Sygn. akt:KIO 1999/23

WYROK

z dnia 25 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Monika Banaszkiewicz

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2023 r. przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane TERMOCHEM Sp. z o.o. z siedzibą w Puławach** (ul. Ignacego Mościckiego 16, 24-110 Puławy),

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Puławach** (ul. Dęblińska 2, 24-100 Puławy)

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:……

Sygn. akt:KIO 1999/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Puławach (dalej: „Zamawiający”), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz.1710 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) pod nazwą: „Budowa Kompostowni pryzmowej przy ul. Komunalnej w Puławach” (nr postępowania nadany przez Zamawiającego: ZP/ZUK/06/2023). Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w dniu 4 kwietnia 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00163530/01

Dnia 10 lipca 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie,

w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie złożył Wykonawca Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane TERMOCHEM Sp. z o.o. z siedzibą w Puławach (dalej „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od:

1.Czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

2.Czynności unieważnienia postępowania.

3.Zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp, a także naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku bezzasadnego uznania, że oferta została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;

2.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, wobec uznania złożonych podmiotowych środków dowodowych wraz z wyjaśnieniami za niewystarczające do dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, podczas gdy wystosowane do Odwołującego wezwanie zostało wykonane zgodnie z jego treścią, co uniemożliwiało odrzucenie oferty z powodu domniemanego niespełnienia warunku udziału w postępowaniu;

3.art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;

4.art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na to, że wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu, podczas gdy oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu, a zatem brak było podstaw do unieważnienia postępowania;

5.art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp poprzez przedstawienie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego w sposób niepełny; niejasny i budzący wątpliwości interpretacyjne, a w konsekwencji prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i naruszający zasadę przejrzystości oraz proporcjonalności.

Odwołujący wnosił o:

1.Uwzględnienie odwołania.

2.Nakazanie Zamawiającemu:

a.unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;

b.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
c.dokonanie powtórnego badania i oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

3. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania oraz że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje i doświadczenie, a także złożył ofertę w postępowaniu, która jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, bowiem gdyby Zamawiający przeprowadził czynność badania i oceny ofert zgodnie z wymogami, jakie nakłada na niego ustawa Pzp, a nie dokonał oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego w sposób niezgodny z brzmieniem warunku udziału w postępowaniu ustanowionym w postępowaniu, oferta Odwołującego zostałaby wybrana w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia w doznał uszczerbku, bowiem Zamawiający unieważnił postępowanie, mimo, iż oferta złożona przez Odwołującego nie podlegała odrzuceniu i mieściła się w kwocie, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zważywszy zatem na zakres podniesionych zarzutów, Odwołujący podnosił, że ma szansę na uzyskanie zamówienia, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania, Izba

może nakazać unieważnienie czynności Zamawiającego zgodnie z żądaniami Odwołującego oraz nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności Zamawiającego. W wyniku zasygnalizowanych naruszeń ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że został narażony na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji kontraktu na rzecz Zamawiającego, które to zamówienie powinno zostać udzielone Odwołującemu. W konsekwencji, Odwołujący może nie uzyskać zamówienia i w ten sposób nie osiągnąć zysku, który planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (lucrum cessans).

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, tj. 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę do jego wniesienia, tj. polegającej na zawiadomieniu o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, która to czynność nastąpiła dnia 4 lipca 2023 r.

Wpis od odwołania w kwocie 10 000,00 złotych (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że Zamawiający w prowadzonym postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej sformułował w Rozdziale XII ust. 2 pkt 3 następujący warunek udziału w postępowaniu: „wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie/przebudowie/rozbudowie kompostowni pryzmowej lub jednej roboty budowlanej polegającej na budowie szczelnych placów wraz z infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni min. 8 000 m2 nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie". Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie określił w SWZ co rozumie pod pojęciem „szczelnego placu", ani też co rozumie pod pojęciem „infrastruktury towarzyszącej". Odwołujący wskazał również, że jak wynikało ze wzoru wykazu robót budowlanych (stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ) wykonawcy byli zobowiązani jedynie do wskazania:

- nazwy, rodzaju i zakresu robót budowlanych;
- wartości brutto robót budowlanych;
- daty wykonania robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie;
- miejsca wykonania robót;
- nazwy podmiotu na rzecz którego roboty te zostały wykonane.

Odwołujący podał, że wszystkie powyższe informacje zostały przez niego wskazane w przedłożonym wykazie w dniu 5 czerwca 2023 r. Wraz z wykazem Odwołujący złożył również referencje wystawione przez Grupę Azoty Zakłady Azotowe „Puławy" S.A. Odwołujący wskazał, z referencji wynika, że: w ramach przedmiotowej Inwestycji, Odwołujący wykonał plac szczelny betonowy z betonu C30/37 gr. 20cm z w-wą poślizgową z geowłókniny w klasie ekspozycji XF4, kategorii mrozoodporności FT2 oraz wodoszczelności W8 (pkt 8 Referencji oraz strona 8-9 opisu dokumentacji nr D-41.00-03.01 rew. 1 o powierzchni 6 691,41 m2) oraz infrastrukturę towarzyszącą w postaci: m.in. szczelnych nawierzchni dróg, placów z betonu asfaltowego (pkt 3 Referencji), dróg i chodników z kostki (pkt 6 i 7 Referencji), wykonaniem regulacji wysokościowej studzienek rewizyjnych i urządzeń podziemnych (pkt 9 Referencji), wykonaniem terenów zielonych wraz z humusowaniem i urządzeniem trawników (pkt 10 Referencji). Odwołujący podał, że łączny zakres zrealizowanych robót budowlanych polegających na budowie szczelnego placu wraz z infrastrukturą towarzyszącą, przekracza zatem powierzchnię 8 000 m2, określoną wymogami Zamawiającego.

Odwołujący przytaczając wybrane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazał, że nie może być mowy o żadnych negatywnych skutkach dla wykonawcy, w sytuacji gdy Zamawiający zaniedbał zdefiniowania pojęcia „szczelnego placu" oraz „infrastruktury towarzyszącej". Wskazał on także, że nieuprawnione jest powoływanie się już po otwarciu ofert przez Zamawiającego na interpretację warunku udziału w postępowaniu dot. doświadczenia Wykonawców poprzez wskazanie, że „pod pojęciem szczelnego placu winno rozumieć się plac, który nie przepuszcza zanieczyszczeń do gleby, ziemi i wód. Ponadto szczelny plac powinien być wyposażony w infrastrukturę odprowadzenia odcieków", czego Zamawiający dokonał dopiero w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający zdaniem Odwołującego nie jest uprawniony na etapie oceny ofert do doprecyzowania istniejących warunków i tym samym eliminowania z postępowania wykonawców, którzy złożyli oferty, zgodne z literalnym brzmieniem SWZ.

Odnosząc się do odpowiedzi udzielonej przez Grupę Azoty Zakłady Azotowe „Puławy" S.A. Odwołujący stwierdził, że spółka ta nie wskazała, że Odwołujący szczelnych placów nie wykonał, lecz, że: „robota budowlana była realizowana zgodnie z dokumentacją techniczną, która nie była rozpatrywana pod kątem szczelności placów". Brak rozpatrywania przez Inwestora - Azoty Puławy kwestii szczelności nie jest tożsame zdaniem Odwołującego z tym, że Inwestor ten stwierdził, iż Odwołujący nie zrealizował owych placów szczelnych, a wręcz przeciwnie - jak potwierdzają dowody załączone przez Odwołującego do pisma z dnia 26 czerwca 2023 r., tj. opinii z dnia 22 czerwca 2023 r. oraz strony 8-9 opisu dokumentacji nr D-41.00-03.01 r ew. 1 inwestycji pn. „Projekt nr 971 pn. „Wytwórnia nawozów granulowanych na bazie saletry amonowej" wykonanie nowych dróg, placów i chodników" roboty zostały zrealizowane w technologii skutkującej osiągnięciem oczekiwanej szczelności konstrukcji. W ocenie Odwołującego nie ulega wątpliwości, że spełnia

on warunek udziału w postępowaniu zarówno co do kwestii powierzchni, jak i co do cechy jaką jest „szczelność" wykonanego placu.
W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę: niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu jest możliwe dopiero po zastosowaniu procedury, o której mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że w niniejszej sprawie Zamawiający skorzystał z powyższego przepisu powołując się na okoliczność, iż w jego ocenie spełniania warunku nie potwierdzają przedłożone przez Wykonawcę dokumenty. Odwołujący wskazał, że przedłożył wymagane dokumenty, o treści zgodnej z wymogami SWZ, zamieszczając w nich wszystkie żądane informacje, jednakże Zamawiający zarzucił, to, że Wykonawca wykazał się niekonsekwencją w przedstawieniu swojego doświadczenia, ponieważ początkowo wskazał, że wykonał drogi z betonu asfaltowego (definicja drogi nie jest tożsama z definicją placu), a następnie, że wykonał nawierzchnię betonową z betonu wodoszczelnego. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie może wywodzić, że niewystarczające dla celów postępowania są dokumenty zgodne co do treści z określoną przez niego w SWZ. Odwołujący wskazał wszystkie wymagane przez Zamawiającego informacje i sporządził wykaz robót zgodnie z wytycznymi Zamawiającego. Od samego początku również z treści referencji wynikała powierzchnia wykonanego placu (pkt 8 referencji) oraz infrastruktury towarzyszącej (pkt 3, 6, 7 i 9 i 10 referencji). Odwołujący wskazał także, że rolą referencji jest potwierdzenie należytego wykonania opisanej w nich usługi (dostawy/roboty budowlanej i z natury rzeczy mają one bardziej ogólny charakter.
Unieważnienie postępowania może być uznane za prawidłowe tylko wtedy, kiedy decyzje o odrzuceniu złożonych wniosków albo ofert były podjęte w sposób zgodny z przepisami art. 146 ust. 1 albo 226 ust. 1 ustawy Pzp, określającymi okoliczności, w których wnioski albo oferty podlegają odrzuceniu. Odwołujący wskazał, że w wyniku błędnej jego zdaniem oceny spełnienia warunków przez Odwołującego nastąpiło odrzucenie jego oferty, wybranej jako najkorzystniejszej i zarazem mieszczącej się w kwocie, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.
Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie może przedstawić wyłącznie wniosków, wyniku swoich działań, ale jest zobowiązany do zaprezentowania przyczyn swojej decyzji i ich analizy, która doprowadziła do takich, a nie innych rozstrzygnięć w postępowaniu. W niniejszym przypadku, mimo złożenia przez Odwołującego wyjaśnień oraz nawet dowodów w postaci opinii oraz dokumentacji technicznej, Zamawiający zdaniem Odwołującego w niezwykle krótki, zwięzły sposób przedstawił argumenty rzekomo przemawiające za odrzuceniem oferty.
<u>Zamawiający w dniu 21 lipca 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.</u>
Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie podnosił, że w dniu 29 maja 2023 r. wezwał Odwołującego, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza do złożenia podmiotowych środków dowodowych w postępowaniu. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie złożył dokumenty w dniu 5 czerwca 2023 r. W trakcie badania złożonych dokumentów Odwołujący w dniu 6 czerwca 2023 r. w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp został wezwany do wyjaśnień w odniesieniu do roboty budowlanej wskazanej w wykazie robót budowlanych stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ i referencji złożonych jako dowód określający, czy roboty budowlane zostały wykonane należycie. Zamawiający powziął wątpliwości, czy wskazana w powyższym wykazie robota budowlana zawierała wykonanie szczelnego placu. W odpowiedzi na wezwanie, w dniu 7 czerwca 2023 r. Odwołujący wskazał, że: „[...] w ramach przedstawionej referencji dotyczącej wykonania nowych dróg, placów i chodników w ramach Projektu nr 971 pn. „Wytwórnia nawozów granulowanych na bazie saletry amonowej" dla Zakładów Azotowych w Puławach nasza spółka wykonała roboty budowlane polegające na budowie placów szczelnych wraz z infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni 9 148,86 m2 z warstw betonu asfaltowego, które łącznie tworzą system szczelny". W dniu 22 czerwca 2023 r. Zamawiający wezwał, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp Odwołującego do złożenia prawidłowego wykazu robót, czego Odwołujący nie uczynił.
Zamawiający wskazał, że Odwołujący wykazał się niekonsekwencją w przedstawieniu swojego doświadczenia, ponieważ początkowo wykazał, że wykonał drogi z betonu asfaltowego (definicja drogi nie jest tożsama z definicją placu), a następnie, że wykonał nawierzchnię betonową placu z betonu wodoszczelnego. Zamawiający podał również, że w celu potwierdzenia, że wskazana w wykazie robota budowlana potwierdza spełnienie wymogów udziału w postępowaniu wymagał podania jej nazwy rodzaju i zakresu. Wskazane informacje zostały podane przez Odwołującego w sposób enigmatyczny nie pozwalający na weryfikację, czy wskazana robota może być uznana za potwierdzającą możliwość udziału Odwołującego w postępowaniu. Do wykazu Odwołujący załączył referencje, których pkt 8 wskazywał, że wykonał nawierzchnię betonową placu z betonu B30/e iw37 z w-wą poślizgową z geowłókniny zbrojoną siatką. Żaden punkt referencji, ani też wykazu, nie potwierdzał wykonania przez Odwołującego placu szczelnego z infrastrukturą towarzyszącą.
Zamawiający, ze względu na treść referencji i wykazu robót wezwał Odwołującego do wyjaśnień, gdzie ten nie zachowując należytej staranności, ograniczył się jedynie do złożenia oświadczenia, że prace łącznie tworzą system szczelny, nie wykazując tej okoliczności w żaden inny sposób. W celu wyeliminowania wątpliwości co do doświadczenia Odwołującego, Zamawiający dochowując należytej staranności, wystąpił do Grupy Azoty Zakłady Azotowe „Puławy" S.A. Treść udzielonej odpowiedzi jednoznacznie wskazuje, że udzielający referencji nie potwierdził wykonania przez Odwołującego szczelnych placów, wskazując że dokumentacja techniczna, nie była rozpatrywana pod kątem szczelności placów. Wskazanie przez Zamawiającego w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego, że winien wykazać, że plac szczelny oznacza to co rozumiemy pod tym pojęciem w znaczeniu potocznym nie może być uznane za interpretację, gdyż nią oczywiście w ocenie Zamawiającego nie jest. Odwołujący nie wykazał doświadczenia koniecznego do udziału w postępowaniu zgodnie z literalnym brzmieniem SWZ.
Zamawiający wskazał również, że pismem z dnia 26 czerwca 2023 r., Odwołujący przesłał Zamawiającemu opinię z dnia 22 czerwca 2023 oraz strony 8-9 opisu dokumentacji nr D-41.00-03.01 rew. 1 inwestycji pn. „Projekt nr 971 pn. „Wytwórnia nawozów granulowanych na bazie saletry amonowej" wykonanie nowych dróg, placów i chodników". Winien to uczynić najpóźniej w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień Zamawiającego z dnia 06.06.2023 r. Zamawiający wskazał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, zwykłe zasady logiki, wskazują że brak jest podstaw do przyjęcia

tożsamości pomiędzy wykorzystaniem materiału wodoszczelnego a wykonaniem szczelnego placu. Szczelność materiału konstrukcji nie decyduje o szczelności placu.
Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:
Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.
Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołania wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku unieważnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jego oferta będzie stanowiła ofertę najkorzystniejszą.
Przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie zgłosił żaden wykonawca.
Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami, pisma procesowego złożonego przez Odwołującego na rozprawie, decyzji środowiskowej złożonej na posiedzeniu przez Zamawiającego oraz wydruku korespondencji mailowej z Grupą Azoty Zakłady Azotowe „Puławy" S.A. przedłożonej przez Zamawiającego.
Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i w całości podlegało oddaleniu.
W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji zgodnie z postanowieniami ustawy Pzp pod nazwą: „Budowa Kompostowni pryzmowej przy ul. Komunalnej w Puławach" (nr postępowania nadany przez Zamawiającego: ZP/ZUK/06/2023). Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 28 kwietnia 2023 r. oferty złożyli następujący wykonawcy: Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe „Budimer" Sp. z o.o. z siedzibą w Puławach (oferta została odrzucona przez Zamawiającego) oraz Odwołujący, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. W dniu 29 maja 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza do złożenia podmiotowych środków dowodowych w postępowaniu. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie złożył dokumenty w dniu 5 czerwca 2023 r. W dniu 6 czerwca 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do roboty budowlanej wskazanej w wykazie robót budowlanych stanowiącym załącznik nr 4 do SWZ i referencji złożonych jako dowód określający, czy roboty budowlane zostały wykonane należycie. W dniu 7 czerwca 2023 r. Odwołujący wskazał, że: „[...] w ramach przedstawionej referencji dotyczącej wykonania nowych dróg, placów i chodników w ramach Projektu nr 971 pn. „Wytwórnia nawozów granulowanych na bazie saletry amonowej" dla Zakładów Azotowych w Puławach nasza spółka wykonała roboty budowlane polegające na budowie placów szczelnych wraz z infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni 9 148,86 m2 z warstw betonu asfaltowego, które łącznie tworzą system szczelny". W dniu 15 czerwca 2023 r. Zamawiający wystąpił do Grupy Azoty Zakłady Azotowe „Puławy" S.A. z pismem dotyczącym wyjaśnienia referencji wystawionych przez Grupę Azoty Zakłady Azotowe „Puławy" S.A. Podmiot ten wskazał, że dokumentacja techniczna, nie była rozpatrywana pod kątem szczelności placów. W dniu 22 czerwca 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia prawidłowego wykazu robót. Odwołujący pismem z dnia 26 czerwca 2023 r. przesłał Zamawiającemu opinię z dnia 22 czerwca 2023 oraz strony 8-9 opisu dokumentacji nr D-41.00-03.01 rew. 1 inwestycji pn. „Projekt nr 971 pn. „Wytwórnia nawozów granulowanych na bazie saletry amonowej" wykonanie nowych dróg, placów i chodników". W dniu 4 lipca 2023 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wskazując, że nie wykazał on doświadczenia koniecznego do udziału w postępowaniu zgodnie z literalnym brzmieniem SWZ tj. nie potwierdził, iż wykonał robotę budowlaną polegającą na budowie szczelnego placu wraz z infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni min. 8 000 m2.
Izba nie podziela zarzutów podniesionych w odwołaniu. W pierwszej kolejności odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku bezzasadnego uznania, że oferta została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, wobec uznania złożonych podmiotowych środków dowodowych wraz z wyjaśnieniami za niewystarczające do dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, podczas gdy wystosowane do Odwołującego wezwanie zostało wykonane zgodnie z jego treścią, co uniemożliwiało odrzucenie oferty z powodu domniemanego niespełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej Izba wskazuje, że jak jednoznacznie wynika ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Odwołujący nie spełnił określonego przez Zamawiającego w Rozdziale XII ust. 2 pkt 3 warunku udziału w postępowaniu polegającego na: „wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie/przebudowie/rozbudowie kompostowni pryzmowej lub jednej roboty budowlanej polegającej na budowie szczelnych placów wraz z infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni min. 8 000 m2 nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie".
W ocenie Izby istota sporu dotyczyła tego, czy Zamawiający zasadnie dokonał odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego wskazując jako jego podstawę nie spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu. Bezsporne między stronami jest to, że Odwołujący wypełnił załącznik nr 4 do SWZ wskazując w nim robotę budowlaną wykonaną na rzecz zamawiającego Grupy Azoty Zakłady Azotowe „Puławy" S.A. załączając referencje wystawione przez ten podmiot. Wskazać jednak należy, że robota, którą podał Odwołujący dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu tj. Projekt nr 971 pn. Wytwórnia nawozów granulowanych na bazie saletry amonowej wykonanie nowych dróg, placów i chodników nie mogła zostać uznana przez Zamawiającego. Zamawiający wymagał uzupełnienia załącznika nr 4 do SZW w celu wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej dla zamówienia publicznego pn. „Budowa Kompostowni pryzmowej przy ul. Komunalnej w Puławach". Przedmiotem prowadzonego przez Zamawiającego postępowania ma być budowa kompostowni pryzmowej. Dlatego też istotne dla niego było, aby wykonawca, który będzie realizował zamówienie posiadał doświadczenie w budowie takiej kompostowni lub placu szczelnego. Izba podziela stanowisko Zamawiającego zaprezentowane podczas rozprawy, że nie jest prawdą, że dokonywał on zmiany lub uzupełnienia SWZ dodając dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego definicję szczelności. W ocenie Izby biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, dla podmiotów będących profesjonalistami na rynku oczywistym powinno być, na czym owa szczelność

placu ma polegać. Gdyby jednak pojawiły się wątpliwości, można je było wyjaśnić zadając Zamawiającemu pytania. Do Zamawiającego nie wpłynęło jednak żadne pytanie dotyczące tego, jak należy rozumieć pojęcie „plac szczelny". Co więcej jak wynika z punktu 40 decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia z dnia 17 grudnia 2021 r. wydanej dla planowanego przez Zamawiającego przedsięwzięcia: „Należy zabezpieczyć grunt i wody gruntowe przed przedostawaniem się do nich zanieczyszczeń z powierzchni ziemi poprzez wykonanie układu placów betonowych całkowicie szczelnych, izolowanych, odpornych na zawilgocenie i wahania temperatury." Decyzja, której kopię podczas posiedzenia przedłożył Zamawiający była znana wszystkim wykonawcom zainteresowanym wzięciem udziału w postępowaniu. Została ona umieszczona przez Zamawiającego wraz z pozostałymi dokumentami w ramach folderu projekt budowlany na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Nie sposób w związku z tym uznać argumentacji Odwołującego, że pojęcie szczelności nie zostało określone przez Zamawiającego. Z powołanej decyzji w sposób jednoznaczny wynika, że chodzi o nie przepuszczanie wody. Nie można w związku z tym zgodzić się ze stanowiskiem przedstawionym przez Odwołującego na rozprawie, że pod pojęciem szczelności można równie dobrze rozumieć wodę, jak i powietrze.
Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu i w związku z tym złożona przez niego oferta powinna zostać odrzucona. Nie sposób się zgodzić z Odwołującym, że wystarczy wskazać informacje w załączniku nr 4 do SWZ oraz załączyć referencje świadczące o prawidłowej realizacji przez wykonawcę zamówienia. Zamawiający wymagał wskazania w załączniku roboty budowlanej, której przedmiot będzie zbliżony do przedmiotu prowadzonego przez niego postępowania, a nie jakiejkolwiek roboty. Dlatego też istotne dla niego było to, aby przedmiotem roboty wskazanej w załączniku było wykonanie kompostowni pryzmowej lub placu szczelnego, a nie jakiegokolwiek placu. Jak wynika z informacji uzyskanej przez Zamawiającego od Grupy Azoty Zakłady Azotowe „Puławy" S.A. przedmiotem umowy zrealizowanej przez Odwołującego nie było wykonanie placu szczelnego. Być może taki efekt został osiągnięty, jednak zamawiający prowadzący tamto postępowanie, jak sam oświadczył, nie weryfikował tego. Można zatem przyjąć za Zamawiający, że nie dokonał on w związku z tym np. prób szczelności placu, ponieważ nie było mu to potrzebne w związku z prowadzonym postępowaniem. Zamawiający wzywając Odwołującego do wyjaśnień oraz poprawienia wykazu robót nie kwestionował załączonych referencji i tego, że wskazana robota została wykonana należycie. Konsekwentnie jedynie wskazywał, że nie każda wskazana w załączniku robota spełnia postawione przez niego w SWZ wymagania.
Odnosząc się do opinii z dnia 22 czerwca 2023 r. złożonej Zamawiającemu przez Odwołującego, Izba wskazuje, że stanowi ona stanowisko strony. Jak wskazał podczas rozprawy Odwołujący nie jest on w stanie stwierdzić, czy osoba wykonująca opinię była na placu wykonanym na rzecz Grupy Azoty Zakłady Azotowe „Puławy" S.A., czy opinia powstała jedynie na podstawie przedstawionej mu dokumentacji. Niewątpliwie opinia zawiera głównie dokonanie oceny materiałów użytych podczas realizacji zamówienia. Na potwierdzenie wykazania należytego wykonania wymaganej przez Zamawiającego roboty należało przedstawić referencje Zamawiającego lub inny wystawiony przez niego dokument. Zamawiający nie może na podstawie opinii uzyskanej od wykonawcy wystawić referencji potwierdzających wykonanie zakresu, który nie mieścił się w ramach przedmiotu zamówienia. Grupa Azoty Zakłady Azotowe „Puławy" S.A. jednoznacznie wskazała, że nie badała szczelności placu wykonanego przez Odwołującego, w związku z czym należy uznać, że robota wykonana przez Odwołującego na rzecz Grupy Azoty Zakłady Azotowe „Puławy" S.A. nie polegała na wykonaniu placu szczelnego. Odwołujący nie wskazał żadnej innej roboty w związku z czym Zamawiający zasadnie dokonał odrzucenia złożonej przez niego oferty.
Konsekwencją odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego było unieważnienie przez niego postępowania z uwagi na to, że wszystkie złożone w postępowaniu oferty podlegały odrzuceniu. Niezasadny jest w związku z tym zarzut naruszenia art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na to, że wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu, podczas gdy oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu, a zatem brak było podstaw do unieważnienia postępowania.
Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez przedstawienie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego w sposób niepełny; niejasny i budzący wątpliwości interpretacyjne, a w konsekwencji prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i naruszający zasadę przejrzystości oraz proporcjonalności Izba wskazuje, że zawiadomienie o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone z dnia 4 lipca 2023 r. zawiera zarówno wymagane zgodnie z ustawą Pzp uzasadnienie prawne, jak i wyczerpujące uzasadnienie faktyczne. Zamawiający wskazał, że odrzucenia oferty Odwołującego dokonuje na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) ustawy Pzp ponieważ wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający szczegółowo opisał dokonane przez niego w postępowaniu czynności mające na celu wyjaśnienie, czy Odwołujący spełnia postawiony przez niego warunek udziału w postępowaniu. Odniósł się on zarówno do składanych przez Odwołującego dokumentów, wyjaśnień, jak i do informacji otrzymanej od Grupy Azoty Zakłady Azotowe „Puławy" S.A. Nie pominął on również przedłożonej przez Odwołującego opinii o wykonaniu robót budowlanych napisanej przez Pana W. A. Wskazał dlaczego nie jest to w jego ocenie właściwy środek dowodowy.
W ocenie Izby niezrozumiałym jest również zarzucanie Zamawiającemu naruszenia art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp. Zamawiający w prowadzonym postępowaniu wykazał się niezwykłą starannością. Zanim dokonał odrzucenia oferty Odwołującego wykonał szereg czynności mających na celu dokładne wyjaśnienie jej treści. W dniu 29 maja 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza do złożenia podmiotowych środków dowodowych w postępowaniu. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie złożył dokumenty w dniu 5 czerwca 2023 r. W dniu 6 czerwca 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do roboty budowlanej wskazanej w wykazie robót budowlanych stanowiącym załącznik nr 4 do SWZ i referencji złożonych jako dowód określający, czy roboty budowlane zostały wykonane należycie. W dniu 7 czerwca 2023 r. Odwołujący wskazał, że: „[...] w ramach przedstawionej referencji dotyczącej wykonania nowych dróg, placów i chodników w ramach Projektu nr 971 pn. „Wytwórnia nawozów granulowanych na bazie saletry amonowej" dla Zakładów Azotowych w Puławach nasza spółka wykonała roboty budowlane polegające na budowie placów szczelnych wraz z infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni 9 148,86 m2 z warstw betonu asfaltowego, które łącznie tworzą system szczelny". W dniu 15 czerwca 2023 r. Zamawiający wystąpił do Grupy Azoty Zakłady Azotowe „Puławy" S.A. z pismem dotyczącym wyjaśnienia referencji wystawionych przez Grupę Azoty Zakłady Azotowe „Puławy" S.A. Podmiot ten wskazał, że dokumentacja techniczna, nie była rozpatrywana pod kątem szczelności placów. W dniu 22 czerwca 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia prawidłowego wykazu robót. Odwołujący pismem z dnia 26 czerwca 2023 r. przesłał Zamawiającemu opinię z dnia 22 czerwca 2023 oraz strony 8-9 opisu dokumentacji nr D-41.00-03.01 rew. 1 inwestycji pn. „Projekt nr 971 pn. „Wytwórnia nawozów granulowanych na bazie saletry amonowej" wykonanie nowych dróg, placów i chodników".

Wszystkie wyżej wymienione czynności jednoznacznie wskazują, że Zamawiający prowadził postępowanie w sposób rzetelny, sumienny i przejrzysty. Nie sposób zarzucić również Zamawiającemu, że traktował wykonawców w nierówny sposób, ponieważ Odwołujący wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą i podlegała ocenie.
Reasumując Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie,
a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.
Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodnicząca:……