

WYROK

Warszawa, dnia 4 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik
M.K.

Ernest Klauziński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu:

- 1) 8 października 2024 r. przez wykonawcę T4B spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 3721/24);

oraz

- 2) 8 października 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ecoutility spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Marcinkowie, Green Management Group spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowce oraz D.D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D.D. z siedzibą w Marcinkowie, P.A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.A. z siedzibą w Marcinkowie i J.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.T. z siedzibą w Marcinkowie, którzy działają w formie spółki cywilnej Krozmet s.c. D.D., P.A., J.T. z siedzibą w Marcinkowie (sygn. akt KIO 3724/24),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Gminę Śrem,

przy udziale wykonawcy po stronie zamawiającego T4B spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 3724/24),

orzeka:

Sygn. akt KIO 3721/24

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego T4B spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika.

Sygn. akt KIO 3724/24

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie podjętych 3 października 2024 r. w zakresie odnoszącym się do Części I: czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ecoutility spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Marcinkowie, Green Management Group spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowce oraz D.D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D.D. z siedzibą w Marcinkowie, P.A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.A. z siedzibą w Marcinkowie i J.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.T. z siedzibą w Marcinkowie, którzy działają w formie spółki cywilnej Krozmet s.c. D.D., P.A., J.T. z siedzibą w Marcinkowie oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika.
 - 2.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą sumę kosztów poniesioną przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

.....

.....

Sygn. akt:KIO 3721/24

KIO 3724/24

Uzasadnienie

Gmina Śrem, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn.: „Budowa nowoczesnego systemu odbioru i zarządzania odpadami komunalnymi w gminie Śrem – II postępowanie”, nr postępowania: BP.271.28.2024.BS.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320).

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 11 lipca 2024 r, nr 2024/BZP 00408630.

Sygn. akt KIO 3721/24

W postępowaniu tym wykonawca T4B spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący T4B”) 8 października 2024 r., złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie części I Postępowania wobec:

- 1)czynności badania i oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ecoutility Sp. z o.o., Green Management Group Sp. z o.o., D.D., P.A., J.T. wspólnie prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą: Krozmet S.C. D.D., P.A., J.T. z siedzibą w Marcinkowie 63B, 11-030 Purda (dalej: „Konsorcjum Ecoutility”) w Postępowaniu,
- 2)zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Ecoutility na wszystkich istniejących podstawach, - zaniechania wezwania Konsorcjum Ecoutility do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów i oświadczeń,
- 3)zaniechania wezwania Konsorcjum Ecoutility do złożenia wyjaśnień,
- 4)zaniechanie wystąpienia do podmiotów wystawiających dokumenty referencyjne o przedstawienie informacji na ich temat.

Odwołujący T4B zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Ecoutility pomimo, że Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów i oświadczeń;
- 2)art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Ecoutility pomimo, że oferta tego Wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 3)art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Ecoutility do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów i oświadczeń składanych w Postępowaniu mimo, że dokumenty złożone przez tego Wykonawcę są niekompletne, zawierają błędy i nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w Postępowaniu;
- 4)art. 128 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Ecoutility do złożenia wyjaśnień w zakresie treści podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów i oświadczeń składanych w Postępowaniu;
- 5)art. 128 ust. 5 ustawy Pzp przez zaniechanie wystąpienia do podmiotów wystawiających dokumenty referencyjne o przedstawienie informacji na ich temat;
- 6)art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym, Odwołujący T4B wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1)uwzględnienie odwołania,
- 2)nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty Konsorcjum Ecoutility,
- 3)nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum Ecoutility na wszystkich istniejących podstawach.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący T4B wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący T4B argumentował, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Ponadto Odwołujący T4B wskazał argumentację w celu uzasadnienia zarzutów odwołania. Odwołujący T4B wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki śledczej na okoliczność ustalenia:

- 1) czy dokument zawarty w przedłożonym przez Konsorcjum Ecoutilty pliku np. „Chile_REF es_pl (2)” stanowi cyfrowe odwzorowanie dokumentu wystawionego jako dokument w postaci papierowej. Czy plik ten stanowi dokument elektroniczny będący kopią elektroniczną treści zapisanej w postaci papierowej (powstałej w wyniku skanowania, wykonania zdjęcia ewentualnie poprzez zastosowanie innych środków kopiowania dokumentu papierowego) czy też został wystawiony/utworzony jako dokument elektroniczny;
- 2) czy dokument zawarty w przedłożonym przez Konsorcjum Ecoutilty pliku np. „Referencje GMG” stanowi cyfrowe odwzorowanie dokumentu wystawionego jako dokument w postaci papierowej. Czy plik ten stanowi dokument elektroniczny będący kopią elektroniczną treści zapisanej w postaci papierowej (powstałej w wyniku skanowania, wykonania zdjęcia ewentualnie poprzez zastosowanie innych środków kopiowania dokumentu papierowego) czy też został wystawiony/utworzony jako dokument elektroniczny.

Sygn. akt KIO 3724/24

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Ecoutilty spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Marcinkowie, Green Management Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrówce oraz D.D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D.D. z siedzibą w Marcinkowie, P.A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.A. z siedzibą w Marcinkowie i Jarosława Trusiak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J.T. z siedzibą w Marcinkowie, którzy działają w formie spółki cywilnej Krozmet s.c. D.D., P.A., J.T. z siedzibą w Marcinkowie (dalej: „Odwołujący Konsorcjum”) 8 października 2024 r. wniósł odwołanie w zakresie części I postępowania, wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) wadliwym badaniu i ocenie ofert w Postępowaniu, a w konsekwencji odrzuceniu oferty Odwołującego Konsorcjum jako oferty złożonej przez wykonawcę, który nie spełnia warunków ubiegania się o zamówienie oraz oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 2) w konsekwencji dokonaniu przez Zamawiającego wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę T4B sp. z o.o.

Odwołujący Konsorcjum zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 266 Pzp przez jego błędne zastosowanie w sytuacji, w której Konsorcjum spełnia warunek udziału w postępowaniu,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie polegające na uznaniu, że oferta Konsorcjum została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący Konsorcjum wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności oceny ofert w zakresie Części 1 Zamówienia, w tym unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej ofert spółki T4B sp. z o.o.,
- 2) dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Części 1 Zamówienia,

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący Konsorcjum wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący Konsorcjum wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Ponadto Odwołujący Konsorcjum wskazał argumentację w celu uzasadnienia zarzutów odwołania.

W złożonej pismem z 25 października 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie obu odwołań. Odwołujący odniósł się do zarzutów odwołań i podał argumentację na potwierdzenie swojego stanowiska.

Ponadto zostały złożone pisma procesowe przez obu Odwołujących, a także dowody.

Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: „Izba” lub „KIO”), rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu Konsorcjum zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne, a jego oferta, gdyby nie została odrzucona, zajęłaby pierwsze miejsce w rankingu ofert.

Odwołującemu T4B zgodnie z treścią art. 505 ustawy Pzp nie przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ choć jest on wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie, w ocenie Izby na moment wniesienia odwołania nie legitymuje się on interesem ani nie może ponieść szkody, co stało się podstawą do oddalenia odwołania, o czym mowa będzie w dalszej części uzasadnienia.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, w

sprawie o sygn. akt KIO 3721/24 po stronie Zamawiającego nieskutecznie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Ecoutilty spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Marcinkowie, Green Management Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrówce oraz D.D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D.D. z siedzibą w Marcinkowie, P.A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.A. z siedzibą w Marcinkowie i J.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J.T. z siedzibą w Marcinkowie, którzy działają w formie spółki cywilnej Krozmet s.c. D.D., P.A., J.T. z siedzibą w Marcinkowie. Na podstawie informacji przekazanej przez Zamawiającego znajdującej się w aktach postępowania ustalono, że Zamawiający informację o wniesionym odwołaniu przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o zamówienie 9 października 2024 r. (środa) zatem 3 dniowy termin na zgłoszenie przystąpienia (uwzględniając weekend) upływał 14 października 2024 r. (poniedziałek). Zgłoszenie przystąpienia od ww. wykonawców wpłynęło do Prezesa Izby 15 października 2024 r. zatem po upływie terminu, o którym mowa w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, w sprawie o sygn. akt KIO 3724/24 po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie, skutecznie zgłosił wykonawca T4B spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący T4B”).

Odwołania rozpoznano w granicach zawartych w nich zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając sprawę Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”), Izba ustaliła, że przedmiotowe postępowanie o zamówienie zostało podzielone na dwie części. Przedmiotem części 1 jest Budowa gminnego Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych oraz budowa i uruchomienie 3 „gniazd” (osiedli) Systemu Indywidualnej Segregacji Odpadów (SISO), które obejmą tereny zabudowy wielorodzinnej oraz zabudowy szeregowej jednorodzinnej.

W rozdziale 7 SWZ, Zamawiający zawarł informacje dotyczące warunków udziału w postępowaniu. W zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, Zamawiający wskazał:

„O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej bez względu na ilość części o które ubiega się Wykonawca tj. wykażą że:

1) posiadają środki finansowe w kwocie co najmniej:

Część I zamówienia: 4.000.000,00 zł

Część II zamówienia: 50.000,00 zł

lub posiadają zdolność kredytową w takiej wysokości;

2) posiadają ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości co najmniej:

Część I zamówienia: 10.000.000,00 zł

Część II zamówienia: 200.000,00 zł

Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia.”.

W zakresie zdolności technicznej i zawodowej, Zamawiający wskazał:

„O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej tj. wykażą że:

Część I zamówienia:

1) wykonali należycie co najmniej jedną robotę ogólnobudowlaną z wszelkimi rodzajami mediów zewnętrznych i wewnętrznych (wykonane roboty muszą mieć cechy zastosowania automatyki i aparatur kontrolno - pomiarowych umożliwiających katalogowanie indywidualne użytkowników systemu na kwotę co najmniej 6.000.000,00 zł w tym wartość automatyki minimum 1.500.000,00 zł wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługa ta została wykonana należycie.

Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia.

2) wykonali należycie co najmniej 2 usługi związane z realizacją zadania polegającego na dostawie urządzeń, montażu i uruchomieniu oraz utrzymaniu systemu indywidualnej segregacji odpadów dla zabudowy wielolokalowej wraz z legalizowanym systemem pomiaru masy odpadów oraz możliwością przypisania rodzaju i masy odpadów indywidualnie do gospodarstwa domowego za kwotę co najmniej 2.000.000,00 zł każda, z podaniem wartości oraz daty i miejsca wykonania usługi wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie.

Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia. (...).

W rozdziale 8 SWZ, Zamawiający przewidział podstawy wykluczenia, tj.: art. 108 ustawy Pzp, art. 7 ust 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (t.j. Dz.U. z 2023r. poz. 1497), art. 111 ustawy Pzp.

Ponadto w treści SWZ, Zamawiający wskazał, Zamawiający w pkt 9.2 wskazał, że przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia, następujących podmiotowych środków dowodowych:

1) W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu:

1. Wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.
2. Informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem.
3. Dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia.
4. Wykaz robót budowlanych dla części nr 1 - Wykaz robót budowlanych wykonanych 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. Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych wykonywanych wspólnie z innymi Wykonawcami, wykaz robót budowlanych dotyczy robót budowlanych, w których wykonaniu Wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył.

Załącznikiem 11 do SWZ był wzór wykazu robót budowlanych/usług.

Zgodnie z pismem z 9 sierpnia 2024 r. (informacja z otwarcia ofert) w zakresie części 1 zostały złożone dwie oferty, tj. przez Odwołującego T4B oraz przed Odwołującego Konsorcjum.

Odwołujący Konsorcjum, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, przedstawił Zamawiającemu m.in. „wykaz robót budowlanych” sporządzony za załączniku nr 11 do SWZ. W treści tego wykazu Odwołujący Konsorcjum wskazał wykonanie jednej roboty ogólnobudowlanej na rzecz ELWOZECO Sp. z o.o. z siedzibą w Sierakowicach oraz 3 dostaw wykonanych na rzecz: ZZO Olszowa Sp. z o.o. z siedzibą w Kępnie, PUDAHUEL ACC Inżynieria Circular SPA zlokalizowanej w Chile oraz Wastes Service Group Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Kielczowie. Wraz z tym wykazem złożono dokumenty mające stanowić potwierdzenie należytej realizacji roboty i dostaw wskazanych w wykazie.

Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, zwrócił się do Wastes Service Group Sp. z o.o. Sp. k., ELWOZ ECO Sp. z o.o. oraz do Zakładu Zagospodarowania Odpadów Olszowa Sp. z o.o. o potwierdzenie złożonych przez Odwołującego Konsorcjum referencji.

Pismem z 11 września 2024 r., Zamawiający zwrócił się do Wastes Service Group Sp. z o.o. Sp. k. z wnioskiem o „(...) potwierdzenie referencji z dnia 12.07.2024 r. dotyczących umowy na dostarczenie urządzeń służących do selektywnego zbierania odpadów, w niżej wymienionym zakresie:

1) czy wykonawca zadania – Ecoutility Sp. z o.o., wykonał wg oświadczenia zawartego w referencji na dzień 12.07.2024 r. całe wyżej wskazane zadanie, a wykonanie tych robót zostało potwierdzone końcowym protokołem odbioru robót?

2) proszę o potwierdzenie czy kwota 2 521 500,00 zł brutto dotyczy łącznej wartości przedmiotowego zamówienia, czy stanu zaawansowania robót na dzień wystawienia referencji tj. 12.07.2024 r., jeśli ww. kwota dotyczy całego kontraktu, to proszę o wskazanie, jaka kwota została zafakturowana na dzień 12.07.2024 r.

3) proszę o potwierdzenie referencji, wystawionej w dniu 12.07.2024 r. – w szczególności potwierdzenie, czy urządzenia wskazane w treści referencji służą do obsługi wyłącznie mieszkańców z nieruchomości wielokomunalnych, oraz czy posiada ona system identyfikowania nieruchomości, z której pochodzą zdeponowane w niej odpady.”

W odpowiedzi na powyższe, pismem z 12 września 2024 r. Wastes Service Group Sp. z o.o. Sp. k. potwierdziła,

że Ecoutility sp. z o.o. wykonała całe wskazane w referencji zadanie. Potwierdzono, że kwota 2 521 500,00 zł brutto dotyczy wykonanego w całości zadania w ramach podpisanej z wykonawcą umowy ramowej. Wskazano też: „Niniejszym potwierdzam wystawione w dniu 12.07.2024 referencje w całości.

Pismem z 11 września 2024 r., Zamawiający zwrócił się do Zakładu Zagospodarowania Odpadów Olszowa Sp. z o.o. o: „potwierdzenie referencji z dnia 01.08.2024 r. dotyczących zamówienia pn. "Wzmocnienie systemu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych na terenie południowej Wielkopolski oraz części powiatu oleśnickiego" w niżej wymienionym zakresie:

1) czy wykonawca zadania – Ecoutility Sp. z o.o., wykonał wg oświadczenia zawartego w referencji na dzień 01.08.2024 r. całe wyżej wskazane zadanie, a wykonanie tych robót zostało potwierdzone końcowym protokołem odbioru robót?

2) proszę o potwierdzenie czy kwota 3 642 030,00 zł brutto dotyczy łącznej wartości przedmiotowego zamówienia, czy stanu zaawansowania robót na dzień wystawienia referencji tj. 01.08.2024 r., jeśli ww. kwota dotyczy całego kontraktu, to proszę o wskazanie, jaka kwota została zafakturowana na dzień 01.08.2024 r.

3) proszę o potwierdzenie referencji, wystawionej w dniu 01.08.2024 r. – w szczególności potwierdzenie, czy altany wskazane w treści referencji służą do obsługi wyłącznie mieszkańców z nieruchomości wielolokalowych, oraz czy posiada ona system identyfikowania nieruchomości, z której pochodzą zdeponowane w niej odpady.”

W odpowiedzi na powyższe, Zamawiający otrzymał informację, zgodnie z którą:

„Ad 1) Jako Zamawiający informuję, że ww. zadanie jest w trakcie realizacji a Wykonawca, do tej pory, wykonał wyżej wskazane zadanie z należytą starannością w zakresie wynikającym z odbiorów częściowych. Realizacja zamówienia nie została jeszcze zakończona, nie wszystkie altany objęte przedmiotem zamówienia zostały dostarczone, zamontowane i uruchomione, na dzień dzisiejszy zrealizowano 10 altan z 13. Wybrane altany są już dostarczone, uruchomione i użytkowane przez użytkowników. Wykonawca jeszcze nie świadczy obsługi gwarancyjnej – zgodnie z umową okres gwarancji zaczyna biec od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego dla wszystkich Altan. Inwestycja nie posiada jeszcze podpisanego protokołu odbioru końcowego.

Ad 2) Kwota wskazana w referencjach stanowiąca wartość 3 642 030,00 zł brutto dotyczy stanu zaawansowania dostaw dla ww. zamówienia publicznego na dzień wystawienia referencji tj. na dzień 01.08.2024 r., wówczas zafakturowane zostały altany dla etapu I i II w łącznej ilości 9 szt. Wartość całego zamówienia wynosi 5 260 710,00 zł brutto (kwota za dostawę 13 altan).

Ad 3) Potwierdzam niniejszym, że referencje stanowiące załączone przez Państwo pismo (znak L.dz. 253/2024 z dnia 1 sierpnia 2024 r.) zostały wydane przez Zakład Zagospodarowania Odpadów Olszowa Sp. z o.o. na wniosek Wykonawcy - Ecoutility Sp. z o.o.

Zgodnie z informacją podaną w referencjach: dostarczone urządzenia przeznaczone są do zbiórki odpadów komunalnych w tym mogą być wykorzystywane w zabudowie wielolokalowej. Na etapie postępowania w OPZ wskazano m.in.: „Przedmiotowa altana może stanowić uzupełnienie systemu PSZOK, może być wykorzystywana do selektywnej zbiórki odpadów w zabudowie wielorodzinnej, czy do zbiórki w „gniazdach” na terenach rozproszonej zabudowy. (...) Cele szczegółowe przedsięwzięcia to: - objęcie wszystkich mieszkańców gmin systemem selektywnego zbierania odpadów.”. Dostarczone urządzenia a także planowane do dostawy altany będą wykorzystywane zarówno w zabudowie wielolokalowej, jak i w jednorodzinnej. Intencją Zamawiającego jest objęcie wszystkich zainteresowanych mieszkańców dostępem do altan bez względu na rodzaj zabudowy.

Szczegółowy zakres zamówienia znajdują się w Opisie Przedmiotu Zamówienia dostępnym pod adresem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

<https://e-propublico.pl/Ogloszenia/DokumentyZamowienia?przetargId=94203b89-9ed2-47d7-b8c8-700739e1f0a2> – Zał. nr 3 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia gdzie m.in. wskazano, że:

„Elektroniczne altany odpadowe będą elementami zintegrowanego systemu selektywnego zbierania odpadów (...).

Identyfikacja użytkownika będzie następować poprzez czytnik zbliżeniowy w sposoby:

a) kart RFID

b) aplikacji mobilnej.

Korzystanie z altany będzie wymagało posiadania spersonalizowanej na jedną deklarację o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami: karty RFID lub aplikacji mobilnej.”

ZZO Olszowa Sp. z o.o. jako Zamawiający nie ograniczał dostawy altan tylko do zabudowy wielolokalowej. Mieszkańcy są identyfikowani kartą lub aplikacją w zakresie użytkowania wrzutni objętych kontrolą dostępu korzystając z nieidentyfikowalnych worków na odpady. (...).“

Pismem z 29 sierpnia 2024 r. Zamawiający zwrócił się do ELWOZ ECO Sp. z o.o., (...) o potwierdzenie wystawionych 05.08.2024 r. referencji, dla firmy Green Management Group Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowce, przy ul. Widok 13/31, 62-070 Dąbrowka.

Prosimy o potwierdzenie czy referencje te (dokument w załączniku) zostały wystawione przez Państwa – jeśli tak to czy roboty budowlane zostały należycie wykonane przez firmę Green Management Group Sp. z o.o. na kwotę 11 249 000,00 zł, w terminie 17.07.2023 r. – 23.11.2023 r., w całym wskazanym w referencji zakresie.”.

W odpowiedzi na powyższe (pismo opatrzone podpisem elektronicznym z 30 sierpnia 2024 r.), ELWOZ ECO wskazał, że: „W odpowiedzi na Wasze pismo BP.271.28.2024.BS potwierdzam, że referencje umieszczone w załączniku do Pani maila zostały wystawione przez spółkę Elwoz Eco. Potwierdzam, że firma GM Group Sp. z o.o. wykonała roboty na terenie naszego ZZO w Chlewnicy obejmujące wykonanie obiektu budowlanego wraz z wszelkimi mediami wewnętrznymi i zewnętrznymi oraz dostarczyła technologię składającą się z kilku modułów połączonych systemem automatyki wraz z aparaturą kontrolno-pomiarową oraz z możliwością identyfikacji użytkowników systemu. Potwierdzam, że wyżej opisane roboty zostały wykonane z należytą starannością. Szczegóły technologii, ze względu na innowacyjne rozwiązania, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.”.

Pismem z 3 października 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Odwołującego T4B jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego Konsorcjum. W zakresie czynności odrzucenia oferty Odwołującego Konsorcjum, Zamawiający podał następujące uzasadnienie faktyczne i prawne: „Oferta odrzucona w zadaniu 1 na podstawie Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b, Art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Uzasadnienie:

Wykonawca przedstawił wykaz robót budowlanych, z którego wynika że spełnia on wymagane warunki dot. doświadczenia. Jednak z uwagi na fakt, że drugi wykonawca kwestionował prawdziwość referencji, oraz zakres wykonanych faktycznie robót w stosunku do treści warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający wystąpił do wystawców referencji, o potwierdzenie ich prawdziwości oraz o potwierdzenie zakresu robót wykonanych w ramach zamówienia opisanego w referencji. W odpowiedzi na wniosek Zamawiającego, dwie firmy potwierdziły w całości zakres oraz prawdziwość wystawionych przez siebie referencji, natomiast trzecia firma potwierdziła prawdziwość wystawionych referencji, jednak wskazała że roboty budowlane objęte referencją nie zostały jeszcze ukończone, a zadanie jest w trakcie realizacji, ponadto potwierdziła ona również okoliczność że wykonana przez Wykonawcę robota nie spełnia warunku udziału opisanego w SWZ tj.: "(...)zadania polegającego na dostawie urządzeń, montażu i uruchomieniu oraz utrzymaniu systemu indywidualnej segregacji odpadów dla zabudowy wielolokalowej wraz z legalizowanym systemem pomiaru masy odpadów oraz możliwością przypisania rodzaju i masy odpadów indywidualnie do gospodarstwa domowego. Jak wskazano wprost w piśmie z dnia 12 września 2024 r. skierowanym do Zamawiającego "Dostarczone urządzenia a także planowane do dostawy altany będą wykorzystywane zarówno w zabudowie wielolokalowej, jak i w jednorodzinnej. Intencją Zamawiającego jest objęcie wszystkich zainteresowanych mieszkańców dostępem do altan bez względu na rodzaj zabudowy". Zatem należy stwierdzić, że Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a opisem robót wskazanym w wykazie robót budowlanych, próbował wprowadzić Zamawiającego w błąd. Ponadto z informacji publicznej udzielonej przez tę firmę w odpowiedzi na pytanie drugiej z firm ubiegających się o udzielenie zamówienia, Zamawiający uzyskał informację, że "Wagi dostarczone do dwóch altan przez Ecoutility Sp. z o.o. były realizowane w ramach pilotażu nowej funkcjonalności elektronicznych altan odpadowych za zgodą ZZO Olszowa Sp. z o.o. na testowanie urządzeń. Wyposażenie altan w wagi odbyło się poza ww zadaniem i umową w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Spółka nie zawierała oddzielnej umowy na wyposażenie altan w wagi." Zatem Wykonawca wykonał dodatkowe zadanie poza zamówieniem publicznym i umową z "własnej inicjatywy", w formie testu nowych urządzeń.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający odstąpił od wezwania Konsorcjum Ecoutility sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, kierując się treścią orzeczeń KIO, np. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2024 r., gdzie wskazano wyraźnie że "Nie ma podstaw do wezwania przystępującego do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p. Nierzetelnego wykonawcę, który wprowadził zamawiającego w błąd, należy wyeliminować z postępowania. Wykonawca "złapany za rękę" nie może dostać szansy podjęcia działań naprawczych, co byłoby sprzeczne z zasadami ogólnymi p.z.p. - zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców".

Biorąc pod uwagę powyższe należało odrzucić ofertę Wykonawcy.”.

Izba zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, iż odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3721/24 podlegało oddaleniu z uwagi na brak wypełnienia przesłanek wskazanych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 3724/24 okazało się zasadne, co skutkowało jego uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 3721/24

W ocenie Izby, zgodnie z treścią art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołującemu T4B nie przysługują środki ochrony prawnej. Przepis ten stanowi, że Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zatem

aby wykonawcy przysługiwała legitymacja do wniesienia odwołania musi mieć on interes w uzyskaniu zamówienia oraz musi co najmniej wystąpić groźba poniesienia przez niego szkody („poniósł lub może ponieść szkodę”). Podkreślić przy tym należy, że okoliczności wskazane w treści art. 505 ust. 1 ustawy Pzp mają charakter obiektywny – istnieją albo nie. Momentem miarodajnym dla oceny czy interes i szkoda istnieją, jest chwila wniesienia przez wykonawcę środka ochrony prawnej.

Jak wskazał Odwołujący w treści uzasadnienia odnoszącego się do wykazania interesu i szkody: „*W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia, ponieważ złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę oraz zajmuje pierwsze miejsce w rankingu ofert, po odrzuceniu przez Zamawiającego oferty Konsorcjum Ecoutililty. W przypadku ewentualnego skutecznego zaskarżenia przez Konsorcjum Ecoutililty odrzucenia swojej oferty Odwołujący mógłby utracić szansę na pozyskanie zamówienia. Także ewentualne nakazanie wezwania Konsorcjum Ecoutililty do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów i oświadczeń oraz nakazanie wezwania Konsorcjum Ecoutililty do złożenia wyjaśnień może skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy na innych, dodatkowych podstawach.*

Niewątpliwie w niniejszym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego. Szkoda ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia, gdyby Konsorcjum Ecoutililty zaskarżyło skutecznie odrzucenie swojej oferty. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.”.

Izba nie podziela powyższego stanowiska Odwołującego T4B. Oferta Odwołującego T4B została wybrana jako najkorzystniejsza. Natomiast oferta Konsorcjum została odrzucona. Powyższe okoliczności oznaczają, że na moment wniesienia odwołania Odwołującemu T4B nie przysługiwało to uprawnienie, ponieważ jest on wykonawcą, który wygrał to postępowanie a jego oferta jest jedyną ofertą ważnie złożoną. Innymi słowy, oferta złożona przez Konsorcjum w chwili wniesienia odwołania przez Odwołującego T4B nie zagrażała pozycji T4B w tym postępowaniu. Izba podkreśla, że zarówno interes jak i szkoda muszą mieć charakter rzeczywisty, a nie hipotetyczny. Tymczasem już sam Odwołujący T4B dostrzegł w treści swojego uzasadnienia, że „*W przypadku ewentualnego skutecznego zaskarżenia przez Konsorcjum Ecoutililty odrzucenia swojej oferty Odwołujący mógłby utracić szansę na pozyskanie zamówienia.*”. Powyższe stwierdzenie stanowi istotę sprawy. Wynika bowiem z niego, że na moment wniesienia odwołania pozycja Odwołującego T4B nie była zagrożona, a po drugie, że dopiero mogłaby stać się zagrożona na skutek potencjalnych, hipotetycznych wydarzeń. Odwołujący T4B trafnie przewidział, że Konsorcjum wnieś własne odwołania na czynność odrzucenia oferty Konsorcjum z postępowania, jednak wystąpienie tej okoliczności nie skutkuje powstaniem po stronie Odwołującego T4B interesu i szkody na tym etapie postępowania. Dopiero rozstrzygnięcie odwołania złożonego przez Konsorcjum, w połączeniu z odpowiednimi czynnościami Zamawiającego może spowodować zmianę sytuacji procesowej Odwołującego T4B, na późniejszym etapie postępowania o zamówienie.

Omawiane zagadnienie było wielokrotnie analizowane w orzecznictwie Izby. Skład orzekający podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 26 marca 2021 roku, wydanym w sprawach połączonych o sygn. akt: KIO 306/21 i 498/21, zgodnie z którym: „*Wystąpienie szkody, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy NPzp nie może być rozpatrywane hipotetycznie, w zależności od tego, czy inny wykonawca uczestniczący w postępowaniu złożył odwołanie, które może podważyć dotychczasowy wynik postępowania. Dopiero jeżeli w wyniku rozpatrzenia takiego odwołania wynik ten uległby zmianie na skutek nowej czynności zamawiającego, po stronie wykonawcy, którego wybór oferty został unieważniony, występuje realna szkoda. Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej rodzi się dopiero w chwili, gdy wykonawca jest w pozycji zagrożonej, a nie zwycięskiej. W przypadku, gdy oferta wykonawcy została wybrana, nie jest on w stanie wykazać przesłanki poniesienia szkody. Jakakolwiek szkoda mogłaby powstać wyłącznie w przypadku przyszłych czynności zamawiającego, które mają charakter czysto hipotetyczny i o których nie było wiadomo, czy w ogóle nastąpią. Szkodę, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy NPzp, zarówno zaistniałą jak i potencjalną, należy odnosić do sytuacji w postępowaniu, jaka ma miejsce w dacie wnoszenia odwołania. Przez możliwość poniesienia szkody nie można natomiast rozumieć możliwości, która dopiero mogłaby powstać w hipotetycznym przypadku dokonania nowych czynności, czy to na mocy wyroku Izby, czy też z inicjatywy własnej zamawiającego. Przyjęcie stanowiska przeciwnego nie dałoby się pogodzić z racjonalnością i ekonomią postępowania, prowadziłoby bowiem do przyznania legitymacji do wnoszenia odwołań każdemu wykonawcy w każdej sytuacji (zawsze wykonawca mógłby się bowiem powołać na choćby teoretyczną możliwość wystąpienia zdarzeń, które będą godzić w jego interesy), a wówczas przepis art. 505 ust. 1 ustawy NPzp nie znajdowałby w praktyce zastosowania. Dopuszczenie korzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, którego oferta została wybrana i podnoszenia zarzutów przeciwko wykonawcom, których oferty zostały odrzucone lub są mniej korzystne, stałoby w sprzeczności z ratio legis przywołanego wyżej przepisu. Ponadto przyjęcie tego poglądu niejako zmuszałoby każdorazowego wykonawcę, którego*

oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, do składania odwołań wobec oceny ofert sklasyfikowanych na miejscach dalszych niejako z ostrożności, pod rygorem uznania ewentualnego późniejszego odwołania, składanego wobec nowej czynności wyboru oferty innego wykonawcy, jako spóźnionego. Takiej praktyki nie da się pogodzić z zasadą ekonomiki postępowania odwoławczego, racjonalności systemu zamówień publicznych i systemu środków ochrony prawnej."

Powyższy pogląd podzieliła również Izba w wyroku z dnia 7 marca 2021 r., wydanym w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 447/22 i 458/22, wskazując ponadto, że „W tym zakresie podzielono stanowisko wyrażane już wcześniej w orzecznictwie Izby (por. przykładowo wyrok KIO sygn. akt 1374/19, wyrok KIO sygn. akt KIO 737/16, KIO 739/16, wyrok KIO 183/16, wyrok KIO sygn. akt: KIO 245/15, wyrok KIO sygn. akt KIO 305/15, wyrok KIO sygn. akt KIO 2777/1, wyrok KIO sygn. akt KIO 2295/12, KIO 2297/12, KIO 2301/12, KIO 2303/12, KIO 2305/12, KIO 2307/12, KIO 2310/1, wyrok KIO sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/12, wyrok KIO sygn. akt KIO 1256/20 i KIO 1260/20).

Stanowisko to jest prezentowane także w orzecznictwie sądów okręgowych sprawujących nadzór instancyjny nad orzecznictwem Izby. Jak wskazał Sad Okręgowy w Gliwicach w uzasadnieniu wyroku z 9 stycznia 2015 r. (sygn. akt X Ga 343/14; niepubl.) dopóki w ramach dokonanej oceny ofert oferta wykonawcy jest uznana za najkorzystniejsza, dopóty żadna z niżej sklasyfikowanych ofert nie może wyrządzić szkody. Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, uzupełniająco wskazać należy, że w razie niekorzystnego dla niego wyniku powtórnej oceny ofert, nie ma podstaw, aby jego odwołanie zostało odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp jako wniesione po upływie terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt 1 pzp, gdyż o zaniechaniu odrzucenia oferty C. wiedział już uprzednio. Przesłanki odrzucenia odwołania nie mogą być rozpatrywane w oderwaniu od tego czy wykonawca, który nawet powziął informację o okolicznościach mogących stanowić o podstawie wniesienia odwołania, mógł skutecznie wnieść takie odwołanie z uwagi na art. 179 ust. 1 pzp. Odwołanie nie może zostać uznane za spóźnione, jeżeli uprzednio wykonawca nie był legitymowany do jego wniesienia, choćby z uwagi na brak po jego stronie szkody, gdyż jego oferta była wtedy uznana za najkorzystniejszą. W przypadku A., którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, szkoda ta realnie wystąpi dopiero jeżeli w wyniku powtórzonych czynności wybrana zostanie oferta C".

Dokonana przez Izbę ocena co do braku możliwości skorzystania przez Odwołującego T4B ze środka ochrony prawnej zgodnie z treścią art. 505 ust. 1 ustawy Pzp skutkuje oddaleniem odwołania bez jego merytorycznego rozpatrzenia.

Sygn. akt KIO 3724/24

W ocenie Izby odwołanie złożone przez Odwołującego Konsorcjum podlegało w okolicznościach tej sprawy uwzględnieniu. Oferta Odwołującego Konsorcjum została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Jak wynika z treści ww. przepisów zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, a także jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W tym miejscu Izba zastrzega, że ocenie Izby podlegała treść uzasadnienia czynności z 3 października 2024 r. i okoliczności tam wskazanych z uwzględnieniem zakresu zaskarżenia wyznaczonego zarzutami odwołania.

Zasadnie podniósł Odwołujący Konsorcjum, że zastosowanie wobec niego przesłanki, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp nie było prawidłowe w okolicznościach tej sprawy. Jak wynika z treści warunku udziału w postępowaniu w wykazie należało wskazać, w celu potwierdzenia spełnienia warunku odnoszącego się do zdolności technicznej i zawodowej, jedną robotę ogólnobudowlaną i dwie usługi. Odwołujący Konsorcjum w treści złożonego wykazu podał 1 robotę ogólnobudowlaną i 3 usługi, z których Zamawiający zakwestionował tylko jedną usługę. Bez zakwestionowania pozostałych pozycji wykazu robót nie jest możliwe powołanie się na przesłankę odrzucenia oferty wskazaną w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp, gdyż stanowi ona wprost, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została ona złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Innymi słowy, skoro Zamawiający wymagał w celu wykazania spełnienia drugiej części warunku 2 realizacji a zostały mu przedstawione łącznie 3 realizacje, to powinien zakwestionować co najmniej dwie z nich aby zasadnie uznać, że wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu i w zależności od tego, czy w sprawie zasadnym było zastosowanie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, czy nie – podjąć odpowiednie czynności.

Reasumując, uznanie przez Zamawiającego że tylko jedna usługa nie wpisuje się w warunek udziału w postępowaniu nie jest wystarczające w okolicznościach tej sprawy dla zastosowania dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp.

Odnosząc się do tej części uzasadnienia decyzji z 3 października 2024 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego Konsorcjum, w której Zamawiający wskazał, że „(...) ponadto potwierdziła ona również okoliczność, że wykonana przez Wykonawcę robota nie spełnia warunku udziału opisanego w SWZ (...)”, Izba podziela dokonaną przez Zamawiającego w tym zakresie ocenę. Choć uzasadnienie jest enigmatyczne i z tych samych okoliczności Zamawiający zdaje się wywodzić zarówno, iż rzeczona usługa nie wpisuje się w warunek, a także doszło do wprowadzenia w błąd, Izba doszła

do przekonania, że podniesione okoliczności wskazują że sporna usługa nie wpisuje się w warunek. W kwestii zakończenia usługi – w ocenie Izby treść warunku wskazuje, że Zamawiający dopuszczał powołanie się jedynie na zakończone realizacje. W tym zakresie Izba podziela stanowisko Przystępującego T4B zaprezentowane w piśmie procesowym z 28 października 2024 r. Druga część warunku odnosząca się do dwóch usług ma charakter złożony i szczegółowy. Zamawiający wymagał aby wykonawcy „2)wykonali należycie co najmniej 2 usługi związane z realizacją zadania polegającego na dostawie urządzeń, montażu i uruchomieniu oraz utrzymaniu systemu indywidualnej segregacji odpadów dla zabudowy wielolokalowej wraz z legalizowanym systemem pomiaru masy odpadów oraz możliwością przypisania rodzaju i masy odpadów indywidualnie do gospodarstwa domowego za kwotę co najmniej 2.000.000,00 zł każda, z podaniem wartości oraz daty i miejsca wykonania usługi wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie”. Abstrahując od językowej poprawności sformułowania powyższego warunku, w ocenie Izby jasne jest, że skoro Zamawiający wskazał, że elementem systemu ma być legalizowany system pomiaru masy odpadów, to system pomiaru masy ma odnosić się do wszystkich odpadów a nie tylko do jednej wybranej frakcji, a ponadto powinien być elementem zadania na które powołuje się wykonawca a nie jego elementem dodatkowym, wykonanym z inicjatywy własnej, poza umową i nie na rzecz odbiorcy świadczenia lecz na rzecz wykonawcy w ramach „pilotażu”. Ponadto system pomiaru masy odpadów powinien „składać się” na kwotę wskazaną w treści warunku, co nie miało miejsca w ocenianej realizacji skoro była to inicjatywa własna wykonawcy, a zamawiający ZZO Olszowa się na nią jedynie zgodził. Zdaniem Izby nie taka była intencja Zamawiającego, który formułował omawiany warunek udziału w postępowaniu, skoro wskazał on że „wykonali należycie co najmniej 2 usługi związane z realizacją zadania polegającego na (...) wraz z legalizowanym systemem pomiaru masy odpadów oraz (...) za kwotę co najmniej 2.000.000,00 zł każda (...)”. Powyższe oznacza zdaniem Izby, że system pomiaru masy miał być elementem usługi w pełnym zakresie, a nie elementem dodatkowym niewchodzącym w zakres powołanej usługi. Nawet jeśli uznać, że tok myślowy Odwołującego Konsorcjum jest prawidłowy, gdyż Zamawiający nie odwołał się w treści warunku do jednej umowy lecz do usługi w ocenie Izby nie może to prowadzić do wypaczenia warunku w ten sposób, że za spełniającą warunek zostanie uznana realizacja, która zakresem rzeczowym ustanowionym przez zamawiającego/odbiorcę nie obejmowała wszystkich elementów wskazanych w warunku, lecz została ona wykonana przez wykonawcę z własnej inicjatywy, w zakresie przez niego określonym i na jego własną rzecz, a także bez wynagrodzenia.

Kolejną kwestią odnoszącą się do warunku jest okoliczność, że jak wskazał Zamawiający, zarówno z referencji jak i z pisma ZZO Olszowa wynika, że dostarczone przez wykonawcę altany nie były dla zabudowy wielolokalowej, lecz mogą być wykorzystywane dla takiej zabudowy. Niewątpliwie jednak w warunku Zamawiający wymagał aby wykazać się dostawą naziemnego systemu indywidualnej segregacji odpadów dla zabudowy wielolokalowej. Słusznie więc uznał Zamawiający i argumentował Przystępujący w swoim piśmie z 28 października 2024 r., że realizacja dla ZZO Olszowa nie wpisuje się w tę część warunku, w szczególności mając na uwadze ustalenie wskazane przez Przystępującego w pkt 39 pisma procesowego.

Przechodząc do oceny czynności Zamawiającego odnoszącej się do odrzucenia oferty Odwołującego Konsorcjum z uwagi na to, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, konieczne jest poczynienie kilku uwag natury ogólnej. W pierwszej kolejności odnotowania wymaga, że jak wynika z treści dokumentów zamówienia i co jest w sprawie między stronami bezsporne, Zamawiający w tym postępowaniu nie przewidział zastosowania fakultatywnych przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ustawy Pzp. Skład orzekający w tej sprawie nie jest zwolnieniem podejścia, zgodnie z którym w takim przypadku fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazaną w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub pkt 10 ustawy Pzp można zastąpić obligatoryjną przesłanką odrzucenia oferty wskazaną w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Stąd też każdorazowo Zamawiający ma obowiązek badać w toku postępowania, w którą z przesłanek dane zdarzenie się wpisuje.

Przechodząc do analizy treści art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przypomnieć należy, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 2 kwietnia 2024 r., sygn. akt KIO 802/24;„(...) informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, więc ich przekazywanie powinno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego, zawodowego charakteru prowadzonej przez wykonawców działalności (KC w zw. z PrZamPubl). Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do skrupulatności i rzetelności przy składaniu przez wykonawców oświadczeń na potrzeby przetargów, zwłaszcza w zakresie weryfikacji faktycznego zakresu inwestycji referencyjnych powoływanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. (...)”.

Nie sposób pominąć, że zgodnie z treścią art. 14 ust. 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie

nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Jak natomiast stanowi ust. 2 wiadomościami, o których mowa w ust. 1, są nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje, w szczególności o: 1) osobach kierujących przedsiębiorstwem; 2) wytwarzanych towarach lub świadczonych usługach; 3) stosowanych cenach; 4) sytuacji gospodarczej lub prawnej. Dodatkowo, jak stanowi art. 3 ust. 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zatem w celu oceny prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na zastosowaniu wobec Odwołującego Konsorcjum podstawy odrzucenia oferty wskazanej art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, należy ustalić, czy Zamawiający wykazał w uzasadnieniu z 3 października 2024 r., że czynność Odwołującego Konsorcjum polegająca na przedstawieniu w wykazie robót budowlanych zamówienia wykonanego na rzecz ZZO Olszowa sp. z o.o. w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wraz z referencjami z 1 sierpnia 2024 r., stanowi w okolicznościach tej sprawy czyn nieuczciwej konkurencji.

Warunek udziału w postępowaniu, celem wykazania którego została wskazana sporna realizacja miał brzmienie:

„2) *wykonali należycie co najmniej 2 usługi związane z realizacją zadania polegającego na dostawie urządzeń, montażu i uruchomieniu oraz utrzymaniu systemu indywidualnej segregacji odpadów dla zabudowy wielolokalowej wraz z legalizowanym systemem pomiaru masy odpadów oraz możliwością przypisania rodzaju i masy odpadów indywidualnie do gospodarstwa domowego za kwotę co najmniej 2.000.000,00 zł każda, z podaniem wartości oraz daty i miejsca wykonania usługi wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie*”.

Sporna realizacja została wykonana na rzecz ZZO Olszowa sp. z o.o. W treści wykazu robót budowlanych sporządzonym na załączniku nr 11 do SWZ, Odwołujący Konsorcjum wskazał w kolumnie „przedmiot”: *„Dostawa elektronicznych altan odpadowych dla projektu pn. Wzmocnienie systemu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych na terenie południowej Wielkopolski oraz części powiatu oleśnickiego”*. W kolumnie „wartość” podano 3.642.030,00 brutto, w kolumnie „data wykonania (data rozpoczęcia – data zakończenia)” podano: *„od 22.06.2023 do 31.05.2023 i nadal”*. W ocenie Izby nie można zgodzić się z Zamawiającym i Przystępującym T4B aby taki opis był wprowadzający w błąd. W tej pozycji Odwołujący Konsorcjum ograniczył się do podania jedynie nazwy zadania w sposób spójny z załączonymi referencjami. Izba podziela stanowisko, że z wykazu o takiej treści nie sposób przesądzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu i konieczne jest dalsze jego badanie. Niemniej jednak nie oznacza to automatycznie złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Do wykazu załączono referencje z 1 sierpnia 2024 r., które wzbudziły wątpliwości Zamawiającego, stąd też Zamawiający zwrócił się do ZZO Olszowa pismem z 11 września 2024 r. o potwierdzenie tych referencji. Treść tych referencji wskazuje, że: *„(...) firma Ecoutility Sp. z o.o. (...) realizuje od 22 czerwca 2023 r. zadanie, którego przedmiotem jest „Dostawa elektronicznych altan odpadowych dla projektu pn. (...)”*. Dostrzec więc należy, że już z tego twierdzenia wynika, że przedmiotowa realizacja nie została zakończona. Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty z 3 października 2024 r. Odwołującego Konsorcjum wskazał: *„(...) natomiast trzecia firma potwierdziła prawdziwość wystawionych referencji, jednak wskazała, że roboty budowlane objęte referencją nie zostały jeszcze ukończone, a zadanie jest w trakcie realizacji (...)”*. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że powyższy wniosek co do tego, że realizacja objęta referencją nie została jeszcze ukończona, można było wysnuć już po lekturze referencji z 1 sierpnia 2024 r. natomiast w wyjaśnieniach ZZO Olszowa z 12 września 2024 okoliczność ta została ostatecznie potwierdzona.

Następnie w referencjach z 1 sierpnia 2024 r. wskazano, że *„Wykonawca w ramach pierwszego i drugiego etapu realizacji umowy dostarczył 9 naziemnych urządzeń służących do selektywnego zbierania odpadów, w tym takich frakcji jak papier, szkło, tworzywa sztuczne, zsee, odpady problemowe itp. Przystosowanych do wystandaryzowanych pojemników(...)”*. Istotne w okolicznościach tej sprawy jest w ocenie Izby to, że w referencjach wskazano również, że: *„Dostarczone urządzenia przeznaczone są do zbiórki odpadów komunalnych, w tym mogą być wykorzystywane w zabudowie wielolokalowej.”*; zatem informację tą Zamawiający posiadał już na etapie dokumentów złożonych przez Odwołującego Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Kwestia ta została bowiem podniesiona przez Zamawiającego w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego Konsorcjum z 3 października 2024 r., gdzie Zamawiający wskazał: *„Dostarczone urządzenia a także planowane do dostawy altany będą wykorzystywane zarówno w zabudowie wielolokalowej, jak i w jednorodzinnej. (...)”* nie jest to jednak informacja, którą Zamawiający uzyskał dopiero w wyniku zwrócenia się do ZZO Olszowa pismem z 11 września 2024 r. gdyż wynikała ona już z referencji z 1 sierpnia 2024 r. przedstawionych w odpowiedzi na wezwanie.

W dalszej kolejności zwrócić uwagę należy, że w referencjach z 1 sierpnia 2024 r. wskazano: *„Urządzenia wyposażone są m.in. w system identyfikacji mieszkańca, czujniki poziomu wypełnienia, system informatyczny. Wykonawca wyposażył dodatkowo wybraną frakcję odpadów w wagi z legalizowanym pomiarem masy oddawanych odpadów w dwóch elektronicznych altanach odpadowych.”* W uzasadnieniu odrzucenia Odwołującego Konsorcjum z 3 października 2024 r. Zamawiający podał: *„Wagi dostarczone do dwóch altan przez Ecoutility Sp. z o.o. były realizowane w*

ramach pilotażu nowej funkcjonalności elektronicznych altan odpadowych za zgodą ZZO Olszowa Sp. z o.o. na testowanie urządzeń. Wyposażenie altan w wagi odbyło się poza ww zadaniem i umową w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Spółka nie zawierała oddzielnej umowy na wyposażenie altan w wagi. Zatem Wykonawca wykonał dodatkowe zadanie poza zamówieniem publicznym i umową z „własnej inicjatywy” w formie testu nowych urządzeń.”. O ile zgodzić się należy z Zamawiającym, że szczegółową informację na temat wyposażenia altan w wagi uzyskał on od ZZO Olszowa sp. z o.o. w piśmie z 12 września 2024 r., o tyle nie można pominąć że już w referencjach z 1 sierpnia 2024 r. wskazano, że wagi zostały dostarczone tylko do dwóch altan i tylko w zakresie wybranej frakcji odpadów, a także że wykonawca zrobił to „dodatkowo”. W ocenie składu orzekającego była to informacja, która słusznie została przez Zamawiającego uznana za wymagającą dalszego wyjaśnienia, ale z pewnością na podstawie tej informacji nie sposób było przesądzić, że taka dostawa wpisuje się w wymóg „wraz z legalizowanym systemem pomiaru masy odpadów”, gdyż skoro w treści warunku Zamawiający używał w odniesieniu do każdego elementu słowa „odpady”, to należy przyjąć, że chodzi o wszystkie odpady (tj. wszystkie ich rodzaje) a nie tylko jeden rodzaj. Byłoby to nieracjonalne gdyby to samo określenie definiować odmienne w zależności od tego do którego z elementu warunku się odnosi, w odmienny sposób czyli raz do wszystkich rodzajów odpadów innym razem do jednego z nich.

Przechodząc do analizy odpowiedzi udzielonej 12 września 2024 r. przez ZZO Olszowa w odpowiedzi na pytanie Zamawiającego z 11 września 2024 r. Izba wskazuje, że stanowi ona w ocenie Izby uszczegółowienie, rozwinięcie i doprecyzowanie referencji z 1 sierpnia 2024 r., którymi posłużył się Odwołujący Konsorcjum w tym postępowaniu. Przypomnienia wymaga, że w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawcy przedkładają w postępowaniu stosowny wykaz, do którego załączają referencje bądź inny dokument potwierdzający należyte wykonanie dostaw, usług bądź robót budowlanych wskazanych w wykazie. Izba dostrzega, że zakwestionowana przez Zamawiającego realizacja została przywołana przez Odwołującego Konsorcjum celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu jednak wskazać też należy, że z treści referencji oprócz potwierdzenia jej należytego wykonywania, wskazano inne dodatkowe informacje, których Odwołujący Konsorcjum przed Zamawiającym nie zataił. Ponadto informacje te pochodzą wprost od wystawcy referencji. Popelnienie przez Odwołującego Konsorcjum czynu nieuczciwej konkurencji Zamawiający wywodzi z okoliczności, że Odwołujący Konsorcjum miał Zamawiającego wprowadzić w błąd co do kwestii podniesionych przez Zamawiającego w uzasadnieniu zaskarżonej czynności z 3 października 2024 r. Jednak jak wynika z okoliczności sprawy, w tym w szczególności z analizy treści wykazu robót budowlanych w zakresie pozycji odnoszącej się do realizacji na rzecz ZZO Olszowa Sp. z o.o., załączonych wraz z tym wykazem referencji z 1 sierpnia 2024 r., pisma skierowanego przez Zamawiającego do ZZO Olszowa z 11 września 2024 r. wraz z odpowiedzią z 12 września 2024 r. nie sposób uznać, że zostało wykazane aby Odwołujący Konsorcjum wprowadził Zamawiającego w błąd co do tych okoliczności. Wobec powyższego zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp potwierdził się, ponieważ na podstawie ustaleń, które Zamawiający przywołał w czynności z 3 października 2024 r. nie sposób uznać, że Zamawiający wykazał aby oferta Odwołującego Konsorcjum została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, ustalony w sprawie stan faktyczny nie wskazuje bowiem na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do okoliczności związanych z realizacją na rzecz ZZO Olszowa.

Odnosząc się do stanowiska zawartego w piśmie Przystępującego T4B z 28 października 2024 r. Izba, w zakresie argumentacji z pkt 38 pisma wskazuje, że sam Przystępujący zwrócił uwagę na treść referencji gdzie zostało wskazane, że altany mogą być wykorzystywane w zabudowie wielolokalowej. Zatem nie doszło do przedstawienia nieprawdy w tym zakresie. Odwołujący Konsorcjum nie posłużył się bowiem referencją co do treści której wiedział, że zawiera co do tej okoliczności nieprawdziwe twierdzenie. Co do stanowiska wskazanego w pkt 39 pisma Izba zwraca uwagę, że Zamawiający w swojej decyzji z 3 października 2024 r. nie poczynił ustaleń wskazanego w przedostatnim zdaniu pkt 39, mimo posiadania do tego możliwości i materiału. Podobnie, Zamawiający w decyzji z 3 października 2024 r. nie ustalił okoliczności wskazanych w pkt 40 pisma. Ponadto Izba wzięła pod uwagę, że Odwołujący Konsorcjum nie oświadczył wprost, że dostarczył wagi dla systemu dla zabudowy wielolokalowej a z załączonych referencji wynikało że jest to kwestia co najmniej wątpliwa, a także wynika, że nie dotyczy dostawa wag całego zamówienia. Izba tym samym nie podziela stanowiska wskazanego w pkt 42 pisma, że dopiero w wyniku wyjaśnień z 12 września 2024 r. udzielonych przez ZZO Olszowa Zamawiający ustalił, że omawiana realizacja nie spełnia warunku. Należy zgodzić się, że wyjaśnienia te pozwoliły Zamawiającemu ostatecznie to przesądzić, jednak już na podstawie referencji z 1 sierpnia 2024 r. można było uznać, że są poważne wątpliwości na tym polu. Izba natomiast rozumie stanowisko Przystępującego wskazane w pkt 43 pisma procesowego wyrażone w pierwszej części (zdanie pierwsze), w tym zakresie że to wykaz i oświadczenie wykonawcy tam zawarte powinien potwierdzać spełnienie warunku a referencja ma za zadanie potwierdzić należyte wykonanie realizacji wskazanej w wykazie. Niemniej jednak wskazać również należy, że taki wykaz robót, jaki złożony został przez Odwołującego Konsorcjum nie może u prawidłowo działającego zamawiającego wywołać przekonania o spełnieniu tak złożonego, dwuczęściowego warunku udziału w postępowaniu. Z samej nazwy

postępowania nie sposób bowiem wywieść, że wszystkie elementy warunku zostały w ramach danej realizacji spełnione. Dokumenty składane przez wykonawców w postępowaniu podlegają ocenie przez Zamawiającego, któremu ustawa Pzp daje narzędzia do weryfikacji składanych mu dokumentów i oświadczeń. W ocenie składu orzekającego sama okoliczność, że w wykazie została jedynie podana nazwa realizacji zadania, bez szczegółowego opisu uwzględniającego poszczególne elementy składające się na warunek, nie przesądza o tym że ofertę złożono w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. W tym zakresie nie sposób bowiem wskazać, aby wykonawca wypełnił wykaz niezgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik 11 do SWZ. W ocenie Izby istotną okolicznością w sprawie jest to, że wykaz w zakresie realizacji na rzecz ZZO Olszowa w ogóle nie pozwala na wniosek, że tak skomplikowany warunek udziału w postępowaniu został spełniony, natomiast załączone referencje tylko potęgują to przekonanie. W tym miejscu pokreślić należy, że w zakresie realizacji dla ZZO Olszowa, co do powodów odrzucenia oferty Odwołującego Konsorcjum, nie ma sytuacji aby Odwołujący Konsorcjum przedstawił świadomie referencje z treści których wynika że realizacja wpisuje się w treść warunku. Gdyby tak było, można by rozważyć odrzucenie oferty Odwołującego Konsorcjum jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający zasadnie postanowił ten wykaz w tym zakresie zweryfikować, jednak poza wykazaniem że realizacja na rzecz ZZO Olszowa nie wpisuje się w warunek udziału w postępowaniu, w ocenie Izby nie doszło do jednoczesnego wykazania, że sposób powołania się na tą realizację stanowi o złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Reasumując, Izba doszła do przekonania, że odwołanie w okolicznościach tej sprawy jest zasadne. Po pierwsze, mimo trafnej oceny Zamawiającego, że realizacja na rzecz ZZO Olszowa nie wpisuje się w warunek udziału w postępowaniu, Zamawiający niezasadnie zastosował podstawę odrzucenia oferty wskazaną w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp. Obok realizacji na rzecz ZZO Olszowa, w celu wykazania spełnienia drugiej części warunku udziału w postępowaniu (odnoszącej się do 2 usług), Odwołujący Konsorcjum powołał jeszcze dwie inne realizacje, których Zamawiający nie zakwestionował. Pamiętać też należy o drugiej części warunku odnoszącej się do roboty ogólnobudowlanej. Niemniej jednak sama ocena, że realizacja na rzecz ZZO Olszowa nie spełnia warunku była prawidłowa. Po drugie, Izba uznała, że w okolicznościach tej sprawy nie wykazano aby doszło do złożenia przez Odwołującego Konsorcjum oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie powołania się na realizację na rzecz ZZO Olszowa. W konsekwencji należało uznać, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, przez jego niezasadne zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego Konsorcjum na tej podstawie.

W związku z powyższym Izba uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności z 3 października 2024 r. w zakresie części I postępowania polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Izba nakazała Zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert. W tym zakresie Izba zwraca uwagę, że w treści czynności z 3 października 2024 r. Zamawiający całą uwagę poświęcił realizacji na rzecz ZZO Olszowa, podczas gdy w wykazie Odwołujący Konsorcjum wskazał jeszcze 3 inne realizacje, tj. 1 robotę ogólnobudowlaną oraz 2 usługi. Zamawiający enigmatycznie wskazał w uzasadnieniu z 3 października 2024 r., że „(...) *dwie firmy potwierdziły w całości zakres oraz prawdziwość wystawionych przez siebie referencji (...)*”. Zdaniem Izby ocena w tym zakresie wymaga jednak pogłębionej analizy wobec tak złożonych obu części warunku udziału w postępowaniu, tj. odnoszących się do 1 roboty ogólnobudowlanej i do 2 usług. Z akt sprawy i ze stanowiska procesowego Zamawiającego wynika ponadto, że Zamawiający w celu potwierdzenia przedstawionych mu podmiotowych środków dowodowych nie zwrócił się do ACC Inżynieria Circular SPA, gdyż nie był w stanie zlokalizować tego podmiotu. Ponadto, jak wskazał Zamawiający m.in. referencji których dotyczy realizacja na rzecz tego podmiotu, dotyczy zawiadomienie do prokuratury, złożone przez Zamawiającego. Niemniej jednak, mimo tak dużych wątpliwości, Zamawiający w treści czynności z 3 października 2024 r. nie dokonał żadnej oceny tego doświadczenia. Izba stoi na stanowisku, że nie można pominąć ujawnionych w toku postępowania odwoławczego poważnych wątpliwości co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego Konsorcjum i w tych okolicznościach nakazana czynność powtórzenia badania i oceny powinna mieć za przedmiot ponową analizę złożonych przez Odwołującego Konsorcjum podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie pisma procesowego Odwołującego Konsorcjum z 30 października 2024 r. Izba wskazuje, że zgłoszono tam wnioski dowodowe odnoszące się do realizacji na rzecz ZZO Olszowa nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy z uwagi na to, że prawdziwość referencji z 1 sierpnia 2024 r. nie była kwestionowana, a także referencje te zostały potwierdzone przez ich wystawcę w piśmie z 12 września 2024 r. Umowa z ZZO Olszowa wraz z protokołami odbiorów również nie miały znaczenia dla sprawy, ponieważ nie wynikało z tych kopii nic ponad to co zostało w sprawie ustalone przez Zamawiającego, a także nie przeczyły one stanowisku Przystępującego T4B. Pozostałe wnioski dowodowe zostały przez Izbę oddalone, jako niemające związku z zaskarżoną czynnością Zamawiającego, której dał on wyraz w piśmie z 3 października 2024 r., a także jako wykraczające poza zakres zaskarżenia i również jako stanowiące próbę wprowadzenia tych dowodów do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 3721/24, gdzie

Odwołujący Konsorcjum nieskutecznie zgłosił swoje przystąpienie.

O kosztach postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 3721/24 orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

O kosztach postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 3724/24 orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 związku z § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....