

UZP/DKUE/KD/21/2013

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli.

Nazwa i adres zamawiającego:	Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Sp. z o.o. ul. Czesława 9 71-504 Szczecin
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	Kontrakt nr 1 „Budowa Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów dla Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego”
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	482 596 446,95 zł (125 708 894,75 euro)
Środki UE:	Fundusz Spójności w ramach Działania 2.1 priorytetu II Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy musieli wykazać, że w okresie ostatnich pięciu lat

przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), wykonali co najmniej dwie roboty budowlane, których przedmiotem było zaprojektowanie i wybudowanie (formuła „zaprojektuj i wybuduj”) zakładu termicznego przekształcania stałych odpadów komunalnych (budowa lub przebudowa zakładu), z których:

- 1) przynajmniej jedna dotyczy budowy lub kompleksowej przebudowy lub kompleksowej modernizacji zakładu o wydajności minimum 100 000 Mg/rok,
- 2) co najmniej jedna dotyczy roboty budowlanej, której przedmiotem było zaprojektowanie i wybudowanie (formuła „zaprojektuj i wybuduj”) instalacji oczyszczania spalin typu mokrego w zakładzie termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub przemysłowych.

Powyższy warunek udziału w postępowaniu miał również zostać uznany za spełniony, jeżeli ww. roboty budowlane zostały wykonane w ramach jednego zamówienia (zapis dodany modyfikacją z dnia 14.11.2011 r.).

Zgodnie z Subklauzulą 4.4 akapit 2 Warunków Szczególnych Kontraktu, „wykonawca przed zawarciem umowy z podwykonawcą musi uprzednio uzyskać pisemną zgodę Inżyniera i Zamawiającego na powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy. Podstawą do uzyskania takiej zgody będzie wniosek wykonawcy przedstawiający część zamówienia, którego wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy wraz ze wskazaniem zdolności Podwykonawcy do jej wykonania”.

Ponadto, w Subklauzuli 4.4. pkt d) Warunków Szczególnych Kontraktu przewidziano możliwość zmiany podwykonawcy w trakcie realizacji umowy wyłącznie za zgodą Inżyniera.

W punkcie 34 SIWZ oraz Subklauzuli 13.1. Warunków Szczególnych Kontraktu zamawiający, zgodnie z art. 144 ustawy Pzp, wskazał okoliczności, których wystąpienie może skutkować zmianą istotnych postanowień zawartej umowy w stosunku do treści wybranej oferty, w tym między innymi: „zaistnienie innej okoliczności prawnej, ekonomicznej lub technicznej skutkującej niemożliwością wykonania lub należytego wykonania umowy zgodnie z SIWZ” (pkt 34.4.7 SIWZ oraz Subklauzula 13.1.3.7 Warunków Szczególnych Kontraktu).

Wykonawca Mostostal Warszawa S.A. (dalej: „Mostostal”), na potwierdzenie spełniania ww. warunku doświadczenia, posłużył się na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych doświadczeniem firm: CONSTRUCTIONS INDUSTRIELLES DE LA MEDITERRANEE (dalej: „CNIM”) oraz LAB S.A. (zgodnie z treścią wniosku o kontrolę - należącej do grupy CNIM), wykazując w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonanie m. in.:

- 1) roboty, której przedmiotem było „zaprojektowanie i wybudowanie (formuła „zaprojektuj i wybuduj”) zakładu termicznego przekształcania stałych odpadów komunalnych (budowa), o wydajności 176 000 Mg/rok”, wykonanej przez CNIM,

2) roboty, której przedmiotem było „zaprojektowanie i wybudowanie (formuła „zaprojektuj i wybuduj”) instalacji oczyszczania spalin typu mokrego w zakładzie termicznego przekształcania odpadów komunalnych i przemysłowych”, wykonanej przez LAB SA.

Zobowiązanie CNIM załączone do oferty wykonawcy Mostostal zawiera sformułowanie: „Oddanie do dyspozycji następuje w oparciu o umowę, która przewiduje doradzanie, konsultowanie oraz uczestnictwo w realizacji zamówienia”.

Wykonawca Mostostal nie wykazał w ofercie żadnego własnego doświadczenia w celu potwierdzenia spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu.

Wykonawca Rafako S.A., na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, posłużył się na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp doświadczeniem firmy Hitachi Zosen Inova AG. Ww. wykonawca nie wykazał w ofercie żadnego własnego doświadczenia w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Dnia 11 kwietnia 2012 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, za która została uznana oferta wykonawcy Mostostal. W dniu 18 lipca 2012 r. została zawarta umowa nr ZUO/5/2012 pomiędzy zamawiającym a ww. wykonawcą.

W trakcie realizacji umowy wykonawca Mostostal nie podpisał umowy z podwykonawcą CNIM i dnia 5 grudnia 2012 r. wystosował do Inżyniera Kontraktu wniosek o zaakceptowanie nowego podwykonawcy, tj. Rafako S.A. jako „(...) podwykonawcę w zakresie projektu, dostawy, montażu i nadzoru nad rozruchem linii spalania odpadów (rusztu, kotła i systemu oczyszczania spalin)”.

W związku z tym, że powyższa zmiana podwykonawcy wiązała się jednocześnie z rozszerzeniem zakresu prac do podwykonania w stosunku do zakresu tych prac wskazanych pierwotnie w ofercie, wykonawca Mostostal w dniu 31 stycznia 2013 r. złożył wniosek o zmianę warunków umowy w trybie Subklauzuli 13.1.3.7 Szczegółowych Warunków Kontraktu (zaistnienie innej okoliczności prawnej, ekonomicznej lub technicznej skutkującej niemożliwością wykonania lub nienależytego wykonania umowy zgodnie z SIWZ) poprzez rozszerzenie możliwości wykonania zamówienia siłami podwykonawców o następujące czynności:

- 1) dostawa rusztu,
- 2) montaż kotła,
- 3) montaż instalacji podawania odpadów,
- 4) montaż instalacji oczyszczania spalin,

przy jednoczesnym i równoległym pozostawieniu w mocy możliwości wykonania zamówienia siłami podwykonawców w zakresie uprzednio wskazanym w ofercie wykonawcy.

W uzasadnieniu wniosku wykonawca podniósł m. in., że „(...) prowadził intensywne negocjacje z wyselekcjonowanymi uprzednio podwykonawcami celem ustalenia z nimi ram współpracy (umów), które odpowiednio zabezpieczałyby interes prawny i ekonomiczny zamawiającego i wykonawcy. Rozmowy te – w zakresie technologii podstawowej dla ZTUO – nie doprowadziły do osiągnięcia przez wykonawcę pewności, że interesy, o których mowa powyżej byłyby – w razie zawarcia umowy z takim podwykonawcą [CNIM] – właściwie zabezpieczone. W rezultacie odstąpiono od planów zawarcia umowy z tym podmiotem. Mając na uwadze powyższe wykonawca poszukiwał alternatywnego podwykonawcy i doprowadził do zawarcia z nim warunkowego kontraktu podwykonawczego.

Podwykonawca ten – Rafako S.A. – zgodził się na przyjęcie na siebie wszystkich ryzyk związanych z oferowaną przez niego technologią (w tym ryzyk związanych z gwarantowanymi parametrami eksploatacyjnymi) oraz zgodził się dokonać montażu tej technologii we własnym zakresie. Przejęcie ryzyk nie powoduje w żadnym wypadku ograniczenia odpowiedzialności wykonawcy, a jedynie pojawienie się nowego, dodatkowego podmiotu, który gwarantuje zamawiającemu jakość i parametry eksploatacyjne technologii. (...) wykonawca wnosi jak w petitum wniosku, podkreślając, że taka zmiana jest dopuszczalna, albowiem już po zawarciu kontraktu zaistniała okoliczność prawna i techniczna skutkująca niemożliwością wykonania kontraktu zgodnie z SIWZ i oferta wykonawcy (niemożność samodzielnego montażu technologii opisanej we wniosku i dostawy rusztu z uwagi na treść oferty podwykonawcy, który odmówił udzielenia gwarancji na parametry eksploatacyjne i jakość technologii, jeśli to nie on będzie wykonywał montaż technologii, w tym dostarczonego przez niego rusztu). (...)”.

Zamawiający wyraził zgodę na zmianę podwykonawcy i jednocześnie rozszerzenie zakresu prac przeznaczonych do podwykonania i w dniu 14 stycznia 2014 r. został zawarty Aneks nr 2 do umowy, w którym do zakresu prac, jakie wykonawca może podzlecić podwykonawcy zostały dodane punkty wskazane we wniosku wykonawcy (przytoczone powyżej).

Ponadto, pismem z dnia 28 czerwca 2013 r. wykonawca Mostostal zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o zatwierdzenie firmy Hitachi Power Europe Service GmbH (dalej: HPES”) jako podwykonawcę Rafako S.A. „w zakresie zaprojektowania, dostawy i montażu rusztu dla ZTUO Szczecin”.

Zamawiający wyraził zgodę na powierzenie HPES części zamówienia w zakresie wskazanym we wniosku wykonawcy i w dniu 14 stycznia 2014 r. został zawarty Aneks nr 3 do umowy, w którym do zakresu prac, jakie wykonawca może podzlecić podwykonawcy został dodany punkt „montaż rusztu”.

Dnia 30 sierpnia 2013 r. wykonawca Mostostal złożył kolejny wniosek o zmianę umowy, polegającą na rozszerzeniu zakresu podwykonawstwa w stosunku do przewidzianego w treści oferty wykonawcy o zasadnicze roboty ogólnobudowlane. Zamawiający wyraził zgodę na rozszerzenie podwykonawstwa w powyższym zakresie i dnia 14 stycznia 2014 r. został zawarty Aneks nr 4 do umowy. Z dokumentacji postępowania wynika, że powyższe roboty miały zostać wykonane przez Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o.

W związku z brakiem zawarcia przez wykonawcę Mostostal umowy podwykonawstwa z podmiotem CNIM, na zasobach którego wykonawca polegał w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, Prezes Urzędu, w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli doraźnej – następczej, kierował do zamawiającego pisma z zapytaniem, czy nowy podwykonawca (Rafako S.A.) spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w stopniu nie mniejszym niż CNIM oraz LAB SA (z grupy CNIM).

W dokumentacji postępowania znajduje się szereg dokumentów (w tym referencji) oraz wyjaśnień zamawiającego, z których wynika, że zdaniem zamawiającego podwykonawca Rafako S.A. wraz ze swoim podwykonawcą HPES posiadają doświadczenie wystarczające do realizacji powierzonej im części zamówienia:

- Wyjaśnienia zamawiającego z dnia 14 sierpnia 2013 r.:

„Rafako S.A. realizuje powierzoną mu część zamówienia w oparciu o własną wiedzę i doświadczenie a w części przez dalsze podzlecenie części swojego zakresu innym podwykonawcom. Potencjał Rafako S.A. jest wystarczający dla uzyskania rękojmi prawidłowej realizacji tej części zamówienia, którą realizować będzie siłami własnymi, w pozostałym zakresie wiedza o dalszych podwykonawcach (w tym przypadku chodzi o dostawcę paleniska rusztowego - firmę Hitachi Power Europe Service GmbH), potwierdza rękojmię prawidłowej realizacji całości zamówienia. Informuję, że do zamawiającego wpłynęły wyjaśnienia Mostostal Warszawa S.A. dotyczące dysponowania potencjałem technologicznym. Z treści przesłanego pisma wynika, że Rafako S.A. „dysponuje potencjałem technologicznym, dostarczonym przez spółkę działającą pod firmą Hitachi Power Europe Services GmbH z siedzibą w Duisburg (Niemcy)”. Dalej Mostostal S.A. oświadczył, że z „informacji posiadanych przez Mostostal Warszawa wynika, że spółka Hitachi Power Europe Services GmbH dysponuje tożsamym potencjałem technologicznym, jakim dysponowała spółka Hitachi Zosen Inowa AG, a z jakiego korzystała spółka Rafako S.A. z siedzibą w Raciborzu”.

- Wyjaśnienia z dnia 13 września 2013 r.:

„(...) zamawiający, udzielając wyjaśnień dotyczących zdolności Rafako do wykonania powierzonej mu części zamówienia dowodził, że nie wszystkie roboty wykonywane w ramach realizacji przedmiotu umowy, którym jest zaprojektowanie i wybudowanie zakładu

termicznego unieszkodliwiania odpadów komunalnych wymaga referencji *stricte* odpowiadających przedmiotowi zamówienia. Zamawiający stoi na stanowisku, że posiadane doświadczenie Rafako w zakresie realizacji bloków energetycznych, w tym w zakresie projektowania i wykonania kotłów opalanych paliwem stałym, a także przeznaczonych do termicznej utylizacji odpadów i biomasy, oraz realizacji systemów oczyszczania spalin metodą mokrą dają gwarancję należytego wykonania przedmiotu umowy. Wykonawca przedstawił wraz z wnioskiem ofertę Rafako, z której wynika, że w ramach prowadzonej działalności we współpracy z renomowanymi partnerami europejskimi oferuje kompletne instalacje do termicznej utylizacji odpadów komunalnych. Firma posiada blisko dwudziestoletnie doświadczenie w dziedzinie kotłów przeznaczonych dla instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych (...).

Ponadto informuję, że w ramach oferowanych dostaw Rafako zgłosiło za pośrednictwem wykonawcy wnioski o wyrażenie zgody na zatrudnienie jako podwykonawcy Hitachi Power Europe Services GmbH w zakresie projektu, dostawy i montażu paleniska rusztowego. Wykonawca przedstawił dokumenty potwierdzające zdolność HPES do wykonania części zamówienia.

Reasumując, zamawiający stoi na stanowisku, że w ramach realizacji przedmiotu umowy, nie ma przesłanek co do żądania od potencjalnych podwykonawców „Mostostal udokumentowania doświadczenia w zakresie realizacji zakładów termicznego unieszkodliwiania odpadów komunalnych”.

Do powyższych wyjaśnień zostały załączone dokumenty zawierające informacje odnośnie doświadczenia HPES, gdzie wskazano na wykonywane zakresy dostaw m. in. „ruchomy ruszt”, „system podawania odpadów”, „usuwanie popiołu”, „odżużlacz”, „projekty wykonawcze dla elektryki i AKPiA”, „sprzęt powietrza do spalania”, które były realizowane przede wszystkim dla spalarni odpadów (w tym odpadów komunalnych) m. in. dla projektów: „Moscow MSZ 3 Rosja” o wydajności „360.000 t/a” oraz „EVI-Europark Emlichheim Niemcy” o wydajności „365.000 t/a”.

W odniesieniu natomiast do spełniania przez ww. podmioty (Rafako S.A. i HPES) warunku doświadczenia opisanego w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, zamawiający utrzymywał, iż na obecnym etapie, tj. po zakończeniu postępowania (wyborze najkorzystniejszej oferty), nie istnieje podstawa prawna do badania powyższej kwestii:

- Wyjaśnienia z dnia 14 sierpnia 2013 r.:

„(...) Mając na uwadze fakt, że postępowanie w sprawie zamówienia publicznego kończy się w momencie wyboru wykonawcy, co jednoznacznie pozbawia zamawiającego kompetencji do oceny przez wykonawcę zdolności do realizacji przedmiotu zamówienia, poprzez powtarzanie oceny tej zdolności na jakimkolwiek etapie realizacji zamówienia. Wskazać należy, że wykonawca ma wykazać zdolność do wykonania zamówienia na dzień upływu terminu składania ofert, a Zamawiający może badać spełnianie warunków tylko na ten dzień.

Zgodnie z treścią zawartej umowy, zamawiający przed wyrażeniem zgody na zatrudnienie podwykonawcy analizuje i weryfikuje zdolność podwykonawcy do realizacji tej części zamówienia, którą wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy. Wniosek Mostostal Warszawa S.A. o wyrażenie zgody na zatrudnienie podwykonawcy – Rafako S.A. i załączone do niego dokumenty dają rękojmię prawidłowej realizacji powierzonej części zamówienia, a sam podwykonawca w niniejszym zakresie posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie”.

- Wyjaśnienia z dnia 30 sierpnia 2013 r.:

„(...) wskazuję, że ocena zdolności podwykonawcy do realizacji części zamówienia nie odbywa się na podstawie określonych w SIWZ kryteriów. Takie działanie, w opinii zamawiającego, stanowi zbyt dużą ingerencją w autonomię Wykonawcy co do sposobu realizacji zaciągniętego zobowiązania. Wykonawca jako w pełni profesjonalny podmiot ma prawo do ułożenia stosunku zobowiązaniowego z różnymi podwykonawcami, według własnego uznania. Ostatecznie to Wykonawca daje rękojmię działania podwykonawców zgodnie z postanowieniami zawartej umowy. Żądanie od podwykonawców doświadczenia weryfikowalnego zgodnie z warunkami ustanowionymi w toku prowadzonego postępowania, zdaniem Zamawiającego, dość radykalnie wpływa na konkurencyjność podmiotów rynku, a brak referencyjnych obiektów na terenie Polski powoduje konieczność angażowania podmiotów zagranicznych do realizacji umowy.(...)”

To dzień otwarcia ofert jest zdarzeniem, które determinuje działania zamawiającego. Podstawa ewentualnego wykluczenia wykonawcy z postępowania rozpatrywana jest w odniesieniu do przedstawionego przez niego stanu faktycznego zdeteminowanego tą określoną datą. Zgodnie z obowiązującymi przepisami zamawiający dokonuje oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jednokrotnie, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym zakresie przedstawione przez wykonawców dowody na potwierdzenie spełniania ustanowionych w SIWZ warunków zachowują aktualność. (...)”.

Ostatecznie zamawiający oświadczył:

- Wyjaśnienia z 28 listopada 2013 r.:

„(...). Zamawiający uzyskał oświadczenie Hitachi Power Europe Services GmbH z siedzibą w Duisburgu o posiadaniu niezbędnej wiedzy i doświadczenia równoważnej z poziomem określonym w warunku udziału w postępowaniu określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu o zamówieniu oraz potwierdzające fakt, iż wykonawca w toku realizacji umowy korzystał z udostępnionego potencjału”.

Zamawiający załączył do swoich wyjaśnień zobowiązanie HPES na rzecz Rafako S.A., z którego nie wynikało jednak wykonanie co najmniej jednej roboty budowlanej, której przedmiotem było zaprojektowanie i wybudowanie (formuła „zaprojektuj i wybuduj”) instalacji oczyszczania spalin typu mokrego w zakładzie termicznego przekształcania odpadów

komunalnych lub przemysłowych, a zatem spełnianie drugiej części warunku wiedzy i doświadczenia opisanego w SIWZ.

Do wyjaśnień zamawiającego została dołączona opinia prof. dr. hab. inż. Grzegorza Wielgościńskiego dotycząca analizy możliwości realizacji umowy przez Mostostal przy udziale podwykonawców Rafako S.A. i HPES. Wynika z niej m. in.:

„Z praktycznego punktu widzenia proces inwestycyjny budowy współczesnej spalarni odpadów można podzielić na trzy podstawowe etapy:

- roboty budowlane związane z budową budynku spalarni,
- dostawa i montaż kluczowych elementów umaszynowania i wyposażenia spalarni,
- prace instalacyjno-wykończeniowe oraz rozruch spalarni.

(...). Dziś za najważniejszych dostawców instalacji termicznego przekształcania odpadów pracujących wg technologii rusztowej uważa się firmy: Hitachi Zosen Inova (Szwajcaria), CNIM (Francja) współpracujący ściśle z niemiecką firmą Martin, (...), Hitachi Power Services Europe (Niemcy), (...). Rafako jest aktualnie jednym z największych producentów kotłów w Europie oferując kotły zarówno dla energetyki, jak i dla spalarni odpadów. (...). Rafako posiada również w swojej ofercie instalacje odsiarczania spalin metodą suchą, półsuchą i mokrą (licencja Steinmullera). (...). Natomiast firma Hitachi Power Europe powstała w wyniku zakupu przez japoński koncern Hitachi firmy Thyssen Krupp Xervon, wcześniej znanej jako Lurgi Lentjes Sernice wywodzącej się z firmy Lurgi Lentjes AG (wcześniej ML-Ensorgungs – und Energieanlagen). Firma ta, obok znanych referencji firm Lurgi oraz Lentjes dysponuje nowymi referencjami uzyskanymi już jako Hitachi Power Europe bądź Thyssen Krupp Xervon obejmującymi dostawę rusztów do 14 spalarni zmieszanych odpadów komunalnych oraz spalarni paliwa alternatywnego (RDF, SRF, EBS), w tym między innymi do modernizowanej aktualnie spalarni Spittelau w Wiedniu. Firma ta była również głównym wykonawcą nowej spalarni odpadów komunalnych w Moskwie o wydajności 360 000 Mg/rok oraz spalarni RDF-u w Bremie o wydajności 250 000 Mg/rok. Hitachi Power Europe jest również dostawcą systemów oczyszczania spalin – elektrofiltrów suchych i mokrych, filtrów tkaninowych, cyklonów i multicyklonów oraz kotłów odzysknicowych dla elektrowni oraz spalarni odpadów. (...).”

- W uzupełnieniu powyższych wyjaśnień zamawiający oświadczył (wyjaśnienia z dnia 11 grudnia 2013 r.):

„Dokumentami potwierdzającymi posiadanie przez Hitachi Power Europe Service GmbH wiedzy i doświadczenia wymaganych w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone są załączone referencje firmy Thyssen Krupp Xervon Energy GmbH, której prawnym następcą jest Hitachi Power Europe Service GmbH. Referencje te dotyczą dwóch kompleksowych modernizacji (projektowanie + prace

budowlane) niezależnych kompletnych linii (instalacji) w BREMEN jako spełnienie łącznego warunku dotyczącego udziału w postępowaniu zgodnego z SIWZ:

- 1) Spalarni odpadów BREMEN, przepustowość instalacji 226 000 Mg/rok
- 2) Spalarni odpadów BREMEN przepustowość instalacji 176 000 Mg/rok”.

W toku kontroli zostało ustalone, że referencje przedstawione przez zamawiającego przy wyjaśnieniach z dnia 11 grudnia 2013 r. zostały wystawione na rzecz podmiotu ThyssenKrupp Xervon Energy GmbH, którego następcą prawnym jest HPES.

Odrębną kwestią było zbadanie w toku kontroli, w jakim charakterze w trakcie realizacji umowy występuje podmiot HPES. Ostatecznie zostało ustalone, że HPES jest podwykonawcą Rafako S.A.:

- Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 11 grudnia 2013 r. wskazał: „Zgodnie z treścią oświadczenia złożonego przez Mostostal „*Hitachi Power Europe Service GmbH jest zatwierdzonym podwykonawcą zatwierdzonego podwykonawcy Rafako S.A. zgodnie z warunkami klauzuli 4.4 Kontraktu. Potwierdzają to pisma Inżyniera Kontraktu: GP/SZ/S/MC/87/2013 z dnia 22 lutego 2013 r. oraz GP/SZ/S/MKrz/159/2013 z dnia 12 lipca 2013 r.*” (...). Wykonawca oświadczył: „*W uzupełnieniu przekazanego Oświadczenia, dołączonego do pisma z dnia 28 listopada 2013 r., oddanie do dyspozycji zasobów posiadanej wiedzy i doświadczenia Hitachi Power Europe Service GmbH na rzecz podwykonawcy Rafako S.A. jest między innymi objęte zawartą umową pomiędzy stronami. Umowa ta została zaakceptowana zgodnie z warunkami klauzuli 4.4 Kontraktu Głównego pomiędzy Mostostalem Warszawa S.A. a Zakładem Unieszkodliwiania Odpadów w Szczecinie (pismo Inżyniera Kontraktu GP/SZ/S/MKrz/159/2013 z dnia 12 lipca 2013 r.)*.” Pismem z dnia 24 marca 2014 r. zamawiający uzupełnił umowę (w wersji angielskiej), o której mowa powyżej (data zawarcia umowy: 18 lipca 2013 r.).

Mając na uwadze powyższy stan faktyczny, w tym wyjaśnienia zamawiającego, stwierdzić należy, co następuje.

Przewidziana przez Ustawodawcę w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych możliwość korzystania z zasobów podmiotów trzecich ma na celu umożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom, którzy sami nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, ale mając rzeczywisty dostęp do zasobów współpracujących z nimi podmiotów trzecich, będą w stanie należycie wykonać zamówienie publiczne. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny zasobów udostępnionych przez podmiot trzeci pod kątem tego, czy będą wystarczające do należytego wykonania zamówienia przez wykonawcę, który nie posiada np. wymaganego w SIWZ doświadczenia. Konsekwencją

dokonania przez zamawiającego pozytywnej oceny zakresu i sposobu udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci jest następnie faktyczne użyczenie tych zasobów wykonawcy na etapie realizacji zamówienia. Jeżeli zatem wykonawca nie posiada wymaganego w SIWZ doświadczenia, ale przewidział w ofercie korzystanie w tym zakresie z zasobów podmiotu trzeciego, to na etapie realizacji ten podmiot trzeci musi brać udział w realizacji zamówienia w sposób przewidziany w ofercie, np. w charakterze podwykonawcy. Brak udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia oznaczałoby pozorne udostępnienie zasobów na etapie postępowania i wykonywanie zamówienia przez wykonawcę, który nie posiada wymaganego doświadczenia.

Należy ponadto zauważyć, że możliwość zmiany podmiotu trzeciego na etapie realizacji przedmiotu zamówienia obwarowana jest pewnymi warunkami, tj. powinna być przewidziana na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie nowy podmiot powinien wykazywać spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie nie mniejszym niż podmiot dotychczasowy. Powyższą kwestię porusza m.in. orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08, mające za przedmiot wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Rozstrzygając zagadnienia wskazane we wniosku Trybunał wskazał m.in., iż zmiana podwykonawcy może stanowić istotną zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niniejszy przypadek wystąpi wtedy, gdy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu tylko dzięki podwykonawcy, wówczas zmiana podwykonawcy będzie zmianą istotną. W uzasadnieniu Trybunał wskazał, iż „zmiana treści umowy koncesyjnej na usługi w czasie jej obowiązywania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały wprowadzone w ramach pierwotnej procedury zawarcia umowy, umożliwiłyby dopuszczenie udziału innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona” (wyrok TSUE z dnia 13 kwietnia 2010 w sprawie C-91/08 Wall AG przeciwko Stadt Frankfurt am Main).

Powyższe oznacza, że zmiana podwykonawcy, dzięki któremu wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu jest istotną zmianą umowy, dopuszczalną tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy nowy podwykonawca spełnia te same warunki udziału w postępowaniu, które spełniał pierwotny podwykonawca - podmiot trzeci wskazany w ofercie i udostępniający zasoby wykonawcy. Tylko taka zmiana zapewnia bowiem wykonawcy dostęp do zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia i nie powoduje naruszenia uczciwej konkurencji w stosunku do innych wykonawców.

Wobec powyższego, nie sposób zgodzić się z twierdzeniem zaprezentowanym przez zamawiającego, że ocena spełniania warunków udziału przez danego wykonawcę powinna

być dokonywana jednorazowo, tj. na etapie oceny złożonych ofert. Przede wszystkim należy wskazać na cel opisywania warunków udziału w postępowaniu. Celem tym jest wybór wykonawcy, który będzie w stanie należycie zrealizować zamówienie. Zamawiający opisuje więc np. warunek wiedzy i doświadczenia wskazując takie wymogi wobec wykonawcy, które są niezbędne do należytej realizacji zamówienia. Twierdzenie, że podmiot faktycznie realizujący zamówienie może mieć inne doświadczenie niż opisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ, a także dopuszczenie do wykonywania zamówienia przez podmiot, który nie posiada wiedzy i doświadczenia opisanych w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ, podważa zatem zasadność i prawidłowość opisu warunku wiedzy i doświadczenia w tych dokumentach.

Przyjęcie odmiennego stanowiska nie tylko powodowałoby swego rodzaju iluzoryczność dokonywanej oceny spełniania warunków, tj. oderwanie tej czynności od jej celu, czyli niezakłóconej realizacji danego zamówienia przez wybranego wykonawcę, ale przede wszystkim stałoby w sprzeczności z jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, jaką jest zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Ponadto, nie można zgodzić się z twierdzeniem, że brak jest podstawy upoważniającej do weryfikacji podwykonawcy pod kątem spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu na etapie realizacji zamówienia. Po pierwsze, możliwość taka wynika z dokumentów przedmiotowego postępowania - SIWZ i Warunków Szczególnych Kontraktu (np. Subklauzula 4.4. pkt d) Warunków Szczególnych Kontraktu - możliwość zmiany podwykonawcy w trakcie realizacji umowy wyłącznie za zgodą Inżyniera Kontraktu). Ponadto, uprawnienie takie wynika z regulacji art. 647¹ § 2 – § 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. 1964 nr 16, poz. 93 ze zm.), który na podstawie art. 139 ust. 1 ustawy Pzp ma zastosowanie do umów w sprawach zamówień publicznych, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Jak wynika bowiem między innymi z art. 647¹ § 2 zd. 1 Kodeksu cywilnego, do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą wymagana jest zgoda inwestora. Wskazane powyżej uregulowania kodeksu cywilnego umożliwiają zatem weryfikację podwykonawcy i jego potencjału na etapie realizacji zamówienia (po wyborze najkorzystniejszej oferty i zawarciu umowy z wykonawcą), w tym również weryfikację pod kątem spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu, jeśli jest to konieczne.

Powyższa zasada, stanowiąca, iż możliwość zmiany podwykonawcy, na zasobach którego wykonawca polegał w celu wykazania spełniania warunku doświadczenia, jest możliwa wyłącznie wtedy, gdy nowy podwykonawca również spełnia te warunki, została wprost uregulowana w art. 36b ust. 2 ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy Pzp (Dz. U. z 2013 r., poz. 1473), który wszedł w życie dnia 24 grudnia 2013 r. Przepis ten

stanowi, że jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, iż proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

Podkreślenia wymaga, że wprawdzie powyższy przepis nie obowiązywał w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania, to jednak obowiązek weryfikacji podwykonawcy wynikał m. in. z zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), co zostało wykazane powyżej.

Z treści oferty wykonawcy Mostostal wynika, że podmiot trzeci, na zasobach którego polegał wykonawca w zakresie warunku doświadczenia - CNIM - miał pełnić funkcję podwykonawcy (na co w szczególności wskazuje treść zobowiązania CNIM – „uczestnictwo w realizacji zamówienia”, a także treść korespondencji między zamawiającym a wykonawcą). Udział tego podmiotu w trakcie realizacji umowy miał zapewnić należyte wykonanie zamówienia w zakresie zaprojektowania i wybudowania zakładu termicznego przekształcania stałych odpadów komunalnych, gdyż sam wykonawca nie posiadał wymaganego doświadczenia w powyższym zakresie.

Mając zatem na uwadze powyższe ustalenia stwierdzić należy, że zamawiający, wyrażając zgodę na zmianę podwykonawcy CNIM na Rafako S.A., zobowiązany był zbadać, czy nowy podwykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące doświadczenia w zakresie nie mniejszym, niż podmiot trzeci wskazany w ofercie. Natomiast z wyjaśnień i dokumentów przedstawionych przez zamawiającego nie wynika, aby nowy podwykonawca Rafako S.A. spełniał ww. warunek.

Po pierwsze, zamawiający nie przedstawił żadnych referencji Rafako S.A., z których wynikałoby spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Potwierdzeniem braku doświadczenia ww. podmiotu do realizacji przedmiotowego zamówienia jest również okoliczność, iż na etapie postępowania o udzielenie zamówienia Rafako S.A. jako wykonawca posłużył się doświadczeniem innego podmiotu (Hitachi Zosen Inova AG) w celu wykazania spełnienia powyższego warunku. W tym miejscu należy podkreślić, że zamawiający nie przedstawił żadnych dokumentów na potwierdzenie swoich wyjaśnień z dnia 14 sierpnia 2013 r., z których wynika, że „Mostostal S.A. oświadczył, że z „informacji posiadanych przez Mostostal Warszawa wynika, że spółka Hitachi Power Europe Services GmbH [HPES] dysponuje tożsamym potencjałem technologicznym, jakim dysponowała spółka Hitachi Zosen Inova AG, a z jakiego korzystać miała spółka Rafako S.A. z siedzibą w Raciborzu”.

Po drugie, dokumenty (w tym referencje) oraz wyjaśnienia przedstawione przez zamawiającego w toku kontroli nie potwierdzają również, że podmiot HPES (a zatem podwykonawca podwykonawcy Rafako S.A) posiada doświadczenie wymagane przez zamawiającego. Z referencji wynika bowiem, że dotyczą one wyłącznie „technologii dla rozplanowania, wyprodukowania, dostawy, montażu oraz uruchomienia instalacji spalarni odpadów”. Ponadto, z wyjaśnień zamawiającego wynika, że „referencje te dotyczą dwóch kompleksowych modernizacji (projektowanie + prace budowlane) niezależnych kompletnych linii (instalacji)”. Zatem przedstawione referencje dotyczą wyłącznie zaprojektowania i wykonania instalacji oczyszczania spalin (pkt 2 warunku udziału w postępowaniu), przy czym brak jest informacji, czy chodzi o oczyszczanie spalin typu mokrego. Z referencji nie wynika natomiast, że obejmują one roboty budowlane polegające na kompleksowej przebudowie lub modernizacji zakładu termicznego przekształcania stałych odpadów komunalnych (pkt 1 warunku). Dodatkowo należy podnieść, że również z wykazu doświadczenia HPES (tabelki zawierającej zrealizowane dostawy) nie wynika realizacja roboty budowlanej, spełniającej powyższe wymogi. Podobnie, opinia biegłego prof. dr. hab. inż. Grzegorza Wielgosińskiego przedstawiona przez zamawiającego nie zawiera informacji mogących jednoznacznie świadczyć o posiadaniu przez Rafako S.A. i HPES doświadczenia w robotach budowlanych związanych z budową budynku spalarni, które to roboty biegły wskazał jako integralną część procesu inwestycyjnego polegającego na budowie spalarni odpadów.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że pomiędzy wykonawcą Mostostal a podmiotem HPES nie istnieje stosunek prawny pozwalający na uznanie, że wykonawca realnie dysponuje zasobami (doświadczeniem) ww. podmiotu. Z wyjaśnień i dokumentów przekazanych przez zamawiającego wynika jedynie, że HPES łączy umowa o podwykonawstwo z Rafako S.A., brak jest zatem bezpośredniego stosunku z samym wykonawcą realizującym przedmiotowe zamówienie. Jak wynika natomiast z brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w sytuacji korzystania z zasobów innych podmiotów, wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Nie ulega zatem wątpliwości, że podmiot trzeci musi zobowiązać się do użyczenia swoich zasobów bezpośrednio na rzecz wykonawcy biorącego udział w postępowaniu, nie zaś na rzecz jakiegokolwiek innego podmiotu, który jest powiązany z wykonawcą.

Należy również podnieść, że zdolność podwykonawcy do realizacji powierzonej mu części zamówienia nie jest tożsama ze spełnianiem przez tego podwykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, pozwalających na prawidłową realizację

całości przedmiotu zamówienia (w przedmiotowej sprawie wykonawca Mostostal nie wykazał żadnego własnego doświadczenia, zatem konieczne jest wykazanie spełniania całego warunku doświadczenia przez podwykonawcę/podwykonawców). W niniejszym stanie faktycznym zarówno podwykonawca Rafako S.A., jaki i jego podwykonawca HPES, realizują jedynie część przedmiotu zamówienia, polegającą w głównej mierze na zaprojektowaniu i wykonaniu instalacji oczyszczania spalin, nie zaś na zaprojektowaniu i budowie kompletnego Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów. W związku z tym, wykazywanie przez zamawiającego zdolności ww. podmiotów do realizacji powierzonej im części zamówienia (niemniej nie podważane przez Prezesa Urzędu), jest niewystarczające do uznania, że posiadają one doświadczenie do realizacji całości przedmiotu zamówienia.

Ponadto, pomimo wezwania zamawiającego do wyjaśnienia, czy którykolwiek z podmiotów współpracujących w chwili obecnej z wykonawcą Mostostal przy realizacji przedmiotowego zamówienia spełnia warunki posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia, zamawiający nie przedstawił referencji, z których wynikałoby spełnianie ww. warunku przez podmiot/podmioty biorące udział w realizacji zamówienia.

W konsekwencji nie można uznać, że po zmianie umowy polegającej na zmianie podwykonawcy CNIM na Rafako S.A., wykonawca Mostostal w dalszym ciągu dysponuje potencjałem podmiotu trzeciego, który spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, a tym samym nie można uznać, że sam wykonawca spełnia warunek doświadczenia. Oznacza to, że zmiana umowy w powyższym zakresie jest zmianą istotną, dotyczy bowiem warunków udziału w postępowaniu, które determinują krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, a tym samym - mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Zatem, gdyby na etapie postępowania wykonawca Mostostal posłużył się potencjałem HPES, zostałby wykluczony z postępowania i nie uzyskałby przedmiotowego zamówienia, co oznacza, że zmianie uległby wynik postępowania.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Jednocześnie stosownie do dyspozycji art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Zamawiający nie ma zatem możliwości dokonania zmiany najważniejszych elementów zamówienia, jeśli uprzednio nie dopuścił takiej możliwości w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jeśli nie wskazał warunków, na jakich zmiany zostaną ewentualnie wprowadzone.

Z analizy treści SIWZ i Warunków Szczególnych Kontraktu w zakresie okoliczności umożliwiających zmianę postanowień zawartej umowy nie wynika, aby zamawiający dopuścił jakkolwiek możliwość zmiany w niniejszym zakresie, tj. zmianę podmiotu trzeciego pełniącego jednocześnie funkcję podwykonawcy.

Wprawdzie W Subklauzuli 4.4. lit. d) Warunków Szczególnych Kontraktu zostało wskazane, że zamawiający dopuszcza zmianę podwykonawcy na etapie realizacji umowy po uzyskaniu zgody Inżyniera Kontraktu, niemniej nie obejmuje to sytuacji zmiany podwykonawcy, który jednocześnie udostępniał swój potencjał wykonawcy w celu wykazania spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Niewątpliwie jest to sytuacja szczególna, która powinna zostać odrębnie przewidziana przez zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu lub SIWZ.

Nie można również uznać, że przedmiotowa zmiana została dokonana na podstawie punktu 34.4.7 SIWZ oraz Subklauzuli 13.1.3.7 Warunków Szczególnych Kontraktu, tj. z uwagi na „zaistnienie innej okoliczności prawnej, ekonomicznej lub technicznej skutkującej niemożliwością wykonania lub należytego wykonania umowy zgodnie z SIWZ”. Przyczyny odstąpienia od zawarcia umowy podwykonawstwa z CNIM przytoczone przez wykonawcę Mostostal we wniosku z dnia 31.01.2013 r. wskazują, że nie zawarcie umowy podwykonawstwa było bezpośrednim skutkiem braku ustalenia szczegółów współpracy w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia na etapie składania oferty przez wykonawcę Mostostal, a wraz z nią zobowiązania CNIM do udziału w realizacji zamówienia. Tym samym, rezygnacja z podwykonawstwa CNIM jest okolicznością faktyczną, nie zaś prawną (wynikającą ze zmiany przepisów prawa), ekonomiczną lub techniczną.

Reasumując stwierdzić należy, że zamawiający dokonał istotnej zmiany umowy poprzez dopuszczenie wykonania zamówienia przez wykonawcę i podwykonawcę nie spełniających warunków w zakresie doświadczenia opisanych w SIWZ. Jednocześnie zmiana umowy dotyczy warunków udziału w postępowaniu, które wpływały na krąg wykonawców mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Ponadto, zamawiający nie przewidział tego rodzaju zmiany umowy w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ oraz nie opisał warunków takiej zmiany. W związku z tym, wprowadzenie przedmiotowej zmiany do umowy, tj. zastąpienie podwykonawcy CNIM podwykonawcą Rafako S.A., stanowi naruszenie art. 144 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto informuję, iż stosownie do treści art. 167 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.