

WYROK

z dnia 15 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Ekotechnika Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Strzegomiu, Inter Materials Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wolsztynie** w postępowaniu prowadzonym przez **Związek Gmin Karkonoskich w Mysłakowicach**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **J. G., K. P.-G.**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Ekotechnika Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Strzegomiu, Inter Materials Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wolsztynie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Ekotechnika Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Strzegomiu, Inter Materials Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wolsztynie** tytułem wpisu od odwołania,
3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Ekotechnika Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Strzegomiu, Inter Materials Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wolsztynie** na rzecz **Związku Gmin Karkonoskich w Mysłakowicach** kwotę **4 489 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta osiemdziesiąt dziewięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt KIO 575/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Związek Gmin Karkonoskich w Mysłakowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest adaptacja boksów magazynu zewnętrznego na terenie KCGO.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 24 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 22 lutego 2021 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Ekotechnika Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Strzegomiu, Inter Materials Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wolsztynie** (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec:

- wyboru jako oferty najkorzystniejszej wykonawcy Konsorcjum: **J. G. (ZPUH Grajan), K. P.-G. (ZPHU Kawens)** - dalej jako: „Grajan” lub przystępujący,

- zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z postępowania, pomimo że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z treścią s.i.w.z. obowiązującej w postępowaniu,

- zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału, pomimo wezwania do uzupełniania dokumentów dla potwierdzenia spełnienia warunków

- zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania, pomimo że wykonawca podał w postępowaniu informacje wprowadzające w błąd dotyczące spełnienia warunków udziału,

co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie odwołującego i postanowień s.i.w.z. ma wpływ na zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Grajan, pomimo że treść złożonej oferty w postępowaniu potwierdza niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), przy braku możliwości jej uzupełnienia,

2. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Grajan, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia personelu kierowniczego,

3. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Grajan, który podanymi w postępowaniu informacjami wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu,

4. naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,
- 2.odrzucenia oferty wykonawcy Grajan,
- 3.wykluczenia z postępowania wykonawcy Grajan i uznania oferty przez niego złożonej za odrzuconą,
- 4.powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu, co spowoduje wybór oferty odwołującego

Odwołujący podniósł, że jego oferta, zgodnie z rankingiem ofert zawartym w treści zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania, została uplasowana w rankingu na kolejnej pozycji po wykonawcy Grajan. W sytuacji eliminacji kwestionowanej odwołaniem oferty, kolejną zgodnie z rankingiem ofert według przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert, a jednocześnie ważną ofertą, będzie oferta odwołującego. W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu doznał uszczerbku, bowiem gdyby nie zaskarżone czynności i zaniechania zamawiającego, to odwołujący uzyskałby zamówienie, tym samym odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z zamawiającym.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 marca 2021 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

S.i.w.z. dla postępowania składała się z trzech tomów :

Tom I IDW — instrukcja dla wykonawców

Tom II — projekt umowy

Tom III - OPZ wraz z załącznikami

W pkt 9.4 IDW zawarta była informacja, że postępowanie prowadzone jest w tzw. procedurze odwróconej.

Zgodnie z pkt. 14.3 IDW:

Kompletna oferta musi zawierać:

- 1) Formularz Oferty, sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do Tomu I SIWZ.
- 2) Oświadczenie Wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodne z treścią Załącznika nr 2 do Tomu I SIWZ.
- 3) W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, dokument ustanawiający Pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie niniejszego zamówienia publicznego.
- 4) Stosowne Pełnomocnictwo(a) – w przypadku, gdy upoważnienie do podpisania oferty nie wynika wprost z dokumentu stwierdzającego status prawny.
- 5) Stosowne zobowiązanie podmiotu, o którym mowa w pkt. 9.3. ppkt 1) Tomu I SIWZ (jeżeli dotyczy).

Poprządane: Spis treści z wyszczególnieniem ilości stron wchodzących w skład oferty.

Zgodnie z pkt. 9.6. „Wykaz oświadczeń i dokumentów (środków dowodowych) jakich Zamawiający będzie żądał od wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu”, zamawiający przed udzieleniem zamówienia, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona, do złożenia w terminie ustawowym, aktualnych na dzień złożenia, następujących dokumentów odpowiednio w zakresie:

- pkt 3 lit. b wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone - zgodnie z treścią załącznika nr 4 do Tomu I SIWZ,

- pkt 6 – zał. do OPZ potwierdzającej, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego.

Zgodnie z Tomem III - Opis przedmiotu zamówienia:

- dot. oczyszczania powietrza procesorowego:

Moduł oczyszczania powietrza poprocesowego obejmuje: instalacje do zbierania powietrza dla wszystkich zamkniętych boksów wentylator, system oczyszczania powietrza procesowego (płuczkę wodną z korektą pH o ile wymaga tego technologia), oraz biofiltr.

Wykonawca zapewni dostawę, montaż i uruchomienie odpowiednich instalacji czyszczających powietrze procesowego, które zapewnią takie jego oczyszczenie, aby mogło ono być uwalniane do powietrza atmosferycznego z zachowaniem obowiązujących przepisów prawnych oraz posiadanych przez Inwestora dokumentów:

- czas styku w instalacji do oczyszczania powietrza poprocesowego ujętego z zamkniętych boksów stabilizacji tlenowej >30s,
- maksymalne obciążenie złoża 125 m³/m²/h.

Wykonawca do oferty przedłoży stosowane wyliczenia czasu styku oraz obciążenia złoża dla układu dezodoryzacji.(...)

Zamawiający wymaga dostarczenia biofiltra sprawdzonego w praktyce eksploatacyjnej przez okres co najmniej 12

miesiący w minimum w 2 instalacjach przetwarzania odpadów. Do oferty należy załączyć wykaz 2 instalacji.

Zamawiający wezwał wykonawcę Grajan w dniu 19.01.2021r. do złożenia w trybie art. 26 ust 2 ustawy P.z.p. wypełnionego załącznika do OPZ dla udowodnienia, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego.

Wykonawca Grajan złożył w dniu 19.01.2021 m.in. Załącznik do OPZ. Dokument złożony pierwotnie w dniu 21.01.br. w przeważającej części (poz. 6-18 Tabeli) został wypełniony poprzez wpisanie w tabeli słowa „TAK”.

Zamawiający wezwał wykonawcę Grajan w dniu 2.02.2021r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. do uzupełnienia Załącznika w zakresie wymaganego opisu oferowanej technologii:

5. Załącznik do OPZ — Zamawiający oczekuje uzupełnienia załącznika poprzez uzupełnienie tabeli w zakresie „sposób potwierdzenia spełnienia kryterium” nie poprzez słowo: „TAK” lecz opis.

Wykonawca Grajan odpowiadając na wezwanie złożył w dniu 9.02.2021 r. m.in. uzupełniony Załącznik do OPZ.

Zamawiający w zakresie funkcjonalności instalacji określił następujące wymaganie:

Każdy reaktor będzie niezależny (zamknięcie, aktywne napowietrzanie — osobny wentylator, wyciąg zanieczyszczonego powietrza, sterowanie procesem oraz monitoring).

Wykonawca Grajan w uzupełnionym Załączniku do OPZ zaoferował następującą technologię:

Proces fermentacji beztlenowej przebiega w wydzielonych, zamkniętych komorach fermentacyjnych. W celu zapewnienia odpowiednich warunków, każdy reaktor wyposażony jest w osobny wentylator nadmuchowy (aktywne napowietrzanie) oraz wyciąg zanieczyszczonego powietrza. W każdym reaktorze znajdują się czujniki tlenu, temperatury, wilgotności, które są połączone z urządzeniami sterującymi umożliwiającymi kontrolowanie procesu. System umożliwi stały monitoring procesu oraz archiwizację procesu.

Rzysępujący w punkcie pierwszym tegoż dokumentu, opisał zastosowaną technologię w sposób następujący: *Rozwiązanie zastosowane przez firmę Grajan w pełni umożliwia wybudowanie zamkniętego reaktora w postaci tunelu. Część techniczna - kontrolna, zainstalowana w reaktorze i w bliskim sąsiedztwie reaktora, zaraz obok niego, umożliwia pełną kontrolę procesów zachodzących w reaktorze, które można sterować i wyświetlać on-line. Jednym z warunków efektywnego i prawidłowego działania reaktora jest doprowadzanie odpowiedniej ilości powietrza, aby umożliwić mikroorganizmom tlenowym optymalne warunki funkcjonowania. Dzięki zaawansowanemu technicznie rozwiązaniu, doprowadzone powietrze jest wstępnie ogrzewane w części dachowej reaktora. Strumień tego powietrza jest następnie transportowany do reaktora przez kanały napowietrzające znajdujące się w podłodze reaktora. Dzięki temu rozwiązaniu powietrze niezbędne do życia mikroorganizmów nie ma temperatury ujemnej, która mogłaby zakłócić optymalne warunki mikroorganizmów. (...) Napowietrzanie przyzmy w bioreaktorze odbywa się od dołu ku górze z wykorzystaniem kanałów napowietrzających wyposażonych w dysze napowietrzające o przekroju stożkowym, który ogranicza zjawisko kolmatacji (zapychania się), a tym samym zapewnia skuteczniejszy transport powietrza do przyzmy. Dysze wykonane są z tworzywa zapewniającego możliwość pracy w zakresie temperatur -30C do +70 C. (...)Zabezpieczenie uniemożliwiające przedostawanie się nieoczyszczonego powietrza procesowego do atmosfery polega na uszczelnieniu tunelu, w którym odbywa się proces tlenowy w taki sposób, aby żadne ulotnienie gazu nie mogło mieć miejsca. Dodatkowym zabezpieczeniem jest stworzenie podciśnienia w tunelu (...) Faza intensywnej stabilizacji tlenowej odbywa się w bioreaktorach szczelnie zamkniętych i zdeodoryzowanych. Czas trwania procesu w układzie zamkniętym wynosi minimum 2 tygodnie. Reaktory zamykane są przesuwanymi bramami odpornymi na warunki agresywne, które nie ingerują w strefę poruszania w momencie załadunku tuneli, dzięki czemu możliwy jest nieograniczony dostęp do bioreaktorów. Załadunek bioreaktorów odbywa się przy pomocy ładowarki kołowej, materiał usypywany jest na odpowiednią wysokość. Zaleca się, aby wypełnienie jednego reaktora nastąpiło w ciągu maksymalnie 3 dni roboczych. Odpady powinny być ułożone tak, aby nie pozostawić pustej przestrzeni pomiędzy bokami i tyłem reaktora a przyzma odpadów. (...) Po 2 tygodniach intensywnej biostabilizacji ,tj. ok.14 dniach proces można uznać za zakończony. Wynik ten powinien być potwierdzony wyświetleniem się odpowiedniej wartości na ekranie komputerowym, informującym o osiągnięciu AT4<20 Mg O2/g.*

Zamawiający określił w następujący sposób swoje wymagania związane z minimalizacją awaryjności, w tym odniesieniu do konstrukcji kanałów napowietrzających:

- wszystkie elementy instalacji, będące w kontakcie z zanieczyszczonym powietrzem lub odciekami będą wykonane z materiałów, wytrzymałych w agresywnych warunkach (pH 4 i 400 ppm NH₃), przy skrajnych temperaturach oraz wilgotności,
- posadzka tuneli będzie mieć powierzchnię antypoślizgową,
- możliwy będzie przejazd ładowarki na całej powierzchni nie powodując uszkodzenia kanałów napowietrzających,
- ściany bioreaktorów (szczególnie tylna) poza obciążeniem ładunkiem przenoszą uderzenia ładowarki, wysokość ścian powyżej 4m.

Zamawiający, w celu potwierdzenia spełnienia parametru, wymagał złożenia oświadczenia: „TAK”.

Rzysępujący opisał wskazany parametr w sposób następujący:

- w celu zapewnienia niezawodności działania instalacji w każdych warunkach temperaturowych oraz wilgotności, elementy instalacji będące w kontakcie zanieczyszczonym powietrzem lub odciekami będą wykonane z materiałów wytrzymałych, odpornych na oddziaływanie pH4 i 400 ppm NH₃ wykonawca potwierdza, że posadzka będzie mieć powierzchnię antypoślizgową
- kanały napowietrzające są zalane betonem co umożliwia przejazd ładowarki na całej i powierzchni",
- ściany są projektowane i wykonane (szczególnie tylna) na przenoszenie obciążeń od ładunku oraz na uderzenia ładowarki. Wysokość ścian powyżej 4m.

Zamawiający określił w następujący sposób swoje wymagania związane z biofiltrem (czas styku i obciążenie):

- ujęcie i oczyszczanie powietrza poprocesowego odbywać się będzie za pomocą biofiltra oraz płuczki wodnej,

- w biofiltrze zapewniony będzie minimalny 30 sekundowy czas styku powietrza procesowego ze złożem biofiltra lub obciążenie powierzchniowe złoża biofiltra poniżej $150 \text{ m}^3/\text{m}^2/\text{h}$ lub poniżej $100 \text{ m}^3/\text{m}^3/\text{h}$.

Zamawiający, w celu potwierdzenia spełnienia parametru, wymagał złożenia oświadczenia: „TAK”.

Przystępujący opisał wskazany parametr w sposób następujący:

- do biofiltra z integrowaną splotką wodną poprowadzone będzie powietrze z bioreaktorów, gdzie zostanie ono oczyszczone. Oczyszczone powietrze będzie monitorowane

- za pomocą zmiennej EBRT (empty bed residence time) oblicza się czas zatrzymania powietrza w biofiltrze, oblicza się go dzieląc objętość roboczą filtra (V) przez objętościowy przepływ powietrza (Q). W proponowanej instalacji zapewnione będzie minimalny czas 30 s. styku powietrza poprocesowego ze złożem biofiltra.

Przystępujący wykazał 2 instalacje odpadów w wykazie, który złożył w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, w związku z tym, że jego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Stosownie do pkt 9.1.3. s.i.w.z., wykonawca musi dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w szczególności:

a) Projektant technologii kompostowania/biostabilizacji – osoba posiadająca następujące kwalifikacje: wykształcenie wyższe, doświadczenie zawodowe w zaprojektowaniu technologii kompostowania/biostabilizacji, co najmniej jednej kompostowni do przetwarzania odpadów o następujących minimalnych parametrach:

•co najmniej dwa bioreaktory (boksy) zamknięte z pozytywnym systemem napowietrzania (od spodu do przemy), odciąganiem i oczyszczaniem gazów procesowych w biofiltrze wyposażonym w płuczkę, dedykowane dla przetwarzania co najmniej frakcji 0-80 mm, (kod odpadu w Unii Europejskiej 19 12 12), wydzielonej z niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych (kod odpadu w Unii Europejskiej 20 03 01);

•kompostownia o minimalnej wydajności 10 000 Mg/rok;

b) projektant branży konstrukcyjno-budowlanej – osoba, która posiada uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji w budownictwie wydane na podstawie ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku – Prawo budowlane (Dz. U. z 2019 r., poz. 1186 ze zm.) lub odpowiadające im równoważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów do projektowania w branży konstrukcyjno-budowlanej oraz następujące doświadczenie:

- doświadczenie zawodowe w zaprojektowaniu co najmniej jednej kompostowni – boksów do przetwarzania odpadów lub obiektu o charakterze przemysłowym.

Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. wykonawcę Grajan do uzupełnienia wykazu osób m.in. w zakresie Projektanta technologii kompostowania/biostabilizacji, wskazując:

Jako projektanta technologii kompostowania/biostabilizacji przedstawiono T. S. . Wskazano, że był on projektantem technologii w Julkowie i Kędzierzynie -Koźlu.

Uczestnicy postępowania nie mają wiedzy nt. wskazanego projektu, zaś z oświadczenia zawartego w zał. nr 4 nie wynika, aby został spełniony wymagany warunek.

Proszę o wykazanie doświadczenia T. S. stosowanie do powołanego wymogu.

Wykonawca Grajan w uzupełnionym wykazie wskazał w odniesieniu do powołanej osoby na następujące doświadczenie:

Doświadczenie zawodowe w zaprojektowaniu technologii kompostowania/biostabilizacji w Dęboryczach, do przetwarzania odpadów o następujących parametrach:

- 8 bioreaktorów (boksy) zamknięte z pozytywnym systemem napowietrzania (od spodu do przemy), odciąganiem i oczyszczaniem gazów procesowych w 4 biofiltrach wyposażonych w płuczkę, dedykowana dla przetwarzania co najmniej frakcji 0-80 mm (kod odpadu w Unii Europejskiej 19 12 12), wydzielonej z niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych (kod odpadu w Unii Europejskiej 20 03 01);

- kompostownia o wydajności 110 000 Mg/rok.

Przystępujący w nowym wykazie dla projektanta w branży konstrukcyjno – budowlanej (P. Witolda Sprady) wskazał dodatkową inwestycję (Dęborycze).

Wskazany wyżej stan faktyczny ustalono na podstawie specyfikacji istotnych warunków postępowania, dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, oferty przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 2019) – dalej nPzp.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy nPzp. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na to, że treść jego oferty jest niezgodna z s.i.w.z., gdyż nie zawiera wyliczeń czasu styku oraz obciążenia złoża dla układu dezodoryzacji oraz ze względu na brak złożenia wraz z ofertą min. 2 instalacji, w których oferowane biofiltry były eksploatowane przez min. 12 miesięcy.

Izba stwierdza, że analiza treści pkt. 14.3 IDW, pkt. 9.6 IDW oraz opisu przedmiotu zamówienia w zakresie oczyszczania powietrza procesowego wskazuje na rozbieżność pomiędzy tymi zapisami. Pkt 14.3 IDW zawiera bowiem szczegółowe wyliczenie elementów składowych oferty, z zaznaczeniem, że tak przygotowana oferta jest ofertą kompletną, natomiast z

OPZ wynika, że wykonawca wraz z ofertą powinni przedłożyć wyliczenia czasu styku oraz obciążenia złoża dla układu dezodoryzacji. Z kolei pkt. 9.6. IDW wskazuje, że wykonawca będzie obowiązany złożyć wykaz wykonanych robót dopiero w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wystosowane po ocenie ofert i uznaniu oferty danego wykonawcy za najkorzystniejszą. Mamy tu zatem do czynienia z niejednoznacznością postanowień s.i.w.z. Taka niejednoznaczność nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawców, a wszelkie wątpliwości zamawiający powinien rozstrzygać na korzyść wykonawcy - tak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO 643/12 z dnia 16 kwietnia 2012 roku: "Badanie i ocenę ofert powinien zamawiający prowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia SIWZ były jednoznacznie i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury" Z kolei Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 10 lipca 2015 r., sygn. akt. I C 2/15 stwierdził, że "Doprecyzowanie zamówienia następuje poprzez przygotowanie przez zamawiającego Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - jednego z podstawowych dokumentów, niezbędnych dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego obligatoryjna treść została wskazana przez ustawodawcę w art. 36 ustawy P.z.p. (m. in. co do opisu przedmiotu świadczenia oraz sposobu obliczenia ceny). To na podstawie informacji w niej zawartych wykonawcy przygotowują swe oferty. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego i jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych, natomiast dla oferenta jest ona wiążąca od momentu złożenia oferty (art. 70¹ § 4 k.c.). Należy jednak podkreślić, że dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z postanowień specyfikacji, winny być one jasne i precyzyjne i nie powinny nasuwać wątpliwości interpretacyjnych. Jeżeli zaś takowe się pojawiają, w ocenie Sądu winny być one rozstrzygane na korzyść wykonawców, którzy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji niezastosowania się do niewłaściwie sformułowanych, niejasnych postanowień specyfikacji."

Biorąc pod uwagę powyższe, fakt, że przystępujący nie złożył szczegółowych wyliczeń czasu styku i obciążenia złoża dla układu dezodoryzacji oraz wykazu instalacji, nie może być podstawą do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. Wykonawca przygotował ofertę zgodnie z pkt. 14.3 IDW, w którym wskazane było, iż oferta zawierająca wskazane w tym punkcie elementy jest ofertą kompletną. Wykonawca nie może ponosić konsekwencji z tego powodu, że zapisy s.i.w.z. w kwestii elementów, jakie składają się na ofertę, były niejednoznaczne.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z s.i.w.z. w zakresie procesu fermentacji. Odwołujący podniósł, że w wymaganej przez zamawiającego kompostowni prowadzi się proces tlenowego rozkładu materii organicznej, natomiast przystępujący wskazuje, że oferuje zupełnie inne (niezgodne z s.i.w.z.) procesy beztlenowe, których produktem jest biogaz.

Izba stwierdziła, że przystępujący w Załączniku do OPZ szczegółowo opisał technologię, którą zamierza zastosować przy realizacji zamówienia. Opis technologii wskazuje na zastosowanie procesu tlenowego. Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do opisanego procesu, opierając zarzut jedynie na jednym zdaniu charakteryzującym proces fermentacji beztlenowej. Z faktu, iż przystępujący opisał warunki, w jakich odbywa się taki proces, nie można wyciągać wniosku, iż przystępujący taki proces zaoferował, tym bardziej, że w dalszej części opisu wskazał rozwiązania, które mają zapobiegać fermentacji beztlenowej.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 534 ust. 1 nPzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W myśl art. 535, dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Z powyższego wynika, że ciężar udowodnienia, iż zaoferowana przez przystępującego technologia jest sprzeczna z wymogami s.i.w.z., spoczywał na odwołującym. Odwołujący nie przedłożył dowodów na wykazanie zasadności zarzutu.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z s.i.w.z. w zakresie konstrukcji kanałów napowietrzających.

Odwołujący w odwołaniu podniósł, że skoro w zaoferowanej technologii kanały napowietrzające są wprost zalane betonem, to wymagany proces napowietrzania przez kanały oraz odbiór odcieków jest niemożliwy. W ocenie odwołującego, powyższe dowodzi oczywistej niezgodności z s.i.w.z. ale jednocześnie stanowi potwierdzenie, że wykonawca Grajan nie posiada nawet podstawowej wiedzy nt. realizowanych w ramach zamówienia procesów technologicznych.

Izba wskazuje, że – oprócz wskazanego wyżej argumentu – odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że w sytuacji zalania kanałów betonem, nie jest możliwy proces napowietrzania. Biorąc pod uwagę postawiony przez zamawiającego wymóg w zakresie możliwości przejazdu ładowarki na całej powierzchni bez uszkodzenia kanałów napowietrzających oraz opisu przystępującego, z którego wynika, że kanały napowietrzające są zalane betonem co umożliwia przejazd ładowarki na całej i powierzchni, oczywistym jest, że nie chodzi tu o zalanie betonem wnętrza kanałów, ale wylania go w taki sposób, by tworzył wokół nich warstwę ochronną. Inne rozumienie opisu zastosowanego rozwiązania byłoby sprzeczne zarówno ze specyfiką inwestycji, jak i logiką życiową i życiowym doświadczeniem.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z s.i.w.z. w zakresie biofiltra – czasu styku i obciążeń.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że podziela stanowisko zamawiającego i przystępującego, iż użycie spójnika „lub” w opisie parametru oznaczało, że zamawiający uzna parametr za spełniony, jeżeli wykonawca zapewni spełnianie jednego z dwóch wymogów, za pomocą których parametr został opisany: „minimalny 30-sekundowy czas styku powietrza procesowego ze złożem biofiltra” bądź „obciążenie powierzchniowe złoża biofiltra poniżej 150 m³/m²/h lub poniżej 100 mm³/m³/h”. Przystępujący zdecydował się na zapewnienie wymogu dotyczącego czasu styku powietrza ze złożem biofiltra. W załączniku OPZ przystępujący przedstawił wzór, za pomocą którego wymagany parametr będzie obliczany.

Wskazać należy, że wymogiem OPZ było, by wykonawca przedłożył: *stosowane wyliczenia czasu styku oraz obciążenia złoża dla układu dezodoryzacji(...)*. Zamawiający nie sprecyzował, jakiego rodzaju mają być to wyliczenia i jak dużym stopniem konkretyzacji mają się charakteryzować. Użycie przez zamawiającego formy niedokonanej „stosowane” oznacza, że miały to być wyliczenia, którymi wykonawca się na ogół posługuje. Jako że przy każdej inwestycji tego rodzaju mogą być wykorzystywane inne dane, nie sposób posługiwać się tymi samymi wielkościami.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie

wykluczenia z postępowania wykonawcy Grajan, który podanymi w postępowaniu informacjami wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Grajan, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia personelu kierowniczego.

Izba wskazuje, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. dotyczy wykonawców, którzy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub którzy zataili te informacje lub nie są w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. przede wszystkim dotyczy sytuacji, w której wykonawca oświadcza nieprawdę, czyli przeinacza fakty albo potwierdza nieistniejące okoliczności. Wprowadzenie w błąd musi przybrać formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Przystępujący w pierwotnie złożonym wykazie wskazał Pana T. S. jako projektanta technologii kompostowania/biostabilizacji tunelowej w Julkowie i Kędzierzynie-Koźlu.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do inwestycji w Kędzierzynie-Koźlu, Izba przeprowadziła dowody złożone w postępowaniu przez odwołującego i przystępującego i skonstatowała, że odwołujący nie wykazał w sposób niebudzący wątpliwości, iż Pan T. S. nie był projektantem na tej inwestycji. Złożona przez odwołującego pierwsza strona projektu wykonawczego, gdzie wskazane są nazwiska innych osób jako autorów, dowodzi jedynie tego, że wskazane osoby były autorami projektu wykonawczego, nie zaś projektu budowlanego. Z kolei wyciąg ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla tego zadania istotnie dowodzi tego, że wykonawca inwestycji miał otrzymać dokumentację projektową w postaci m.in. projektu budowlanego wraz z pozwoleniem na budowę oraz projekty wykonawcze, niemniej jednak dowód ten nie wskazuje na autora tejże dokumentacji.

Jak już wyżej wskazano, odwołujący, jako podmiot, który z danego faktu wywodzi skutki prawne, winien udowodnić okoliczności faktyczne, stanowiące uzasadnienie zarzutu. W ocenie Izby przedstawione przez odwołującego dowody nie są wystarczającym dowodem na stwierdzenie, iż Pan T. S. nie był autorem dokumentacji.

Przystępujący przedłożył natomiast oświadczenie „Czysty Region” Sp. z o.o. w Kędzierzynie-Koźlu, z którego wynika, że Grajan wykonał zaprojektowanie i wybudowanie tunelowej kompostowni odpadów, a projekt technologii instalacji do stabilizacji tlenowej odpadów opracował T. S. . Odwołujący nie odniósł się do wskazanego dokumentu i nie zanegował zawartej w nim treści.

W ocenie Izby odwołujący wykazał natomiast, że Pan T. S. nie był wykonawcą projektu w Julkowie. Izba przeprowadziła dowód z pisma Eko-Region Sp. z o.o. w Bełchatowie z dnia 2 marca 2021 roku, gdzie stwierdzono, że Pan T. S. t. projektantem systemu sterowania i zarządzania wybudowaną kompostownią w zakładzie w Julkowie. Potwierdzeniem powyższego jest również umowa z dnia 7 lipca 2016 roku zawarta pomiędzy Eko-Regiona Sp. z o.o. a J. G., gdzie w § 2 ust. 1 wskazano, że przedmiotem umowy jest dostawa i montaż technologii kompostowania w postaci sterowania i zarządzania wybudowaną kompostownią odpadów.

Izba nie uznała natomiast, że odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd wskazując nieprawdziwe informacje co do tego, że inwestycje w Kędzierzynie-Koźlu i Julkowie odpowiadają wymogom s.i.w.z., jeśli chodzi o wskazane parametry. Przystępujący nie wskazał bowiem żadnych informacji co do parametrów wskazanych inwestycji, dlatego też został przez zamawiającego wezwany do uzupełnienia wykazu w tym zakresie. Uzupełniony wykres nie odnosił się już do inwestycji w Kędzierzynie-Koźlu i Julkowie, lecz do innej inwestycji – w Dęboryczach.

Uznanie, że przystępujący wskazał nieprawdziwe informacje co do autorstwa projektu w Julkowie pozostaje bez wpływu na rozstrzygnięcie Izby. Zamawiający w przypadku projektanta technologii kompostowania/biostabilizacji wymagał przedstawienia jednego projektu. Przystępujący, w przypadku Pana S., wskazał dwie inwestycje. Przyjąć należy, że dla oceny spełniania warunku wystarczająca była jedna inwestycja, zatem wskazanie drugiej nie ma znaczenia dla oceny warunku.

Odnosząc się natomiast do inwestycji w Dęboryczach, która została wskazana przez przystępującego w celu wykazania spełniania warunku przez Pana T. S. oraz Pana W. S., odwołujący podniósł, w ramach tej usługi nie doszło do opracowania linii technologicznej dla odpadów o wskazanych kodach odpadów oraz wymaganej technologii (kod odpadu w Unii Europejskiej 19 12 12, wydzielonych z niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych - kod odpadu w Unii Europejskiej 20 03 01).

Odwołujących wskazał, że powyższe poza tym, że zawiera powielenie treści warunku udziału w aktualnym przetargu, zawiera nieodpowiadające prawdziwie informacje, również w zakresie spełniania wymaganych parametrów w odniesieniu do kolejnej osoby — kandydata na stanowisko projektanta w branży konstrukcyjno-budowlanej, Pana W. S. .

Ponadto odwołujący podniósł, że wskazane w uzupełnionym wykazie doświadczenie dla Pana T. S. dodatkowo nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, bowiem doświadczenie zawodowe projektanta w zaprojektowaniu technologii kompostowania/biostabilizacji musiało dotyczyć co najmniej jednej kompostowni do przetwarzania odpadów o określonych w warunku minimalnych parametrach. Projekt technologiczny wykonuje się dopiero po uzyskaniu decyzji środowiskowej taka tymczasem dla wskazanej inwestycji nie została jeszcze wydana. Nie można zatem mówić o posiadaniu wymaganego doświadczenia przez kandydata. Taka sama sytuacja dotyczy projektanta branży konstrukcyjno — budowlanej, Pana W. S. . Także w przypadku tej osoby nie można mówić o posiadaniu wymaganego doświadczenia zawodowego w zaprojektowaniu co najmniej jednej kompostowni boksów do przetwarzania odpadów lub obiektu o charakterze przemysłowym, skoro brak jest dla inwestycji referencyjnej także tej osoby w Dęboryczach

Izba przeprowadziła dowód z referencji z dnia 20 grudnia 2020 roku, wystawionych przez Pana A. M. na rzecz ZPUH „Grajan”, które potwierdzają, że inwestycja w Dęboryczach spełnia parametry postawione w postępowaniu. Ponadto przystępujący przedłożył kopię umowy-zlecenia z dnia 16 października 2020 roku zawartej pomiędzy przystępującym i A. M., której przedmiotem było opracowanie projektu zamiennego w celu otrzymania pozwolenia na budowę 4 tuneli kompostowni komorowej w cyklu zamkniętym. Odwołujący przedłożył natomiast dowód w postaci decyzji Starosty Szamotulskiego z dnia 1 lipca 2013 roku zezwalającą Panu A. M. na przetwarzanie odpadów na terenie Zakładu Recyklingu Dęborycze w m. Dęborycze, na okoliczność wykazania, że inwestor nie posiada decyzji środowiskowej pozwalającej na przetwarzanie odpadów o kodzie 20 30 01 oraz nie posiada możliwości wybudowania instalacji o zamkniętym systemie kompostowania, ponieważ wydana decyzja dotyczy systemu otwartego.

Izba dokonała oceny dowodów zgodnie z art. 542 ust. 1 nPzp, zgodnie z którym Izba ocenia wiarygodność i moc

dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Przepis ten wprowadza zasadę swobodnej oceny dowodów zebranych w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą. Izba nie jest związana ścisłymi regułami dotyczącymi postępowania dowodowego i dokonuje jego oceny zgodnie z zasadami logiki życiowej i na podstawie doświadczenia życiowego.

Izba stwierdziła, że jakkolwiek dowody w postaci referencji z dnia 20 grudnia 2020 roku oraz umowy-zlecenia z 16 października 2020 roku są dokumentami prywatnymi, natomiast decyzja Starosty Szamotulskiego jest dokumentem urzędowym, umowa i referencje odnoszą się bezpośrednio do przedmiotu sporu i potwierdzają spełnianie parametrów wymaganych w postępowaniu. Decyzja administracyjna dotyczy natomiast przedsiębiorstwa Pana A. M. . Rozstrzygnięcie, czy Pan A. M. zlecił wykonanie projektu na budowę kompostowni, posiadając wszystkie niezbędne dokumenty, w tym decyzję środowiskową, wykracza poza zakres rozstrzygnięcia Izby.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 1 i 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....