Sygn. akt: KIO 1656/21

WYROK
z dnia 19 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Wojciechowska

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 15 lipca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2021 r. przez **wykonawcę Segi-Eko sp. z o.o. z siedzibą w Lesznie Górnym**w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Przedsiębiorstwo Gospodarowania Odpadami w Płocku sp. z o.o. z siedzibą w Płocku**
przy udziale **wykonawcy BMB Budownictwo sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Gostyninie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu 1 odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Segi-Eko sp. z o.o. z siedzibą w Lesznie Górnym oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,**
2. **W pozostałym zakresie odwołanie oddala.**
3. **Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Segi-Eko sp. z o.o. z siedzibą w Lesznie Górnym oraz zamawiającego Przedsiębiorstwo Gospodarowania Odpadami w Płocku sp. z o.o. z siedzibą w Płocku** i
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Segi-Eko sp. z o.o. z siedzibą w Lesznie Górnym tytułem wpisu od odwołania,
   3.2. zasądza od zamawiającego Przedsiębiorstwa Gospodarowania Odpadami w Płocku sp. z o.o. z siedzibą w Płocku na rzecz wykonawcy Segi-Eko sp. z o.o. z siedzibą w Lesznie Górnymkwotę 6 800 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy osiemset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem ½ wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt KIO 1656/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Gospodarowania Odpadami w Płocku sp. z o.o. z siedzibą w Płocku - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp"), pn. *„Wykonanie placu magazynowania odpadów, surowców i produktów na działkach nr 42/7, 42/8, 42/9, 42/11, 43/3 w obrębie 12 – Kobierniki, gmina Stara Biała – etap II w ramach zadania pn.: „Plac magazynowania odpadów, surowców i produktów"., nr postępowania: ZP.3/2021.* Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 marca 2021 r., za numerem 2021/BZP 00020597/01.

W dniu 31 maja 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca Segi-Eko sp. z o.o. z siedzibą w Lesznie Górnym – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

1) odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, pomimo że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w SWZ, a wskazane przez Zamawiającego powody odrzucenia stanowią wyłącznie nieuprawnioną interpretację warunków udziału w postępowaniu dokonaną przez Zamawiającego, nieznajdującą oparcia ani w treści SWZ, ani w przepisach prawa;

2. zaniechania czynności wykluczenia Wykonawcy BMB Budownictwo sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Gostyninie – dalej Przystępujący z postępowania, mimo iż doszło do zakłócenia konkurencji, wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego Wykonawcy w czynności postępowania, a spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie Wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji polegających na nieuprawnionym wyborze oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

3. zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego w związku z wadliwą oceną oferty Odwołującego, powodującą niesłuszne odrzucenie Wykonawcy z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp – poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, pomimo że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w SWZ, a wskazane przez Zamawiającego powody odrzucenia stanowią wyłącznie nieuprawnioną interpretację przez Zamawiającego tych warunków, gdyż: ani w treści SWZ, ani w treści przepisów prawa nie występuje definicja pojęcia „plac magazynowy" lub „plac składowy", a zatem nie ma podstaw do uznania, że wykazane przez Odwołującego realizacje nie mieszczą się w tych pojęciach, a tym samym, że wykazane doświadczenie nie potwierdza spełniania warunków zdefiniowanych w niniejszej SWZ; Odwołujący w praktyce uzyskał pozwolenie na użytkowanie (czego wymagał Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu), bowiem w praktyce Odwołujący uzyskał wszystkie uzgodnienia niezbędne do uzyskania pozwolenia, przygotował, zgromadził, pozyskał i złożył Zamawiającemu wszelkie dokumenty stanowiące podstawę uzyskania pozwolenia, a sam fakt „zawiezienia dokumentów" do urzędu przez ówczesnego Zamawiającego nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, że w ramach referencyjnej realizacji nie uzyskano pozwolenia na użytkowanie;

2. art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp w zw. z art. 85 ustawy pzp – poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy BMB Budownictwo sp. z o.o. sp. k. z postępowania, mimo że Wykonawca był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, gdyż był autorem dokumentacji projektowej oraz Wykonawcą I etapu robót, a z wzoru umowy stanowiącej załącznik do SWZ (par. 1 ust. 2 pkt. 3 wzoru umowy), wynika, że Wykonawca wybrany w niniejszym postępowaniu zobowiązany jest do uzyskania uzgodnień i akceptacji Wykonawcy I etapu robót, co oznacza, że Wykonawca BMB Budownictwo sp. z o.o. sp. k. miałby dokonywać uzgodnień sam ze sobą, co w konsekwencji powoduje, że takie zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie Wykonawcy z udziału w tym postępowaniu.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

2) unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy BMB Budownictwo sp. z o.o. sp. k. jako najkorzystniejszej,

3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Wykonawcy BMB Budownictwo sp. z o.o. sp. k. z postępowania (ewentualnie wezwania Wykonawcy na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy pzp do udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji),

4) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Ponadto, Odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania dotyczące oferty Odwołującego wskazał, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu wymagał, aby Wykonawca wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej jedno zamówienie polegające na budowie, przebudowie lub rozbudowie placu magazynowego lub składowego szczelnego o powierzchni nie mniejszej niż 1.000 m2 wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie. Wykonawca, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, powołał się na realizację zadania pn. „Rozbudowa placu pryzmowej kompostowni odpadów zielonych" realizowanej na rzecz Zamawiającego – Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Eko Dolina Sp. z o.o., w której Odwołujący wykonał jako podwykonawca mianowany m.in. następujące prace: 1. przygotowanie terenu pod budowę, 2. roboty demontażowe, 3. roboty ziemne – 6.145,00 m3, 4. korytowanie podbudowy – o powierzchni 7.320,00 m2, 5. ułożenie folii – 7.320,00 m2, 6. nawierzchnia z betonu C30/37 zbrojonego zbrojeniem rozproszonym – o powierzchni 7.320,00 m2, 7. ułożenie ścieku betonowego ZET-1 – 240 mb, 8. krawężniki drogowe 15x30 – 250 mb, 9. roboty sanitarne, polegające na wykonaniu instalacji kanalizacyjnej i wodociągowej, 10. roboty wykończeniowe, 11. przygotowanie wszelkiej dokumentacji niezbędnej do uzyskania pozwolenia na użytkowanie oraz uzyskanie go. W celu potwierdzenia powyższego, Odwołujący przedstawił referencje wystawione przez Zamawiającego – Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Eko Dolina Sp. z o.o., uzupełnione dokumentami złożonymi wraz z wyjaśnieniami z dnia 16 kwietnia 2021 roku oraz z dnia 4 maja 2021 roku. Zamawiający uznał jednak, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż wskazana przez niego realizacja nie odpowiada treści wymagań Zamawiającego, w tym zakresie, że plac pryzmowej kompostowni odpadów zielonych został podzielony na 3 części, w ramach których obszar dojrzewania kompostu oraz obszar doczyszczania kompostu według Zamawiającego nie są placem magazynowym, ani składowym, zaś obszar gotowego kompostu jest według Zamawiającego placem magazynowym, ale przez swoją wielkość nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, ponieważ jest mniejszy niż wymagany. Odwołujący w ramach wykonanej inwestycji nie uzyskał pozwolenia na użytkowanie, gdyż to Inwestor, a nie Odwołujący występujący w postępowaniu w charakterze podwykonawcy, wystąpił i uzyskał pozwolenie na użytkowanie – jednakże, takie argumenty Zamawiającego nie mają oparcia ani w zapisach SWZ, ani w przepisach prawa. W zakresie definicji placu magazynowego oraz placu składowego Odwołujący podkreślił, że takiej definicji nie sformułował w treści dokumentacji Zamawiający, jak również taka definicja nie istnieje na gruncie przepisów prawa czy doktryny, nie została też wypracowana przez praktykę zawodową. W żadnym wiążącym dokumencie, nawet branżowym, nie występuje definicja placu magazynowego czy placu składowego, która wskazywałaby na to, w jaki sposób Zamawiający może dokonać wykładni spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. W orzecznictwie administracyjnym w zakresie definicji „placu składowego" wskazuje się wręcz, że: wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z dnia 1 lipca 2013 r. - II SA/Rz 250/13z: „Zdaniem Sądu, organy właściwie uznały, iż powyższe świadczy o powstaniu budowli w postaci placu składowego. Definicji tego ostatniego brak jest w ustawie Prawo budowlane. Posługując się więc definicją słownikową należy stwierdzić, że "składować" oznacza składać i przechowywać w warunkach zabezpieczających przed zniszczeniem, obniżeniem wartości, magazynować, przechowywać pewne towary, np. materiały budowlane, węgiel (tak: Mały słownik języka polskiego pod red. E. Sobol, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1997 r., Słownik współczesnego języka polskiego, Wydawnictwo Wilga 1996 r.). Jest to zatem teren przystosowany przez odpowiednio przygotowaną nawierzchnię do składowania określonych towarów oraz poruszania się po nim środków transportowych. Nie można mieć zatem wątpliwości, że utwardzona częściowo betonem, częściowo kamieniem łamanym otwarta przestrzeń, na której znajdują się samochody ciężarowe, jak także hałda czarnego kamienia jest w istocie placem składowym."; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 12 lipca 2017 r. - VII SA/Wa 1898/16: „Okoliczności faktyczne (trwałe utwardzenie gruntu, rozmiary obszaru utwardzonego i rzeczywiste jego wykorzystywanie) dają zatem podstawy do uznania, że wykonanie tego utwardzenia stanowi wykonanie budowli w postaci placu składowego. Prawo budowlane nie definiuje tego pojęcia. Posługując się więc definicją słownikową należy przyjąć, że "składować" oznacza składać i przechowywać w warunkach zabezpieczających przed zniszczeniem, obniżeniem wartości, magazynować, przechowywać pewne towary, np. materiały budowlane, węgiel (Mały słownik języka polskiego pod red. E. Sobol, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1997 r., Słownik współczesnego języka polskiego, Wydawnictwo Wilga 1996 r.). Jest to zatem teren przystosowany przez odpowiednio przygotowaną nawierzchnię do składowania określonych towarów oraz poruszania się po nim środków transportowych. Nie można mieć wątpliwości, że utwardzona i ogrodzona przestrzeń, na której znajdują się przede wszystkim maszyny rolnicze jest w istocie placem składowym." W zakresie placu magazynowego nie sposób znaleźć w orzecznictwie administracyjnym, doktrynie czy w branżowych publikacjach jakiejkolwiek chociaż próby stworzenia definicji pojęcia „plac magazynowy". Wydaje się, że jedyną wskazówką definicyjną będzie powołanie się na pojęcie „magazynu" i jego rodzajów, wśród których wyodrębnia się magazyny otwarte, tj. place - w tym place składowe. Powyższe oznacza, że pojęcie placu magazynowego oraz placu składowego są de facto

zamienne i oznaczają to samo. Już na gruncie powyższego, trudno zrozumieć argumentację Zamawiającego, który część obszarów z realizacji, na którą powołał się Odwołujący zdefiniował jako plac magazynowy – ale nie plac składowy. Nie jest jasne tym samym, na jaką własną definicję i wykładnię rozumienia tych pojęć powołuje się Zamawiający – bezsprzecznie jednak taka definicja nie funkcjonuje w sposób ogólnodostępny i nie sformułował jej również Zamawiający na użytek niniejszego postępowania w dokumentacji przetargowej. Powołał się na wyrok KIO o sygn. akt: KIO 2411/14. W niniejszej sprawie jednak ani znaczenie języka specjalistycznego, ani wykładnia literalna nie dają podstaw do przyjęcia rozumienia pojęcia w taki sposób, jak dokonał tego Zamawiający. Odwołujący podkreślił, że w samej treści informacji o odrzuceniu oferty Zamawiający nie wskazuje, jaką definicję pojęcia „plac składowy" czy „plac magazynowy" uznaje za wiążącą, co tym samym utrudnia jakąkolwiek próbę weryfikacji takich definicji. Z uwagi na to, że ani wykładnia języka prawniczego, ani specjalistycznego (branżowego) nie dają odpowiedzi na pytanie o znaczenie pojęć „plac składowy" czy „plac magazynowy", to bez wątpienia należy powołać się na wykładnię językową, według której to plac składowy czy plac magazynowy oznaczają teren do składowania i przechowywania w warunkach zabezpieczających przed zniszczeniem, obniżeniem wartości, bądź do magazynowania, przechowywania pewnych towarów. Według innej definicji jest to „składowisko o nawierzchni gruntowej lub twardej, nieulepszonej bądź ulepszonej" (źródło https://edu.trans.eu/slownik/plac-skladowy). Już w toku postępowania, Odwołujący składał wyjaśnienia, w których wskazywał, że w ramach realizacji zadania inwestycyjnego „Rozbudowa placu pryzmowej kompostowni odpadów zielonych" wykonał plac pryzmowej kompostowni odpadów zielonych – przeznaczony m.in. do magazynowania/ składowania odpadów zielonych (a po ich przetworzeniu – kompostu). Tym samym plac ten – jako całość – jest placem służącym do magazynowania i składowania pewnych towarów, jak również jest placem szczelnym, gdyż wymóg szczelności w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia wynikał m.in. z zakresu robót wskazanych w opisie technicznym do projektu wykonawczego branży drogowej dla ww. inwestycji. Zgodnie z tymże dokumentem „(…) Kompostownia funkcjonuje jako plac o szczelnej nawierzchni betonowej o powierzchni 5544 m2, który podzielony jest na strefy funkcjonalne obejmujące obszar przyjmowania i przygotowania materiału do kompostowania, obszar pryzm kompostowych, obszar magazynowania kompostu i powierzchnie manewrowe (…) oraz (…) Po rozbudowie kompostownia stanowić będzie jedną całość funkcjonującą na zasadach identycznych jak obecnie (…), a także (…) Aby odcieki z placów nie przedostawały się w grunt zaprojektowano nawierzchnię betonową modyfikowaną dodatkami uszczelniającymi (…)". Z powyższego wynika, że Zamawiający dokonał nieuprawnionej wykładni treści specyfikacji – na niekorzyść Odwołującego, nie mając do tego żadnych podstaw faktycznych czy prawnych.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że inwestycja, na którą Odwołujący się powołuje, zakończyła się uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie. Z treści warunku – wbrew temu, co twierdzi Zamawiający – wcale nie wynika, że to Wykonawca miał uzyskać pozwolenie na użytkowanie, tym bardziej, że pozwolenie na użytkowanie to decyzja administracyjna, więc co najwyżej, gdyby faktycznie to Wykonawca miał czynić starania o jej uzyskanie, to w treści warunku powinno zostać wskazane, że Wykonawca miał obowiązek złożyć wniosek o uzyskanie pozwolenia na użytkowanie. Tym samym z treści warunku można jedynie wnioskować, że referencyjna realizacja miała w konsekwencji prawidłowo wykonanych robót zakończyć się uzyskaniem decyzji – pozwolenie na użytkowanie – i taką realizacją legitymuje się Odwołujący. W tym kontekście szczególnie znaczenie ma fakt, że pozwolenie na użytkowanie wydaje się w formie decyzji administracyjnej, a stroną w postępowaniu w sprawie pozwolenia na użytkowanie jest wyłącznie Inwestor (art. 59 ust. 7 ustawy - Prawo budowlane). Wykonawca może jedynie uzyskać od Inwestora pełnomocnictwo do działania w jego imieniu – w tym do złożenia wniosku – jednak zawsze to Inwestor będzie stroną i to dla Inwestora dane pozwolenie zostanie wydane. Wymóg uzyskania pozwolenia na użytkowanie jest częstą praktyką w toku postępowań przetargowych, jednakże drogi do uzyskania takiego pozwolenia są dwie: uzyskanie od Inwestora pełnomocnictwa do działania w jego imieniu i złożenie wniosku przez Wykonawcę, przygotowanie przez Wykonawcę wniosku i złożenie go samodzielnie przez Inwestora. W praktyce obie drogi polegają na tym, że to Inwestor jest stroną postępowania (gdyż tylko on może nią być – Wykonawca nie ma takiego uprawnienia), ale to Wykonawca, którego rolą było wykonanie robót budowlanych musi zgromadzić wszelką dokumentację niezbędną dla złożenia wniosku celem uzyskania pozwolenia na użytkowanie. To Wykonawca, jako podmiot, który realizował inwestycję, w ramach swojej pracy pozyskuje wszelkie zgody, dokonuje wszelkich uzgodnień, w tym w szczególności Państwowej Inspekcji Sanitarnej czy Państwowej Straży Pożarnej. Jeśli realizacja wykonana przez Wykonawcę nie zakończy się uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie (na podstawie dokumentów przygotowanych w toku prac przez Wykonawcę), to całość inwestycji nie może zostać zamknięta i rozliczona z Wykonawcą. W sposób oczywisty więc to Wykonawca odpowiada za sfinalizowanie postępowania i uzyskanie dokumentu kończącego pracę Wykonawcy. Powyższe potwierdzają dokumenty złożone przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego, z których bezsprzecznie wynika, że Odwołujący w ramach inwestycji realizował roboty budowlane „wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie". Zupełnie irracjonalne są tym samym argumenty Zamawiającego, który uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego wskazuje, że to Inwestor wystąpił i uzyskał pozwolenie na użytkowanie, skoro to tylko i wyłącznie Inwestor mógł być stroną tego postępowania.

Odnośnie zarzutów względem Przystępującego Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi zadanie pod nazwą – budowa placów magazynowania odpadów, surowców i produktów w zakładzie w Kobiernikach. W ramach tego zadania, Zamawiający wyodrębnił: a) Zadanie nr 1 – projekt placów magazynowania odpadów, surowców i produktów (w tym zaprojektowanie i uzyskanie pozwolenia na budowę dla wszystkich części placu), b) Zadanie nr 2 – budowa placów nr 11 i nr 12, w ramach których dokonano podziału na: Etap I – wybudowanie placu nr 12, Etap II – wybudowanie placu nr 11. W ramach postępowania nr ZP.7/2018 przewidziano realizację Zadania nr 1 oraz Etapu I z Zadania nr 2. W postępowaniu tym ofertę najkorzystniejszą złożył Przystępujący i to on wykonał to zamówienie. Etap II Zadania nr 2 został w tym postępowaniu objęty prawem opcji, z którego jednak Zamawiający nie skorzystał. W toku tego zakończonego już postępowania powstały między innymi następujące dokumenty: 1. projekt budowlany – w którym osobą sprawdzającą architekturę i konstrukcję jest mgr inż. B. B., 2. dokumentacja powykonawcza – podpisana przez Kierownika Budowy mgr. inż. B. B., 3. specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych – sporządzone przez mgr. inż. B. B. . Niniejsze postępowanie, tj. wykonanie placu magazynowania odpadów, surowców i produktów na działkach nr 42/7, 42/8, 42/9, 42/11, 43/3 w obrębie 12 – Kobierniki, gmina Stara Biała – etap II w ramach zadania pn. „Plac magazynowania odpadów, surowców i produktów" stanowi właśnie realizację Etapu II z Zadania nr 2. Załącznikiem do dokumentacji niniejszego postępowania nr ZP.3/2021 jest dokumentacja techniczna, na którą składają się dokumenty opisane powyżej w pkt. 1-3 – wszystkie autorstwa mgr. inż. B. B. . Ofertę w niniejszym postępowaniu również złożył Przystępujący (tj. Wykonawca realizujący Etap I), który w treści załącznika nr 2, tj. wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wskazał jedną osobę, tj. Prezesa Zarządu spółki Wykonawcy, wskazanego na funkcję Kierownika Budowy - mgr. inż. B. B. . Zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy pzp - jeżeli Wykonawca był zaangażowany w przygotowanie

postępowania o udzielenie tego zamówienia, Zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego Wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym Wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem Wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji. Odwołujący powołał się na wyrok KIO 765/19. Zamawiający w niniejszym postępowaniu jednak zaniechał podjęcia jakichkolwiek środków mających zagwarantować niezakłócenie konkurencji. Mało tego, zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy pzp - Wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie Wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Oczywiście, Odwołujący ma świadomość, iż niewystarczające jest wskazanie, że podstawą wykluczenia jest fakt sporządzenia dokumentacji w postępowaniu, a koniecznym jest stwierdzenie i wykazanie utrudniania uczciwej konkurencji w tym postępowaniu z uwagi na sporządzenie dokumentacji. Taka sytuacja ma jednak bezsprzecznie miejsce w niniejszej sprawie, gdyż zgodnie z par. 1 ust. 2 pkt 3 wzoru umowy (tj. załącznika do SWZ), Wykonawca ma obowiązek „uzyskania na własny koszt i ryzyko pisemnego uzgodnienia i akceptacji przed przystąpieniem do wykonania Przedmiotu zamówienia, z wykonawcą I etapu inwestycji, zakresu i sposobu wykonania prac i robót budowalnych wchodzących w zakres Przedmiotu zamówienia, mających lub mogących mieć wpływ na prace i roboty wykonane w I etapie, w sposób nie powodujący utraty jakichkolwiek praw Zamawiającego wobec wykonawcy I etapu z tytułu wykonania przez niego powierzonego mu wcześniej do wykonania przedmiotu umowy, w szczególności odnoszących się do udzielonej Zamawiającemu przez wymienionego wykonawcę rękojmi i gwarancji na wykonane w I etapie inwestycji prace i roboty budowlane". Z powyższego wynika, że Wykonawca II etapu robót, tj. Wykonawca wybrany w niniejszym postępowaniu, jest obowiązany do dokonywania uzgodnień i uzyskania akceptacji Wykonawcy I etapu robót, tj. kierownika budowy i projektanta mgr. inż. B. B. . W sytuacji, gdy to Przystępujący, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą będzie realizował zamówienie, a jako osobę skierowaną to realizacji umowy również wskazał mgr. inż. B. B., to osoba ta będzie dokonywała uzgodnień sama ze sobą. Taka sytuacja bezsprzecznie powoduje zakłócenie konkurencji w postępowaniu, ponieważ zapis umowny przewidziany w par. 1 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy staje się zupełnie bezprzedmiotowy i nie spełni swojej funkcji, jaką jest zapewnienie kontroli i dwuetapowości podejmowania decyzji w toku realizacji inwestycji. Sytuację tę należy odczytywać w ten sposób, że Wykonawca I Etapu w ramach swojej umowy działa w tym postępowaniu niejako jako Zamawiający, bowiem de facto staje się stroną czynnie uczestniczącą w akceptacjach stosunku do Wykonawcy II ETAPU. Zgodnie z treścią art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawcę, jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1 ustawy pzp, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego Wykonawcy, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie Wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W niniejszej sprawie jednak bezsprzecznie zachodzi okoliczność, w której zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane inaczej niż przez wykluczenie Wykonawcy z udziału w postępowaniu, gdyż niedopuszczalna jest sytuacja, w której Wykonawca ma być obowiązany do dokonywania uzgodnień sam ze sobą, co w sposób oczywisty pozbawia jakiejkolwiek kontroli zgodności dokonywanych ustaleń.

W dniu 16 czerwca 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca BMB Budownictwo sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Gostyninie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami oraz dowody złożone przez Odwołującego na posiedzeniu i rozprawie.

Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy Zamawiającego o przesłuchanie w charakterze świadka p. Ł. S., autora opinii załączonej do odpowiedzi na odwołanie na okoliczności wskazane w treści opinii z uwagi na to, że fakty mające podlegać dowodzeniu zostały już stwierdzone innymi dowodami, a mianowicie złożoną w sprawie opinią podpisaną przez p. S. . Powołany dowód Izba uznała za nieprzydatny dla rozstrzygnięcia i prowadzący jedynie do przewlekłości postępowania.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy pzp.

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W myśl Rozdziału IV pkt 1:*„1. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie placu magazynowania odpadów, surowców i produktów na działkach nr 4217, 42/8, 42/9, 42/11, 43/3 w obrębie 12 Kobierniki, gmina Stara Biała — etap II w ramach zadania pn.: „Plac magazynowania odpadów, surowców i produktów w Zakładzie w Kobiernikach."*

Zgodnie z Rozdziałem VI pkt 2 SWZ po zmianie SWZ z dnia 31 marca 2021 r.: *„Zamawiający wymaga: 1) aby wykonawca wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie co najmniej: jedno zamówienie polegające na budowie, przebudowie lub rozbudowie placu magazynowego lub składowego*

szczelnego o powierzchni nie mniejszej niż 1 000 m2 wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie."

Na pytanie nr 4 w wyjaśnieniach SWZ z dnia 31 marca 2021 r.:*„Czy Inwestor zaakceptuje referencje z podobnego zakresu prac lecz starze niż 5 lat?"* Zamawiający udzielił odpowiedzi: *„Zamawiający nie wyraża zgody zarówno na referencje z podobnego zakresu prac , jak i na referencje starsze niż 5 lat, zgodnie z SWZ."*

Na pytanie nr 7 w wyjaśnieniach SWZ z dnia 31 marca 2021 r.:*„7. Jeśli Zamawiający będzie wymagał analogicznie jak w przypadku etapu I od Wykonawcy uzyskania pozwolenia na użytkowanie na wykonany zakres prac, to czy w ramach spełnienia warunków udziału w postępowaniu na zamówienie polegające na budowie, przebudowie lub rozbudowie placu magazynowego lub składowego szczelnego o powierzchni nie mniejszej niż 1 000 m2 również powinno być uzyskane pozwolenie na użytkowanie?"* Zamawiający udzielił odpowiedzi: *„Tak, inwestycja wykazująca spełnienie warunków udziału w postępowaniu powinna być zakończona i posiadać wszystkie wymagane prawem pozwolenia, w tym pozwolenie na użytkowanie."*

Pismem z dnia 9 kwietnia 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy pzp wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału tj m.in. *„1) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — inne odpowiednie dokumenty."*

W odpowiedzi Odwołujący złożył wykaz robót, w którym wykazał następującą inwestycję: *„Inwestycja: Rozbudowa placu pryzmowej kompostowni odpadów zielonych". W ramach inwestycji Wykonawca wykonał jako podwykonawca mianowany m.in. następujące prace: 1. przygotowanie terenu pod budowę; 2. roboty demontażowe; 3. roboty ziemne – 6.145,00 m3; 4. korytowanie podbudowy – o powierzchni 7.320,00 m2; 5. ułożenie folii – 7.320,00 m2; 6. nawierzchnia z betonu C30/37 zbrojonego zbrojeniem rozproszonym – o powierzchni 7.320,00 m2; 7. ułożenie ścieku betonowego ZET-1 – 240 mb; 8. krawężniki drogowe 15x30 – 250 mb; 9. roboty sanitarne, polegające na wykonaniu instalacji kanalizacyjnej i wodociągowej; 10. roboty wykończeniowe; 11. przygotowanie wszelkiej dokumentacji niezbędnej do uzyskania pozwolenia na użytkowanie oraz uzyskanie go. Zadania wykonane w ramach inwestycji spełniają wymagania Zamawiającego określone w Rozdziale VI Warunki udziału w postępowaniu – par. 2 ust. 1); 1.859.605,02 PLN, 31.05.2017, Inwestor Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Eko Dolina Sp. z o.o. Generalny Wykonawca Konsorcjum firm Varia Tech Sp. z o.o. T4B Sp. z o.o."*

Ponadto, złożył referencje wystawione przez Eko Dolina Sp. z o.o. o następującej treści: *„Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Eko Dolina Sp. z o.o., z siedzibą: Łężyce, Al. Parku Krajobrazowego 991 84-207 Koleczkowo, stwierdza, że: Segi Eko Sp. z o.o., z siedzibą: ul, Szprotawska 10, 67-321 Leszno Górne, jako podwykonawca mianowany konsorcjum firm: 1. Varia Tech Sp. z o.o., z siedzibą: Al. Stanów Zjednoczonych 32, 04-036 Warszawa 2. T4B SP, z o.o., z siedzibą: Al. Stanów Zjednoczonych 32, 04-036 Warszawa zrealizowała w ramach inwestycji pn. Rozbudowa placu pryzmowej kompostowni odpadów zielonych następujące zadania: przygotowanie terenu pod budowę; roboty demontażowe; roboty ziemne 6.145,00 m3, korytowanie podbudowy — o powierzchni 7230,00 m2, ułożenie folii 7.230,00 m2, nawierzchnia z betonu C30/37 zbrojonego zbrojeniem rozproszonym – o powierzchni 7.230,00 rn2, ułożenie ścieku betonowego ZET-I — 240 mb, krawężniki drogowe 15x30 — 250 mb, roboty sanitarne, polegające na wykonaniu instalacji kanalizacyjnej wodociągowej, roboty wykończeniowe. Termin umowny realizacji zadań podwykonawcy: październik 2016 — 31.05.2017. Wartość netto umowy podwykonawczej: 1.511.874,00 zł. Wartość brutto umowy podwykonawczej: 1.859.605,02 zł. Wszelkie roboty zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z warunkami technicznymi wykonania i odbioru robót oraz zasadami sztuki budowlanej, a także prawidłowo ukończone."*

Pismem z dnia 15 kwietnia 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy pzp do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych: *„W wykazie robót oświadczyli Państwo, że przygotowali wszelką dokumentację niezbędną do uzyskania pozwolenia na użytkowanie oraz uzyskali je, lecz wystawiona referencja z Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Eko Dolina Sp. z o. o. nie potwierdza wykonywania tego zakresu. Prosimy o złożenie wyjaśnień w tym zakresie do dnia 16.04.2021 r."*

W odpowiedzi Odwołujący wyjaśnił: „W odpowiedzi na Państwa wezwanie do wyjaśnień z dnia 15.04.2021, uprzejmie informujemy, że zwyczajowo przygotowania jakiejkolwiek dokumentacji (powykonawczej, do uzyskania pozwolenia itd.) nie ujmuje się w referencjach jej przygotowanie jednak zawsze jest wymagane zarówno na mocy przepisów prawa, jak i warunków kontraktowych. W ramach realizacji inwestycji pn.: Rozbudowa placu pryzmowej kompostowni odpadów zielonych (Inwestor: Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Eko Dolina Sp. z o.o.) Wykonawca był zobowiązany do przygotowania wszelkiej dokumentacji niezbędnej do złożenia wniosku o uzyskanie pozwolenia na użytkowanie. Pozwolenie na użytkowanie następuje w formie decyzji administracyjnej. Tak więc jest to czynność niezależna od Wykonawcy. Czynnością zależną od Wykonawcy w ramach uzyskania takiego pozwolenia jest wykonanie robót budowlanych, zgromadzenie wszelkiej dokumentacji niezbędnej dla złożenia celem uzyskania pozwolenia na użytkowanie i takie czynności obejmowała zawarta ww. umowa. To Wykonawca pozyskiwał wszelkie zgody, dokonywał wszelkich uzgodnień, w tym w szczególności PIS i PSP. Nadzór budowlany nie miał żadnych uwag do przygotowanej przez Wykonawcę dokumentacji i na jej podstawie jedynie na wniosek ówczesnego Zamawiającego Inwestora po przeprowadzeniu kontroli, w której uczestniczył także Wykonawca, wydał pozwolenie na użytkowanie. Tak więc Wykonawca w ramach ww. postepowania realizował roboty budowlane „wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie". Celem dodatkowego potwierdzenia powyższego, w załączeniu przesyłamy Państwu oświadczenia: 1. *Inwestora; 2. Kierownika Kontraktu; 3. Kierownika Budowy."*

Ze złożonego oświadczenia Inwestora INFORMACJA UZUPEŁNIAJĄCA DO REFERENCJI z dnia 24.08.2020r.wynika *„w imieniu Eko Dolina SP, z o.o., z siedzibą Łężyce, Al. Parku Krajobrazowego 99, 84-207 Koleczkowo, informuję jako Inwestor zadania pn.: Rozbudowa placu pryzmowej kompostowni odpadów zielonych, którego realizacja została zakończona dnia 31.05,2017r., że w ramach ww. inwestycji firma Segi-Eko Spa z o.o., z siedzibą: ul. Szprotawska 10, 67-324 Leszno Górne jako podwykonawca zawarła umowę z Generalnym Wykonawcą. Powyższa umowa zobowiązywała firmę Segi-Eko Sp. z o.o. m.in. do: 1. skompletowania w trakcie realizacji robót, wszelkiej dokumentacji zgodnie z przepisami prawa budowlanego oraz przygotowania do obioru końcowego kompletu protokołów jak i kompletu*

dokumentów potrzebnych do złożenia wniosku i uzyskania pozwolenia na użytkowanie oraz 2. opracowania i przekazania Kierownikowi Kontraktu wszelkiej dokumentacji niezbędnej dla uzyskania pozwolenia na użytkowanie."

Ze złożonego oświadczenia Kierownika Kontraktu wynika:*„Ja, niżej podpisany M. Z.) oświadczam że: 1. byłem Kierownikiem Kontraktu zadania pn. Rozbudowa placu pryzmowej kompostowni odpadów zielonych, które realizowane było dla Inwestora/ Zamawiającego - Eko Dolina Sp. z o.o., z siedzibą: Łężyce, Al. Parku Krajobrazowego 99, 84-207 Koleczkowo; działałem w imieniu i na rzecz Generalnego Wykonawcy — konsorcjum firm: Varia Tech Sp. z o.o. j T4B Sp. z o.o.; 2. podwykonawca mianowany dla ww. inwestycji, firma Segi Eko Sp. z o.o. przygotowała wszelką dokumentację ww. zadania, w tym dokumenty niezbędne do uzyskania pozwolenia na użytkowanie dla ww. inwestycji oraz przeprowadziła realizację procedur skutkujących uzyskaniem ww. pozwolenia."*

Ze złożonego oświadczenia Kierownika Budowy wynika:*„Ja, niżej podpisany M. D., oświadczam, że: 1. prowadziłem jako Kierownik Budowy z nadania i w imieniu Segi-Eko Sp. z o.o. z siedzibą: ul. Szprotawska 10, 67-321 Leszno Górne zadanie pn, Rozbudowa placu pryzmowej kompostowni odpadów zielonych, które realizowane było dla Inwestora/ Zamawiającego Eko Dolina SP, z o.o., z siedzibą: Łężyce, Al. Parku Krajobrazowego 991 84-207 Koleczkowo; 2. jako Kierownik Budowy nadzorowałem w imieniu i dla Segi-Eko Sp. z o.o. przygotowanie wszelkiej dokumentacji zadania, w tym dokumentów niezbędnych do uzyskania pozwolenia na użytkowanie dla ww. inwestycji oraz sprawowałem kontrolę nad i przeprowadziłem realizację procedur skutkujących uzyskaniem tegoż pozwolenia."*

Pismem z dnia 28 kwietnia 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy pzp podmiotowych środków dowodowych: *„Z przedstawionych dokumentów tj.: wykazu robót budowlanych oraz referencji nie wynika, że wykonany plac pryzmowej kompostowni odpadów zielonych jest szczelnym placem magazynowym lub składowym. Zamawiający nie wyraził zgody na referencje z podobnego zakresu prac. W dokumentach przetargowych dla wykazanej inwestycji brak jakichkolwiek danych o robotach zapewniających szczelność ww. placu przed przesiąkaniem do gruntu zanieczyszczonych wód odciekowych, całkowicie eliminujących ich przedostawanie się do gleby. Prosimy o wyjaśnienie w jakim stopniu wykonany plac jest placem magazynowym lub składowym (powierzchnia magazynowania lub składowania) oraz w jaki sposób zapewniono całkowitą szczelność. W przypadku braku możliwości potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy pzp zwraca się z prośbą o uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych tj.: wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów inne odpowiednie dokumenty. Wykaz robót musi potwierdzać spełnienie postawionego warunku udziału: „Zamawiający wymagał: - aby wykonawca wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej: jedno zamówienie polegające na budowie, przebudowie lub rozbudowie placu magazynowego lub składowego szczelnego o powierzchni nie mniejszej niż 1000 m2 wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie. Jednocześnie, Zamawiający informuje, że w przedmiotowym postępowaniu projekt wykonania placu jest szczegółowy i należy go wykonać zgodnie z nim, w szczególności w zakresie klasy szczelności wgłębnej i bocznej placu magazynowego będącego przedmiotem zamówienia."*

W odpowiedzi Odwołujący wyjaśnił:*„W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień (pismo z dnia 28.04.2021 r.) niniejszym wyjaśniamy że Segi-Eko Sp. z o.o. w ramach realizacji zadania inwestycyjnego Rozbudowa placu pryzmowej kompostowni odpadów zielonych wykonała plac pryzmowej kompostowni odpadów zielonych - przeznaczony m.in. do magazynowania/ składowania odpadów zielonych (a po ich przetworzeniu — kompostu). Ww. plac jest placem szczelnym. Wymóg szczelności w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia wynikał m.in. z zakresu robót wskazanych w opisie technicznym do projektu wykonawczego branży drogowej dla ww. inwestycji. Zgodnie z tymże dokumentem „Kompostownia funkcjonuje jako plac o szczelnej nawierzchni betonowej o powierzchni 5544 m2, który podzielony jest na strefy funkcjonalne obejmujące obszar przyjmowania i przygotowania materiału do kompostowania, obszar pryzm kompostowych, obszar magazynowania kompostu i powierzchnie manewrowe (…) oraz (…) Po rozbudowie kompostownia stanowić będzie jedną całość funkcjonującą na zasadach identycznych jak obecnie (…) a także (…) Aby odcieki z placów nie przedostawały się w grunt zaprojektowano nawierzchnię betonową modyfikowaną dodatkami uszczelniającymi." Szczegółowy opis czynności i rozwiązań zastosowanych przez nas celem osiągnięcia szczelności placu, zgodnie z wymogami Inwestora znajdziecie Państwo we wcześniej wspomnianym dokumencie Opis techniczny do projektu wykonawczego branży drogowej stanowiącym załącznik do niniejszego pisma. Ww. inwestycja w całości spełnia wymagania w zakresie postawionego przez Państwa warunku. Przedmiotowe wyjaśnienia, łącznie ze wszystkimi wcześniej składanymi dokumentami, oświadczeniami, wyjaśnieniami, odnoszą się do określonych przez Państwa wymagań i potwierdzają, że posiadane przez Segi-Eko Sp. z o.o. doświadczenie obiektywnie spełnia warunek w zakresie zdolności zawodowej, zarówno w kwestii samego potwierdzenia spełniania warunku, jak i należytego wykonania zamówienia. Wykonawca podkreśla, że szczegółowo zapoznał się z opisem przedmiotu zamówienia oraz całością dokumentacji postępowania i ma wiedzę oraz doświadczenie pozwalające na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z oczekiwaniami w tym również w zakresie klasy szczelności wgłębnej i bocznej będącej przedmiotem zamówienia."*

Ze złożonego opisu technicznego do projektu wykonawczego branży drogowej: Rozbudowa placu kompostowni odpadów zielonych na terenie zakładu EKO DOLINA SP, z o.o. zlokalizowane o na działce nr 7/58 w Łężycach wynika:*„(…) Przedmiotem niniejszego projektu jest rozbudowa pryzmowej kompostowni odpadów zielonych na terenie zakładu unieszkodliwiania odpadów EKO DOLINA Sp. z o.o., obsługującego rejon gmin wchodzących w skład Komunalnego Związku Gmin Doliny Redy i Chylonki. (…) 3. STAN ISTNIEJĄCY ZAGOSPODAROWANIA TERENU Istnie kompostownia służy do przetwarzania zielonych odpadów organicznych pochodzących z utrzymania zieleni miejskiej, pielęgnacji pasów zadrzewień przy drogach oraz od innych wytwórców z rejonu obsługi, a jej przepustowość wynosi 2 900 Mg/rok, co odpowiada objętościowo 10 570 m3/rok. Proces kompostowania dostarczanych w ciągu roku 2 900 Mg odpadów powoduje wytworzenie 1 600 Mg kompostu, co stanowi 55% całej masy. Pozostałe 1 300 Mg stanowią technologiczne straty procesowe w postaci dwutlenku węgla i wody, Kompostownia funkcjonuje jako plac o szczelnej nawierzchni betonowej o powierzchni 5 544 m 2, który podzielony jest na strefy funkcjonalne obejmujące obszar przyjmowania i przygotowania materiału do kompostowania, obszar pryzm kompostowych, obszar magazynowania*

kompostu i powierzchnie manewrowe. Materiał do kompostowania dostarczany jest drogą wewnętrzną od strony południowej. Nawierzchnia placu jest ukształtowana w sposób zapewniający odprowadzenie odcieków do korytek i wpustów deszczowych bez możliwości ich niekontrolowanego przedostawania się poza krawędź placu, podłączonych do systemu kanalizacji technologicznej złożonej ze studzienek osadnikowych i przewodów rurowych, doprowadzonego do zbiornika retencyjnego wód deszczowych i odcieków 34b, Ze zbiornika odcieki pompowane są do kolejnej studzienki, z której grawitacyjnie spływają do pompowni i dalej rurociągiem tłocznym do podczyszczalni ścieków 29. Teren inwestycji obejmuje działki nr 7/58 i 7/60 obręb Łężyce. Projektowany plac kompostowni zlokalizowany jest na działce nr 7/58, a niezbędna dla jego funkcjonowania infrastruktura także na działce nr 7/60, (…) 4. STAN PROJEKTOWANY ZAGOSPODAROWANIA TERENU W ramach inwestycji stanowiącej przedmiot niniejszego projektu przewiduje s rozbudowę opisanej w punkcie 3 pryzmowej kompostowni odpadów zielonych, polegającą na powiększeniu istniejącego placu betonowego o 7 189 m 2, co spowoduje zwiększenie przepustowości kompostowni o około 130%, zapewniając w ciągu roku możliwość kompostowania odpadów zielonych w ilości około 6 670 Mg czyli 24 300 m3 z których szacunkowo powstanie 3 670 Mg kompostu, oraz około 3000 Mg technologicznych strat procesowych w postaci dwutlenku węgla i wody. Po rozbudowie kompostownia stanowić będzie jedną całość funkcjonującą na zasadach identycznych jak obecnie. Zgodnie z wytycznymi Zamawiającego przy określaniu granic rozbudowy kompostowni uwzględniono lokalizację sąsiadujących z projektowanym placem przyszłościowych obiektów obejmujących elementy systemu odprowadzenia wód opadowych i oczyszczonych ścieków opadowych wraz z planowanym zbiornikiem nr 3, które są przedmiotem odrębnego opracowania projektowego, przywołanego w punkcie 1 niniejszego opisu. Ponadto wolną od obiektów infrastruktury pozostawiono strefę lokalizacji planowanego biofiltra hali sita stacjonarnego, położoną w południowo wschodnim narożniku projektowanego placu. W ramach zadania przewiduje się budowę systemu odprowadzenia odcieków technologicznych z procesu kompostowania/ instalacji oświetlenia terenu i instalacji telekomunikacyjnej w zakresie dozoru kamer z wpięciem do istniejącego systemu, a także likwidację kolizji nawierzchni placu z istniejącym wodociągiem, oświetleniem i terenu, oraz linią kablową nn. Zaprojektowano w niniejszym opracowaniu branżowym fragment palcu o nawierzchni z betonu cementowego łączącego się z istniejącym placem kompostowym dla odpadów na wysypisku. 5. ROZWIĄZANIA KONSTRUKCYJNO-DROGOWE. Kompostownia odpadów zielonych zos zaprojektowana w formie placu o nawierzchni betonowej. Plac o łącznej powierzchni 7189 m2 podzielono na trzy obszary w zależności od spełnianych przez nie funkcji: obszar dojrzewania kompostu: 3054 m 2 + 2785 m2, obszar gotowego kompostu: 874 m2, obszar doczyszczania kompostu: 476 m 2. Obszar przyjmowania i przygotowania materiału do kompostowania będzie zlokalizowany w części istniejącej kompostowni w rejonie dostępnym bezpośrednio z drogi wewnętrznej. Aby odcieki z placów nie przedostawały się w grunt zaprojektowano nawierzchnię betonową modyfikowaną dodatkami uszczelniającymi. Konstrukcja nawierzchni została tak zaprojektowana aby przeniosła zakładany ruch KR2, była nawierzchnią o podwyższonej szorstkości i zapewniała przeniesienie dopuszczalnego nacisku pojedynczej osi pojazdu wynoszącego 115 kN/oś, Zaprojektowana nawierzchnia jest identyczna z nawierzchnia ułożoną na wcześniej wykonanych placach kompostowni."

Ze złożonej informacji uzupełniającej do referencji z dnia 24.08.2020 r. wynika: „W imieniu *„EKO DOLINA Sp. z o.o., z siedzibą: Łężyce, Al, Parku Krajobrazowego 99, 84-207 Koleczkowo, informuję jako Inwestor zadania pn. Rozbudowa placu pryzmowej kompostowni odpadów zielonych, którego realizacja została zakończona dnia 31.05.2017r., że w ramach ww. inwestycji firma Segi-Eko Sp. z o.o., z siedzibą: ul. Szprotawska 10, 67-32 i Leszno Górne, jako podwykonawca Generalnego Wykonawcy wykonała plac pryzmowej kompostowni odpadów zielonych. Ww. plac jest placem szczelnym. Wymóg szczelności wynikał m.in. z opisu technicznego do projektu wykonawczego branży drogowej dla ww. inwestycji. Zgodnie z tymże dokumentem „(…) Kompostownia odpadów zielonych została zaprojektowana w formie placu o nawierzchni betonowej. Plac o łącznej powierzchni 7 189 m2 podzielono na trzy obszary w zależności od spełnianych przez nie funkcji: obszar dojrzewania kompostu, 3054 m2 + 2785 m2, obszar gotowego kompostu, 874 m 2, obszar doczyszczania kompostu, 476 m2. Aby odcieki z placów nie przedostawały się w grunt zaprojektowano nawierzchnię betonową modyfikowaną dodatkami uszczelniającymi (…)."*

Pismem z dnia 27 maja 2021 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty Przystępującego oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazując: *„Zamawiający, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) informuje, że oferta Państwa została odrzucona. Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. 1. Zamawiający wymagał: 1) aby wykonawca wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie co najmniej: jedno zamówienie polegające na budowie, przebudowie lub rozbudowie placu magazynowego lub składowego szczelnego o powierzchni nie mniejszej niż 1.000 m2 wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie. Wykonany przez Wykonawcę plac o łącznej powierzchni 7.189 m2 został podzielony na trzy obszary w zależności od spełnianych przez nie funkcji tj. obszar dojrzewania kompostu 3.054m2 +2.785m2 to nie jest plac magazynowy ani składowy jest to plac technologiczny więc nie potwierdza on spełnienia warunku; obszar gotowego kompostu 874 m2 - to jest plac magazynowy, ale nie spełnia warunku udziału ponieważ jest mniejszy niż wymagany tj. 1.000m2, obszar doczyszczania kompostu 476 m2 to nie jest plac magazynowy ani składowy, jest to plac technologiczny więc nie potwierdza on spełnienia warunku. Postawiony warunek udziału przez Zamawiającego był precyzyjny tzn. miał to być plac magazynowy lub składowy szczelny o powierzchni nie mniejszej 1.000 m2 i wykonawca w ramach tego zadania miał uzyskać pozwolenie na użytkowanie. W odpowiedzi na pytania z dnia 30.03.2021 r. Zamawiający wyraźnie odpowiedział, że nie wyraża zgody na referencje z podobnego zakresu prac jak i na referencje starsze niż 5 lat, zgodnie z SWZ. Wykonawca nie uzyskał pozwolenia na użytkowanie, ponieważ nie jest równoważnym przygotowanie dokumentacji do wniosku podpisanego i złożonego przez inwestora z przygotowaniem dokumentacji i uczestniczeniem w postępowaniu administracyjnym po stronie inwestora na podstawie udzielonego upoważnienia — co wiąże się w sposób oczywisty z szerszym zakresem związanych z tym obowiązków wobec organu administracji (naprawa dokumentacji, udzielanie wyjaśnień, usuwanie braków formalnych we właściwych terminach). Uzyskanie przez wykonawcę pozwolenia na użytkowanie jest zakończeniem postepowania administracyjnego, w którym organ administracji ocenia spełnienie przesłanek ustawowych do jego uzyskania, a więc stanowi faktyczną i prawną ocenę wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawcę, Uzyskanie przez wykonawcę decyzji pozwolenia na użytkowanie ma również znaczenie dla określenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy oraz czasu realizacji i faktycznej*

odpowiedzialności za należyte wykonanie przedmiotu umowy. Dokumenty poświadczające realizację zadania wskazują, że wykonawca nie zrealizował całości robót, a jedynie ich cześć będąc jednym z podwykonawców. Jednocześnie jako Kierownik budowy przekazał dokumenty Kierownikowi Kontraktu i to Kierownik Kontraktu kompletował, oraz przygotowywał dokumentację, która dalej została przekazana Inwestorowi. Z dokumentów jasno wynika, iż to nie wykonawca, a inwestor wystąpił i uzyskał decyzję na użytkowanie. Wykonawca nie uzyskał pozwolenia na użytkowanie w związku z czym nie spełnia warunku dotyczącego pozwolenia na użytkowanie."

Z dowodu złożonego przez Zamawiającego – opinii p. Ł. S. wynika: *„Opinia dotycząca postepowania na wybór wykonawcy utwardzenia placu 11. (…) W związku z analizą oferty firmy Segi-Eko Sp. z o.o., a także otrzymanych, referencji, uzupełnień do referencji i innych dokumentów przedstawionych przez oferenta należy stwierdzić: 1. Nie ma informacji, że firma SEGI-Eko sp. z o.o., BYŁA JEDYNYM PODWYKONAWCĄ zarówno referencje jak i uzupełnienia referencji zawierają tej informacji. Z zakresu prac w dokumentacji w stosunku do referencji nie wynika również; że wykonywał on całość prac jako jedyny podwykonawca, o czym w dalszej części. 2. Z oświadczenia M. Z. będącego kierownikiem kontraktu jasno wynika, że był on zatrudniony przez Generalnego Wykonawcę, a więc konsorcjum Varia Tech oraz T4B, co pozwala Zamawiającemu twierdzić, iż zadaniem kierownika kontraktu była współpraca w trakcie realizacji inwestycji z większą liczbą podwykonawców — co jest praktykowane na innych budowach. 3. Oświadczenie kierownika kontraktu stwierdzające, iż podwykonawca firma Segi-Eko Sp. z o.o. podwykonawca mianowany przygotowała wszelką dokumentację dla zadania, w tym dokumenty niezbędne do uzyskania pozwolenia na użytkowanie, nie pozwala stwierdzić firma Segi-Eko Sp. z o.o., iż przygotowywała całościową dokumentację do uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Zamawiający nie ma takiej pewności, jedynie może być pewny że firma Segi-Eko Sp. z o.o. przygotowała dokumentację w zakresie prac które sama wykonywała. 4. Z oświadczenia Kierownika Budowy firmy Segi-Eko Sp. z o.o. Pan M. D. nie można jednoznacznie stwierdzić, iż przygotowywała ona całościowo dokumenty do uzyskania pozwolenia na użytkowanie. 5. Stwierdzić można jedynie to, iż był zatrudniony w firmie Segi-Eko Sp. z o.o. na stanowisku kierownik budowy i brał udział w realizacji danego zadania. Nie ma mowy o przejęciu obowiązków kierownika budowy i wypełnieniu z tym wszelkich zobowiązań, o których mówi Prawo budowlane. 6. Informuje on także, iż w imieniu firmy Segi-Eko Sp. z o.o. przygotowywał wszelką dokumentację, a nie w imieniu Generalnego Wykonawcy, a więc Zamawiający ma mieć prawo i w pełni posiadać obawy, iż Pan M. D. kompletował dokumenty w ramach realizacji wyłącznie wykonywanych prac przez firmę Segi-Eko Sp. z o.o., a nie w ramach realizacji całego zadania inwestycyjnego. 7. W świetle pytań zadanych w trakcie postępowania przetargowego i udzielonych odpowiedzi Inwestora wynika, że Wykonawca winien jako warunek konieczny uzyskać w imieniu Inwestora pozwolenie na użytkowanie — tym bardziej, ze firma Segi-Eko Sp. z o.o. była podwykonawcą, a nie Generalnym Wykonawcą. W związku z czym, najprawdopodobniej przygotowywała dokumenty w zakresie prowadzonym przez siebie prac, nie przygotowywała całościowo dokumenty do uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Istnieje w pełni obawa iż taka sytuacja mała miejsce. 8. ROZWIĄZANIA KONSTRUKCYJNO-BUDOWLANE w danej branży. projektu dotyczącego - referencji wykonawcy): Kompostownia odpadów zielonych została zaprojektowana w formie placu o nawierzchni betonowej. Plac o łącznej powierzchni 7189 m2 podzielono na trzy obszary. W zależności od spełnianych przez nie funkcji: obszar dojrzewania kompostu, 3054 m2 + 2785 m2, - to nie jest plac magazynowy, ani składowy - według opinii Zamawiającego, jest to plac technologiczny, a więc nie spełniony został warunek Specyfikacji Warunków Zamówienia, gdyż w Rozdziale VI pkt. 4.1 Zamawiający warunkuje udział w postepowaniu wykonaniem placu magazynowego lub składowego szczelnego o powierzchni niemniejszej niż 1000 mkw. wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie. obszar gotowego kompostu, 874 m2, - można ten obszar potraktować jako magazynowy jednak jest on mniejszy od wymaganego Specyfikacji Warunków Zamówienia. Obszar doczyszczania kompostu, 476 m2. 9. Wyjaśnienia Wykonawca są tendencyjnie, deklaruje on że spełnia wszystkie warunki, jednakże nie ma to poparcia w przedstawionych dokumentach, i projektach na które powołuje się firma Segi Eko Sp. z o.o. Po analizie otrzymanej dokumentacji można stwierdzić, iż nie spełnia on wymagań -placu szczelnego — otrzymany od Wykonawcy wycinek dokumentacji projektowej wykonawczej. 10. Pomimo zapewnień Wykonawcy, że jest to plac szczelny z projektu jasno to nie wynika. Zastosowane materiały jasno i klarownie tego nie określają. Zastosowanie betonów bez o określonych domieszek np. W8 czy W10, a także przy zadanych grubościach powodują, iż Zamawiający ma prawo twierdzić, iż przedstawiona technologia wykonania prac nie zapewnia 100% szczelności. Zamawiający ma pełne prawo do obaw, i stwierdzić iż przedstawione dokumenty nie spełniają wymagań Zamawiającego. 11. Plik 01 PW drogi opis Łężyce - punkt 5. Rozwiązania konstrukcyjno-drogowe. Strona 5 Warstwy zgodnie z opisem: a) warstwa z betonu C30/37 — B37, grub. 8 cm, - czyli beton C30/37 — B37 jest to beton wodoszczelny, gdyż stosunek W/C (woda do cementu) powoduje, iż betony od tej klasy są już uznawane za mieszanki betonowe wodoszczelne. W projekcie powinna zostać określona mieszanka betonowa w sposób sprecyzowany na przykład C30/37 - B37 W8 lub C30/37 B37 W10 - zastosowanie odpowiednich domieszek chemicznych powodujących i zapewniających wodoszczelność betonu, opis mówi tylko o zastosowaniu odpowiednich domieszek bez ich określenia. Zamawiający ma pełne prawo poddawać pod wątpliwość zastosowanych materiałów, gdyż nie zostały jednoznacznie sprecyzowane. b) Kolejnym zagadnieniem, które powinien poruszyć Zamawiający jest grubość warstwy danej mieszanki betonowej i tak przy grubości: warstwa z betonu C30/37 — B37 grub. 8 cm, uważa iż jest wręcz nie możliwe zapewnienie 100% szczelności powierzchni, biorąc pod uwagę rodzaj zastosowanego materiału, jego pracę, odporność na warunki atmosferyczne, a także samą pracę materiału, gdyż powstałem w nim skurcze, rysy poprzeczne i podłużne przy zadanej grubości mogą powodować brak wymaganej szczelności (po przez rysy, pęknięcia przy danej grubości materiału mogą się przedostawać opady atmosferyczną i inne substancje znajdujące się na powierzchni do gruntu i tym samym powodować zanieczyszczenie środowiska) którą wymaga Zamawiający. Jedynie zastosowanie dodatkowych zabezpieczeń takich jak np. membrana zgrzewalna i podobne technologie, spowodują zabezpieczenie powierzchni— wykonanie tak zwanej wanny szczelnej. c) Z praktyki zawodowej śmiem twierdzić iż na tego typu Obiekcie grubość mieszanki betonowej powinna wahać się w granicy min. 20 do 30 cm z betonu C30/37 — B37 — W8 lub W 10, aby można mówić o wodoszczelność obiektu — powierzchni. W kształcie jaki został wykonany plac w EKO Dolinie moim zdaniem nie stanowi on placu szczelnego — wodoszczelnego, nie jest wykonany jako wanna szczelna opinia na podstawie otrzymanych informacji/dokumentacji od Zamawiającego. d) kolejna warstwa z projektu - z betonu C16/20, grub. 17 cm, jest to beton klasy B20 — beton tej klasy nie jest wodoszczelny, nawet dodając domieszki do betonu nie uzyskamy wodoszczelności, w praktyce, fachowcy którzy znają się na temacie twierdzą, że betony wodoszczelne zaczynają się od klasy C30/37 — B37, chodzi tu o stosunek W/C - wody do cementu. e) Zastosowana folia — zastosowana folia, nie jest folią uszczelniającą, a jedynie poślizgową, pomaga w ułożeniu mieszanki betonowej. Nie ma tu mowy o wykonaniu wanny szczelnej. 12) Przedstawiony w wyjaśnieniach przedmiar nie jest spójny z projektem, w przedmiarze mamy zastosowane zbrojenie rozproszone, a w opisie projektu jest zbrojenie fi 10, a to jest diametralna różnica. Można podejrzewać iż w trakcie wykonywania prac, zostały zgłoszone prace zamienne - materiały zamienne do projektu. 13) Pomiędzy dokumentacją projektową a referencjami (oraz wykazem robót budowlanych*

przedstawionych przez wykonawcę) jest wiele nieścisłości, co do wykonanego zakresu prac (…) 14) Z całkiem szczegółowych referencji wystawionych przez Ekodolina w dniu 24.08.2020r. jak również wykazu robót budowlanych przedstawionych przez Wykonawcę jasno nie wynika, iż Wykonawca wykonywał pełny zakres prac objętych projektem. Wykonawca nie informuje Zamawiającego o pozostałych pracach (…) nie udokumentował następujących prac: a) Wykonanie podłoża z mieszanki niezwiązanej o grubości: 30 cm 7.250 m2 b) Wykonanie Podbudowa zasadniczej z betonu C16/20 o grubości 18 cm. A wiec podstawowych działań związanych z realizacją zadania, ponadto wykonawca nie realizował obszernego zakresu elektrycznego, który obejmuje swoim zakresem kilkaset metrów wykopów pod okablowanie, ponad kilometr instalacji elektrycznych; a także montaż 246 lamp oświetleniowych. W przypadku wyboru firmy SEGI-Eko Sp. z o.o. zachodzi obawa, iż Wykonawca z powodu braku doświadczenia w prowadzeniu całościowym tego typu inwestycji, nie udźwignie ciężaru powierzonych mu prac. Pomiędzy dokumentacją projektową, a referencjami oraz wykazem robót budowlanych przedstawionych przez Wykonawcę jest wiele nieścisłości, co do wykonanego zakresu prac. Przedstawiony w wyjaśnieniach przedmiar nie jest spójny z projektem. Z dostarczonej dokumentacji przez Wykonawcę można założyć, iż dojdzie do szeregu prób zmiany technologii wykonywanych prac czego całkowicie nie dopuszcza Zamawiający (obiekt ma zostać wykonany jako 100% szczelny). Należy stwierdzić, iż to komisja przetargowa bierze całą odpowiedzialności za wybór Wykonawcy i od jej decyzji zależy czy projekt zostanie zrealizowany, w czasie i zgodnie z założoną technologią. Jeśli występują najmniejsze wątpliwości co do oceny spełnienia wymagań przez Wykonawcę należy je brać pod uwagę i traktować jako nadrzędne. Wybranie niedoświadczonego Wykonawcy może spowodować dodatkowe koszty dla Zamawiającego, opóźnienia w realizacji zadania, a także w konsekwencji straty materialne dla Zamawiającego. Wyrażona w tym piśmie, opinia nie stanowi wykładni prawa, jest to analiza otrzymanej dokumentacji pod kątem spełnienia wymagań Specyfikacji Warunków Zamówienia. Opinie sporządził mgr inż. Ł. S. posiadający uprawnienia w następujących specjalnościach: MAZ10230/OWOK/12— do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, upr: Numer MAZ10293/PBKb/21 do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, upr. numer MAZ10015/OWOMÎ14— do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności mostowej. Jeśli zachodzi potrzeba, to należy skonsultować wyżej wymienioną opinię z innym specjalistą posiadającym odpowiednie kwalifikacje w danej branży. W związku z powyższym uważa, iż należy uzyskać opinię osoby specjalizującego się w Prawie Zamówień Publicznych i jeśli on potwierdzi wątpliwości zawarte w piśmie opinii/ oraz zasadność tych wątpliwości proponuję odrzucenie oferty jako niespełniającej warunków Specyfikacji Warunków Zamówienia."

Dowody złożone przez Przystępującego:

1. Z umowy podwykonawczej wynika m.in., że Konsorcjum firm: Varia Tech sp. z o.o. oraz T4B sp. z o.o. było generalnym wykonawcą robót budowlanych związanych z realizacją inwestycji pod nazwą. „Rozbudowa placu pryzmowej kompostowni zielonych" i powierzyło do wykonania podwykonawcy Segi-Eko Sp. z o.o. w pełnym zakresie roboty objęte ww. Kontraktem.

2. Z aneksu nr 1 do ww. umowy podwykonawczej wynika m.in. zgodnie z par. 1 ust. 2 aneksu, par. 5 ust. 1 lit. d) umowy podwykonawczej zobowiązywał Segi-Eko Sp. z o.o. do wyznaczenia do pełnienia określonych funkcji m.in. kierownika budowy.

3. Z protokołu odbioru końcowego z dnia 16 maja 2017 r. wynika, że Zamawiający wraz z Zespołem Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego dokonał bez uwag odbioru końcowego robót referencyjnego zamówienia. Protokół został podpisany przez Wykonawcę Segi-Eko Sp. z o.o., Zamawiającego oraz Inspektora Nadzoru Inwestorskiego.

4. Z mapy sytuacyjno – wysokościowej oraz dokumentacji zdjęciowej wykonanego placu wynika, że plac w ramach referencyjnego zamówienia stanowił jednolitą całość.

5. Z projektu zagospodarowania działek (rysunek) przedmiotowego zamówienia wynika, że w ramach realizacji Etapu II plac nr 11 stanowi jedną niepodzieloną całość.

6. Z oświadczenia Członka Konsorcjum Varia Tech Sp. z o.o. oraz T4B Sp. z o.o. z dnia 13 lipca 2021 r. wynika, że: *„firma Segi-Eko Sp. z o.o., z siedzibą: ul. Szprotawska 10, 67-321 Leszno Górne, certyfikowana NIP 925-19-17-781, była jedynym podwykonawcą na zadaniu pn. Rozbudowa placu pryzmowej kompostowni odpadów zielonych, realizowanego dla Inwestora: Eko Dolina Sp. z o.o., Aleja Parku Krajobrazowego 99, 84-207 Łężyce. W ramach umowy podwykonawczej Segi-Eko Sp. z o.o. wykonała całość prac - zarówno budowlanych, jak i polegających na kompletowaniu/ przygotowywaniu dokumentacji oraz uzyskiwaniu stosownych zgód i pozwoleń - objętych ww. Ponadto informujemy, że w ramach ww. zadania Segi-Eko Sp. z o.o. skompletowała oraz przygotowała całość dokumentacji, na podstawie której Inwestorowi przyznano pozwolenie na użytkowanie obiektu objętego ww. kontraktem. Ww. dokumentacja była pozbawiona wad oraz braków, decyzję o pozwoleniu na użytkowanie wydano bez jakichkolwiek zastrzeżeń czy wcześniejszych wezwań do uzupełnień."*

7. Z przedstawionych faktur za beton, zamówienia na beton, klasy ekspozycji oraz wiadomości e-mail pochodzącej od Thomas Beton wynika, że dla referencyjnego zamówienia zamówiono beton C30/37, który spełnia wymagania wodoszczelności W8.

8. Z rysunku – „przekrój normalny – zamienny" dla referencyjnego zamówienia wynika grubość betonu 37 cm.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy pzp: *„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) została złożona przez wykonawcę: b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu."*

Przedmiotem sporu w ramach postawionego zarzutu była kwestia prawidłowości czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonanego przez Zamawiającego badania spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej postawionego w SWZ. W ocenie Izby przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w dokumentacji postępowania, a mianowicie złożonych w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego wykazie robót, referencjach, ich uzupełnieniach oraz dokumentach i wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Na wstępie zaznaczenia wymaga, że Izba ocenia czynności dokonane przez Zamawiającego w postępowaniu w oparciu o uzasadnienie tych czynności oraz dokumenty, stanowiące podstawę podjętych przez Zamawiającego decyzji. W niniejszej sprawie, zgodnie z pismem z dnia 27 maja 2021 r., jak ustalono Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu z uwagi na trzy okoliczności.

Odnosząc się do pierwszej z nich wskazać należy, że Zamawiający stwierdził, iż referencyjne zamówienie – wykonany plac, tylko w części stanowił plac magazynowy, który nie spełniał wymogu min. 1000 m2 powierzchni, a w pozostałym zakresie był to plac technologiczny. Zdaniem Izby wnioski Zamawiającego są nieuzasadnione w świetle postawionego warunku udziału w postępowaniu. Podkreślić należy, że Zamawiający w treści SWZ nie przedstawił definicji „placu magazynowego" czy „placu składowego". Nie odwołał się również w tym zakresie do przepisów prawa, które stanowiłyby o pojęciach użytych przez Zamawiającego w treści warunku. Tym samym należało uznać, zgodnie z wykładnią językową warunku, iż każdy plac, na którym są składowane czy magazynowane jakiekolwiek towary, przedmioty czy substancje spełniał tak sformułowany warunek udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający nie wyjaśnił w jaki sposób dokonał podziału referencyjnego placu na plac magazynowy i technologiczny. Nie przedstawił żadnej definicji, poglądów doktryny czy orzecznictwa, które wyjaśniałyby te pojęcia. W toku postępowania odwoławczego Zamawiający dokonywał dalszej interpretacji postawionego warunku powołując się na własną wiedzę, doświadczenie, również wynikające z uzyskanego pozwolenia zintegrowanego oraz jak sam przyznał, nieobowiązującą normę PN-81/B-01012, które miały stanowić wykładnię dla prawidłowego zdaniem Zamawiającego rozumienia „placu magazynowego". Zamawiający powoływał się również na wyjaśnienie treści SWZ, którego udzielił w odpowiedzi na pytanie nr 4 w piśmie z dnia 31 marca 2021 r, iż Zamawiający nie wyraża zgody na referencje z podobnego zakresu prac. Po pierwsze intencją zadającego pytanie było czy Zamawiający dopuści realizacje starsze niż 5 lat. Po drugie, odpowiedź Zamawiającego w żaden sposób nie wyjaśnia, co Zamawiający rozumiał pod pojęciem „placu magazynowego". W zasadzie odpowiedź ta nie wnosi żadnej merytorycznej treści do postawionego warunku ani go nie zmienia, a tylko stanowi o tym, że Zamawiający nie uzna innych prac niż budowa, przebudowa lub rozbudowa placu magazynowego lub składowego szczelnego o powierzchni nie mniejszej niż 1 000 m2. Zgodnie z definicją słownika języka polskiego PWN „magazyn" oznacza*„pomieszczenie do przechowywania towarów, surowców, sprzętu itp.",* natomiast „składować" oznacza *„przechowywać towary; przechowywać materiały, substancje szkodliwe w takich warunkach, by nie zagrażały ludziom i środowisku naturalnemu."* W ocenie Izby są to jedyne definicje, które można odnieść do treści warunku i interpretacji pojęć w nim użytych. Odwołujący wykazał, że wykonał rozbudowę placu pryzmowej kompostowni odpadów zielonych o powierzchni 7.189 m2. Skoro na placu miał być składowany, magazynowany kompost to niewątpliwie Odwołujący spełnił warunek dotyczący placu magazynowego lub składowego o wymaganej przez Zamawiającego powierzchni. Zdaniem Izby okoliczność, iż rozbudowany plac miał zostać „podzielony" funkcjonalnie przez Inwestora, pozostaje irrelewantna dla oceny spełnienia warunku. Fakt dojrzewania na danym terenie kompostu czy jego doczyszczania, nie zmienia okoliczności, że jest on na tym placu składowany. Podkreślenia również wymaga, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, niejednoznaczne i nieprecyzyjne postanowienia SWZ i wszelkie wątpliwości, w szczególności dotyczące warunków udziału w postępowaniu należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy. W ocenie Izby nie sposób z przedstawionych przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia oświadczeń i dokumentów wyprowadzić wniosku o niespełnianiu warunku w podważanym przez Zamawiającego zakresie. Zamawiający po terminie składania ofert dokonał własnej interpretacji warunku nieznajdującej odzwierciedlenia w treści SWZ. Nawet na rozprawie Zamawiający nie był w stanie racjonalnie wyjaśnić dokonanej w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego wykładni warunku udziału w postępowaniu w kontekście wykazanego referencyjnego zamówienia. Co więcej, jak słusznie podniósł Odwołujący, ze złożonego w toku postępowania opisu technicznego do projektu wykonawczego branży drogowej wynikało, że projektowany plac będzie stanowił jednolitą całość (nawierzchnię z betonu cementowego) połączoną z istniejącym placem. Tym samym nielogicznym jest, iż Zamawiający uznał jako spełniającą warunek tylko część placu, który w całości został wykonany w tej samej technologii. Nadto w złożonej przez Zamawiającego opinii, Opiniujący w zasadzie odwołuje się do interpretacji dokonanej przez Zamawiającego przytaczając fragment uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, a konkluzja opinii pozwala twierdzić, że Opiniujący sam nie jest pewien wniosków, które wyprowadza. Opinia nie przedstawia żadnego merytorycznego wywodu odnośnie rozumienia „placu magazynowego", dlatego też pozostaje nieprzydatna dla rozstrzygnięcia.

Wskazania również wymaga, że przedstawiona przez Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym argumentacja, jak również twierdzenia zawarte w złożonej Izbie opinii prywatnej, którą Izba potraktowała jak stanowisko procesowe Zamawiającego, a dotyczące kwestii technicznych, jak szczelność czy grubość betonu jest niezrozumiała, niezasadna i pozostaje w całkowitym oderwaniu od postawionego w SWZ warunku udziału w postępowaniu oraz od uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zamawiający, a w ślad za nim Opiniujący przedstawili szeroki wywód na temat niespełnienia przez referencyjne zamówienie wymogu szczelności zawartego w SWZ, w tym grubości betonu odnosząc się jednak nie do treści warunku, a do aktualnego przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazywał, że na placu, który ma zostać wybudowany będą składowane odpady, których waga znacznie przewyższa wagę kompostu i w tym zakresie rozbudowa referencyjnego placu nie podlegała takim rygorom jak dla placu będącego przedmiotem zamówienia. Zamawiający jednak w swojej argumentacji zapomina o treści postawionego warunku, który dotyczył szczelności placu wykazywanego przez wykonawcę na potrzeby spełnienia tego warunku, a nie szczelności w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie postawił w SWZ wymogu, że referencyjny plac magazynowy powinien spełniać jakieś wymagania techniczne, czy że powinny być na nim składowane towary czy odpady o określonej wadze. Zamawiający w postępowaniu odwoławczym dokonał nieuprawnionego rozszerzenia warunku, który mając na uwadze treść złożonej opinii w zasadzie sprowadzał się do takiego jego rozumienia, który w każdym aspekcie odpowiadałby przedmiotowi zamówienia. Inaczej mówiąc, argumentacja zaprezentowana w postępowaniu odwoławczym pozwala stwierdzić, że intencją Zamawiającego było w istocie wykazanie się przez wykonawcę realizacją identycznej inwestycji jak stanowiąca przedmiot zamówienia, przy czym Zamawiający nie przedstawił powiązania tych twierdzeń z uzasadnieniem decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Spełnienie wymogu szczelności było przedmiotem badania i wyjaśnień przez Zamawiającego w toku postępowania. Dlatego też wszelkie rozważania odnośnie szczelności czy grubości betonu oraz dowody złożone w tym zakresie pozostają nieprzydatne dla rozstrzygnięcia, gdyż nie stanowiły podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, a zostały przywołane wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego.

Przechodząc do kolejnej przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego, a mianowicie uzyskania pozwolenia na użytkowanie to w ocenie Izby również w tym zakresie czynność Zamawiającego była nieprawidłowa i sprowadzała się do kwestii rozumienia treści warunku. Zamawiający uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty upatrywał niespełnienia warunku w okoliczności, że po pierwsze Odwołujący nie uzyskał samodzielnie pozwolenia na użytkowanie, a z wnioskiem o pozwolenie wystąpił Inwestor oraz opierając się na twierdzeniu, że skompletowane przez Odwołującego dokumenty nie dotyczyły całości referencyjnej inwestycji, jako że zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie był jedynym podwykonawcą wykazywanego zamówienia.

Odnosząc się do pierwszej okoliczności to przede wszystkim należy dokonać analizy postawionego warunku. Zauważenia wymaga, że Zamawiający pismem z dnia 31 marca 2021 r. wprowadził do treści warunku wymóg: „wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie". Kluczowe w ocenie Izby są okoliczności, w jakich wymóg ten został wprowadzony, a mianowicie odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 7 do SWZ. Zamawiający wyjaśnił, że: *„inwestycja wykazująca spełnienie warunków udziału w postępowaniu powinna być zakończona i posiadać wszystkie wymagane prawem pozwolenia, w tym pozwolenie na użytkowanie."* Prawidłowa interpretacja warunku powinna odbywać się więc w oparciu o wyjaśnienie Zamawiającego wprowadzenia wymogu uzyskania pozwolenia na użytkowanie, gdyż na tej podstawie wykonawcy składając oferty w postępowaniu oceniali czy wykazywane przez nich zamówienie będzie spełniało warunek udziału w postępowaniu. Izba zauważa, że wykładnia warunku w kontekście udzielonych wyjaśnień prowadzi do wniosku, iż Zamawiający wymagał aby wykazywana inwestycja była inwestycją skończoną posiadającą pozwolenie na użytkowanie. Nieuprawnioną jest zatem na etapie po terminie składania ofert taka interpretacja Zamawiającego, że to wykonawca osobiście powinien złożyć wniosek o pozwolenie na użytkowanie i go uzyskać na podstawie udzielonego przez Inwestora pełnomocnictwa. Zamawiający w postępowaniu odwoławczym argumentował, że tylko bezpośrednie uzyskanie przez wykonawcę pozwolenia na użytkowanie gwarantuje wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, bowiem pozostaje on wyłącznie odpowiedzialny za uzyskanie pozwolenia względem Inwestora, w tym za ewentualne braki czy nieprawidłowości w dokumentacji. Jeśli Zamawiający uważał, iż tylko taki warunek udziału w postępowaniu zapewni mu wybór wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia to powinno to znaleźć odzwierciedlenie w treści SWZ. Zamawiający po raz kolejny w toku postępowania odwoławczego, a także w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego wykreował wymagania, których nie sposób wyinterpretować z postawionego warunku. Wskazać również należy, że Zamawiający na rozprawie dodatkowo wskazał, że możliwie byłoby uznanie warunku za spełniony, jeśli to wykonawca przekazałby Inwestorowi pełną dokumentację wraz z wnioskiem o pozwolenie na użytkowanie, co stanowi kolejną, odmienną wykładnię warunku od przedstawionej w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty. Tym samym, Zamawiający dokonał zawężenia treści warunku, która w zasadzie w ogóle eliminowałaby możliwość wykazywania się przez wykonawcę realizacją inwestycji, w której działał jako podwykonawca. Zaznaczyć również należy, że odpowiedzialność względem Inwestora, o której mówi Zamawiający sprowadzałaby się w przypadku Odwołującego wyłącznie do kwestii czysto technicznych, czyli zawiezienia dokumentacji i złożenia wniosku. Skoro bowiem zgodnie z oświadczeniami złożonymi przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia do jego obowiązków w ramach realizacji referencyjnej inwestycji należało skompletowanie wszelkiej dokumentacji niezbędnej do uzyskania pozwolenia na użytkowanie oraz że Kierownikiem budowy był pracownik Odwołującego to w przypadku jakichkolwiek braków czy nieprawidłowości to i tak Odwołujący pozostawałby jedynym odpowiedzialnym za ich usunięcie czy poprawienie, jako podwykonawca uznany przez Zamawiającego Eko Dolina. Abstrahując od powyższego, w ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie warunku, gdyż referencyjna inwestycja była inwestycją zakończoną, dla której uzyskano pozwolenie na użytkowanie, co wynika z treści złożonych przez Odwołującego oświadczeń i uzupełnienia referencji, a Odwołujący przygotował wszelką dokumentację niezbędną do jego uzyskania. Tym samym, Izba uznała również za nieuzasadnione twierdzenia Zamawiającego, że z treści złożonych oświadczeń i referencji wynika, że Odwołujący nie wykonał całości prac w ramach referencyjnego zamówienia, co oznacza, że skompletował jedynie część dokumentacji niezbędnej do uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Argumentację taką Zamawiający opierał na treści złożonej przez Odwołującego referencji wskazując, że nie stwierdzono w niej, iż Odwołujący wykonał przygotowanie podłoża czy prace elektryczne. Odnosząc się do powyższego Izba zauważa, że po pierwsze w wykazie robót Odwołujący oświadczył jakie prace wykonał „między innymi", co oznacza że prace wymienione nie wyczerpywały prac wykonanych, a stanowiły jedynie przykład. Po drugie, wywodzenie przez Zamawiającego niespełnienia warunku wyłącznie z treści samej referencji jest błędne i nie znajduje uzasadnienia w ustawie pzp oraz w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t. j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1282). W par. 2 ust. 4 ww. Rozporządzenia wskazano: *„4. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: 1) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, 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, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest wstanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty."* Z powyższego wynika, że oświadczenie o spełnieniu warunków musi zostać złożone w wykazie robót natomiast dowody mają wyłącznie potwierdzać należyte wykonanie zamówienia podanego wykazie wraz z elementami, które pozwolą na identyfikację realizacji tak aby oba dokumenty były ze sobą spójne. Ponadto dowody, w tym referencje są wystawiane przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a zatem nie uprawnionym jest stawianie wymagania aby w swojej treści idealnie odzwierciedlały wypełnienie warunku udziału w postępowaniu, czy też wymieniały wszystkie wykonane w ramach zamówienia prace bynajmniej takiego wymagania nie sposób wywieść z ww. Rozporządzenia. Izba podziela argumentację przedstawioną w wyroku z dnia 18 maja 2018 r., sygn. akt: KIO 845/18: *„Z treści Rozporządzenia wynika zamknięty katalog dokumentów, których może żądać zamawiający od wykonawcy w tym zakresie i jako dokument ten wskazuje wykaz zrealizowanych usług. Referencje, jako załącznik do wykazu, są jedynie uzupełnieniem informacji w nim zawartych, a ich rolą jest potwierdzenie faktu, że zamówienie na które powołuje się wykonawca zostało zrealizowane w sposób należyty. Zamawiający w SIWZ precyzuje najczęściej jakie informacje winny znaleźć się w treści wykazu, załączając jego wzór i wskazując określone treści, które winny się w nim znaleźć. Jest to działanie dopuszczalne, jeśli jego celem jest możliwość dokonania oceny czy z treści tego dokumentu wynika, że wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu w sposób opisany przez zamawiającego. Adresatem, do którego kierowane są wytyczne w tym zakresie jest podmiot składający ofertę. Niedopuszczalnym jest natomiast aby w treści SIWZ zamawiający precyzował jaki zakres informacji winien znajdować się w treści załączników do wykazu. Ustawodawca pozostawił w tym zakresie swobodę wykonawcy. Rozporządzenie stanowi, że załącznikami do wykazu mogą być referencje, bądź też inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz którego zamówienia były wykonywane oraz określa ich minimalną zawartość. Jest tak dlatego, że dokumenty składane na potwierdzenie należytego wykonania usług są, w przeciwieństwie do wykazu, dokumentem pochodzącym od podmiotu trzeciego, to od niego zależy treść oraz zakres informacji na temat wykonanego zamówienia."* Warto również przywołać wyrok o sygn. akt: KIO 2145/16 z dnia 28 listopada 2016r., w którym Izba

stwierdziła, iż: *„zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązany jest do badania złożonych dokumentów łącznie, tzn. badanie informacji zawartych w jednolitym dokumencie wraz z informacjami zawartymi w referencjach bądź innych dokumentach załączonych przez wykonawcę. Nieuprawnionym byłoby dokonywanie oceny tychże dokumentów rozłącznie, tym bardziej, że treść referencji bądź innych dokumentów przedstawionych na wezwanie nie została określona w obowiązujących przepisach, a jej zakres zależy każdorazowo od podmiotu, który tę referencję, bądź inny dokument wystawia”* oraz wyrok o sygn. akt: KIO 1216/17 z dnia 6 lipca 2017 r.: *„Odwołujący w treści odwołania stawia zarzut, iż treść referencji nie potwierdza wszystkich czynności, które zostały podane w wykazie, a wymagane były przez zamawiającego treścią ww. warunku. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący błędnie i w sposób nieuzasadniony wymaga, aby treść referencji powielała wszystkie informacje, żądane przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem potwierdzeniem spełnienia warunku jest oświadczenie wykonawcy w formie wykazu, a referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie prawidłowość wykonywanej usługi referencyjnej. Powyższe potwierdzają wprost przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych i rozporządzenia wykonawczego do tej ustawy. (…) Nie może zatem ulegać najmniejszej wątpliwości, że dokumentem potwierdzającym zakres wykonanych usług jest wykaz usług wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane”.* Wobec powyższego, to nie referencje, których rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz robót budowlanych stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia. Zamawiający poczynił zatem błędne założenie co do informacji, które powinny wynikać z treści referencji, które następnie doprowadziły go do przekonania, że Odwołujący nie wykonał całości prac objętych referencyjną inwestycją, nie był jedynym podwykonawcą oraz nie skompletował całości dokumentacji niezbędnej do uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego oparł ją wyłącznie na przypuszczeniach i domysłach, co należy uznać za niedopuszczalne. Zamawiający nie był w posiadaniu żadnych dokumentów, z których wynikałyby okoliczności podniesione w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Podnieść również należy, mając na względzie stanowisko Zamawiającego oraz Przystępującego, że dokumenty, które Odwołujący złożył w postępowaniu odwoławczym nie zostały Zamawiającemu przedstawione na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, że zgodnie z ww. Rozporządzeniem Zamawiający dokonuje oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu wyłącznie w oparciu o wykaz robót oraz referencje. Zamawiający nie może wymagać złożenia żadnych dodatkowych dokumentów, a jeśli na etapie postępowania miał wątpliwości odnośnie wykonania przez Odwołującego całości prac referencyjnego zamówienia to mógł wystąpić z wezwaniem o wyjaśnienie. Niemniej jednak, jak już zostało wskazane, oświadczenie o wykonaniu całości robót wynikało z oświadczenia Wykonawcy w wykazie robót.

Konkludując, Izba wskazuje, że Odwołujący w wykazie robót oświadczył, iż wykonał w całości plac, który spełnia wymagania warunku jest placem magazynowym lub składowym o pow. min. 1000 m2 wraz z przygotowaniem wszelkiej (czyli kompletnej) dokumentacji niezbędnej do uzyskania pozwolenia na użytkowanie, co zostało potwierdzone w złożonym uzupełnieniu referencji i oznaczało że inwestycja została skończona i uzyskała pozwolenie na użytkowanie. Złożone przez Odwołującego w postępowaniu odwoławczym dowody jedynie dodatkowo uwiarygadniały oświadczenia i dokumenty złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Dlatego też Izba uznała, że Zamawiający nieprawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego i nakazała unieważnienie tej czynności oraz powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Zarzut naruszenia art. 108 ust. 1 pkt. 6 ustawy pzp w zw. z art. 85 ustawy pzp.

Zarzut nie potwierdził się.

Izba podtrzymuje wcześniej poczynione ustalenia, a ponadto w zakresie podniesionego zarzutu Izba dodatkowo ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z par. 1 ust. 2 pkt 3 wzoru umowy: *„Przedmiot zamówienia, objęty niniejszą Umową, o którym mowa w ust. 1 powyżej, obejmuje w szczególności: 3) uzyskanie na własny koszt i ryzyko pisemnego uzgodnienia i akceptacji, przed przystąpieniem do wykonania Przedmiotu zamówienia, z wykonawcą I etapu inwestycji, zakresu i sposobu wykonania prac i robót budowlanych wchodzących w zakres Przedmiotu zamówienia, mających lub mogących mieć wpływ na prace i roboty wykonane w I etapie, w sposób nie powodujący utraty jakichkolwiek praw Zamawiającego wobec wykonawcy I etapu z tytułu wykonania przez niego powierzonego mu wcześniej do wykonania przedmiotu umowy, w szczególności odnoszących się do udzielonej Zamawiającemu przez wymienionego wykonawcę rękojmi i gwarancji na wykonane w I etapie inwestycji prace i roboty budowlane.”*

Na pytanie nr 8 w wyjaśnieniach treści SWZ:*„8. Proszę o uszczegółowienie (doprecyzowanie) zapisu wynikającego z rozdziału 1, pkt. 2, ppkt. 3 wzoru umowy. Co w przypadku braku zgody Wykonawcy I etapu na ingerencję w prace / roboty wykonane w ramach etapu I? Czy Wykonawca II etapu bez takiej zgody będzie mógł rozpocząć prace? Czy rozpoczęcie prac mimo braku zgody Wykonawcy I etapu będzie skutkowało koniecznością przejęcia gwarancji na prace wykonane w etapie I przez wykonawcę etapu II?”*Zamawiający udzielił odpowiedzi: *„Zamawiający nie przewiduje braku zgody Wykonawcy I etapu po przedstawieniu przez Wykonawcę II etapu, zgodnego ze sztuką budowlaną zakresu i sposobu wykonania prac i robót budowlanych wchodzących w zakres Przedmiotu zamówienia, mających lub mogących mieć wpływ na prace i roboty wykonane w I etapie, w sposób nie powodujący utraty jakichkolwiek praw Zamawiającego wobec Wykonawcy I etapu z tytułu wykonania przez niego powierzonego mu wcześniej do wykonania przedmiotu umowy, w szczególności odnoszących się do udzielonej Zamawiającemu przez wymienionego Wykonawcę rękojmi i gwarancji na wykonane w I etapie inwestycji prace i roboty budowlane. Rozpoczęcie prac, mimo braku zgody Wykonawcy I etapu, będzie skutkowało koniecznością przejęcia gwarancji na prace wykonane w etapie I przez Wykonawcę etapu II.”*

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 7 kwietnia 2021 r. w postępowaniu zostały złożone dwie oferty – Odwołującego i Przystępującego, przy czym ofertę najtańszą złożył Odwołujący.

Zgodnie ze złożoną przez Zamawiającego umową na etap I zamówienia w par. 8 umowy Zamawiający określił warunki odbioru i gwarancji jakości.

Bezsporne pomiędzy Stronami było, iż Przystępujący przygotował dokumentację projektową dla etapu I i II zamówienia, oraz był wykonawcą etapu I zamówienia, a osoba wykazana w wykazie osób na stanowisko kierownika budowy w przedmiotowym postępowaniu była autorem dokumentacji projektowej dla etapu II zamówienia.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp: *„1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę: 6) jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia."*

W myśl art. 85 ust. 1 i 2 ustawy pzp: *„1. Jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 r. poz. 369, 1571 i 1667), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji. 2. Wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzie-lenie zamówienia nie zakłóci konkurencji."*

Przesłanka wykluczenia wykonawcy z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp ma na celu wyeliminowanie niebezpieczeństwa, że wykonawca, który wcześniej doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, na skutek pozyskanej wiedzy złoży korzystniejszą ofertę w postępowaniu bądź wywrze wpływ na warunki zamówienia. Bez znaczenia pozostaje zakres i stopień zaangażowania wykonawcy w przygotowanie postępowania, jeżeli tylko w jego wyniku wykonawca może uzyskać przewagę konkurencyjną. Takie zaangażowanie wykonawcy musi ostatecznie spowodować zakłócenie konkurencji w postępowaniu.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że bezspornym było, iż autorem dokumentacji projektowej dla etapu II był kierownik budowy wskazany przez Przystępującego w wykazie osób. Jak jednak sam Odwołujący stwierdził, fakt przygotowania dokumentacji nie powoduje automatycznie, że w postępowaniu doszło do zakłócenia konkurencji. Odwołujący nie wskazał na okoliczności, które spowodowałyby że Przystępujący uzyskałby wiedzę, która pozwoliłaby mu na uzyskanie w postępowaniu przewagi konkurencyjnej czy złożenie korzystniejszej oferty. Zamawiający udostępnił potencjalnym uczestnikom postępowania całość dokumentacji projektowej, a więc Przystępujący nie był w posiadaniu jakichś dodatkowych informacji niedostępnych innym wykonawcom. Mając na względzie, że to Odwołujący złożył w postępowaniu najtańszą ofertę, nie można stwierdzić, aby zaistniały okoliczności prowadzące do zakłócenia czy ograniczenia konkurencji. Wszyscy wykonawcy mogli uczestniczyć w postępowaniu na równych zasadach i złożyć konkurencyjne oferty. Postępowanie odwoławcze pokazało, że Odwołujący upatruje wypełnienia przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp wyłącznie w postanowieniu przyszłej umowy z Zamawiającym, zgodnie z którym wykonawca etapu II będzie zobowiązany do dokonania uzgodnień z wykonawcą etapu I, czyli Przystępującym, mających na celu utrzymanie gwarancji jakości na prace budowlane wykonane w ramach etap I, co jak stwierdził Odwołujący, oznaczałoby w praktyce, iż Przystępujący jako wykonawca etapu II dokonywałby uzgodnień sam ze sobą. W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że dyspozycja art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp nie obejmuje okoliczności podnoszonej przez Odwołującego. Przepis ten odsyła do art. 85 ust. 1 ustawy pzp, który stanowi o zaangażowaniu w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, przez co należy rozumieć niniejsze postępowanie. Nie dotyczy on wykonawcy, który zrealizował inne zamówienie publiczne, a wykonawcy biorącego udział w przygotowaniu konkretnego postępowania. Odwołujący podjął próbę powiązania okoliczności przygotowania dokumentacji etapu II przez Przystępującego z wykonaniem przez niego etapu I i koniecznością uzgodnień mających na celu utrzymanie gwarancji na roboty budowlane wykonane w ramach etapu I. Okoliczności te pozostają jednak względem siebie w oderwaniu. W postanowieniu umowy nie chodzi o to, że Przystępujący przygotował dokumentację projektową na etap II ale o to, że pomiędzy wykonawcą etapu I i etapu II mają zostać podjęte uzgodnienia aby Zamawiający nie utracił gwarancji na już ukończoną inwestycję. Nie mają być to zatem uzgodnienia dotyczące dokumentacji projektowej etapu II. Nie wykazano również aby Przystępujący miał jakikolwiek wpływ na kwestionowane postanowienie umowy. Przepis art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp dotyczy sytuacji, kiedy wiedza uzyskana przez wykonawcę w związku z jego zaangażowaniem w trakcie przygotowywania dokumentacji postępowania, niedostępna innym wykonawcom daje mu przewagę prowadząc do złożenia oferty na korzystniejszych warunkach, tym samym zakłócając konkurencję w postępowaniu. Podważany przez Odwołującego zapis w umowie dotyczy natomiast etapu realizacji zamówienia i w żaden sposób nie spowodował, że Odwołujący nie mógł złożyć korzystniejszej oferty w postępowaniu. Co więcej, postanowienie to nie zostało przez Odwołującego zakwestionowane na etapie ogłoszonego postępowania. Izba nie ocenia zasadności wprowadzenia powyższego zapisu do umowy, a jedynie stwierdza, że postanowienie to, jako dotyczące wykonawcy innego etapu zamówienia nie wypełnia dyspozycji przepisu art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp w zw. z art. 85 ust. 1 ustawy pzp.

Dlatego też Izba nie uwzględniła podniesionego zarzutu.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego (10 000,00 zł) oraz koszt wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego (3 600,00 zł).

Izba nie zaliczyła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 828,00 zł, z uwagi na treść § 5 pkt 2 lit. b, zgodnie z którym uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego stanowi m.in. wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych. Odwołujący przedstawił fakturę VAT na kwotę 4 428,00 zł, a więc w wysokości przekraczającej kwotę 3 600,00 zł, dlatego też Izba zaliczyła koszty i wydatki pełnomocnika Odwołującego do wysokości określonej Rozporządzeniem.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia - zarówno uwzględniła odwołanie, jak również w pozostałej

części je oddaliła. W tej sytuacji, kierując się zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania, obciążyła kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego i Zamawiającego. Izba dokonała stosunkowego rozdzielenia kosztów, na podstawie § 7 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego i zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 6 800 zł 00 gr tytułem zwrotu 1/2 części kosztów wpisu oraz zastępstwa procesowego (wpis 10 000,00 zł oraz 3 600,00 zł koszty zastępstwa Odwołującego, co daje łącznie 13 600,00 zł) przy uwzględnieniu 1/2 wartości tych kosztów, bowiem zasadny okazał się jeden z dwóch rozpoznawanych na rozprawie zarzutów odwołania. Skoro Odwołujący poniósł koszty w wysokości 13 600 zł odpowiadając jedynie do 1/2 ich wysokości, konieczne było zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego różnicy pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: ……