

Sygn. akt: KIO 2209/23

WYROK
z 11 sierpnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Monika Kawa-Ogorzałek
Beata Konik

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie 10 sierpnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 lipca 2023 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INSTAL WARSZAWA S.A. z siedzibą w Warszawie i Biokompo Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „LECH” Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku przy udziale:

1. wykonawcy AK Nova Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, Kompoz Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MTM Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, MTM Ekotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża w odwołującego: INSTAL WARSZAWA S.A. z siedzibą w Warszawie i Biokompo Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) jako zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) 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 2209/23

Uzasadnienie

Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „LECH” Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa kompostowni odpadów w ZUOK w Hryniewiczach w formule zaprojektuj i wybuduj”, numer: DZP-240/3/PN/2023, zwane dalej postępowaniem. Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego zostało opublikowane 28 grudnia 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2022/S 250-732217.

28 lipca 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia INSTAL WARSZAWA S.A. z siedzibą w Warszawie i Biokompo Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie i zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia MTM Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, MTM Ekotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (dalej: MTM, Konsorcjum MTM lub Przystępujący MTM) z postępowania w sytuacji, w której MTM nie potwierdził, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 15.1.4 ppkt c) IDW;

2.ewentualnie art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie czynności wezwania MTM

do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających, że MTM spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 15.1.4 ppkt c) IDW;

3.art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty MTM

z postępowania w sytuacji, w której oferta MTM była niezgodna z warunkami zamówienia, tj. pkt 4 IDW.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2.odrzucenia oferty MTM na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz pkt 5 Pzp, lub ewentualnie

3.wezwania MTM w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych mających na celu potwierdzenie, że MTM spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 15.1.4 ppkt c) IDW; oraz

4.przeprowadzenia ponownej oceny oraz badania ofert.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

Zarzuty nr 1 i 2

W pkt 15.1.4 ppkt c) IDW Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania przez wykonawców doświadczenia w samodzielnej dostawie technologii instalacji przetwarzania odpadów:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał (zakończył) co najmniej dwa zamówienia (umowy) każde obejmujące dostawę technologii stabilizacji tlenowej/kompostowania frakcji o wielkości

0-80 mm ulegającej biodegradacji, wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych oraz/lub selektywnie zbieranej frakcji odpadów zielonych i innych bioodpadów, w technologii opartej na bioreaktorach wraz z biofiltrem, o wydajności:

–min. 10 000 Mg/rok dla bioodpadów,

–min. 20 000 Mg/rok dla frakcji o wielkości 0-80 mm, ulegającej biodegradacji, wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych oraz min. 10 000 Mg/rok dla bioodpadów,

–min. 20 000 Mg/rok dla frakcji o wielkości 0-80 mm, ulegającej biodegradacji, wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych”.

W „Uwagach” zamieszczonych pod opisem sposobu spełnienia wyżej zacytowanego warunku udziału w Postępowaniu dodano, że:

„Zgodnie z postanowieniami Rozdziału 4 Informacja o obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli Zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie

z art. 60 i art. 121 Pzp IDW w przypadku wspólnego ubiegania się Wykonawców o udzielenie zamówienia, Zamawiający wymaga, aby warunek określony w ppkt c) spełniał samodzielnie co najmniej jeden z tych Wykonawców, a następnie zrealizował dostawę technologii stabilizacji tlenowej/kompostowania frakcji o wielkości 0-80mm ulegającej biodegradacji, wydzielonej

ze zmieszanych odpadów komunalnych oraz/lub selektywnie zbieranej frakcji odpadów zielonych i innych bioodpadów, w technologii opartej na bioreaktorach wraz z biofiltrem

i rozruch kompletnej instalacji do biologicznego przetwarzania odpadów”.

W pkt 4 IDW Zamawiający określił:

„Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań w zakresie dostawy technologii stabilizacji tlenowej/kompostowania frakcji o wielkości 0-80mm ulegającej biodegradacji, wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych oraz/lub selektywnie zbieranej frakcji odpadów zielonych i innych bioodpadów, w technologii opartej na bioreaktorach wraz z biofiltrem, a następnie rozruch kompletnej instalacji do biologicznego przetwarzania odpadów.

W odniesieniu do kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, Wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 Pzp, w celu

wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w Rozdziale 15. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia pkt 15.1.4. ppkt 1) lit. c) niniejszej IDW. Z uwagi na powyższe w przypadku wspólnego ubiegania się Wykonawców o udzielenie zamówienia, Zamawiający wymaga, aby warunek określony pkt 15.1.4. ppkt 1) lit. c) niniejszej IDW (Tom I SWZ) spełniał samodzielnie co najmniej jeden z tych Wykonawców, a następnie zrealizował dostawę technologii stabilizacji tlenowej/kompostowania frakcji o wielkości 0-80mm ulegającej biodegradacji, wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych oraz/lub selektywnie zbieranej frakcji odpadów zielonych i innych bioodpadów, w technologii opartej na bioreaktorach wraz z biofiltrem i rozruch kompletnej instalacji do biologicznego przetwarzania odpadów".

MTM w odpowiedzi na wezwanie z art. 126 ust. 1 Pzp przedstawiło Wykaz dostaw, którym powołało się na realizację następujących zamówień:

1. Dostawa technologii kompostowania dla selektywnie zbieranej frakcji odpadów zielonych i innych bioodpadów w konstrukcji zamkniętych bioreaktorach wraz z biofiltrem - min 10 000 Mg/rok dla bioodpadów (dalej: Projekt PGM Polkowice), zrealizowana na rzecz podmiotu Przedsiębiorstwo Gospodarki Miejskiej Sp. z o.o. w Polkowicach. Potwierdzono wykonanie zamówienia przez MTM Budownictwo Sp. z o.o.
2. Dostawa technologii stabilizacji tlenowej odpadów biodegradowalnych o frakcji 0-80 mm wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych, w zamkniętych bioreaktorach wraz z biofiltrem do 54 000 Mg/rok odpadów biodegradowalnych o frakcji 0-80 wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych (dalej: Projekt EKO-Region) zrealizowana na rzecz podmiotu EKO-REGION Sp. z o.o. Potwierdzono wykonanie zamówienia przez MTM Budownictwo Sp. z o.o.

Zamawiający 5 lipca 2023 r. zwrócił się do MTM w trybie art. 128 ust. 4 Pzp do udzielenia wyjaśnień dotyczących złożonego 22.05.2023 r. podmiotowego środka dowodowego - wykazu dostaw. Zamawiający wskazał, że pozyskał informację od Przedsiębiorstwa Gospodarki Miejskiej Sp. z o.o. w Polkowicach oraz od EKO-REGION Sp. z o.o., że w ramach każdej

z inwestycji wskazanych w Wykazie dostaw technologia instalacji stabilizacji tlenowej odpadów biodegradowalnych była dostarczana w całości (od wykonania projektu technologicznego po rozruch instalacji) przez podwykonawców zaangażowanych przez MTM. W związku z tym Zamawiający powziął wątpliwości, czy MTM legitymował się doświadczeniem wymaganym w IDW, zwłaszcza w kontekście określonego przez Zamawiającego obowiązku wykonania prac w tym zakresie osobiście przez wykonawcę.

Zamawiający zwrócił się do MTM o wyjaśnienie:

1. czy w ramach projektów referencyjnych MTM był jedynym wykonawcą zamówienia, które realizował w części dostawy na zasadzie współpracy z podwykonawcą,
2. czy organizował, kierował i kontrolował pracę w ramach projektów referencyjnych,
3. czy ponosił odpowiedzialność przed inwestorem,
4. czy brał odpowiedzialność za podwykonawców
5. czy brał udział czynnie w procesie inwestycyjnym dla każdego z projektów.

MTM 12 lipca 2023 r. przedstawił wyjaśnienia, w których udzielił odpowiedzi twierdzącej na każde ze sformułowanych przez Zamawiającego pytań. MTM nie przedstawił żadnych dowodów mających na celu potwierdzenie złożonego przez siebie oświadczenia, ograniczając się jedynie do przytoczenia wyroków Izby, w których Izba wypowiedziała się co do możliwości powoływania się na doświadczenie zdobyte przez generalnego wykonawcę na całość wykonanych prac nawet, jeśli część z nich była powierzona do podwykonania.

Zamawiający uznał przedstawione wyjaśnienia za wystarczające do uznania, że MTM spełnia warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 15.1.4 ppkt c) IDW i dokonał 18 lipca 2023 r. wyboru oferty MTM jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w pkt 6.1 IDW określił zakres prac objęty przedmiotem niniejszego zamówienia: „Przedmiotem zamówienia jest opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie na jej podstawie robót budowlanych w ramach Inwestycji pt.: „Budowa kompostowni odpadów w Zakładzie Utylizacji Odpadów Komunalnych w Hryniewiczach w formule zaprojektuj i wybuduj. Przedmiot zamówienia obejmuje: (1) wykonanie projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego,

uzgodnionego z Zamawiającym, wraz z uzyskaniem wszelkich uzgodnień wymaganych przepisami prawa, opracowaniami, odstępstwami, zgodami, niezbędnymi do uzyskania pozwolenia na budowę, zezwolenia na realizację Inwestycji

lub zgłoszenia robót budowlanych; (2) wykonanie robót budowlanych wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego nad ich realizacją; (3) dostawę i montaż niezbędnych urządzeń, maszyn, wyposażenia w tym zapewnienie wymaganego przez ich producenta serwisu, wymiany części/materiałów eksploatacyjnych w ramach wynagrodzenia wynikającego z Umowy w Okresie Zgłaszania Wad i Usterek; (...) szczegółowe wytyczne dotyczące wymagań w tym zakresie opisane zostały w Programie Funkcjonalno — Użytkowym (PFU Tom III SWZ)”.

W pkt 1.1.1 PFU dokonano uszczegółowienia zakresu prac opisanego w pkt 6.1 wskazując, że do zadań wykonawcy w ramach zamówienia będzie należeć m.in. „realizacja dostaw, montażu i uruchomienia urządzeń technologicznych i instalacji w ramach budowanej instalacji biologicznego przetwarzania odpadów zgodnie z opracowaną dokumentacją projektową” oraz „rozruch i przekazanie Instalacji do użytkowania”.

Dostawa technologii nie tylko w rozumieniu PFU (jednakże w PFU zostało opisane w sposób nie budzący wątpliwości, jak Zamawiający rozumiał to pojęcie i cały proces technologiczny),

a także zgodnie z pojęciem branżowym, nie stanowi fizycznej dostawy elementów instalacji czy urządzeń, które następnie są zamontowywane przez wykonawcę, ale jest procesem technologicznym bazujący na know-how wykonawcy polegającym na stworzeniu konceptu technologii, a następnie jego produkcji i zainstalowania. Zakres podmiotów działających

na rynku, którzy są dostawcami technologii jest relatywnie niewielki i ogranicza

się do podmiotów, które są producentami technologii albo dostawcami współpracującymi

z danym producentem głównie na zasadach wyłączności. W większości projektów realizowanych na rzecz podmiotów publicznych generalni wykonawcy, którzy zazwyczaj

są firmami z branży budowlanej, w zakresie dostawy technologii korzystają z podwykonawców. Ewentualnie oferty w przetargach publicznych składają wspólnie wykonawca robót budowlanych oraz dostawca technologii.

MTM — jak ustalił to sam Zamawiający — w ramach Projektów referencyjnych wskazanych

w Wykazie dostaw nie brał osobiście udziału jako dostawca technologii przy budowie instalacji przetwarzania odpadów, gdyż całość prac w tym zakresie była podzlecana podmiotom wyspecjalizowanym w tym zakresie, którzy są autoryzowanymi lub wyłącznymi dostawcami danej technologii i technologii danego producenta. MTM zatem nie nabyło wymaganego

przez Zamawiającego w IDW doświadczenia i nie posiadało know-how niezbędnego

do samodzielnego wykonania prac opisanych w PFU.

Odwolujący na etapie postępowania przetargowego zwrócił się do Zamawiającego o zmianę SWZ w części dotyczącej zakresu prac zastrzeżonych do osobistego wykonania z dostawy technologii na wykonanie instalacji technologii (pytanie nr 23), co mogłoby pozwalać

na korzystanie z know-how innego podmiotu w zakresie dostawy technologii, która byłaby instalowana przez wykonawcę.

Instal Warszawa S.A. posiadał doświadczenie w realizacji inwestycji podobnych do tego, które stanowi przedmiot zamówienia. Jednakże w ramach każdej z inwestycji korzystał z dostawy technologii swoich podwykonawców / dostawców.

W konsekwencji, kierując się wymogami IDW, oferta w postępowaniu została przez Instal Warszawa S.A. złożona wspólnie z podmiotem, który jest dostawcą technologii instalacji przetwarzania odpadów - Biokompo Sp. z o.o. Sp. k. Zamawiający nie zgodził się jednak

na zmianę treści pkt 4 SWZ, tym samym twierdzenia Odwołującego były zgodne

z wymaganiami określonymi w IDW.

MTM w wyjaśnieniach z 12 lipca 2023 r., wskazał, że w ramach projektów referencyjnych brał odpowiedzialność przed inwestorem za swoich podwykonawców (dostawców technologii, wykonawców instalacji), koordynował proces inwestycyjny czy też czynnie nadzorował prace tego podwykonawcy. Powyższe jednakże nie powodowało, że MTM nabyło know-how

w zakresie dostawy technologii instalacji przetwarzania odpadów. MTM nabyło co najwyżej doświadczenie w koordynacji procesu inwestycyjnego obejmującego dostawę technologii przez inny podmiot (tj. doświadczenie w zakontraktowaniu doświadczanego podmiotu będącego dostawcą technologii, rozliczenie dostaw, określenie harmonogramu prac, udział w odbiorach, nadzór przy wykonywaniu poszczególnych czynności).

Doświadczenie to nie było wystarczające w świetle postawionego przez Zamawiającego warunku.

W Projekcie PGM Polkowice MTM Budownictwo Sp. z o.o. brał udział jako generalny wykonawca, natomiast technologie została wytworzona, dostarczona i uruchomiona przez BLOKOMPO Sp. z o.o. Sp.k., który był jednocześnie producentem i dostawcą technologii

w ramach przedmiotowego zadania.

Z otrzymanego przez Odwołującego od inwestora Projektu pisma z 27 czerwca 2023 r. wynikało, że:

„MTM Budownictwo Sp. z o.o. ul. Koszycka 21, 33-100 Tarnów, jako generalny wykonawca zadania: „Budowa Zakładu Gospodarki Odpadami w Trzebczu” korzystał z niżej wymienionych podwykonawców:

1.4) BLOKOMPO sp. z o.o. sp. k. ul. Świdnicka 22, lok.41 50-068 Wrocław NIP 8971798909

Wytworzenie dostarczenie montaż i uruchomienie elementów i instalacji technologicznych kompostowni wraz z przeprowadzeniem rozruchów technologicznych zakończonych uzyskaniem właściwych wyników AT4, szkolenie personelu Inwestora do obsługi kompostowni (...).

Dostawcą technologii był podwykonawca: BLOKOMPO Sp. z o.o. Sp. k. ul Świdnicka 22, lok.41 50-068 Wrocław NIP 8971798909, jako wyłączny przedstawiciel technologii HANTSCH na rynek polski”.

Taką samą informację od inwestora otrzymał również Zamawiający.

MTM Budownictwo Sp. z o.o. powierzyło BLOKOMPO Sp. z o.o. Sp. k. wykonanie całości prac związanych z dostawą technologii instalacji w ramach Projektu PGM Polkowice. Zakres prac podwykonawcy obejmował zarówno wytworzenie, jak i dostarczenie, zamontowanie oraz uruchomienie instalacji, w tym również wykonanie rozruchów technologicznych. Dodatkowo

to podwykonawca dokonał przeszkolenia pracowników inwestora z obsługi działania instalacji. Z dostępnych informacji wynika także, że podwykonawca jest wyłącznym przedstawicielem technologii HANTSCH, która została zaimplementowana w ramach projektu. W konsekwencji udział MTM Budownictwo Sp. z o.o. w dostawie technologii był ograniczony jedynie

do czynności formalnych wynikających z umowy. MTM nie posiada doświadczenia

w wykonaniu technologii dla instalacji przetwarzania odpadów w ramach tego Projektu.

W przypadku Projektu EKO-Region technologia kompostowni odpadów została w całości wykonana przez podwykonawcę Instytut Energii Sp. z o.o., co również potwierdziły informacje otrzymane od inwestora EKO-REGION Sp z o.o.

Powyższe potwierdził sam dostawca technologii w informacji mailowej z 20 czerwca 2023 r. skierowanej do Odwołującego: „Firma Instytut Energii była kompleksowym dostawcą technologii oraz projektu technologicznego”. Instytut Energii Sp. z o.o. z własnej inicjatywy wystosował do Zamawiającego pismo, w którym potwierdził informacje otrzymane od inwestora.

MTM w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 15.1.4 ppkt a) IDW, wskazało w Wykazie usług projekt pn. „Modernizacja i rozbudowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów w miejscowości Olszowa” (dalej: Projekt Olszowa). Projekt ten był realizowany przez MTM Budownictwo Sp. z o.o., który działał jako generalny wykonawca, jednakże wykonanie projektu (w tym projektu technologii) zostało zlecone podwykonawcy - Przedsiębiorstwu Projektowania i Nadzoru JUKON-PROJEKT J. J. (dalej: Jukon). MTM do oferty dołączyło zobowiązanie Jukon do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia polegającego na wykonaniu projektu instalacji przetwarzania odpadów, a jako dokument potwierdzający należyte wykonanie zamówienia wskazano referencję wydaną przez MTM Budownictwo Sp. z o.o. na rzecz Jukon. Zamawiający otrzymał również informację od samego inwestora Projektu, że to Jukon wykonało projekt technologii instalacji (pismo z 21 czerwca 2023 r.).

Dodatkowo, w ocenie Odwołującego Projekt PRM Polkowice nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, w zakresie dotyczącym parametrów określonych w tym warunku.

MTM w Wykazie dostaw dla Projektu PGM Polkowice wskazał, że przedmiotem dostawy była „dostawa technologii kompostowania dla selektywnie zbieranej frakcji odpadów zielonych

i innych bioodpadów w konstrukcji zamkniętych bioreaktorach wraz z biofiltrem”, z wydajnością 16 000 Mg/rok dla selektywnie zbieranej frakcji odpadów zielonych i innych bioodpadów.

Zamawiający 5 lipca 2023 r. wezwał MTM do złożenia wyjaśnień i „podanie nazwy odpadu

i wydajności, tak by można było jednoznacznie zweryfikować, czy odpowiada jednej

z wymaganych wydajności, zgodnie z wymogiem warunku udziału opisanym w Rozdziale 15 pkt 15.1.4. ppkt. 1) lit. c) IDW (Tom I SWZ)”.

Zamawiający wskazał w wezwaniu, że z informacji otrzymanych od inwestora wynikało,

że opis instalacji klasyfikuje projekt do tiretu trzeciego, dla którego wymagana wydajność wynosi 20.000 Mg/rok, ale z otrzymanych danych wynikało, że Projekt PRM Polkowice dotyczył instalacji o mocy 16.000 Mg/rok.

Dodatkowo Zamawiający poinformował MTM, że: „w celu weryfikacji wydajności instalacji technologicznej kompostowania dostarczonej przez MTM Budownictwo Sp. z o.o. w ramach zadania „Budowa Zakładu Gospodarki Odpadami w Trzebczu” zapoznał się z treścią decyzji Nr PZ 233/2015 wydanej przez Marszałka Województwa Dolnośląskiego pozwolenie zintegrowane z 29 grudnia 2015 r., z której wynika, że wydajność 16 000 Mg/rok dotyczyła odpadów o kodzie

19 12 12 dla frakcji o wielkości co najmniej 0-100mm ulegającej biodegradacji wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych, a nie dla selektywnie zbieranej frakcji odpadów zielonych i innych bioodpadów, jak to wskazał Wykonawca w Wykazie wykonanych dostaw.

Zamawiający zapoznał się z wydatnościami dla innych przetwarzanych w instalacji odpadów w tym dla selektywnie zbieranych odpadów zielonych i innych bioodpadów i przy uwzględnieniu definicji bioodpadów zawartej w ustawie z dn. 14 grudnia 2012 r. o odpadach, zgodnie z ww. pozwoleniem, dla tego zakresu odpadów wskazana została przepustowość

2 000 Mg/rok.

Odwołujący wskazał, że okoliczność, że zainstalowane komponenty i urządzenia hipotetycznie technologicznie dawały możliwość osiągnięcia parametrów określonych w IDW, pozostawała bez wpływu na ocenę zdolności podmiotowej MTM. Dla instalacji nie dokonano próby

i rozruchu, w którym uzyskano by parametry wymagane w IDW przy wykorzystaniu stabilizacji tlenowej/frakcji ulegającej biodegradacji, wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych oraz/lub selektywnie zbieranej frakcji odpadów zielonych i innych bioodpadów, w technologii opartej na bioreaktorach wraz z biofiltrem, o wydajności min. 10 000 Mg/rok dla bioodpadów.

Warunek udziału w postępowaniu miał dotyczyć budowy instalacji o określonych parametrach (których osiągnięcie zostało potwierdzone protokołem z rozruchu), i dla której to budowy zakończono proces inwestycyjny (warunek dotyczył zamówień zakończonych). Przyjęte przez MTM założenia wskazują na otwarty charakter procesu inwestycyjnego, który umożliwiał — potencjalnie — dostosowywanie instalacji do określonych parametrów (MTM nie przedstawił żadnych dowodów, że z technicznego i technologicznego punktu widzenia zmiana tych parametrów jest w ogóle możliwa).

Z ostrożności, w przypadku nie podzielenia przez Izbę powyższej argumentacji, Odwołujący wniósł ewentualnie o nakazanie Zamawiającemu wezwania MTM w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających fakt spełniania wyżej wskazanego warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego złożona przez oferta MTM była niezgodna z warunkami zamówienia, w zakresie w jakim Zamawiający określił zakaz powierzania prac związanych z dostawą technologii stabilizacji tlenowej/kompostowania frakcji oraz jej rozruchu podwykonawcom.

Konsorcjum MTM w formularzu ofertowym w rubryce pkt 11) dotyczącej zakresu prac, które wykonawca zamierza podzlecić podwykonawcom oświadczyło, że zamierza powierzyć podwykonawcom m. in. roboty ogólnobudowlane, roboty branży sanitarnej, roboty branży elektrycznej, usługi dostawy wyposażenia technologicznego i materiałów budowlanych, usługi nadzoru geodezyjnego i geologicznego. Przystępujący nie wskazał przy tym nazwy podwykonawcy, wskazując, że na tym etapie był on jeszcze nieznan.

Zamawiający 18 kwietnia 2023 r. wezwał MTM w trybie art. 128 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnienia tej kwestii w kontekście zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez wykonawcę i zakresu podwykonawstwa, w tym „usługi dostawy wyposażenia technologicznego”.

MTM 21 kwietnia 2023 r. przedstawiło wyjaśnienia, w których wskazało, że wypełnienie powyższej rubryki nastąpiło wyłącznie z ostrożności, o czym świadczył brak identyfikacji ewentualnego podwykonawcy. Wykonawca poinformował też, że w zakresie wskazanym powyżej jako „Roboty ogólnobudowlane, roboty branży sanitarnej, roboty branży elektrycznej” chodzi ewentualnie wyłącznie o roboty ponad warunek udziału w postępowaniu o którym mowa w 15.1.4. ppkt 1) lit. b) IDW - który to warunek spełnia Lider Konsorcjum - MTM Budownictwo Sp. z o.o. i w zakresie koniecznym do spełniania warunku wykona je samodzielnie, zaś w odniesieniu do „usługi dostawy wyposażenia technologicznego i materiałów budowlanych” wskazanie ewentualnego podwykonawstwa dotyczyło wyłącznie usług transportowych i logistycznych procesu dostaw wyposażenia technologicznego

i materiałów budowlanych na potrzeby realizacji zamówienia i zakres tych czynności w żaden sposób nie wchodził w zakres prac koniecznych do osobistego wykonania.

W ocenie Odwołującego oferta MTM była niezgodna z warunkami IDW, gdyż zakładała powierzenie podwykonawcom wykonania prac związanych z dostawą technologii instalacji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 8 sierpnia 2023 r. wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in.:

Zamawiający uznał, że Wykonawca MTM wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w Rozdziale 15. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia IDW pkt 15.1.4 ppkt 1 lit. c)

na podstawie wymaganych i złożonych w postępowaniu podmiotowych środków dowodowych: wykazu dostaw wykonanych, w okresie ostatnich 8 lat, liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane (wzór wykazu dostaw – załącznik nr 9 do IDW), dołączonych

dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane należycie, złożonych na wnioski Zamawiającego na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy dnia 6 września 2001 r.

o dostępie do informacji publicznej odpowiedzi przez inwestorów, na rzecz których zamówienia (dostawy, usługi) były wykonane, jak i wyjaśnień Wykonawcy MTM.

Wykonawca potwierdził, że jako generalny wykonawca obu referencyjnych inwestycji był jedynym wykonawcą, który: organizował, kierował oraz kontrolował całość prac w ramach zamówień, ponosił pełną odpowiedzialność przed Inwestorami za dostawę technologii wykonanej przez podwykonawców (którymi byli Biokompo Sp. z o.o. Sp. K. ul. Świdnicka 22, lok. 41, 50-068 – instalacja w Trzebczu i Instytut Energii Sp. z o.o. ul. Wiśniowa 17, 11-010 Barczewo – instalacja w Gotartowie). Ponościł względem Inwestorów odpowiedzialność za działania i zaniechania podwykonawców i brał czynny udział w procesach inwestycyjnych dotyczących obu referencyjnych inwestycji.

Analiza Komisji przetargowej dokumentów i wyjaśnień (w tym złożonych przez inwestorów odpowiedzi na wnioski Zamawiającego na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej oraz ocenianego Wykonawcę) pod kątem spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu pozwala stwierdzić,

że dostawy technologii zrealizowane przy udziale podwykonawców przez MTM Budownictwo Sp. z o.o. pozwoliły mu nabyć doświadczenie w tym zakresie, w związku z czym należy ocenić, że Wykonawca MTM Budownictwo Sp. z o.o. spełnia samodzielnie warunek udziału opisany w Rozdziale 15. pkt 15.1.4. ppkt 1) lit. c) IDW.

Zamawiający szczegółowo opisał wszystkie czynności związane z wzywaniem wykonawcy MTM do wyjaśnień, wraz ze wskazaniem pism, które stanowiły dla Zamawiającego źródła poszczególnych informacji, co do oferty Przystępującego.

Zamawiający wskazał, że w świetle materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie usunął wszelkie wątpliwości co do spełnienia przez Wykonawcę MTM Budownictwo Sp. z o.o. kwestionowanego przez Odwołującego warunku wykazania się wykonaniem zamówienia

na rzecz Przedsiębiorstwa Gospodarki Miejskiej Sp. z o.o. w Polkowicach ul. Henryka Dąbrowskiego 2 59-100 Polkowice (Instalacja w Trzebczu) przez wykazanie kryterium wydajnościowego, tj. min. 10 000 Mg/rok dla bioodpadów.

Ustosunkowując się do treści decyzji nr PZ 233/2015 wydanej przez Marszałka Województwa Dolnośląskiego, z której wynikają następujące rodzaje i parametry instalacji Zamawiający wskazał, że w prowadzonym postępowaniu nie wymagał w ramach spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 15 pkt 15.1.4. ppkt. 1) lit. c) IDW potwierdzenia wydajności w decyzjach administracyjnych. Stąd też przepustowość wskazana w decyzji administracyjnej na poziomie 2 000Mg/rok selektywnie zebranych odpadów zielonych i innych bioodpadów nie determinuje wydajności instalacji. Podnoszenie przez Odwołującego przepustowości na poziomie 2 000Mg/rok selektywnie zebranych odpadów zielonych i innych bioodpadów nie przeczyło spełnieniu warunku udziału w postępowaniu.

Fakt, że na instalacji nie można przetworzyć zgodnie z decyzją administracyjną więcej

niż 2000Mg/rok selektywnie zebranych odpadów zielonych i innych bioodpadów nie determinowało braku technicznych i technologicznych możliwości przetworzenia większej ilości bioodpadów osiągając wymagany efekt technologiczny.

Zamawiający zgłosił jako dowód opinię sporządzoną przez biegłego - eksperta M. S. dotyczącą obliczenia wydajności instalacji kompostowania Przedsiębiorstwa Gospodarki Miejskiej Sp. z o.o. Polkowice w Trzebczu. Zgłoszona przez Zamawiającego opinia biegłego (stanowisko eksperta) potwierdziło wydajność obliczeniową wymaganą w warunku udziału

w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 15 pkt 15.1.4. ppkt. 1) lit. c) IDW tiret pierwszy. Na kartach opinii ekspert przeprowadził szczegółowe obliczenia na fakt określenia wydajności instalacji w Trzebczu oraz zaprezentował graficznie obliczenia możliwości przetwarzania bioodpadów wraz z schematem poglądowym pryzmy odpadów w reaktorze uwzględniając wyliczenia ilości cykli kompostowania możliwych do przeprowadzenia w ciągu roku.

Oferta Wykonawcy MTM nie była niezgodna z warunkami zamówienia i nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zamawiający po wnikliwej analizie materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie jednoznacznie ocenił, że planowany podział zadań pomiędzy członków Konsorcjum MTM zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający przyjął samodzielnie poprawione oświadczenie z art. 117 ust. 4 Pzp (bez wezwania skierowanego przez Zamawiającego), ponieważ wezwanie do kolejnego de facto złożenia tego samego oświadczenia, byłoby nadmiernym formalizmem.

W ocenie Zamawiającego zarzut konwalidacji błędów nie był uprawniony, ponieważ nie doszło do poprawienia oferty, a jedynie podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia z art. 117 ust. 4 Pzp, które nie dawało jednoznacznej pewności co do jego treści. W trybie wyjaśnień Zamawiający potwierdził, że treść oferty jest zgodna z SWZ.

Użyte przez Zamawiającego na kartach PFU pojęcia wyposażenia technologicznego wbrew twierdzeniom Odwołującego nie było rozumiane jako dostawa technologii instalacji przetwarzania odpadów. Poniżej Zamawiający cytuje treść przywołanych przez Odwołującego pkt PFU, tj. pkt 1.1.3. i pkt 1.1.3.2. ppkt 12) celem wykazania, że użyte w nich określenie wyposażenia technologicznego należy czytać literalnie zgodnie z jego brzmieniem i rozumieć przez to elementy wyposażenia technologicznego, a nie dostawę technologii instalacji przetwarzania odpadów. Zamawiający zaprzeczył przy tym tezom i wnioskowi Odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami,
2. oferty Przystępującego MTM,
3. korespondencji Zamawiającego z Przystępującym MTM,
4. dokumentów złożonych przez Strony i Przystępującego MTM wraz z pismami procesowymi, dokumentów złożonych w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron przez Odwołującego:
5. Decyzji Marszałka Województwa Dolnośląskiego nr PZ 233/2015 z 29 grudnia 2015 r.
6. Oświadczenia pana G. F. złożonego w imieniu Biokompo Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą we Wrocławiu dotyczącej inwestycji w Polkowicach i sposobie jej funkcjonowania,
7. wydruku prezentacji dotyczącej bioodpadów i odpadów biodegradowalnych wydzielonych ze zmieszanych odpadów komunalnych.

Izba przeprowadziła również dowód z opinii złożonej przez Zamawiającego jako opinia biegłego – eksperta pn. „Obliczenia wydajności instalacji kompostowania Przedsiębiorstwa Gospodarki Miejskiej Sp. z o.o. Polkowice”, autorstwa mgr inż. M. S., przy czym wbrew wnioskowi dowodowemu Zamawiającego potraktowała ten dokument i oceniła jako opinię prywatną. Ponieważ pan M. S. na etapie posiedzenia niejawnego z udziałem Stron został umocowany do reprezentacji Zamawiającego Izba uznała, że jego opinia nie może zostać w tej sytuacji uznana za opinię niezależnego od Stron eksperta.

Izba ustaliła, co następuje:

Zarzut nr 1

Między Stronami i Przystępującym MTM nie było sporu co do stanu faktycznego w zakresie zarzutu, w tym co do przebiegu postępowania i korespondencji prowadzonej między Zamawiającym i Przystępującym MTM.

Przystępujący MTM w odpowiedzi na wezwanie z art. 126 ust. 1 Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych przedstawił Wykaz dostaw, w którym wskazał realizację następujących zamówień:

1. Dostawa technologii kompostowania dla selektywnie zbieranej frakcji odpadów zielonych i innych bioodpadów w konstrukcji zamkniętych bioreaktorach wraz z biofiltrem – min. 16 000 Mg/rok dla bioodpadów, zrealizowana na rzecz Przedsiębiorstwa Gospodarki Miejskiej Sp. z o.o. w Polkowicach.
2. Dostawa technologii stabilizacji tlenowej odpadów biodegradowalnych o frakcji 0-80 mm wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych, w zamkniętych bioreaktorach wraz z biofiltrem do 54 000 Mg/rok odpadów biodegradowalnych o frakcji 0-80 wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych zrealizowana na rzecz EKO-REGION Sp. z o.o.

W zakresie pierwszej z inwestycji nie było sporne, że Biokompo sp. z o.o. sp. k. zrealizowało zamówienie w zakresie wytworzenia, dostarczenia, montażu i uruchomienia elementów i instalacji technologicznych kompostowni wraz z przeprowadzeniem rozruchów technologicznych zakończonych

uzyskaniem właściwych wyników AT4, szkolenia personelu Inwestora do obsługi kompostowni.

W ramach drugiego zadania dostawcą technologii do stabilizacji tlenowej odpadów biodegradowalnych o frakcji 0-80 mm wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych,

w zamkniętych bioreaktorach wraz z biofiltrem, była firma: Instytut Energii sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie.

Z powyższych faktów Strony i Przystępujący wyciągali przeciwstawne wnioski, które stanowiły główną oś sporu.

Zgodnie z punktem 15.1.4 ust. 1 lit. c IDW Zamawiający ustanowił warunki udziału

w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał (zakończył):

c) co najmniej dwa zamówienia (umowy) każde obejmujące dostawę technologii stabilizacji tlenowej/kompostowania frakcji o wielkości 0-80mm ulegającej biodegradacji, wydzielonej

ze zmieszanych odpadów komunalnych oraz/lub selektywnie zbieranej frakcji odpadów zielonych i innych bioodpadów, w technologii opartej na bioreaktorach wraz z biofiltrem,

o wydajności:

–min. 10 000 Mg/rok dla bioodpadów

lub

–min. 20 000 Mg/rok dla frakcji o wielkości 0-80 mm, ulegającej biodegradacji, wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych oraz min. 10 000 Mg/rok dla bioodpadów

lub

–min. 20 000 Mg/rok dla frakcji o wielkości 0-80 mm, ulegającej biodegradacji, wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych”.

W Rozdziale 4 IDW "Informacja o obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli Zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie

z art. 60 i art. 121 ustawy Pzp" Zamawiający wskazał:

„Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań w zakresie dostawy technologii stabilizacji tlenowej/kompostowania frakcji o wielkości 0-80mm ulegającej biodegradacji, wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych oraz/lub selektywnie zbieranej frakcji odpadów zielonych i innych bioodpadów, w technologii opartej na bioreaktorach wraz z biofiltrem, a następnie rozruch kompletnej instalacji do biologicznego przetwarzania odpadów.

W odniesieniu do kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, Wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w Rozdziale 15. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia pkt 15.1.4. ppkt 1) lit. c) niniejszej IDW (Tom I SWZ).

Szczególnie istotne w sprawie było porównanie i właściwa ocena wzajemnej relacji przytoczonego wyżej warunku udziału w postępowaniu oraz treści zastrzeżenia obowiązku osobistej realizacji kluczowej części przedmiotu zamówienia.

Warunek udziału w postępowaniu dotyczy realizacji dwóch zamówień (umów) każde obejmujące dostawę technologii. Tym samym nie sposób uznać, że Zamawiający wymagał wykazania się realizacją dostaw przez wykonawców – wtedy warunek byłby skonstruowany

w odmienny sposób. Zamawiający wymagał jednak wykazania się realizacją dwóch zamówień, na które składały się też odpowiednie dostawy. W tej sytuacji, wobec braku jednoznacznego wskazania w treści SWZ obowiązku zrealizowania dostaw nie da się uznać,

że Przystępujący nie mógł wykazać się realizacją umów, które były wykonane z udziałem podwykonawców.

Ustalenie to jest o tyle istotne, że Zamawiający zawarł w Rozdziale 4 IDW następujące postanowienie:

„Z uwagi na powyższe w przypadku wspólnego ubiegania się Wykonawców o udzielenie zamówienia, Zamawiający wymaga, aby warunek określony pkt 15.1.4. ppkt 1) lit. c) niniejszej IDW (Tom I SWZ) spełniał samodzielnie co najmniej jeden z tych Wykonawców, a następnie zrealizował dostawę technologii stabilizacji tlenowej/kompostowania frakcji o wielkości

0-80mm ulegającej biodegradacji, wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych oraz/lub selektywnie zbieranej frakcji odpadów zielonych i innych bioodpadów, w technologii opartej na bioreaktorach wraz z biofiltrem i rozruch kompletnej instalacji do biologicznego przetwarzania odpadów”.

Wolą Zamawiającego było zatem, by kluczową część przedmiotu zamówienia zrealizował

ten z uczestników konsorcjum, który wykazał spełnienie warunku z pkt 15.1.4. ppkt 1) lit. c). Wymóg taki ma oczywisty sens, ale nie oznacza, że zgodnie z łączną interpretacją Rozdziału 4 IDW oraz warunku udziału w postępowaniu

wskazanego w pkt 15.1.4. ppkt 1) lit. c) IDW jedynym uprawnionym podmiotem do realizacji kluczowej części przedmiotu zamówienia będzie ten, który wcześniej zrealizował co najmniej dwie dostawy o parametrach i cechach szczegółowo opisanych w treści warunku. Do zbioru uprawnionych podmiotów zaliczały się będą także podmioty, które wcześniej zrealizowały co najmniej dwa zamówienia obejmujące dostawę technologii stabilizacji tlenowej/kompostowania frakcji o wielkości

0-80mm ulegającej biodegradacji, wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych oraz/lub selektywnie zbieranej frakcji odpadów zielonych i innych bioodpadów, w technologii opartej na bioreaktorach wraz z biofiltrem, o określonych parametrach.

Z powyższych przyczyn Izba uznała, że już na gruncie literalnej interpretacji postanowień IDW uznać należy, że dla spełnienia warunku z pkt 15.1.4. ppkt 1) lit. c) IDW wystarczające było wykazanie się realizacją zamówień, na które składały się m.in. dostawy.

Odwołujący miał przy tym słuszność twierdząc, że doświadczenie potrzebne do realizacji przedmiotu zamówienia ma mieć charakter realny. Odwołujący niezasadnie jednak podnosił, że MTM Budownictwo Sp. z o.o. realizując umowy z udziałem podwykonawców nie nabył doświadczenia także w zakresie części wykonanej przez tych podwykonawców. Wykonawca zamówienia (rozumiany jako generalny wykonawca) odpowiedzialny jest nie tylko za „fizyczne” wykonanie określonych części prac, ale też za organizację prac powierzonych do wykonania podwykonawcom. Zakres takiej organizacji może być oczywiście różny, ale z faktu realizacji określonej części zadania przez podwykonawcę nie można automatycznie wywodzić,

że generalny wykonawca nie zdobył przy tej okazji odpowiedniego doświadczenia. Jeżeli Odwołujący twierdził, że MTM Budownictwo Sp. z o.o. nie nabyło takiego doświadczenia realizując zamówienia na rzecz Przedsiębiorstwa Gospodarki Miejskiej Sp. z o.o.

w Polkowicach oraz EKO-REGION Sp. z o.o., to był obowiązanym fakt ten udowodnić.

Za wystarczające dowody nie mogły przy tym zostać uznane dokumenty wskazujące

na określone zakresy prac powierzonych do wykonania podwykonawcom. Dowody takie nie przeczą tezie, że generalny wykonawca jako podmiot wykonujący i organizujący realizację całości danego zadania może nabyć doświadczenie również w części prac wykonanych przez podwykonawców.

Izba uznała również za nieudowodnione twierdzenie Odwołującego dotyczące nieosiągnięcia przez instalację wykonaną na rzecz Przedsiębiorstwa Gospodarki Miejskiej Sp. z o.o.

w Polkowicach parametrów wydajności określonych w treści warunku z pkt 15.1.4. ppkt 1)

lit. c) IDW.

Na potwierdzenie spełnienia przez wykonawców warunku z pkt 15.1.4. ppkt 1) lit. c) Zamawiający żądał: „wykazu dostaw wykonanych, w okresie ostatnich 8 lat, liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane (wzór wykazu dostaw – załącznik nr 9 do IDW). Wykonawca do wykazu dołączy dowody określające, czy te dostawy zostały wykonane należycie, przy czym 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” (pkt 16.3 IDW).

Przystępujący złożył ww. wykaz dostaw wraz z referencjami z 15 grudnia 2015 r. potwierdzającymi podane w wykazie parametry zrealizowanej instalacji.

Argumentacja Odwołującego, mająca wskazywać, że parametry instalacji w rzeczywistości

są znacznie niższe, niż wymagane w IDW i deklarowane przez Przystępującego MTM oparta była przede wszystkim na dowodzie z Decyzji Marszałka Województwa Dolnośląskiego

nr PZ 233/2015 z 29 grudnia 2015 r. Dokument ten odzwierciedlał jednak stan z okresu

po zakończeniu realizacji zadania i dotyczył pozwolenia na osiągnięcie określonych parametrów na etapie pracy instalacji. Warunek z pkt 15.1.4. ppkt 1) lit. c) IDW nie odnosił się do parametrów rozumianych jako parametry faktycznie realizowane przez instalacje. wymienione w wykazie dostaw. Tym samym parametry te, zdaniem Izby, należało traktować jako parametry planowane do osiągnięcia w wyniku realizacji określonych inwestycji, a nie faktyczny zakres wykorzystania tych parametrów. Z tego względu dowód z Decyzji Marszałka Województwa Dolnośląskiego nr PZ 233/2015 z 29 grudnia 2015 r. był nieprzydatny

dla ustalenia czy parametry podane przez Przystępującego MTM dla instalacji wykonaną

na rzecz Przedsiębiorstwa Gospodarki Miejskiej Sp. z o.o. w Polkowicach odbiegały

od wymogów IDW. Odwołujący nie wykazał, by inwestycja ta od samego początku zakładała osiągnięcie wydajności niższej niż wymagana w pkt 15.1.4. ppkt 1) lit. c) IDW.

Zarzut nr 2

Zarzut ten również podlegał oddaleniu, ze względu na fakt, że oparty był na tej samej tezie, co zarzut nr 1. Wobec faktu, że w ocenie Izby teza ta się nie potwierdziła, to nie potwierdził się również zarzut drugi odwołania. Ponieważ Przystępujący MTM zdaniem Izby w prawidłowy sposób wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu z 15.1.4. ppkt 1) lit. c) IDW to nie było żadnych powodów, by nakazać Zamawiającemu przeprowadzenie dodatkowych czynności wyjaśniających zdolność podmiotową Przystępującego MTM do realizacji przedmiotu zamówienia.

Zarzut nr 3

W punkcie 4 ppkt 11 Formularza ofertowego Przystępujący MTM wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawców wykonanie następujących części przedmiotu zamówienia:

1.Prace projektowe,

2.Roboty ogólnobudowlane, roboty branży sanitarnej, roboty branży elektrycznej, usługi dostawy wyposażenia technologicznego i materiałów budowlanych, usługi nadzoru geodezyjnego i geologicznego.

Przystępujący MTM podał przy tym informację o planowanym podwykonawcy prac projektowych, a w zakresie prac z punktu 2 wskazał: „Nazwa Firmy na etapie składania oferty nie jest znana”.

W oświadczeniu złożonym na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp Przystępujący MTM oświadczył, że lider konsorcjum, MTM Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie wykona następujący zakres zamówienia:

„Dostawa technologii stabilizacji tlenowej/kompostowania frakcji o wielkości 0-80mm ulegającej biodegradacji, wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych lub selektywnie zbieranej frakcji odpadów zielonych i innych bioodpadów, w technologii opartej

na bioreaktorach wraz z biofiltrem i rozruch kompletnej instalacji do biologicznego przetwarzania odpadów, roboty budowlane objęte zakresem przedmiotu zamówienia

i niezbędne dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu - w szczególności roboty ogólnobudowlane, roboty branży sanitarnej, roboty branży elektrycznej”.

W wyjaśnieniach z 21 kwietnia 2023 r. złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Przystępujący MTM wyjaśnił, że wypełnienie powyższej rubryki powyższe nastąpiło wyłącznie z ostrożności, o czym świadczy brak identyfikacji firmy ewentualnego podwykonawcy

a jednocześnie Wykonawca informuje, że w zakresie wskazanym powyżej jako „Roboty ogólnobudowlane, roboty branży sanitarnej, roboty branży elektrycznej” chodzi ewentualnie wyłącznie o roboty ponad warunek udziału w postępowaniu o którym mowa w 15.1.4. ppkt 1) lit. b) IDW - który to warunek spełnia Lider Konsorcjum - MTM Budownictwo Sp. z o.o.

i w zakresie koniecznym do spełniania warunku wykona je samodzielnie, zaś w odniesieniu

do „usługi dostawy wyposażenia technologicznego i materiałów budowlanych” wskazanie ewentualnego podwykonawstwa dotyczyło wyłącznie usług transportowych i logistycznych procesu dostaw wyposażenia technologicznego i materiałów budowlanych na potrzeby realizacji zamówienia i zakres tych czynności w żaden sposób nie wchodzi w zakres prac koniecznych do osobistego wykonania o których mowa w SWZ.

W oparciu o powyższe Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się. Treść oświadczenia złożonego na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp jednoznacznie wskazywała na zamiar zrealizowania kluczowej części przedmiotu zamówienia przez lidera Konsorcjum, zatem ten

z podmiotów, który wykazał odpowiednie dla tej części doświadczenie.

Podkreślenia wymaga, że zamiar powierzenia podwykonawcy dostawy wyposażenia technologicznego mógł budzić pewne wątpliwości w obliczu zastrzeżonej przez Zamawiającego kluczowej części przedmiotu zamówienia, ale z całą pewnością nie odpowiadała zastrzeżonemu zakresowi prac. Dlatego brak jest podstaw do uznania,

że Przystępujący MTM wbrew postanowieniom IDW zamierzał powierzyć podwykonawcy realizację części zastrzeżonej do osobistej realizacji przez wykonawcę.

W konsekwencji Izba uznała, że nie doszło do zarzucanego Zamawiającemu naruszenia.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....