

WYROK

Warszawa, dnia 5 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2024 r. przez wykonawcę T4B sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Bystrzyca Kłodzka uczestnik po stronie zamawiającego - wykonawca Ecoutility sp. z o.o. z siedzibą w Marcinkowie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy Ecoutility sp. z o.o. z siedzibą w Marcinkowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża uczestnika po stronie zamawiającego wnoszącego sprzeciw - wykonawcę Ecoutility sp. z o.o. z siedzibą w Marcinkowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych), uiszczoną przez odwołującego - wykonawcę T4B z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania; kwotę 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych), poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, a także kwotę 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych), poniesioną przez uczestnika po stronie zamawiającego wnoszącego sprzeciw - wykonawcę Ecoutility sp. z o.o. z siedzibą w Marcinkowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od uczestnika po stronie zamawiającego wnoszącego sprzeciw - wykonawcy Ecoutility sp. z o.o. z siedzibą w Marcinkowie rzecz odwołującego - wykonawcy T4B z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł (osiemnaście tysięcy sześćset złotych), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego w związku z uiszczonym wpisem od odwołania i wynagrodzeniem 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:.....

UZASADNIENIE

Gmina Bystrzyca Kłodzka (dalej: „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „ustawa Pzp” lub „Pzp”), pn.: „System indywidualnego zbierania wysegregowanych odpadów w zabudowie wielorodzinnej wraz z wyposażeniem modułów w Bystrzycy Kłodzkiej”, numer postępowania: WIRP.271.22.2024.

Wartość zamówienia przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 lipca 2024 r., numer wydania Dz.U. S: 132/2024, numer publikacji ogłoszenia: 409295-2024.

30.09.2024 r. wykonawca T4B sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „odwołujący”) wniósł odwołanie od Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od:

- czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu,
- czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty: Ecoutility sp. z o.o. (dalej: „Ecoutility”),
- zaniechania odrzucenia oferty Ecoutility,
- zaniechania wezwania Ecoutility do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych,

innych dokumentów i oświadczeń,

- zaniechania wezwania Ecoutility do złożenia wyjaśnień,
- zaniechanie wystąpienia do podmiotów wystawiających referencji o przedstawienie informacji na ich temat i dokumentów.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty 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 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 przez zaniechanie wezwania Ecoutility do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów i oświadczeń składanych w Postępowaniu, pomimo, 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 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 i dokumentów;
- 6) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty Ecoutility pomimo, że nie jest to oferta najkorzystniejsza;
- 7) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Ecoutility.

1.10.2024 r. zamawiający poinformował drugiego wykonawcę o wniesieniu odwołania drogą elektroniczną za pośrednictwem platformy Smart Pzp.

3.10.2024 r. wykonawca Ecoutility sp. z o.o. z siedzibą w Marcinkowie (dalej: „Ecoutility” lub „uczestnik postępowania odwoławczego”), zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła, że zgłoszenie przystąpienia ww. wykonawcy spełnia wymagania określone w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

15.10.2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uznaje odwołanie w całości. Odpowiedź na odwołanie została podpisana przez B.B..

Pismem z 17.10.2024 r. uczestnik postępowania odwoławczego – Ecoutility wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w całości oraz przedstawił swoje stanowisko w sprawie wraz z dowodami.

Wobec powyższego Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, po zapoznaniu się z pisemnymi stanowiskami uczestnika postępowania odwoławczego oraz dalszymi pismami odwołującego, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego, stwierdzając spełnienie tych przesłanek.

Izba oddaliła wniosek złożony przez odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z

zakresu informatyki śledczej na okoliczność ustalenia:

1. czy dokument zawarty w przedłożonym przez Ecoutility pliku np. „ref_MBM” 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 Ecoutility pliku np. „Referencje POL” 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,

- który został sformułowany w odwołaniu, a następnie którego zakres został rozszerzony na rozprawie również o dokumenty przedłożone przez przystępującego wraz z pismem procesowym zawierającym sprzeciw, tj. umów zamówień i protokołów odbioru na tą samą tezę dowodową, jak zgłoszona w odwołaniu, tj. na okoliczność, że dokumenty te nie stanowią cyfrowego odwzorowania formy pisemnej tych dokumentów, lecz zostały edytowane.

Powyższy wniosek dowodowy został oddalony przez Izbę jako, że jego przeprowadzenie spowodowałoby zbędną zwłokę w postępowaniu. Ponadto częściowo tezy objęte wnioskiem dowodowym się potwierdziły, co wynika z dalszej części uzasadnienia odwołania, w szczególności okoliczność, że przedłożone referencje nie stanowią cyfrowego odwzorowania dokumentu wystawionego jako dokument w postaci papierowej. Ponadto, przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w odniesieniu do dokumentów przedłożonych przez przystępującego wraz z pismem procesowym zawierającym sprzeciw, tj. umów zamówień i protokołów odbioru, wykraczałoby poza granice zarzutów odwołania.

Ponadto, Izba oddaliła wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu grafologii na okoliczność: czy elektroniczne wersje referencji przekazane przez przystępującego, a pochodzące od MBM i ACC Ingenieria to te same dokumenty, co elektroniczne notarialne kopie przekazane przez przystępującego wraz z wniesionym sprzeciwem, w szczególności, czy podpisy na tych dokumentach są takie same, czy też różne, - sformułowany w toku rozprawy, uznając, że jest on nieprzydatny dla rozstrzygnięcia sprawy, a spowodowałoby jedynie zwłokę w postępowaniu.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, przekazaną przez zamawiającego w formie elektronicznej.

Przedmiotem zamówienia jest zadanie pn. „System indywidualnego zbierania wysegregowanych odpadów w zabudowie wielorodzinnej wraz z wyposażeniem modułów w Bystrzycy Kłodzkiej” dofinansowane z Rządowego Funduszu Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych.

Zamawiający nie przewidział w tym postępowaniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, o których mowa w art. 109 ustawy Pzp (patrz: rozdział V SWZ).

W rozdziale VI SWZ zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej wskazując, że:

W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (...)

4) zdolności technicznej lub zawodowej:

„Warunek ten, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że:

- w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonał minimum dwa zadania, a w ramach każdego zadania wykonana została dokumentacja, dostawa, montaż i uruchomienie oraz utrzymanie naziemnego systemu indywidualnej segregacji odpadów dla zabudowy wielolokalowej wraz z dostawą systemu informatycznego do obsługi urzędzeń oraz legalizowanym systemem pomiaru masy odpadów o wartości co najmniej 1.000.000,00 zł brutto każde zadanie oraz zadania te zostały wykonane należyście;” (rozdz. VI pkt 1 ppkt 4 SWZ).

Zgodnie z rozdziałem VIII pkt 1 SWZ:

„1. W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu Wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą oświadczenie Wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, złożone na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia („JEDZ”), sporządzonego zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE seria L 2016 r. Nr 3, s. 16). JEDZ stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnienie warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania ofert, tymczasowo zastępujący

wymagane przez Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe”.

Zgodnie z rozdziałem VIII pkt 5 SWZ:

W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdz. VI pkt 1 ppkt 4 SWZ, Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty, działając na podstawie art. 126 ust. 1 PZP wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych:

1) wykazu dostaw wykonanych, w okresie ostatnich 5 lat (wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy— w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości brutto, przedmiotu, dat wykonania (dat dziennych rozpoczęcia i zakończenia realizacji dostaw) i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane należycie (wzór wykazu wykonanych dostaw stanowi Załącznik nr 8 do swz).

Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji dostaw, wykonywanych wspólnie z innymi Wykonawcami wykaz, o których mowa wyżej dotyczy dostaw, w których wykonaniu Wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył.

2) dowodów określających, czy wskazane przez Wykonawcę w wykazie dostawy, o których mowa w ww. pkt 1) zostały wykonane należycie. Dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów— oświadczenie Wykonawcy.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty:

- 1) odwołującego – wykonawcy T4B sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz
- 2) uczestnika postępowania odwoławczego – wykonawcy Ecoutilty sp. z o.o. z siedzibą w Marcinkowie.

W załączniku nr 3 do SWZ Standardowym Formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) w Części IV: Kryteria kwalifikacji w sekcji C: Zdolność techniczna i zawodowa wykonawca Ecoutilty powołał się na następujące referencyjne dostawy:

- 1) Dostawa elektronicznych altan odpadowych dla projektu pn. Wzmocnienie systemu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych na terenie południowej Wielkopolski oraz części powiatu oleśnickiego, na kwotę: 3.642.030,00 brutto, od 22.06.2023 do 31.05.2024 i nadal, odbiorca: Olszowa ZZO Olszowa sp. z o.o.;
- 2) Dostawa systemu zabudowanych urządzeń (wiaty/kontenery/gniazda) naziemnych do selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów w zabudowie wielorodzinnej, na kwotę: 595.000,00 EUR (2.588.250,00 zł netto wg kursu 1 EUR – 4, 35 zł), od 19.12.2023 do 03.06.2024 i nadal, odbiorca: PUDAHUEL ACC Inżynieria Circular SPA020000 PUDAHUEL (Chile);
- 3) Etap I w ramach zadania: Dostawa elektronicznych 4 (słownie: czterech) altan odpadowych (gniazd) do selektywnego zbierania odpadów wyposażonych fabrycznie w: system identyfikacji mieszkańca, czujniki poziomu wypełnienia, system kamer monitoringu, oświetlenie, system informatyczny z dostępem zdalnym w tym aplikację na telefon w systemie Android i Apple, legalizowany system pomiaru masy (wagi), zintegrowane rozwiązanie w zakresie zapobiegania wytwarzania odpadów i/lub ponownego użycia, na kwotę: Etap I - 2.521.500,00zł brutto, od 29.09.2023 do 31.05.2024 i nadal, odbiorca: Wastes Service Group Sp. z o.o. Sp.k., Kielczów;
- 4) Dostawa trzech naziemnych wiat/kontenerów/gniazd urządzeń służących do selektywnego zbierania odpadów (I Etap), na kwotę: 342.000,00 EUR tj. 1.476.000,00 zł netto wg kursu 1 EUR – 4, 3157 zł, od 31.03.2023 do 07.06.2024 i nadal, odbiorca: MBM GmbH Berlin (Niemcy).

W załączniku nr 8 do SWZ Wykaz dostaw wykonawca Ecoutilty oświadczył, że wykonał dostawy jak powyżej wskazane i zawarł tożsamy zakres informacji, jak w dokumencie JEDZ. Ponadto, wykonawca złożył dokumenty referencyjne dotyczące ww. dostaw.

Pismami z dnia 2.09.2024 r. zamawiający zwrócił się do Wastes Service Group sp. z o.o. z siedzibą w Kielczowie oraz do ZZO Olszowa sp. z o.o. z siedzibą w Olszowie – w trybie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp – o udzielenie informacji czy firma Ecoutilty wykonała na rzecz tych podmiotów usługi wskazane w wykazie dostaw i czy podmioty te wydały referencje złożone przez ww. wykonawcę w postępowaniu.

Oba ww. podmioty udzieliły odpowiedzi na ww. wezwanie.

Z kolei pismem z dnia 2.09.2024 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy Ecoutilty – w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp – do złożenia wyjaśnień dotyczących podmiotowych środków dowodowych złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VI pkt 1 ppkt 4 SWZ – czy wymienione w złożonym Wykazie usług usługi polegały na wykonaniu takiego zakresu zadań jaki został określony przez Zamawiającego w SWZ.

Ponadto, pismem z dnia 11.09.2024 r. zamawiający zwrócił się ponownie do wykonawcy Ecoutilty – w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp – do złożenia wyjaśnień dotyczących podmiotowych środków dowodowych złożonych na potwierdzenie

spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VI pkt 1 ppkt 4 SWZ, z uwagi na to, że wykonawca nie udzielił odpowiedzi na pierwsze wezwanie. Do tego wezwania zamawiający załączył dodatkowo pisma informujące o nieprawidłowościach oraz opinię sporządzoną na potrzeby postępowania w mieście Śrem. Zamawiający wezwał jednocześnie do ustosunkowania się do postawionych w pismach zarzutów i złożenia wyjaśnień czy wykonawca faktycznie wykonał usługi polegające na wykonaniu dokumentacji, dostawie, montażu i uruchomieniu oraz utrzymaniu naziemnego systemu indywidualnej segregacji odpadów dla zabudowy wielolokalowej wraz z dostawą systemu informatycznego do obsługi urządzeń oraz legalizowanym systemem pomiaru masy odpadów dla wymienionych zamawiających i otrzymał od nich referencje.

Pismem z dnia 13.09.2024 r. wykonawca Ecoutilty odpowiedział na oba ww. wezwania. Nadmienić przy tym należy, że odpowiedź, nawet jeśli traktować to pismo jako odpowiedź również na pierwsze z wezwań zamawiającego (z 2.09.2024 r.), to została ona złożona po terminie wyznaczonym przez zamawiającego. W tym zakresie brak jednak było zarzutu ze strony odwołującego.

Pismem z dnia 19.09.2024 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez wykonawcę Ecoutilty sp. z o.o. z siedzibą w Marcinkowie.

W ocenie Izby odwołanie należało uwzględnić.

Tytułem wstępu należy przywołać brzmienie przepisów prawa, powołanych przez odwołującego, jako podstawa prawna wniesionych przez niego zarzutów w *petitum* odwołania.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp: zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę: (...)

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp: zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Stosownie do art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233, ze zm.) – dalej: „UZNK” - czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei przepis art. 14 ust. 1 UZNK stanowi, że 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.

Przepisy art. 128 ust. 1, 4 i 5 ustawy Pzp stanowią, że:

1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

(...)

4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

5. Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp: zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp wynika, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odnosząc się do zarzutów przedstawionych w odwołaniu przede wszystkim stwierdzić należy, że w toku postępowania odwoławczego potwierdziły się zarzuty odwołującego, iż wykonawca Ecoutility wprowadził w błąd zamawiającego posługując się referencjami, których wystawcami miały być PUDAHUEL ACC Ingenieria Circular SPA (dalej jako: ACC Ingenieria) i MBM GmbH (dalej jako: „MBM”) twierdząc, że są to dokumenty stanowiące cyfrowe odwzorowanie dokumentu papierowego, w sytuacji, gdy na rozprawie wykonawca ten wprost przyznał, że zamawiającemu przekazał wyłącznie skany tych referencji, które rzekomo otrzymał od ich wystawców. Natomiast, w toku rozprawy okazało się, że przekazując skany referencji zamawiającemu nie widział oryginałów tych referencji (one miały mu zostać dostarczone przez wystawców w terminie późniejszym), a zatem nie mógł również poświadczyć cyfrowego odwzorowania dokumentu za zgodność z oryginałem dokumentu sporządzonego w postaci papierowej.

Zgodnie bowiem § 15 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415, ze zm): podmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składa się w formie elektronicznej, w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, w formie pisemnej lub w formie dokumentowej, w zakresie i w sposób określony w przepisach wydanych na podstawie art. 70 ustawy.

Zgodnie zaś z § 6 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 r. poz. 2452): w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania, zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

Stosownie do § 6 ust. 5 ww. rozporządzenia: przez cyfrowe odwzorowanie, o którym mowa w ust. 2-4 oraz § 7 ust. 2-4, należy rozumieć dokument elektroniczny będący kopią elektroniczną treści zapisanej w postaci papierowej, umożliwiającą zapoznanie się z tą treścią i jej zrozumienie, bez konieczności bezpośredniego dostępu do oryginału.

Jednocześnie, podkreślić też należy, że jeszcze w postępowaniu o udzielenie zamówienia - składając zamawiającemu wyjaśnienia datowane na 13.09.2024r. - wykonawca Ecoutility zdecydowanie oświadczał, że przedstawił cyfrowe odwzorowanie tych dokumentów, zgodnie z wymogami SWZ. Mianowicie, wyjaśniał, że: *„Ecoutility przedstawiło cyfrowe odwzorowanie tych dokumentów, zgodnie z wymogami SWZ Ecoutility zaprzecza, jakoby ingerowało w treść dokumentów. Wszystkie referencje zostały poświadczone za zgodność z oryginałem w trybie przewidzianym przez SWZ, tj. zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej. Dodatkowo, przedstawiciel Ecoutility poświadczył dokumenty za zgodność z oryginałem w dodatkowy, bardziej tradycyjny sposób, co tylko wzmocniło poświadczenie za zgodność z oryginałem, ale w żaden sposób nie wpłynęło na merytoryczną treść dokumentu. Zarzut nieautentyczności podnoszony przez T4B jest zatem całkowicie chybiony”* (str. 6/7 wyjaśnień z 13.09.2024r.).

Tymczasem wyjaśnienia te okazały się wprost nieprawdziwe. Co więcej sam wykonawca Ecoutility, zarówno w wyjaśnieniach składanych zamawiającemu, jak i na pierwszym terminie rozprawy potwierdzał, że posiada oryginały tych referencji, które zostały mu przesłane przez ich wystawców i jest gotów je przedstawić do wglądu na żądanie: *„Jednocześnie informuję, że reprezentowana przeze mnie Spółka jest w posiadaniu oryginalnej dokumentacji w wersji papierowej odręcznie podpisanej. W przypadku wątpliwości, deklaruję możliwość wglądu i zapoznania się z oryginałami w sposób wskazany przez Zamawiającego”*. (str. 7 wyjaśnień z 13.09.2024 r.).

Po czym, wykonawca zobowiązany przez skład orzekający do okazania oryginałów na kolejnym (odroczonej) terminie rozprawy dokumentów referencji wystawionych przez ACC Ingenieria i MBM, których skany złożył zamawiającemu, przedstawił zupełnie inne dokumenty referencji od MBM (2 egzemplarze), niż ten który został złożony w tym postępowaniu (choć o tożsamej treści). Uczestnik postępowania odwoławczego okazując te dokumenty, wyjaśnił, że nie jest w posiadaniu dokumentu, którego skan został przekazany zamawiającemu. Nie był w stanie wyjaśnić czy dokument ten został w ogóle mu przekazany w formie oryginału, przy czym wyrażał domniemanie, że jest on cały czas w posiadaniu jego wystawcy. W ocenie Izby takie działanie nie zasługuje na aprobatę i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, sprzeczny i z prawem, i z dobrymi obyczajami.

W tym przypadku nie chodzi tylko i wyłącznie o niewłaściwą formę dokumentów składanych w postępowaniu.

Z przedstawionych bowiem stanowisk stron i uczestnika postępowania, a w szczególności ze stanowiska tego ostatniego, wynika, że nie tylko nie przedstawił on zamawiającemu dokumentów, potwierdzających należyte wykonanie referencyjnych dostaw w formie wymaganej przepisami prawa, lecz - co istotne - wbrew stanowi rzeczywiście zapewniał zamawiającego (wezwany w tym zakresie do wyjaśnień), że złożone dokumenty stanowią cyfrowe ich odwzorowanie, zgodnie z wymogami SWZ. Tymczasem w dacie składania skanów zamawiającemu wykonawca nie był nawet w posiadaniu oryginałów tych dokumentów, co wiedział i czego nie ujawnił zamawiającemu. W tym przypadku wykonawca nawet nie może powoływać się na działanie nieumyślne, gdyż miał pełną świadomość tych faktów, a mimo to przedstawił takie a nie inne informacje zamawiającemu. Co więcej, wykonawca Ecoutility i samego zamawiającego, i Izbę na rozprawie, przekonywał, że jest w posiadaniu oryginałów tych dokumentów, po czym – jak już zostało przedstawione powyżej – w związku ze zobowiązaniem wykonawcy przez Izbę do przedłożenia oryginałów tych dokumentów, okazało się, że nie posiada dokumentu referencji MBM, którym posłużył się w postępowaniu. Próbuąc się przy tym jedynie tłumaczyć, że nie mógł odnaleźć dokumentu, co do posiadania którego tak przekonywał oraz marginalizując znaczenie tego faktu wobec posiadania „innych” oryginałów referencji o tożsamej treści.

Ponadto, zauważyć należy, że w odniesieniu do tychże dokumentów (skanów referencji - przekazanych drogą elektroniczną zamawiającemu) odwołujący przedstawił obszerną argumentację, popartą prywatnymi opiniami technicznymi, wskazującą na to, że te dokumenty zostały wytworzone elektronicznie, nie stanowią skanu wersji papierowej i, że były edytowane przed ich zapisem do pliku PDF. Przystępujący w tym zakresie nie przedstawił żadnej wiarygodnej argumentacji, czy kontropinii, oprócz zapewnień, że nie ingerował w treść tych dokumentów. Dodać należy, że te zastrzeżenia były znane wykonawcy, bo były składane w innych postępowaniach prowadzonych przez innych zamawiających, w tym w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Śrem pn.: „Budowa nowoczesnego systemu odbioru i zarządzania odpadami komunalnymi w Gminie Śrem – II postępowanie”, numer referencyjny: BP.271.28.2024.BS.

Ponadto, do wezwania do wyjaśnień z dnia 11.09.2024 r., skierowanego do wykonawcy Ecoutility, zamawiający załączył opinię złożoną przez odwołującego w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Śrem. Wykonawca zatem miał możliwość zapoznania się z tą opinią także w tym postępowaniu i przygotowania w tym zakresie własnych wiarygodnych twierdzeń i dowodów (choćby własnej opinii prywatnej), których jednak nie przedstawił. Złożył jedynie zapewnienia, iż: *„Ecoutility oświadcza, że wszystkie przedstawione w postępowaniu dokumenty, są autentyczne i pochodzą od podmiotów, które je wystawiły. Ecoutility przedstawiło cyfrowe odwzorowanie tych dokumentów, zgodnie z wymogami SWZ. Ecoutility zaprzecza, jakoby ingerowało w treść dokumentu. Dokumenty zostały poświadczony za zgodność z oryginałem w trybie przewidzianym przez SWZ, tj. zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej. Zarzut nieautentyczności jest zatem całkowicie chybiony. Aby uniknąć jakichkolwiek wątpliwości w tym zakresie, Ecoutility przedstawi podpisane odręcznie oryginały w każdej chwili na wezwanie Zamawiającego.”* Następnie odniósł się w szczególności do referencji wystawionych przez spółkę ElwoEco, które w tym postępowaniu w ogóle nie zostały złożone.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że potwierdził się zarzut, że wykonawca nie złożył prawidłowo podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do dostaw realizowanych na rzecz ACC Ingenieria i MBM z uwagi na brak zachowania wymaganej formy, przy czym te braki nie podlegają konwalidowaniu i uzupełnieniu w oparciu o przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w okolicznościach niniejszej sprawy (złożenie w tym zakresie nieprawdziwych informacji oraz zaistnienie podstaw do odrzucenia oferty). Wobec czego oferta wykonawcy Ecoutility podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp.

Potwierdził się w tym zakresie również zarzut złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK. Izba podziela argumentację przedstawioną przez odwołującego, że wykonawca Ecoutility przez określony sposób prezentowania przez siebie informacji czy to w wykazie usług, czy w wyjaśnieniach z 13.09.2024 r., złożonych zamawiającemu, dążył do wytworzenia u zamawiającego mylnego wyobrażenia w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu czy w zakresie prawidłowości złożonych w postępowaniu podmiotowych środków dowodowych. Jednocześnie część z tych informacji w toku postępowania odwoławczego okazała się wprost nieprawdziwa, niezgodna z rzeczywistością, a to z tego względu, że pewne okoliczności (o których mowa powyżej, a które dotyczyły składanych w postępowaniu dokumentów) zostały wprost przyznane przez uczestnika postępowania odwoławczego. Takie działanie wykonawcy należy uznać za działanie celowe (z zamiarem bezpośrednim), ponieważ wykonawca – jako profesjonalista miał świadomość wagi składanych w postępowaniu dokumentów i wyjaśnień. Wykonawca z naruszeniem „uczciwości kupieckiej” i pewnej rzetelności próbował posługiwać się informacjami, które choć niezgodne z rzeczywistością – miały przynieść określony skutek – uzyskanie zamówienia z naruszeniem interesów i zamawiającego, który przeprowadza

postępowanie zgodnie z zasadami wynikającymi z ustawy Pzp, jak i z naruszeniem interesów innych wykonawców.

Odnosząc się zaś do poszczególnych referencyjnych dostaw, wykazywanych przez wykonawcę Ecoutility w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wskazać należy co następuje.

I. Referencja od ZZO Olszowa sp. z o.o.

Realizacja dostawy na rzecz ZZO Olszowa, została najszerzej omówiona i w samym odwołaniu i na rozprawie.

Po pierwsze stwierdzić należy, że słusznie podkreślał odwołujący, iż zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu, wykonawca miał się wykazać dostawami „wykonanymi” a nie „będącymi w trakcie realizacji”.

Jak wykazał odwołujący realizacja dostaw elektronicznych altan na rzecz ZZO Olszowa jest zadaniem w trakcie realizacji, które nie zostało wykonane na dzień składania ofert, a zatem nie może być wykazane na potrzeby spełnienia warunku. Przedmiotem zamówienia podstawowego na rzecz ZZO Olszowa jest dostawa 13 sztuk altan, podczas gdy wykonawca Ecoutility na dzień składania ofert dostarczył jedynie 9 sztuk, a zatem zrealizował jedynie część dostawy.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 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: w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji 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 dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Zatem, z ww. rozporządzenia wynika, że co do zasady w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych (tak jak to zamawiający uczynił w niniejszym postępowaniu), a jedynie w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych mogą to być dostawy w trakcie realizacji (wykonywane). Izba podziela stanowisko odwołującego zaprezentowane w odwołaniu, dotyczące interpretacji pojęć: świadczeń jednorazowych, ciągłych i okresowych. Nie ulega wątpliwości, że wskazane w warunku dostawy nie są świadczeniami ani okresowymi, ani ciągłymi. Także dostawa elektronicznych altan odpadowych realizowana na rzecz ZZO Olszowa jest świadczeniem jednorazowym – z góry określonym, które jest spełnianie w częściach przez wykonawcę Ecoutility. Słusznie też odwołujący zauważył, że zmiany terminu realizacji przedmiotowego zamówienia, przez jego wydłużenie, nie spowodowały zmiany zakresu świadczenia.

Izba podziela ponadto stanowisko odwołującego co do kwestii, że referencyjne zadanie realizowane na rzecz ZZO Olszowa nie spełnia również warunku opisanego przez zamawiającego także z tego względu, że w ramach tego zadania wykonawca nie dostarczył legalizowanego systemu pomiaru masy odpadów. Przy realizacji tego zadania wykonawca Ecoutility owszem dostarczył dwie wagi służące do pomiaru masy odpadów, ale nie było to objęte przedmiotem umowy, nie były one objęte tym zadaniem i umową. Dostarczone zostały w ramach testowania urządzeń (w ramach pilotażu nowej funkcjonalności) za zgodą zamawiającego. Wyposażenie altan w wagi odbyło się poza w/w zadaniem i umową w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Spółka nie zawierała oddzielnej umowy na wyposażenie altan w wagi. Powyższe wynika z przedstawionej przez odwołującego informacji publicznej udostępnionej przez ZZO Olszowa. Warunek tymczasem wymagał, aby: „w ramach każdego zadania wykonana została dokumentacja, dostawa, montaż i uruchomienie oraz utrzymanie naziemnego systemu indywidualnej segregacji odpadów dla zabudowy wielolokalowej wraz z dostawą systemu informatycznego do obsługi urządzeń oraz legalizowanym systemem pomiaru masy odpadów”. Zatem zadanie winno obejmować również dostawę legalizowanego systemu pomiaru masy odpadów.

Ponadto, dostarczone wagi przeznaczone były tylko i wyłącznie dla jednej frakcji odpadów - metali, a zatem trudno tu mówić o legalizowanym systemie pomiaru masy odpadów. Co warte odnotowania - a na co zwrócił uwagę odwołujący - z treści informacji publicznej, o której mowa powyżej wynika, że dostarczenie wag do altan miało miejsce 1.07.2024 r. – a zatem po dniu wszczęcia niniejszego postępowania. Zdaniem odwołującego, oznacza to, że wykonawca w celu próby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dostarczył wagi do dwóch altan poza umową. Niezależnie jednak od tego jaki cel przyświecał wykonawcy stwierdzić należy, że dostawa wag (trudno tu nawet mówić o dostawie legalizowanego systemu pomiaru masy odpadów, skoro tylko jedna frakcja podlega ważeniu) odbyła się poza zadaniem i umową w sprawie udzielenia zamówienia publicznego i tym samym nie został spełniony istotny wymóg opisany w warunku udziału w postępowaniu.

Nie spełniony został także wymóg dotyczący dostawy „systemu indywidualnej segregacji odpadów dla zabudowy wielolokalowej”. Odwołujący w tym zakresie powołał się na OPZ dla zadania realizowanego przez Ecoutility na rzecz ZZO Olszowa (rozdz. I pkt 1): „Dla 10 gmin altany stanowiąc będą uzupełnienie punktów selektywnej zbiórki odpadów PSZOK (gminy: Baranów, Bralin, Kępno, Łęka Opatowska, Perzów, Rychtal, Trzcinica, Doruchów, Oleśnica i Dziadowa Kłoda). Natomiast dla pozostałych 3 gmin (Międzybórz, Miasta Oleśnica, Syców) altany wykorzystywane będą jako urządzenia do selektywnej zbiórki odpadów komunalnych w zabudowie wielorodzinnej”. Odwołujący zauważył, że na dzień składania ofert altany zostały dostarczone jedynie do gmin, gdzie miały stanowić uzupełnienie punktów PSZOK, natomiast nie zostały jeszcze dostarczone do gmin, gdzie miały być wykorzystywane w zabudowie wielorodzinnej. Zatem dostawa również z tego względu nie potwierdzała spełnienia wymogów opisanych w warunku udziału w postępowaniu. To, że potencjalnie dostarczone altany mogą być wykorzystane w zabudowie wielolokalowej oraz, że są dedykowane dla zabudowy wielolokalowej nie jest tożsame z ich dostawą dla takiej zabudowy, a co zamawiający wymagał w ramach przedmiotowego warunku.

II. Referencja od Wastes Service Group sp. z o.o. sp.k.

W odniesieniu do realizacji referencyjnego zadania na rzecz Wastes Service Group sp. z o.o. sp.k. odwołujący podnosił, że zamówienie to jest w trakcie realizacji oraz, że zgodnie z wykazem dostaw został zrealizowany „Etap I w ramach zadania: Dostawa elektronicznych 4 (słownie: czterech) altan odpadowych (gniazd) do selektywnego zbierania odpadów wyposażonych fabrycznie w: system identyfikacji mieszkańca, czujniki poziomu wypełnienia, system kamer monitoringu, oświetlenie, system informatyczny z dostępem zdalnym w tym aplikację na telefon w systemie Android i Apple, legalizowany system pomiaru masy (wagi), zintegrowane rozwiązanie w zakresie zapobiegania wytwarzania odpadów i/lub ponownego użycia”. Z treści wykazu – zdaniem odwołującego – wynika, że wykonawca oświadczył, iż wykonał dostawę 4 altan i podał wartość 4 urządzeń. Tymczasem treść referencji wskazuje na dostawę 1 sztuki wiaty/kontenera/gniazda (urządzenia). Sam zaś wykonawca w postępowaniu prowadzonym przez innego zamawiającego – Gminę Świętochłowice – przyznał, że tylko jedno urządzenie dostarczył w ramach ww. zadania.

Sporne w tym przypadku było to czy zadanie obejmowało w istocie dostawę 1 altany czy 4 i w związku z tym czy zostało w całości zrealizowane. Uczestnik postępowania odwoławczego przedstawił jako dowód umowę ramową dostawy z 29.09.2023 r., której przedmiotem było wytwarzanie altan śmietnikowych oraz ich dostarczanie (cena altany wraz z dodatkowymi usługami typu utrzymanie, szkolenie i serwisowanie, określona została na 2.050.000,00 zł), a także przedstawił zamówienie dla I Etapu z 29.09.2023 r. – dotyczące 1 altany. Ponadto przedstawił protokół odbioru. Jednocześnie wyjaśnił, że w wykazie dostaw złożonym zamawiającemu omyłkowo wskazał na dostawę 4 altan a nie 1. Te wyjaśnienia budzą wątpliwości wobec faktu, że także w protokole odbioru wskazano na „dostawę elektronicznych 4 altan odpadowych”. Pomimo to, Izba uznała w tym zakresie twierdzenia odwołującego za nieudowodnione. Natomiast, przywoływana w piśmie odwołującego z dnia 31.10.2024r. okoliczność, że zadanie jest w trakcie realizacji, albowiem nawet jeśli została wykonana dostawa altan, to nie została umowa wykonana w pozostałym zakresie (w zakresie pozostałych świadczeń) mnie mieści się w ramach podstaw faktycznych zarzutu podniesionego w odwołaniu.

Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego co do kwestii, że skoro ramach etapu I wykonano szereg prac dodatkowych, takich jak demontaż urządzeń, zmiany oklejenia, opróżnianie pojemników wszystkich frakcji i przekazanie odpadów uprawnionemu podmiotowi, które wykraczały poza warunek, to tym samym ich wartość nie powinna być zaliczana na potrzeby wykazania spełnienia warunku. Po pierwsze, takie założenie nie wynika z treści warunku, który wartość co najmniej 1.000.000,00 zł brutto odnosi do całego zadania, a nie do określonych rodzajowo prac. Po drugie, weryfikacja w takim zakresie, jak to wynika ze stanowiska odwołującego, w praktyce będzie często niemożliwa. Odwołujący porównuje wartość jednej altany, wskazaną konkretnie w umowie ZZO Olszowa i z tej okoliczności próbuje wywodzić wartość altany w zamówieniu realizowanym na rzecz Wastes Service Group sp. z o.o. sp.k. Jednak nie jest to

oczywiste, że wartość altan jest w tych postępowaniach porównywalna, nawet jeśli są to bardzo podobne konstrukcje, na co wskazywał odwołujący.

Odnosnie tego zadania odwołujący jeszcze wskazywał, że w treści referencji nie potwierdzono, że dostarczone urządzenie rzeczywiście jest systemem indywidualnej segregacji odpadów dla zabudowy wielolokalowej. Okoliczność, że on jest do tego przystosowany nie oznacza, że dla takiej zabudowy wielolokalowej został dostarczony i w tym celu został zamontowany, jest użytkowany i utrzymywany. Wszystkie elementy warunku dotyczą systemu dla zabudowy wielolokalowej. W tym celu powinny być dostarczone i wykorzystywane wiaty/altany. W warunku wskazano wprost cel realizacji danego zadania referencyjnego. Odwołujący powołał się ponadto na wyjaśnienia samego wykonawcy Ecoutility złożone w Postępowaniu Świątóchłowie z 9.08.2024 r., w których przyznał on, że dostarczone urządzenie „znajduje się naprzeciwko parkingu w Marcinkowie 63 i 64, które jest dostępne w miejscu publicznym w sąsiedztwie zabudowy wielorodzinnej, gdzie dostęp jest nieograniczony”.

Zatem, skoro altany nie zostały bezpośrednio dostarczone dla zabudowy wielolokalowej, to nie został spełniony warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z którym dostawa urządzeń zrealizowana miała być dla odpadów dla zabudowy wielolokalowej.

III. Referencja od MBM GmbH

Jak już wcześniej zostało wspomniane wykonawca Ecoutility przedłożył zamawiającemu skan dokumentu referencji, twierdząc, że stanowi on cyfrowe odwzorowanie dokumentu w formie papierowej, w sytuacji, gdy takim dokumentem w ogóle nie dysponował i nie dysponuje. Ponadto, wykonawca ten zapewniał, że jest w posiadaniu oryginału dokumentu i choć faktycznie na rozprawie przedstawił dwa oryginały referencji, których wystawcą jest MBM GmbH, to żaden z tych dokumentów nie został złożony w tym postępowaniu, lecz był to całkiem inny dokument. Zatem wykonawca posłużył się nie tylko nieprawidłowym dokumentem (niewłaściwą formą dokumentu), ale przede wszystkim składając wyjaśnienia zamawiającemu, przedstawiał informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, czego miał pełną świadomość.

Dodatkowo, referencje pochodzące od MBM GmbH są opatrzone nieczytelnym podpisem, a z treści dokumentu także nie wynika, kto składa oświadczenie zawarte w referencjach, co powinno być przedmiotem dodatkowych wyjaśnień. Jednakże z uwagi na wcześniej wskazane zastrzeżenia co do przedmiotowego dokumentu, wyjaśnienia w tym zakresie stają się zbędne i niecelowe. Nie może być tak, że po złożeniu informacji nieprawdziwych i wprowadzających zamawiającego w błąd, wykonawca będzie miał możliwość uzupełnienia czy wyjaśnienia tego.

Dalej należy wskazać na argumentację odwołującego dotyczącą tego, że plik zawierający referencje MBM, który został złożony w tym postępowaniu, został zapisany do pliku w formacie pdf, na co wskazują jego właściwości, a przed zapisaniem do formatu pdf plik ten był modyfikowany, a zatem nie jest elektroniczną kopią dokumentu papierowego, został on cyfrowo utworzony. Plik ten nie jest zwykłym skanem.

W tym miejscu warto za odwołującym przytoczyć fragment z wyjaśnień wykonawcy Ecoutility z 13.09.2024 r. złożonych zamawiającemu: „Podkreślić w tym kontekście należy też fakt, że obecnie dostępne oprogramowanie do edytowania dokumentów (tzw. programy OCR) pozwalają na bardzo szczegółową edycję w tym pieczęci, podpisów odręcznych i innych elementów. Analiza skanów/zdjęć czy innych cyfrowych odwzorowań dokumentów w ogólnodostępnych programach zawsze prowadzi będzie do rozdzielenia poszczególnych części dokumentu, co w żaden sposób nie świadczy o tym, że dokument ten został „zmontowany” w jakikolwiek sposób w jedną całość. Z uwagi na fakt, że przetarg realizowany jest drogą elektroniczną, Oferent dysponujący oryginałami dokumentów wersjach papierowych ma formalną możliwość ich przedłożenia jedynie jako skany/zdjęcia (elektroniczne odwzorowanie), a to podlega edycji w ogólnodostępnych programach do edytowania i może w nich zostać rozdzielone na elementy”.

Z wyjaśnień wykonawcy wynika, że powołuje się na dysponowanie oryginałami dokumentów w wersjach papierowych, co już jak zostało wskazane powyżej, jest oświadczeniem nieprawdziwym. Ponadto, plik z referencją MBM nie został wytworzony w programie do OCR, lecz do zapisywania plików edytowalnych do formatu pdf („Microsoft Print to PDF”), więc nie wiadomo dlaczego wykonawca powołuje się na programy OCR. Ponadto, wykonawca nie wyjaśnił nawet po co miałby używać programu OCR, zamiast po prostu wykonać skan posiadanego dokumentu w wersji papierowej. W tym zakresie Izba podziela argumentację odwołującego przedstawioną w odwołaniu,

Zgodnie powołanym już wcześniej § 6 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie: w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w

postaci papierowej, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

Wobec powyższego, słusznie odwołujący wskazywał, że przedłożone referencje stanowią dokumenty podmiotowe, wymagane przez zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunków. Złożona referencja nie stanowi cyfrowego odwzorowania dokumentu w postaci papierowej. Tym samym dokument ten nie został złożony we właściwej formie, a z dowodów przedstawionych przez odwołującego dodatkowo wynika, że dokument ten był poddany ingerencji przed zapisaniem do pliku pdf. Przede wszystkim wykonawca nie dysponował i nie dysponuje oryginałem dokumentu, który przekazał jako cyfrowe odwzorowanie zamawiającemu, a tym samym w sposób nieuprawniony poświadczył jego zgodność z dokumentem w wersji papierowej. Po czym wezwany do wyjaśnień w tym zakresie potwierdził, że dokumenty zostały złożone w sposób prawidłowy.

IV. Referencja od ACC Ingenieria

Wykonawca Ecoutiliti przedłożył zamawiającemu skan dokumentu referencji, twierdząc, że stanowi on cyfrowe odwzorowanie dokumentu w formie papierowej, w sytuacji, gdy sam takim dokumentem w ogóle nie dysponował w momencie przesyłania pliku z referencjami zamawiającemu, gdyż jak wyjaśnił na rozprawie, dokument ten w oryginale otrzymał później.

Ponadto, podobnie jak w przypadku referencji pochodzących od MBM referencje od ACC Ingenieria zostały przekazane zamawiającemu w formie pliku pdf, który przed zapisaniem do formatu pdf był modyfikowany.

Słusznie wskazywał odwołujący, że powyższe okoliczności wskazują, że Ecoutiliti wprowadziło w błąd zamawiającego, który przekazany dokument traktował jako złożony poprawnie, zgodnie z przepisami i jako cyfrowe odwzorowanie dokumentu papierowego.

Dalej wskazać należy, że Izba uznała za uzasadnione okoliczności podnoszone przez odwołującego, a dotyczące tego, że ACC Ingenieria był podmiotem nieaktywnym, nie mógł prowadzić legalnie działalności gospodarczej na terenie Chile. Spółka została założona, ale podmiot ten nie złożył oświadczenia o rozpoczęciu działalności gospodarczej, co jest wymagane przepisami prawa chilijskiego. Powyższe poddaje w dużą wątpliwość sam fakt możliwości realizacji zamówienia na rzecz ACC Ingenieria, które zostało objęte referencją z 30.06.2024 r.

Odwołujący w tym zakresie złożył opinię prywatną z prawa obcego z 13.09.2024r. Natomiast uczestnik postępowania odwoławczego w tym zakresie powoływał się jedynie na sam fakt zawarcia umowy oraz stanowczo zaprzeczył, aby umowa nie została zrealizowana, zaś jego kontrahent nie prowadził żadnej działalności. Podkreślał przy tym, że skoro dostawa nie odbyła się na terenie Chile, to wykonawca nie musiał posiadać numeru EORI. Ponadto, przy piśmie z 21.10.2024 r. uczestnik postępowania odwoławczego złożył wnioski dowodowe, w tym wydruk z rejestru handlowego Santiago z 2.10.2024 r. na okoliczność, że spółka ACC Ingenieria jest istniejącym podmiotem oraz, że nie istnieją przesłanki wskazujące na zawieszenie działalności. Wydruk z ww. rejestru potwierdza tylko i wyłącznie to co twierdził odwołujący, że podmiot ten istnieje. Nie potwierdza natomiast, że złożył oświadczenie o rozpoczęciu działalności (z dokumentu wynika jedynie brak innych adnotacji niż te co wskazane w dokumencie – czyli o rejestracji).

Co do faktur wystawionych na rzecz ACC Ingenieria, to zauważyć należy, że te faktury jak dotychczas nie zostały opłacone, a co najmniej brak jest dowodów potwierdzenia ich opłacenia.

Zaś co do protokołów rozruchu, złożonych przez uczestnika postępowania odwoławczego, stwierdzić należy, że jako realizujący zamówienie został wpisany Krozmet w Marcinkowie, a jako zamawiający Ecoutiliti też z siedzibą w Marcinkowie. Jako odbiorca wpisana została ACC Ingenieria. W protokole odbioru za zamawiającego podpisał się Jerzy Gościński (ta sama osoba co podpisała referencje).

Jednocześnie zauważyć należy, że ani z treści referencji, ani z wykazu dostaw nie wynika, gdzie miałyby się odbyć dostawa – czy na terenie UE, czy Chile. Odwołujący wskazywał, że wykonawca pierwotnie powoływał się na realizację dostaw na terenie Chile.

Co więcej Ecoutiliti do sierpnia br. nie posiadał numeru EORI, tj. unijnego numeru, którym przedsiębiorcy posługują się w kontaktach z organami celnymi na terytorium całej Unii Europejskiej. Jak wyjaśnił odwołujący, przedsiębiorca jest obowiązany posługiwać się numerem EORI we wszystkich transakcjach i czynnościach celnych na obszarze UE, przy których wymagany jest ten identyfikator. EORI należy uzyskać przed pierwszą operacją celną. Brak tego numeru wyklucza podmiot z możliwości importu i eksportu towarów z/do krajów spoza UE. Dopiero po zastrzeżeniach zgłaszanych przez odwołującego w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia, wykonawca Ecoutiliti, wystąpił o nadanie numeru EORI (sierpień br.).

W tym też kontekście mało wiarygodne są wyjaśnienia wykonawcy Ecoutility, złożone w postępowaniu z 13.09.2024 r., iż: „*Ecoutility oraz ACC Ingeneria Circular SPA zawarły umowę dostawy urządzenia z opcją wielokrotnego montażu. W ramach ceny umownej strony przewidziały trzykrotny montaż i demontaż urządzenia we wskazanych lokalizacjach, w tym na terenie Unii Europejskiej, gdzie odbiorca również świadczy swoje usługi. Umowa zobowiązuje jednocześnie Ecoutility do uzyskania numeru EORI nie później niż w terminie 6 tygodni od zgłoszenia przez odbiorcę chęci transportu urządzenia poza obszar celny Unii Europejskiej. Jak wynika z referencji ACC Ingeneria Circular SPA, w okresie ostatnich pięciu lat Ecoutility zrealizowało zadanie polegające na wykonaniu dokumentacji, dostawie urządzeń, ich montażu i uruchomieniu oraz utrzymaniu naziemnego systemu indywidualnej segregacji odpadów dla zabudowy wielolokalowej wraz z dostawą systemu informatycznego do obsługi urządzeń oraz legalizowanym systemem pomiaru masy odpadów, o wartości co najmniej 1 000 000,00 zł brutto*”.

Zasadnie też odwołujący zauważył, że „*w wyjaśnieniach nie oświadczono niczego na temat tego co zostało wykonane, mowa jedynie o tym co jest przedmiotem umowy i co strony przewidziały w ramach ceny. Ponadto w zakresie wykonawstwa znajduje się tylko odwołanie do treści referencji: „Jak wynika z referencji [...]”. Zatem to oświadczenie równie dobrze może stanowić opis zawartej i niewykonanej umowy, z odwołaniem się do „cudzego oświadczenia” zawartego w referencji, bez składania własnego nieprawdziwego w tym zakresie w samych wyjaśnieniach*”.

Wszystkie wskazane powyżej okoliczności budzą duże zastrzeżenia i wątpliwości co do samego faktu i możliwości zrealizowania dostawy na rzecz ACC Ingeneria i to powinno być przedmiotem dalszych wyjaśnień, w tym co najmniej wystosowania wezwania do podmiotu ACC Ingeneria w oparciu o przepis art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, jednak z uwagi na zaistnienie podstaw odrzucenia oferty wykonawcy Ecoutility, nakazanie dodatkowych czynności w tym zakresie jest zbędne i niecelowe.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że odwołanie należało uwzględnić i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy Ecoutility sp. z o.o. z siedzibą w Marcinkowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od uczestnika po stronie zamawiającego wnoszącego sprzeciw - wykonawcy Ecoutility na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł, tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego w związku z uiszczonym wpisem od odwołania i wynagrodzeniem pełnomocnika.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....