

Sygn. akt: KIO 2716/23

WYROK
z dnia 5 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2023 r. przez wykonawcę **Jacobi Carbons sp. z o.o. w Gorzowie Wielkopolskim**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Grand Activated sp. z o.o. w Hajnówce**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 16 pkt 2 w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 2 ustawy

Prawo zamówień publicznych,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Jacobi Carbons sp. z o.o. w Gorzowie Wielkopolskim i:**

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Jacobi Carbons sp. z o.o. w Gorzowie Wielkopolskim** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od wykonawcy **Jacobi Carbons sp. z o.o. w Gorzowie Wielkopolskim** na rzecz **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. w Warszawie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2716/23

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest regeneracja granulowanego węgla aktywnego z sześciu filtrów węglowych Stacji Ozonowania Pośredniego i Filtracji na Węglu Aktywnym Zakładu Centralnego SUW „Filtr”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18 lipca 2023 r., nr 2023/S 136-434306.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 14 września 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca **Jacobi Carbons sp. z o.o. w Gorzowie Wielkopolskim**, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy **Grand Activated Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Hajnówce, zwanego dalej również „przystępującym”, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu oraz, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub zataił te informacje, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu,

ewentualnie- z ostrożności procesowej:

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. 2 a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy **Grand Activated Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Hajnówce, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzję Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu,

3) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy **Grand Activated Spółki z**

ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Hajnówce z uwagi na to, że oferta przez niego złożona jest niezgodna z warunkami zamówienia, a mianowicie nie spełnienia wymogu zdolności zawodowej, tj. wykonania co najmniej jednej usługi (umowy) polegającej na regeneracji złóż węgla aktywnego stosowanego do uzdatniania wody o łącznej ilości zregenerowanego węgla nie mniejszej niż 100 0m³.

- 4) art. 16 pkt 2 w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie udostępnienia mu udostępnienia dokumentacji przetargowej w postaci skanu dokumentów w zakresie środków dowodowych wymienionych w punktach 63. oraz 6.6. SWZ Wykonawcy- Grand Activated oraz dotychczasowej korespondencji złożonej w w/w postępowaniu, z uwagi na brak możliwości ich udostępnienia -w ocenie Zamawiającego przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty, podczas gdy w/w dokumenty w tym wnioski dowodowe stanowią część składową oferty i nie sposób traktować ich odmienne od samej oferty, co w konsekwencji skutkowało pozbawieniem go możliwości realnej oceny spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu i wadliwą oceną oferty Wykonawcy- Grand Activated Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Hajnówce, poprzez błędne uznanie, że złożona oferta nie podlega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) wykluczenia Wykonawcy Grand Activated Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Hajnówce, względnie nakazanie wezwania Wykonawcy Grand Activated Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Hajnówce do złożenia wyjaśnień,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zgodnie z SWZ- pkt 5 i 6 oraz JEDZ – część III Podstawy Wykluczenia, Zamawiający przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia wynikające m.in. z treści art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. Ponadto Zamawiający zgodnie z treścią pkt 5.1.1.2 SWZ wymagał posiadania wiedzy i doświadczenia:

„5.1.1.2. zdolności technicznej i zawodowej (DOŚWIADCZENIE WYKONAWCY), tj: Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali co najmniej dwie usługi (umowy) polegające na regeneracji złóż węgla aktywnego stosowanego do uzdatniania wody, obejmujące łącznie minimum 2000 m³ węgla, z zastrzeżeniem, że w ramach co najmniej jednej usługi (umowy) łączna ilość zregenerowanego węgla nie może być mniejsza niż 1000 m³”.

Odwołujący wskazał także, że Zamawiający postanowił w pkt 6.6.2 oraz 6.6.2.1. w celu spełnienia warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej (OŚWIADCZENIE WYKONAWCY) o których mowa w pkt 5.1.1 SWZ, że przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta zostanie oceniona jako najkorzystniejsza, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia następujących środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, m.in. (6.6.2.1.) *wykazu 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 usługi zostały wykonane lub są wykonywane oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego 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 powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.*

Wobec powyższego odwołujący argumentował, że w niniejszym postępowaniu dokumentem potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (OŚWIADCZENIE WYKONAWCY) o którym mowa w pkt 5.1.1.2 oraz 6.6.2. SWZ jest przede wszystkim składany przez wykonawcę wykaz usług.

Odwołujący wskazał kolejno, że w celu wykazania spełnienia w/w warunków, w tym wykonania co najmniej jednej usługi (umowy) polegającej na regeneracji złóż węgla aktywnego stosowanego do uzdatniania wody, w łącznej ilości zregenerowanego węgla nie mniejszej niż 1000 m³ Grand Activated Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Hajnówce wykazała usługę regeneracji węgla aktywnego stosownego w procesach uzdatniania wody przeznaczonej do spożycia dla ludzi na rzecz AdFis Products GmbH w Am Kellerholz 14, D-17166 Teterow (okres realizacji umowy:15.03.2022r.-01.03.2023r.) zgodnie z wymogami określonymi w pkt 6.6.2.1 SWZ wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie (referencje).

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią wykazu usług Grand Activated Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z

siedzibą w Hajnówce oświadczyła, że w ramach realizowanej przez siebie usługi na rzecz AdFis Products GmbH w Am Kellerholz 14, D-17166 Teterow wykonało „regenerację węgla aktywnego stosowanego w procesach uzdatniania wody przeznaczonej do spożycia dla ludzi w ilości 1392 m³”.

Odwołujący podniósł, że Grand Activated Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Hajnówce świadomie przedstawiło Zamawiającemu nieprawdziwą informację, że wykazana usługa zrealizowana na rzecz AdFis Products GmbH w Am Kellerholz 14, D-17166 Teterow spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w SWZ. Odwołujący zwracał uwagę, że wskazana powyżej treść pochodzi wyłącznie od w/w Wykonawcy, który wypełnił i podpisał wykaz, w tym pkt. 1 tabeli, która w żaden sposób nie była ani sugerowana, ani też narzucana przez Zamawiającego.

Kolejno odwołujący podniósł, że zawarte i wskazane w pkt 1. Wykazu usług twierdzenia co do realizacji w ramach jednej umowy – REG/1502/2022/1 usługi regeneracji węgla aktywnego w procesach uzdatniania wody przeznaczonej do spożycia dla ludzi w ilości 1392 m³ nie są zgodne ze stanem faktycznym. Odwołujący wskazał, iż z uwagi na zakres prowadzonej działalności znany jest mu profil działalności firmy AdFis Products GmbH w Am Kellerholz 14, D-17166 Teterow. Przedmiotowa Spółka jest producentem węgla aktywnego formowanego stosowanego do oczyszczania biogazu. Odwołujący wskazał, że w celu potwierdzenia rzeczonego stanowiska, zaczerpnął wiedzy z ogólnodostępnych źródeł tj. np. ze strony internetowej AdFis Products GmbH (www.adfis.de), czy też wydruku z Handelsregister B des Amtsgerichts Rostock dotyczącego w/w spółki, których wydruk załączył do odwołania. Zgodnie z zamieszczonymi informacjami AdFis Products GmbH jest producentem węgla aktywnego do oczyszczania gazów. Na stronie drugiej przedłożonego tłumaczenia „WĘGIEL AKTYWNY- SYSTEM FILTRÓW, WYMIANA I UTYLIZACJA WĘGIA AKTYWNEGO, widnieje informacja, iż produkty oferowane przez w/w podmiot służą do oczyszczania powietrza wywianego, np. oczyszczania gazów ściekowych, gazów wysypiskowych, oczyszczania powietrza wywiewanego z przemysłu. Brak jest wzmianki o produkcji oraz świadczenia usług w zakresie węgla aktywnych do uzdatniania wody. Poniżej tej informacji znajduje się wykaz oferowanych produktów:

Produkt DEPETAC SULFO 100 - jest to węgiel aktywny do odsiarczania i oczyszczania gazu – usuwa siloksany, lotne związki organiczne, mekaptany - oczyszczanie biogazu

Produkt AFA 4- dot.S – służy do oczyszczania gazów ściekowych, wysypiskowych, oczyszczania powietrza wywiewanego z przemysłu,

Produkt AFA 4-1050 S – służy do usuwania siloksanów i węglowodorów – oczyszczanie biogazu

Odwołujący argumentował, że również informacje dotyczące stosowania „FILTRÓW Z WĘGLEM AKTYWNYM” nie zawierają wzmianki o oferowaniu filtrów dedykowanych do uzdatniania wody pitnej. Producent w tym zakresie umieścił wpis: „do optymalnego wykorzystania naszego węgla aktywnego potrzebne są odpowiednie adsorbenty na węgiel aktywny. Oferujemy asortyment różnych rozmiarów i materiałów dostosowanych do indywidualnych wymagań”. Przy czym zamieszczona tabela z oferowanymi filtrami stacjonarnymi nie jest dedykowana do uzdatniania wody pitnej. Odwołujący wskazywał, że wszystkie oferowane typy filtrów mają niskie pojemności wypełnienia węglem aktywnym w zakresie od 0,12 – 6 m³ węgla aktywnego. Wskazane przepływy przez prezentowane filtry węglowe są w zakresie od 50 – 2000 m³/h. Z uwagi na długoletnie doświadczenie zawodowe oraz charakter prowadzonej działalności, tj. specjalizowanie się w produkcji węgla aktywnych służących do uzdatniania wody, Odwołujący wskazywał, że oferowany przez AdFis Products GmbH filtr węglowy z wypełnieniem 6 m³ i przepływie 2000 m³/h nie mógłby uzdatniać wody w uwagi na zbyt krótki czas kontaktu węgla aktywnego z wodą. Gwoli przykładu - np. jeden filtr węglowy na Stacji Uzdatniania Wody SUW FILTRY w MPWIK w m.st. Warszawie o pojemności 285 m³ węgla aktywnego uzdatnia ok.600 - 700 m³ wody na godzinę. Zdaniem odwołującego powyższe okoliczności wskazują, iż w ofercie AdFis Products GmbH brak jest produktów oraz rozwiązań w zakresie filtrów dedykowanych do uzdatniania wody pitnej. Co więcej w zakładce „OBSŁUGA CELNA” sam podmiot przedstawia swój profil działalności jako ściśle związany z oczyszczaniem gazów: *W tej chwili obsługujemy 1500 biogazowni w Niemczech. Nasze produkty są już z powodzeniem stosowane w 30 krajach na całym świecie*. W informacji tej również brak jest wzmianki o referencjach ze stacji uzdatniania wody, jak też o współpracy ze stacjami uzdatniania wody. Nie znajdzie jej także w zakładce dotyczącej pomiarów, która wyłącznie dotyczy gazów:

„Dzięki parametrom gazu opartym na pomiarze stężenia siarkowodoru, stężenia tlenu, zawartości metanu i temperatury gazu, możemy zaplanować i zrealizować optymalne oczyszczanie gazu. Używamy i sprzedajemy urządzenia do pomiaru gazu firmy „MRU Messgeräte für Rauchgase und Umweltschutz GmbH”.

Zdaniem odwołującego niniejsze okoliczności potwierdza również wspomniany powyżej wydruk z Handelsregister B des Amtsgerichts Rostock AdFis Products GmbH, który nie zawiera w rubryce dotyczącej przedmiotu działalności informacji w zakresie produkcji węgla oraz świadczenia usług związanych z uzdatnianiem wody.

Według odwołującego, powyższe dowodzi, że Grand Activated Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Hajnówce w sposób świadomy (bo posiadało wiedzę jako wieloletni kontrahent AdFis Products GmbH, że podmiot prowadzi działalności ściśle związaną z oczyszczaniem gazów nie zaś z uzdatnianiem wody), w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, że spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Zdaniem odwołującego, stawiany przez niego zarzut przedstawienia przez Grand Activated Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Hajnówce w sposób świadomy nieprawdziwej informacji, że wykazana usługa na rzecz AdFis Products GmbH w Am Kellerholz 14, D-17166 Teterow spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu określone w SWZ potwierdza również Norma dotycząca reaktywacji i parametrów węgla aktywnego do uzdatniania wody pitnej PN-EN-12915-2:2009. *Produkty do uzdatniania wody przeznaczonej do spożycia – Granulowany węgiel aktywny - część 2- Reaktywowany granulowany węgiel aktywny.*

Odwołujący wskazał, że w pkt 3.5. powyższa norma definiuje: *REAKTYWOWANY GRANULOWANY WĘGIEL AKTYWNY: „zużyty granulowany węgiel aktywny, który został poddany reaktywacji UWAGA -Zwykle reaktywowany węgiel aktywny zwraca się do stacji uzdatniania wody, w której był poprzednio używany. Dostarczony produkt może zawierać uzupełnienie z granulowanego węgla aktywnego i/lub granulowany węgiel aktywny typu top-up.”* Przenosząc powyższą definicję na grunt przedmiotowej sprawy Odwołujący wskazał, że Spółka AdFis Products GmbH w Am Kellerholz 14, D-17166 Teterow zlecając reaktywację 1392 m³ węgla aktywnego powinna mieć umowę z wodociągami na wskazaną ilość. Węgiel powinien pochodzić z adsorberów/filtrów uzdatniających wodę pitną, aby mówić o reaktywacji węgla aktywnego stosowanego do uzdatniania wody pitnej.

Natomiast w Aneksie A. (informacyjny) „Ogólne informacje na temat reaktywowanego granulowanego węgla aktywnego”, w pkt. A1. Zostało zdefiniowane pojęcie reaktywacji: *„Reaktywacja to proces stosowany w celu przywrócenia zdolności adsorpcyjnej granulowanego węgla aktywnego. Najpowszechniej stosowaną metodą usuwania zanieczyszczeń ze zużytego granulatu jest reaktywacja termiczna. Polega to na usunięciu zużytego granulowanego węgla aktywnego z adsorbera, przetworzeniu go w specjalnym piecu, uzupełnieniu ewentualnych strat nowym granulowanym węglem aktywnym i zawróceniu reaktywowanego granulowanego węgla aktywnego do adsorbera.”* Powyższa norma opisuje standardowy proces reaktywacji węgla aktywnych stosowanych do uzdatniania wody pitnej. „węgiel zużyty z adsorbera wody pitnej wraca do tego samego adsorbera wody pitnej”. Zdaniem odwołującego powyższe oznacza, że Spółka AdFis Products GmbH zlecając usługę Grand Activated Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Hajnówce powinna wykazać się umową z wodociągami na reaktywację 1392 m³ węgla aktywnego stosowanego w uzdatnianiu wody pitnej/pochodzącego z uzdatniania wody pitnej.

Reasumując odwołujący argumentował, że Norma, PN-EN-12915-2 wyraźnie opisuje, że zwykle węgle aktywne z uzdatniania wody wracają do tego samego filtra (Załącznik A oraz pkt.3.5.). Nawet jeśli węgiel reaktywowany z uzdatniania wody zmienia miejsce użytkowania to Grand Activated Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Hajnówce powinna wykazać się źródłem pochodzenia tego węgla zużytego oraz odpowiednimi dokumentami w zakresie transportu i gospodarki odpadami. Czego Wykonawca Grand Activated Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z informacji pozyskanych przez odwołującego nie jest w stanie wykazać.

Odwołujący podniósł, że zwrócił się z wnioskiem do Urzędu Marszałkowskiego w Białymstoku o udostępnienie informacji, czy Wykonawca Grand Activated Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Hajnówce w 2022r. przywoziła do Polski odpady na podstawie sprawozdania o wytworzonych odpadach i gospodarowaniu odpadami- dział II tabela 1 oraz podanie ilości kodów odpadów przywiezionych w 2022 r. Odwołujący wskazał, że w chwili obecnej nie uzyskał odpowiedzi na piśmie, niemniej jednak w rozmowie telefonicznej pozyskał informację, że Grand Activated Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie ewidencjonowała żadnych odpadów z zagranicy w 2022r., zaś sprawozdanie o odpadach nie zawiera wypełnionego działu II tabela 1- „*odpady przywiezione na terytorium kraju w roku kalendarzowym*” . Odwołujący argumentował, że zużyty węgiel aktywny jest odpadem, którego odbiór od użytkownika oraz dostawa do miejsca utylizacji/odzysku skutkuje koniecznością rejestracji odpadu w systemie BDO. W związku z powyższym, jeżeli Grand Activated Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wykonała usługę reaktywacji węgla aktywnego na rzecz AdFis Products GmbH, to powinna zgłosić przyjęcie odpadu do Zakładu w Hajnówce, tj. miejsca reaktywacji/przetworzenia węgla.

Dodatkowo odwołujący zwracał uwagę na nieproporcjonalnie niską cenę wskazaną w wykazie usług przez Grand Activated Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością za usługę na rzecz AdFis Products GmbH w stosunku do pozostałych usług. Odwołujący wskazał, że w w/w wykazie Grand Activated Sp. z o.o. zadeklarował wartości realizowanych umów.

Koszt reaktywacji dla 1 m³ węgla aktywnego przedstawia się następująco:

- AdFis Products GmbH: realizacja 15.03.2022 r. - 01.03.2023 r. 1392 m³ // wartość netto : 1 252 800,00 zł. Cena

reaktywacji 1 m³ wyniósł 900 zł netto [ok. 191 EUR netto/m³ przy kursie 1EUR= 4,7PLN] – ok. 400 EUR za 1 tonę.

Wodociągi w Białymstoku: realizacja 27.06.2022 – 30.06.2023 540 m³ (poz.2) // wartość netto: 2 160 000 PLN Cena reaktywacji 1 m³ wyniosła – 4000 zł/m³ (ok. 851 EUR netto) – około >1700 EUR netto/mt

MPWIK w m.st. WARSZAWIE SUW Praga 27.06.2022 – 30.06.2023 750m³(poz.3)// wartość netto: 3 075 000 PLN Cena reaktywacji 1 m³ wyniosła - 4100 zł/m³ (ok 872 EUR/m³ netto przy kursie 1EUR =4,7PLN) - ok. > 1744 EUR netto/tonę

Zdaniem odwołującego, w tym stanie rzeczy, Zamawiający winien wykluczyć Grand Activated Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Hajnówce, bowiem doszło do świadomego wprowadzenia w błąd. Zdaniem odwołującego dla zastosowania przepisu art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP należy wykazać, że doszło do kumulatywnego spełnienia określonych przesłanek, o których w mowa w/w przepisach. Mianowicie w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 8: przedstawienia informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością, wykazania, że powyższa informacja wprowadziła w błąd Zamawiającego, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, ustalenia, że przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa oraz potencjalnego wpływu informacji wprowadzającej w błąd na decyzję Zamawiającego.

Natomiast regulację ustawową wynikającą z treści art. 109. ust.1 pkt. 10 można zastosować gdy wypełnione zostaną kumulatywnie następujące przesłanki, mianowicie: przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnych z rzeczywistością, informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego, przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa oraz potencjalny wpływ informacji wprowadzającej w błąd na decyzję Zamawiającego.

Zdaniem odwołującego, przedstawienie przez Wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością stanowi pierwszą z przesłanek w przypadku wykluczenia w zakresie podania nieprawdy przez Grand Activated Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Hajnówce zarówno z podstawy wynikającej z pkt 8 jak i 10 w/w przepisu i została ona spełniona w zaistniałym stanie faktycznym w następujący sposób: Wykonawca Grand Activated Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wypełnił i złożył „ wykaz usług” zawierającą informację niezgodną z rzeczywistością tj. ze stanem faktycznym.

Odwołujący argumentował, że w dowodach nr 1-2 wyraźnie jest przedstawione, że AdFis Products w ramach swojej działalności nie wytwarza produktów w postaci węgla aktywnego mającego zastosowanie do uzdatniania wody, jak też w tym zakresie nie świadczy usług. Zgodnie z zamieszczonymi na stronie internetowej AdFis Products GmbH informacjami, jest ona producentem węgla aktywnego do oczyszczania gazów. Oferowane przez ten podmiot produkty służą do oczyszczania powietrza wywianego, np. oczyszczania gazów ściekowych, gazów wysypiskowych, oczyszczania powietrza wywiewanego z przemysłu. Zdaniem odwołującego w sposób jednoznaczny wskazuje, że jego działalność oparta jest na współpracy biogazowniami: „w tej chwili obsługujemy 1500 biogazowni w Niemczech. Nasze produkty są już z powodzeniem stosowane w 30 krajach na całym świecie”. Brak jest natomiast zarówno produktów, rozwiązań technicznych, jak też informacji o współpracy ze stacjami uzdatniania wody.

Zdaniem odwołującego, dowód 3 jest dowodem posiłkowym, wzmacniającym tezę wynikającą z dowodu 1 oraz 2. Natomiast dowód 4 potwierdza brak możliwości wykonania usługi w okresie od 15.03.2022 r. do 01.03.2023 r. regeneracji węgla aktywnego stosowanego w procesach uzdatniania wody przeznaczonej do spożycia dla ludzi w ilości 1.392 m³ z uwagi na fakt, że Wykonawca Grand Activated Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie ewidencjonowała żadnych odpadów z zagranicy w 2022r., zaś sprawozdanie o odpadach nie zawiera wypełnionego działu II tabela 1- „*odpady przywiezione na terytorium kraju w roku kalendarzowym*” . Co prawda Odwołujący przyznał, że nie jest w stanie uzyskać informacji w zakresie ilości opadów za I kwartał 2023r. ze względu na to, że termin składania sprawozdania rocznego dotyczącego odpadów jest w 2024 roku, niemniej jednak okres wykonania wskazanej przez w/w Wykonawcę usługi w 80% przypadk na rok 2022r. Skoro Grand Activated Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wykonała usługę reaktywacji węgla aktywnego na rzecz AdFis Products GmbH, która wiązała się z dostawą rzeczowego węgla aktywnego z zagranicy do Polski, to powinna zgłosić w systemie BDO przyjęcie odpadu do Zakładu w Hajnówce, tj. miejsca reaktywacji/przetworzenia węgla. Czego, według odwołującego, brak.

Zdaniem odwołującego, informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego. Grand Activated Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wypełnił tą przesłankę wykazując, że usługa polegająca na regeneracji węgla aktywnego stosowanego w procesach uzdatniania wody przeznaczonej do spożycia dla ludzi w ilości 1.392 m³ na rzecz AdFis Products GmbH odpowiada wymaganiom SWZ w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy faktycznie takich wymagań nie spełnienia. Grand Activated Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wykonała to w taki sposób, że przypisał do usługi na rzecz AdFis Products GmbH wykonanie w ramach jednej umowy nr REG/1502/2022/1 regenerację węgla aktywnego stosowanego do uzdatniania wody w ilości wymaganej, tj. w ilości nie mniejszej niż 1000 m³, przez Zamawiającego w dokładnym brzmieniu wynikającym z SWZ.

Według odwołującego przesłankę dotyczącą przedstawienia informacji, która jest wynikiem zamierzonego

działania lub niedbalstwa, Grand Activated Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spełniła w ten sposób, że jako wieloletni kontrahent AdFis Products GmbH, ma pełną świadomość co do profilu działalności w/w Spółki, który jest jej również znany z informacji z ogólnodostępnych źródeł, m.in. ze strony internetowej (www.adfis.de). Ponadto poprzez brak zgłoszenia w systemie BDO przyjęcia odpadu do Zakładu w Hajnówce, tj. miejsca reaktywacji/przetworzenia węgla. Przesłanka zaś potencjalnego wpływu informacji wprowadzającej w błąd na decyzję Zamawiającego przejawia się w tym, że przedstawiona przez Wykonawcę informacja niezgodna z rzeczywistością w przedmiocie wykonania usługi polegającej na regeneracji węgla aktywnego stosowanego w procesach uzdatniania wody przeznaczonej do spożycia dla ludzi w ilości 1.392 m³ na rzecz AdFis Products GmbH, jako kryterium selekcji wynikającej z pkt 5.1.1.2 SWZ miała istotny wpływ na decyzję Zamawiającego.

Z ostrożności procesowej, na wypadek uznania, że z jakichkolwiek powodów brak było świadomego działania, odwołujący podniósł, że konieczne i zasadne jest wykluczenie Wykonawcy Grand Activated Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z udziału w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 10 PZP. Zdaniem odwołującego informacja ta nie jest prawdziwa i jest informacją mogącą mieć wpływ na decyzję podejmowaną przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wskazał, że dodatkowo, oceniając możliwość wykonawcy niedbalstwa czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji należy mieć na uwadze art. 355 § 2 ustawy kodeks cywilny, zgodnie z którym należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Zdaniem odwołującego za takiego profesjonalistę należy również uznać wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty, jak też oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnić się czy deklarowany przez nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Przenosząc to na kanwę niniejszego postępowania Wykonawca Grand Activated Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością powinien dokonać szczególnej weryfikacji prezentowanych przez siebie danych, mając prawną świadomość jako profesjonalista ich nierzetelnego przedstawienia. W tym miejscu podkreślić należy, że podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością odpowiada podaniu informacji nieprawdziwych, chodzi w związku z tym o obiektywną niezgodność treści podanego oświadczenia z rzeczywistością. Podkreślić należy, że informacje przedstawiane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowią oświadczenia wiedzy składane w sposób celowy oraz stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówienie oraz SWZ warunki udziału w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego, działanie Wykonawcy, było działaniem zamierzonym, bowiem wykonawca będący profesjonalistą jest w stanie zweryfikować zakres wykonanych przez siebie faktycznie usług z wymaganiami SWZ w niniejszym postępowaniu.

Z ostrożności procesowej, odwołujący wskazał, że nawet jeśli przyjąć brak świadomego działania Grand Activated Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością- to należy uznać że doszło do lekkomyślności lub niedbalstwa w zakresie przedstawienia informacji mających zasadniczy wpływ na decyzję Zamawiającego podejmowaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zdaniem odwołującego, w konsekwencji w/w naruszeń doszło również do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Grand Activated Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Hajnówce z uwagi na to, że oferta przez niego złożona jest niezgodna z warunkami zamówienia, a mianowicie nie spełnienia wymogu zdolności zawodowej, tj. wykonania co najmniej jednej usługi (umowy) polegającej na regeneracji złóż węgla aktywnego.

Niezalenie od powyższego odwołujący podniósł, że doszło także do naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 2 w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie udostępnienia mu udostępnienia dokumentacji przetargowej w postaci skanu dokumentów w zakresie środków dowodowych wymienionych w punktach 6.3. oraz 6.6. SWZ Wykonawcy- Grand Activated oraz dotychczasowej korespondencji złożonej w w/w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 29 sierpnia 2023 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji przetargowej w zakresie dokumentów w postaci:

- oferty firmy Grand Activated złożonej w w/w postępowaniu ,
- dotychczasowej korespondencji złożonej w w/w postępowaniu,
- środków dowodowych wymienionych w punktach 6.3. oraz 6.6. SWZ niezwłocznie po ich otrzymaniu od firmy Grand Activated.

W odpowiedzi na niniejszy wniosek Zamawiający za pośrednictwem korespondencji email, odmówił ich udostępnienia powołując się na treść art. 74 ust. 2 ustawy Pzp. Wskazał, iż korespondencja między Zamawiającym a Wykonawcami stanowi załącznik do protokołu postępowania, z tych też względów udostępnia się je dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania.

Odwołujący argumentował, że z dokonaną przez Zamawiającego interpretacją w/w przepisu się nie zgodził, co

wyraził w piśmie z dnia 01.09.2023r. Odwołujący wskazał, że jakkolwiek ustawodawca wprowadził generalną zasadę udostępniania załączników do protokołu po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej albo unieważnienia danego postępowania udzielenie zamówienia, to jednak niniejszy przepis przewiduje od tej zasady dwa wyjątki.

Zdaniem odwołującego pierwszy z nich odnosi się do ofert wraz z dokumentami lub oświadczeniami, jakie zostały do niej przez wykonawców załączone (art. 74 ust. 2 pkt 1 Pzp). Ustawodawca w ten sposób wprowadził możliwość poddania pod osąd innych uczestników prowadzonego postępowania zawartości złożonych ofert, przyznając im dłuższy czas umożliwiający przygotowanie się do weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego związanych z procesem badania i oceny tych ofert pod kątem zgodności z przepisami prawa. Zdaniem odwołującego także składane w wyniku wezwania dokumenty lub oświadczenia również powinny być udostępniane na wniosek przed wyborem oferty najkorzystniejszej albo unieważnieniem postępowania. Bowiem wszelkie poczynione przez wykonawcę wyjaśnienia treści oferty stanowią część składową tego oświadczenia woli i nie sposób traktować ich odmiennie od samej oferty. Identyfikacja rzeczy się ma w zakresie uzupełnianych dokumentów składających się na treść oferty, jak również dokonanych w trybie art. 223 ust 2. Pzp przez Zamawiającego poprawek oferty.

Zdaniem odwołującego, mając powyższe na uwadze zarówno, wobec faktu, iż prowadzona pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą korespondencja, jak też przede wszystkim środki dowodowe wymienione w pkt 6.3. oraz 6.6. SWZ są w sposób integralny powiązane z ofertą i stanowią jej część składową, nie sposób traktować ich odmiennie od samej oferty. Z tych też względów winny one zostać udostępnione mu stosownie do treści art. 74 ust. 2 pkt. 1 Pzp. Odwołujący wskazał, że Zamawiający udostępnił mu w/w dokumenty dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 04.09.2023 r.

Zdaniem odwołującego, zaniechanie Zamawiającego, polegające na nieudostępnieniu rzeczonych dokumentów przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty, w konsekwencji skutkowało pozbawieniem go możliwości realnej oceny spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu i wadliwą oceną oferty Wykonawcy- Grand Activated Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Hajnówce przez Zamawiającego, poprzez błędne uznanie, że złożona oferta nie podlega odrzuceniu.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 2 w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Grand Activated sp. z o.o. w Hajnówce. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę przystępującego, wezwania zamawiającego kierowane do przystępującego w toku postępowania, odpowiedzi przystępującego na ww. wezwania, wnioski odwołującego o udostępnienie załączników do protokołu, odpowiedzi zamawiającego na ww. wnioski, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, załączniki do pism procesowych stron i uczestnika postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Art. 74 ust 2 ustawy Pzp stanowi, że *Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:*

- 1) *oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie,*
- 2) *wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków*
– *przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.*

Stosownie do art. 109 ust. 1 ustawy Pzp, *Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:*

- 8) *który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć*

istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania (...)

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest Regeneracja granulowanego węgla aktywnego z sześciu filtrów węglowych Stacji Ozonowania Pośredniego i Filtracji na Węglu Aktywnym Zakładu Centralnego SUW „Filtry”. (por. pkt 3.1. specyfikacji warunków zamówienia – SWZ).

Kolejno ustalono, że w pkt 5.1 SWZ zamawiający przewidział, że:

5.1.O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: (...)

5.1.1.2.zdolności technicznej lub zawodowej (DOŚWIADCZENIE WYKONAWCY), tj.:

5.1.1.2.1.wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali, co najmniej dwie usługi (umowy) polegające na regeneracji złóż węgla aktywnego stosowanego do uzdatniania wody, obejmujące łącznie minimum 2000 m³ węgla, z zastrzeżeniem, że w ramach co najmniej jednej usługi (umowy) łączna ilość zregenerowanego węgla nie może być mniejsza niż 1000 m³.

5.1.2.nie podlegają wykluczeniu na podstawie:

(...)

5.1.2.2.art. 109 ust. 1 pkt 1, 4, 5 i 7-10 ustawy Pzp;

Ustalono także, że w pkt 6.6 SWZ zamawiający przewidział:

6.6.Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta zostanie oceniona jako najkorzystniejsza, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu: (...)

6.6.2.w celu potwierdzenia spełniania warunku, o którym mowa w pkt 5.1.1.2:

6.6.2.1.wykazu 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 usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego 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.

Kolejno ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęła m.in. oferta przystępującego.

(por. oferta przystępującego, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 29 sierpnia 2023 r., zamawiający wezwał przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

(por. ww. wezwanie, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył wykaz usług. W wykazie tym oświadczył m.in., że wykonał usługę polegającą na wykonaniu regeneracji węgla aktywnego stosowanego w procesach uzdatniania wody przeznaczonej do spożycia dla ludzi. Ilość 1392 m³, wartość bez podatku VAT: 1 252 800,00 PLN, okres: 15.03.2022 r. do 01.03.2023 r., miejsce wykonania: Grand Activated Sp. z o. o. ul. Białostocka 1, 17-200 Hajnówka; Podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane (odbiorca): AdFiS Products GmbH Am Kellerholz 14, D-17166 Teter

Do wykazu usług przystępujący załączył referencje z dnia 3 sierpnia 2023 r. wystawione przez AdFiS Products GmbH, w których zleceniodawca usługi oświadczył, że przystępujący zrealizował regenerację węgla aktywnego stosowanego w procesach uzdatniania wody przeznaczonej do spożycia dla ludzi w ramach umowy REG/1502/2022/1.

Termin realizacji: od 15.03.2022 r. do 01.03.2023 r.

Objętość regenerowanego węgla: 1.392 m³.

(por. wykaz usług przystępującego wraz z dokumentem referencyjnym, w aktach sprawy).

Ustalono także, że pismem z dnia 29 sierpnia 2023 r. odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji przetargowej w zakresie dokumentów w postaci:

- oferty firmy Grand Activated złożonej w w/w postępowaniu,
- dotychczasowej korespondencji złożonej w w/w postępowaniu,
- środków dowodowych wymienionych w punktach 6.3. oraz 6.6. SWZ niezwłocznie po ich otrzymaniu od firmy Grand Activated.

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wniosek zamawiający w dniu 29 sierpnia 2023 r. przekazał odwołującemu ofertę przystępującego. Zamawiający poinformował także odwołującego, że zgodnie z przepisem art. 74 ust. 2 Pzp załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wskazał, że korespondencja między nim a wykonawcą stanowi załącznik do protokołu, a zatem dokumenty te będą mogły zostać udostępnione po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

(por. ww. wniosek odwołującego wraz z odpowiedzią zamawiającego).

Następnie ustalono, że 4 września 2023 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

(por. zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, w aktach sprawy).

Ustalono także, że zamawiający po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, w dniu 5 września 2023 r. udostępnił odwołującemu wnioskowane załączniki do protokołu (okoliczność nieस्पorna).

Izba, działając na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła odrzucić odwołanie w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 16 pkt 2 w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Stosownie zaś do przepisu art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp, Odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,

Izba stwierdziła, że w odpowiedzi na wniosek odwołującego z dnia 29 sierpnia 2023 r. o udostępnienie załączników do protokołu postępowania, Zamawiający w tym samym dniu, za pośrednictwem korespondencji email, odmówił ich udostępnienia, wskazując, że udostępni je dopiero po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

O zaniechaniu przez zamawiającego czynności udostępniania załączników do protokołu odwołujący został zatem poinformowany w dniu 29 sierpnia 2023 r. Tym samym, dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania przez zamawiającego czynności udostępnienia załączników do protokołu rozpoczął bieg w tej właśnie dacie i upłynął w dniu 8 września 2023 r. Tymczasem odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Izby dopiero w dniu 14 września 2023 r.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że odwołanie w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 16 pkt 2 w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp podlegało odrzuceniu, jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdziła na wstępie, że ciężar wykazania spornych okoliczności faktycznych spoczywał na odwołującym, jako na tej stronie, która z faktu tego wyprowadzała skutek prawny, w postaci konieczności odrzucenia oferty przystępującego, jako podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z art. 6 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, *Ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne*. Przypomnienia wymagało również, że w świetle przepisu art. 534 ust. 1 Pzp, *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne*.

Zgodnie z treścią wykazu usług przystępujący oświadczył, że w ramach realizowanej przez siebie usługi na rzecz AdFis Products GmbH w Am Kellerholz 14, D-17166 Teterow wykonał regenerację węgla aktywnego stosowanego w procesach uzdatniania wody przeznaczonej do spożycia dla ludzi w ilości 1392 m³.

Odwołujący zarzucił, że powyższe oświadczenie przystępującego jest niezgodne ze stanem faktycznym. Zamawiający i przystępujący zaprzeczyli ww. okoliczności. Wobec powyższego, ciężar wykazania, że przystępujący nie wykonał ww. usługi spoczywał na odwołującym.

Zdaniem Izby w świetle całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie należało dojść do wniosku, że odwołujący nie udźwignął ciężaru wykazania spornych faktów.

Dostrzeżenia wymagało, że jak wskazano wcześniej, przystępujący złożył w wykazie usług wyraźne oświadczenie o wykonaniu spornej usługi. Powyższe oświadczenie przystępującego zostało potwierdzone także przez

zleceńodawcę usługi, który w dokumencie referencyjnym z dnia 3 sierpnia 2023 r. załączonym do wykazu usług wyraził oświadczył, że przystępujący zrealizował regenerację węgla aktywnego stosowanego w procesach uzdatniania wody przeznaczonej do spożycia dla ludzi w ramach umowy REG/1502/2022/1.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie przedstawił Izbie żadnego dowodu w postaci oświadczenia AdFis products GmbH, z którego wynikałoby, że pomimo wystawienia referencji, sporna usługa nie została jednak wykonana. Nie został także Izbie złożony dowód w postaci umowy nr REG/1502/2022/1, w oparciu o treść której można byłoby ustalić, że nie obejmowała ona jednak referencji węgla aktywnego stosowanego w procesach uzdatniania wody przeznaczonej do spożycia dla ludzi.

Odwołujący, celem wykazania spornych faktów, złożył natomiast w charakterze dowodów szereg dokumentów które, w jego ocenie, pośrednio miałyby dowodzić nieprawdziwości oświadczenia przystępującego. Jednakże analiza każdego z tych dowodów i wszystkich łącznie nie doprowadziła do ustalenia faktów, zgodnie z twierdzeniami odwołującego.

W pierwszej kolejności odwołujący złożył w charakterze dowodu wydruk strony internetowej AdFis Products GmbH wraz z tłumaczeniem przysięgłym z języka angielskiego, na wykazanie faktu świadczenia przez ww. podmiot usług oraz sprzedaży produktów wyłącznie przeznaczonych do fazy gazowej, odsiarczania – usuwania siloksanów- usuwania amoniaku, oczyszczania powietrza.

Jednakże dowód ten nie świadczył jeszcze o tym, że AdFis products GmbH nie świadczy również usług w zakresie uzdatniania wody lub uzdatniania wody pitnej. Po pierwsze, firmy nie mają obowiązku umieszczenia na swej stronie internetowej informacji o pełnym zakresie prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej. Zatem z faktu, że na tej stronie nie napisano wprost o działalności w zakresie uzdatniania wody lub uzdatniania wody pitnej, nie można było wyprowadzić wniosku, że AdFis products GmbH takiej działalności nie prowadzi. Ponadto na tej stronie internetowej wskazano również: *„AdFis Products GmbH wykorzystuje unikalny na skalę światową proces produkcji wysokiej jakości formowanego węgla aktywnego na bazie węgla drzewnego i spoiwa na bazie wody i cukru. W ten sposób nasz węgiel aktywny powstaje na bazie surowców odnawialnych i dlatego może być bez zastrzeżeń wykorzystywany w prawie wszystkich zastosowaniach. Opatentowany proces domieszkowania pozwala nam modyfikować węgiel aktywny w taki sposób, aby oprócz ogólnej adsorpcji mógł być wykorzystywany do specjalnych zastosowań.*

(por. załącznik do pisma procesowego przystępującego wraz z tłumaczeniem).

Jak wynikało z przywołanego fragmentu strony internetowej, węgiel aktywny firmy AdFis products GmbH może być wykorzystywany w prawie wszystkich zastosowaniach. W kolejnych fragmencie zaś była mowa o wykorzystywaniu go do specjalnych zastosowań. Nie można było zatem wykluczyć zastosowania tego węgla także do uzdatniania wody.

Kolejno dostrzeżenia wymagało, że zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, o który mowa w pkt 5.1.1.2 SWZ zamawiający przesądził, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy *w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali co najmniej dwie usługi (umowy) polegające na regeneracji złóż węgla aktywnego stosowanego do uzdatniania wody, obejmujące łącznie minimum 2000 m³ węgla, z zastrzeżeniem, że w ramach co najmniej jednej usługi (umowy) łączna ilość zregenerowanego węgla nie może być mniejsza niż 1000 m³”.*

Z treści warunku nie wynikał zatem obowiązek ponownego użycia regenerowanego węgla w stacjach uzdatniania wody przez podmiot udzielający referencji. Nie było zatem wykluczone wykazanie się doświadczeniem w wykonaniu umowy, w ramach której węgiel aktywny miał zostać pozyskany, zregenerowany i dopiero następnie przeznaczony do uzdatniania wody. W świetle warunku, możliwa była także taka sytuacja, w której regenerowano węgiel stosowany do uzdatniania wody, a następnie taki węgiel zregenerowany przekazano podmiotowi, który do uzdatniania wody go nie używał. Słowo „stosowany do uzdatniania wody” odnosi się do węgla, niezależnie jednak od etapu, na jakim to stosowanie miało miejsce (przed czy po regeneracji).

Przystępujący załączył do swego pisma procesowego decyzję Marszałka Województwa Podlaskiego z dnia 8 czerwca 2021 r. nr DOS-II.7244/57.2020 zezwalającą na przetwarzanie zużytego węgla aktywnego (kod odpadu 19 09 04) na pełnowartościowy węgiel aktywny. Wykonawca był zatem uprawniony do wykonywania tego rodzaju usług. Przystępujący złożył także przy swym piśmie procesowym kartę produktu WG 90 N - Formowany węgiel aktywny oraz rachunki potwierdzające, że zregenerowany węgiel aktywny sprzedaje swym kontrahentom.

Odwołujący wywodził w trakcie rozprawy, że interpretacji warunku udziału w postępowaniu należy dokonywać przez pryzmat opisu przedmiotu zamówienia. Wskazał, że w opisie przedmiotu zamówienia (opz) jest mowa o regeneracji węgla z sześciu filtrów węglowych stosowanych do uzdatniania wody. Stanowisko to należało uznać za nietrafne. Podkreślenia wymaga bowiem, że warunek udziału w postępowaniu podlega autonomicznej wykładni względem opisu przedmiotu zamówienia. Uszło także uwadze odwołującego, że zgodnie z art. 112 ustawy Pzp, *Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz*

umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Jak wynika z powyższego przepisu, warunki nie muszą być identyczne z przedmiotem zamówienia, a jedynie proporcjonalne do niego. Co więcej, warunki zgodnie z tym przepisem, są wyrażane przez zamawiających jedynie jako minimalne poziomy zdolności. Finalnie dostrzeżenia wymagało, że zgodnie z utrwalonym i jednolitym orzecnictwem Izby, wszelkie ewentualne niejasności co do treści SWZ rozstrzyga się na korzyść wykonawcy. Skoro zatem poprawna pod względem literalnym, logicznym i celowościowym była również taka interpretacja warunku, jaką prezentował zamawiający i przystępujący, to brak było podstaw aby dokonywać zawężającej interpretacji warunku, zgodnie ze stanowiskiem odwołującego.

W dalszej kolejności stwierdzono, że nie dowodził stanowiska odwołującego złożony przez niego dowód w postaci wydruku z Handelsregister B des Amtsgerichts Rostock AdFis Products GmbH. Zdaniem odwołującego z wydruku tego miało wynikać, że AdFIS Products GmbH nie ujawnił w rubryce dotyczącej przedmiotu działalności informacji w zakresie produkcji węgla oraz świadczenia usług związanych z uzdatnianiem wody.

Jak wynikało ze złożonego dowodu, spółka ta zajmuje się wytwarzaniem produktów, sprzedażą handlem w zakresie adsorpcyjnych systemów filtracyjnych, węgla aktywnego, w szczególności węgla aktywnego formowanego, innych adsorbentów najróżniejszego rodzaju. Ponadto, jak wynikało z rubryki dotyczącej przedmiotu działalności, przedmiotem przedsiębiorstwa jest m.in. badanie i rozwój adsorpcyjnych systemów filtracyjnych, produktów na bazie węgla aktywnego, jak również innych adsorbentów najróżniejszego rodzaju.

Nie można było się zatem zgodzić z odwołującym, że w rubryce wykazu dotyczącej działalności nie było informacji o produkcji, sprzedaży i handlu w zakresie węgla aktywnych, czy też handlu produktami na bazie węgla aktywnego. Niezależnie od powyższego odwołujący nie wykazał aby zgodne z prawem niemieckim, wbrew zasadzie swobody działalności gospodarczej, podmiot niemiecki mógł wykonywać działalność gospodarczą tylko w takim zakresie, jaka została ujawniona w ww. wydruku.

Kolejno stwierdzono, że stanowiska odwołującego nie dowodził także dokument – złożona przez niego Norma dotycząca reaktywacji i parametrów węgla aktywnego do uzdatniania wody pitnej PN-EN-12915-2:2009. „Produkty do uzdatniania wody przeznaczonej do spożycia – Granulowany węgiel aktywny - część 2- Reaktywowany granulowany węgiel aktywny.

Odwołujący wskazał, że w pkt 3.5. powyższa norma definiuje reaktywowany granulowany węgiel aktywny następująco: „zużyty granulowany węgiel aktywny, który został poddany reaktywacji.

UWAGA -Zwykle reaktywowany węgiel aktywny zwraca się do stacji uzdatniania wody, w której był poprzednio używany. Dostarczony produkt może zawierać uzupełnienie z granulowanego węgla aktywnego i/lub granulowany węgiel aktywny typu top-up.”

Już z samego fragmentu normy przywołanego przez odwołującego wynikało, że jedynie „zwykle” reaktywowany węgiel aktywny zwraca się do stacji uzdatniania wody, w której był poprzednio używany. Powyższe oznaczało, że zgodnie z normą może odbywać się to jednak także inaczej, niż poprzez zwrot do stacji uzdatniania wody, w której reaktywowany węgiel był poprzednio używany.

Zdaniem Izby, nie mogła dowodzić także stanowiska odwołującego okoliczność, że wskazana przez przystępującego cena za usługę wykonaną na rzecz AdFis Products GmbH okazała się niższa w stosunku do cen pozostałych usług, wymienionych przez przystępującego w ww. wykazie.

Różnice w cenach usług mogą wynikać z wielu okoliczności o charakterze biznesowym będących konsekwencją konkretnych warunków umownych, których Izbie nie złożono w charakterze dowodu. Zatem sam fakt, że cena spornej usługi okazała się niższa, niż ceny innych usług referencyjnych przystępującego, nie dowodził jeszcze, że usługa ta nie została wykonana zgodnie z twierdzeniami odwołującego.

Kolejnym dowodem, na jaki powołał się odwołujący, było sporządzone przez niego samego zestawienie dotyczące ilości opadów jakie, jego zdaniem, winny być zarejestrowane w systemie BDO przy uwzględnieniu oświadczenia przystępującego o wykazaniu realizacji usług wskazanych w wykazie usług stosownie do pkt 5.1.1.2.1. swz.

Zdaniem odwołującego, przy podanej przez przystępującego w wykazie usług ilości m³ przystępujący powinien otrzymać 2 065 t zużytego węgla aktywnego. Natomiast w kartach BDO, złożonych przez przystępującego przy zgłoszeniu przystąpienia, widniała mniejsza ilość - tj. 617,21 t.

Podkreślenia wymagało, że wyliczenia własne odwołującego zawarte w złożonym wydruku oparte były na kartach ewidencji odpadów BDO, jakie przystępujący załączył do zgłoszenia przystąpienia. Dostrzec należało jednak, że pierwsza z kart dotyczyła 2022 r., a druga - jedynie okresu od 1 stycznia 2023 r. do 19 stycznia 2023 r. Brakowało zatem kart za okres od 20 stycznia 2023 r. do 30 czerwca 2023 r. Tymczasem sporna usługa wykonana na rzecz AdFis Products GmbH, jak wynikało z wykazu, była realizowana w dłuższym okresie niż wynikający z przedłożonych kart,

albowiem do 1.03.2023 r. Z kolei usługi na rzecz Wodociągów Białostockich były realizowane przez przystępującego do 28 czerwca 2023 r. Wreszcie usługi na rzecz zamawiającego były wykonywane przez przystępującego do 30 czerwca 2023 r.

Wobec powyższego wyliczenia odwołującego przedstawione w złożonym przez niego dowodzie nie mogły zostać uznane za miarodajne celem wykazania, iż przystępujący nie wykonał spornej usługi i tym samym wprowadził zamawiającego w błąd.

Odwołujący złożył także w trakcie rozprawy sporządzone przez siebie przykładowe karty ewidencji odpadów, na okoliczność konieczności ewidencjonowania każdego węgla aktywnego nawet jeśli pochodzi z zakładu uzdatniania wody. Złożył także dowód w postaci dokumentów transportowych, oraz karty przekazania odpadów sporządzane w ramach realizowanych przez siebie usług.

Izba stwierdziła, że z faktu, iż jakąś pracę sprawozdawczą w ramach realizowanych przez siebie usług wykonuje odwołujący nie wynika jeszcze, że ona jest prawidłowa, czy też nieprawidłowa. Podkreślenia wymagało również na marginesie, że nawet gdyby odwołujący wykazał, że przystępujący uchybił przepisom o sprawozdawczości gospodarki odpadami (czego jednak odwołującemu nie udało się udowodnić), to powyższe samo przez się nie dowodziło jeszcze, że sporna usługa nie została wykonana, a to powinno zostać przez odwołującego udowodnione. Omawiane dowody odwołującego mogłyby co najwyżej hipotetycznie wykazać, że zostały popełnione przez wykonawcę uchybienia w tym obszarze.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie zasługiwało na uwzględnienie.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia części odwołania. Z kolei orzeczenia Izby zawarte w pkt 1 i 3 sentencji miały charakter formalny, gdyż dotyczyły odpowiednio odrzucenia części odwołania i kosztów postępowania, a zatem były postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2 sentencji) i formalnym (pkt 1, 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców*. W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie stwierdzono zarzucanych zamawiającemu naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołania w tej części.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku*.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, oddaliła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 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 od odwołania (Dz. U.

z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....