Sygn. akt:KIO 3202/20

WYROK

z dnia 18 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ewa Kisiel

Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „Energoterm" sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Elektrociepłownię „Zielona Góra" S.A. z siedzibą w Zielonej Górze,**

przy udziale wykonawcy **FITTING Przedsiębiorstwo Inżynierii Sanitarnej Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.**Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert połączone z wezwaniem wykonawcy FITTING Przedsiębiorstwo Inżynierii Sanitarnej Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu:**

a)na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentu „Zobowiązania podmiotu do oddania zasobów" (załącznik nr 6 do SIWZ), dotyczącego Zakładu Produkcyjno Usługowego Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane sp. z o.o. z siedzibą w Międzyrzecz o sposób, zakres i charakteru faktycznego uczestnictwa tego podmiotu w całym okresie realizacji zamówienia.

b)na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie prac faktycznie wykonywanych przez Zakład Produkcyjno Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane sp. z o.o. z siedzibą w Międzyrzeczu, które były realizowane w ramach Konsorcjum z Inżynierią Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, dotyczących poz. 1, 2 i 4 „Wykazu robót wykonanych w okresie ostatnich 5 lat" oraz referencji wystawionych przez TAURON Ciepło sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach z dnia 26 stycznia i 2 lutego 2016 r.

2.Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Elektrociepłownię „Zielona Góra" S.A. z siedzibą w Zielonej Górze** i:

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „Energoterm" sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu** tytułem wpisu od odwołania,

2.2zasądza od zamawiającego **Elektrociepłowni „Zielona Góra" S.A. z siedzibą w Zielonej Górze** na rzecz odwołującego **Przedsiębiorstwa Specjalistycznego „Energoterm" sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu** kwotę **23 600 zł 06 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych sześć groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Zielonej Górze.

Przewodniczący:……..……..……

Sygn. akt KIO 3202/20

Uzasadnienie

Elektrociepłownia „Zielona Góra" S.A. z siedzibą w Zielonej Górze (dalej: „Zamawiający") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.), zwanej dalej: „ustawą" lub „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn. „Budowa i przebudowa magistralnej sieci cieplnej wraz z przyłączami w Zielonej Górze".

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 lipca 2020 r. pod nr 2020/S 132-324705.

Pismem z dnia 24 listopada 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „Energoterm" sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (dalej: „Odwołujący" lub „Energoterm") o wyniku postepowania, tj. o uznaniu

za najkorzystniejszą oferty wykonawcy FITTING Przedsiębiorstwo Inżynierii Sanitarnej sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Przystępujący" lub „FITTING").

W dniu 4 grudnia 2020 r. wykonawca Energoterm wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od

1. zaniechania wykluczenia wykonawcy FITTING stosownie do treści art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, pomimo niewykazania przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a konkretnie w zakresie doświadczenia w realizacji minimum 2 zadań związanych z budową sieci ciepłowniczych w systemie preizolowanym o minimalnej średnicy DN250 i długości minimum 1 km w okresie ostatnich 5 lat (pkt 15.6.3 lit. a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ" lub „specyfikacja"), a w rezultacie również zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp;
2. czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy FITTING, pomimo tego, że nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 1 powyżej.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy:

1. art. 22a ust. 3 Pzp przez jego błędne zastosowanie i uznanie, że wykonawca FITTING wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a konkretnie w zakresie doświadczenia w realizacji minimum 2 zadań związanych z budową sieci ciepłowniczych w systemie preizolowanym o minimalnej średnicy DN250 i długości minimum 1 km w okresie ostatnich 5 lat (potwierdzonego wykazem doświadczeń wraz z referencjami), przez powołanie się i poleganie w celu wykazania spełniania tego warunku wyłącznie na doświadczeniu i referencjach podmiotu trzeciego, tj. Zakładu Produkcyjno Usługowego Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane sp. z o.o. z siedzibą w Międzyrzeczu (dalej: „ZPU Międzyrzecz"), podczas, gdy ZPU Międzyrzecz zdołał wykazać, że posiada realne i faktyczne doświadczenie w realizacji wyłącznie jednego (a nie dwóch) zadań związanych z budową sieci ciepłowniczych w systemie preizolowanym o minimalnej średnicy DN250 i długości minimum 1 km w okresie ostatnich 5 lat w związku, z czym wykonawca FITTING w rzeczywistości nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a konkretnie doświadczenia wymaganego zgodnie z pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ;
2. art. 22a ust. 2, 3 i 4 Pzp przez ich błędne zastosowanie i uznanie, że wykonawca FITTING udowodnił, że realizując zamówienie będzie dysponował zasobami ZPU Międzyrzecz, tj. że będzie mógł polegać na doświadczeniu ZPU Międzyrzecz w zakresie realizacji minimum 2 zadań związanych z budową sieci ciepłowniczych w systemie preizolowanym o minimalnej średnicy DN250 i długości minimum 1 km, podczas, gdy ani z treści zobowiązania ZPU Międzyrzecz do oddania wykonawcy FITTING do dyspozycji doświadczenia i referencji ani z innych dokumentów nie wynika, czy i w jakim zakresie ZPU Międzyrzecz faktycznie zrealizuje roboty budowlane, do realizacji, których określone powyżej doświadczenie jest wymagane;
3. art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez niezastosowanie tych przepisów i zaniechanie wezwania wykonawcy FITTING do udzielania wyjaśnień lub złożenia dokumentów dotyczących:
   a) zakresu faktycznie wykonywanych przez ZPU Międzyrzecz prac w ramach konsorcjum z INŻYNIERIA Rzeszów S.A. (dalej: „INŻYNIERIA"), których dotyczą referencje wystawione przez TAURON Ciepło sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej: „TAURON") w dniach 26 stycznia i 2 lutego 2016 r.;
   b) roli i zakresu prac, które ZPU Międzyrzecz miałby zrealizować przypadku udzielenia zamówienia wykonawcy FITTING objętego postępowaniem, a tym samym realności oddania zasobów (doświadczenia) przez ZPU Międzyrzecz na rzecz wykonawcy FITTING oraz zagwarantowania rzeczywistego udziału ZPU Międzyrzecz w realizacji robót budowlanych;
4. art. 24 ust.1 pkt 12 w zw. z ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez ich niezastosowanie i błędne zaniechanie wykluczenia FITTING z postępowania, pomimo tego, że wykonawca FITTING nie zdołał wykazać spełniania warunków udziału w postępowaniu określonego w pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ, a w konsekwencji również bezzasadne zaniechanie uznania oferty wykonawcy FITTING za odrzuconą, co doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców;
5. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, ewentualnie pkt 16 Pzp przez ich niezastosowanie i błędne zaniechanie wykluczenia wykonawcy FITTING z postępowania, pomimo tego, że wykonawca FITTING co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd odnośnie do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonej w pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ;
6. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp przez błędne i bezpodstawne wybranie oferty wykonawcy FITTING jako najkorzystniejszej, pomimo że wykonawca ten podlegał wykluczeniu z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a konsekwencji jego oferta powinna była zostać uznana za odrzuconą, co w sposób oczywisty uniemożliwiało wybór oferty wykonawcy FITTING jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy FITTING z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 lub pkt 17 lub pkt. 16 Pzp oraz uznania oferty wykonawcy FITTING za odrzuconą,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem wyników dokonanych czynności,
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3.600,00 zł.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podnosił m.in., że:

1. Wykluczenie wykonawcy FITTING z postępowania.

Odwołujący wskazywał, że stosownie do pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ, jednym z warunków udziału w postępowaniu było wykazanie przez wykonawcę, że posiada zdolność techniczną lub zawodową, co obejmowało m.in. posiadanie doświadczenia w realizacji minimum 2 zadań związanych z budową sieci ciepłowniczych w systemie preizolowanym o minimalnej średnicy DN250 i długości minimum 1 km w okresie ostatnich 5 lat (potwierdzonego wykazem doświadczeń wraz z referencjami). Aby wykazać spełnianie powyższego warunku oraz nie posiadając samemu wystarczającego doświadczenia w tym zakresie, wykonawca FITTING w całości oparł się i polegał na doświadczeniu ZPU Międzyrzecz. W

związku z tym, wykonując wezwanie Zamawiającego z dnia 17 września 2020 r., wykonawca FITTING przedstawił wykaz robót sporządzony przez ZPU Międzyrzecz wraz z listami referencyjnymi.

Zdaniem Odwołującego analiza tych dokumentów jednoznacznie potwierdza, że ZPU Międzyrzecz, a w konsekwencji również wykonawca FITTING nie spełniają warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ. Spośród czterech przedłożonych referencji, jedynie jedna z nich - wystawiona przez Szczecińską Energetykę Cieplną sp. z o.o. - potwierdza, że ZPU Międzyrzecz uczestniczył w realizacji zamówienia jako generalny wykonawca i dostawca materiałów preizolowanych. W konsekwencji referencja ta potwierdza, że ZPU Międzyrzecz najprawdopodobniej posiada doświadczenie wymagane zgodnie z pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ w odniesieniu do jednego z dwóch wymaganych na gruncie tego postanowienia zadań. ZPU Międzyrzecz, a w konsekwencji również wykonawca FITTING nie wykazali natomiast, aby posiadali wymagane doświadczenie w zakresie drugiego zadania. W szczególności posiadania takiego doświadczenia nie potwierdzają trzy referencje wystawione przez TAURON na rzecz konsorcjum INŻYNIERII (lider konsorcjum) i ZPU Międzyrzecz (partner konsorcjum). Z referencji tych w żaden sposób nie wynika bowiem jaki zakres prac w rzeczywistości był realizowany przez ZPU Międzyrzecz, a jaki przez INŻYNIERIĘ.

Odwołujący opierając się o orzecznictwo stwierdził, że fakt uczestniczenia przez ZPU Międzyrzecz w konsorcjum wykonującym prace wskazane w referencjach w żaden sposób nie potwierdza, ze ZPU Międzyrzecz nabyło doświadczenie wymagane na podstawie pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ. Zamawiający powinien był w tym zakresie wezwać wykonawcę FITTING (i pośrednio ZPU Międzyrzecz) do złożenia wyjaśnień i dokumentów obrazujących rzeczywisty podział prac pomiędzy konsorcjantami na zasadzie art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp. Jakkolwiek brak ww. wezwania stanowi niewątpliwie uchybienie Zamawiającego mające istotny wpływ na wynik postępowania, to znacznie poważniejszym uchybieniem Zamawiającego jest brak wykluczenia wykonawcy FITTING z postępowania. W opinii wykonawcy Enrgoterm rozpoznawanej sprawie zmaterializowały się, bowiem aż dwie podstawy wykluczenia tego wykonawcy.

Po pierwsze, wykonawca FITTING powinien był zostać wykluczony z postępowania na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, gdyż nie wykazał spełniania omówionego już powyżej warunku udziału w postępowaniu określonego w określonego w pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ. Nawet gdyby Zamawiający wezwał wykonawcę FITTING i ZPU Międzyrzecz d złożenia wyjaśnień i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp, to zdaniem Odwołującego dokumenty te potwierdziłyby, że ZPU Międzyrzecz nie posiada doświadczenia wymaganego na gruncie pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ w zakresie drugiego zadania.

Odwołujący wskazywał, że jest w posiadaniu umowy konsorcjum zawartej w dniu 16 grudnia 2014 r. pomiędzy INŻYNIERIĄ, jako liderem konsorcjum, oraz ZPU Międzyrzecz, jako partnerem konsorcjum, która dotyczyła dwóch z trzech zadań zrealizowanych przez ZPU Międzyrzecz na rzecz TAURON, które zostały wskazane w Wykazie Robót, i co do których przedłożone zostały referencje z dnia 26 stycznia 2016 r.

W ocenie Odwołującego w świetle orzecznictwa oraz postanowień umowy konsorcjum nie ulegało wątpliwości, że zakres prac powierzonych do wykonania ZPU Międzyrzecz w ramach konsorcjum nie odpowiada doświadczeniu wymaganemu zgodnie z pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ. Prace realizowane przez ZPU Międzyrzecz ograniczały się, bowiem do dostawy materiałów preizolowanych i prostego montażu złącz zgrzewanych elektrycznie. Nadzór nad przedsięwzięciem, jego koordynacja i całościowe wykonanie robót budowlanych leżały natomiast po stronie lidera konsorcjum - INŻYNIERII. W konsekwencji przedstawione przez FITTING referencje wystawione przez TAURON w dniu 26 stycznia 2016 r., a dotyczące ZPU Międzyrzecz, nie stanowią i nie mogą stanowić dowodu posiadania przez ZPU Międzyrzecz (a w konsekwencji również przez wykonawcę FITTING) doświadczenia wymaganego zgodnie z pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ.

W opinii Odwołującego analogiczny wniosek należy wyciągnąć w odniesieniu do referencji wystawionej przez TAURON w dniu 2 lutego 2016 r. Także w przypadku tej referencji nie wykazano, jaki zakres prac był faktycznie realizowany przez ZPU Międzyrzecz w ramach konsorcjum z INŻYNIERIĄ. Mając na względzie, że prace te był realizowane w identycznym układzie podmiotowym (INŻYNIERIA jako lider konsorcjum, ZPU Międzyrzecz jako partne konsorcjum), w tym samym czasie (marzec - grudzień 2015 r.) i na rzecz tego samego zamawiającego (TAURON), co prace objęte referencjami z dnia 26 stycznia 2016 r., z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością można przyjąć, że zakres prac faktycznie realizowanych w ramach konsorcjum przez ZPU Międzyrzecz był identyczny, jak w przypadku umowy konsorcjum z dnia 16 grudnia 2014 r. Tym samym – zdaniem Odwołującego - również referencja z dnia 2 lutego 2016 r. wystawiona przez TAURON nie potwierdza, że ZPU Międzyrzecz posiada relewantne doświadczenie. W rezultacie Odwołujący uznawał, że wykonawca FITTING ani ZPU Międzyrzecz nie wykazali spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ, tj. posiadania odpowiedniego doświadczenia. Najprawdopodobniej żadna z ww. firm po prostu nie posiada odpowiedniego doświadczenia, wymaganego przez Zamawiającego.

Po drugie, wykonawca FITTING powinien był zostać wykluczony z postępowania na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 17 lub 16 Pzp, tj. z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd, co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa. ZPU Międzyrzecz, na którego doświadczeniu wykonawca FITTING polega, musiał mieć, bowiem świadomość zakresu prac, który został mu powierzony w ramach opisanego powyżej konsorcjum z INŻYNIERIĄ. Musiał również zdawać sobie sprawę, że zakres tych prac nie odpowiada doświadczeniu wymaganemu przez Zamawiającego na gruncie pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ. Mimo to dopuścił się swego rodzaju „manipulacji" i wskazał prace realizowane w ramach konsorcjum z INŻYNIERIĄ na rzecz TAURON, jako mające wykazywać posiadanie odpowiedniego doświadczenia. Jako profesjonalisc wykonawca FITTING i ZPU Międzyrzecz powinni byli wiedzieć ponadto, że mogą się powoływać na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum jedynie w takim zakresie, w jakim faktycznie realizowali prace. Odwołujący stwierdził, że należy uznać, iż wykonawca FITTING i ZPU Międzyrzecz, co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili informacje dotyczące rzekomo posiadanego doświadczenia, które wprowadzały Zamawiającego w błąd. Informacje te miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, albowiem doprowadziły do uznania przez Zamawiającego, że wykonawca FITTING spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, i ostatecznie do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej powinien był zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp.

Kolejno wykonawca Energoterm stwierdził, że konsekwencją uchybień Zamawiające oraz zaniechania wykluczenia wykonawcy FITTING wobec niespełnienia warunków udziału w postępowaniu jest również naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp.

2.Wykonawca FITTING nie wykazał dysponowania doświadczeniem ZPU Międzyrzecz

Odwołujący stwierdził, że aby wykazać spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ wykonawca FITTING polegał wyłącznie na doświadczeniu ZPU Międzyrzecz. Chcąc wykazać dysponowanie tym doświadczeniem, wykonawca FITTING przedstawił zobowiązanie ZPU Międzyrzecz. Odwołujący stwierdził, że z powyższego dokumentu w żaden sposób nie wynika, na jakiej zasadzie ZPU Międzyrzecz udostępnił swoje doświadczenie wykonawcy FITTING ani jaką rolę będzie pełnił w trakcie realizacji zamówienia. W szczególności nie wynika z niego, aby ZPU Międzyrzecz miał być podwykonawcą wykonawcy FITTING. Co więcej, wykonawca FITTIN zasadniczo przesądził w odpowiedzi z dnia 14 września 2020 r. udzielonej na wezwanie Zamawiającego z dnia 11 września 2020 r., że ZPU Międzyrzecz nie będzie jego podwykonawcą. Wykonawca FITTING wskazał, bowiem, że będzie jedynie polegał na zasobach ZPU Międzyrzecz.

Zdaniem Odwołującego z dokumentów złożonych w toku postępowania w żaden sposób nie wynika, aby wykonawca FITTING jakkolwiek zagwarantował, że zamówienie w zakresie robót budowlanych zostanie zrealizowane przez ZPU Międzyrzecz, na doświadczeniu, którego w całości i wyłącznie polega. Co więcej, z dokumentów tych w ogóle nie wynika rola, jaką miałoby pełnić ZPU Międzyrzecz w toku realizacji postępowania. Jest to tym bardziej dziwne, jeżeli mieć na względzie, że w przypadku innych podmiotów, na zasobach, których wykonawca FITTING polega, wprost wskazano, w jakiej roli lub w jakim zakresie podmioty te będą uczestniczyły w realizacji zamówienia. Chodzi tutaj o:

a) „PROINSTAL" P.P.U.H. K. C., M. G.-L., R. M., A. K. s.c., która w swoim zobowiązaniu do oddania zasobów wpros wskazała, że będzie podwykonawcą w zakresie prac projektowych, co następnie potwierdził wykonawca FITTING w swoim piśmie z dnia 14 września 2020 r., oraz
b) firmę Usługi Geodezyjne M. R., który miał się zajmować obsługą geodezyjną w trakcie realizacji zadania, a który ostatecznie został zakwalifikowany przez wykonawcę FITTING w piśmie z dnia 14 września 2020 r. jako podwykonawca.

Zdaniem Odwołującego takie działanie wykonawcy FITTING niejako potwierdza, że ZPU Międzyrzecz celowo nie został określony jako podwykonawca, a jego (rzekome) doświadczenie zostało jedynie formalnie udostępnione wykonawcy FITTING, aby ten mógł wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

3. Wadliwy wybór najkorzystniejszej oferty

Odwołujący stwierdził, że ww. zarzut odwołania jest jedynie konsekwencją zarzutów postawionych w punktach powyżej. Z tego względu nie jest konieczne szersze uzasadnianie tego zarzutu.

Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający odpowiedział na odwołanie, w którym wnosił o jego oddalenie, jednocześnie prezentując stosowną argumentację na poparcie swojego stanowiska. W uzasadnieniu podnosił m. in., że:

1. Zobowiązanie ZPU Międzyrzecz

Zamawiający wyjaśniał, że wykonawca FITTING przedłożył zobowiązanie Międzyrzecz zgodnie ze wzorem zamieszczonym w Załączniku nr 6 do SIWZ. W zobowiązaniu wskazano zakres udostępnianych zasobów oraz potwierdzono, że zasoby będą udostępniane przez cały okres realizacji zamówienia/umowy. Zobowiązanie zostało podpisane przez uprawnione do reprezentowania ZPU Międzyrzecz Prezesa T. G. . Dodatkowo, złożono wszystkie wymagane dokumenty dotyczące podmiotu udostępniającego zasoby ZPU Międzyrzecz. Żaden z dokumentów przedłożonych przez wykonawcę FITTING nie pozwala uznać, iż ZPU Międzyrzecz nie będzie uczestniczył w realizacj zamówienia. Zamawiający podkreślał, że zgodnie z treścią formularza JEDZ wykonawcy wskazywali odrębnie podmioty, na których zasobach będą polegać podczas realizacji zamówienia oraz podwykonawców, niebędących podmiotami udostępniającymi zasoby. Jednocześnie pismem z dnia 14 września 2020 r. wykonawca potwierdził, na zasobach, których podmiotów polega, a które podmioty będą jedynie podwykonawcami zamówienia. Wobec powyższego Zamawiający uznał, że wykonawca FITTING potwierdził, że będzie dysponował zasobami ZPU Międzyrzecz przez cały okres realizacji zamówienia, zgodnie z przedłożonym zobowiązaniem ZPU Międzyrzecz.

2. W zakresie niespełnienia warunku zdolności technicznej

Zamawiający stwierdził, że w ramach warunku zdolności technicznej wymagał, aby wykonawcy posiadali doświadczenie w realizacji minimum dwóch zadań związanych z budową sieci ciepłowniczych, przy czym każde zadanie powinno obejmować 1 km sieci ciepłowniczej. Zamawiający podkreślał, że zamówienie, które również zdaniem Odwołującego potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej (tj. zamówienie wykonane na rzecz Szczecińskiej Energetyki Cieplnej Sp. z o.o.) obejmuje dwa zadania, bowiem w ramach tego zamówienia wykonano:

a) jedno zadanie - rurociąg preizolowany z alarmem o średnicy DN 600/800 mm o długości 1 270,86 m
b) drugie zadanie - rurociąg preizolowany z alarmem o średnicy DN 600/900 mm o długości 1 269,76 m.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający uważał, ze również pozostałe zamówienie wykonane wraz z INŻYNIERIĄ na rzecz TAURON potwierdzają wymagane doświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby Zamawiający zaznaczał, że jego wymaganiem było posiadanie doświadczenia w realizacji minimum dwóch zadań związanych z budową sieci ciepłowniczych, a więc warunek został postawiony szeroko. W ocenie Zamawiającego w ramach prac wykonanych na rzecz TAURON w konsorcjum z INŻYNIERIĄ wykonawca FITTING uzyskał doświadczen w zakresie wymaganej zdolności technicznej, wobec czego zarzut podnoszony przez Odwołującego jest bezzasadny.

3. Pozostałe zarzuty

W ocenie Zamawiającego, wobec faktu, iż wykonawca FITTING potwierdził, iż zarówno będzie dysponował zasobami ZPU Międzyrzecz podczas realizacji zamówienia, jak również, że podmiot udostępniający zasoby posiada wymagane doświadczenie w zakresie zdolności technicznej, pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu należy uznać za całkowicie bezzasadne.

Stanowisko Przystępującego

Również Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wnosił o oddalenie odwołania, natomiast w uzasadnieniu pisma w sposób następujący wskazywał na słuszność prezentowanego stanowiska.

[Uwagi dotyczące Zarzutu nr 1]

Przystępujący zauważał, że zgodnie z literalnym brzmieniem pkt 15.6.3 lit a) SIWZ Zamawiający zakreślił warunek udziału w sposób szeroki i ogólny – na co wprost wskazuje użycie sformułowania „związanych z budową sieci ciepłowniczych". Stąd, za nieuprawniony w jego ocenie należało uznać pogląd Odwołującego zgodnie, z którym spełnienie ww. warunku miałoby potwierdzać wyłącznie występowanie w roli generalnego wykonawcy i dostawcy materiałów preizolowanych. Przystępujący zaznaczał, że znane jest mu orzecznictwo przytaczane przez Odwołującego w dalszej części uzasadnienia do Zarzutu nr 1, tym niemniej nie znajduje ono zastosowania w przedmiotowej sprawie. ZPU Międzyrzecz jako parter konsorcjum zrealizował, bowiem w ramach zamówień na rzecz zamawiającego TAURON prace odpowiadające treści warunku udziału w postępowania, o których mowa w pkt 15.6.3 lit a) SIWZ.

Nadto, za całkowicie chybioną należy uznawał argumentację Odwołującego (pkt 26-31 Odwołania), w której na podstawie fragmentu umowy konsorcjum wywodzi, jaki rzekomo był faktyczny zakres prac realizowanych przez ZPU Międzyrzecz w ramach konsorcjum. Należy, bowiem zaznaczyć, że przywołana przez Odwołującego umowa konsorcjum pomiędzy INŻYNIERIĄ i ZPU Międzyrzecz z dnia 16 grudnia 2014 r. została zawarta na potrzeby przygotowania ofert w postępowaniach prowadzonych przez TAURON., które to postępowania przewidywały wymóg jej przedłożenia wraz z ofertą, jednak nie precyzowały stopnia szczegółowości i wymaganego zakresu treści umowy konsorcyjnej. W ocenie Przystępującego umowa ta nie wskazuje, więc na faktyczny zakres prac realizowany przez poszczególnych konsorcjantów – ten, bowiem był ustalany w odniesieniu do konkretnego zamówienia i znajduje swoje odzwierciedlenie w dokumentacji postępowań oraz umowach (pomiędzy TAURON i konsorcjum: INŻYNIERIA i ZPU Międzyrzecz) zawartych już po uzyskaniu zamówień.

Zdaniem Przystępującego wymagało podkreślenia, że umowa konsorcjum ma bardzo ogólny charakter oraz co istotne, w szczególności określa warunki współpracy pomiędzy stronami na etapie ubiegania się o udzielenie zamówień przez TAURON. Energoterm pomija również w treści odwołania istotny fragment §1 ust. 4 umowy konsorcjum zgodnie, z którym: „Pozostałe warunki realizacji zamówienia, nie określone w Umowie Konsorcjum, zostaną sprecyzowane w Porozumieniu Wykonawczym, które zostanie zawarte po wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty/ofert, złożonej/złożonych przez Konsorcjum". Zdaniem wykonawcy FITTING ponad wszelką wątpliwość można stwierdzić, że budowana przez Odwołującego narracja w odniesieniu do referencji TAURON (po raz kolejny) ma szczątkowy charakter i prowadzi do błędnych wniosków.

Przystępujący wyjaśniał, że na faktyczny zakres prac realizowanych przez ZPU Międzyrzecz na rzecz TAURON składała się, bowiem: dostawa wyrobów preizolowanych, kontrola wykonanych ukosowań połączeń spawanych, izolacja i hermetyzacja połączeń spawanych wykonana za pomocą złącz DXII, wykonanie połączeń instalacji alarmowej w złączach zgrzewanych elektrycznie. Wobec powyższego nie jest prawdą, że udział ZPU Międzyrzecz sprowadzał się wyłącznie do dostawy materiałów preizolowanych i prostego montażu złącz zgrzewanych elektrycznie – jak podnosił Energoterm. Kolejno Przystępujący podkreślał, że nawet, gdyby tak było, to i tak prace wykonane przez ZPU Międzyrzecz spełniałyby wymagania postawione w przedmiotowym warunku, ponieważ były to zadania związane z budową sieci ciepłowniczych w systemie preizolowanym. Zdaniem Przystępującego nie może, więc być również mowy o zarzucanym przez Odwołującego wprowadzeniu Zamawiającego w błąd i wystąpieniu przesłanki wykluczenia z postępowania z art. 24 ust. 1 pkt 17 lub 16 Pzp. Przedłożone referencje, w ocenie Przystępującego w sposób niebudzący wątpliwości potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu z pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ.

[Uwagi dotyczące Zarzutu nr 2]

Przystępujący wyjaśniał, że wraz z ofertą załączył m.in. zobowiązanie ZPU Międzyrzecz do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów w trakcie realizacji zamówienia. Oświadczenie to, zgodnie z treścią SIWZ zostało złożone przez ZPU Międzyrzecz na formularzu z Załącznika nr 6 do SIWZ. Wobec czego w sposób czytelny i niebudzący wątpliwości wskazuje warunek, na spełnienie, którego podmiot udostępnia zasoby, rodzaj zasobu, jego zakres, sposób wykorzystania przy wykonaniu zamówienia oraz okres udostępniania.

Zdaniem Przystępującego z treści oświadczenia ZPU Międzyrzecz literalnie wynika zobowiązanie do udostępniania zasobów w całym okresie realizacji zamówienia/umowy. Wskazanie, jako „sposobu wykorzystania zasobów przez Wykonawcę, przy wykonaniu zamówienia publicznego" sformułowania „Wiedza i doświadczenie" w żaden sposób nie wyklucza udziału ZPU Międzyrzecz w realizacji zamówienia w roli podwykonawcy. Nadto, Odwołujący nie zwraca uwagi, że ZPU Międzyrzecz został wskazany poprzez formularz JEDZ (zgodnie z Część II sekcja C), jako podwykonawca na zdolnościach, którego polega Przystępujący. Ponadto, nie jest prawdą jakoby w wyjaśnieniach z 14 września 2020 r. Przystępujący wskazał, że ZPU Międzyrzecz nie będzie jego podwykonawcą, a wszelkie tego rodzaju dywagacje Odwołującego należy traktować, jako próbę manipulacji i wprowadzenia Izby w błąd.

Ponadto Przystępujący zauważał, że nawet gdyby przyjąć, że z treści zobowiązania ZPU Międzyrzecz nie wynika realny charakter udostępnianych zasobów, (z czym z uwagi na wskazane powyżej okoliczności Przystępujący się nie zgadza) to w sytuacji tej Zamawiający powinien wezwać Przystępującego w trybie z art. 26 ust. 3 Pzp do udzielania stosownych wyjaśnień lub ewentualnie do uzupełnienia dokumentów podmiotowych.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, dowody, stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępującego złożone w pismach procesowych oraz na posiedzeniu i rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, że zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i

przejrzystości.

Według art. 22a ust. 2 Pzp wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Zaś zgodnie z ust. 3 Pzp powyższego artykułu Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5. Natomiast zgodnie z ust. 4 Pzp powyższego przepisu w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Natomiast zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Zaś według art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przepis art. 26 ust. 3 Pzp stanowi, że 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.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w .

Podkreślenia wymaga, że przedmiotem rozpoznania przez Izbę są zarzuty związane z:

- uznaniem przez Zamawiającego, że Przystępujący wykazał w sposób prawidłowy spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (art. 22a Pzp), a w konsekwencji zaniechał wykluczeniu Przystępującego z prowadzonego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp oraz
- zaniechaniem wezwania Przystępującego do udzielenia wyjaśnień lub złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp
- ostatecznie dokonaną czynnością Zamawiającego polegającą na wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznał on ofertę Przystępującego (art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp).

1. Jako pierwszą Izba rozpoznała grupę zarzutów dotyczącą wykazania przez wykonawcę FITTING spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz zaniechania wykluczenia ww. wykonawcy z prowadzonego postępowania z uwagi na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji związanych ze spełnieniem warunku udziału w postępowaniu.

Wszechstronna analiza zarzutów podniesionych w treści odwołania doprowadziła skład orzekający Izby do przekonania, że zarzuty odwołania w omawianym zakresie zasługują na uznanie jedynie w części.

Nie było sporne między stronami, że w treści SIWZ w pkt 15.6.3 lit a) w zakresie zdolności technicznej i zawodowej Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu polegający na wykazaniu przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia doświadczenia w realizacji minimum 2 zadań związanych z budową sieci ciepłowniczych w systemie preizolowany o minimalnej średnicy DN250 i długości minimum 1 km, w okresie ostatnich 5 lat (potwierdzone wykazem doświadczenia wraz z referencjami).

W pkt 17.5.2.3. lit a) SIWZ Zamawiający wskazał, że uzna, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykonawca przedstawi: wykaz robót, o których mowa w pkt 15.6.3 lit. a), w okresie ostatnich 5 lat a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy. Wykaz robót należy przedstawić zgodnie z Załącznikiem Nr 5 do SIWZ.

Strony były zgodne, co do tego, ze wykonawca FITTING wykazując ww. warunek udziału w postepowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej posłużył się zasobem innego podmiotu – ZPU Międzyrzecz. Przystępujący przedstawił żądany wykaz robót zawierający doświadczenie ZPU Międzyrzecz, w którym w 4 pozycjach wymieniono 3 prace realizowane na rzecz TAURON (poz. 1, 2 i 4 wykazu) oraz 1 pracę realizowaną na rzecz Szczecińskiej Energetyki Cieplnej (poz. 3). Zadania wskazane w wykazie w poz. 1, 2 i 4 były realizowane przez konsorcjum składające się z następujących podmiotów: INŻYNIERIA (lidera) oraz ZPU Międzyrzecz (partner). Jedynie praca realizowana w poz. 3

wykazu była wykonywana przez ZPU Międzyrzecz, jako generalnego wykonawcę. Wraz z wykazem przedstawiono cztery listy referencyjne, z czego trzy z nich dotyczyły zadań, które były realizowane przez konsorcjum firm: ZPU Międzyrzecz (partner) oraz INŻYNIERIA (lider) na rzecz TAURON a w ich treści nie podano, jaki zakres prac by realizowany przez każdy z podmiotów (dwa listy referencyjne z dnia 26 stycznia 2026 r. oraz jeden z 2 lutego 2016 r.).

W omawianym zakresie Izba przyznała rację Odwołującemu, który stwierdził, że nie można uznać, Przystępujący powołując się na wiedzę i doświadczenie wykonawcy ZPU Międzyrzecz wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, który został określony w pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ. Zgodzić się należy z Odwołującym, że sam fakt uczestnictwa ZPU Międzyrzecz w konsorcjum - realizującym prace wskazane w wykazie - nie potwierdza, że wykonawca ten nabył doświadczenie opisane w warunku udziału wskazanym w postępowaniu.

Należy podzielić zapatrywanie, oparte o utrwalone orzecznictwo Izby, że wykonawca jest uprawniony do powoływania się na doświadczenie w realizacji określonym prac nabyte w ramach występowania w konsorcjum firm. Nie mniej jednak w takim przypadku należy oceniać rzeczywisty wkład tego wykonawcy w realizację prac związanych z wykonaniem określonego zadania przez to konsorcjum. Z wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w toku rozprawy, jak również z treści odpowiedzi na odwołanie wynika, że Zamawiający nie badał tej kwestii w odniesieniu do ZPU Międzyrzecz w zakresie zdań realizowanych na rzecz TAURON wskazanych w pkt 1, 2 i 4 wykazu. Zamawiający oparł się na tym, że zadanie wskazane w pkt 3 wykazu, które było wykonywane samodzielnie przez ZPU Międzyrzecz na rzecz Szczecińskiej Energetyki Cieplnej uznając, że spełnia ono wymagania Zamawiającego pisane w pkt 15.6.3. lit a) SIWZ, ponieważ w ramach tego zdania wykonano:

a)jedno zadanie – rurociąg preizolowany z alarmem o średnicy DN 600/800 mm o długości 1 270,86 m.
b)drugie zadanie – rurociąg preizolowany z alarmem o średnicy DN 600/900 mm o długości 1269,76 m.

Izba nie podziela tego zapatrywania wskazując, że brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia takiego stanowiska. Przede wszystkim podkreślić należy, że sam ZPU Międzyrzecz w załączonym wykazie ujął ww. prace, jako jedno zadanie, czemu dał wyraz właśnie w tym dokumencie, zamieszczając je pod jedną pozycją. W tym aspekcie należy również uwzględnić dyspozycję Zamawiającego zamieszczoną pod tabela: „UWAGA: Należy dostosować ilość wierszy do ilości wykazywanych zadań", która potwierdza tezę, że ilość wierszy należy utożsamiać z ilością zadań, a zatem skro sam wykonawca w złożonym wykazie zakwalifikował katalog prac wskazywany przez Zamawiającego, jako jedno zadanie to nie ma żadnych powodów, aby odmiennie od jego intencji interpretować treść wykazu i twierdzić, że poz. 3 wykazu zawiera dwa odrębne zadania.

Za chybione Izba uznała również stanowisko Zamawiającego, który stwierdził, że pozostałe zamówienia realizowane przez ZPU Międzyrzecz z INŻYNIERIĄ na rzecz TAURON (poz. 1, 2 i 4 wykazu wraz referencjam potwierdzają wymagane doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby. Co istotne, zarówno z treści wykazu, jaki z treści złożonych referencji nie wynika, jaki był faktycznie udział ZPU Międzyrzecz w realizacji owych zadań. Jak wskazano już powyżej na etapie badania i oceny ofert Zamawiający nie posiadał żadnych szczegółowych informacji w tym zakresie i nie występował też do Przystępującego o wyjaśnienie tej kwestii. Wobec tego Izba uznała, że w tym przypadku Zamawiający błędnie uznał, że wykonawca FITTING w sposób prawidłowy i niebudzący wątpliwości wykazał, przy pomocy zasobów ZPU Międzyrzecz, że spełnienia warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt 15.6.3. lit a) SIWZ.

Izba doszła do przekonania, że w tym przypadku Zamawiający powinien był zastosować procedurę wyjaśniającą wskazaną w art. 26 ust. 4 Pzp i zwrócić się do Przystępującego z prośbą o udzielenie wyjaśnień w zakresie prac faktycznie wykonywanych przez ZPU Międzyrzecz, które były realizowane w ramach konsorcjum z INŻYNIERIĄ dotyczące poz. 1, 2 i 4 wykazu oraz referencji wystawionych przez TAURON z dnia 26 stycznia i 2 lutego 2016 r. Izba uznała, że brak tego rodzaju czynności doprowadził Zamawiającego na etapie badania i oceny oferty do błędnego uznania, że Przystępujący wykazał w sposób dostateczny spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej opisanej w pkt. 15.6.3. lit a) Pzp.

Jeśli zaś chodzi o zarzuty dotyczące naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp to Izba w omawianym zakresie Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego powyższych przepisów.

2.Kolejny zarzut, który podlegał rozpoznaniu Izby odnosi się do wykazania przez Przystępującego dysponowaniem zasobem ZPU Międzyrzecz w postaci wiedzy i doświadczenia.

Izba uznała zgłoszony zarzut za uzasadniony.

Nie było sporne między stronami, że Przystępujący w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, który został określony w pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ posłużył się zasobem podmiotu ZPU Międzyrzecz. Powyższe szczegółowo zostało opisane powyżej. W związku z tym wykonawca FITTING przedstawił zobowiązanie podmiotu do oddania zasobów (według załącznika nr 6 do SIWZ), w którym ZPU Międzyrzecz zobowiązał się, na podstawie art. 22a ust. 1 Pzp, *„do oddania Wykonawcy, tj. FITTING (...), do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji przedmiotowego Zamówienia".* W kolumnie pn. *„Zakres udostępnianych zasobów"* zawartej w tabeli znajdującej się w ww. dokumencie podano, że udostępnieniu podlegają *,,doświadczenie i referencje w zakresie budowy sieci ciepłowniczych preizolowanych".* W dalszej części tej kolumny zostały krótko opisane projekty w realizacji, których brał udział ZPU Międzyrzecz. Z kolei w kolejnej kolumnie pn.*„Sposób wykorzystania zasobów przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego"* wpisano *„Wiedza i doświadczenie". Natomiast w kolumnie „Czy zasoby są udostępnione na cały okres realizacji zamówienia/umowy (TAK/NIE)" podano: „TAK".*

W omawianym zakresie Izba zgodziła się z Odwołującym, iż z powyższego dokumentu w żaden sposób nie wynika, na jakiej zasadzie ZPU Międzyrzecz udostępnił swój zasób w postaci wiedzy i doświadczenia wykonawcy FITTING ani jaką rolę będzie pełnił w całym okresie realizacji zamówienia. W szczególności nie wynika z niego, w jakim charakterze będzie występował ZPU Międzyrzecz w toku realizacji zamówienia. Co więcej, nawet Przystępujący w toku rozprawy przyznał, że ww. zobowiązanie jest bardzo „oszczędne", jeśli chodzi o jego treść i nie zawiera wszystkich elementów, które zostały wskazane powyżej.

W zakresie zgłoszonego zarzutu Izba w pełni podziela argumentację przytoczoną Odwołującego, wspierającą się na orzeczeniach Izby i uznaje ją za własną a tym samym rezygnuje z jej powielania. W konsekwencji powyższego Izba uznała, że w omawianej sprawie konieczne jest zwrócenie się do Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp o uzupełnienie dokumentu „Zobowiązania podmiotu do oddania zasobów", dotyczącego ZPU Międzyrzecz w odniesieniu do sposobu, zakresu i charakteru faktycznego uczestnictwa tego podmiotu w całym okresie realizacji zamówienia. W szczególności, że z ustaleń Izby wynika, że Zamawiający nie występował do Przystępującego o wyjaśnienie czy też uzupełnienie ww. dokumentu. Wobec tego Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie tego rodzaju czynności.

Na końcu Izba odniosła się do następujących dowodów złożonych Odwołującego oraz Przystępującego, tj.

a)umowa konsorcjum z dnia 16.12.2014 r. zawarta pomiędzy INŻYNIERIĄ i ZPU Międzyrzecz,
b)pismo z dnia 11 grudnia 2020 r. skierowane przez wykonawcę FITTING do TAURON,
c)dwoma oświadczeniami INŻYNIERIA z dnia 7 grudnia 2020 r. potwierdzonymi przez TAURON,
d)opinia techniczną opracowaną przez Pana A. D. z dnia 12 grudnia 2020 r.
e)artykuł prasowy Pana Adam Dwojaka „Inteligentny nadzór".
f)porozumienie z dnia 7 sierpnia 2020 r. zawarte pomiędzy Przystępującym a ZPU Międzyrzecz.

Izba wskazuje, że dowody te należy uznać za nieprzydatne dla rozpoznania sprawy. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia to, że Izba dokonuje oceny zaniechań lub czynności Zamawiającego podejmowanych w postepowaniu na moment wniesienia odwołania. Tym samym nie sposób uznać, że obecnie Izba powinna je wziąć pod uwagę w kontekście badania prawidłowości czynności lub też zaniechań po stronie Zamawiającego, które są wskazywane w treści odwołania, skoro Zamawiający owymi dokumentami wówczas nie dysponował, co oznacza, że nie posiadał wiedzy, którą mógł uzyskać dopiero po zapoznaniu się z ich treścią a więc w toku rozprawy. Izba zauważa, że przedstawianie dokumentów w zakresie faktycznego udziału ZPU Międzyrzecz w realizacji zadań wykonywanych w ramach konsorcjum oraz dokumentu potwierdzającego zobowiązanie do uczestnictwa w realizacji omawianego zamówienia nie może następować po wyborze najkorzystniejszej oferty, w szczególności w wyniku wniesionego odwołania w tym przedmiocie.

Izba nie zgadza się również ze stanowiskiem Przystępującego, że czynność wezwania Przystępującego do uzupełnienia określonych dokumentów oraz złożenia wyjaśnień pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, co oznacza, że odwołanie nie może zostać uwzględnione. Przystępujący upatrywał braku owego wpływu w tym, że w wyniku wezwania Zamawiający otrzyma od Przystępującego te same dokumenty i wyjaśnienia, które zostały złożone przed Izbą.

Izba uważa wręcz przeciwnie, co oznacza, że stoi na stanowisku, że czynność wezwania do uzupełnienia dokumentu jak również udzielenia wyjaśnień jest czynnością, która bez wątpienia ma istotny wpływ na wynik postepowania, bowiem w sytuacji, gdy wykonawca nie uzupełni żądanego dokumentu, będzie to następnie podstawą do czynności bardzo dolegliwych względem wykonawcy, tj. wykluczenia go z postepowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postepowaniu, co bez wątpienia będzie miało wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Następnie Izba wskazuje również, że podmiotem prowadzącym postępowanie o udzielenie zamówienia jest Zamawiający i to on, jako gospodarz postępowania dokonuje wszelkich czynności w postepowaniu, jak również podejmuje wszelkie niezbędne działania i idące za tym decyzje, w tym również te związane oceną wyjaśnień lub też złożonych dokumentów. Tym samym rolą Zamawiającego w tym przypadku jest żądanie od wykonawcy stosownych wyjaśnień oraz uzupełnień dokumentów a następnie ich ocena, która będzie warunkować podjęcie kolejnych czynności w postepowaniu. Izba zaś – jako organ kontrolujący czynności Zamawiającego w postępowaniu – nie może za Zamawiającego (komisję przetargową) bądź równolegle z nim, dokonywać czynności w postępowaniu a jedynie badać prawidłowość dokonanych już czynności.

Dodatkowo wskazać należy, przyjęcie złożonych dopiero na rozprawie dokumentów doprowadzić może do odebrania wykonawcom możliwości weryfikowania działań/zaniechań Zamawiającego w toku prowadzonej procedury o udzielenie zamówienia publicznego i w konsekwencji do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji.

Podsumowując, Izba stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazywanych przez Odwołującego w treści odwołania, odnoszących się do tego, że Zamawiający błędnie uznał, że Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt 15.6.3 lit a) SIWZ. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający względem doświadczenia wykazywanego przez Przystępującego (tj. doświadczenia ZPU Międzyrzecz) powinien był przeprowadzić procedurę wyjaśniającej opisaną w art. 26 ust. 4 Pzp, czego zaniechał. Jednocześnie Izba stwierdziła również, że Zamawiający błędnie uznał, że Przystępujący w sposób dostateczny udowodnił, w jaki sposób oraz w jakim zakresie i charakterze będzie dysponował zasobem udostępnionym przez ZPU Międzyrzecz przez cały okres realizacji zamówienia, co skutkowało tym, że nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia dokumentu zobowiązania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, co spowodowało naruszenie ww. przepisu.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 i 2 lit. b), § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty postępowania poniesione przez Odwołującego w kwocie 23.600,00 zł, w tym: koszt dokonanego wpisu 20 000,00 zł oraz koszt zastępstwa procesowego na kwotę 3600 zł, w oparciu o fakturę VAT przedłożoną na rozprawie.

……