

WYROK

z dnia 6 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę Terlan spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez „Aquanet” Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PTB Nickel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jelonku koło Poznania oraz PTB Nickel Technologia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jelonku koło Poznania zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje „Aquanet” Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Terlan spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Terlan spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego „Aquanet” Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Terlan spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od „Aquanet” Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu na rzecz Terlan spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (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:

UZASADNIENIE

W dniu 11 kwietnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy - Terlan spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Poznaniu (dalej jako „Odwołujący”) - na czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PTB Nickel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jelonku koło Poznania oraz PTB Nickel Technologia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jelonku koło Poznania, dokonane przez zamawiającego - „Aquanet” Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Zamawiający”) - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Przebudowa obiektów kubaturowych na terenie Lewobrzeżnej Oczyszczalni Ścieków w Poznaniu - Etap III Numer referencyjny: Z/93/2021” (dalej jako „Postępowanie”). Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) „art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 112 ust. 1 Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23.12.2020 r., w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej jako „Rozporządzenie”) poprzez bezpodstawne uznanie, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącego doświadczenia oraz odrzucenie oferty Odwołującego”,
- 2) „art. 239 ust. 1 i 2 Pzp poprzez wadliwe uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców: PTB NICKEL sp. z o.o. oraz PTB NICKEL Technologia sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum”) i wybór tej oferty, podczas gdy oferta Konsorcjum nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert ogłoszonych w ogłoszeniu o zamówieniu i dokumentach zamówienia”.

Odwołujący wniósł o:

- 1) „nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownej oceny ofert w postępowaniu, w tym: 3.3.1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego dokonanej 1.04.2022 r.; 3.3.2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert”,
- 2) „zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PTB Nickel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jelonku koło Poznania oraz PTB Nickel Technologia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jelonku koło Poznania (dalej jako „Przystępujący”). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co

następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 10 listopada 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 218-575170.

W punkcie 7.1.4.1 Specyfikacji Warunków Zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) Zamawiający określił, że „w postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej.

Warunek ten, w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 8 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie): - wykonał co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na naprawie powierzchni żelbetonowych oraz na aplikacji powłok chemoodpornych na bazie żywic o powierzchni minimum 3000 m². Okres ostatnich 8 lat, o którym mowa powyżej liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert”.

W punkcie 9.2 SWZ określono, że „w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 7.1. Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, działając na podstawie art. 126 ust. 1 PZP wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych: a) wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 8 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, dat i miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty zostały wykonane lub są wykonywane. Okres ostatnich 8 lat, o którym mowa powyżej liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert.

Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych wykonanych wspólnie z innymi Wykonawcami informacje, o których mowa wyżej dotyczą robót budowlanych, w realizacji których Wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył. b) dowodów, że wskazane przez Wykonawcę roboty budowlane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia zostały wykonane należycie. Dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty (wzór wykazu robót stanowi załącznik nr 6 do SWZ)”.

W punkcie 16. 1 SWZ Zamawiający określił, iż „przy wyborze ofert Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert: 1) Cena - 100 %”.

W Postępowaniu oferty złożyli Odwołujący i Przystępujący. Cena oferty Odwołującego wynosiła 8.363.385,00 złotych, zaś cena oferty Przystępującego 9.673.565,01 złotych.

W dniu 29 grudnia 2021 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do „złożenia (aktualnych na dzień złożenia) podmiotowych środków dowodowych potwierdzających:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- 2) brak podstaw do wykluczenia z postępowania;

określonych w pkt 9.2. lit. a-c) oraz 9.3. lit. a) - f) specyfikacji warunków zamówienia - dalej „SWZ”.

Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych:

- wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 8 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, dat i miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty zostały wykonane lub są

wykonywane.

Okres ostatnich 8 lat, o którym mowa powyżej liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert. (...)

- dowodów, że wskazane przez Wykonawcę roboty budowlane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia zostały wykonane należycie.

Dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli Wykonawca z

przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty (wzór wykazu robót stanowi załącznik nr 6 do SWZ)".

W dniu 11 stycznia 2022 roku Odwołujący udzielił odpowiedzi na ww. wezwanie, składając wykaz robót budowlanych sporządzony wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ, zawierający oświadczenie o wykonaniu robót budowlanych wymienionych w tabeli, w której:

- 1) w kolumnie „Roboty budowlane” napisano „roboty budowlane polegająca na naprawie powierzchni żelbetowych oraz na aplikacji powłok chemoodpornych na bazie żywicy o powierzchni minimum 3000 m²”,
- 2) w kolumnie „Nazwa/opis” napisano „Przebudowa obiektów kubaturowych i rozbudowa układu napowietrzania bioreaktorów Lewobrzeżnej Oczyszczalni Ścieków w Poznaniu” Zakres wykonanych prac obejmował, naprawę powierzchni żelbetowych poprzez reprofiliację oraz nałożenia powłoki chemoodpornej na powierzchni żelbetowej komory o powierzchni 6 358,9 m²”,
- 3) w kolumnie „Data wykonania Początek (data)” napisano „30.09.2020”,
- 4) w kolumnie „Data wykonania Zakończenie (data)” napisano „25.08.2021”.

W dniu 20 stycznia 2022 roku Zamawiający wezwał Odwołującego „do wyjaśnienia treści złożonych podmiotowych środków dowodowych” - „do wyjaśnienia treści złożonego „Wykazu robót budowlanych”, w zakresie określenia jaki jest rzeczywisty (faktyczny) termin zakończenia zadania pn „Przebudowa obiektów kubaturowych i rozbudowa układu napowietrzania bioreaktorów Lewobrzeżnej Oczyszczalni Ścieków w Poznaniu”.

Dokumentem datowanym na 27 stycznia 2022 roku Odwołujący udzielił odpowiedzi

na ww. wezwanie, wskazując, że „termin zakończenia zadania pn. „Przebudowa obiektów kubaturowych i rozbudowa układu napowietrzania bioreaktorów Lewobrzeżnej Oczyszczalni Ścieków w Poznaniu” upływa w dniu 31.01.2022 r.”. Do ww. dokumentu załączono Protokół zakończenia rozruchu nr 6/2021 datowany na 14 września 2021 roku, w którym jako „przedmiot i zakres rozruchu wskazano „rozruch technologiczny Bioreaktora obiekt nr 05.2 komory DNO, DF, DN, N W zakresie rozruchu sprawdzono

- Prawidłowość montażu koryt i umiejscowienia zawieradła
- Prawidłowość montażu i działania dyfuzorów
- Prawidłowość montażu i kierunek obrotów mieszadeł”,

oraz że „1. Rozruch technologiczny w obiekcie został wykonany zgodnie z dokumentacją projektową oraz wymaganiami Umowy (w tym STWiOR). 2. Urządzenie poddane sprawdzeniu działają prawidłowo. 3. Obiekt może zostać włączony do eksploatacji.”.

W dniu 15 lutego 2022 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do „uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia (określonego w pkt 7.1.4.1 SWZ)”. W ww. wezwaniu Zamawiający stwierdził, że „w opisie warunku nie dopuścił możliwości wykazania się robotami jeszcze trwającymi. Fakt, że w SWZ znalazł się taki zapis, nie może powodować tego, że postanowienia te mogą mieć prymat przed względnie obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa (tj. § 9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r., w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy dalej Rozporządzenie), gdzie widnieje wyraźne odniesienie do wykonanych robót budowlanych, co należy interpretować jako umowę o roboty budowlane. Wiąże się to z tym, że umowa o roboty budowlane jest umową rezultatu i dopiero na podstawie jej pełnej realizacji można dokonać właściwej weryfikacji jej wykonania.”.

Dokumentem datowanym na 24 lutego 2022 roku Odwołujący udzielił odpowiedzi na ww. wezwanie, wskazując, że „w złożonym Wykazie robót z dnia 11.01.2022 r. Spółka

wskazała na potwierdzenie spełnienia warunku, określonego w punkcie 7.1.4.1. SWZ, realizację wymaganych robót w ramach inwestycji pn. „Przebudowa obiektów kubaturowych i rozbudowa układu napowietrzania bioreaktorów Lewobrzeżnej Oczyszczalni Ścieków w Poznaniu” na rzecz zamawiającego Aquanet S.A. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, roboty te nie są robotami w toku, a zostały w całości wykonane i odebrane przez Aquanet S.A. Prace w powyższym zakresie Terlan sp. z o.o. zakończył w sierpniu 2021 r., że „po odbiorze przeprowadzono rozruch technologiczny Bioreaktora obiekt nr 05.2. Rozruch został zakończony w dniu 14.09.2021 r., co zostało potwierdzone Protokołem Zakończenia Rozruchu nr 6/2021r.” oraz że „pomimo że cała inwestycja została zakończona w dniu 31.01.2022 r., to roboty objęte m.in. POC nr 6, w tym roboty wskazane przez Terlan w Wykazie robót, zostały zakończone w terminie wcześniejszym, tj. do końca sierpnia 2021 roku”.

Zamawiający w dniu 1 kwietnia 2022 r. opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, w której wskazano, że „Zamawiający odrzucił Ofertę nr I Wykonawcy TERLAN Sp. z o.o., zgodnie art. 226 ust. 1 pkt 2b) PZP, ponieważ nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. W celu potwierdzenia spełnienia warunku określonego w pkt 7.1.4.1 SWZ (Wykonawca zobowiązany był wykazać, że w okresie ostatnich 8 lat wykonał co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na naprawie powierzchni żelbetowych oraz na aplikacji powłok chemoodpornych na bazie żywic o powierzchni minimum 3000 m², Okres ostatnich 8 lat, o którym mowa liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert), Wykonawca złożył Wykaz robót budowlanych (dalej „Wykaz”), w którym wskazał zadanie wykonane dla Aquanet S.A. pn. „Przebudowa obiektów kubaturowych i rozbudowa układu napowietrzania bioreaktorów Lewobrzeżnej Oczyszczalni Ścieków w Poznaniu” oraz przedłożył protokoły częściowe potwierdzające należyte wykonanie pewnego zakresu inwestycji (naprawa powierzchni żelbetowych poprzez reprofiliację oraz nałożenie powłoki chemoodpornej na powierzchni żelbetowej komory o powierzchni 6 358,9 m², z datą wykonania od 20.09.2020 - 25.08.2021) z całości robót wykonywanych dla tej Z uwagi na fakt, że Zamawiający posiadał wiedzę, że umowa nadal trwała, wezwał Wykonawcę pismem, nr DW/RP/736/5849/2022 z dnia 20.01.2022r., do wyjaśnienia treści złożonego Wykazu, w zakresie określenia jaki jest rzeczywisty termin zakończenia całego zadania pn. „Przebudowa obiektów kubaturowych i rozbudowa układu napowietrzania bioreaktorów Lewobrzeżnej Oczyszczalni Ścieków w Poznaniu”. Wykonawca w dniu 31.01.2022r. udzielił wyjaśnień, że termin zakończenia całości zadania upływa w dniu 31.01.2022r., a więc po terminie składania ofert. Dołączając Protokół zakończenia rozruchu nr 6/2021 z dnia 14.09.2021r., zgodnie z którym przeprowadzono rozruch technologiczny Bioreaktora obiekt nr 05.2 komory DNO, DF, DN, N, tj. zakres, w ramach którego zostały wykonane roboty objęte złożonym przez Wykonawcę Wykazem i potwierdzone protokołami odbiorów częściowych. W postawionym warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, Zamawiający nie dopuścił możliwości wykazania się robotami nadal trwającymi. Jednakowo w § 9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r., w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej „Rozporządzenie”), widnieje wyraźne odniesienie do wykonanych robót budowlanych, co należy interpretować jako umowę o roboty budowlane. Wiąże się to z tym, że umowa o roboty budowlane jest umową rezultatu i dopiero na podstawie jej pełnej realizacji można dokonać właściwej weryfikacji jej wykonania. Częściowe odbiory (którymi legitymuje się Wykonawca) nie kwitują odbioru całości inwestycji. Dodatkowo pojęcie roboty budowlanej, zdefiniowanej w art. 7 pkt 21 PZP, to wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, a także realizacja obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków i służy nie tylko technicznemu określeniu, ale również określeniu zakresu zamówienia mającego za przedmiot roboty budowlane, w szczególności w kontekście technicznej i ekonomicznej funkcji, jaką ma pełnić rezultat tych robót. W związku z powyższym Zamawiający, stosownie do zapisów art. 126 ust. 1 PZP, pismem Nr DW/RP/736/14483/2022, w dniu 15.02.2022r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w terminie do dnia 24.02.2022r. W odpowiedzi na wezwanie, w dniu 24.02.2022r., Wykonawca przedłożył jedynie wyjaśnienie, że w swojej ocenie spełnia warunek udziału w postępowaniu, ponieważ prace w wykazanym zakresie, w zakończył w sierpniu 2021r. i zostały one ujęte w Finansowym Protokole Odbioru Częściowego nr 6 z dnia 31.08.2021r. (dalej jako „POC nr 6”) oraz zatwierdzone pod względem merytorycznym i formalnorachunkowym. Na podstawie tego protokołu, Wykonawca w dniu 31.08.2021 r. wystawił fakturę VAT nr FV/0074/08/21, która została w całości zapłacona przez Aquanet S.A. w dniu 29.09.2021r. (na potwierdzenie załączył Finansowy Protokół Odbioru Częściowego nr 6, Fakturę VAT nr FV/0074/08/21 oraz potwierdzenie przelewu). Jednocześnie Wykonawca wyjaśnił, że po odbiorze przeprowadzono rozruch technologiczny Bioreaktora obiekt nr 05.2., który został zakończony w dniu 14.09.2021r., co potwierdzono Protokołem Zakończenia Rozruchu nr 6/2021r. i stwierdzono, że obiekt może zostać włączony do eksploatacji, co nastąpiło we wrześniu 2021r. Wykonawca nadmienił, że Bioreaktor, w ramach którego zostały wykonane roboty wskazane w Wykazie, jest nieustająco eksploatowany, a Aquanet S.A. nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń. Dodatkowo

roboty ujęte w Wykazie nie wchodziły w zakres pozwolenia na budowę, które zostało wydane dla inwestycji „Przebudowa obiektów kubaturowych i rozbudowa układu napowietrzania bioreaktorów Lewobrzeżnej Oczyszczalni Ścieków w Poznaniu”. W konsekwencji czego, Bioreaktor mógł być odebrany i oddany do użytkowania niezależnie od przebiegu prac objętych pozwoleniem na budowę. Wykonawca zapewnia, iż pomimo że cała inwestycja została zakończona w dniu 31.01.2022r., to roboty objęte m.in. POC nr 6, w tym roboty wskazane Wykazie, zostały zakończone w terminie wcześniejszym, tj. do końca sierpnia 2021r. Zamawiający w toku badania powyższych wyjaśnień stwierdza, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia. Wykonawca w Wykazie w pierwszej kolejności powołał się na całe zadanie pn. „Przebudowa obiektów kubaturowych i rozbudowa układu napowietrzania bioreaktorów Lewobrzeżnej Oczyszczalni Ścieków w Poznaniu”, które jak sam potwierdził, zakończyło się po terminie składania ofert. Następnie wyodrębnił zakres, który dotyczył warunku udziału w postępowaniu. Jednak zakres ten nie był wyraźnie opisanym etapem dla całości inwestycji i nie stosowano dla niego odbioru ze skutkami odbioru końcowego. Nie biega również od przywołanego odbioru częściowego gwarancja czy rękojmia za wady. Był to jedynie odbiór częściowy aby dokonać płatności częściowej, oddać obiekt do eksploatacji oraz dopuścić do dalszej fazy robót. Nie zostało także zwrócone zabezpieczenie należytego wykonania umowy dla tego zakresu. Zgodnie z Rozporządzeniem oraz PZP nie dopuszcza się możliwości wykazywania się robotami nadal trwającymi, ponieważ dopiero po pełnej realizacji przedmiotu umowy można dokonać weryfikacji jego należytego wykonania. Dodatkowo należy zaznaczyć, że Zamawiający nie praktykuje wystawiania referencji za roboty częściowe, dokonuje tego po podpisaniu protokołu odbioru końcowego kwitującego wykonanie umowy. Reasumując, warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione przez Wykonawcę w dniu składania ofert. Brak jest tym samym możliwości powoływania się w Wykazie wykonanych robót, na roboty które zostały zakończone po upływie tego terminu”.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, określonych w art. 528 Pzp, oraz że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej w świetle art. 505 ust. 1 Pzp.

Po zapoznaniu się z argumentacją Stron i Przystępującego, wyrażoną w pismach wniesionych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawionymi w trakcie rozprawy w dniu 15 kwietnia 2022 r. Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

Zarzut naruszenia „art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w związku z art. 134 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 112 ust. 1 PZP oraz § 9 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23.12.2020 r., w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej jako „Rozporządzenie”) poprzez bezpodstawne uznanie, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącego doświadczenia oraz odrzucenie oferty Odwołującego” był zasadny, gdyż Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b).

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp, „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu”. Stosownie do art. 112 ust. 1 Pzp, „zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności”, zaś art. 134 ust. 1 pkt 8) Pzp stanowi, że „SWZ zawiera co najmniej informację o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia”. Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. (dalej jako „Rozporządzenie”), „w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcyjnych dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: 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”.

Brak było przy tym podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający naruszył przepisy art. 134 ust. 1 pkt 8) Pzp i art. 112 ust. 1 Pzp. Przepisy te określają odpowiednio, że specyfikacja warunków zamówienia musi zawierać informację o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz w jaki sposób powinny być określone te warunki. W odwołaniu wniesionym w dniu 11 kwietnia 2022 roku nie przedstawiono zarzutów dotyczących treści postanowień SWZ, a przepisy te nie stanowiły podstawy prawnej czynności Zamawiającego, na które wniesiono rzeczzone odwołanie.

Wskazać należy, że zasadność czynności odrzucenia oferty podlega ocenie Izby w postępowaniu odwoławczym wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadnienie prawne i faktyczne odrzucenia oferty (por. np. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 16 listopada 2018 r., wydany w postępowaniu o sygn. KIO 2224/18, czy z dnia 16 grudnia 2021 r., wydany w postępowaniu o sygn. KIO 3508/21). W konsekwencji nie mogą być brane pod uwagę okoliczności, które nie zostały przedstawione w opublikowanej w dniu 1 kwietnia 2022 r. informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a zostały powołane dopiero w postępowaniu odwoławczym. W szczególności dotyczy to kwestii dotyczących treści postanowień Umowy o prace projektowe i roboty budowlane dla zadania pn. „Przebudowa obiektów kubaturowych i rozbudowa układu napowietrzania bioreaktorów Lewobrzeżnej Oczyszczalni Ścieków w Poznaniu”, zawartej między Zamawiającym a Odwołującym w dniu 30 września 2020 r. dotyczących odbiorów.

W ww. informacji jako uzasadnienie prawne (a w zasadzie podstawę prawną) czynności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp, zaś z treści tej informacji wynika, że uzasadnieniem faktycznym tej czynności było stwierdzenie, że Zamawiający nie dopuścił możliwości wykazywania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w punkcie 7.1.4.1 SWZ robotami budowlanymi „nadal trwającymi”, że zawarte w § 9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia sformułowanie „roboty budowlane” należy interpretować jako „umowę o roboty budowlane” oraz że przepisy Rozporządzenia oraz Pzp nie dopuszczają możliwości wykazywania się robotami budowlanymi „nadal trwającymi” - wobec czego robota budowlana, wymieniona w złożonym przez Odwołującego wykazie robót budowlanych nie może być powoływana w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, gdyż nie można przyjąć, że do dnia, w którym upłynął termin składania ofert w Postępowaniu, robota ta została wykonana.

Oceniając prawidłowość czynności odrzucenia oferty Odwołującego w świetle podanego w ww. informacji uzasadnienia prawnego i faktycznego Izba uznała za nieprawidłowe przyjętą w niej interpretację § 9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia, jak również stanowisko, że przepisy Rozporządzenia oraz Pzp nie dopuszczają możliwości wykazywania się robotami budowlanymi „nadal trwającymi”.

Jak trafnie wskazał Odwołujący, iż „w przywołanym przez Zamawiającego przepisie Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych ustawodawca konsekwentnie posługuje się pojęciem wykonanych robót budowlanych; nigdzie w tym przepisie nie ma mowy o wykonanej umowie o roboty budowlane, wykonanym zamówieniu na roboty budowlane lub innym, pozwalającym utożsamiać pojęcie wykonanych robót budowlanych z wykonanym przedmiotem umowy o roboty budowlane, niezależnie od ilości obiektów i zakresu branż do zrealizowania będących przedmiotem takiej umowy. Zatem należy uznać, że racjonalny ustawodawca chciał zawrzeć w tej normie to, co zapisał gramatycznie w przepisie. Gdyby ustawodawca chciał za przedmiot doświadczenia uznać wyłącznie należycie zrealizowaną umowę o roboty budowlane w sensie jej przedmiotu, która przecież jest umową nazwaną na gruncie polskiego prawa, to takim pojęciem posłużyłby się”. W sytuacji, gdy w przepisie art. 7 pkt 21) Pzp zawarta jest definicja robót budowlanych, w ocenie Izby pojęcie robót budowlanych użyte w akcie prawnym wydanym na podstawie delegacji zawartej w Pzp musi być rozumiane tak samo jak w Pzp. Mając ponadto na

uwadze, że przy interpretacji przepisu pierwszeństwo należy przyznać wykładni literalnej, należy uznać, że jedyna wskazana w ww. informacji okoliczność, która miałaby uzasadniać przyjęty przez Zamawiającego wynik interpretacji użytego w § 9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia sformułowania „roboty budowlane” - iż „umowa o roboty budowlane jest umową rezultatu i dopiero na podstawie jej pełnej realizacji można dokonać właściwej weryfikacji jej wykonania” - nie uzasadnia przyjęcia takiego wyniku interpretacji przedmiotowego sformułowania.

Konieczne jest przy tym wskazanie, że przepis § 9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia określa, jakich dokumentów zamawiający może żądać od wykonawcy, a nie określa, jakie są obowiązki czy uprawnienia zamawiającego w zakresie określenia warunku udziału w postępowaniu ani w jaki sposób wykonawca może wykazywać spełnienie takiego warunku. Określenie, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wyłącznie wykonawca spełniający określony warunek jest uprawnieniem zamawiającego, a sformułowanie (opisanie) tego warunku - jego obowiązkiem w sytuacji, gdy warunek taki ma być określony.

Biorąc ponadto pod uwagę, że w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołujący nie wskazał konkretnego przepisu Pzp, z którego miałby wynikać brak możliwości wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 7.1.4.1 SWZ „nadal trwającymi” robotami budowlanymi, za nieprawidłowe należało uznać stanowisko, że rzeczony brak wynikał z przepisu § 9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia czy z przepisu Pzp.

Nawet gdyby przyjąć, że § 9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia czy przepis Pzp może skutkować takim wynikiem interpretacji użytego w pkt 7.1.4.1 SWZ sformułowania „roboty budowlane”, jaki przyjął Zamawiający, to i tak nie sposób uznać, że był to jedyny możliwy wynik interpretacji tego sformułowania. Jak zaś trafnie wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2021 r., wydanym w postępowaniu o sygn. KIO 1493/21, „postanowienia SWZ są wiążące dla Zamawiającego i wykonawców. Nie mogą być one zmieniane po terminie składania ofert. Istniejące ewentualnie wątpliwości co do sposobu rozumienia zawartych w niej postanowień powinny być wyjaśniane przed terminem składania ofert. W przypadku braku precyzji sformułowań SWZ powodujących możliwość różnych jej interpretacji, wykonawcy nie mogą być obciążani ich negatywnymi skutkami. W związku z tym nawet gdyby przyjąć, że warunek określony w SWZ mógł budzić wątpliwości interpretacyjne, to Zamawiający winien dokonać oceny spełnienia go przez wykonawców z uwzględnieniem ww. zasad, tj. w sytuacji, gdyby uznać, że interpretacja SWZ przy użyciu reguł gramatycznych, znaczeniowych i logicznych pozwalała na ustalenie, iż ze spornego postanowienia można wyprowadzić kilka poprawnych, zgodnych z przepisami i właściwymi normami rozwiązań, to takie postanowienie SWZ musi być wykładane na korzyść wykonawców, bowiem to Zamawiający jest autorem SWZ”. Zatem w sytuacji, w której w zależności od wyniku interpretacji wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu albo go nie spełnia, zamawiający zobowiązany byłby przyjąć taką interpretację, skutkiem której wykonawca spełniałby warunek udziału w postępowaniu.

W pkt 7.1.4.1 SWZ określono warunek udziału w Postępowaniu (którego zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie spełnia), zgodnie z którym w Postępowaniu mogą brać udział wykonawcy, którzy spełniają warunek udziału w Postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, a warunek ten zostanie uznany za spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 8 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert w Postępowaniu „wykonał co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na naprawie powierzchni żelbetowych oraz na aplikacji powłok chemoodpornych na bazie żywic o powierzchni minimum 3000 m²”.

W ocenie Izby z użytego w ww. postanowieniu SWZ sformułowania „wykonał robotę budowlaną” (a nie „wykonuje robotę budowlaną” czy „wykonał bądź wykonuje robotę budowlaną”) wynika, że przedmiotowy warunek udziału w Postępowaniu spełniał wyłącznie wykonawca, który zakończył wykonywanie tej roboty budowlanej, wobec czego powoływanie się na niezakończony („nadal trwające” - według terminologii używanej przez Zamawiającego) w dniu, w którym upływał termin składania ofert w Postępowaniu, roboty budowlane nie mogłoby odnieść skutku w postaci wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu. W tym zakresie stanowisko Zamawiającego było zasadne.

W świetle treści pkt 7.1.4.1 SWZ należy również przyjąć, że Zamawiający dokładnie opisał, na czym miała polegać robota budowlana, której wykonaniem wykonawcy mieli się wykazać w celu spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w tym postanowieniu, tym samym określając, wykonanie jakich świadczeń miał wykazać

wykonawca - naprawy powierzchni żelbetowych oraz aplikacji powłok chemooodpornych na bazie żywic o powierzchni minimum 3000 m² - aby wykazać spełnianie tego warunku. W ww. postanowieniu Zamawiający nie posłużył się sformułowaniem „umowa o roboty budowlane”, zatem nie ma podstaw do przyjęcia, że w celu wykazania określonego w pkt 7.1.4.1 SWZ warunku udziału w Postępowaniu wykonawca miał wykazać, że wykonał umowę o roboty budowlane, której przedmiotem było wykonanie „naprawy powierzchni żelbetowych oraz aplikacji powłok chemooodpornych na bazie żywic o powierzchni minimum 3000 m²” ani że Zamawiający określił, jaki miał być przedmiot umowy, w wykonaniu której wykonawca wykonał tak opisaną robotę budowlaną, a w konsekwencji - że wykonawca miał wykazać, że wykonał umowę o roboty budowlane, której przedmiotem było (między innymi bądź wyłącznie) wykonanie „naprawy powierzchni żelbetowych oraz aplikacji powłok chemooodpornych na bazie żywic o powierzchni minimum 3000 m²”.

Podzielić należy stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 września 2021 r., wydanym w postępowaniu o sygn. KIO 2264/21, iż „obowiązkiem zamawiającego jest ocena spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu ściśle według tego jaki warunek został ustanowiony. Tak zamawiający, jak i wykonawcy są związani ustanowionymi przez zamawiającego postanowieniami SWZ warunkami i wymogami”.

Wobec powyższego zdaniem Izby w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 7.1.4.1 SWZ wykonawca musiał wyłącznie wykazać, że:

- a) wykonał „naprawę powierzchni żelbetowych oraz aplikację powłok chemooodpornych na bazie żywic o powierzchni minimum 3000 m²”,
- b) świadczenia te wykonał w okresie ostatnich 8 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), liczącym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert w Postępowaniu.

Z treści opublikowanej w dniu 1 kwietnia 2022 r. informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej wynika, że Zamawiający oceniał, czy Odwołujący wykonał „zadanie pn. „Przebudowa obiektów kubaturowych i rozbudowa układu napowietrzania bioreaktorów Lewobrzeżnej Oczyszczalni Ścieków w Poznaniu” - na które, jak stwierdził Zamawiający, powoływał się Odwołujący w wykazie robót budowlanych złożonym w dniu 11 stycznia 2022 roku, w sytuacji, gdy - jak również wskazano w ww. informacji - Odwołujący „wyodrębnił zakres, który dotyczył warunku udziału w postępowaniu”. Należy więc uznać, że pomimo że Zamawiający miał świadomość, że nie wszystkie świadczenia wykonywane „w ramach” ww. zadania są istotne dla oceny spełniania przez Odwołującego ww. warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 7.1.4.1 SWZ, nie dokonał oceny spełniania przez Odwołującego tego warunku w ww. zakresie (czyli ściśle według jego treści).

W tym stanie rzeczy trafnie podnosi Odwołujący, że „z faktu, że przedmiot Umowy referencyjnej obejmował daleko szerszy zakres rzeczowy i ilościowy robót, których część nie była jeszcze formalnie odebrana przez Zamawiającego w terminie składania ofert w postępowaniu, Zamawiający nie może wywodzić negatywnych skutków dla Odwołującego co do wykonania samych robót referencyjnych, zgodnych z warunkiem udziału” oraz iż „Zamawiający, oceniając wskazane roboty referencyjne, powinien przede wszystkim ustalić, czy odpowiadają one jakościowo (rzeczowo) i ilościowo wzorcowi opisanemu w ust. 7.1.4.1. SWZ”.

Mając na uwadze treść odwołania wniesionego w niniejszym postępowaniu odwoławczym oraz opublikowanej w dniu 1 kwietnia 2022 r. informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej należy ponadto wskazać, iż nie można uznać za istotne dla oceny, czy Odwołujący wykazał spełnianie ww. warunku udziału w Postępowaniu, innych okoliczności powołanych w ww. informacji.

Nie zostały przedstawione w niej jakichkolwiek argumenty przemawiające za tym, że to, iż „naprawa powierzchni żelbetowych poprzez reprofiliację oraz nałożenie powłoki chemooodpornej na powierzchni żelbetowej komory o powierzchni 6.358,9 m²” nie była „wyraźnie opisanym etapem dla całości” zadania pn. „Przebudowa obiektów kubaturowych i rozbudowa układu napowietrzania bioreaktorów Lewobrzeżnej Oczyszczalni Ścieków w Poznaniu” powoduje, że nie jest możliwe dokonanie oceny, czy świadczenia te zostały wykonane. Nie sposób więc przyjąć, że może to w konsekwencji prowadzić do wniosku, iż Odwołujący nie wykazał spełniania ww. warunku udziału w Postępowaniu.

W zakresie kwestii dokonania odbioru robót budowlanych (czy szerzej - świadczeń) Izba wskazuje, iż aczkolwiek dokonanie odbioru końcowego robót budowlanych stanowi dowód faktu, że zostały one wykonane (zakończono jego wykonywanie), to brak jest

podstaw prawnych do przyjęcia, że odebranie świadczenia jest warunkiem koniecznym dla uznania, że świadczenie zostało wykonane (zakończono jego wykonywanie), zaś w przypadku robót budowlanych - iż warunkiem takim jest dokonanie odbioru końcowego tych robót. Oczywiście jest, że świadczenie może zostać odebrane wyłącznie wtedy, gdy zostało wykonane, co oznacza, iż czynność odbioru świadczenia następuje po zakończeniu jego wykonywania. Świadczenie (które podlega odbiorowi) przez jakiś czas pozostaje więc wykonane, ale nie odebrane. Nie ma tym samym przeszkód, aby uznać za wykonane świadczenie, które nie zostało odebrane. Zatem okoliczność, że robota budowlana, wymieniona w złożonym przez Odwołującego w dniu 11 stycznia 2022 roku wykazie robót budowlanych nie podlegała „odbiorowi ze skutkami odbioru końcowego”, nie ma w ogóle znaczenia dla oceny, czy Odwołujący wykazał spełnianie ww. warunku udziału w Postępowaniu. Na marginesie niezbędne wydaje się zauważenie, że zacytowane stanowiska wyrażone w orzeczeniach powołanych przez Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym nie odnoszą się do kwestii wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Konsekwencją przyjęcia, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby uznać za wykonane świadczenie, które nie zostało odebrane, irrelevantne dla przedmiotowej oceny jest to, że nie nastąpił „odbior częściowy” świadczenia, ani - w sytuacji gdy taki odbiór nastąpił - jaki był cel dokonania takiego odbioru czy jego skutek, w szczególności czy powoduje on rozpoczęcie biegu okresu gwarancji bądź rękojmi. Nie oznacza to jednak, że dokonanie odbioru częściowego świadczenia (w tym robót budowlanych) nie może stanowić dowodu wykonania tego świadczenia.

Brak jest także podstaw do przyjęcia, że dla oceny, czy Odwołujący spełnia warunek udziału w Postępowaniu określony w pkt 7.1.4.1 SWZ, ma decydujące znaczenia okoliczność, że nie zostało także zwrócone zabezpieczenie należytego wykonania umowy służące pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy na podstawie której wykonano świadczenie. W ww. informacji nie przedstawiono żadnych przemawiających za tym argumentów.

Ani z przepisów Pzp, ani z dokumentacji Postępowania nie wynika, aby którakolwiek z podanych wyżej okoliczności była istotna dla dokonania oceny w zakresie spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 7.1.4.1 SWZ.

Skoro, jak wskazano powyżej, nie ma podstaw do przyjęcia, że w celu wykazania określonego w pkt 7.1.4.1 SWZ warunku udziału w Postępowaniu wykonawca miał wykazać, że wykonał umowę o roboty budowlane, której przedmiotem było wykonanie „naprawy powierzchni żelbetowych oraz aplikacji powłok chemoodpornych na bazie żywic o powierzchni minimum 3000 m²”, dla oceny, czy wykonawca spełnia przedmiotowy warunek znaczenie może mieć wyłącznie to, czy wykonał on (zakończył wykonywanie) „naprawy powierzchni żelbetowych oraz aplikacji powłok chemoodpornych na bazie żywic o powierzchni minimum 3000 m²”, a jeżeli wykonał - kiedy to nastąpiło. Irrelevantne jest zaś, czy wykonawca wykonał umowę o roboty budowlane, której przedmiotem było wykonanie takich świadczeń, bez względu na to, czy przedmiotem takiej umowy było wyłącznie wykonanie takich świadczeń, czy wykonanie różnych świadczeń, w tym „naprawy powierzchni żelbetowych oraz aplikacji powłok chemoodpornych na bazie żywic o powierzchni minimum 3000 m²” - a w konsekwencji również w jakim dniu wykonawca wykonał taką umowę. Istotne jest więc było wyłącznie to, czy Odwołujący faktycznie wykonał (zakończył wykonywanie) „naprawy powierzchni żelbetowych poprzez reprofiliację oraz nałożenie powłoki chemoodpornej na powierzchni żelbetowej komory o powierzchni 6.358,9 m²”.

W konsekwencji za nieprawidłowe należało uznać stanowisko Zamawiającego, iż w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 7.1.4.1 SWZ nie może być powoływana robota budowlana, wymieniona w złożonym przez Odwołującego wykazie robót budowlanych, czy że nie może być ona uznana za wykonaną - pomimo że była ona wykonywana na podstawie umowy, której wykonywanie nie zostało zakończone (co było bezsporne) w dniu, w którym upływał termin składania ofert w Postępowaniu. Bezpodstawnie zatem Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z tego powodu, że przedmiotowa robota (której zakres zgodnie z treścią tego wykazu obejmował naprawę powierzchni żelbetowych poprzez reprofiliację oraz nałożenie powłoki chemoodpornej na powierzchni żelbetowej komory o powierzchni 6.358,9 m²) była wykonywana na podstawie umowy, która „trwała nadal” w dniu, w którym upływał termin składania ofert w Postępowaniu.

najkorzystniejszej (jak również w postępowaniu odwoławczym) Zamawiający nie kwestionował, że Odwołujący wykonywał „naprawę powierzchni żelbetowych poprzez reprofiliację oraz nałożenie powłoki chemoodpornej na powierzchni żelbetowej komory o powierzchni 6.358,9 m²”, o której mowa w złożonym przez Odwołującego w dniu 11 stycznia 2022 roku wykazie robót budowlanych, ani że wykonanie tych świadczeń stanowi „naprawę powierzchni żelbetowych oraz aplikację powłok chemoodpornych na bazie żywic o powierzchni minimum 3000 m²”. Nie było także kwestionowane, że świadczenia te były wykonywane w okresie podanym w ww. wykazie, to jest od 20 września 2020 roku do 25 sierpnia 2021 roku. W toku postępowania odwoławczego Zamawiający przyznał, że świadczenia takie zostały wykonane „w obiekcie technologicznym bioreaktor 05.2 Lewobrzeżnej Oczyszczalni Ścieków w Poznaniu”, że rozruchu tego bioreaktora dokonano we wrześniu 2021 roku, a że następnie włączono go do stałej eksploatacji. Nie może ulegać wątpliwości, że skoro we wrześniu 2021 dokonano rozruchu bioreaktora, w którym dokonywane były naprawa powierzchni żelbetowych poprzez reprofiliację oraz nałożenie powłoki chemoodpornej na powierzchni żelbetowej komory o powierzchni 6.358,9 m², zakończenie wykonywania tych świadczeń musiało nastąpić przez rozpoczęciem rozruchu ww. bioreaktora.

Należało więc uznać za okoliczności niesporne, że Odwołujący w okresie ostatnich 8 lat licznym wstecz od dnia, w którym upływał termin składania ofert w Postępowaniu, wykonywał „naprawę powierzchni żelbetowych oraz aplikację powłok chemoodpornych na bazie żywic o powierzchni minimum 3000 m²”.

W tym stanie rzeczy Izba nie miała podstaw do uznania, że ponad wszelką wątpliwość Odwołujący nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 7.1.4.1 SWZ, wobec czego oferta Odwołującego powinna podlegać badaniu i ocenie, przy czym przy czynnościach tych powinny być wzięte pod uwagę wyjaśnienia Odwołującego złożone w dniu 11 stycznia 2022 roku, dokumentem datowanym na 27 stycznia 2022 roku oraz dokumentem datowanym na 24 lutego 2022 roku oraz załączone do nich dokumenty.

Konsekwencją uznania za zasadny zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp było również uznanie za zasadny zarzutu naruszenia „art. 239 ust. 1 i 2 Pzp poprzez wadliwe uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców: PTB NICKEL sp. z o.o. oraz PTB NICKEL Technologia sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum”) i wybór tej oferty”. W sytuacji, gdy Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego, a oferta Odwołującego powinna podlegać badaniu i ocenie, czynność wyboru oferty Przystępującego, jako dokonana przez prawidłowym zbadaniem i ocenieniem wszystkich ofert złożonych w Postępowaniu, musi być uznana za nieprawidłową.

Zważywszy, że cena oferty Odwołującego jest niższa niż cena oferty Przystępującego, a jedynym kryterium oceny ofert w Postępowaniu jest cena, naruszenie przez Zamawiającego ww. przepisów Pzp mogło mieć istotny wpływ na wynik Postępowania, gdyż oferta Odwołującego może zostać uznana za najkorzystniejszą.

Powyższe uzasadniało uwzględnienie odwołania nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 2 pkt 2), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 2 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 20.000 złotych. Zgodnie z § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: a) koszty związane z dojazdem na

wyznaczone posiedzenie lub rozprawę, b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych, c) wynagrodzenie biegłych oraz zwrot poniesionych przez nich wydatków, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego, d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego". Z kolei § 7 ust. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający; w takim przypadku Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2”.

Odwołujący na posiedzeniu niejawnym i rozprawie był reprezentowany przez dwóch pełnomocników. Jak wynika ze złożonej na rozprawie faktury, koszty Odwołującego w zakresie wynagrodzenia radcy prawnego T. S. wyniosły 3.600 złotych, zaś ze złożonych na rozprawie biletów, iż wydatki związane z dojazdem na posiedzenie i rozprawę ww. radcy prawnego wyniosły 153,10 złotych. Mając na uwadze treść § 5 pkt 2) ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego mogły być zaliczone wyłącznie wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika do kwoty 3.600 złotych. Wobec powyższego do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego zaliczono kwotę 3.600 złotych obejmujące wynagrodzenie i wydatki związane z dojazdem ww. radcy prawnego.

Zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty obejmujące ww. wynagrodzenie i wydatki.

Przewodniczący:.....