowanym sektorze Nr II składowiska.
- b) Oświadczenia Prezesa Zarządu Przedsiębiorstwa Obsługi Inwestycji sp. z o.o. z siedzibą w Stargardzie Szczecińskim pełniącego funkcję Inżyniera Kontraktu dla inwestycji pn.: „Rozbudowa i przebudowa dostosowawcza składowiska odpadów komunalnych gminy Piła w miejscowości Kłoda gm. Szydłowo”, w którym potwierdzono, iż w ramach realizacji w/w zadania wykonawca ZTOŚ FOLEKO sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy wykonywał poziomą barierę geologiczną poprzez mieszanie materiału uszczelniającego (proszek bentonitowy) z gruntem na miejscu (w obrębie niecki) na całej powierzchni kwatery Nr II.
- c) Wyjaśnienia Przystępującego z dnia 24 maja 2011 roku, stanowiącego jednocześnie jego oświadczenie, iż cyt. „(...) W wyniku tych pierwszych prób stanowiących wzorzec do dalszego postępowania wykonano poziomą barierę geologiczną na całej powierzchni wykonaną z gruntu mineralnego mieszanego na miejscu z materiałem uszczelniającym (w tym przypadku bentonitem).”.

Odnosnie trzeciej części warunku, Izba stwierdziła, iż potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku wynika bezpośrednio z:

- a) Oświadczenia Prezesa Zarządu Przedsiębiorstwa Obsługi Inwestycji sp. z o.o. z siedzibą w Stargardzie Szczecińskim pełniącego funkcję Inżyniera Kontraktu dla inwestycji pn.: „Rozbudowa i przebudowa dostosowawcza składowiska odpadów komunalnych gminy Piła w miejscowości Kłoda gm. Szydłowo”, w którym potwierdzono, iż w ramach realizacji w/w zadania wykonawca ZTOŚ FOLEKO sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy wykonywał poziomą barierę geologiczną poprzez mieszanie materiału uszczelniającego (proszek bentonitowy) z gruntem na miejscu (w obrębie niecki) na całej powierzchni kwatery Nr II.
- b) Oświadczenia Przystępującego załączonego do oferty w wykazie wykonanych robót budowlanych, poz. 6, str. 28 oferty, cyt.: „Uszczelnienie kwatery składowiska gruntem nieprzepuszczalnym (doszczelnianym proszkiem bentonitowym) – 4,2 ha”.
- c) Pisma z Urzędu Miasta Piły, z dnia 1 czerwca 2011 roku, w którym stwierdzono, że mieszanie materiału uszczelniającego, tj. proszku bentonitowego z gruntem odbywało się na miejscu, tj. na budowanym sektorze Nr II składowiska.
- d) Opinii referencyjnej z dnia 16 marca 2011 roku, gdzie inwestor (gmina Piła) potwierdził, iż zakres wykonanych prac obejmował budowę dwóch kwater o powierzchniach 4,20

ha oraz 4,05 ha, w tym uszczelnienie kwatery składowiska gruntem nieprzepuszczalnym (doszczelnianym proszkiem bentonitowym) – 21 850 m³.

- e) Szkicu polowego (z pomiaru powierzchni), sporządzonego przez geodetę Adama M. określającego powierzchnię kwatery Nr II, w osi skarp 4,20 ha, dno kwatery – 3,60 ha.

Izba podkreśla, że zgodnie z przepisem § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2009 r. Nr 226, poz. 1817), w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiając żąda a wykonawcy przedkładają wykaz wykonanych robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia.

W celu potwierdzenia spełniania warunku Zamawiający bada wykaz wykonanych robót budowlanych, złożony w postępowaniu przez wykonawców składających oferty.

Referencje, które stanowią podstawę zarzutów stawianych przez Odwołującego nie mogą stanowić podstawy do twierdzenia braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyż referencje, ze swej natury, znajdujące odzwierciedlenie w przepisach w/w rozporządzenia, potwierdzają jedynie należyte, właściwe wykonanie tych robót (wykonanie robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończonych).

Zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie wywodzącej z tego faktu skutki prawne. W niniejszym postępowaniu odwoławczym Odwołujący nie przedstawił wiarygodnych dowodów potwierdzających słuszność stawianych zarzutów.

Załączone do odwołania opinie stanowią jedynie wyraz wątpliwości osób je sporządzających, oraz tezy, że przy określonych założeniach, poczynionych w oderwaniu od stanu faktycznego, analizowane dokumenty w szczególności referencje i dokumentacja postępowań nie dają jednoznacznej podstawy do uznania, że warunek został spełniony.

Z opinii sporządzonej przez specjalistów z Zakładu Projektowo - budowlanego GEO-EKOL-BUD, wynika, że w referencjach wystawionych przez Gminę Piła brak kilku informacji, które jak wynika z treści opinii są niezbędne dla ustalenia, czy referencja ta potwierdza wykonanie robót określonych w warunku udziału w postępowaniu. Sporządzający opinię sugerują, że należy uzyskać następujące informacje:

- czy gliny doszczelniano, jakim sposobem i jakim bentonitem,
- czy grunt doszczelniany był na miejscu w dwóch lub jednej warstwie przy użyciu maszyn,
- jakiego rodzaju maszyną lub jakiego rodzaju rototyllerem lub jakiego rodzaju recyclerem mieszano grunt „In situ”,

- czy grunt (jaki rodzaj gruntu) mieszano dla przykładu w węźle mieszającym lub wielu węzłach betoniarskich względnie jeszcze innymi sposobami.

Wskazuje to fakt, że bez tych informacji nie można wydać jednoznacznej opinii, co potwierdza również treść ww. opinii opartej w dużej mierze na założeniach i przypuszczeniach.

Odwołujący jak i specjaliści sporządzający opinię pominęli oświadczenia Przystępującego, oraz pismo Inżyniera Kontraktu dla inwestycji *„Rozbudowa i przebudowa dostosowawcza składowiska odpadów komunalnych gminy Piław miejscowości Kłoda, gm. Szydłowo”*.

Opinia opracowana przez dr hab. inż. Adama W. Nr Op/AW/0911 z dnia 20 czerwca 2011 roku, zgłoszona przez Odwołującego, jako dowód w sprawie, w ocenie Izby również nie przesądza o słuszności stawianych zarzutów. Przedmiotem niniejszej opinii było porównanie zapisów zawartych w dokumentacji przetargowej dotyczącej wykonania przedmiotowego zadania z zapisami zawartymi w referencjach przedłożonych przez Przystępującego. Wnioski zawarte w przedmiotowej opinii opierają się o dokumenty przedstawione przez zlecającego firmę Poszukiwania Naftowe „Diament” sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze i nie obejmują wszystkich dokumentów mogących mieć wpływ na stanowisko sporządzającego opinię. W powyższym zakresie brak było rozstrzygających oświadczeń: Inżyniera Kontraktu, który z ramienia Zamawiającego nadzorował wykonanie prac, jak i informacji Zamawiającego – Gminy Piła, z których jednoznacznie wynika, iż Przystępujący potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

W związku z tym, iż Zamawiający na rozprawie przyznał, że robota budowlana, tj. Budowa składowiska odpadów wraz z segregacją oraz kompostowaniem odpadów mineralnych w ramach, której Przystępujący wykonał m.in. uszczelnianie mineralne z gliny doszlachetnianej bentonitem na powierzchni 2,65 ha wraz z potwierdzeniem należytego wykonania robót wystawionym przez Urząd Miasta Lipno nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, tj. potwierdził zarzutu Odwołującego, Izba w powyższym zakresie uznała zarzut odwołania za zasadny. Powyższe stanowisko wynika z faktu, iż Zamawiający na etapie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak i na dalszym etapie postępowania, w tym odwoławczego (brak pisemnej odpowiedzi na odwołanie) nie udzielił wyczerpujących informacji, iż uznał powyższą realizację za niewystarczającą do potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu. Tym samym, w okolicznościach przedmiotowego postępowania Odwołujący nie był w posiadaniu informacji o decyzji Zamawiającego, co w konsekwencji wywołało skutek w postaci zarzutu stawianego Zamawiającemu. Jako, że Zamawiający przyznał, w powyższym zakresie słuszność stawianego zarzutu, Izba stwierdziła jw.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa i ochrony środowiska, gdyż w ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy pozwala na dokonanie właściwego rozstrzygnięcia i tym samym powołanie biegłego w celu wydania stosownej opinii, jest wnioskiem Odwołującego powołanym jedynie dla zwłoki (art. 190 ust. 6 ustawy Pzp).

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: