

Sygn. akt: KIO 400/21

WYROK
z dnia 26 lutego 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 23 lutego 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lutego 2021 roku przez wykonawcę Usługi Budowlano – Transportowe „Anko” S. O. spółka jawna z siedzibą w Tarnowie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie

przy udziale wykonawcy ARCO System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Oświęcimiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 400/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Usługi Budowlano – Transportowe „Anko” S. O. spółka jawna z siedzibą w Tarnowie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Usługi Budowlano – Transportowe „Anko” S. O. spółka jawna z siedzibą w Tarnowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy Usługi Budowlano – Transportowe „Anko” S. O. spółka jawna z siedzibą w Tarnowie na rzecz Zamawiającego Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) w z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 20202) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *„Zaprojektowanie i budowę Kompostowni odpadów zielonych oraz dostawę wyposażenia - przetrzucarki kompostu na potrzeby Kompostowni (Zadanie 2 w Projekcie pn. „System Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych w Tarnowie”)*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 listopada 2020 roku pod numerem 611140-N-2020.

8 lutego 2021 roku działając na podstawie art. 90 i 92 w związku z 89 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020 - „Przepisy wprowadzające”) oraz na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6 i art. 179 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 - „Prawo zamówień publicznych" lub „Pzp" lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie w zakresie Części 1 Zamówienia - Zaprojektowanie i budowa kompostowni odpadów zielonych:

- na czynność podjętą przez Zamawiającego w dniu 1 lutego 2021 r. polegającą na wyborze najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Arco System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Oświęcimiu („Arco”, „Spółka Arco”, „Wykonawca Arco”) mimo braku spełniania przez tę ofertę warunków udziału w postępowaniu oraz wprowadzanie Zamawiającego w błąd co do spełniania tychże, jak również zaistnienia przesłanek wykluczenia,
- na zaniechanie czynności wykluczenia Arco z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 z uwagi na to, że Spółka ta nie potwierdziła spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- na zaniechanie czynności odrzucenia oferty Arco System Sp. z o. o. z postępowania na podstawie art. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na to, że treść tej oferty nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- na zaniechanie czynności wykluczenia Arco na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 Pzp z uwagi na to, że Wykonawca Arco wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu w celu uzyskania zamówienia w sposób celowy i zamierzony (art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp) lub co najmniej mając

świadomość iż ubiega się o zamówienie mimo braku spełniania tychże (art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp), godząc się z możliwością uzyskania zamówienia ze środków publicznych mimo braku spełniania warunków.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 26 ust. 3 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i umożliwienie Wykonawcy Arco uzupełnienia w drodze wyjaśnień treści dokumentu pn. Wykaz osób, z naruszeniem zasady jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów;
- 2) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp przez niedopuszczalne prowadzenie z wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej przez niego oferty, w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, umożliwiając Wykonawcy Arco prezentowanie Wykazu osób oraz jego uzupełnianie w taki sposób aby umożliwić Wykonawcy potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu z naruszeniem procedury jednokrotnego wezwania o której mowa w treści art. 26 ust. 3 pzp;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Arco System Sp. z o. o. z postępowania w sytuacji gdy Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie wykazał braku podstaw do wykluczenia w postaci:
 - legitymowania się odpowiednią wiedzą i doświadczeniem, pozwalającymi na prawidłową realizację zamówienia (pkt. 2.3.1-a SIWZ),
 - dysponowania osobami skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego posiadającymi niezbędną wiedzę i doświadczenie (pkt. 2.3.1. c SIWZ);
- 4) art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp w związku z art. 22 ust. 1 Pzp oraz art. 22 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Arco, który nie potwierdził zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, polegającego na tym, że wykonawca w ciągu ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył dwie roboty budowlane, przedmiotem których było wykonanie instalacji/zakładu przetwarzania odpadów ulegających biodegradacji (lub jego części) w systemie pryzmowym na napowietrzanym, szczelnym hydraulicznie i pneumatycznie placu lub posadzce, z systemem sterowania automatycznego z drogami wewnętrznymi i placami manewrowymi o wartości zamówienia netto 3 000 000 PLN każda, a wykładnia funkcjonalna tego postanowienia nie dowodzi, iż wykonawca posiada zdolności techniczne lub zawodowe niezbędne do prawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia;
- 5) art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Arco System Sp. z o. o. ze względu na to, że Arco jest winny poważnego wprowadzenia

w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy ustawy. W miejsce dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu Wykonawca prezentuje wyjaśnienia w taki sposób, który nie potwierdza tychże, oraz prezentuje interpretację postanowień SIWZ w niniejszym postępowaniu dotyczących posiadanej wiedzy i doświadczenia Arco oraz jego zespołu, w taki sposób który wskazuje albo na celowe wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu, albo na brak wiedzy branżowej niezbędnej do wykonania przedmiotu niniejszego zamówienia;

- 6) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Arco System Sp. z o. o. z postępowania w sytuacji gdy treść tej oferty nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a mianowicie Wykonawca nie potwierdził spełnienia warunków określonych w SIWZ oraz prezentowane przez niego obecnie rozwiązania co do rzekomej szczelności placu lub posadzki pozwalają uznać, że Arco nie posiada niezbędnej wiedzy do wykonania przedmiotu zamówienia i dokonania odbioru zgodnie z PFU, nie dysponuje bowiem technologią umożliwiającą wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z PFU oraz dokonania odbioru przedmiotu zamówienia zgodnie z PFU, a prezentowane przez niego wyjaśnienia dowodzą braku zrozumienia wymagań Zamawiającego oraz braku wiedzy branżowej w zakresie metodologii realizacji wskazanej instalacji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- dopuszczenie dowodu ze świadków - ekspertów zewnętrznych, którzy stawiają się na rozprawę wyznaczoną przez Izbę wskazanych przez Odwołującego na okoliczność braku spełniania przez Wykonawcę Arco warunków udziału w postępowaniu,
- uwzględnienie odwołania w całości,
- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 1 lutego 2021 r.,
- nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny ofert,
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy Arco System Sp. z o.o.,
- nakazanie Zamawiającemu wykluczenia oferty Wykonawcy Arco System Sp. z o.o.,
- dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu,
- zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący podał, że spełnia wszystkie przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp zwłaszcza legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku wskazanych naruszeń. Zamawiający przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Spółki Arco, pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego Zamówienia, czym doprowadził do zaistnienia szkody w majątku Odwołującego w postaci nieuzyskania wskazanego zamówienia i utraty przewidywanych korzyści o wartości odpowiadającej złożonej przez Odwołującego ofercie. Należy podkreślić, iż Odwołujący posiada realną szansę na uzyskanie zamówienia na skutek uwzględnienia odwołania, co uprawdopodobnia fakt, iż oferta Odwołującego została skwalifikowana na drugiej pozycji, zgodnie z kryteriami oceny ofert.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Odwołujący podała, że w dniu 1 lutego 2021 roku Zamawiający opublikował zawiadomienie o wyborze oferty Arco System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Oświęcimiu (dalej Arco) jako najkorzystniejszej w postępowaniu. W Uzasadnieniu faktycznym i prawnym wyboru Zamawiające wskazał, że oferta Arco złożona w dniu 17 grudnia 2020 r. uzyskała 90 pkt w kryterium cena i 10 pkt w kryterium okres gwarancji co daje łącznie 100 pkt. Zamawiający w dniu 28.12.2020 r. wezwał Arco w oparciu o art. 26 ust. 2 Pzp i zapisów SIWZ do złożenia w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie do 07.01.2021 oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w SIWZ. Wykonawca odpowiedział na wezwanie w wyznaczonym terminie pismem z dnia 30.12.2020r. przedkładając wymagane dokumenty oświadczenia, w tym m.in. Wykaz wykonanych robót stanowiący załącznik nr 5 do SIWZ oraz Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia stanowiący załącznika nr 6 do SIWZ. Odwołujący podał, że z uwagi na to, że przedłożone przez Arco dokumenty nie potwierdzały jednoznacznie spełnienia przez tego Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i budziły wątpliwości, Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę w dniu 11.01.2021 r. do złożenia wyjaśnień w terminie do dnia 19.01.2021 r. na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnośnie informacji podanych w Wykazie wykonanych robót - załącznik nr 5 do SIWZ oraz Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia - załącznik nr 6 do SIWZ. Arco odpowiedziało na ww. wezwanie składając w dniu 15.01.2021 r. odpowiednie wyjaśnienia jednocześnie składając poprawiony Wykaz robót (Załącznik nr 5 do SIWZ) oraz zupełnie nowy Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (załącznik nr 6 do SIWZ). Mimo tego, zdaniem Odwołującego Zamawiający nadal nie mógł potwierdzić spełnienia warunków w postępowaniu przez Wykonawcę w posiadanym doświadczeniu zawodowym kadry

pracowników Wykonawcy, a fakt ten zasługuje na podkreślenie już w tym miejscu, gdyż potwierdza zarzut wskazany w petitum wniosku iż Zamawiający mimo braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu umożliwił wykonawcy kontynuowanie postępowania, naruszając przy tym przepisy Prawa zamówień publicznych. Odwołujący wskazał, że w związku z powyższym Zamawiający zwrócił się w dniu 25.01.2021 r. do Wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP o uzupełnienie w zakresie szczegółowo opisanym przez Zamawiającego oświadczeń stanowiących załącznik nr 6 do SIWZ - Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zadania - załączonych do pisma Wykonawcy z dnia 15.01.2021 r., w terminie wyznaczonym do dnia 29.01.2021 r. Powyższe w ocenie Odwołującego stanowi dowód na to, że Zamawiający przyjął jedno z oświadczeń, natomiast jego wątpliwości nadal budziło drugie oświadczenie - które w sumie stanowiły potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Oznacza to, że Zamawiający analizował oba dokumenty mimo zakazu wielokrotnego wzywania do uzupełniania tychże. Wykonawca złożył uzupełnione oświadczenie - Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (załącznik nr 6 do SIWZ) w wyznaczonym terminie, tj. w dniu 29.01.2021 r.. Odwołujący podał, że w międzyczasie, w dniu 22.01.2021 r. Zamawiający działając na podstawie art. 21 ust. 4 Pzp powołał w charakterze biegłego (rzeczoznawcy) dr hab. inż. Z. W. w celu złożenia opinii w zakresie wiadomości specjalnych niezbędnych do dokonania przez Komisję Przetargową oceny spełniania przez Arco warunków udziału oraz do badania i oceny złożonych ofert w prowadzonym postępowaniu. Sporządzona w dniu 25.01.2021 r. przez powołanego w postępowaniu biegłego Opinia nt. zgodności deklaracji zdolności technicznej i zawodowej oferenta, firmy Arco System sp. z o.o. z siedzibą w Oświęcimiu, w postępowaniu: „Zaprojektowanie i budowa Kompostowni odpadów zielonych oraz dostawa wyposażenia przerzucarki kompostu na potrzeby Kompostowni” potwierdziła, że brak jest podstaw do kwestionowania zgodności deklaracji Arco System sp. z o.o., co do posiadania zdolności technicznej lub zawodowej wystracającej do poprawnej realizacji inwestycji. W oparciu o powyższego dokumenty Komisja przetargowa dokonała badania i oceny oferty Arco i na tej podstawie stwierdziła, że Wykonawca ten spełnia wszelkie warunki udziału w postępowaniu przetargowym, a jego oferta jest najkorzystniejsza, zgodna z wymaganiami SIWZ i przepisami ustawy Pzp oraz nie podlega odrzuceniu.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp

Wykonawca Arco dnia 30 grudnia 2020 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp do złożenia oświadczeń i dokumentów przedłożył następujące dokumenty:

1. informacje banku potwierdzające wysokość posiadanych środków finansowych lub

zdolność kredytową Wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert poświadczoną za zgodność z oryginałem;

2. polisę OC potwierdzającą ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia wraz z dowodem opłaty pierwszej raty potwierdzone za zgodność z oryginałem;

3. wykaz robót budowlanych wykonanych, w okresie ostatnich 8 lat przez upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone wraz z referencjami wystawionymi przez podmiot, na rzecz którego roboty były wykonywane potwierdzone za zgodność z oryginałem;

4. wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresy wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami w oryginale;

5. aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13,14, 21 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert potwierdzone za zgodność z oryginałem;

6. odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku odstaw wykluczenia na podstawie art. 25 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, potwierdzone za zgodność z oryginałem.

W przedstawionym wykazie robót z dnia 28 grudnia 2020 r. Spółka Arco wskazała wykonanie następujących robót:

Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach kontraktu 1.1 - Rozbudowa zakładu Przetwarzania i Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Sosnowcu

Wartość zamówienia w złotych (netto) -11032 268.75 zł.

Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach inwestycji - Rozbudowa instalacji biologicznego przetwarzania odpadów dla R.I.P.O.K Korzyścienko

Wartość zamówienia w złotych (netto) 11172 446.95 zł

(Wykaz wykonanych robót z dnia 28 grudnia 2020 r.)

Natomiast w przedstawionym Wykazie osób z dnia 30 stycznia 2020 r. Arco wykazał, że dysponuje/będzie dysponował następującymi osobami posiadającymi odpowiednie

kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie i wykształcenie niezbędne do wykonania zamówienia publicznego:

1. Kierownikiem zespołu projektowego – A. J.;
2. Kierownikiem budowy – K. D.;
3. Technologiem – S. D. .

(Wykaz osób które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia z dnia 30 grudnia 2020 r.)

Zamawiający dnia 11 stycznia 2021 r. wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp Arco do złożenia wyjaśnień na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu odoście informacji podanych w Wykazie wykonanych robót (załącznik nr 5 do SIWZ) oraz Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (załącznik nr 6 do SIWZ). W odpowiedzi na to wezwanie Spółka Arco złożyła pismem z dnia 15 stycznia 2021 r. wyjaśnienia wraz z załącznikami w postaci, m.in.:

Wykazu robót uzupełnionego o podział wartości na roboty projektowe i roboty budowlane oraz Wykazu osób uzupełnionego o doświadczenie technologa pana S. D. i pana M. S. oraz kierownika zespołu projektowego Pana A. J. .

W ocenie Odwołującego oba powyższe Wykazy znacząco różnią się od pierwotnie złożonych dokumentów w dniu 30 grudnia 2020 r. przez Wykonawcę Arco w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 Pzp.

Po pierwsze Wykonawca Arco uzupełnił Wykaz robót przez wskazanie wartości prac projektowych i prac budowlanych wskazując w tabeli:

- Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach kontraktu 1.1 - Rozbudowa zakładu Przetwarzania i Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Sosnowcu Wartość zamówienia w złotych (netto) 11032 268,75 W tym wartość prac projektowych: 305 000,00 zł
Wartość prac budowlanych: 10 727 268.75,

- Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach inwestycji - Rozbudowa instalacji biologicznego przetwarzania odpadów dla R.I.P.O.K Korzyścienko Wartość zamówienia w złotych (netto) 11172 446.95 zł W tym wartość prac projektowych: 272 4.08,70 zł
Wartość prac budowlanych: 10 899 048.25 zł

(Wykaz wykonanych robót z dnia 15 stycznia 2021 r.)

Uzupełnienie wykazu robót w powyższym zakresie, ma o tyle istotne znaczenie, że warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej jest wykazanie przez Wykonawcę, iż wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie i prawidłowo ukończył co najmniej:

a) Dwie roboty budowlane, przedmiotem których było wykonanie instalacji/ zakładu przetwarzania odpadów ulegających biodegradacji (lub jego części) w systemie pryzmowym

na napowietrzanym, szczelnym hydraulicznie i pneumatycznie placu lub posadzce, z systemem sterowania automatycznego z drogami wewnętrznymi i placami manewrowymi o wartości zamówienia netto minimum 3 000 000 PLN każda;

b) Dwie roboty projektowe, przedmiotem których było zaprojektowanie zakładu przetwarzania odpadów ulegających biodegradacji w systemie pryzmowym na napowietrzanym placu lub posadzce, z systemem sterowania automatycznego z dragami wewnętrznymi i placami manewrowymi o wartości robót budowlanych netto minimum 3 000 000 PLN każda.

Odwołujący podał, że Wykonawca dokonał zatem uzupełnienia Wykazu robót celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przedstawiając pierwotny wykaz, bez rozbicia wartości zamówienia na wartość prac projektowych i wartość prac budowlanych, Wykonawca Arco nie potwierdził bowiem, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Arco załączyła do pisma z dnia 15 stycznia 2021 r. również uzupełniony Wykaz osób, wykazując, iż dysponuje/będzie dysponować następującymi osobami posiadającymi odpowiednie kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie i wykształcenie niezbędne do wykonania zamówienia publicznego:

1. Kierownikiem zespołu projektowego – A. J.
2. Kierownikiem budowy – K. D.
3. Technologiem – S. D.
4. Technologiem – M. S. .

Wykaz osób został uzupełniony o całkowicie nową osobę, w postaci technologa M. S. i jego doświadczenie zawodowe. Również doświadczenie zawodowe wykazanych już wcześniej osób, tj. kierownika zespołu projektowego – A. J. oraz technologa – S. D. zostało znacznie rozszerzone (uzupełnione) w stosunku do pierwotnie przedłożonego Wykazu osób.

(Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia z dnia 15 stycznia 2021 r.)

Co istotne, Wykonawca Arco w piśmie z dnia 15 stycznia 2021 r., będącego odpowiedzią na wezwanie do wyjaśnień z dnia 11 stycznia 2021 r. wskazał, iż wszelkie niezbędne informacje i uzupełnienia zostają zawarte z załączonych do pisma:

1. Wykazie robót uzupełnionego o podział wartości na roboty projektowe i roboty budowlane oraz

2. Wykazie osób uzupełnionego o doświadczenie technologa pana S. D. i pana M. S. oraz kierownika zespołu projektowego pana A. J. .

W samym piśmie Arco nie odniósł się do wątpliwości Zamawiającego, nie wyjaśnił również kwestii, na które zwracał uwagę Zamawiający. W piśmie z dnia 15 stycznia 2021 r. Arco zastrzegła jedynie, jako tajemnicę przedsiębiorstwa załączone wyciągi z dokumentacji projektowej, wskazała na swoją interpretację postawionego warunku udziału w postępowaniu, podnosiła argumentację, iż przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a wszystkie niejasności i dwuznaczności winny być rozpatrywane na korzyść wykonawców. Wobec czego pismo wykonawcy z dnia 15 stycznia 2021 r. wraz z załącznikami nie powinno być potraktowane jako wyjaśnienie oferty, lecz raczej jako jej uzupełnienie. Skoro sam Wykonawca wskazał, iż wszelkie uzupełnienia zostają zawarte w załączonych dokumentach, tj. Wykazie robót oraz Wykazie osób. Zatem załączniki do pisma z dnia 15 stycznia 2021 r. są de facto uzupełnieniem oferty Wykonawcy i tak powinny zostać potraktowane przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał wyrok KIO 2706/17 oraz KIO 1598/20.

W ocenie Odwołującego Spółka Arco załączając uzupełniony Wykaz robót oraz Wykaz osób do odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, dokonała w pełni skutecznego uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Wykonawca Arco uzupełniając przedmiotowe dokumenty na własne ryzyko, pozbawił się tym samym możliwości dokonania kolejnego uzupełnienia na wezwanie Zamawiającego. To na wykonawcy, jako profesjonalistę ciąży obowiązek poprawnego przygotowania dokumentacji. Natomiast załączenie do wyjaśnień treści oferty uzupełnionych Wykazów jest obejściem jednokrotnej możliwości uzupełnienia oferty i nie zasługuje na ochronę. Nie może dochodzić do sytuacji, w której wykonawca kilkakrotnie uzupełnia ofertę przez załączenie do wyjaśnień treści oferty załączników w postaci uzupełnienia złożonych już dokumentów. Prowadziłoby to do naruszenia naczelnej zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podniósł, że sama treść wezwania do udzielenia wyjaśnień z dnia 11 stycznia 2021 r. również wskazuje iż mimo powołania się przez Zamawiającego na przepisy dotyczące wyjaśnień, chodziło Zamawiającemu o dokonanie uzupełnień. Zamawiający co prawda wzywał do udzielenia wyjaśnień, jednak w treści pisma kilkakrotnie powołuje się na konieczność zmiany i uzupełnienia Wykazu robót oraz Wykazu osób, złożonych przez Arco 30 grudnia 2020 r. W ocenie Wykonawcy tryb i rodzaj wezwania Zamawiającego nie powinien być determinowany przez sam, jednokrotnie użyty zwrot „do wyjaśnień” czy też „do uzupełnienia” ale przez faktyczną treść pisma i wynikające z niego zobowiązanie wykonawcy. Zamawiający w wezwaniu z dnia 11 stycznia 2021 r.: w pkt 1) *„prosił o rozbięcie wartości zamówienia na wartość prac projektowych i wartość prac budowlanych w przypadku*

obu przedstawionych w załączniku nr 5 do SIWZ robót, tj. dla MPO Sp. z o.o. Sosnowiec oraz Miejskiego Zakładu Zieleni, Dróg i Ochrony Środowiska w Kołobrzegu Sp. z o.o.

w pkt 3b) „prosił o doprecyzowanie zapisów dotyczących doświadczenia zawodowego Kierownika zespołu projektowego. Wykonawca, w celu przejrzystości powinien wpisać obiekty tak, żeby sumowały się do lat 5”.

Powyżej przytoczona treść wezwania wskazuje w ocenie Odwołującego, iż Zamawiający oczekiwał od Wykonawcy określonej treści wyjaśnień, prowadząc z nim nieuprawnione negocjacje. Analizując treść wezwania Zamawiającego można dojść do wniosku, że wymagał on od Wykonawcy złożenia poprawionych Wykazów a nazwanie pisma „wezwaniami do złożenia wyjaśnień” jest obejściem możliwości jednokrotnego uzupełnienia oferty. Zgodnie z powyższym należy uznać, że już pierwsze wezwanie Zamawiającego z dnia 11 stycznia 2021 r. było *de facto* wezwaniem do uzupełnienia oferty. Dlatego też skierowanie do Wykonawcy kolejnego wezwania w dniu 25 stycznia 2021 r. było niedopuszczalne.

Brak możliwości w zakresie wezwania do uzupełnienia dokumentów w postaci Wykazu osób potwierdza również fakt, iż Zamawiający uwzględnił przy ocenie wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Arco również załączniki w postaci uzupełnionego Wykazu robót oraz Wykazu osób. Świadczy o tym to, że w kolejnym wezwaniu z dnia 25 stycznia 2021 r. Zamawiający wezwał do uzupełnienia już tylko Wykazu osób. Zatem uzupełniony dnia 15 stycznia Wykaz robót, musiał zostać uznany za wystarczający do potwierdzenia przez Wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

(Pismo Zamawiającego z wezwaniem do uzupełnienia oświadczeń stanowiących załącznik nr 6 do SIWZ Wykaz osób z 25 stycznia 2021 r.)

W odpowiedzi na drugie wezwanie, Wykonawca Arco złożył drugie uzupełnienie dokumentów w postaci Wykazu osób z dnia 28 stycznia 2021 r., w którym po raz kolejny uzupełnił doświadczenie zawodowe osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Zamawiający w wezwaniu z dnia 25 stycznia 2021 r. wskazał konkretne elementy w Wykazie osób, które powinny być przez Wykonawcę uzupełnione aby wykazać, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Wobec czego Arco uzupełniło Wykaz osób w następujący sposób (kolorem czerwonym zaznaczono uzupełnienie informacji w stosunku do Wykazu osób z dnia 15 stycznia 2021 r.):

W opisie doświadczenia zawodowego Kierownika zespołu projektowego – A. J. wskazał, iż posiada on *dziewiętnastoletnie doświadczenie zawodowe przy projektowaniu, w tym autor projektu budowlanego dla zadania obejmującego budowę kotłowni z kotłem parowym opalanym paliwem alternatywnym dla Nyskiej Energetyki Ciepłej Nysa Sp. z o.o.; zadanie obejmowało m.in. projektowanie obiektu kubaturowego w konstrukcji żelbetowej w zakresie*

gospodarki odpadami Wartość całej realizacji: 39.285.506,00 zł netto

Ponad 5 letnie doświadczenie zawodowe przy projektowaniu następujących realizacji:

- od 18.01.2013. do 13.11.2015r. Budowa Zakładu Termicznego Przetwarzania Odpadów Komunalnych dla Bydgoszczy i Torunia
- od 04.03.2016r. do 24.07.2017r. Budowa kotłowni z kotłem parowym opalanym paliwem alternatywnym dla Nyskiej Energetyki Ciepłej Nysa Sp. z o.o. (w wykazie z 15 stycznia 2021 r. wskazano na PROJEKT kotłowni z kotłem parowym opalanym paliwem alternatywnym dla Nyskiej Energetyki Ciepłej Nysa Sp. z o.o.)
- od 21.12.2016r. do 05.04.2019r. Budowa hali warsztatowej z częścią administracyjnosocjalną w Gliwicach dla firmy Pneumatic Systems Sp. z o.o.
- od 14.02.2018r. do 04.10.2019r. Budowa budynku biurowo-socjalnego z halą magazynową w Mysłowicach dla firmy FH Smętek
- od 06.05.2019r. do 03.10.2020r. Budowa budynku handlowo- usługowego typu retail park w Świerkłańcu

Łącznie: 84 miesiące (7 lat)

Ponadto:

- 2013r. Decathlon w Katowicach
- 2014r. Intermarche w Trzebini- przebudowa parkingu
- 2014r. Intermarche w Galerii Myślenickiej w Myślenicach – realizacja nowego obiektu w nowobudowanej galerii,
- 2015r.-2016r. Intermarche i Bricomarche w Bogatyni - realizacja nowych obiektów handlowych,
- 2016r. Zespół Szkół nr 10 w Zabrze adaptacja pomieszczeń dla potrzeb pracowni interdyscyplinarnej,
- 2016r. Rozbudowa Elektrociepłowni Mikołaj w Rudzie Śląskiej o blok energetyczny opalany paliwem alternatywnym - projekt koncepcyjny,
- 2017r. Zespół Szkół nr 10 w Zabrze - remont i adaptacja pomieszczeń dla potrzeb biblioteki szkolnej,
- 2017 r. Zespół Szkół nr 10 w Zabrze przebudowa pomieszczeń sanitarnych dla potrzeb dzieci z klas I-III
- 2017r.-2018r. Kaufland w Żorach przebudowa obiektu (MaMo) do nowego standardu
- 2017r. – 2018r. Kaufland w Tychach przebudowa obiektu (MaMo) do nowego standardu,
- 2018r. Kaufland w Zamościu - przebudowa obiektu (Facelift XL) do nowego standardu
- 2019r. Przebudowa części hali produkcyjnej wraz z projektem fundamentów pod

obrotniki na terenie Zakładów Mechanicznych Bumar Łabędy S.A.

- 2019r. Decathlon Wrocław Magnolia rozbudowa strefy wejściowej 2oigr.-202or. Budowa magazynu odpadów na terenie Fuchs Oil Corporation (PL) Sp. z o.o. w Gliwicach,*
- 2019r.-2020r. Przebudowa zabytkowego budynku biurowego o pow. 2000m² byłej dyrekcji zakładu Orzeł Biały S.A. dla firmy Avenida w Bytomiu,*
- 2020 r. Kaufland w Żorach - przebudowa obiektu (FiMa) do nowego standardu*
- 2020r. Przebudowa części hali produkcyjnej dla potrzeb stanowiska badania wahaczy na terenie Zakładów Mechanicznych Bumar Łabędy S.A.*

W opisie doświadczenia zawodowego Kierownika budowy – K. D. wskazał, iż posiada on *ponad 5 letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy:*

- od 01.07.2006 do 29.11.2007. - Budowa hali sportowej w Pszczynie Wartość inwestycji: 5.027.185,8g zł brutto,*
- od 01.11. 2007 do 30.04.2008r. - Budowa Krytej Pływalni przy zespole szkół nr iw Łazach Wartość inwestycji: 11 980.177,54 zł brutto,*
- od 12.07.2013r. do 24.09.2014r. - Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego z instalacjami wewnętrznymi, zjazdem drogi powiatowej nr 1827K, parkingami i infrastrukturą towarzyszącą na działkach nr 2435/1, 2435/2, 2436, 2400/11 Wartość inwestycji: 3.034.104,18 zł brutto,*
- od 21.07.2015r. do 02.11.2015r. - Budowa instalacji stabilizacji tlenowej odpadów igi2i2 w technologii reaktorów żelbetowych wraz z halą oraz wewnętrznymi instalacjami, budowa terenów utwardzonych wraz z odwodnieniem terenu, zmiana ukształtowania terenu, a także budowa zbiornika p. poż. Na terenie gospodarki odpadami w Brzeszczach; Wartość inwestycji: 3 209 844,03 zł brutto,*
- od 24.08.2015r. do 31.07.2017r.. - Budowa budynku wielorodzinnego z częścią usługową parkingami podziemnymi, zjazdem publicznym, przebudową oraz budową infrastruktury towarzyszącej, oraz przebudową istniejących parkingów Wartość inwestycji: 9.102.000,00 zł brutto,*
- od 12.02.2018r. do 24.09.2018r. - Rozbudowa zakładu segregacji i kompostowni odpadów przy ul. Cmentarnej w Zabrzcu - Etap IV obejmujący budowę hali produkcyjnej paliwa alternatywnego RDF oraz garażu z warsztatem naprawczym (w zakresie hali RDF) Wartość inwestycji: 7 013 719,43 zł brutto,*
- od 04.09.2018r. do 22.10.2019r. - Rozbudowa istniejącego budynku mieszkalno-gospodarczego w zakresie dobudowy pawilonu basenu krytego połączonego z budynkiem mieszkalnym przełączką komunikacyjną z instalacjami wewnętrznymi*

w Przemęczankach gm. Radziemice Wartość inwestycji: 6.429.933,23 zł brutto,

- od 31.10.2019r. do 08.06.2020T. - Rozbudowa i przebudowa Przedszkola Miejskiego nr 24 w Jaworznie w ramach projektu *Wesołe przedszkole - poprawa jakości edukacji przedszkolnej w Jaworznie* Wartość inwestycji: 8.347.013,13 zł brutto.

Łącznie: 85 miesięcy (7 lat i 1 miesiąc)

W opisie doświadczenia zawodowego technologa – M. S. wskazał, iż posiada on doświadczenie jako technolog rozruchu co najmniej jednego procesu kompostowania w inwestycji zgodnie z przedmiotem zamówienia (przepustowość średnioroczna uruchamianej kompostowni min. 5 000 Mg/a odpadów zielonych rocznie)

(W Opisie doświadczenia zawodowego w Wykazie osób z dnia 15 stycznia 2021r. Arco wskazał, iż technolog. M. S. posiada doświadczenie jako technolog, przy kompostowaniu odpadów zielonych lub innych ulegających biodegradacji, doświadczenie przy rozruchu więcej niż 1 instalacji kompostowania powyżej 5 000 Mg /rok), tj.:

- Budowa kompostowni odpadów wraz z instrukcją towarzyszącą w ramach rozbudowy zakładu gospodarowania odpadami w Drylowie „A”, gm. Pajęczno (60.000 Mg/rok w tym 20.000 Mg/rok odpadów zielonych),
- Rozbudowa Instalacji MBP Zakładu Przetwarzania i Unieszkodliwiania Odpadów w Czerwonym Borze, gm. Zambrów (17.000 Mg/rok w tym 5.300 Mg/rok odpadów zielonych).

Ponad pięcioletnie doświadczenie w prowadzeniu procesu kompostowania na kompostowni odpadów zielonych lub innych ulegających biodegradacji:

- od 01.06.2015r. do 30.11.2015 r. - Modernizacja Istniejącej Kompostowni Odpadów Komunalnych Biodegradowalnych, Wasilków;
- od 09.02.2014 r. do 30.09.2015 r. - Modernizacja Istniejącej Kompostowni Odpadów Komunalnych Biodegradowalnych, Ławy, gm. Rzekuń;
- od 30.03.2016 r. do 31.09.2016 r. - Budowa Instalacji Kompostowania Osadów Ściekowych, Małkinia Górna;
- od 05.01.2016 r. do 30.05.2016 r. - Budowa instalacji biologicznego przetwarzania odpadów wraz z infrastrukturą techniczną i technologią w Regionalnym Zakładzie Odpadów Komunalnych „Rypin” Sp. z o.o. w Puszczy Miejskiej;
- od 06.07.2016 r. do 07.02.2017 r. Budowa kompostowni odpadów wraz z infrastrukturą towarzyszącą w ramach rozbudowy zakładu gospodarowania odpadami w Dylowie „A”, gm. Pajęczno;
- od 22.10.2017 r. do 30.09.2019 r. Budowa hermetycznej instalacji, jako uzupełnienie istniejącego systemu kompostowania w Zakładzie Utylizacyjnym w Gdańsku;

- od 14.04.2018r. do obecnie - Budowa instalacji suchej fermentacji dla wyselekcjonowanych odpadów ulegających biodegradacji, w tym zielonych i skrutek przy wykorzystaniu potencjału instalacji biogazowej i kompostowni na Oczyszczalni Ścieków w Słupsku;
- od 01.10.2018 r. do 30.05.2019 r.- Dostawa, montaż i rozruch instalacji do mechaniczno - biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych na terenie Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Korczowie, k. Biłgoraja;
- od 01.07.2019r. do 31.05.2020r. - Rozbudowa Instalacji MBP Zakładu Przetwarzania i Unieszkodliwiania Odpadów w Czerwonym Borze, gm. Zambrów

Łącznie: 71 miesięcy (5 lat i 11 miesięcy)

(Wykaz osób które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia z dnia 28 stycznia 2021 r.)

Odwołujący podał, że mając na uwadze treści art. 26 ust. 3 Pzp, jak również ugruntowaną linię orzeczniczą KIO w zakresie możliwości jednokrotnego uzupełnienia dokumentów, uznać należy, iż drugie wezwanie Zamawiającego z dnia 25 stycznia 2021 r. było niedopuszczalne i nie powinno mieć miejsca. Tym bardziej, że Zamawiający już dokonał oceny wcześniej uzupełnionych Wykazów w aspekcie potwierdzenia przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wobec czego Zamawiający nie miał już prawa wzywać Wykonawcy do kolejnego uzupełnienia dokumentów.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 2 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp

Odwołujący podniósł, że kolejne wezwanie do uzupełnienia oferty oraz dwukrotne dokonanie uzupełnienia Wykazu osób narusza również art. 87 ust. 1 Pzp, który w zdaniu drugim stanowi, że „Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. Wymiana pism między Zamawiającym i Wykonawcą Arco stanowi w ocenie Odwołującego właśnie taką negocjację. W szczególności zauważalne jest to zdaniem Odwołującego w piśmie Zamawiającego z dnia 25 stycznia 2021 r. wzywającego do uzupełnienia oświadczeń stanowiących załącznik nr 6 do SIWZ. W piśmie tym Zamawiający wprost wskazał w jakich miejscach Wykonawca ma zmienić bądź uzupełnić Wykaz osób tak, aby wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jest to swoiste negocjowanie czy Wykonawca Arco spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz wskazanie co mógłby w przedstawionych dokumentach uzupełnić, żeby takie spełnienie warunków wykazać. Pamiętać należy, iż to na wykonawcy, jako profesjonalście ciąży obowiązek prawidłowego sporządzania dokumentów. Zatem to zadaniem Arco, jak i każdego wykonawcy w postępowaniu było udowodnienie Zamawiającemu spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie może wzywać wykonawcy w nieskończoność do złożenia oferty umożliwiającej potwierdzenie spełnienia warunków.

Zamawiający ma co prawda obowiązek żądania złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów w takim zakresie, w jakim są one niekompletne, zawierają błędy lub budzą wątpliwości. Nie może to jednak doprowadzić do sytuacji w której Zamawiający wzywa do wyjaśnień dotąd, aż w końcu otrzyma prawidłowy dokument, zawierający wykaz osób, potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Tego typu działanie stanowi nieuprawnione negocjacje w toku postępowania a jednocześnie nadużycie prawa do składania wyjaśnień.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp

Niedopuszczalność dwukrotnego uzupełnienia dokumentów pociąga za sobą daleko idące konsekwencje w niniejszym stanie faktycznym. Zamawiający bowiem dokonał weryfikacji spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę, który otrzymał największą ilość punktów, tj. Arco, na podstawie przedstawionego Wykazu robót z dnia 15 stycznia 2021 r. oraz Wykazu z dnia 28 stycznia 2021 r. Takie działanie jest błędem Zamawiającego, bowiem weryfikacja dokumentów pod kątem spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu powinna nastąpić w oparciu o oba wykazy przedstawione Zamawiającemu w dniu 15 stycznia 2021 r. Pozostałe wątpliwości Zamawiającego w zakresie posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia do realizacji Zamówienia przez Arco nie mogły już być bowiem rozwiane przez kolejne uzupełnienie dokumentów. Skoro Zamawiający dokonał oceny przedstawionych Wykazów w dniu 15 stycznia 2021 r. w aspekcie potwierdzenia przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie miał już prawa wzywać Wykonawcy do kolejnego uzupełnienia dokumentów.

Zgodnie z powyższym weryfikacja, czy Wykonawca Arco spełnia warunki udziału w postępowaniu powinna nastąpić w oparciu o: Wykaz robót z dnia 15 stycznia 2021 r. i Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia z dnia 15 stycznia 2021 r. Nie ulega wątpliwości, iż dokumenty uzupełnione przez Arco dnia 15 stycznia 2021 r. nie potwierdzają, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej.

Jak zauważył sam Zamawiający w piśmie z dnia 25 stycznia 2021 r. wskazał, że:

W załączonym do pisma z dnia 15.01.2021 r. oświadczeniu stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zadania:

1) odnośnie osoby technologa:

a) Wykonawca przedstawił jego doświadczenie jako projektanta i technologa równocześnie nie wskazując przy tym, które ze wskazanych inwestycji stanowią doświadczenie tej osoby wyłącznie jako technologa.

Z SIWZ wynika, że w przypadku technologa wymagane jest jedynie doświadczenie w zakresie prowadzenia procesu kompostowania na kompostowni odpadów zielonych lub

innych ulegających biodegradacji oraz doświadczenie w rozruchu co najmniej jednego procesu kompostowania w inwestycji zgodnej z przedmiotem zamówienia. Dlatego okresy doświadczenia w zakresie projektowania nabytego przez osobę wskazaną przez Wykonawcę jako technolog nie mogą być brane pod uwagę przy potwierdzeniu spełniania przez Wykonawcę ww. warunku.

- b) Wykonawca przedstawił jego doświadczenie w prowadzeniu procesu kompostowania na kompostowni odpadów zielonych lub innych ulegających biodegradacji jedynie w pełnych latach, nie wskazując przy tym dat (dzień, miesiąc, rok) rozpoczęcia i zakończenia (konkretnych okresów), w których ww. osoba nabyła doświadczenia w tym zakresie.*

W związku z tym, bez poprawienia i uzupełnienia w tym zakresie przez Wykonawcę oświadczenia stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zadania. Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować, czy osoba technologa wskazana przez Wykonawcę faktycznie posiada wymagane co najmniej 5 letnie doświadczenie w prowadzeniu procesu kompostowania odpadów zielonych lub innych ulegających biodegradacji, a tym samym nie jest w stanie stwierdzić czy Wykonawca faktycznie spełnia ww. warunek.

- 2) odnośnie osoby Kierownika Zespołu Projektowego (Głównego Projektanta) - Wykonawca przedstawił jego doświadczenie zawodowe przy projektowaniu, w tym projektowaniu przynajmniej jednego obiektu kubaturowego jedynie w pełnych latach, nie wskazując przy tym dat (dzień, miesiąc, rok) rozpoczęcia i zakończenia (konkretnych okresów), w których ww. osoba nabyła doświadczenia w tym zakresie.*

W związku z tym, bez uzupełnienia w tym zakresie przez Wykonawcę oświadczenia stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zadania. Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować, czy osoba Kierownika Zespołu Projektowego (Głównego Projektanta) wskazana przez Wykonawcę faktycznie posiada wymagane SIWZ co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe przy projektowaniu, w tym projektowaniu przynajmniej jednego obiektu kubaturowego, a tym samym nie jest w stanie stwierdzić czy Wykonawca faktycznie spełnia ww. warunek.

- 3) odnośnie osoby Kierownika Budowy - Wykonawca przedstawił jego doświadczenie zawodowe przy budowie lub przebudowie przynajmniej jednego obiektu kubaturowego o wartości co najmniej 2 000 000,00 zł netto, w latach i miesiącach, nie wskazując przy tym dni rozpoczęcia i zakończenia inwestycji - konkretnych okresów, w których ww. osoba nabyła doświadczenia w tym zakresie.*

W związku z tym, bez uzupełnienia w tym zakresie przez Wykonawcę oświadczenia

stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zadania. Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować, czy osoba Kierownika Budowy wskazana przez Wykonawcę faktycznie posiada wymagane w SIWZ co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe, a tym samym nie jest w stanie stwierdzić czy Wykonawca faktycznie spełnia ww. warunek.

(Pismo Zamawiającego adresowane do Arco z wezwaniem do uzupełnienia oświadczeń stanowiących załącznik nr 6 do SIWZ Wykaz osób)

Zamawiający zatem miał świadomość, iż z dokumentów przedstawionych przez Arco System nie wynika aby Wykonawca ten spełnił warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający zaniechał jednak czynności wykluczenia Arco z postępowania, jako wykonawcy który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czym w rażąco i umyślny sposób naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 Pzp

Na podstawie przedstawionych przez Arco dokumentów, w szczególności Wykazu osób z dnia 15 stycznia 2021 r. wynika, że wykonawca ten dopuścił się poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji w niniejszym postępowaniu, w szczególności dotyczących posiadanej wiedzy i doświadczenia Arco oraz jego zespołu.

Zamawiający wymagał, aby Wykonawca w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej przedstawił Wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Zamawiający uzna, że ww. warunek jest spełniony, gdy Wykonawca oświadczy, że dysponuje lub będzie dysponował na potrzeby wykonania zamówienia następującymi osobami:

- w zakresie posiadanego doświadczenia przez osoby dedykowane przez wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia w Części I wskazał:

a) Kierownik Zespołu Projektowego (Główny Projektant):

Jedna osoba wpisana na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności architektonicznej lub konstrukcyjnej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, w tym wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów - w zakresie projektowania,

które pozwalać będą na pełnienie funkcji Kierownika Zespołu Projektowego (Główny Projektant) w zakresie niniejszego zamówienia.

Osoba ta musi posiadać wykształcenie wyższe i co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego przy projektowaniu, w tym projektowaniu przynajmniej jednego obiektu kubaturowego w konstrukcji żelbetowej w zakresie gospodarki odpadami lub wodno - ściekowej np. Sortownia Odpadów, Oczyszczalnia Ścieków, Kompostownia odpadów zielonych, Stacja Uzdatniania Wody, o wartości obiektu co najmniej 2 000 000.00 zł netto.

b) Kierownik Budowy

Co najmniej jedna osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno- budowlanej wydane na podstawie aktualnych przepisów Prawa Budowlanego lub równoważne uprawnienia, wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, które pozwalać będą na pełnienie funkcji Kierownika Budowy w zakresie niniejszego zamówienia. Osoba ta musi posiadać wykształcenie wyższe i co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego przy budowie lub przebudowie przynajmniej jednego obiektu kubaturowego o wartości co najmniej 2 000 000,00 zł netto Liczbę lat doświadczenia należy liczyć od daty wystawienia uprawnień. Do 5-letniego okresu doświadczenia zaliczone będą okresy faktycznego wykonywania funkcji na obiektach kubaturowych.

c) Technolog

Co najmniej jedna osoba posiadająca co najmniej 5letnie doświadczenie w prowadzeniu procesu kompostowania na kompostowni odpadów zielonych lub innych ulegających biodegradacji oraz posiadająca doświadczenie w rozruchu co najmniej jednego procesu kompostowania w inwestycji zgodnej z przedmiotem zamówienia (przepustowość średnioroczna uruchamianej kompostowni min. 5 000 Mg/a odpadów zielonych rocznie).

Tymczasem, doświadczenie zawodowe osób, którymi dysponuje/będzie dysponować Wykonawca Arco nie wykazuje spełnienia powyższych warunków. W szczególności doświadczenie technologów na których powołuje się wykonawca rodzi uzasadnione wątpliwości. Ciężko uznać, że technolodzy Ci posiadają wymagane 5-letnie doświadczenie w prowadzeniu procesu kompostowania na kompostowni odpadów zielonych lub innych ulegających biodegradacji oraz posiadają doświadczenie w rozruchu co najmniej jednego procesu kompostowania w inwestycji zgodnej z przedmiotem zamówienia (przepustowość średnioroczna uruchamianej kompostowni 5 000 Mg/a odpadów zielonych rocznie). Stawiając powyższy warunek Zamawiający wskazał jednoznacznie, iż wymaga legitymowania się przez Wykonawcę zespołem osób posiadających wiedzę i kompetencje w procesach kompostowania - na kompostowni bezpośrednio, a nie w projektowaniu kompostowni. Tymczasem doświadczenie wykazane przez ARCO obejmuje prace

projektowe, budowę lub modernizację instalacji. Świadczy o tym bezpośrednio opis doświadczenia zawodowego technologa, S. D. oraz technologa M. S., wskazanych w Wykazie osób z dnia 15 stycznia 2021 r. Tym samym Wykonawca Arco nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wyjaśniając różnicę pomiędzy pojęciem procesu kompostowania a samym projektowaniem kompostowni wskazać należało w ocenie Odwołującego wyjaśnić, że proces kompostowania jest złożonym i skomplikowanym procesem technologicznym. Wskazywanie natomiast czynności niepotwierdzających udziału w proces kompostowania, a jedynie przy budowie, rozbudowie lub modernizacji instalacji przetwarzania odpadów jest działaniem zmierzającym do wprowadzania Zamawiającego w błąd co do zdolności Wykonawcy do należytego Wykonania przedmiotu zamówienia. Zauważyć również należy, iż większość wskazanych w Wykazie obiektów to nie kompostownie, a zakłady mechaniczno- biologicznego przetwarzania (przeznaczone do odpadów zmieszanych). Z punktu widzenia technologicznego kompostowanie jest procesem jednoznacznie określonym technologicznie. Nie ma tutaj podstaw do twierdzenia, iż osoba profesjonalnie zajmująca się tego typu przedsięwzięciami nie posiada wiedzy dotyczącej przedmiotu zamówienia. Udział w pracach budowlanych w żaden sposób nie uprawnia do twierdzenia, że osoba ta uczestniczyła w rozruchach i prowadzeniu procesu kompostowania. Rozruch polega bowiem na sprawdzeniu funkcjonalności instalacji przed oddaniem do użytkowania, natomiast prowadzenie procesu kompostowania następuje po oddaniu instalacji do użytkowania, czyli niejako na rzecz/na zlecenie użytkownika, a nie dostawcy technologii. Przez prowadzenie procesu należy uznać udział w tworzeniu mieszanki surowców, nadzór nad rozpoczęciem procesu technologicznego, nastawienie i kontrola parametrów procesu technologicznego, nadzór nad zakończeniem procesu i osiągnięciem produktu końcowego. Jako, że kompostowanie to proces, który trwa około 8-12 tygodni, prowadzenie procesu kompostowania (w odróżnieniu od rozruchu, który może trwać kilka dni) wymaga stałej obecności technologa na instalacji i czynnego udziału w procedurach operacji materiałem i w zakresie użytkowania instalacji w oparciu o konkretne parametry. Podkreślić należy, iż w ślad za profesjonalnymi publikacjami w tym zakresie, że *Kompostowanie – podstawie informacje technologiczne*: Kompostowanie odpadów - jest to metoda oparta na naturalnych reakcjach biochemicznych przebiegających w glebie (mineralizacja, humifikacja), zintensyfikowanych w sztucznie wytworzonych optymalnych warunkach, zapewniających możliwość sterowania tymi procesami. Kompostowanie odbywa się przy udziale licznych grup mikroorganizmów. Jest to głównie proces tlenowy. Kompostowanie jest procesem biotermicznym, który zachodzi w dwóch fazach: Faza I - kompostowanie termofilowe nazywane też kompostowaniem intensywnym lub fazą wysoko temperaturową; Faza II - kompostowanie mezofilowe nazywane również dojrzewaniem. Czas przebiegu faz zależy od składu kompostowanej

biomasy i stosowanej technologii. Mineralizacja tlenowa jest procesem egzotermicznym, a intensywność rozkładu zależy od podatności związków na rozkład. Bardzo łatwo ulegają rozkładowi tłuszcze, większość cukrów (w tym skrobia) i białek; trudniej hemicelulozy i celuloza. Natomiast lignina oraz białka z grupy skleroproteidów (np. keratyna) są bardzo odporne na rozkład. W fazie kompostowania intensywnej temperatura może przekroczyć nawet 700 C. Faza ta ma kluczowe znaczenie dla procesów higienizacji. Niektórzy autorzy rozróżniają cztery fazy kompostowania: Faza I - faza wstępnego kompostowania nazywana też fazą wzrostu temperatury, krótka faza mezofilowa, w której następuje zainicjowanie procesu kompostowania i namnażanie mikroorganizmów; Faza II - faza termofilowa czyli faza intensywnej kompostowania nazywana też wysoko temperaturową; Faza III - faza mezofilowa nazywana kompostowaniem właściwym; Faza IV - faza dojrzewania kompostu (dalszy spadek temperatury, powstawanie humin, może trwać kilka miesięcy). (P. Manczarski, Kompostowanie odpadów komunalnych, Poznań 2007 r.). Z treści wskazanego wyżej artykułu branżowego - prezentacji wygłoszonej na Forum Technologii Ochrony Środowiska POLEKO 2007 – spotkaniu branżowym ekspertów w tym zakresie wynika jednoznacznie, że proces kompostowania jest procesem długotrwałym i skomplikowanym.

Tymczasem w Wykazie osób z dnia 15 stycznia 2021 r. przy opisie doświadczenia zawodowego zarówno technologa, S. D., jak i technologa, M. S. brak jest konkretnych dat, potwierdzających wymagane pięcioletnie doświadczenie oraz udział w długotrwałym procesie kompostowania. Podane daty dotyczą prac budowlanych i modernizacyjnych prowadzonych na obiektach, co wprost wynika z przedstawionego opisu. Jednoznacznie stwierdzić można, że podczas prac budowlanych i modernizacyjnych nie ma możliwości prowadzenia procesu kompostowania, gdyż ten odbywa się w zakładzie po oddaniu go do użytkowania. Wykonawca nie wykazał konkretnych dat rozpoczęcia i zakończenia prac, jednak nie mniej istotne jest to, że wszystkie wskazane przykłady doświadczenia zawodowego dotyczą prac budowy i modernizacji, których nie można zaliczyć do potwierdzenia spełniania warunku długotrwałego prowadzenia procesu kompostowania na kompostowni odpadów zielonych lub innych ulegających biodegradacji. Brak potwierdzenia udziału w procesie kompostowania wynika z faktu, iż wskazane w zestawieniu daty nie potwierdzają współpracy długoterminowej na konkretnej inwestycji (kompostowni). Jak wynika ze wskazanego wyżej materiału proces kompostowania jest procesem długoterminowym i nie wskazuje na jego realizację ogólnikowe określenie krótkich terminów wykonania usługi. Ponadto Arco w doświadczeniu technologów wskazał doświadczenie głównie przy instalacjach stabilizacji polegających na mechaniczno-biologicznym przetwarzaniu odpadów (mbp), natomiast Zamawiający wymagał, aby technolog posiadał doświadczenie przy instalacjach kompostowania i przetwarzaniu odpadów zielonych.

Wskazać należy, iż obie te instalacje znacząco różnią się pod względem procesów i efektów działania. Dlatego też posiadanie doświadczenia przez technologa przy instalacjach stabilizacji nie może być utożsamiane z doświadczeniem przy instalacjach kompostowania. O ile efektem procesu stabilizacji jest uzyskanie odpadów o parametrach dopuszczenia do składowania, o tyle efektem kompostowania jest uzyskanie utraty statusu odpadu i osiągnięcie parametrów kwalifikujących przetwarzany materiał jako pełnowartościowy produkt rynkowy - nawóz. Tym samym, technolog kompostowania musi wykazać się znacznie większą wiedzą i umiejętnościami niż prowadzący proces stabilizacji. Zauważyć należy, iż technolodzy wskazani przez Wykonawcę nie posiadają wymaganego doświadczenia, gdyż wszystkie instalacje, przy których pracowali są właśnie instalacjami stabilizacji. Wskazując na rozróżnienie tych dwóch pojęć należy odwołać się do Ustawy o odpadach (Dz.U. z 2020 r. poz. 797). Zgodnie z art. 293 ust. 2 Ustawy o odpadach Wytwórca odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych lub pozostałości z sortowania odpadów komunalnych, przeznaczonych do składowania, jest obowiązany przekazywać te odpady do instalacji komunalnej zapewniającej składowanie, o którym mowa w art. 35 ust. 6 pkt 3. Zgodnie z powyższym doświadczenie przy mechaniczno-biologicznym przetwarzaniu odpadów jest pracą na instalacji komunalnej, a nie w zakładzie produkcyjnym - kompostowni, której celem jest wytwarzanie produktu rynkowego. Doświadczenie to zatem nie jest tożsame z doświadczeniem przy instalacji komunalnej, ponieważ są to dwa różne procesy.

W przedstawionym wykazie kilka pozycji w ogóle nie kwalifikuje się jako instalacje kompostowania odpadów zielonych, a w kilku innych p. M. S. nie prowadził procesów kompostowania (Gdańsk, Biłgoraj). Tym samym, nie spełnia on wymogu stawianego przez Zamawiającego odnośnie czasu trwania doświadczenia zawodowego, a wskazanie informacji nieprawdziwych jest wprowadzaniem Zamawiającego w błąd. Dlatego właśnie doświadczenie technologów, na których powołuje się Wykonawca nie spełnia wymagań stawianych przez Zamawiającego ani w zakresie czasu, ani obiektu, dla jakiego zostało wykazane.

Analizując również doświadczenie wskazanego kierownika zespołu projektowego – A. J. nie można nie zauważyć nieprawidłowości w wykazie i braku wymaganego doświadczenia w postaci posiadania 5 letniego doświadczenia zawodowego przy projektowaniu, w tym przy projektowaniu co najmniej jednego obiektu kubaturowego w konstrukcji żelbetowej w zakresie gospodarki odpadami lub wodno-ściekowej, np. Sortownia Odpadów, Oczyszczania Ścieków, Kompostowni odpadów zielonych, Stacja Uzdadniania Wody, o wartości obiektu co najmniej 2 000 000,00 zł netto.

Na s. 1 Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, złożonego na wezwanie Zamawiającego (po raz drugi, więc z brakiem możliwości uzupełnienia) wskazano, że pan A. J. ma ponad 19 - letnie doświadczenie zawodowe przy projektowaniu, w tym jako autor projektu budowlanego dla zadania obejmującego budowę kotłowni z kotłem parowym opalanym paliwem alternatywnym dla Nyskiej Energetyki Ciepłej Nysa sp. z o.o. („NEC Nysa”), gdzie zadanie obejmowało m. in projektowanie obiektu kubaturowego w konstrukcji żelbetowej w zakresie gospodarki odpadami. Każde z wskazanych wyżej twierdzeń nie znajduje jednak uzasadnienia i zawiera wewnętrzne sprzeczności powodujące konieczność wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty. Odwołujący wskazał na zidentyfikowane nieprawidłowości:

Na s. 1 wykazu - wskazany jest okres doświadczenia A. J., gdzie wskazano 19 lat, a na stronie 2 wykazu - już tylko 5 lat doświadczenia. NEC Nysa nie jest podmiotem gospodarowania odpadami a ciepłownią i nie wykonuje działalności wskazanej w warunkach udziału w postępowaniu, tj. nie jest obiektem kubaturowym o konstrukcji żelbetowej w zakresie gospodarki odpadami lub wodno – ściekowej.

W tym miejscu w odwołaniu zrzut ekranu ze strony internetowej NEC Nysa

NEC Nysa nie jest podmiotem gospodarowania odpadami a ciepłownią i nie wykonuje działalności przykładowo wskazanej w warunkach udziału w postępowaniu tj. nie jest Sortownią Odpadów, Oczyszczalnią Ścieków, Kompostownią odpadów zielonych, Stacją Uzdatniania Wody o wartości obiektu co najmniej 2 000 000,00 netto zł. iv. W NEC Nysa nie jest prowadzona gospodarka odpadami i nie posiadana ona kotłowni z kotłem parowym opalanym paliwem alternatywnym. Odwołujący podał, że nawet gdyby uznać, że kocioł parowy opalany paliwem alternatywnym można uznać za instalację gospodarki odpadami, z całą pewnością nie jest to jednak obiekt kubaturowy w konstrukcji żelbetowej w zakresie gospodarki odpadami. Nie wskazano w jakiej dacie było wykonane zadanie projektowania w NEC Nysa zatem Zamawiający nie mógł zweryfikować z całą pewnością, że wskazany przez Arco kierownik zespołu projektowego posiada co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego przy projektowaniu.

Odwołujący argumentował, że zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że przedmiotowa inwestycja, tj. budowa kotłowni z kotłem parowym opalanym paliwem alternatywnym dla Nyskiej Energetyki Ciepłej Nysa Sp. z o.o. nie została zrealizowana z uwagi na braki formalne projektu, skutkujące odrzuceniem wniosku o dofinansowanie projektu ze środków unijnych. Zgodnie bowiem z cytowaną niżej Interpelacją, opublikowaną na stronie sejmowej brak jest podstaw do uznania, że Inwestycja została zrealizowana. Poza tym z doświadczenia wiadomym jest że projekt musiał zostać opracowany przed datą 2016 r. - gdyż wówczas był prowadzony nabór na tego typu projekty w ramach procedury

konkursowej dofinansowania:

Interpelacja nr 1247 do Ministra Klimatu

w sprawie budowy kotłowni z kotłem parowym opalanym paliwem alternatywnym RDF dla Nyskiej Energetyki Ciepłej - Nysa sp. z o.o.

Zgłaszający: W. Z.

Data wpływu: 04-01-2020

Szanowny Panie Ministrze, efekt ekologiczny po wdrożeniu modernizacji kotłowni oraz całej instalacji ciepłowniczej dla mniejszych miast jest nieoceniony dla współczesnych problemów klimatycznych. Problem smogu dotyczy w głównej mierze małych miejscowości, poza wielkimi aglomeracjami. Przestarzałe systemy ciepłownicze, niska świadomość ekologiczna oraz brak funduszy na inwestycje proekologiczne są główną przyczyną zanieczyszczenia środowiska w pobliżu miasteczek i wsi.

Dlatego należy wspomagać każdą miejską inwestycję proekologiczną posiadającą pozytywną prognozę ekologiczną oddziaływania, jeśli chodzi o środowisko oraz jego mieszkańców. Jedną z takich inwestycji jest budowa kotłowni z kotłem parowym opalanym paliwem alternatywnym RDF dla Nyskiej Energetyki Ciepłej - Nysa sp. z o.o. Nysa obok Kędzierzyna-Koźła i Kietrza to jedno z licznych miast Opolszczyzny, które zmagają się z negatywnymi skutkami zanieczyszczenia.

Inwestycja przewiduje budowę kotła parowego o mocy cieplnej ok. 6 MW, z układem kogeneracji o mocy elektrycznej 1,3 MW, opalanego paliwem alternatywnym. Projekt zakłada, że instalacja będzie przetwarzała odpady na poziomie 15 000 Mg/rok, czyli o 5000 MG/rok więcej niż dotychczas. Szacowany koszt inwestycji wyniesie ok. 65 mln złotych brutto.

Niestety, pomimo podjęcia kompleksowych działań w celu uzyskania dofinansowania przedsięwzięcia poprzez Program Operacyjny „Infrastruktura i Środowisko 2014-2020”, działanie 2.2: Gospodarka odpadami komunalnymi, inwestycja nie uzyskała wpisu do wojewódzkiego programu gospodarki odpadami (WPGO) w Opolu, a ostatecznie zarząd województwa usunął projekt w 2017 r.

Szansą na realizację projektu jest wpis inwestycji na listę ministerialną jako innych instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub w miejsce wykreślonych - na podstawie nowelizacji ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. 2003 poz. 21).

Mając powyższe na uwadze, uprzejmie proszę o ustosunkowanie się do następujących kwestii: Czy Ministerstwu Klimatu przedstawiono lub przekazano z Ministerstwa Środowiska wnioski i dokumentacje dot. projektu budowy

kotłowni z kotłem parowym opalanym paliwem alternatywnym RDF dla Nyskiej Energetyki Ciepłej - Nysa sp. z o. o.? Czy projekt ma szansę na realizację w ramach Programu Operacyjnego „Infrastruktura i Środowisko 2014-2020”, działanie 2.2: Gospodarka

odpadami komunalnymi?

Czy Ministerstwo Klimatu rozważy dofinansowanie tej inwestycji lub inne wsparcie wnioskodawców?

Czy ministerstwo planuje nowe projekty zakładające tożsame cele, które pozwoliłyby m.in. na realizację planów inwestycyjnych NEC - Nysa sp. z o.o.?

Dowód: Interpelacja, Odpowiedź na interpelację

Żadna inna inwestycja wymieniona w opisie doświadczenia zawodowego A. J., tj.: Zakład Termicznego Przetwarzania Odpadów Komunalnych dla Bydgoszczy i Torunia; Decathlon w Katowicach; Intermarche w Trzebini- przebudowa parkingu; Intermarche w Galerii Myślenickiej w Myślenicach - realizacja nowego obiektu w nowobudowanej galerii; Intermarche i Bricomarche w Bogatyni - realizacja nowych obiektów handlowych; Rozbudowa Elektrociepłowni Mikołaj w Rudzie Śląskiej o blok energetyczny opalany paliwem alternatywnym - projekt koncepcyjny; Zespół Szkół nr 10 w Zabrze - remont i adaptacja pomieszczeń dla potrzeb biblioteki szkolnej; Zespół Szkół nr 10 w Zabrze przebudowa pomieszczeń sanitarnych dla potrzeb dzieci z klas I-III; Kaufland w Żorach - przebudowa obiektu (MaMo) do nowego standardu; Budowa budynku biurowo-socjalnego z halą magazynową w Mysłowicach dla firmy FH S.; Przebudowa części hali produkcyjnej wraz z projektem fundamentów pod obrotniki na terenie Zakładów Mechanicznych Bumar Łabędy S.A.; Decathlon Wrocław Magnolia rozbudowa strefy wejściowej; Budowa magazynu odpadów na terenie Fuchs Oil Corporation (PL) Sp. z o.o. w Gliwicach; Przebudowa zabytkowego budynku biurowego o pow. 2000m² byłej dyrekcji zakładu Orzeł Biały S.A. dla firmy Avenido w Bytomiu; Budowa budynku handlowo-usługowego typu retail park w Świerklańcu; Kaufland w Żorach - przebudowa obiektu (FiMa) do nowego standardu; Przebudowa części hali produkcyjnej dla potrzeb stanowiska badania wahaczy na terenie Zakładów Mechanicznych Bumar Łabędy S.A. – nie jest obiektem kubaturowym o konstrukcji żelbetowej w zakresie gospodarki odpadami lub wodno - ściekowej, z czego Wykonawca Arco musiał zdawać sobie sprawę.

Z treści przedstawionego 15 stycznia 2021 r. Wykazu osób oraz powyższej odpowiedzi na interpelację w sprawie budowy przedmiotowej inwestycji załączonej do niniejszego pisma wynika, że: Nie zostało jednoznacznie wskazane, że A. J. jest autorem całości projektu - Wykaz usług zawiera enigmatyczne wyjaśnienia, z których można domniemywać, że A. J. jest jedynie autorem zadania w ramach większego przedsięwzięcia. Nawet gdyby Arco udowodnił, że spełnia warunki udziału w postępowaniu to i tak wprowadzono Zamawiającego w błąd wskazaniem „wartość całej realizacji: 39 285 506,00 zł netto”. Wskazujemy, że Interpelacja zacytowana powyżej wskazuje na inne kwoty. Niezależnie od

kwot stwierdzenie „wartość całej realizacji” sugeruje bowiem że inwestycja została zrealizowana.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, iż Arco wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu. Wykonawca ten niewątpliwie dysponując wiedzą, iż nie spełnia wszystkich warunków udziału w postępowaniu, w taki sposób przedstawił informację w Wykazie osób, aby było usprawiedliwionym sądzić, iż dysponuje on osobami posiadającymi wymagane doświadczenie. W rzeczywistości jednak wskazani w Wykazie osób technolodzy nie mają doświadczenia w prowadzeniu procesu kompostowania na kompostowni odpadów zielonych lub innych ulegających biodegradacji, ani nie posiadają doświadczenia w rozruchu co najmniej jednego procesu kompostowania w inwestycji zgodnie z przedmiotem zamówienia (przepustowość średnioroczna uruchomianej kompostowni min. 5 000 Mg/a odpadów zielonych rocznie). Natomiast kierownikowi zespołu projektowego brak jest doświadczenia w projektowaniu co najmniej jednego obiektu kubaturowego w konstrukcji żelbetowej w zakresie gospodarki odpadami lub wodno - ściekowej. Takie działanie Wykonawcy zmierzało wprost do wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do posiadanych zdolności. Dlatego też Arco powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Odnosząc się do kwestii spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej przez wykazanie się wykonaniem zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowym ukończeniem co najmniej dwóch robót budowlanych, przedmiotem których było wykonanie instalacji/ zakładu przetwarzania odpadów ulegających biodegradacji (lub jej części) w systemie przyzmaczonym na napowietrzonym, szczelnym hydraulicznie i pneumatycznie placu lub posadzce, z systemem sterowania automatycznego z drogami wewnętrznymi i placami manewrowymi o wartości zamówienia netto minimum 3 000 000 zł każda, Odwołujący wskazał na istotne błędy logiczne w rozumieniu tego warunku przez Wykonawcę Arco, a w konsekwencji niespełnienie tego warunku udziału w postępowaniu.

Arco w piśmie z dnia 15 stycznia 2021 r. wskazała, iż powyższy warunek udziału w postępowaniu powinien być rozumiany zgodnie z wykładnią językową. Zdaniem Arco z SIWZ jednoznacznie wynika, iż napowietrzany, szczelnie hydraulicznie i pneumatycznie winien być jedynie plac lub posadzka, a nie system napowietrzania z systemem sterowania automatycznego. Wykonawca podniósł, iż na Zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego

i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia. Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaki produkt i na jakich warunkach mają zaoferować, aby spełniał wymagania SIWZ. Tymczasem przedmiot zamówienia w SIWZ oraz PFU został opisany bardzo dokładnie, a wszystkie niejasności zostały sprecyzowane w odpowiedzi na pytania. Wyżej wskazane zarzuty ARCO w zakresie niedoprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia świadczą zatem o tym, że Wykonawca ten nie posiada niezbędnej wiedzy do wykonania przedmiotu zamówienia, nie dysponuje bowiem technologią umożliwiającą wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z PFU oraz dokonania odbioru przedmiotu zamówienia zgodnie z PFU. Prezentowane przez ARCO wyjaśnienia dowodzą również braku zrozumienia wymagań Zamawiającego oraz brak wiedzy branżowej w zakresie metodologii realizacji wskazanej instalacji.

Zamawiający w PFU bardzo dokładnie opisał wymagania co do instalacji mającej powstać w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia. Określił, iż:

1. *Kompostowania składa się z pola pracy - napowietrzanego podposadzkowo placu pod wiatą (str. 10 PFU);*

2. *Głównym elementem instalacji będzie plac utwardzony z zadaszoną kompostownią pryzmową w systemie pryzmowym, z podposadzkowym systemem napowietrzania (system szczelny hydraulicznie i pneumatycznie) pod każdą pryzmą w postaci pojedynczego kanału napowietrzania, proces sterowany automatycznie (str. u PFU);*

3. *Napowietrzanie pozytywne/ stratowanie nowej pryzmy (g)*

Plac pryzmowy jest wyposażony w system podposadzkowego napowietrzania pozytywnego. Jest to wtłaczanie powietrza pod pryzmę (str. 28 PFU);

4. *rury napowietrzania pryzm - powietrze procesowe do napowietrzania materiału kompostowego tłoczone kanałami napowietrzania na całej długości pryzm, gwarantującymi równomierne rozprowadzenie powietrza w całej objętości pryzmy kompostowanego materiału. Kanały powinny tworzyć betonowe konstrukcje o owalnym przekroju, często stosowanym w kanalizacji w celu przyspieszania spływu ścieków, lub o stałej średnicy minimum 250mm o gładkiej powierzchni ułatwiającej odpływ odcieków wyposażone w szereg dysz napowietrzania ssącego lub ciśnieniowego. Nie dopuszcza się kanałów z tworzywa sztucznego, PVC ani innych kompozytów (str. 35)*

5. *Opis systemu napowietrzania pryzm i ujęcia odcieków*

System napowietrzania: Kanał napowietrzający zbudowany jest z prefabrykowanych betonowych rur. Odpowiednie kołnierze i uszczelki zapewniają szczelność hydrauliczną i pneumatyczną rurociągu. Średnica rury (wewnętrzna) co najmniej 200mm.

Od górnej strony rur, tj. od tej strony, która ma kontakt z powierzchnią płyty-reaktora, wbudowane są dysze napowietrzania z tworzywa sztucznego. Forma otworów z jednej strony zapewnia równomierne rozłożenie podciśnienia zasysania na całej długości ~60m

przewodu, jak i minimalizuje zapychanie się otworów przez ich stożkowy kształt. Od strony najniższej położonego przewodu, ostatnie elementy rurociągu wyposażone są w otwory rewizyjne, umożliwiające przepłukiwanie przewodów dla utrzymania ich pełnej drożności Spadek posadzki płyty, jak i systemu podposadzkowych rurociągów napowietrzająco-kanalizacyjnych wynosi >1%, co zapewnia spływ odcieków nawet w przypadku lekkiej deformacji systemu rur. Przekrój rur odprowadzających jest owalny. Zapewnia to przyspieszenie spływu w celu zapobiegania zamulaniu się przewodów. Dzięki temu interwały przepłukiwania przewodów mogą być wydłużone. Spływ odcieków z reguły następuje w kierunku tożsamym z przepływem powietrza, aczkolwiek możliwe jest odprowadzanie kondensatów także w odwrotnym kierunku, co przepływ wysysanego spod przyzm powietrza procesowego. Odcinek posadzki od miejsca, w którym kończą się przewody napowietrzające, winien mieć lekkie nachylenie w kierunku spływu z placu kompostowni pod murem oporowym kierowanego do zbiornika odcieków zlokalizowanego w najniższym punkcie instalacji. Zapobiega to ^wydostawaniu się odcieków powierzchniowych poza obręb kompostowni. W najniższym punkcie posadzki płyty reaktora, na końcach przewodów napowietrzania, znajdują się otwory rewizyjne, które służą do wprowadzania przewodu przepłukiującego. Wyplukiwane zanieczyszczenia i osady spływają do rzępi studzienek syfonowych, skąd muszą być wysane (str. 38-39 PFU).

W tym miejscu w dowołaniu rysunek

- Rys. 7: Przykładowa betonowa rura napowietrzania o owalnym przekroju ułatwiającym spływ kondensatów i odcieków bez ograniczania wydajności pneumatycznej systemu.

Rys. 10: Powierzchnia rury napowietrzania wyposażona w specjalne dysze, gwarantujące równomierność rozprowadzenia powietrza w kompostowanym materiale (przykład)

Rys. 11: Gotowa i przygotowana do eksploatacji płyta kompostowania z kanałami napowietrzania (przykład)

6. Wymagania specyficzne Zamawiającego dla systemu napowietrzania i ujęcia odcieków:

system tłoczenia powietrza procesowego z przyzm winien być spójny z systemem odbioru i transportu wód procesowych z przyzm oraz musi spełniać wymagania dotyczące doprowadzenia powietrza (O₂) do procesu w każdym miejscu i równomiernie na całej długości (AQ_{pow} na końcu przewodu napowietrzającego zakładana <15%, max dop. <10% na przyzmię zakrytej lub <20% na przyzmię odkrytej) (str. 41PFU);

7. 6.1 Podstawy procesowe systemu

Proces intensywnego kompostowania jest zautomatyzowany i przebiega w odkrytym systemie na zadaszonym placu z podposadzkowym napowietrzaniem pozytywnym oraz ujmowaniem i odprowadzaniem wszelkich wód procesowych i kondensatów powstających w układzie. Układ jest szczelny hydraulicznie i pneumatycznie, a wszelkie emisje są

kontrolowane i redukowane do poziomu, który nie zagraża otoczeniu i nie stanowi obciążeń przekraczających dopuszczalne normy i lokalne wytyczne, (str. 41 PFU);

8. System napowietrzania to wyposażony w dysze napowietrzania betonowy ciąg rur, który jest głównym filarem w systemie kontroli procesu. Zapewnia on, niezależnie od cykli mechanicznego przerzucania pryzm przerzucarką, aerobowy przebieg procesów rozpadu substancji organicznych i kontrolę optymalnych warunków życia mikroorganizmów we wszystkich fazach procesu w oparciu o równomierny, rozproszony, wymuszony przepływ powietrza wewnątrz pryzmy. Rury te charakteryzują się wysoką odpornością na mechaniczne, biologiczne i chemiczne oddziaływanie środowiska, małą podatnością na zatykanie i kolmatację poprzez stożkowe, samo opróżniające się, niekorodujące dysze napowietrzania, gwarantując równomierne rozprowadzenie powietrza, także przy bardzo długich przewodach, spadek ciśnienia (A_p) na długości do 100m (między dyszą pierwszą a ostatnią) do maks. -15%, ujmowanie i odprowadzenie powstających w trakcie kompostowania wód procesowych, łatwą, szybką i tanią konserwację, (str. 43 PFU);

9. Ponadto, należy zaprojektować szczelną hydraulicznie i pneumatycznie instalację napowietrzania podposadzkowego, pełniącą jednocześnie funkcję odbioru odcieków. Pod każdą pryzmą należy zaprojektować 1 (słownie - jeden) kanał napowietrzania wykonany z prefabrykowanych rur betonowych łączonych między sobą kołnierzem z uszczelką. Każda rura wyposażona w fabrycznie wykonane dysze stożkowe gwarantujące szczelność pneumatyczną (badania szczelności kanału na całej jego długości zarówno kanału pustego, jak i kanału z materiałem na pryzmie) będą -wymagane na etapie rozruchu instalacji; dopuszczalny spadek ciśnienia między czołem a tyłem pryzmy (potwierdzone wykonaniem co najmniej 10 pomiarów, z których nie mniej niż 9 mieści się w oczekiwanych granicach):

- kanał zakryty -10%
- kanał odkryty -15%

(str. 50 PFU)

10. szczelności przewodów rurowych (str. 51 PFU);

Zamawiający dodatkowo w odpowiedziach na pytania wskazał, iż:

1. Odpowiedź na Pytanie nr 21: Zamawiający określił w PFU minimalne wymagania stawiane elementom technologii. Rury napowietrzające są kluczowym elementem wyposażenia technologicznego instalacji. Zamawiający na podstawie własnej wiedzy i doświadczenia określił wymóg dostarczenia rur betonowych, szczelnych hydraulicznie i pneumatycznie, co ma gwarantować wydolność systemu napowietrzania na całej długości niezależnie od % pokrycia materiałem. Zamawiający wymaga dostarczenia rur zgodnych z opisem w PFU ze względu na ich niezawodność i skuteczność w podobnych instalacjach.

2. Odpowiedź na Pytanie nr 51: Zamawiający realizuje zadanie w formule „zaprojektuj i wybuduj” po stronie wykonawcy jest zaproponowanie adekwatnych rozwiązań projektowych.

Zamawiający określił w PFU minimalne wymagania, jakich wymaga - w zakresie kanałów napowietrzania wymaga się co najmniej jednego kanału pod każdą pryzmą charakteryzującego się szczelnością hydrauliczną i pneumatyczną. Zamawiający w terminie 30 dni od podpisania Umowy oczekuje przedłożenia wstępnej koncepcji technologicznej w tym w zakresie instalacji napowietrzania, zawierającej obliczenia, będące podstawą dla przyjętych rozwiązań procesowych. Z obliczeń ma wynikać ilość kanałów, ilość powietrza, rodzaj zastosowanego wentylatora itp. PFU określa wymagania minimalne stawiane instalacji.

3. Odpowiedź na Pytanie nr 65; Odp.: Zamawiający oczekuje wykonania instalacji przetwarzania odpadów, a nie innego obiektu budowlanego. Zatem stawia wysokie wymagania wykonawcom w zakresie doświadczenia w projektowaniu i budowie obiektów o podobnym standardzie technicznym i technologicznym, co w sposób oczywisty zawęży grono potencjalnych wykonawców do takich, których doświadczenie pozwala na realizację kontraktu Zamawiającego w oczekiwanym standardzie. Instalacja planowana przez Zamawiającego jest typowym obiektem kompostowni pryzmowej i wymagane doświadczenie ma pochodzić z równoważnego obiektu budowlanego. Kluczowe dla Zamawiającego jest posiadanie wiedzy i doświadczenia do zaprojektowania i budowy instalacji w tej technologii, co jest gwarancją późniejszej jej bezawaryjnej eksploatacji przy osiągnięciu zamierzonych parametrów niezależnie od warunków atmosferycznych czy pory roku. Podstawowym elementem instalacji jest napowietrzany plac pryzmowy, stąd Zamawiający wymaga właśnie takiego doświadczenia od wykonawcy. Napowietrzane posadzki nie są w rozumieniu Zamawiającego rozwiązaniem porównywalnym do oczekiwanego i nie mogą stanowić potwierdzenia wiedzy i doświadczenia. Tym samym, Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ w zakresie wymogu wiedzy i doświadczenia. Biorąc jednak pod uwagę zwiększenie konkurencyjności w postępowaniu, Zamawiający zmienił wymóg w zakresie czasu obowiązywania referencji na 8 lat.

Zgodnie z powyższym w ocenie Odwołującego nie można zarzucić Zamawiającemu, iż nie sprecyzował wystarczająco dokładnie opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z ww. przytoczonymi zapisami PFU oraz odpowiedziami na pytania, w szczególności odpowiedzią na pytanie 65 wskazać należy, iż Zamawiający oczekiwał od wykonawcy, w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, posiadania wiedzy i doświadczenia do zaprojektowania i budowy instalacji w tej technologii jaką określił w SIWZ oraz PFU. Warunek udziału w postępowaniu nie powinien być interpretowany zatem wprost, zgodnie z wykładnią językową, jak podnosił Arco w piśmie z dnia 15 stycznia 2021 r., ale z uwzględnieniem zapisów i postanowień dokumentów postępowania. Analizując zapisy SIWZ oraz PFU, jak również odpowiedzi na pytania, jasnym jest, że Zamawiający udzielając niniejszego zamówienia, oczekiwał zaprojektowania i wybudowania instalacji przetwarzania

odpadów, charakteryzującej się szczelnością hydrauliczną i pneumatyczną. Zamawiający też oczekiwał doświadczenia przy zaprojektowaniu i wybudowaniu właśnie takiej instalacji. Zatem zapisy SIWZ w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem nie zostały zrozumiane przez Arco, mimo iż były jednoznaczne i nie wymagały interpretacji. Spółka Arco w piśmie z dnia 15 stycznia 2021 r. przedstawiła błędną interpretację warunku udziału w postępowaniu, wskazując, iż doświadczenie wykonawcy przy dwóch robotach budowlanych, dotyczy robót na szczelnym hydraulicznie i pneumatycznie jedynie placu lub posadzce. Zdaniem Arco sama instalacja/zakład przetwarzania odpadów szczelna hydraulicznie i pneumatycznie być nie musi. Jest to oczywisty błąd logiczny. Twierdzenie, iż Zamawiający przy określeniu warunku udziału w postępowaniu oczekiwał doświadczenia przy realizacji instalacji o odmiennych właściwościach technicznych niż ta, którą Wykonawca ma wykonać przy tym postępowaniu jest pozbawiona sensu. Przy określeniu warunków udziału w postępowaniu, należy mieć na uwadze również treść art. 22 ust. 1a Pzp - Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Nieprawdopodobna jest więc interpretacja zapisów SIWZ przedstawiona przez Arco, zgodnie z którą Zamawiający postawił taki warunek udziału w postępowaniu, jaki nie zmierza do oceny czy zwycięski wykonawca będzie w stanie należy. Zatem warunek udziału w postępowaniu w postaci wykonania zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego ukończenia co najmniej dwóch robót budowlanych, przedmiotem których było wykonanie instalacji/zakładu przetwarzania odpadów ulegających biodegradacji (lub jej części) w systemie pryzmowym na napowietrzanym, szczelnym hydraulicznie i pneumatycznie placu lub posadzce, należy raczej rozumieć w ten sposób, że plac szczelny hydraulicznie i pneumatycznie, zgodnie z wiedzą i sztuką budowlaną to nie jedynie nawierzchnia szczelna, a obiekt budowlany — budowla, składająca się z: nawierzchni (szczelnej, najczęściej betonowej) wraz z podbudową, instalacji napowietrzania (szczelnej hydraulicznie i pneumatycznie), systemu sterowania oraz murków oporowych. Przy uwzględnieniu jedynie szczelności nawierzchni, a stosując system napowietrzania, który nie jest szczelny pneumatycznie i hydraulicznie, cały proces staje się procesem niesterowalnym, a odczyty i parametry jedynie pozorne. W związku z powyższym, aby można było potraktować plac jako szczelny konieczne jest badanie szczelności pneumatycznej systemu napowietrzania, który wraz ze szczelną nawierzchnią stanowią szczelny pneumatycznie i hydraulicznie plac. Zatem błędna jest interpretacja Arco, że szczelny hydraulicznie i pneumatycznie ma być jedynie plac /posadzka. Cała instalacja powinna wykazywać się taką szczelnością. Podkreślić należy, iż dla osoby posiadającej wiedzę branżową nie jest możliwa interpretacja warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, którą prezentuje Arco,

usiłując uargumentować, że wskazany warunek polega na wykazaniu, że posadzka lub plac mają być szczelne hydraulicznie i pneumatycznie.

Z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić z następujących przyczyn: (a) O ile, interpretując stanowisko Arco możliwe jest argumentowanie, że możliwym jest fizyczne i doświadczalne zbadanie szczelności hydraulicznej posadzki (placu) - inaczej bruku, poprzez wylanie na niego wody i sprawdzenie jaka ilość wody przedostanie się do gleby. Jednakże zasady fizyki prowadzą do wniosku, iż nie ma fizycznej i technicznej możliwości zbadania szczelności pneumatycznej bruku. Nie ma bowiem fizycznej możliwości zbadania przepustowości powietrza przez bruk. Okoliczność tę można samodzielnie zweryfikować przy pomocy eksperymentu. Znajduje ona również potwierdzenie w zamówionej przez Zamawiającego ekspertyzie biegłego W takich okolicznościach niemożliwym jest interpretowanie tego warunku w ten sposób, że skoro wykładnia gramatyczna prowadzi do określonych wniosków, to bezzasadny staje się cel warunku oraz wykładnia funkcjonalna warunku interpretowana zgodnie z wiedzą branżową wykonawców biorących udział w postępowaniu. (b) Arco winna uwzględnić przy wykładni warunku cel i funkcję zamówienia oraz jego przedmiot, uwzględniając posiadaną wiedzę branżową. W tym kontekście podkreślić trzeba, że bezsporne jest w doktrynie to, aby warunki udziału w postępowaniu były związane z przedmiotem zamówienia: Dyrektywa 2014/24/UE w art. 58 ust. 4 zd. 2 podkreśla rolę doświadczenia jako wskaźnika zdolności zawodowej: "Instytucje zamawiające mogą w szczególności wymagać, aby wykonawcy mieli wystarczający poziom doświadczenia - wykazany odpowiednimi referencjami dotyczącymi zamówień wykonanych wcześniej". (...) Jednolite orzecznictwo KIO za wystarczające uznaje doświadczenie w zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia. (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Jerzy Pieróg, Rok: 2019). I dalej: Podkreślenia wymaga, że "zamawiający nie może żądać od potencjalnych wykonawców większej zdolności zawodowej niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Przepisy ustawy nakazują ustalenie warunków ubiegania się o zamówienie tak, by były one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, co należy rozumieć w ten sposób, że nie mogą one być nadmierne, zbyt wygórowane w stosunku do przedmiotu zamówienia. Test proporcjonalności polega na wykazaniu, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu" (wyr. KIO z 14.3.2017 r., KIO 371/17, Legalis).

Słuszność powyższego przesądza również treść opinii prof. Dr hab. inż. Z. W., na której oparł się Zamawiający dokonując wyboru Arco, zgodnie z którą „(...) szczelność hydrauliczna placu jest konieczna ze względu na ochronę wód powierzchniowych. Zaś szczelność pneumatyczna obiektu dotyczyć może wyłącznie instalacji napowietrzającej (a więc instalacji od wentylatorów do rynien rozpraszających powietrze oraz ew. rynien) tak aby całe zatłoczone powietrze kierowane było do przyłmu, bez strat tłoczenia. Szczelność

pneumatyczna powierzchni nie ma znaczenia technologicznego.” Zatem postawienie warunku przez Zamawiającego w postaci konieczności wykazania szczelności hydraulicznej i pneumatycznej samego placu/posadzki, tym samym powodowałby, iż Zamawiający nie byłby w stanie zweryfikować czy Wykonawca posiada odpowiednią wiedzę i doświadczenie do realizacji niniejszego przedmiotu zamówienia. Jak zostało wskazane w opinii sporządzonej na potrzeby niniejszego postępowania, szczelność pneumatyczna może dotyczyć wyłącznie instalacji napowietrzającej. Zaś szczelność pneumatyczna samej powierzchni nie ma znaczenia technologicznego. Arco jako podmiot profesjonalnie zajmujący się tego typu inwestycjami winien był mieć świadomość tego, że Zamawiający oczekuje wykazania się doświadczeniem w zakresie związanym z przedmiotem zamówienia oraz wiedza profesjonalna winna wskazywać, iż Zamawiający nie wymaga spełnienia warunku niemożliwego (szczelności pneumatycznej placu/posadzki). Odwołujący wskazał i przytoczył fragment publikacji UZP pt.: "Zasady wyboru wykonawcy w świetle art. 22 ust. 5 Pzp" autorstwa J. Sadowego, B. Brańko oraz O. Starzyk, opublikowanej w: "Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z 12 października 2012 r. - wprowadzenie do przepisów ustawy", który zawiera uzasadnienie celu wprowadzenia regulacji do ustawy. mając na uwadze treść ww. publikacji Odwołując podał, że od Arco należy oczekiwać profesjonalnego przygotowania się do analizy przedmiotu zamówienia oraz wskazania doświadczenia w zakresie związanym z przedmiotem zamówienia. Przedmiot zamówienia został jednoznacznie określony w określony w SIWZ, PFU oraz odpowiedziach na pytania. W dokumentach przetargowych, co zostało już wyżej wykazane, Zamawiający wielokrotnie podkreślał jakie są jego oczekiwania co do spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Przede wszystkim Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 65 z dnia 2 grudnia 2020 r. jednoznacznie wyjaśnił i podkreślił, że Instalacja planowana przez Zamawiającego jest typowym obiektem kompostowni pryzmowej i wymagane doświadczenie ma pochodzić z równoważnego obiektu budowlanego. Kluczowe dla Zamawiającego jest posiadanie wiedzy i doświadczenia do zaprojektowania u budowy instalacji w tej technologii, co jest gwarancją późniejszej jej bezawaryjnej eksploatacji przy osiągnięciu zamierzonych parametrów niezależnie od warunków atmosferycznych, czy pory roku. Podstawowym elementem instalacji jest napowietrzany prac pryzmowy, stąd Zamawiający wymaga właśnie takiego doświadczenia od wykonawcy. Napowietrzane posadzki nie są w rozumieniu Zamawiającego rozwiązaniem porównywalnym do oczekiwanego i nie mogą stanowić potwierdzenia wiedzy i doświadczenia. Konkludując nie można zgodzić się z argumentacją Arco zawartą w piśmie skierowanym do Zamawiającego, iż w jego ocenie doświadczenie Wykonawcy należy rozumieć w ten sposób, że to posadzka i plac winny być szczelne hydraulicznie i pneumatycznie. Ze stanowiskiem takim nie sposób się zgodzić mając na uwadze powszechną wiedzę branżową związaną z realizacją tego typu inwestycji. Jak już

wykazano powyżej, niemożliwa jest interpretacja zapisów SIWZ w oderwaniu od wiedzy branżowej. Wskazać trzeba, iż w szeregu orzeczeń Izba dopuszczała analizowanie zagadnień SIWZ na podstawie wiedzy branżowej (Sygn. akt KIO 257/16. Postanowienie z dnia 7 marca 2016 r.). Twierdzenie o zdolności pneumatycznej i hydraulicznej placu/posadzki przeczy wiedzy technicznej oraz podstawowym prawom fizyki. Powyższe przesądza rozumienie postawionego warunku udziału w postępowaniu, jako posiadanie doświadczenia w wykonaniu szczelnych pneumatycznie i hydraulicznie całych instalacji/zakładów przetwarzania odpadów ulegających biodegradacji (lub jego części) w systemie pryzmowym, a nie jedynie wykonanie ww. instalacji/zakładów na szczelnym hydraulicznie i pneumatycznie placu lub posadzce. Natomiast po przeanalizowaniu pisma Wykonawcy Arco System Sp. z o.o. z 15 stycznia 2021 r., przedstawione z nim argumenty dowodzą nadinterpretacji zapisów SIWZ i przesądzają o jednoznacznej niezgodności złożonych referencji z wymaganiami SIWZ. W piśmie Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. Sosnowiec z dnia 12 stycznia 2021 r. jednoznacznie wynika, iż wykonana na przez Arco System Sp. z o.o. na rzez tego przedsiębiorstwa instalacja jest nieszczelna pneumatycznie. Świadczy o tym wprost sformułowanie: „Powietrze tłoczone przez wentylatory wydostaje się w sposób rozproszony za pośrednictwem 3 kanałów napowietrzających.

Dowód: pismo Usługi Budowlano- Transportowe „ANKO” S. O. Spółka Tawna do Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. z dnia 7 stycznia 2021 r.; pismo Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. z dnia 12 stycznia 2021 r.

Wykonawca Arco wskazując w Wykazie robót Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach kontraktu 1.1. - Rozbudowa zakładu Przetwarzania i Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Sosnowcu dążył do wykazania, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Tymczasem zgodnie z powyższym nie pozostawia wątpliwości, iż Arco nie spełnia warunku udziału postępowaniu, gdyż nie wykazało się wykonaniem i prawidłowym ukończeniem dwóch robót, przedmiotem których było wykonanie instalacji/zakładu przetwarzania odpadów ulegających biodegradacji (lub jego części) w systemie pryzmowym na napowietrzanym, szczelnym hydraulicznie i pneumatycznie placu lub posadzce, z systemem sterowania automatycznego z drogami wewnętrznymi i placami manewrowymi o wartości zamówienia netto minimum 3 000 000 PLN każda, w związku z czym oferta podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika ppostępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Strony i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020, dalej: ustawy wprowadzającej), do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Oznacza to, że dla rozpoznania przedmiotowego odwołania właściwe są przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.; dalej „ustawy”), z tym wyłączeniem wynikającym z art. 92 ustawy wprowadzającej, że właściwym do rozpoznania skargi od wyroku Izby, od dnia 1 stycznia 2021 roku, właściwy jest Sąd Okręgowy w Warszawie. Wynika to z art. 580 ust. 1 obowiązującej w dniu wydania wyroku ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zmianami; dalej nowej ustawy), a odnoszącego się do właściwości sądu – *Skargę wnosi się do Sądu Okręgowego w Warszawie – sądu zamówień publicznych, zwanego dalej „sądem zamówień publicznych”*.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 lutego 2021 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika złożone ustnie do protokołu.

Izba uwzględniała stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie z dnia 20 lutego 2021 roku „Odpowiedź na odwołanie”, które zostało przesłane do Izby w dniu 22 lutego 2021 roku.

Izba uwzględniła stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane w piśmie z dnia 23 lutego 2021 roku „Pismo procesowe przystępującego”, złożone do akt sprawy na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła stan faktyczny:

Odwołanie dotyczy Części 1 – zaprojektowanie i budowa kompostowni odpadów zielonych.

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) Zamawiający wymagał od wykonawców zgodnie z Rozdziałem VI pkt 2 ppkt 2 .3 spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej posiadania wiedzy i doświadczenia, uznając warunek za spełniony w przypadku gdy wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował na potrzeby wykonania zamówienia następującymi osobami:

„Kierownik Zespołu Projektowego (Główny Projektant) - jedna osoba wpisana na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności architektonicznej lub konstrukcyjnej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, w tym wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów - w zakresie projektowania, które pozwolą będą na pełnienie funkcji Kierownika Zespołu Projektowego (Główny Projektant) w zakresie niniejszego zamówienia.

Osoba ta musi posiadać wykształcenie wyższe i co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego przy projektowaniu, w tym projektowaniu przynajmniej jednego obiektu kubaturowego w konstrukcji żelbetowej w zakresie gospodarki odpadami lub wodno - ściekowej np. Sortownia Odpadów, Oczyszczalnia Ścieków, Kompostownia odpadów zielonych, Stacja Uzdatniania Wody, o wartości obiektu co najmniej 2 000 000.00 zł netto.”

Izba ustaliła, że pismem z dnia 28 grudnia 2020 roku Zamawiający wezwał ARCO System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Oświęcimiu (dalej: Arco) do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 ustawy.

Arco w dniu 30 grudnia 2020 roku wymagane i określone ww. pismem dokumenty złożył do Zamawiającego.

Pismem z dnia 11 stycznia 2021 roku Zamawiający wezwał Arco zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (...) do złożenia w terminie do dnia 19.01.2021 r. w zakresie opisanym poniżej, wyjaśnień na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu: (...)

- 1) W wykazie wykonany robót stanowiących załącznik nr 5 do SIWZ wykonawca przedstawił łączną wartość zamówienia netto. W związku z tym Zamawiający zwraca się do wykonawcy o wyjaśnienie jaką konkretnie (kwotowo) część podanego w wykazie w ramach wskazanych (w pkt 1 i w pkt 2 załącznika nr 5 do SIWZ) wynagrodzenia stanowiła kwota uiszczona Wykonawcy za wykonanie robót budowlanych, a jaką za wykonanie robót projektowych. (...)
- 2) Prosimy po potwierdzenie (...)
- 3) Odnośnie załącznika nr 6 do SIWZ – wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia:
 - a) W poz. 3 tabeli ujęto technologa pana S. D. (...) prosimy o doprecyzowanie zapisów dotyczących doświadczenia zawodowego technologa w celu potwierdzenia wymagań SIWZ tj. pięcioletniego doświadczenia w prowadzeniu procesu kompostowania na kompostowni odpadów zielonych lub innych ulegających biodegradacji oraz posiadająca doświadczenie w rozruchu co najmniej jednego procesu kompostowania w inwestycji zgodnej z przedmiotem zamówienia (przepustowość średnioroczna uruchamianej kompostowni min. 5 000 Mg/a odpadów zielonych rocznie),
 - b) W pozy. 1 tabeli ujęto Kierownika zespołu projektowego pana A. J. – w przedstawionych dokumentach brak jest potwierdzenia 5 letniego doświadczenia zawodowego za wskazaniem okresów lat na poszczególnych obiektach budowlanych. Prosimy o doprecyzowanie zapisów dotyczących doświadczenia zawodowego Kierownika Zespołu projektowego. Wykonawca w celu przejrzystości powinien wpisać obiekty tak, żeby sumowały się do 5 lat.

Pismem z dnia 15 stycznia 2021 roku Arco w odniesieniu do punktu nr 1 i 3 pisma z dnia 11 stycznia 2021 roku podało, wszelkie niezbędne informacje i uzupełnienia zostają zawarte w dokumentach załączonych do niniejszego pisma. Składają się na nie:

- a) Wykaz robót z podziałem wartości na roboty projektowe i roboty budowlane,
- b) Wykaz osób uaktualniony o doświadczenie technologa pana S. D. i technologa pana M. S. oraz kierownika projektu pana A. J. .

Pismem z dnia 25 stycznia 2021 roku Zamawiający wezwał Arco zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (...) do złożenia w terminie do dnia 29.01.2021 r. uzupełnienia oświadczeń stanowiących załącznik nr 6 do SIWZ Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zadania – załączonych do pisma Wykonawcy z dnia 15 stycznia 2021 roku w zakresie opisanym poniżej.

W załączonym do pisma z dnia 15.01.2021 r. oświadczeniu stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zadania:

1) odnośnie osoby technologa:

a) Wykonawca przedstawił jego doświadczenie jako projektanta i technologa równocześnie nie wskazując przy tym, które ze wskazanych inwestycji stanowią doświadczenie tej osoby wyłącznie jako technologa.

Z SIWZ wynika, że w przypadku technologa wymagane jest jedynie doświadczenie w zakresie prowadzenia procesu kompostowania na kompostowni odpadów zielonych lub innych ulegających biodegradacji oraz doświadczenie w rozruchu co najmniej jednego procesu kompostowania w inwestycji zgodnej z przedmiotem zamówienia. Dlatego okresy doświadczenia w zakresie projektowania nabytego przez osobę wskazaną przez Wykonawcę jako technolog nie mogą być brane pod uwagę przy potwierdzeniu spełniania przez Wykonawcę ww. warunku.

b) Wykonawca przedstawił jego doświadczenie w prowadzeniu procesu kompostowania na kompostowni odpadów zielonych lub innych ulegających biodegradacji jedynie w pełnych latach, nie wskazując przy tym dat (dzień, miesiąc, rok) rozpoczęcia i zakończenia (konkretnych okresów), w których ww. osoba nabyła doświadczenia w tym zakresie.

W związku z tym, bez poprawienia i uzupełnienia w tym zakresie przez Wykonawcę oświadczenia stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zadania. Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować, czy osoba technologa wskazana przez Wykonawcę faktycznie posiada wymagane co najmniej 5 letnie doświadczenie w prowadzeniu procesu kompostowania odpadów zielonych lub innych ulegających biodegradacji, a tym samym nie jest w stanie stwierdzić czy Wykonawca faktycznie spełnia ww. warunek.

2) odnośnie osoby Kierownika Zespołu Projektowego (Głównego Projektanta) - Wykonawca przedstawił jego doświadczenie zawodowe przy projektowaniu, w tym projektowaniu przynajmniej jednego obiektu kubaturowego jedynie w pełnych latach, nie wskazując przy tym dat (dzień, miesiąc, rok) rozpoczęcia i zakończenia (konkretnych okresów), w których ww. osoba nabyła doświadczenia w tym zakresie.

W związku z tym, bez uzupełnienia w tym zakresie przez Wykonawcę oświadczenia stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zadania. Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować, czy osoba Kierownika Zespołu Projektowego (Głównego Projektanta) wskazana przez Wykonawcę faktycznie posiada wymagane SIWZ co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe przy projektowaniu, w tym projektowaniu przynajmniej jednego obiektu kubaturowego, a tym samym nie jest w stanie stwierdzić czy Wykonawca faktycznie spełnia ww. warunek.

Pismem z dnia 28 stycznia 2021 roku Arco w nawiązaniu do pisma z dnia 15 stycznia 2021 roku złożyło załącznik nr 6 Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia uzupełniony zgodnie z wymaganiami zawartymi w przedmiotowym piśmie.

W zakresie zarzutów odwołania:

Na wstępie rozpoznania zarzutów odwołania, z uwagi na rozbieżność jaka istnieje w zakresie zarzutów odwołania podniesionych przez Odwołującego oraz wskazania okoliczności faktycznych i uzasadnienia jakie podniósł Odwołujący, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 8 nowej ustawy wykonawca w odwołaniu obowiązany jest zawrzeć związane przedstawienie zarzutów, a na podstawie art. 516 ust. 1 pkt 10 nowej ustawy Odwołujący obowiązany jest do wskazania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Zgodnie z art. 555 nowej ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym, zarzuty odwołania zawarte we wstępnej części odwołania po wskazaniu czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy (art. 516 ust.1 pkt 7 nowej ustawy) stanowią wyznaczniki rozpoznania odwołania i jednocześnie określenie przez Zamawiającego zarzutów, co do których może i musi wypowiedzieć się Izba. Pozostała część odwołania stanowi jedynie ich uzasadnienie.

W zakresie zarzutu (1) naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i umożliwienie Wykonawcy Arco uzupełnienia w drodze wyjaśnień treści dokumentu pn. Wykaz osób, z naruszeniem zasady jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba na wstępie wskazuje, że zarzut ten odnosi się jedynie do dokumentu „Wykaz osób” jaki został uzupełniony przez Arco, nie odnosi się do Wykazu robót. Wymaga podkreślenia w tym miejscu, że zarzut został tak skonstruowany przez Odwołującego, że Zamawiający stosując przepis art. 26 ust. 3 ustawy umożliwił uzupełnienie dokumentu Wykazu osób w drodze wyjaśnień z naruszeniem zasady jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentu.

Izba podkreśla, że już w samej treści zarzutu zawarte zostało stwierdzenie, że Zamawiający nie wzywał do uzupełnienia dokumentów więcej niż jeden raz. Faktycznie Odwołujący zarzucając umożliwienie uzupełnienia dokumentu Wykazu osób nie zarzuca Zamawiającemu dokonania wezwania do uzupełnienia dokumentu więcej niż jednokrotnie. Izba wskazuje, że nie zarzuca takiego wezwania – czyli wielokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentu, bowiem takiego wezwania wielokrotnego w tym postępowaniu nie było. Zamawiający jedynie pismem z dnia 25 stycznia 2021 roku wezwał wykonawcę do uzupełnienia Wykazu osób, nie czyniąc tego wcześniej. Odpowiedź Arco na wezwanie z dnia 11 stycznia 2021 roku stanowiła odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie przedstawionych dokumentów, co jednoznacznie określił w piśmie Zamawiający wskazując, że wzywał Arco *do złożenia w terminie do dnia 19.01.2021 r. w zakresie opisanym poniżej, wyjaśnień na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu: (...).* Fakt, że Arco składając wyjaśnienia przedstawiła inny Wykaz osób nie zmienia faktu, że nie stanowiło to uzupełnienia dokumentu Wykazu osób na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Regulacja art. 26 ust. 3 ustawy jest jednoznaczna - *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

Natomiast sposób w jaki składa wyjaśnienia wykonawca nie jest określony przez ustawę, tym samym dokonuje on tych czynności zgodnie z wezwaniem do złożenia wyjaśnień i w zakresie jakie to wezwanie do wyjaśnień jest sprecyzowane. Natomiast forma złożenia tych wyjaśnień uzależniona jest jedynie od woli wykonawcy i Zamawiający nie ma żadnego wpływu jak, w jakiej formie wykonawca wyjaśnienia złoży. Ustawodawca nie określił również zakresu informacji o jakich wyjaśnienie może zwrócić się Zamawiający, nie określił ilości

danych jakie mogą być wyjaśniane jak również nie ograniczył w żaden sposób zakresu jaki może podlegać wyjaśnieniu. Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Zamawiający jedynie został zobowiązany przez ustawodawcę do określenia terminu w jakim wyjaśnienia mają zostać mu przedstawione – *Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.* Mając to na uwadze nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że pismo z dnia 15 stycznia 2021 roku „nie powinno być potraktowane jako wyjaśnienie oferty, lecz raczej jako jej uzupełnienie”. Pomijając fakt, że błędnie określił w uzasadnieniu odwołania Odwołujący te czynności jako „wyjaśnienie oferty” – bowiem wyjaśnieniu nie podlegała oferta (art. 87 ust.1 ustawy) lecz podlegały dokumenty złożone na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 ustawy, w tym wypadku dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu – to nie istnieje żadna podstawa prawna, która zobowiązywałaby Zamawiającego do uznania tych dokumentów za dokumenty złożone jako „uzupełnienie”. Nie zmienia tego faktu również sposób przedstawienia informacji przez wykonawcę, w tym wskazanie wykonawcy, że uzupełnienia zawiera on w załącznikach. Należy podkreślić, że działania wykonawcy nie zastępują działań Zamawiającego.

Odwołujący stara się również wywieść, dokonując analizy pisma z dnia 11 stycznia 2021 roku, że stanowiło ono faktyczne wezwanie do uzupełnienia dokumentów, pomimo odwołania się Zamawiającego w tym piśmie w sposób jednoznaczny do tego, że wzywa do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów i informacji jakie precyzyjnie określił. Takie działanie w ocenie Izby jest nieprawidłowe i nie znajduje żadnego uzasadnienia i takiego uzasadnienia nie przedstawił również Odwołujący. Więcej, w odwołaniu Odwołujący podał dokładnie, że „treść wezwania wskazuje, iż Zamawiający oczekiwał od wykonawcy określonej treści wyjaśnień, prowadząc z nim nieuprawnione negocjacje”. Twierdzenia Odwołującego są zatem wewnętrznie sprzeczne, co dowodzi tego, że: po pierwsze zrozumiałym było dla Odwołującego, że Zamawiający ma prawo wezwać do złożenia wyjaśnień w określonym zakresie, a po drugie w ocenie Izby potwierdza niezasadność twierdzeń Odwołującego o wymaganii złożenia przez Arco uzupełnienia dokumentów na wezwanie z dnia 11 stycznia 2021 roku. Nie można również uznać za właściwe stanowiska Odwołującego, że wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 11 stycznia 2021 rok było „obejściem możliwości jednokrotnego uzupełniania ofert”. W ocenie Izby Odwołujący prezentując takie stanowisko pominął i nie odniósł się w żaden sposób do znaczenia procedury wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie przedstawionych dokumentów, która jest uprawnieniem Zamawiającego, w zasadzie nieograniczonym czy to zakresem pytań czy też powtarzalnością wezwania do złożenia wyjaśnień. Zamawiający ma prawo wzywać do składania wyjaśnień, a celowość tej procedury przejawia się chociażby w ustaleniu przez

Zamawiającego zakresu wezwania do uzupełnienia dokumentów, która to procedura uzupełnienia dokumentów jest jednokrotna.

Izba podkreśla, że od kilku lat w orzecznictwie Izby ugruntowany jest pogląd, z którego wynika, że wykonawca ma możliwość samodzielnego uzupełnienia dokumentów, ponieważ żaden przepis ustawy tego nie kwestionuje. Tym samym przedstawiony za pismem z dnia 15 stycznia 2021 roku przez Arco Wykaz robót został uznany przez Zamawiającego jako uzupełniony. Okoliczności tej nie kwestionował również Odwołujący. Przy czym należy znaczyć, że Wykaz robót został samouzupełniony przez wykonawcę, bowiem jego uzupełnienie nie nastąpiło na wezwanie Zamawiającego do uzupełniania dokumentu. W takiej sytuacji, zgodnie z utrwaloną ostatnimi laty linią orzecniczą Izby Zamawiający może już nie wzywać do uzupełnienia dokumentów, jednocześnie uwzględniając przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokumenty złożone przez wykonawcę. Zamawiający dokonał oceny tego dokumentu i uznał jego poprawność, natomiast odmienna sytuacja miała miejsce w odniesieniu do Wykazu osób. W orzecznictwie Izby ugruntowane jest bowiem stanowisko, że jeżeli oświadczenia lub dokumenty złożone samodzielnie przez wykonawcę - czyli bez uprzedniego wezwania do złożenia uzupełnienia dokumentów - nie są wystarczające do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to samodzielne przedstawienie takich dokumentów, również w związku z udzieloną odpowiedzią na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie tych dokumentów, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Należy podkreślić, że Zamawiający przed dokonaniem wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu np. niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu obowiązany jest do wezwania do uzupełnienia dokumentów. Brak wykonania ciężącego na Zamawiającym obowiązku stanowiłby naruszenie ustawy, tym samym w rozpoznawanej sprawie Zamawiający prawidłowo dokonał oceny stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia i prawidłowo wezwał wykonawcę w dniu 25 stycznia 2021 roku do uzupełniania wskazanych w piśmie dokumentów. Dokumenty złożone przez Arco za pismem z dnia 28 stycznia 2021 roku stanowią tym samym pierwsze uzupełnienie dokumentów na wezwanie Zamawiającego, a nie jak twierdzi Odwołujący drugie uzupełnienie. Niezasadną jest również argumentacja Odwołującego odnosząca się do zarzucania Zamawiającemu, że „ w wezwaniu z dnia 25 stycznia 2021 r. wskazał konkretne elementy w Wykazie osób, które powinny być przez Wykonawcę uzupełnione aby wykazać, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu”. W ocenie Izby działanie Zamawiającego było właściwe, bowiem nie stanowiło ono bliżej niesprecyzowanego wezwania, nieokreślającego czego oczekuje na potwierdzenie spełnienia określonych w SIWZ warunków, czyli nie było działaniem pozornym w realizacji

ciążącego na Zamawiającym obowiązku. W orzecznictwie Izby ale i sądów powszechnych ugruntowane jest stanowisko, że kierowane do wykonawców wezwania mają być precyzyjne. Wskazanie przez Zamawiającego w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów elementów jakie nie zostały wykazane w uprzednio złożonych dokumentach jest obowiązkiem Zamawiającego, dlatego za niezasadne należy uznać zarzucanie Zamawiającemu podanie informacji jakie mają być ujęte w składanych dokumentach dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W innym przypadku procedura wezwania do uzupełnienia dokumentów byłaby iluzoryczna i w zasadzie pozbawiona sensu, bowiem gdy Zamawiający nie wskaże co uważa za brak i co powinno zostać uzupełnione wykonawca nie jest w stanie sprostac prawidłowości dokonania czynności.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i umożliwienie Wykonawcy Arco uzupełnienia w drodze wyjaśnień treści dokumentu pn. Wykaz osób, z naruszeniem zasady jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów za niezasadny.

W zakresie zarzutu (2) naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy przez niedopuszczalne prowadzenie z wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej przez niego oferty, w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, umożliwiając Wykonawcy Arco prezentowanie Wykazu osób oraz jego uzupełnianie w taki sposób aby umożliwić Wykonawcy potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu z naruszeniem procedury jednokrotnego wezwania o której mowa w treści art. 26 ust. 3 ustawy – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba mając na uwadze stanowisko wyrażone przy rozpoznaniu zarzutu 1 (powyżej) i przyjmując je w całości w zakresie rozpoznania tego zarzutu (2) wskazuje, że błędnie przyjął Odwołujący, „że kolejne wezwanie do uzupełnienia oferty oraz dwukrotne dokonanie uzupełnienia Wykazu osób narusza również art. 87 ust. 1 Pzp, który w zdaniu drugim stanowi, że „Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. Wymiana pism między Zamawiającym i Wykonawcą Arco stanowi w ocenie Odwołującego właśnie taką negocjację”

Prezentowana przez Odwołującego argumentacji wskazuje na pomieszenie przez Odwołującego poszczególnych instytucji prawa zamówień publicznych. Procedura z art. 87 ust. 1 ustawy odnosi się do treści oferty jaka składana jest w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego – czyli do oświadczenia woli jakie wykonawca składa w odpowiedzi

na ogłoszenie postępowania. Tym samym treść art. 87 ust. 1 ustawy należy łączyć z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Natomiast dokument Wykaz osób do jakiego w zakresie tego zarzutu referuje Odwołujący nie stanowi oświadczenia woli wykonawcy tylko oświadczenie wiedzy. Oświadczenie woli należy odróżnić od oświadczeń wiedzy, które nie są wyrażeniem woli powołania, zmiany lub zakończenia stosunku cywilnoprawnego (tak Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 9 lutego 2017 roku sygn. akt VAca 374/16). Dodatkowo Izba wskazuje, że Wykaz osób nie stanowi oferty z znaczeniu jakie zostało powołane powyżej. Podnieść należy także, że treść art. 87 ust. 1 ustawy jednoznacznie wskazuje, że przepis ten ma zastosowanie do treści złożonej oferty, czyli oświadczenia woli wykonawcy – *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonanie jakichkolwiek zmian w jej treści.* W orzecznictwie i doktrynie jednoznacznie ukształtowany jest pogląd, że powyższa regulacja nie ma zastosowania do dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W tym zakresie ustawodawca uregulował inną procedurę odnoszącą się wprost do składania wyjaśnień w zakresie dokumentów składanych między innymi (art. 25 ust. 1 ustawy) na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. procedurę w art. 26 ust. 4 ustawy - *Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.*

Uwzględniając powyższe w ocenie Izby nie doszło do jakichkolwiek negocjacji w zakresie złożonej oferty. Nie stanowiły negocjacji treści złożonej oferty wyjaśnienia składane przez Arco w dniu 15 stycznia 2021 roku w zakresie Wykazu osób na wezwanie Zamawiającego z dnia 11 stycznia 2021 roku, jak również nie stanowiły negocjacji treści złożonej oferty uzupełnienie dokumentu Wykazu osób dokonane przez Arco w dniu 28 stycznia 2021 roku na wezwanie z dnia 25 stycznia 2021 roku.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy przez niedopuszczalne prowadzenie z wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej przez niego oferty, w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, umożliwiając Wykonawcy Arco prezentowanie Wykazu osób oraz jego uzupełnianie w taki sposób aby umożliwić Wykonawcy potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu z naruszeniem procedury jednokrotnego wezwania o której mowa w treści art. 26 ust. 3 ustawy za niezasadny.

W zakresie zarzutu (3) naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Arco System Sp. z o. o. z postępowania w sytuacji, gdy Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie wykazał braku podstaw do wykluczenia w postaci: (a) legitymowania się odpowiednią wiedzą i doświadczeniem, pozwalającymi na prawidłową realizację zamówienia (pkt. 2.3.1-a SIWZ), (b) dysponowania osobami skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego posiadającymi niezbędną wiedzę i doświadczenie (pkt. 2.3.1. c SIWZ) – Izba uznała zarzut za niezasadny.

W odniesieniu do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z uwagi na to, że Arco nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie wykazał braku podstaw do wykluczenia w postaci legitymowania się odpowiednią wiedzą i doświadczeniem, pozwalającymi na prawidłową realizację zamówienia (pkt. 2.3.1-a SIWZ) Izba wskazuje, że w treści uzasadnienia odwołania w zakresie tego zarzutu, co Odwołujący precyzyjnie określił przez wskazanie w uzasadnieniu czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy (art. 516 ust.1 pkt 7 nowej ustawy) określając, że tego zarzutu dotyczy argumentacja faktyczna „3. Zarzut naruszenia art. 24 ust.1 pkt 2 Pzp” – Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji faktycznej odnoszącej się do podnoszonego naruszenia w odniesieniu do Wykazu robót. Zawarta w uzasadnieniu faktycznym dla tego zarzutu, w zdaniu drugi informacja referująca do Wykazu robót jest błędem, bowiem wykaz uzupełniony w dniu 28 stycznia 2021 roku na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 stycznia 2021 roku to Wykaz usług, a nie Wykaz robót – jak wskazał Odwołujący. Sam fakt wskazania w dalszej części Wykazu robót z dnia 15 stycznia 2021 roku oraz podania, że „dokumenty uzupełnione przez Arco dnia 15 stycznia 2021 r. nie potwierdzają, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej” nie stanowi uzasadnienia z którego to wynika jakakolwiek okoliczność, która mogłaby zostać poddana ocenie w zakresie niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia.

Izba jedynie dla porządku wskazuje, że nie jest zadaniem Izby poszukiwanie argumentacji w zakresie podniesionego przez Odwołującego zarzutu w innych częściach uzasadnienia odwołania przypisanych do zupełnie innych naruszeń prawa przez samego Odwołującego. Takie działanie Izby jest niedopuszczalne, bowiem Izba nie zastępuje Odwołującego w jego argumentacji i nie ma uprawnienia do zmiany podnoszonej argumentacji faktycznej w zakresie określonych zarzutów odwołania.

W odniesieniu do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z uwagi na to, że Arco nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie wykazał braku podstaw do wykluczenia w postaci dysponowania osobami skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego posiadającymi niezbędną wiedzę i doświadczenie (pkt. 2.3.1. c SIWZ) Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że przyjmuje w tym miejscu stanowisko wyrażone przy rozpoznaniu zarzutu 1, w konsekwencji czego ocenie w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami na potrzeby wykonania zamówienia podlegają informacje zawarte w Wykazie osób złożonym przez Arco za pismem z dnia 28 stycznia 2021 roku. W zakresie tego zarzutu w odwołaniu brak jest jakiegokolwiek argumentacji faktycznej, samo zacytowanie pisma Zamawiającego z dnia 25 stycznia 2021 roku nie uzasadnia spełnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania. Odwołujący nie wykazał natomiast, że na podstawie Wykazu usług przedstawionego za pismem z dnia 28 stycznia 2021 roku wykonawca powinien podlegać wykluczeniu.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Arco System Sp. z o. o. z postępowania w sytuacji, gdy Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie wykazał braku podstaw do wykluczenia w postaci: (a) legitymowania się odpowiednią wiedzą i doświadczeniem, pozwalającymi na prawidłową realizację zamówienia (pkt. 2.3.1-a SIWZ), (b) dysponowania osobami skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego posiadającymi niezbędną wiedzę i doświadczenie (pkt. 2.3.1. c SIWZ) za niezasadny.

W zakresie zarzutu (4) naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp w związku z art. 22 ust. 1 Pzp oraz art. 22 ust. 1 Pzp prze zaniechanie wykluczenia Arco, który nie potwierdził zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, polegającego na tym, że wykonawca w ciągu ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył dwie roboty budowlane, przedmiotem których było wykonanie instalacji/zakładu przetwarzania odpadów ulegających biodegradacji (lub jego części) w systemie pryzmowym na napowietrzanym, szczelnym hydraulicznie i pneumatycznie placu lub posadzce, z systemem sterowania automatycznego z drogami wewnętrznymi i placami manewrowymi o wartości zamówienia netto 3 000 000 PLN każda, a wykładnia funkcjonalna tego postanowienia nie dowodzi, iż wykonawca posiada zdolności

techniczne lub zawodowe niezbędne do prawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia – Izba uznała zarzut za niezasadny.

W ramach tego zarzutu Izba podkreśla, że Odwołujący nie przedstawił żadnej faktycznej argumentacji w uzasadnieniu poczynionym do zarzutów odwołania. Podobnie jak w przypadku zarzutu 3 Izba wskazuje, że nie jest zadaniem Izby poszukiwanie argumentacji w zakresie podniesionego przez Odwołującego zarzutu w innych częściach uzasadnienia odwołania przypisanych do zupełnie innych naruszeń prawa przez samego Odwołującego. Takie działanie Izby jest niedopuszczalne, bowiem Izba nie zastępuje Odwołującego w jego argumentacji i nie ma uprawnienia do zmiany podnoszonej argumentacji faktycznej w zakresie określonych zarzutów odwołania.

Niezmiennie odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. O treści zarzutu decyduje w szczególności przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, oraz przypisana im kwalifikacja prawna, podkreślić należy, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania. Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12. Tym samym Izba nie może poszukiwać uzasadnienia jakiego nie wskazał wykonawca, nie może zastępować go w argumentacji. Mając na uwadze brak jakiegokolwiek argumentacji w zakresie tego zarzutu, Izba uznała zarzut za niezasadny.

W zakresie zarzutu (5) naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Arco System Sp. z o. o. ze względu na to, że Arco jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy ustawy. W miejsce dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu Wykonawca prezentuje wyjaśnienia w taki sposób, który nie potwierdza tychże, oraz prezentuje interpretację postanowień SIWZ w niniejszym postępowaniu dotyczących posiadanej wiedzy i doświadczenia Arco oraz jego zespołu, w taki sposób który wskazuje albo na celowe wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu, albo na brak wiedzy branżowej niezbędnej do wykonania przedmiotu niniejszego zamówienia – Izba uznała zarzut za niezasadny

Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że przyjmuje w tym miejscu stanowisko wyrażone przy rozpoznaniu zarzutu 1, w konsekwencji czego ocenie w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami na potrzeby wykonania zamówienia podlegają informacje zawarte w Wykazie osób złożonym przez Arco za pismem z dnia 28 stycznia 2021 roku.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że w uzasadnieniu faktycznym dla podniesionego zarzutu odwołania, w argumentacji zawartej w pkt „4. Zarzut naruszenia art. 24 ust.1 pkt 16 lub 17 Pzp” Odwołujący w odniesieniu do osób wskazanych jako „technolog” nie odnosił argumentacji do Wykazu osób z dnia 28 stycznia 2021 roku lecz do Wykazu osób załączonego do pisma Arco z dnia 15 stycznia 2021 roku. Działanie takie faktycznie nie stanowi uzasadnienia podnoszonego zarzutu odwołania, bowiem dokument ten tj. Wykaz usług złożony przez Arco przy piśmie z dnia 15 stycznia 2021 roku nie stanowił dokumentu złożonego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Dopiero dokument Wykaz usług złożony na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 stycznia 2021 roku był podstawą dokonanej przez Zamawiającego oceny w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu faktycznym przedstawionym przez Odwołującego w odniesieniu do Wykazu usług wielokrotnie odnosi się w przypadku „Technologa” do Wykazu osób złożonego za pismem z dnia 15 stycznia 2021 roku, jednakże ani raz nie odnosi się do dokumentu złożonego przez Arco za pismem z dnia 28 stycznia 2021 roku. Tym samym w ocenie Izby brak jest uzasadnienia podniesionego naruszenia prawa w odniesieniu do osoby „Technologa” w zakresie informacji przedstawionych w dokumencie złożonym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (za pismem z dnia 28 stycznia 2021 roku). Natomiast argumentacja jaka została podniesiona w odwołaniu nie

może być brana pod uwagę przez Izbę, bowiem nie dotyczy informacji zwartych w dokumencie jaki podlegał ocenie w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie można również dokonywać rozszerzenia argumentacji przez odniesienie jej do dokumentu Wykazu osób z dnia 28 stycznia 2021 roku, bowiem taka nie została zwarta w odwołaniu a jej przyjęcie stanowiłoby rozszerzenie zarzutu dowołania, który swoje uzasadnienie musi mieć w treści odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała za bezprzedmiotowe dowody jakie zostały zawnioskowane, złożone i dopuszczone w postępowaniu odwoławczym w trakcie rozprawy w odniesieniu do doświadczenia jakim legitymuje się Pan M. S. tj. dowody złożone przez Odwołującego (dowód nr 1 do 14 zawierające pytania i odpowiedzi kierowane do poszczególnych podmiotów z Wykazu osób) oraz dowód (dowód nr 16 pismo z Instytutu Energii spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Barczewo) złożony przez uczestnika postępowania odwoławczego. Izba za bezzasadne uznała także stanowisko pisemne, opracowanie własne Odwołującego złożone do kat sprawy zawierające opracowanie na podstawie złożonych przez Odwołującego dowodów nr 1 -14.

Izba stwierdziła, że w uzasadnieniu faktycznym dla podniesionego zarzutu odwołania, w argumentacji zawartej w pkt „3. Zarzut naruszenia art. 24 ust.1 pkt 16 lub 17 Pzp” Odwołujący w odniesieniu do osoby „Kierownika zespołu projektowego” odniósł swoją argumentację, w części, do Wykazu osób przedstawionego za pismem z dnia 28 stycznia 2021 roku, czyli tego, które podlegało ocenie w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Zamawiającego. Powyższe dowodzi, że Odwołujący miał świadomość, że winien był dla skuteczności zarzutu podnoszenie argumentacji w odniesieniu do tego właśnie Wykazu osób, co dodatkowo wzmacnia argumentację zamieszczoną powyżej w odniesieniu do osoby „Technologa”.

W odniesieniu do zarzutów odwołania dotyczących wskazanej osoby „Kierownika zespołu projektowego” Pana A. J., w zakresie określonym w Wykazie osób złożonym przez Arco za pismem z dnia 28 stycznia 2021 roku Izba wskazuje, że Odwołujący poza odniesieniem do informacji o zawarciu na 1 stronie wykazu informacji o 19 latach doświadczenia, a na stronie 2 już tylko 5 lat doświadczenie w żaden sposób nie wykazał w jakie znaczenie ma to dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. zgodnie z treścią warunku (...) *Osoba ta musi posiadać wykształcenie wyższe i co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego przy projektowaniu (...)*, w ocenie Izby stwierdzenie jakim posłużył się Odwołujący dowodzi, że ww. osoba spełnia warunek w zakresie jaki został określony przez Zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu, bowiem wprost sam Odwołujący potwierdził, że wymagane pięcioletnie doświadczenie wskazana osoba posiada.

Natomiast w zakresie argumentacji dotyczącej wykazanego doświadczenia w projektowaniu, w odniesieniu do wskazanego w Wykazie osób doświadczenia „*autor projektu budowlanego dla zadania obejmującego budowę kotłowni z kotłem parowym opalonym paliwem alternatywnym dla Nyskiej Energetyki Ciepłej Nysa Sp. z o.o.; zadanie obejmowało m.in. projektowanie obiektu kubaturowego w konstrukcji żelbetowej w zakresie gospodarki odpadami* Wartość całej realizacji: 39 285 506,00 zł” (zgodnie z Wykazem usług), Izba uznała za niezasadną argumentację Odwołującego dotyczącą tego, że wskazany podmiot „nie jest podmiotem gospodarowania odpadami i nie wykazuje działalności wskazanej w warunkach udziału w postępowaniu”. Izba podkreśla, że zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu wskazana osoba miała posiadać doświadczenie w projektowaniu *w tym projektowaniu przynajmniej jednego obiektu kubaturowego w konstrukcji żelbetowej w zakresie gospodarki odpadami lub wodno - ściekowej np. Sortownia Odpadów, Oczyszczalnia Ścieków, Kompostownia odpadów zielonych, Stacja Uzdatniania Wody, o wartości obiektu co najmniej 2 000 000.00 zł netto*. Dowodzi to tego, że doświadczenie w projektowaniu nie musiało być pozyskane w projektowaniu jedynie na rzecz podmiotów gospodarujących odpadami, bowiem takiego zastrzeżenia nie ma w warunku. Jak również nie musiało to być doświadczenie pozyskane w projektowaniu obiektów przykładowo wskazanych przez Zamawiającego w tym warunku. Co więcej podmiot na rzecz którego wykonany był projekt, którym legitymuje się osoba nie musiał być podmiotem o określonym rodzaju działalności. Te okoliczności, do których referuje Odwołujący nie wynikają z brzmienia warunku udziału w postępowaniu. Sam projekt miał dotyczyć *obektu kubaturowego w konstrukcji żelbetowej w zakresie gospodarki odpadami lub wodno – ściekowej*, natomiast nie ma tu wskazania na charakterystykę podmiotu, który projekt takiego obiektu zlecił. Fakt, że wskazane doświadczenie dotyczy realizacji projektu w zakresie gospodarki odpadami potwierdza Interpelacja Poselska, do której zgodnie w swoich stanowiskach referowały Strony i uczestnik postępowania odwoławczego – *Projekt zakłada, że instalacja będzie przetwarzała odpady na poziomie 15 000Mg/rok, czyli o 5000 Mg/rok niż dotychczas*. Dziwi, że Odwołujący w prezentowanej argumentacji pominął ten fakt.

Za niezasadne należy uznać twierdzenia Odwołującego odnoszące się do „nawet gdyby uznać, że kocioł parowy opalany paliwem alternatywnym można uznać za instalację gospodarki odpadami, z całą pewnością nie jest to jednak obiekt kubaturowy w konstrukcji żelbetowej w zakresie gospodarki odpadami”. Odwołujący pomija, że projekt budowlany dotyczył budowy kotłowni z kotłem parowym opalany paliwem alternatywnym dla Nyskiej Energetyki Ciepłej Nysa Sp. z o.o., a zadanie obejmowało m.in. projektowanie obiektu kubaturowego w konstrukcji żelbetowej w zakresie gospodarki odpadami. Nie odnosi się Odwołujący do tego, że wskazany był obiekt kubaturowy jednocześnie utożsamiając „kocioł”

z „kotłownią” i pomijają jakąkolwiek argumentację w tym zakresie. W obliczu braku argumentacji w tym zakresie Izba jedynie na marginesie wskazuje, że zgodnie z dowodami złożonymi przez uczestnika postępowania odwoławczego oraz Zamawiającego przy pismach procesowych jednoznacznie wynika, że 6 marca 2018 roku została wydana Decyzja nr 176/18 w sprawie zatwierdzenia projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę dla przedsięwzięcia polegającego na budowie kotłowni z kotłem parowym opalonym paliwem alternatywnym. Jednocześnie w wyciągach z projektu wykonawczego dla tej inwestycji potwierdzone jest projektowanie obiektu kubaturowego w konstrukcji żelbetowej.

Niezasadna jest także argumentacja jakoby „nie wskazano w jakiej dacie było wykonane zadanie projektowania w NEC Nysa zatem Zamawiający nie mógł zweryfikować z całą pewnością, że wskazany przez Arco kierownik zespołu projektowego posiada co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego przy projektowaniu.” Po pierwsze, daty w jakich projektowane było referencyjne doświadczenie projekt budowlany dotyczył budowy kotłowni z kotłem parowym opalonym paliwem alternatywnym dla Nyskiej Energetyki Ciepłej Nysa Sp. z o.o. wskazane zostały na drugiej stronie Wykazu osób tj. 04.03.2016 – 24.07.2017 rok. Po drugie, pięcioletnie doświadczenie jakim miała wykazać się dana osoba dotyczyło projektowania (*Osoba ta musi posiadać wykształcenie wyższe i co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego przy projektowaniu*). Natomiast w tym miała ta osoba posiadać doświadczenie w projektowaniu przynajmniej jednego obiektu kubaturowego w konstrukcji żelbetowej w zakresie gospodarki odpadami lub wodno – ściekowej (*w tym projektowaniu przynajmniej jednego obiektu kubaturowego w konstrukcji żelbetowej w zakresie gospodarki odpadami lub wodno - ściekowej np. Sortownia Odpadów, Oczyszczalnia Ścieków, Kompostownia odpadów zielonych, Stacja Uzdatniania Wody, o wartości obiektu co najmniej 2 000 000.00 zł netto*). Odwołujący zdaje się chce wyrzucić wrażenie, że to w zakresie doświadczenia w projektowaniu przynajmniej jednego obiektu kubaturowego w konstrukcji żelbetowej w zakresie gospodarki odpadami lub wodno – ściekowej miało zostać wykazane pięcioletnie doświadczenie, co zdaniem Izby w ramach tego warunku udziału w postępowaniu jest nieprawidłowe i niezasadne.

Bez znaczenia dla oceny spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu pozostaje fakt czy dana inwestycja została zrealizowana czy też nie. Projekt budowlany został wykonany, co potwierdzają załączone do pism procesowych dokumenty. W zasadzie Odwołujący w trakcie rozprawy przyznał, że warunek dotyczył projektowania, a nie odnosił się do realizacji danej inwestycji na podstawie wykonanego projektu. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał i nie uprawdopodobnił, że projekt musiał być wykonany przed 2016 rokiem, a samo uzasadnienie „wówczas był prowadzony nabór na tego typu projekty w ramach procedury konkursowej

dofinansowania” niczego nie dowodzi. Z Decyzji nr 176/18 w sprawie zatwierdzenia projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę dla przedsięwzięcia polegającego na budowie kotłowni z kotłem parowym opalany paliwem alternatywnym wynika, że z wnioskiem o zatwierdzenie projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę dla przedmiotowej inwestycji wystąpiono w dniu 1 grudnia 2017 roku. Projekty Wykonawcze załączone do pisma procesowego uczestnika datowane są na kwiecień 2017 roku.

Wskazanie w odwołaniu, że pozostała inwestycje nie obejmują obiektów kubaturowych o konstrukcji żelbetowej w zakresie gospodarki odpadami lub wodno – ściekowej nie zostało przez Odwołującego w żaden sposób uzasadnione. Nie podano w tym zakresie jakiegokolwiek argumentacji, natomiast „oczywistość” nie stanowi wystarczającego uzasadnienia dla podnoszonego twierdzenia.

Kolejno podniesione przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania argumenty oparte zostały o Wykaz osób przedstawiony przy piśmie z dnia 15 stycznia 2021 roku przez Arco na wezwanie do złożenia wyjaśnień. W tym miejscu Izba wskazuje na argumentację jaką przyjęła na wstępie rozpoznania tego zarzutu, odniesieniu do osoby „Technologa”. Tym samym, argumentacja odnosząca się do tych danych nie może być brana pod uwagę, bowiem ocena spełnienia warunku następowała na podstawie Wykazu osób przedstawionego w dniu 28 stycznia 2021 roku przez Arco Zamawiającemu. Natomiast Odwołujący nie odnosił się, w części swojej argumentacji do danych zawartych właśnie w tym wykazie. Izba nie może samodzielnie przyjmować argumentacji Odwołującego jako dotyczącej innego niż wskazany w odwołaniu Wykaz usług, tym bardziej nie może przyjmować argumentacji tej jako dotyczącej wykazu z 28 stycznia 2021 roku – stanowiłoby to nieuprawnione rozszerzenie argumentacji zarzutu, którego nie można dokonywać po terminie złożenia odwołania.

Mając na uwadze całą powyższą argumentację Izba wskazuje, że Odwołujący nie wykazał, że Arco wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący nie wykazał, że wskazany w Wykazie osób „Technolog” nie mają odpowiedniego doświadczenia oraz, że przedstawionymi informacjami co do Technologów Arco wprowadził Zamawiającego w błąd, ponieważ Odwołujący nie odniósł się do dokumentów, które podlegały ocenie tj. Wykazu osób złożonego w dniu 28 stycznia 2021 roku. Odwołujący nie wykazał również, że doświadczenie „Kierownika zespołu projektowego” nie obejmuje doświadczenia w projektowaniu co najmniej jednego obiektu kubaturowego w konstrukcji żelbetowej w zakresie gospodarki odpadami lub wodno - ściekowej. Tym samym Odwołujący nie wykazał, że doświadczenie, o którym była mowa wyżej wprowadziło „Zamawiającego w błąd co do posiadanych zdolności”. Tym

samym nie zaistniały przesłanki wykluczenia Arco z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy.

Izba stwierdza, że w zakresie wskazanym w zarzucie *W miejsce dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu Wykonawca prezentuje wyjaśnienia w taki sposób, który nie potwierdza tychże, oraz prezentuje interpretację postanowień SIWZ w niniejszym postępowaniu dotyczących posiadanej wiedzy i doświadczenia Arco oraz jego zespołu, w taki sposób który wskazuje albo na celowe wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu, albo na brak wiedzy branżowej niezbędnej do wykonania przedmiotu niniejszego zamówienia* – Odwołujący nie kwestionował w zakresie Technologa faktycznego dokumentu, który był podstawą oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie kwestionował tego doświadczenia, które było faktycznie oceniane na co wskazuje chociażby fakt, że w Wykazie osób z dnia 28 stycznia 2021 roku wskazany został Technolog – M. S., ale nie było tam już informacji na temat Pana S. D. . W żaden sposób też nie wykazał Odwołujący w jaki sposób składane wyjaśnienia, informacje w piśmie z dnia 15 stycznia 2021 roku miały potwierdzić spełnienie przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy.

W podsumowaniu tego zarzutu Izba podkreśla za ugruntowanym w orzecznictwie stanowiskiem, że dla zastosowania normy art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy muszą zajść następujące przesłanki, a mianowicie (1) przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością (2) informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego, (3) błąd ten polegał na przyjęciu przez Zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, a (4) przedstawienie informacji musi być wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Natomiast regulację art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy można skutecznie zastosować, gdy wypełnione zostaną kumulatywnie następujące przesłanki, a mianowicie doszło do: (1) przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością, (2) informacja ma mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, (3) informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego, a (4) przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Wskazane przesłanki muszą być stosowane łącznie, a niewykazanie zaistnienia jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że Zamawiający nie stosując art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy nie naruszył tej ustawy. Wymaga podkreślenia, że to na Odwołujący ciąży obowiązek wykazania spełnienia ww. przesłanek już na etapie złożenia odwołania.

Przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością stanowi pierwszą z przesłanek w przypadku zarówno podstawy wykluczenia z punktu 16 jak i 17 ww. artykułu ustawy. Informacja niezgodna z rzeczywistością, informacja nieprawdziwa (informacja wprowadzająca w błąd) to złożone przez wykonawcę oświadczenie wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego, którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy. W orzecznictwie Izby ugruntowane jest stanowisko w zakresie tego co powinno być traktowane jako informacja nieprawdziwa, niezgodna z rzeczywistością (porównaj wyrok KIO 1633/11). Dla oceny czy mamy do czynienia z informacją niezgodną z rzeczywistością, która to, jak przed nowelizacją ustawy z 22 czerwca 2016 roku, „informacja nieprawdziwa” (w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy sprzed nowelizacji) nie ma definicji legalnej zawartej w ustawie pomocne jest orzecznictwo sądowe. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. II CKN 1095/99 (za sądem apelacyjnym), czytamy, iż pojęcie "prawda", "prawdziwy", bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie "prawda" rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z "faktami" i "danymi"), co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Zaznaczenia wymaga, że podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością odpowiada podaniu informacji nieprawdziwych, chodzi tym samym o obiektywną niezgodność treści podanego oświadczenia z rzeczywistością. Informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego stanowią oświadczenia wiedzy składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWIZ warunki udziału w postępowaniu, dlatego też muszą być rozpatrywane w pryzmacie staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru powadzonej działalności przez wykonawców.

Do czynności Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Tym samym czynność wykonawcy polegająca na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego należy oceniać w pryzmacie cywilistycznym, a więc dokonując oceny dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika

postępowania (Sąd Najwyższy wyrok z dnia 23 października 2003 roku sygn. akt V CK 311/02). Jak wskazuje się w orzecznictwie, należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności. Uwzględniając cywilistyczny kontekst oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powyższa argumentacja musi być uwzględniona przy ocenie spełnienia kolejnej z przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 16 jak i 17 ustawy. Izba wskazuje, że stwierdzenie niedbalstwa danej osoby jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (tak wyrok Sąd Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03).

Brak wykazania przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy powoduje, że zarzut odwołania jest bezzasadny.

W zakresie zarzutu (6) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Arco z postępowania w sytuacji gdy treść tej oferty nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a mianowicie Wykonawca nie potwierdził spełnienia warunków określonych w SIWZ oraz prezentowane przez niego obecnie rozwiązania co do rzekomej szczelności placu lub posadzki pozwalają uznać, że Arco nie posiada niezbędnej wiedzy do wykonania przedmiotu zamówienia i dokonania odbioru zgodnie z PFU, nie dysponuje bowiem technologią umożliwiającą wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z PFU oraz dokonania odbioru przedmiotu zamówienia zgodnie z PFU, a prezentowane przez niego wyjaśnienia dowodzą braku zrozumienia wymagań Zamawiającego oraz braku wiedzy branżowej w zakresie metodologii realizacji wskazanej instalacji – Izba uznała za niezasadny.

Podobnie jak przy rozpoznaniu zarzutu 2 prezentowana przez Odwołującego argumentacji wskazuje na pomieszczenie przez Odwołującego poszczególnych instytucji prawa zamówień publicznych.

Izba wskazuje, że ustawa zobowiązuje Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ). Odrzucenie oferty, biorąc pod

uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Wskazać należy, co ugruntowane jest w orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych, że o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia – w przedmiotowym postępowaniu, w ofercie złożonej przez Arco Zamawiający nie dopatrył się niezgodności treści oferty z wymaganiami określonymi w SIWZ w odniesieniu do wykonania przedmiotu zamówienia, które sam Zamawiający w SIWZ określił.

Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w SIWZ wymaganiom. Dodatkowo wymaga również przypomnienia, że wymagania co do przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego realizacji Zamawiający określa w SIWZ. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej z postanowieniami SIWZ (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem znajomości wymagań SIWZ, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania.

Mając na uwadze powyższe argumenty prawne Izba wskazuje, że Odwołujący nie przedstawił żaden argumentacji odnoszącej się do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Odwołujący nie wskazał, mimo że bardzo szeroko cytował postanowienia PFU jakie wymagania nie zostały spełnione przez Arco w odniesieniu do oferowanego przez tego wykonawcę przedmiotu zamówienia bądź sposobu jego realizacji, które stanowiły oświadczenia woli tego wykonawcy. Określone warunki udziału w postępowaniu oraz dokumenty na ich potwierdzenie tj. podnoszonego w uzasadnieniu Wykaz robót i wskazanego doświadczenia w realizacji inwestycji do jakiego w zakresie tego zarzutu referuje Odwołujący nie stanowi oświadczenia woli wykonawcy tylko oświadczenie wiedzy.

Oświadczenie woli należy odróżnić od oświadczeń wiedzy, które nie są wyrażeniem woli powołania, zmiany lub zakończenia stosunku cywilnoprawnego (tak Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 9 lutego 2017 roku sygn. akt VAca 374/16). Nie stanowi uzasadnienia dla naruszenia art. 89 ust. 1 ustawy wykazywanie niespełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia w realizacji innych inwestycji, przedstawionych na inną okoliczność. Podnoszenie również przez Odwołującego, że dokonano interpretacji warunków również nie uzasadnia naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2. Niespełnienie warunku udziału w postępowaniu mogło podlegać kwestionowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, niemniej Odwołujący podnosząc ten zarzut (zarzutn3) nie podnosił argumentacji jaka znajduje się w uzasadnieniu zarzutu 6, w uzasadnieniu odwołania „5. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp”.

W obliczu powyższego Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, bowiem nie uzasadnia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ wskana przez Odwołującego argumentacja, że Arco podając w Wykazie robót - Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach kontraktu 1.1. - Rozbudowa zakładu Przetwarzania i Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Sosnowcu nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykazania się dwoma robotami zgodnie z warunkiem w związku z czym oferta podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Jednocześnie Izba podkreśla, mając na uwadze treść odwołania i sposób argumentacji przyjęty przez Odwołującego, że nie jest zadaniem Izby poszukiwanie argumentacji w zakresie podniesionego przez Odwołującego zarzutu w innych częściach uzasadnienia odwołania przypisanych do zupełnie innych naruszeń prawa przez samego Odwołującego. Takie działanie Izby jest niedopuszczalne, bowiem Izba nie zastępuje Odwołującego w jego argumentacji i nie ma uprawnienia do zmiany podnoszonej argumentacji faktycznej w zakresie określonych zarzutów odwołania. Wymaga również podkreślenia, że Odwołujący podnosił naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy lecz nie przedstawił w tym zakresie żadnego uzasadnienia faktycznego co do wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy.

Izba zaznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym

zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i zdefiniowanych co do wymagań przez samego Zamawiającego w SWIZ. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, zgodnego z postanowieniami SIWZ, a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 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), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący:

