

WYROK
z dnia 10 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 listopada 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **20 października 2017 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum Firm: 1) M. S. S.A z siedzibą w Z (Lider Konsorcjum), 2) M. S. + Sp. z o.o. z siedzibą w Z (Partner Konsorcjum), 3) I. S. S.A z siedzibą w S. (Partner Konsorcjum); z adresem dla lidera konsorcjum: (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. (...)**

przy udziale wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) G. E. sp. z o.o. (Lider), 2) E.-T. sp. z o.o. (Partner), ul. (...); z adresem dla siedziby lidera: (...)** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w części dotyczącej:

1

-
- a) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art 36 a ust. 2 Prawa Zamówień Publicznych zwanego dalej: „Pzp” poprzez wybór złożonej przez Konsorcjum Firm: 1) G. E. sp. z o.o. (Lider), 2) E. -T. sp. z o.o. (Partner), ul. (...); z adresem dla siedziby lidera: (...) oferty pomimo, iż żaden z Konsorcjantów, zgodnie z treścią przedłożonych formularzy JEDZ, nie będzie realizował zastrzeżonych do osobistego Wykonania prac polegających na "uruchomieniu instalacji";
 - b) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art 36 a ust. 2 w zw. z art. 7 Pzp polegające na dokonaniu oceny ofert z pominięciem okoliczności obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę: kluczowych części zamówienia na roboty budowlane w zakresie uruchomienia instalacji elektrowni;
 - c) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 22 a ust. 2 w zw. z ust 4 Pzp poprzez przyjęcie, że wybrany wykonawca udowodnił Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotów trzecich, które - zgodnie z treścią ww. przepisów, używając potencjału muszą zrealizować roboty budowlane lub usługi, do realizacji których potencjał ten jest wymagany;
 - d) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt. 2 w zw. z ust. 1b pkt. 3 w zw. z ust. 3 Pzp poprzez nieuprawnione uznanie, iż Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sytuacji, w której nie posiada on wymaganego doświadczenia pozwalającego na samodzielną realizację kluczowych części zadania;
 - e) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 lit. a w zw. z art. 36 a ust. 2 Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez Konsorcjum Firm: 1) G. E. sp. z o.o. (Lider), 2) E. -T. sp. z o.o. (Partner), ul. (...); z adresem dla siedziby lidera: (...), która powołując się na zdolności techniczne i zawodowe osób trzecich, faktycznie powierzy kluczowe części zamówienia podwykonawcom. Zamawiający zastrzegł natomiast obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę czynności polegających na łączeniu paneli oraz uruchomienia instalacji, które to prace, możliwe do realizacji jedynie przez podmiot legitymujący się doświadczeniem wskazanym w pkt. 5.3.2 SIWZ, stanowią niewrażliwą i najistotniejszą część zadania;
 - f) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art 89 ust 1 pkt 2

Pzp poprzez wybór, jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Firm: 1) G. E. sp. z o.o. (Lider), 2) E.-T. sp. z o.o. (Partner), ul. (...); z adresem dla siedziby lidera:

2

Sierakowice Prawe 141D, 96-100 Skierniewice, pomimo, iż nie zostały spełnione warunki określone w SIWZ jakim są warunki zdolności technicznej i zawodowej;

- g) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty w sytuacji, gdy nie była to oferta najkorzystniejsza w rozumieniu ww. przepisów;
- h) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art 24 ust 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust 1 i 3, 23 oraz 22a Pzp, poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum Firm: 1) G. E. sp. z o.o. (Lider), 2) E.-T. sp. z o.o. (Partner), ul. (...); z adresem dla siedziby lidera: (...) z przedmiotowego postępowania, pomimo, iż nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu i nakazuje unieważnienie przez Zamawiającego czynności z dnia 11 października 2017 r., nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje Zamawiającemu wykluczenie Konsorcjum Firm: 1) G. E. sp. z o.o. (Lider), 2) E.-T. sp. z o.o. (Partner), ul. (...); z adresem dla siedziby lidera: (...) z udziału w postępowaniu oraz odrzucenie jego oferty, z uwagi na potwierdzenie się zarzutów odwołania we wskazanym wyżej zakresie. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. (...)** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Konsorcjum Firm: 1) M. S. S.A z siedzibą w Z (Lider Konsorcjum), 2) M. S. + Sp. z o.o. z siedzibą w Z (Partner Konsorcjum), 3) I. S.S.A z siedzibą w S. (Partner Konsorcjum); z adresem dla lidera konsorcjum: (...)** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od **Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. (...)** na rzecz **Konsorcjum Firm: 1) M. S. S.A z siedzibą w Z (Lider Konsorcjum), 2) M. S.+ Sp. z o.o. z siedzibą w Z (Partner Konsorcjum), 3) I. S. S.A z siedzibą w S. (Partner Konsorcjum); z adresem dla lidera konsorcjum: (...)** kwotę **24 831 zł 58 gr** (słownie: dwadzieścia cztery tysiące osiemset trzydzieści jeden złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania

3

odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 2196/17

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „*Budowa instalacji fotowoltaicznej w Miejskim Przedsiębiorstwie Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w S.*”, Znak sprawy: EZ - ZP- 08/2017, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za

numerem 2017/S 117-235538 z 21.06.2017 r., przez Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. (...) zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 11.10.2017 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Firm: 1) G. E. sp. z o.o. (Lider), 2) E. –T. sp. z o.o. (Partner), ul. (...); z adresem dla siedziby lidera: (...) zwanego dalej: „Konsorcjum G. E.” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta Konsorcjum Firm: 1) M. S. S.A. z siedzibą w Z. (Lider Konsorcjum), 2) M. S.+ Sp. z o.o. z siedzibą w Z. (Partner Konsorcjum), 3) I. S. S.A. z siedzibą w S. (Partner Konsorcjum); z adresem dla lidera konsorcjum: (...) zwane dalej: „K. M. S.” albo „Odwołującym”. Trzecią pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta i. P. S.A., ul. (...) zwana dalej: „i. P. S.A.”.

W dniu 20.10.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum M. S. wniosło odwołanie na w/w czynność z 11.10.2017 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 20.10.2017 r. (e-mailem). Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

- art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „Pzp” poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum G. E. w sytuacji, w której, jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji,
- art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 Pzp poprzez nieuprawnione, wielokrotne wzywanie Konsorcjum do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
- art 7 ust. 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz naruszenie zasady udzielania zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp,
- art 36 a ust. 2 Pzp poprzez wybór złożonej przez Konsorcjum G. E. oferty pomimo, iż żaden z konsorcjantów, zgodnie z treścią przedłożonych formularzy JEDZ, nie będzie realizował zastrzeżonych do osobistego wykonania prac polegających na "uruchomieniu instalacji".
- art 36 a ust. 2 w zw. z art. 7 Pzp polegające na dokonaniu oceny ofert z pominięciem okoliczności obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę: kluczowych części zamówienia na roboty budowlane w zakresie łączenia paneli oraz uruchomienia instalacji elektrowni. Zastrzeżenie ww. warunku w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” w sposób istotny ograniczyło krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenia zamówienia. Dodatkowo powyższy wymóg nie został zaskarżony w drodze odwołania przez żadnego z uczestników postępowania i tym samym obowiązek jego spełniania stał się wymogiem wiążącym wszystkich wykonawców biorących udział w przetargu. Tym bardziej; że przedmiotowe ograniczenie zawarte było w treści SIWZ. Tym samym skoro stanowiło istotny warunek zamówienia (przed terminem składania ofert) to w żaden sposób nie mogło być później traktowane (podczas czynności badania i oceny ofert)

5

jako wymóg nieistotny. Wymagania Zamawiającego zostały przecież określone jednoznacznie i wyczerpująco, a niedostosowanie się do nich powinno nieść za sobą określone w Pzp konsekwencje. W szczególności, że Zamawiający po otwarciu ofert nie może dokonywać ich oceny w sposób dowolny, a jedynie w taki, jaki podał w SIWZ.

- art. 22 a ust. 2 w zw. z ust. 4 Pzp poprzez przyjęcie, że wybrany wykonawca udowodnił Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotów trzecich, które - zgodnie z treścią ww. przepisów, użyczając potencjał muszą zrealizować roboty budowlane lub usługi, do realizacji których potencjał ten jest wymagany,
- art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum G. E. pomimo, że w sposób oczywisty nie odpowiada treści SIWZ. Wykonawca zamierza powierzyć wykonanie próbnego rozruchu wykonanej instalacji fotowoltaicznej osobie trzeciej, jednak czynność ta, wchodząca w skład czynności składających się na "uruchomienie instalacji" zgodnie z treścią SIWZ, winna być wykonana osobiście przez Wykonawcę, któremu powierzono realizację zamówienia;

- art 89 ust 1 pkt 5 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty złożonej przez wykonawcę, który powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wykonawca nie spełnił bowiem warunków zdolności technicznej lub zawodowej, o których mowa w pkt 5.2.1. lit c) SIWZ który mógłby zostać zweryfikowany pozytywnie jedynie w sytuacji, w której Konsorcjum G. E. wykazałaby, że wykonała lub wykonuje co

najmniej 2 umowy polegające na dostawie, montażu i uruchomieniu instalacji fotowoltaicznych. W przedmiotowej sprawie wykazano natomiast jedynie wykonanie tylko jednej umowy polegającej na dostawie; montażu i uruchomieniu instalacji fotowoltaicznych;

- art. 22 ust. 1 pkt. 2 w zw. z ust. 1b pkt. 3 w zw. z ust. 3 Pzp poprzez nieuprawnione uznanie, iż Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sytuacji, w której nie posiada on wymaganego doświadczenia pozwalającego na samodzielną realizację kluczowych części zadania.

Z treści dokumentu zał. 5.1. do SIWZ pn. „Zobowiązanie podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia,” wynika, że podmiot na którym polega wykonawca - udostępnia jedynie dostawę, montaż i rozruch próbny instalacji fotowoltaicznej, co wskazuje wprost, iż Wykonawca nie posiada ani samodzielnie, ani na skutek użyczenia, doświadczenia w "uruchomieniu " instalacji fotowoltaicznej, a do posiadania takiego doświadczenia obliuguje Wykonawcę treść SIWZ.

- art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 lit. a w zw. z art. 36 a ust. 2 Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez Konsorcjum G. E., która powołując się na zdolności techniczne i zawodowe osób trzecich, faktycznie powierzy kluczowe części zamówienia podwykonawcom. Zamawiający zastrzegł natomiast obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę

6

czynności polegających na łączeniu paneli oraz uruchomienia Instalacji, które to prace, możliwe do realizacji jedynie przez podmiot legitymujący się doświadczeniem wskazanym w pkt. 5.3.2 SIWZ, stanowią niewrażliwą i najistotniejszą część zadania.

- art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez wybór, jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Grupa Ekoenergia, pomimo, iż nie zostały spełnione warunki określone w SIWZ jakim są warunki zdolności technicznej i zawodowej.

- art. 91 ust 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum G. E. w sytuacji, gdy nie była to oferta najkorzystniejsza w rozumieniu ww. przepisów;

- art 24 ust 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust 1 i 3, 23 oraz 22a Pzp, poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Konsorcjum G. E. z przedmiotowego postępowania, pomimo, iż nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu;

Wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru w dniu 11.10.2017r. najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum G. E.,

2. wykluczenia z udziału w prowadzonym postępowaniu Konsorcjum G. E. z uwagi na niespełnienie przez ww. Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (mając natomiast na względzie co najmniej dwukrotne, uprzednie wezwanie Wykonawcy do przedłożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, brak jest prawnych możliwości konwalidacji dostrzeżonych uchybień), względnie; o:

3. odrzucenie Oferty złożonej przez Konsorcjum G. E., z uwagi na fakt, iż nie spełnia ona warunków określonych treścią SIWZ, a nadto, z uwagi na fakt, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

4. uwzględnienia skutków odrzucenia ww. oferty w toku ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz w rankingu ofert.

Mając na uwadze powyższe, wnosił o:

1. uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów na okoliczności wskazane w treści odwołania.

Konsorcjum G. E. w przedmiotowym postępowaniu złożyły wspólną ofertę. W treści Standardowego Formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, stanowiącego załącznik do oferty, wskazało jednak, iż nie spełnia samodzielnie postawionego przez zdolności technicznej i zawodowej. Zamawiającego wymogu Zamawiający w pkt. 5.3.2 SIWZ, wymagał bowiem, by każdy z Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia spełniał warunek:

7

□ warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 5.2.1. lit. c) SIWZ, jeżeli wykaże, że: a) wykonał lub wykonuje, co najmniej 2 umowy polegające na dostawie, montażu i uruchomieniu instalacji fotowoltaicznych, w zakresie zbliżonym do przedmiotu niniejszego zamówienia tj. każda z nich o mocy, co najmniej 500 kWp. - w związku z tym przedłoży wykaz robót budowlanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed 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 oraz załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane lub są wykonywane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

Konsorcjum G. E. w Standardowym formularzu jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, Część IV Kryteria kwalifikacji, lit. C - zdolność Techniczna i Zawodowa, podało, że wykonawcą wykazującym spełnienie ww. warunku w okresie pięcioletnim, przed ubieganiem się o udzielenie ww. zamówienia jest Lider Konsorcjum – tj. G. E. sp. z o.o. (dawniej: E. sp. z o.o.), realizujący przedsięwzięcie na rzecz Zamawiającego tj. Zamawiający W. i K. Spółka z o.o. w S., o wartości brutto 8 256 600,00 zł, w okresie 13.05.2014 r. - 27.05.2015 r. (dla zadania pn.: Budowa farmy fotowoltaicznej o łącznej mocy 1,45 MW, zlokalizowanej na terenie Zakładu Produkcji Wody „M.”, które polegało na dostawie, montażu i uruchomieniu instalacji fotowoltaicznych w zakresie zbliżonym do przedmiotu niniejszego zamówienia.

W tym też punkcie Konsorcjum G. E. spełnia stawiany przez Zamawiającego warunek, jednak jedynie połowicznie. Lider Konsorcjum wykonał, bowiem samodzielnie jedynie jedno zadanie polegające na dostawie, montażu i uruchomieniu instalacji. Celem wykazania doświadczenia w realizacji drugiego zadania, polegającego na dostawie, montażu i uruchomieniu instalacji fotowoltaicznych w zakresie zbliżonym do przedmiotu niniejszego zamówienia, Konsorcjum G. E. przedstawiło referencje i zobowiązanie do użyczenia wymaganego potencjału przez podmiot trzeci, jakim jest Spółka M. Sp. z o.o. sp.k., która miała nabyć wymagane doświadczenie w ramach realizacji jednego zadania pn.: „Budowa farmy fotowoltaicznej o łącznej mocy 1,4 MWp w Dolinie Zielawy” o wartości brutto 7 256 576,08 zł. Zamawiający nie zakwestionował tak opisanego sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu i wybrał złożoną przez wskazane Konsorcjum ofertę jako najkorzystniejszą. Na skutek jednak wniesionych przez pozostałych uczestników postępowania odwołań do Z KIO Zamawiający (pismem procesowym

8

19.09.2017 r.) uznał część podnoszonych zarzutów, w związku z czym oba z wniesionych odwołań zostały cofnięte, a postępowanie, na mocy postanowienia z 20.09.2017 r., umorzone (sygn. akt: KIO 1843/17,1873/17). W konsekwencji, Zamawiający pismem z 19.09.2017 r. unieważnił wybór oferty złożonej przez Konsorcjum oraz wystosował wezwanie do przedłożenia stosownego zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającej fakt niezalegania ze składkami przez Spółkę M. Sp. z o.o. Sp. k, w terminie do dnia 29.09.2017 r. W odpowiedzi na powyższe, pismem z 27.09.2017 r. Konsorcjum "zastąpiło" firmę M. innym podmiotem, tj. Spółką C. W. P. J. P. Spółka Jawna z siedzibą w C., przedkładając jednocześnie dla ww. podmiotu:

- Jednolity Europejski Dokument Zamówienia
- Zobowiązanie do oddania niezbędnych zasobów
- Informację z Krajowego Rejestru Karnego
- Zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego
- Zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS
- Odpis z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego -
- Oświadczenie o braku orzeczenia wobec niego środka zapobiegawczego w postaci zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne
- nową listę wykonanych robót oraz Referencje potwierdzające należyte ich wykonanie.

Po kolejnym wezwaniu Zamawiającego z 02.10.2017 r., powołującego się na treść art. 22a ust. 6 Pzp, Konsorcjum przedłożyło nowy dokument JEDZ dla Członków

Konsorcjum, skorygowany zgodnie z wezwaniem Zamawiającego. (Zważyć w tym miejscu należy, iż dokument JEDZ był uzupełniany już po raz drugi. Pierwszy raz Konsorcjum poprawiało ww. załącznik w dniu 28.08.2017 r. po pierwszym wezwaniu do uzupełnień przez Zamawiającego.) Kolejno, pismem z 06.10.2017 r. Zamawiający po raz ponowny dostrzegł braki w ofercie Wykonawcy, stąd też wezwał Konsorcjum do przedłożenia Zał. 3 - *"Oświadczenia wykonawcy o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia"*, który powinien zostać przedłożony przez podmiot, na którego potencjał Konsorcjum powołało się w piśmie z 27.09.2017 r. Ww. dokument także został przedłożony dopiero po ww. wezwaniu.

W ocenie Odwołującego, korzystając z uprawnienia przewidzianego w art. 22a ust. 6 Pzp, Wykonawca zobligowany jest do przedstawienia kompletu dokumentów dla nowego podmiotu bez konieczności ponownego, wielokrotnego zwracania się przez Zamawiającego z prośbą o ich przedłożenie. Mimo wprowadzenia do Pzp art. 22a ust. 6 Pzp nadal obowiązuje zasada jednokrotnego wezwania wykonawcy, który nie wykazuje spełniania warunków udziału w postępowaniu samodzielnie lub polegając na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów trzecich lub gdy

9

zachodzą wobec podmiotów trzecich podstawy wykluczenia. Z uwagi na powyższe, Odwołujący kwestionuje ww. wielokrotne wzywanie Wykonawcy do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, a nadto, podtrzymując dotychczasowe stanowisko w ww. zakresie, kwestionuje zgodność treści Oferty z warunkami stawianymi SIWZ oraz doświadczenie wybranego przez Zamawiającego Konsorcjum. Co więcej, sposób przygotowania przedmiotowej oferty świadczy nadto o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji, co samo w sobie powinno dyskredytować wybranego Wykonawcę od udziału w postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp poprzez nieodrzućcenie Oferty Konsorcjum pomimo, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, iż każde z oświadczeń przedłożonych przez w/w Konsorcjum wraz z pismem z 27.09.2017 r., było antydatowane. Wyjaśniając powyższe stwierdził, iż w odpowiedzi na wezwanie z 19.09.2017 r., Konsorcjum "zastąpiło" podmiot trzeci wskazany w ofercie, tj. M. Sp. z o. o. Sp. k. innym podmiotem, tj. C. W. P. J. P. Spółka Jawna z siedzibą w C., przedkładając oświadczenia i zobowiązania ww. podmiotu datowane na dzień 09.08.2017 r. Taka data wskazana została w Standardowym Formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, Zobowiązaniu Podmiotu Trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów, czy też oświadczeniu o braku orzeczenia wobec Spółki środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne. W odpowiedzi na wezwanie z 06.10.2017 r. do przedłożenia Zał. 3 - *"Oświadczenia Wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia"* Konsorcjum przedłożyło oświadczenie z taką także datą.

Wreszcie, po wezwaniu Zamawiającego z 02.10.2017 r. do przedłożenia poprawionego Formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, Wykonawca przedstawia skorygowany dokument (uwzględniający zmiany wprowadzone we IX 2017), datowany także na dzień 08.08.2017 r. Co istotne, ww. skorygowany dokument JEDZ zawiera elementy [rubryka A] skorygowane na wniosek Zamawiającego z 17.08.2017 r., o których w/w Konsorcjum nie mogło wiedzieć w dniu 08.08.2017 r. Jakkolwiek data wskazana w treści ww. dokumentów jest wtórna w stosunku do samego oświadczenia, to jednak wskazuje w sposób wyraźny na podanie przez Wykonawcę nieprawdy co do daty sygnowania danego dokumentu, co rzutuje w sposób istotny na wiarygodność i prawdziwość zawartych w nich informacji. W ocenie Odwołującego, antydatowanie dokumentów dyskwalifikuje je i ich wartość dla przedmiotowego postępowania, a akceptowanie tego rodzaju praktyk de facto prowadziłoby to do akceptowania fałszowania oświadczeń i dokumentów składanych w toku postępowań przetargowych. Złaskza, iż ostatnia nowelizacja przepisów Pzp w sposób wyraźny potwierdza, iż Wykonawca jest uprawniony do przedłożenia dokumentów wystawionych później niż data składania ofert, stąd też

10

Konsorcjum nie było w żaden sposób zobligowane do podawania dat innych niż rzeczywiste. Z uwagi na powyższe już tylko z tej przyczyny oferta Konsorcjum winna zostać odrzućcona.

W przypadku natomiast uznania, iż przedłożone dokumenty - w tym zobowiązanie podmiotu trzeciego - zostały opatrzone datą autentyczną, tj. uznania, iż w/w Konsorcjum dysponowało nimi przed upływem terminu ofert, podstawą do odrzucenia oferty jest także art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp z uwagi na fakt, iż Konsorcjum celowo złożyło ofertę wadliwą i niekompletną, celem ewentualnego "wycofania się" z prowadzonego postępowania bez ryzyka utraty wadium. Skoro już w dacie składania ofert dysponowało kompletem dokumentów podmiotu trzeciego, gotowego do użyczenia potencjału, który - w przeciwieństwie do poprzednio wskazanej Spółki M., nie miał zaległości podatkowych, składając ofertę w dobrej wierze, powinno powołać się na ten właśnie potencjał. Celowe złożenie oferty wadliwej/niepełnej, jako naruszające dobre obyczaje, nie powinno być przez Zamawiającego akceptowane.

Zarzut naruszenia art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 Pzp poprzez nieuprawnione, wielokrotne wezwanie Konsorcjum do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W przypadku nie podzielenia przez Izbę zarzutu opisanego powyżej, Odwołujący wskazuje, iż żaden z dokumentów przedłożonych przez Konsorcjum po uzupełnieniu pierwszego z wezwań z 19.09.2017 r. nie mogą zostać uwzględnione przy ocenie spełnienia przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu, gdyż zostały one przedłożone z naruszeniem art. 22a ust. 6 Pzp. Nowelizacja Pzp, wprowadzona ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. - o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), jakkolwiek poprzez dodanie art. 22a doprecyzowała zasady powoływania się przez wykonawcę na zasoby podmiotów trzecich w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to jednak w żaden sposób nie zniósła, czy też nie zmodyfikowała obowiązującej zasady jednokrotnego wzywania Wykonawcy do uzupełnienia czy korekty wadliwie złożonych dokumentów. Jak słusznie wskazano w treści opinii Prezesa UZP, dostępnej na stronie <https://www.uzp.gov.pl> [Opinie prawne dotyczące nowelizacji Pzp], art. 22a Pzp dotyczy udziału podmiotów trzecich w postępowaniu, a nie uzupełniania dokumentów. Regulacja z art. 22a Pzp odnosi się kolejno do: dopuszczalności powołania się na zasoby podmiotów trzecich przez wykonawcę (ust. 1 i 2), procedury badania potencjałów podmiotów trzecich (ust. 3), szczególnych wymogów związanych z realizacją zamówienia przez podmioty trzecie w przypadku udostępniania przez nie niektórych zasobów (ust. 4), zasady solidarnej odpowiedzialności podmiotu trzeciego z wykonawcą (ust. 5) oraz możliwości zmiany podmiotu trzeciego w trakcie trwania postępowania jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzą spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów

11

podstawy wykluczenia z postępowania (ust. 6). Regulacje dotyczące wzywania o uzupełnienie dokumentów oraz uzupełnianie dokumentów w postępowaniu zostały konsekwentnie opisane w art. 26 Pzp i reguły tam określone zachowują aktualność.

Przywołał za Zamawiającym za jego pismem z 19.09.2017 r. - wyrok KIO z 04.04.2017r., KIO 572/17). Podkreślił, iż w treści ww. orzeczenia w sposób wyraźny wskazano, iż *"byłoby przejawem nierównego traktowania wykonawców, gdyby wykonawca opierający się na potencjale podmiotów trzecich mógł uzupełniać swoją ofertę będąc wzywany kolejno, z obydwu podstaw prawnych do uzupełnienia braków oferty."* W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie był uprawniony do ponownego wzywania w/w Konsorcjum do przedłożenia dokumentów wskazanych w wezwaniu z 06.10.2017 r., czy 02.10.2017 r., które powinny zostać przedłożone w komplecie przez Wykonawcę wraz z podjęciem decyzji o "zamianie" podmiotu trzeciego. Zwłaszcza, iż przed zmianą podmiotu, na którego doświadczenie Wykonawca powołuje się celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, pismem z 17.08.2017 r. Zamawiający już raz wzywał Wykonawcę do przedłożenia skorygowanego formularza JEDZ dotyczącego Członków Konsorcjum. Ponowne wezwanie Zamawiającego w tymże zakresie w ocenie Wykonawcy było niedopuszczalne. Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazał, iż wybrany Wykonawca został nadto dwukrotnie wezwany do przedłożenia załączników dotyczących podmiotu trzeciego, który będzie brał udział w realizacji zamówienia, tj. dokumentów wskazanych w SIWZ w pkt. 5.4, 6.5.3 i 6.5.4. Jakkolwiek wezwanie z 17.08.2017 r. zawierało wadliwą podstawę prawną żądania, to jednak w sposób precyzyjny określało zakres żądanych dokumentów i oświadczeń. Pomimo wezwania, Konsorcjum nie przedłożyło Zaświadczenia wydanego przez właściwy Oddział Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Z uwagi na fakt, iż

powyższy zarzut - z uwagi na umorzenie postępowania prowadzonego przed KIO w sprawie prowadzonej pod sygn. akt: KIO 1843/17, KIO 1873/17, także i on świadczy o wadliwości działań Zamawiającego.

Zarzut braku wymaganego doświadczenia wykonania dwóch umów polegających na dostawie, montażu i uruchomieniu instalacji fotowoltaicznych. Odwołujący w dalszej kolejności podnosi, iż oferta w/w Konsorcjum została wskazana, jako najkorzystniejsza, pomimo, iż nie spełnia podstawowych kryteriów sprecyzowanych w SIWZ - w szczególności warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej. Jak wskazano powyżej, celem wykazania doświadczenia w realizacji jednego z dwóch wymaganych zadań, polegających na "dostawie, montażu i uruchomieniu instalacji fotowoltaicznych w zakresie zbliżonym do przedmiotu niniejszego zamówienia", w/w Konsorcjum przedstawiła - referencje i zobowiązanie do użyczenia wymaganego potencjału przez podmiot trzeci, jakim jest C. W. P. J. P. Sp. j., która miała nabyć wymagane doświadczenie w ramach realizacji jednego zadania pn.: „Zaprojektowanie; dostawa urządzeń, montaż oraz

12

przeprowadzenie procesu uruchomienia elektrowni, w tym uruchomienia instalacji fotowoltaicznej" na rzecz P. F. Sp. z o.o. w W..

Z treści nowego Zobowiązania ww. podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, wynika jednak, że podmiot, na którym polega wykonawca

- udostępnia w/w Konsorcjum jedynie doświadczenie w zakresie dostawy, montażu i rozruchu próbnego instalacji fotowoltaicznej. Użyczenie nie obejmuje doświadczenia w zakresie "uruchomienia" instalacji fotowoltaicznej, które tak w treści formularza JEDZ, jak i w zobowiązaniu podmiotu trzeciego, zostało wyraźnie wyłączone. Podkreślić przy tym wypada, że spółka C. W. P. J. P. Sp. j, nie jest uczestnikiem w/w Konsorcjum ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Jak wyżej wskazano uczestnikami w/w Konsorcjum są G. E. Sp. z o.o. z siedzibą w S., jako Lider oraz Spółka E. – T. Sp. z o.o. z siedzibą w Ł., jako Partner. W konsekwencji, nie można uznać, że w/w Konsorcjum spełniała wymóg realizacji co najmniej dwóch umów polegających na dostawie, montażu i uruchomieniu instalacji o wskazanych przez Zamawiającego parametrach, gdyż:

- 1.1. nie jest dopuszczalne poleganie na zdolnościach technicznych i zawodowych osób trzecich w zakresie, w jakim Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania danego zadania;
- 1.2. doświadczenie w "uruchomieniu" instalacji fotowoltaicznej o mocy co najmniej 500 kWp nie zostało skutecznie użyczone - treść zobowiązania podmiotu trzeciego ogranicza się bowiem jedynie do użyczenia doświadczenia w zakresie "rozruchu próbnego", nie zaś "uruchomienia". Wykonawca posiada zatem jedynie "jedno" doświadczenie w "uruchomieniu" instalacji, podczas gdy Zamawiający wymagał dwóch.
- 1.3 użyczenie przez firmę C. W. P. J. P. Sp. j, potencjału w zakresie doświadczenia w realizacji dostaw oraz montażu ma charakter fikcyjny, albowiem nie można w sposób "sztuczny" rozdzielić czynności "uruchomienia" od "rozruchu".

Ad. 1.1. Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu był uprawniony do takiego określenia warunku zdolności technicznej lub zawodowej, które w jego opinii zweryfikuje rzeczywistą zdolność Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Przypomnieć w tym miejscu należy, iż Zamawiający w SIWZ w pkt 3.41., wskazał, iż wymaga się osobistego wykonania przez Wykonawcę łączenia paneli oraz uruchomienia instalacji elektrowni. W ocenie Odwołującego nie jest jednak dopuszczalne poleganie na zdolnościach technicznych i zawodowych osób trzecich w zakresie, w jakim Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania danego zadania, czyli w zakresie "łączenia" i w zakresie "uruchomienia". Tym samym, z uwagi na powyższe zastrzeżenia - wykonawca powinien samodzielnie wykazywać spełnienie warunków zdolności technicznej i zawodowej oraz odpowiednie doświadczenie w tym zakresie, które powinno zostać

13

udokumentowane - co najmniej dwiema umowami dla realizacji zadań w podobnym stopniu, przy czym wystarczające byłoby, gdyby którykolwiek z członków Konsorcjum, który przystąpił do "osobistej" realizacji zastrzeżonych przez Zamawiającego czynności, legitymował się

żądanym doświadczeniem. Tylko wówczas taki Wykonawca dawałby rękojmię należytego wykonania ww. zadań. Zamawiający wymagał treści SIWZ by Wykonawca co najmniej dwukrotnie wykonał roboty polegające na dostawie, montażu i uruchomieniu instalacji fotowoltaicznych, stąd też oczywistym jest, że przy jednoczesnym zastrzeżeniu konieczności "osobistego uruchomienia" instalacji, czynność tą może wykonać jedynie wykonawca legitymujący się samodzielnie bądź w ramach zawiązanego Konsorcjum doświadczeniem wykonania co najmniej dwóch "uruchomień". Powoływanie się na doświadczenie podmiotu trzeciego - spółkę C. W. P. J. P. Sp. j w zakresie "uruchomienia" instalacji, w sytuacji, gdy, podmiot ten nie będzie mógł wykonać przedmiotu zamówienia w zastrzeżonej części "uruchomienia", stoi w oczywistej sprzeczności nie tylko z treścią SIWZ i wymaganiami Zamawiającego, lecz także z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Jaki bowiem sens ma powoływanie się na zdolność osoby trzeciej co do "uruchomienia" instalacji, skoro Wykonawca i tak z niej nie skorzysta, realizując dany zakres robót samodzielnie, bez udziału podmiotu, który posiada, choćby w części stosowne doświadczenie? Z daleko idącej ostrożności Odwołujący wskazał, że zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi, zgodnie z dyspozycją art. 36a ust. 2 Pzp, wyłącza już z mocy samego prawa nie tylko możliwość przekazania tej części zamówienia podwykonawcom, ale także uniemożliwia skorzystanie w tym zakresie z cudzych referencji. Zgodnie ze stanowiskiem zaprezentowanym przez A. Hyc - Łąd: Vademecum Zamawiającego, red. A Gawrońska - Baran, wyd. 1, 2007r., wprowadzenie do treści Ustawy pzp art.36a w obecnym kształcie oznacza, że wykonawca nie może *"polegać na zasobach podmiotów trzecich, w myśl art. 22a ust. 1, zastrzeżonej, jako kluczowa część zamówienia."* Potwierdza to wyrok z 07.07.2017 r., sygn. akt: KIO 1222/17 i 1224/17 - z art. 22a Pzp, w szczególności jego ust. 3 i 4, oraz zasady realności udostępnienia zasobów wyrażonej m.in. w wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE o sygn. C-3 24/14 Partner D. A. wynika, że w przypadku koniecznego udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia jako podwykonawcy, zakaz podwykonawstwa w konkretnym zakresie ma wpływ na możliwość powołania się na zasoby podmiotu trzeciego dla wykazania spełnienia warunku, którego ów zakres podwykonawstwa dotyczył (podmiot ten nie będzie mógł być podwykonawcą w danym zakresie, zatem nie spełni wymogu art. 22a ust. 4 Pzp). Z drugiej strony również nieadekwatne powołanie się na podwykonawstwo w stosunku do prac, do których odnosi się warunek (powołanie się w zbyt niewielkim zakresie) świadczy o braku realnego powołania się na

14

zasoby podmiotu trzeciego - będzie to obejście wymogu podwykonawstwa zawartego w art. 22a ust. 4 Pzp.

Z przyczyn powyższych zgodził się z poglądem, iż w przypadku zastrzeżenia w dokumentacji obowiązku osobistego wykonania kluczowej części zamówienia, organizator postępowania oczekuje wykonania zamówienia własnymi zasobami wykonawcy. Taka konstrukcja przepisu ma bowiem premiować tych wykonawców, którzy swoją pozycję przetargową budują na własnych zasobach technicznych, sprzętowych i kadrowych. Tym bardziej, że z obecnego brzmienia art. 36a Pzp wykreślono ust. 3. W konsekwencji oznacza to, że wskazane przez zamawiającego części zamówienia wykonawca musi wykonać osobiście - bez udziału podwykonawców będących podmiotem trzecim udostępniającym swój zasób w myśl art. 22a ust. 1 Pzp. W kontekście powyższej argumentacji Odwołujący stawia Zamawiającemu zarzut naruszenia art. 36a ust. 2 Pzp, albowiem pomimo wyraźnego zastrzeżenia w treści SIWZ obowiązku osobistego wykonania przez doświadczonego Wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane w zakresie łączenia paneli oraz uruchomienia instalacji elektrowni, ww. wymóg w toku oceny ofert został całkowicie pominięty. Dopuszczono bowiem możliwość wykonania ww. elementów przez podmiot, który nie posiada stosownego doświadczenia. Marginalnie zauważył, że na etapie wyboru ofert Zamawiający nie może przyjąć do badania ofert innych wymagań niż zostały wyartykułowane w SIWZ lub pominąć tych wymienionych. Treść SIWZ wiąże zarówno wykonawców, jak i przede wszystkim Zamawiającego.

Ad. 1.2. Niezależnie od powyższego, wskazać należy, iż wybranemu w toku postępowania Wykonawcy doświadczenie w "uruchomieniu" instalacji fotowoltaicznej o mocy co najmniej 500 kWp nie zostało skutecznie użyte - treść zobowiązania podmiotu trzeciego ograniczą się bowiem jedynie do użyczenia doświadczenia w zakresie "rozruchu

próbnego". Z przedłożonego przez Wykonawcę zał. nr 5.1. do SIWZ pn. Zobowiązanie podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, wskazano, że w ramach przetargu objętego niniejszym postępowaniem ww. spółka C. W. P. J. P. Sp. j. udostępnia Wykonawcy zdolności techniczne lub zawodowe. Z treści przedstawionego dokumentu wynika, że wykonawca będzie dysponował udostępnionymi zasobami w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia. Jednocześnie podkreślić należy, iż zakresem czynności w wykonywaniu, których będzie uczestniczył podmiot udostępniający swoją wiedzę i doświadczenie jest dostawa, montaż i rozruch próbny instalacji fotowoltaicznej. Z treści ww. dokumentu wynika nadto, że łączenie paneli oraz uruchomienie instalacji elektrowni zostanie wykonane przez Wykonawcę – G. E. sp. z o.o. oraz spółkę E. – T. sp. z o.o. - powyższe stanowi jednak jedynie oświadczenie podmiotu trzeciego, C. W. P. J. P. Sp. j. a sam Wykonawca, w żadnym z dokumentów przedłożonych wraz z ofertą, ww. okoliczności

15

nie potwierdza. W konsekwencji uznać jednak należy, iż nawet przyjęcie (w domyśle), że czynność uruchomienia instalacji wykonana zostanie przez któregoś z Konsorcjantów, to i tak nie będzie on posiadać doświadczenia w tym zakresie. Podmiot, na którym polega wykonawca - udostępnił jedynie doświadczenie w zakresie dostawy, montażu i rozruchu próbnego instalacji fotowoltaicznej. Spółka C. W. P. J. P. Sp. j. nie udostępnia bowiem zdobytego doświadczenia w zakresie uruchomienia instalacji. Tym, samym Wykonawca - Konsorcjum firm nie posiada doświadczenia, zdobytego poprzez realizację przedmiotu zamówienia z tytułu dwóch umów, o których mowa w SIWZ, a także nie dysponuje środkami umożliwiającymi uruchomienie instalacji fotowoltaicznej. z uwagi na zawężony zakres Zobowiązania podmiotu trzeciego: Wykonawca nie posiada zatem dostatecznego doświadczenia, który umożliwiłby uznanie, że spełniają warunki określone w SIWZ.

Ad 1.3. Powyższe wątpliwości stawiają także pod znakiem zapytania realność możliwości wykorzystania użyczanego potencjału oraz świadczą o wyraźnym naruszeniu art. 22a ust. 4 Pzp, zgodnie z którym 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. W ocenie Odwołującego się z treści ww. przepisu wynika bezspornie, że w przypadku użyczenia potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane i usługi, podmiot trzeci (w tym przypadku spółka C. W. P. J. P. Sp. J.) jest zobowiązana do realizacji części zamówienia, co do której użyczył wykonawcy swoich zasobów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zakres zadań wskazany do realizacji przez podmiot użyczający potencjału pokrywa się z zakresem prac deklarowanym do samodzielnej realizacji przez członków Konsorcjum i budzi poważne wątpliwości co do faktycznego zakresu pod wykonawstwa. Z daleko idącej ostrożności, celem poparcia ww. wniosków, Odwołujący się wskazuje, że w doktrynie podkreśla się, iż znowelizowany art. 22 a Pzp stanowi wyraz walki z tzw. "papierowym" powoływaniem się na zdolności podmiotów trzecich i powinien skutecznie przeciwdziałać handlowi referencjami. Trudno, bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której podmiot, który udostępnia wiedzę i doświadczenie, w rzeczywistości nie wykonuje przedmiotu umowy i nie ma bezpośredniego wpływu na jego realizację. W przeciwnym wypadku stwierdzić należy, że wykonawca, który wykonuje przedmiot umowy „osobiście” i powołuje się na doświadczenie podmiotu trzeciego, który jest bierny - w rzeczywistości wykonuje przedmiot umowy bez wymaganego doświadczenia.

W najnowszym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie zresztą podkreślano, że możliwość skorzystania z potencjału innego podmiotu nie oznacza jedynie formalnego powołania się na zasoby, ale taki sposób ich wykorzystania, który faktycznie powoduje realne ich zaangażowanie przy realizacji zamówienia, (wyrok KIO z 28.03.2017 r.,

16

sygn. akt: KIO 487/17). Czym innym jest sama ocena potencjału, czy to własnego wykonawcy, czy też udostępnionego mu w trybie art 22a Pzp, prowadzona w oparciu o zapisy SIWZ i ustalone tam kryteria weryfikacji podmiotowej wykonawców. Innym natomiast badaniem jest ustalenie przez zamawiającego, czy potencjał udostępniony wykonawcy na potrzeby realizacji zamówienia rzeczywiście będzie mógł być wykorzystany.

Nie można zrównywać obu wymienionych zakresów czynności zamawiającego do tezy, iż wystarczającym dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia jest samo przedłożenie zobowiązania podmiotu udostępniającego swoje zdolności. Ustawodawca wskazuje na potrzebę badania przez zamawiającego, czy potencjał podmiotu trzeciego, dotyczący doświadczenia koniecznego do uznania, iż wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia, będzie mógł być wykorzystany poprzez udział podmiotu trzeciego w realizacji części prac, do których zdolności te są wymagane, (wyrok KIO z 13.03.2017 r., KIO 359/17). Decydując się na korzystanie z zasobu podmiotu trzeciego; wykonawca powinien zagwarantować sobie możliwość korzystania z całości wiedzy i doświadczenia nabytych przez dany podmiot przy realizacji określonej inwestycji odpowiadającej wymogom ze specyfikacji; oraz powinien wskazać w jaki konkretny sposób owo korzystanie będzie urzeczywistniane przy realizacji inwestycji, o którą ubiega się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, (wyrok KIO z 03.02.2016 r., sygn. akt: KIO 71/16)

Zwrócił uwagę także na fakt, iż w dacie złożenia ofert Wykonawca dysponował rzekomo dwoma oświadczeniami podmiotów trzecich godzących się na podwykonawstwo i użyczających potencjału, w takim samym zakresie. Takie działanie w sposób oczywisty narusza powszechną praktykę zawierania umów - raczej nie podzleca się, nawet warunkowo, tego samego zadania, tym samym podmiotom, w tej samej dacie. W konsekwencji powyższego uznał, iż wybrany Wykonawca nie tylko nie dysponuje doświadczeniem w zakresie "uruchomienia" dwóch instalacji fotowoltaicznych o mocy, co najmniej 500 kWp, gdyż nie zostały one objęte treścią użyczenia, lecz także, a może i przede wszystkim, nie dysponuje doświadczeniem "montażu" i "dostawy" dwóch takich instalacji. Podmiot je użyczający, wbrew dyspozycji art. 22a ust. 4. nie będzie brał bowiem udziału w realizacji zamówienia jako podwykonawca, gdyż udzielone w tymże zakresie użyczenie nie mają charakteru realnego.

Zarzut naruszenia art. 36 a ust. 2 Pzp poprzez wybór złożonej przez Konsorcjum oferty pomimo, iż żaden z Konsorcjantów, zgodnie z treścią przedłożonych formularzy JEDZ, nie będzie realizował zastrzeżonych do osobistego Wykonania prac polegających na uruchomieniu instalacji. Odwołujący dodatkowo wskazał, iż z treści przedłożonego wraz z pismem przewodnim z 03.10.2017 r. JEDZ-a dla Partnera Konsorcjum, E. – T. Sp. z o. o. wynika, iż będzie on wykonywał prace związane z łączeniem modułów i rozruchem

17

instalacji fotowoltaicznej. Z treści formularza opracowanego dla Lidera Konsorcjum wynika natomiast, iż będzie on odpowiedzialny za *"instalacji, reprezentowanie konsorcjum zgodnie z udzielonym pełnomocnictwem a także prace wykonawcze m.in. roboty związane z łączeniem modułów i rozruchem instalacji fotowoltaicznej"*. Wykonawca nie wskazał zatem, pomimo wyraźnego wezwania zawartego już w treści pisma z 17.08.2017 r., który z wykonawców będzie odpowiedzialny za kluczową, zastrzeżoną do osobistego wykonania czynność uruchomienia instalacji. Wręcz przeciwnie - treści dokumentów wynika wprost, że żaden z Konsorcjantów osobiście ww. czynności nie wykona. Co istotne, w treści pisma procesowego z 19.09.2017 r., Zamawiający ponownie podkreślił, iż *"istotnym elementem pozwalającym na ocenę zakresu działania poszczególnych członków konsorcjum jest jednolity europejski dokumentów zamówienia określający w sekcji A rodzaj uczestnictwa każdego z wykonawców będącego członkami konsorcjum. JEDZ nakłada na każdego z członków konsorcjum obowiązek wskazania roli wykonawcy w grupie (lider, odpowiedzialny za określone zadania, itd.)"*. Pomimo powyższego, Zamawiający dokonał wyboru oferty w/w Konsorcjum bez jakiegokolwiek analizy, kto wykona zastrzeżone treścią SIWZ istotne elementy zamówienia. Z uwagi jednak na fakt, iż powyższe formularze JEDZ zostały przedłożone dopiero w X 2017 r., nie były one uprzednio analizowane, a ich treść nie była poddana pod rozstrzygnięcie KIO.

Zarzut sprzeczności oferty z treścią SIWZ. Powoływanie się na potencjał podmiotu trzeciego w zakresie zdolności technicznych i zawodowych świadczy nie tylko o konieczności wykluczenia ww. Wykonawcy z postępowania, lecz także stanowi o niezgodności wskazanego w ofercie sposobu wykonania zamówienia z założeniami SIWZ. W pkt. 3 ppkt. 41 SIWZ Zamawiający zażądał bowiem osobistego wykonania przez Wykonawcę łączenia paneli oraz uruchomienia instalacji elektrowni. Są to, jak już zostało wskazane powyższej, kluczowe elementy zamówienia w rozumieniu art. 36 a ust. 2 Pzp, które wybrany w postępowaniu Wykonawca powinien zrealizować samodzielnie. Pomimo powyższego, G.

E K. E.A wskazała na k. 59 oferty (Zobowiązanie podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia"), iż zakres prac polegający na rozruchu próbnym instalacji fotowoltaicznej zrealizowany zostanie przez podmiot trzeci. Wyjaśnił, iż w niniejszej sprawie, przedmiot zamówienia obejmuje dostawę, montaż oraz rozruch (uruchomienie) systemów paneli fotowoltaicznych, wytwarzających energię elektryczną na potrzeby Zamawiającego. Łącznie zainstalowanych zostanie 7148 modułów PV o łącznej mocy 1,89 MW. W ramach Zamówienia Wykonawca będzie zobowiązany m.in. do:

- 1) przygotowania terenu pod budowę, dostawy oraz montażu konstrukcji wsporczych modułów fotowoltaicznych oraz dostawy modułów fotowoltaicznych,
- 2) montażu modułów fotowoltaicznych (paneli),

18

- 3) dostawy i instalacji rozdzielnic oraz wszelkich innych niezbędnych urządzeń peryferyjnych i materiałów niezbędnych dla wykonania przedmiotu zamówienia, do wykonania przejść kablowych przez przegrody i zabezpieczenia ich, do dostawy i montażu okablowania DC i AC do podłączenia paneli PV, 4) podłączenia rozdzielnic AC i rozdzielni RnN paneli PV do wewnętrznej instalacji elektrycznej budynku,
- 5) dostawy, montażu i uruchomienia systemu wizualizacji i pomiarów z paneli PV umożliwiającego odczyt we wskazanych przez inwestora miejscach, do montażu, instalacji zabezpieczeń „ochrony przeciwprzepięciowej, przeciwporażeniowej, a nadto, do realizacji towarzyszących robót budowlanych w zakresie niezbędnym dla realizacji przedmiotu zamówienia,
- 6) wykonania prac porządkowych (np. malowanie, tynkowanie), mających na celu doprowadzenie obiektu do stanu pierwotnego, przywrócenie do stanu początkowego nawierzchni dróg, placów, chodników oraz do organizacji ruchu na czas budowy, z uwzględnieniem, że roboty są prowadzone na terenach zamkniętych, na których realizowany jest ciągły proces technologiczny,
- 7) uruchomienia, przeprowadzenia testów rozruchowych oraz prób odbiorczych instalacji oraz do dostawy oprogramowania

Na kluczowe elementy zamówienia określone powyżej składają się zatem czynności określone w pkt 2, 3, 4 i 7, tj. czynność montażu i podłączenia paneli oraz urządzeń peryferyjnych - rozdzielnic AC i rozdzielni RnN paneli PV do wewnętrznej instalacji elektrycznej budynku, wykonanie przejść kablowych przez przegrody i zabezpieczenia ich oraz montażu okablowania DC i AC do podłączenia paneli PV. Jest to główny zakres robót, jaki spoczywa na Wykonawcy. Pozostałe zadania, określone w pkt. 1, 5 i 6 powyżej, mają charakter wtórny i pomocniczy, niewymagający już tak szerokiej wiedzy specjalistycznej czy dodatkowego doświadczenia. Zamawiający świadomy istotności prac związanych z montażem i połączeniem modułów, opisując warunki udziału w postępowaniu wskazał wprost na konieczność posiadania przez potencjalnego wykonawcę doświadczenia w zakresie dostawy, montażu i uruchomienia instalacji, natomiast jako kluczowa została zastrzeżona część polegająca na połączeniu paneli i uruchomieniu instalacji. Z powyższego wynika, że częścią zadania, w odniesieniu, do której wykonawca ma ZARÓWNO spełniać określone wymagania w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, JAK RÓWNIEŻ osobiście wykonać świadczenie, bez możliwości jego podzlecenia, jest wykonanie montażu instalacji (w części określonej jako połączenie paneli) oraz uruchomienie instalacji. Na uruchomienie instalacji składa się natomiast m.in. poprawne połączenie skrzynek pośrednich, wykonanie układów pomiarowych, poprawna konfiguracja falowników, skonfigurowanie i wykonanie układu telemechaniki, wykonanie testów, rozruchu próbnego

19

oraz pomiarów. Tak "rozruch", jak i "uruchomienie", jest pojęciem bardzo ogólnym, które zawiera w sobie szereg czynności niezbędnych do poprawnej konfiguracji instalacji fotowoltaicznej. Sam rozruch przykładowo, mający na celu oprócz uruchomienia instalacji także sprawdzenie działania zainstalowanych urządzeń, jest zatem elementem, jednym z wielu, koniecznym dla prawidłowego uruchomienia instalacji i weryfikacji poprawności dokonanych połączeń.

W ocenie Odwołującego zlecenie wykonania tak rozumianego rozruchu próbnego osobie trzeciej jest niezgodne z zastrzeżeniem wykonania prac kluczowych osobiście przez

Wykonawcę, gdyż prowadzi do obejścia narzuconego przez Zamawiającego sposobu wykonania zamówienia. Co więcej, w ocenie Odwołującego, powierzenie "na papierze" wyodrębnionego jako dodatkowy etap realizacji inwestycji rozruchu próbnego jest z technologicznego punktu widzenia nie możliwe - w czasie rozruchu ujawniają się wszystkie usterki projektowania lub wykonawstwa oraz wszystkie wady zainstalowanych maszyn i urządzeń. Wady te w trakcie rozruchu powinny być usunięte, a sam rozruch powinien być poprzedzony próbami montażowymi, wykonanymi w ramach prac przyłączeniowych. Nie można zatem oczekiwać, by - przy założeniu konieczności wykonania zamówienia zgodnie z zasadami wiedzy technicznej - jeden podmiot dokonywał łączenia paneli i finalnego uruchomienia instalacji, inny zaś jedynie dokonywał rozruchu. Taki sztuczny podział prac nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia. Zwłaszcza, iż prace rozruchowe obejmują co do zasady nie tylko przygotowanie do uruchomienia urządzeń i instalacji lecz także regulację urządzeń energetycznych, technologicznych i kontrolno-pomiarowych, co wchodzi już w zakres czynności określonych przez zamawiającego jako "łączenie paneli". Powyższe wskazuje wyraźnie, iż proponowany przez Wykonawcę sposób realizacji zamówienia sprzeczny jest z oczekiwaniami Zamawiającego.

Zarzut nieudowodnienie przez Wykonawcę spełniania warunku dotyczącego zdolności zawodowej, o której mowa w pkt 5.2.1 lit. ci 5.3.2 lit. b SIWZ. Z daleko idącej ostrożności Odwołujący się dodatkowo wskazuje, iż treść SIWZ wymagała od Wykonawcy przedłożenia wykazu osób - zgodnie ze wzorem stanowiącym zał. nr 5, który wskazywałby:

- co najmniej jedną osobę do kierowania robotami w branży elektrycznej, posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń, posiadającą co najmniej 3-letnie doświadczenie zawodowe jako kierownik robót branży elektrycznej, w tym doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy/robót budowlanych przy wykonywaniu co najmniej dwóch instalacji fotowoltaicznych o mocy co najmniej 500 kWp.
- co najmniej jedną osobę do kierowania robotami w branży konstrukcyjno-budowlanej, posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń posiadającą co najmniej 3-letnie doświadczenie zawodowe jako kierownik robót

20

w branży konstrukcyjno - budowlanej, w tym doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy/robót budowlanych przy wykonywaniu co najmniej dwóch instalacji fotowoltaicznych o mocy co najmniej 500 kWp.

Wykonawca przedłożył wykaz osób potwierdzający rzekomo spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu, jednak wymagane przez Zamawiającego dane nie zostały przedstawione na-wzorzec oznaczonym, jako Zał. 5 do SIWZ. Uchybienie to miałoby charakter nieistotny, gdyby inna forma prezentacji żądanych przez Zamawiającego informacji była czytelna i pozwalała na dokonanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Sporządzona przez Wykonawcę Tabela, opisująca doświadczenie osób dedykowanych do realizacji zamówienia, "ucina" tekst w połowie, przez co nie pozwala na pełną identyfikację danych. I tak, na skutek ww. błędu, wybrano oferty G. E. pomimo, iż kierownik robót branży elektrycznej posiada doświadczenie zdobyte w ramach *"robót budowlanych przy budowie instalacji fotowoltaicznej o mocy 920 kWp realizowanej w [koniec tekstu]"*, bez określenia nazwy zadania oraz danych inwestora. Podobnie, opis doświadczenia osoby dedykowanej do kierowania robotami w branży konstrukcyjno - budowlanej kończy się na słowach *"pełnieniu funkcji kierowania robót budowlanych przy wykonywaniu instalacji fotowoltaicznej o mocy 0,99 MW w miejscowości M. R. realizowanej dla [koniec tekstu]"*, stąd też nie można uznać, by Zamawiający w sposób należyty zweryfikował fakt posiadania odpowiedniego potencjału kadrowego. Niepełne dane dotyczące ww. inwestycji uniemożliwiają ich identyfikację, a przez to, nie poddają się kontroli.

Zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia ww. danych i/lub do wyjaśnień, przy tak znacznej wartości zamówienia, świadczy o wadliwości działań Zamawiającego i samo w sobie stanowi podstawę do uwzględnienia niniejszego odwołania. Zwłaszcza, iż wątpliwości budzi nie tylko doświadczenie kadry kierowniczej, podane w sposób lakoniczny i niepełny, lecz także jej kwalifikacje. Zwrócić w tym miejscu należy uwagę na fakt, że podany w treści ww. Tabeli kierownik robót w branży konstrukcyjno - budowlanej nabył uprawnienia w dniu 4 grudnia 1982 r., tj. w okresie, w którym obowiązywało Rozporządzenie MGTIOŚ z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46 z późn. zm.), przyznające uprawnienia do kierowania,

nadzorowania i kontrolowania budowy i robót na innych zasadach i warunkach niż określone w obecnie obowiązujących aktach prawnych. W dokumentacji przedmiotowego postępowania brak jest jednak jakichkolwiek pism czy notatek sugerujących, by Zamawiający zweryfikował zakres uprawnień nadanych na podstawie innych niż obowiązujące obecnie przepisy.

21

Zamawiający w dniu 20.10.2017 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 23.10.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) i. P. S.A. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 23.10.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum G. E. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 31.10.2017 r. (e-mailem), a 03.11.2017 r. (oryginał na pierwszym posiedzeniu) Konsorcjum G. E. złożyło pismo procesowe podpisane jak powyżej. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Przystępującego pomimo, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji stwierdził, że jest pozbawiony jakichkolwiek podstaw a wywoły Odwołującego oceniać należy jak absurdalne. W pierwszy rzędzie Przystępujący odnieść się do twierdzeń Odwołującego jakoby antydatowane zostały dokumenty dotyczące podmiotu udostępniającego zasoby (tj. C. W. P. J. P. Spółka Jawna z siedzibą w C.), co ma wynikać z faktu datowania na dzień 09.08.2017 r. JEDZ-a, Zobowiązania Podmiotu Trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów, czy też oświadczenia o braku orzeczenia wobec Spółki środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne. Przystępujący wskazuje zatem, że ww. dokumenty nie zostały antydatowane, a podana w nich data 09.08.2017 r. odpowiada rzeczywistości.

Przystępujący, przygotowując się do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu, nie ograniczył się do pozyskania niezbędnych zasobów (tj. doświadczenia) oraz wymaganych oświadczeń i dokumentów od jednego podmiotu, tj. od M. Sp. z o.o. Sp. k., lecz również zasoby takie (tj. doświadczenie), oświadczenia i dokumenty pozyskał od C. W. P. J. P. Spółka Jawna. Przystępujący nie miał przy tym obowiązku już na etapie składania ofert wskazywać i powoływać się na wszystkie pozyskane zasoby, oświadczenia i dokumenty. Taki obowiązek nie wynika ani z przepisów prawa, ani z postanowień SIWZ. Co więcej, Przystępujący uznał i miał do tego pełne prawo, że powołanie się na zasoby M. Sp. z o.o. Sp. k. będzie całkowicie wystarczające i że z tego względu nie ma sensu powoływać się nadmiarowo na zasoby C. W. P. J. P. Spółka Jawna. Przystępujący zakładał natomiast, że gdyby z jakiś względów nie mógł posłużyć się zasobami M. Sp. z o.o. Sp. k., to w trybie czy to art. 22a ust. 6 Pzp czy też art. 36b ust. 2 Pzp będzie mógł powołać się na zasoby udostępnione mu przez C. W. P. J. P. Spółka Jawna. Postępowanie Przystępującego było

22

zatem w pełni racjonalne i zgodne z najlepszą praktyką w zamówieniach publicznych. Jeżeli natomiast Odwołujący twierdzi, że oświadczenia i dokumenty C. W. P. J. P. Spółka Jawna zostały antydatowane, to zgodnie z ogólną regułą rozkładu ciężaru dowodu, zawartą w art. 190 ust. 1 Pzp, powinien swoje twierdzenia poprzeć dowodami, czego nie uczynił.

Odnośnie złożonego w odpowiedzi na wezwanie z 06.10.2017 r. *"Oświadczenia Wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia"*, to przede wszystkim wskazać trzeba, że złożenie tego dokumentu w ogóle nie było wymagane. Zamawiający w wezwaniu z 06.10.2017 r. zażądał złożenia ww. oświadczenia przez C. W. P. J. P. Spółka Jawna. Przystępujący, działając wyłącznie z ostrożności, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego i nie chcąc niepotrzebnie przedłużać postępowania, dostarczył Zamawiającemu ww. oświadczenie. Powyższe nie zmienia podstawowej okoliczności, tj. tego żądanie złożenia ww. oświadczenia przez C. W. P., J. P. Spółka jawna nie ma żadnych podstaw w SIWZ. Przystępujący wskazał na to

Zamawiającemu w swoim piśmie z 09.10.2017 r., podnosząc, że: „z żadnego punktu SIWZ nie wynika, że podmiot trzeci miał złożyć ww. oświadczenie. Co więcej, z art. 25a ust. 3 pkt 1 Pzp jasno wynika, że podmiot trzeci miał złożyć w celu wykazania braku istnienia wobec niego podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim Przystępujący powołuje się na jego zasoby, warunków udziału w postępowaniu, oświadczenie w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ). C. W. P., J. P. Spółka jawna złożyła ww. oświadczenie w formie JEDZ, a Zamawiający je otrzymał. W świetle zarówno obowiązujących przepisów jak i postanowień SIWZ żądanie w odniesieniu do C. W. P., J. P. Spółka jawna jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń było i jest bezzasadne.” Już tylko ze względów wskazanych powyżej kwestia daty, jaką zostało opatrzone oświadczenie C. W. P., J. P. Spółka jawna, pozbawiona jest jakiegokolwiek znaczenia i nie ma żadnego wpływu na przedmiotowe postępowanie. Przystępujący raz jeszcze podkreśla, że w ogóle nie miał obowiązku dostarczyć Zamawiającemu ww. oświadczenia i równie dobrze mógł go nie składać. Ponadto Przystępujący wyjaśnia, że datowanie ww. oświadczenia na 09.08.2017 r. miało służyć wyłącznie wskazaniu, że C. W. P., J. P. Spółka jawna na dzień, w którym upływał termin składania ofert, nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz spełniania, w zakresie, w jakim Przystępujący powołuje się na jej zasoby, warunki udziału w postępowaniu.

Odnosząc się natomiast do zarzutu, że przedłożone przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 02.10.2017 r. skorygowane formularze JEDZ zostały opatrzone datą 08.09.2017 r. przede wszystkim wskazał na niejasność wezwania Zamawiającego. Zamawiający sformułował bowiem ww. wezwanie w następujący sposób - Zamawiający działając na podstawie art 26 ust. 4 Pzp w nawiązaniu do art. 22a ust 6, wzywa do przedłożenia wyjaśnień w zakresie oświadczeń złożonych przez członków Konsorcjum

23

w Jednolitym Europejskim Dokumentie Zamówienia w zakresie do Część IV ust. C pkt 1 a) (zdolność techniczna i zawodowa) w związku z przedłożoną w dniu 29.09.2017 r. odpowiedzią na wezwanie z 19.09.2017 r. i dokonaną przez Wykonawcę zmianą podmiotu trzeciego, na doświadczeniu którego Wykonawca zamierza polegać. Mając powyższe na względzie wzywał do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów, w formie pisemnej, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 05.10.2017 godz. 12:00. Przypominał iż zgodnie z zapisami SIWZ datą złożenia dokumentu jest data jego wpływu na wskazany adres Zamawiającego.

Przystępujący po zapoznaniu się z powyższym wezwaniem miał zasadniczy problem z ustaleniem czego tak prawdę oczekuje od niego Zamawiającego: czy wyjaśnienia (na co wskazywałby pierwszy akapit wezwania) i jeżeli tak to jakiej konkretnie kwestii, czy też uzupełnienia dokumentów JEDZ (na co wskazywałby drugi akapit wezwania) i jeżeli tak to w jakim konkretnie zakresie. Przystępujący, działając z najwyższą starannością, chcąc uczynić zadość wezwaniu Zamawiającego i jednocześnie uniknąć niepotrzebnego przedłużania postępowania, złożył Zamawiającemu zarówno wyjaśnienia jak i skorygowane formularze JEDZ, niejako zgadując o co konkretnie Zamawiającemu chodziło. W złożonych wyjaśnieniach Przystępujący wyjaśnił, że: „*pisem z dnia 27 września 2017 r., działając na podstawie art 22a ust. 6 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, dalej „ustawa Pzp”), Konsorcjum zastąpiło podmiot trzeci wskazany w ofercie, tj. M. Sp. z o.o. Spółka Komandytowa, innym podmiotem, tj. C. W. P., J. P. spółka jawna z siedzibą w (...) z, (...). Tym samym oświadczenia złożone przez członków Konsorcjum w Jednolitym Europejskim Dokumentie Zamówienia w Części IV ust. C pkt 1 a) (zdolność techniczna i zawodowa), w zakresie, w jakim powołano się tam na doświadczenie M. Sp. z o.o. Spółka Komandytowa, stały się nieaktualne. W pełni aktualne pozostaje natomiast powołanie się przez członków Konsorcjum w Jednolitym Europejskim Dokumentie Zamówienia w Części IV ust. C pkt 1 a) (zdolność techniczna i zawodowa) na własne doświadczenie członka Konsorcjum - G. E. Sp. z o.o. (dawniej E. Sp. z o.o.).*” Przystępujący wyjaśnił, że w formularzach JEDZ złożonych wraz z ofertą przez G. E. Sp. z o.o. i „E.-T.” Sp. z o.o. w Części IV ust. C pkt 1 a) (zdolność techniczna i zawodowa) opisano doświadczenie udostępnione Przystępującemu przez M. Sp. z o.o. Sp. K. Zostało to uczynione nadmiarowo, wręcz niepotrzebnie, opis doświadczenia udostępnionego gdyż Przystępującemu przez M. Sp. z o.o. Spółka Komandytowa znajdował się również w złożonym wraz z ofertą formularzu JEDZ dla M. Sp. z o.o. Sp. K. Ponieważ Przystępujący

po złożeniu oferty zastąpił podmiot trzeci wskazany w ofercie, tj. M. Sp. z o.o. Sp. K., innym podmiotem, tj. C. W. P., J. P. spółka jawna, Zamawiający uznał najwyraźniej, że analogiczna zmiana powinna również nastąpić w formularzach JEDZ złożonych przez G. E. Sp. z o.o. i

24

„E.-T.” Sp. z o.o. Tak w każdym razie wezwanie Zamawiającego z 02.10.2017 r. rozumiał Przystępujący i dlatego oprócz wyjaśnień w odpowiedzi na powyższe wezwanie złożył skorygowane formularze JEDZ opatrzone datą 08.08.2017 r. Skorygowanie formularzy JEDZ polegało na tym, że w miejsce opisu doświadczenia udostępnionego Przystępującemu przez M. Sp. z o.o. Spółka Komandytowa wstawiony został opis doświadczenia udostępnionego Przystępującemu przez C. W. P., J. P. spółka jawna.

Odnosząc się wprost do kwestii daty widniejącej w skorygowanych formularzach JEDZ, tj. 08.08.2017 r., Przystępujący wyjaśnia, że posłużenie się tą właśnie datą wynikało z dwóch względów. Po pierwsze, zgodnie z art. 25a ust. 1 Pzp do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca:

1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu;
2) spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60 d ust. 3. Przystępujący, opatrując skorygowane formularze JEDZ datą 08.08.2017 r., chciał zatem wskazać Zamawiającemu, że podane w nich informacje są aktualne na dzień składania ofert, tak jak tego wymaga art. 25a ust. 1 Pzp. Po drugie, Przystępujący, opatrując skorygowane formularze JEDZ datą 08.08.2017 r., chciał wskazać Zamawiającemu, że na dzień składania ofert dysponował zasobami (tj. doświadczeniem) udostępnionym mu przez C. W. P., J. P. spółka jawna. Przystępujący w dniu składania ofert tymi zasobami niewątpliwie dysponował, co wynika chociażby z treści zobowiązania C. W. P., J. P. spółka jawna.

Odwołujący podniósł również w odwołaniu, że: *„jakkolwiek data wskazana w treści ww. dokumentów jest wtórna w stosunku do samego oświadczenia, to jednak wskazuje w sposób wyraźny na podanie przez Wykonawcę nieprawdy co do daty sygnowania danego dokumentu, co rzutuje w sposób istotny na wiarygodność i prawdziwość zawartych w nich informacji. W ocenie Odwołującego się, antydatowanie dokumentów dyskwalifikuje je i ich wartość dla przedmiotowego postępowania, a akceptowanie tego rodzaju praktyk de facto prowadziłoby to do akceptowania fałszowania oświadczeń i dokumentów składanych w toku postępowań przetargowych. Zwłaszcza, iż ostatnia nowelizacja przepisów Ustawy Pzp w sposób wyraźny potwierdza, E Wykonawca jest uprawniony do przedłożenia dokumentów wystawionych później niż data składania ofert, stąd też Konsorcjum nie było w żaden sposób zobligowane do podawania dat innych niż rzeczywiste”* (str. 10 - 11 odwołania).

Przed wszystkim nie sposób się zgodzić z twierdzeniem, że antydatowanie dokumentu *„rzutuje w sposób istotny na wiarygodność i prawdziwość zawartych w nich informacji”* tudzież że *„antydatowanie dokumentów dyskwalifikuje je i ich wartość dla przedmiotowego*

25

postępowania”. Odwołujący w żaden sposób powyższych opinii nie uzasadnił, zwłaszcza nie odniósł się do konkretnych okoliczności istniejących w przedmiotowym postępowaniu.

Przystępujący ponownie wskazuje, że datowanie niewymaganego w SIWZ oświadczenia C. W. P., J. P. Spółka jawna na 09.08.2017 r. miało służyć wyłącznie wskazaniu, że C. W. P., J. P. Spółka jawna na dzień, w którym upływał termin składania ofert, nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz spełniania, w zakresie, w jakim Przystępujący powołuje się na jego zasoby, warunki udziału w postępowaniu. Jeżeli Odwołujący uważa, że antydatowanie *„rzutuje w sposób istotny na wiarygodność i prawdziwość zawartych w nich informacji”*, to powinien wykazać, że na dzień, w którym upływał termin składania ofert, C. W. P., J. P. Spółka jawna podlegała wykluczeniu z postępowania, względnie nie spełniała, w zakresie, w jakim Przystępujący powołuje się na jej zasoby, warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący oczywiście tego nie uczynił a nawet nie sformułował zarzutu w tym zakresie, ograniczając się do gołosłownych twierdzeń o dyskwalifikowaniu dokumentów i ich wartości dla przedmiotowego postępowania.

Analogicznie rzecz się ma z datowanymi na dzień 08.08.2017 r. skorygowanymi

formularzami JEDZ. Również w tym wypadku posłużenie się ww. datą miało na celu wyłącznie wykazanie, że informacje podane w formularzach JEDZ są aktualne na dzień składania ofert, tak jak tego wymaga art. 25a ust. 1 Pzp oraz że na dzień składania ofert Przystępujący dysponował zasobami (tj. doświadczeniem) udostępnionym mu przez C. W. P., J. P. spółka jawna. Jeżeli Odwołujący uważa, że antydatowanie „*rzutuje w sposób istotny na wiarygodność i prawdziwość zawartych w nich informacji*”, to powinien wykazać, że na dzień, w którym upływał termin składania ofert, informacje podane w skorygowanych formularzach JEDZ były nieprawdziwe, w szczególności że Przystępujący na ten dzień nie dysponował zasobami (tj. doświadczeniem) udostępnionym mu przez C. W. P., J. P. spółka jawna. Oczywiście Odwołujący również w tym przypadku tego nie uczynił a nawet nie sformułował zarzutu w tym zakresie, ponownie ograniczając się do gołosłownych twierdzeń o dyskwalifikowaniu dokumentów i ich wartości dla przedmiotowego postępowania. Przystępujący stanowczo zaprzecza również sugestiom Odwołującego jakoby dopuścił się „*falszowania oświadczeń i dokumentów składanych w toku postępowań przetargowych*”. Nic takiego nie miało miejsca a wszystkie dokumenty i oświadczenia złożone przez Przystępującego w toku postępowania odpowiadają rzeczywistości i odpowiadały jej na dzień, w którym upływał termin składania ofert.

Odnosnie twierdzenia Odwołującego, że „*ostatnia nowelizacja przepisów Ustawy Pzp w sposób wyraźny potwierdza, iż Wykonawca jest uprawniony do przedłożenia dokumentów wystawionych później niż data składania ofert, stąd też Konsorcjum nie było w żaden sposób zobligowane do podawania dat innych niż rzeczywiste*”, to dowodzi ono jedynie tego, iż Odwołujący nie rozróżnia formularzy JEDZ, których dotyczy art. 25a ust. 1 Pzp, od

26

pozostałych dokumentów podmiotowych, których dotyczy art. 26 ust. 1 Pzp. Tylko w przypadku innych dokumentów podmiotowych niż JEDZ zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp wykonawca może złożyć aktualne na dzień złożenia oświadczenia lub dokumenty potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. W przypadku formularzy JEDZ art. 25a ust. 1 Pzp wymaga natomiast wyraźnie, aby były one aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Dlatego też Przystępujący datował skorygowane formularze JEDZ na dzień 08.09.2017 r. Powołał wyrok KIO z 10.01.2017 r., sygn. akt: KIO 172/17. Podkreślił, że Odwołujący w odwołaniu w żaden sposób nie wyjaśnił w jaki sposób jego wywody łączą się z postawionym przez niego zarzutem, tj. zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez nieodrzućcenie oferty Przystępującego pomimo iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie wskazał w odwołaniu dlaczego uważa, że postępowanie Odwołującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, nie mówiąc już o wskazaniu które konkretnie elementy stanu faktycznego stanowiły wypełnienie ustawowej definicji czynu nieuczciwej konkurencji.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp Odwołujący podniósł również, że „*Konsorcjum celowo złożyło ofertę wadliwą i niekompletną, celem ewentualnego "wycofania się" z prowadzonego postępowania bez ryzyka utraty wadium. Skoro już w dacie składania Ofert Konsorcjum dysponowało kompletem dokumentów podmiotu trzeciego, gotowego do użyczenia potencjału, który - w przeciwieństwie do poprzednio wskazanej Spółki M. , nie miał zaległości podatkowych, składając ofertę w dobrej wierze, powinno powołać się na ten właśnie potencjał. Celowe złożenie oferty wadliwej/niepełnej, jako naruszające dobre obyczaje, nie powinno być przez Zamawiającego akceptowane*” (str. 11 odwołania). Sprowadzają się one do stwierdzenia, że złożenie oferty niezawierającego jakiegokolwiek z wymaganych przez Zamawiającego dokumentów (czyli niekompletnej) stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Można zatem retorycznie zapytać Odwołującego po co w Pzp znalazł się art. 26 ust. 3 Pzp, nakazujący zamawiającym wzywać wykonawców do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń, o których mowa w art. 25a ust. 1 Pzp, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Przecież w świetle wywodów Odwołującego zamawiający powinni kwalifikować oferty dotknięte brakami jako stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji i z miejsca je odrzucać. Stanowisko prezentowane przez Odwołującego jest zatem sprzeczne z obowiązującymi przepisami.

Niezależnie od powyższego wskazać trzeba, że zgodnie z utrwalonym i jednolitym orzecnictwem KIO nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji złożenie oferty wadliwej czy niekompletnej. Z ww. orzecnictwa wynika jednoznacznie, że o czynie nieuczciwej konkurencji można mówić wtedy, gdy wykonawca, który złożył ofertę niekompletną,

oświadczeń lub dokumentów, które miał złożyć wraz z ofertą, i czyni to w porozumieniu z innym wykonawcą, który złożył ofertę mniej korzystną. W rezultacie oferta wykonawcy wezwanego do uzupełnienia zostaje odrzucona, tudzież ten wykonawca wykluczony, a zamówienie zostaje udzielone wykonawcy, który złożył ofertę mniej korzystną (wyroki: KIO z 03.03.2014 r., sygn. akt: 309/14, z 10.01.2014 r., sygn. akt: KIO 2848/13, z 14.09.2010 r., sygn. akt: KIO/1874/10). Zjawisko takie opisuje się jako „ustąpienie miejsca” przez wykonawcę, który złożył ofertę z niższą ceną, wykonawcy, który zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wyższą, aby doprowadzić do wyboru droższej oferty. Nie ma żadnych wątpliwości, że w przedmiotowym postępowaniu nie mamy do czynienia z taką sytuacją. Przede wszystkim Przystępujący podkreślił, że nie złożył oferty wadliwej czy niekompletnej. Oferta złożona przez Przystępującego zawierała wszystkie wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty, w tym wszystkie wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego, tj. M. Sp. z o.o. Sp.k. Ponadto Przystępujący, wezwany przez Zamawiającego pismem z 17.08.2017 r. do złożenia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, złożył wszystkie wskazane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty. Wreszcie Przystępujący prawidłowo zareagował na wszystkie kolejne wezwania Zamawiającego, choć w jego ocenie co najmniej dwa z nich (z 02.10.2017 r. i z 06.10.2017 r.) były bezzasadne. W rezultacie Zamawiający uznał, że Przystępujący złożył wszystkie wymagane oświadczenia i dokumenty, spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu i ponownie wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą. Nie sposób zrozumieć jak w takich okolicznościach można zarzucać Przystępującemu „celowe złożenie oferty wadliwej/niepełnej”. Nie sposób też zrozumieć jak Przystępujący składając rzekomo ofertę wadliwą i niekompletną, miał działać „celem ewentualnego „wycofania się” z prowadzonego postępowania bez ryzyka utraty wadium”. Art. 46 ust. 4a Pzp, wprowadzony właśnie w celu zapobiegania zjawisku „ustępowania miejsca” droższemu wykonawcy, stanowi przecież wyraźnie, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Zatem rzekome celowe złożenie przez Przystępującego oferty wadliwej i niekompletnej, pomijając to, że nie miało miejsca, w razie braku odpowiedniej reakcji na wezwania Zamawiającego skończyłoby się dla Przystępującego zatrzymaniem wadium. Powyższe najlepiej dowodzi całkowitej bezzasadności zarzutu Odwołującego.

Przystępujący nie zgadza się też z twierdzeniem Odwołującego że: „skoro już w dacie składania Ofert Konsorcjum dysponowało kompletem dokumentów podmiotu trzeciego, gotowego do użyczenia potencjału, który - w przeciwieństwie do poprzednio wskazanej Spółki M. , nie miał zaległości podatkowych, składając ofertę w dobrej wierze, powinno powołać się na ten właśnie potencjał.” Przystępujący wskazuje ponownie, że przygotowując się do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu, nie ograniczył się do pozyskania niezbędnych zasobów (tj. doświadczenia) oraz wymaganych oświadczeń i dokumentów od jednego podmiotu, tj. od M. Sp. z o.o. Sp. k., lecz również zasoby takie (tj. doświadczenie), oświadczenia i dokumenty pozyskał od C. W. P. J. P. Spółka Jawna. Przystępujący nie miał przy tym obowiązku już na etapie składania ofert wskazywać i powoływać się na wszystkie pozyskane zasoby, oświadczenia i dokumenty. Taki obowiązek nie wynika ani z przepisów prawa, ani z postanowień SIWZ. Co więcej, Przystępujący uznał i miał do tego pełne prawo, że powołanie się na zasoby M. Sp. z o.o. Sp. k. będzie całkowicie wystarczające i że z tego względu nie ma sensu powoływać się dodatkowo na zasoby C. W. P. J. P. Spółka Jawna. Przystępujący zakładał natomiast, że gdyby z jakiś względów nie mógł posłużyć się zasobami M. Sp. z o.o. Sp. k., to w trybie czy to art. 22a ust. 6 Pzp czy też art. 36b ust. 2 Pzp będzie mógł powołać się na zasoby

udostępnione mu przez C. W. P. J. P. Spółka Jawna.

Przystępujący stanowczo zaprzecza także twierdzeniu Odwołującego jakoby M. Sp. z o.o. Sp. k. miała zaległości podatkowe i w związku z tym podlegała wykluczeniu z postępowania. Kwestii zaległości w uiszczaniu należności publicznoprawnych dotyczą art. 24 ust. 1 pkt 15 oraz art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków z opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności. Natomiast zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności. Jak widać, zarówno art. 24 ust. 1 pkt 15 jak i art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp stanowią, że nie ma podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty należności publicznoprawnych.

29

Wiążące porozumienie w sprawie spłaty należności publicznoprawnych wskazuje rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126). W § 5 pkt 2 i 3 ww. rozporządzenia wskazano, że w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający może żądać następujących dokumentów:

2) zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;

3) zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Z powyższego jasno wynika, że jeżeli wykonawca (względnie podmiot udostępniający zasoby) zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat należności publicznoprawnych wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem rozłożenie na raty zaległych płatności, to nie mają do niego zastosowania przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 15 jak i w art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp. W przypadku M. Sp. z o.o. Sp.k. mamy do czynienia właśnie z taką sytuacją. Podmiot ten zalega z uiszczaniem składek na ubezpieczenia społeczne. Niemniej jednak na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 963 ze zm.) wystąpił do właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o rozłożenie należności z tytułu składek na raty. Wniosek M. Sp. z o.o. Sp.k. został uwzględniony i stosownie do art. 29 ust. 1a ww. ustawy wnioskowane rozłożenie należności na raty nastąpiło w formie umowy. Innymi słowy M. Sp. z o.o. Sp.k. zawarła porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat należności z tytułu składek, tj. uzyskał przewidziane

30

prawem rozłożenie na raty zaległych płatności. W rezultacie, jak to już wskazano powyżej, do M. Sp. z o.o. Sp.k. nie mają zastosowania przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 15 jak i w art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp. Tym samym nie było też żadnych przeszkód, aby M. Sp. z o.o. Sp.k. udostępniła swoje zasoby Przystępującemu. Przeszkód, aby Przystępujący miał też pełne prawo założyć, że powołanie się na zasoby Sp. M. z o.o. Sp.k. będzie wystarczające do wykazania spełniania warunku doświadczenia. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 Pzp poprzez nieuprawnione, wielokrotne wezwanie Przystępującego do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu stwierdzić należy, że jest pozbawiony jakichkolwiek podstaw a wywody Odwołującego stoją w rażącej sprzeczności z rzeczywistością. Odwołujący uzasadniając powyższy zarzut podniósł w pierwszej kolejności podniósł, że: *„żaden z dokumentów przedłożonych przez Konsorcjum po uzupełnieniu pierwszego z wezwań z dnia 19 września 2017 r. nie mogą zostać uwzględnione przy ocenie spełniania przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu, gdyż zostały one przedłożone z naruszeniem art. 220 ust. 6 Ustawy pzp”*. Odnosząc się do powyższego Przystępujący wskazuje, że jeśli by nawet zgodzić się z powyższym twierdzeniem Odwołującego i przy ocenie spełniania przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu pominąć dokumenty złożone w odpowiedzi na wezwanie z 02.10.2017 r. i z 06.10.2017 r., to i tak dokumenty złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 19.09.2017 r. są całkowicie wystarczające do wykazania, że Przystępujący spełnia warunki postawione przez Zamawiającego, a dokładnie spełnia warunek doświadczenia. Przystępujący ponownie wskazuje, że w jego ocenie wezwania z 02.10.2017 r. i z 06.10.2017 r. były bezzasadne i niepotrzebne.

Wezwanie Zamawiającego z 02.10.2017 r. dotyczyło formularzy JEDZ złożonych wraz z ofertą przez G. E. Sp. z o.o. i „E.-T.” Sp. z o.o. Jak to już wyjaśniono powyżej w formularzach tych w Części IV ust. C pkt 1 a) C zdolność techniczna i zawodowa) opisano doświadczenie udostępnione Przystępującemu przez Sp. M. z o.o. Spółka Komandytowa. Zostało to uczynione nadmiarowo, wręcz niepotrzebnie, gdyż opis doświadczenia udostępnionego Przystępującemu przez M. Sp. z o.o. Spółka Komandytowa znajdował się również w złożonym wraz z ofertą formularzu JEDZ dla M. Sp. z o.o. Spółka Komandytowa. Ponieważ Przystępujący po złożeniu oferty zastąpił podmiot trzeci wskazany w ofercie, tj. M. Sp. z o.o. Spółka Komandytowa, innym podmiotem, tj. C. W. P., J. P. spółka jawna, Zamawiający uznał najwyraźniej, że analogiczna zmiana powinna również nastąpić w formularzach JEDZ złożonych przez G. E. Sp. z o.o. i „E.-T.” Sp. z o.o. Tak w każdym razie wezwanie Zamawiającego z 02.10.2017 r. zrozumiał Przystępujący i dlatego oprócz wyjaśnień w odpowiedzi na powyższe wezwanie złożył skorygowane formularze JEDZ opatrzone datą 08.09.2017 r. Skorygowanie formularzy JEDZ polegało na

31

tym, że w miejsce opisu doświadczenia udostępnionego Przystępującemu przez M. Sp. z o.o. Spółka Komandytowa wstawiony został opis doświadczenia udostępnionego Przystępującemu przez C. W. P., J. P. spółka jawna. W ocenie Przystępującego powyższe skorygowanie formularzy JEDZ nie było w ogóle potrzebne, bowiem opis doświadczenia udostępnionego Przystępującemu przez

C. W. P., J. P. spółka jawna znajdował się w formularzu JEDZ dla C. W. P., J. P. spółka jawna złożonym wskutek wezwania Zamawiającego z 19.09.2017 r. Ponadto opis doświadczenia udostępnionego Przystępującemu przez C. W. P., J. P. spółka jawna znajdował się również w wykazie robót budowlanych oraz w załączonych do tego wykazu referencjach, złożonych wskutek wezwania Zamawiającego z 19.09.2017 r.

Podkreślił ponadto, że z żadnego przepisu prawa jak również z żadnego postanowienia SIWZ nie wynika, że wykonawca, korzystając z przepisu art. 22a ust. 6 Pzp i zastępując podmiot udostępniający zasoby innym podmiotem, ma ponownie składać formularz JEDZ dla wykonawcy. W formularzu JEDZ wykonawca wskazuje przecież tylko w Części II, ust. C, czy polega na zdolności innych podmiotów. Przystępujący już w formularzach JEDZ złożonych wraz z ofertą wskazała, że polega na zdolności innych podmiotów i jego oświadczenie w tym zakresie nie wymagało żadnej zmiany. Natomiast zgodnie z art. 25a ust. 3 Pzp wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu

w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, ma nastąpić w formularzu JEDZ dotyczącym tego właśnie podmiotu trzeciego a nie w formularzu JEDZ dotyczącym wykonawcy. Również z tego względu wezwanie Zamawiającego z 02.10.2017 r. nie było potrzebne. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 19.09. 2017 r. złożył bowiem wszystkie wymagane dokumenty dla C. W. P., J. P. spółka jawna, natomiast nie miał obowiązku składać skorygowanych formularzy JEDZ dla Grupy E. sp. z o.o. i „E.-T.” sp. z o.o. Powyższe stanowisko Przystępującego potwierdza powołany w odwołaniu wyrok KIO z 04.04. 2017r., sygn. akt: KIO 572/17. W nawiązaniu do powyższego Przystępujący raz jeszcze wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 19.09.2017 r. przedłożył wszystkie wymagane dokumenty dotyczące nowego podmiotu trzeciego.

Z kolei wezwanie Zamawiającego z 06.10.2017 r. dotyczyło *"Oświadczenia Wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia"*, którego to oświadczenia Zamawiający zażądał w wezwaniu od C. W. P. J. P. Spółka Jawna. Przystępujący ponownie wskazuje, że żądanie złożenia ww. oświadczenia przez C. W. P., J. P. Spółka jawna nie ma żadnych podstaw w SIWZ. Z żadnego punktu SIWZ nie wynika bowiem, że podmiot trzeci miał złożyć ww. oświadczenie. Tym samym to, że Przystępujący nie złożył ww. oświadczenia w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 19.09.2017 r., jest pozbawione jakiegokolwiek znaczenia. Przystępujący ponownie wskazuje,

32

że z art. 25a ust. 3 pkt 1 Pzp jasno wynika, iż podmiot trzeci miał złożyć w celu wykazania braku istnienia wobec niego podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim Przystępujący powołuje się na jego zasoby, warunków udziału w postępowaniu, oświadczenie w formie JEDZ. C. W. P., J. P. Spółka jawna złożyła ww. oświadczenie w formie JEDZ a Zamawiający otrzymał je w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 19.09.2017 r. W świetle zarówno obowiązujących przepisów jak i postanowień SIWZ żądanie w odniesieniu do C. W. P., J. P. Spółka jawna jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń było i jest bezzasadne. Ze względu na powyższe nie zgodził się z tezą Odwołującego jakoby dokumenty wskazane w wezwaniu z 06.10.2017 r. czy 02.10.2017 r. „powinny zostać przedłożone w komplecie przez Wykonawcę wraz z podjęciem decyzji o „zmianie” podmiotu trzeciego” (str. 12 odwołania). Jest zresztą charakterystyczne, że formułując powyższy pogląd Odwołujący nie wskazał ani przepisu prawa, ani postanowienia SIWZ z którego wynikałby rzekomy obowiązek złożenia ww. dokumentów.

Niezależnie od powyższego Przystępujący wskazał, że Zamawiający formułując wezwanie z 02.10.2017 r. i z 06.10.2017 r. nie naruszył zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia. Jeżeli nawet Przystępujący był wzywany do uzupełnienia tych samych dokumentów, to nigdy z tego samego powodu czy w tym samym zakresie. Zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia nie można natomiast rozumieć w ten sposób, że dany dokument podlega uzupełnieniu tylko jeden raz, niezależnie od tego jaki był powód wezwania do jego uzupełnienia. Przywołał wyrok KIO z 07.02.2014 r., sygn. akt: KIO 115/14 oraz wyrok KIO z 25.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1434/14.

Odnosząc powyższe do twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający już raz wzywał Przystępującego do przedłożenia skorygowanego formularza JEDZ dotyczącego Członków Konsorcjum oraz że ponowne wezwanie Zamawiającego w tymże zakresie było niedopuszczalne (str. 12 odwołania) stwierdzić trzeba, iż powyższe wezwania nastąpiły z kompletnie różnych przyczyn i w całkowicie innym zakresie. Mianowicie w piśmie z 17.08.2017 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do: *„uzupełnienia Formularzy Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia złożonych dla Wykonawcy (Lidera i partnera konsorcjum) w dziale A w zakresie przypisania odpowiedzialności za określone zadania dla poszczególnych członków konsorcjum”*. Pomijając to, że w ocenie Przystępującego powyższe wezwanie do uzupełnienia nie miało podstaw i było zbędne, to jego zakres i przyczyna były zupełnie inne niż w przypadku wezwania z 02.10.2017 r. To ostatnie wezwanie dotyczyło bowiem Części IV JEDZ, ust. C pkt 1a) (zdolność techniczna i zawodowa), gdzie opisane zostało doświadczenie udostępnione Przystępującemu przez M. Sp. z o.o. Spółka Komandytowa. Z tego względu nie sposób mówić o naruszeniu przez Zamawiającego zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia.

33

Odwołujący podniósł również w odwołaniu, że Przystępujący „został nadto dwukrotnie wezwany do przedłożenia załączników dotyczących podmiotu trzeciego, który będzie brał udział w realizacji zamówienia, tj. dokumentów wskazanych w SIWZ w pkt. 5.4, 6.5.3 i 6.5.4. Jakkolwiek wezwanie z 17.08.2017 r. zawierało wadliwą podstawę prawną żądania, to jednak w sposób precyzyjny określało zakres żądanych dokumentów i oświadczeń” (str. 13 odwołania). Z powyższym twierdzeniem Odwołującego można się zgodzić tylko co do tego, że wezwanie z 17.08.2017 r. faktycznie zawierało wadliwą podstawę prawną żądania. Zamawiający powołał się bowiem na art. 26 ust. 3 Pzp a powinien się powołać na art. 26 ust. 1 Pzp. Niezależnie od powyższego wskazał, że w ww. wezwaniu Przystępujący na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp został wezwany do złożenia dokumentów w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu (pkt 3 wezwania) oraz dokumentów wymienionych w pkt 6.5. ppkt 1-9 SIWZ, dotyczących podwykonawcy, któremu zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia, a który nie jest podmiotem, na którego zdolnościach lub sytuacji wykonawca polega na zasadach określonych w art. 22a Pzp (pkt 4 wezwania). W żadnym z punktów ww. wezwania Zamawiający nie wskazał, że oczekuje od Przystępującego złożenia: „załączników dotyczących podmiotu trzeciego, który będzie brał udział w realizacji zamówienia, tj. dokumentów wskazanych w SIWZ w pkt. 5.4, 6.5.3 i 6.5.4.” W ww. wezwaniu o podmiocie trzecim, na którego zasobach będzie polegał Przystępujący, jest mowa tylko w jednym punkcie, gdzie: „Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp (powinno być art. 26 ust. 1 Pzp) wzywa do:

4. przedłożenia dokumentów dla podmiotu trzeciego, na zasobach którego będzie polegał, zgodnie z informacją zawartą na wzorach załączników - nr 4 i 5 do SIWZ, za wyjątkiem dokumentu rejestrowego, do którego adres elektroniczny został wykazany w JEDZ.”

Przystępujący zrozumiał powyższe wezwanie w taki sposób, że Zamawiający oczekuje od niego złożenia dokumentów – zał. 4 i 5 do SIWZ i takie też dokumenty złożył. W ocenie Przystępującego z powyższego zdania w żaden sposób nie wynikało, że Zamawiający oczekuje od Przystępującego złożenia: „załączników dotyczących podmiotu trzeciego, który będzie brał udział w realizacji zamówienia, tj. dokumentów wskazanych w SIWZ w pkt. 5.4, 6.5.3 i 6.5.4.” Co więcej, sam Zamawiający w piśmie procesowym z 19.09.2017 r. przyznał, że wezwanie z 17.08.2017 r. było niejasne i mogło wprowadzać w błąd. Warto też wskazać jak zasadniczo różniło się wezwanie z 17.08.2017 r. od kolejnego wezwania z 19.09.2017 r. W tym ostatnim wezwaniu Zamawiający wskazał bowiem, że: „Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.), wzywa do złożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dla podmiotu trzeciego, na zasobach którego będzie polegał Wykonawca, zgodnie z informacją zawartą na wzorach

34

załączników - nr 4 do SIWZ, za wyjątkiem dokumentu rejestrowego, do którego adres elektroniczny został wykazany w JEDZ tj. - zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.”

Różnica między wezwaniem z 17.08.2017 r. i 19.09.2017 r. jest zatem oczywista i zasadnicza. W ocenie Przystępującego nie ma też żadnych podstaw, aby konsekwencjami braku precyzji i jednoznaczności w wezwaniu z 17.08.2017 r. obciążać Przystępującego. Z tego względu ponowne wezwanie Przystępującego do złożenia wymaganych dokumentów, tym razem precyzyjnie i jednoznacznie wskazanych, było w pełni dopuszczalne i nie naruszało żadnych przepisów. Niezależnie od powyższego Przystępujący wskazał, że jeśli nawet przyjąć by, iż wezwanie z 17.08.2017 r. w sposób precyzyjny określało zakres żądanych dokumentów i oświadczeń (z czym Przystępujący się nie zgadza i czemu zaprzecza), to było wezwaniem dokonany na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, co przyznał także sam Odwołujący. Tym samym co najwyżej kolejne wezwanie z 19.09.2017 r. uznać należy za wezwanie dokonane na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Niewątpliwie bowiem przed

wykluczeniem Przystępującego z postępowania Zamawiający winien wezwać go do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. W orzecznictwie KIO konsekwentnie podkreśla się bowiem, że wykluczenie wykonawcy z postępowania nie może nastąpić przed wyczerpaniem zarówno trybu wezwania do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, jak i trybu wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp. Innymi słowy bez skorzystania z obu tych instytucji czynność wykluczenia z postępowania jest czynnością przedwczesną. Stanowisko powyższe KIO wyraziła w wyroku KIO z 03.11.2010 r., sygn. akt: KIO 2294/10, wyroku KIO z 24.02.2012 r., sygn. akt: KIO 281/12, KIO 290/12 oraz wyroku KIO z 28.03.2011 r., sygn. akt: KIO 595/11.

W świetle powyższego nie ma żadnych wątpliwości, że Zamawiający mógł i musiał ponownie wezwać Przystępującego do złożenia wymaganych dokumentów a zatem wezwanie z 19.09.2017 r. było w pełni dopuszczalne i prawidłowe. Nie sposób wreszcie zgodzić się, że „*pomimo wezwania, Konsorcjum nie przedłożyło Zaświadczenia wydanego przez właściwy Oddział Zakładu Ubezpieczeń Społecznych*” (str. 13 odwołania). Po pierwsze, z wezwania z 17.08.2017 r. wcale nie wynikało, że Zamawiający oczekuje od

35

Przystępującego złożenia zaświadczenia wydanego przez właściwy Oddział Zakładu Ubezpieczeń Społecznych dla podmiotu udostępniającego doświadczenie. Po drugie, w odpowiedzi na wezwanie z 19.09.2017 r. Przystępujący zamiast ww. zaświadczenia złożył oświadczenie, że na podstawie art. 22a ust. 6 pkt 1 Pzp zastępuje podmiot trzeci wskazany w ofercie, tj. M. Sp. z o.o. Spółka Komandytowa, innym podmiotem, tj. C. W. P., J. P. spółka jawna. Odpowiednio do tego Przystępujący złożył wszystkie wymagane w SIWZ oświadczenia i dokumenty dla nowego podmiotu trzeciego. Takie postępowanie Przystępującego było zgodne zarówno z powołanym w odwołaniu wyrokiem KIO 572/17 jak i z powołaną w odwołaniu opinią Prezesa UZP, dostępną na stronie <https://www.uzp.gov.pl> (Opinie prawne dotyczące nowelizacji Pzp). Podsumowując, Przystępujący podkreślił, że wywody odwołania dowodzą wyłącznie tego, iż Odwołujący nie dostrzega różnicy pomiędzy wezwaniem z art. 26 ust. 1 Pzp a wezwaniem z art. 26 ust. 3 Pzp, Tymczasem są to dwie zupełnie różne instytucje i nie można ich ze sobą utożsamiać. Przystępujący wskazuje również, że ani on, ani Zamawiający nie wykorzystali regulacji art. 22a ust. 6 Pzp do wielokrotnego uzupełniania dokumentów, ponadto Zamawiający nie odstąpił względem Przystępującego od zasady jednokrotnego wezwania do uzupełnienia.

Uzasadniając zarzut braku wymaganego doświadczenia wykonania dwóch umów polegających na dostawie, montażu i uruchomieniu instalacji fotowoltaicznych Odwołujący wskazał, że: „*z treści nowego Zobowiązania ww. podmiotu (tj. C. W. P., J. P. spółka jawna - przyp. Przystępującego) do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, wynika jednak, że podmiot, na którym polega wykonawca - udostępnia Konsorcjum jedynie doświadczenie w zakresie dostawy, montażu i rozruchu próbnego instalacji fotowoltaicznej. Użyczenie nie obejmuje doświadczenia w zakresie "uruchomienia" instalacji fotowoltaicznej, które tak w treści formularza JEDZ jak i w zobowiązaniu podmiotu trzeciego, zostało wyraźnie wytoczone.*” (str. 13 odwołania). Z powyższym wywodem nie sposób się zgodzić, gdyż stoi on w rażącej sprzeczności z faktycznym brzmieniem zarówno zobowiązania podmiotu trzeciego, tj. C. W. P., J. P. spółka jawna, jak i formularza JEDZ. W swoim zobowiązaniu C. W. P., J. P. spółka jawna jasno i wyraźnie oświadczyła, że:

„*(...) odnośnie zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów podmiotu który reprezentuję:*

wiedza i doświadczenie nabyte przez C. W.P.) J. SPÓŁKA JAWNA, (...), UL. (...) w wyniku wykonania instalacji fotowoltaicznej w miejscowości Wasilków, ul. (...) referencja wystawiona przez Przedsiębiorstwo Rolniczo-Handlowe „F. Sp. z o.o. w W.

Zakres prac/czynności. w wykonywaniu których będzie uczestniczył podmiot udostępniający swoją wiedzę i doświadczenie: dostawa, montaż i rozruch próbny instalacji fotowoltaicznej; (wpisać zakres prac/czynności w wykonywaniu których będzie uczestniczył

36

*podmiotu udostępniający swoją wiedzę i doświadczenie, wpisać funkcję lub stanowisko jakie będzie zajmowała osoba)”.
_____*

Nie ma zatem żadnych wątpliwości, że w zobowiązaniu podmiotu trzeciego jest mowa o tym w jakim zakresie podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji przedmiotowego zamówienia

(„Zakres prac/czynności w wykonywaniu których będzie uczestniczył podmiot udostępniający swoją wiedzę i doświadczenie: dostawa, montaż i rozruch próbny instalacji fotowoltaicznej”), a nie o tym, że: „użyczenie nie obejmuje doświadczenia w zakresie „uruchomienia” instalacji fotowoltaicznej”. W świetle zarówno zobowiązania podmiotu trzeciego jak i informacji podanych w formularzu JEDZ nie ma żadnych wątpliwości, że podmiot trzeci udostępni swoje doświadczenie w zakresie dostawy, montażu, jak i uruchomienia instalacji fotowoltaicznej. W zobowiązaniu wskazano jasno i wyraźnie, że zakres zasobów udostępnianych Przystępującemu to: „wiedza i doświadczenie nabyte przez C. W.P., J.P. SPÓŁKA JAWNA, (...), UL. (...) w wyniku wykonania instalacji fotowoltaicznej w miejscowości W., ul. (...) - referencja wystawiona przez P. R. -H. „F.” Sp. z o.o. w W.”. Jak widać zobowiązanie podmiotu trzeciego nie zawiera żadnych wyłączeń ani ograniczeń co do zakresu udostępnianego doświadczenia, w szczególności nie wyłączono z niego doświadczenia w zakresie uruchomienia instalacji fotowoltaicznej. Powyższe znajduje pełne potwierdzenie w treści formularza JEDZ. Wskazane w zobowiązaniu podmiotu trzeciego wiedza i doświadczenie nabyte przez C. W. P., J. P. spółka jawna w wyniku wykonania instalacji fotowoltaicznej w miejscowości W., ul. (...), zostało bowiem opisane w JEDZ tego podmiotu trzeciego w następujący sposób:

„Charakterystyka zamówienia/rodzaj robót/miejsce wykonania:

robotą polegającą na zaprojektowaniu, dostawie urządzeń, montażu i uruchomieniu fotowoltaicznej elektrowni, w tym uruchomieniu instalacji fotowoltaicznej, w zakresie zbliżonym do przedmiotu niniejszego zamówienia o mocy 1,0 MWp”.

Identyczny opis zakresu wiedzy i doświadczenia udostępnionych przez C. W. P., J. P. spółka jawna został zamieszczony w JEDZ Grupy E. Sp. z o.o. oraz w JEDZ „E.-T.” Sp. z o.o. Jednocześnie żaden z formularzy JEDZ złożonych przez Przystępującego nie zawiera jakichkolwiek wyłączeń ani ograniczeń co do zakresu doświadczenia udostępnianego przez podmiot trzeci, w szczególności nie wyłączono w nim doświadczenia w zakresie uruchomienia instalacji fotowoltaicznej. Wszystkie formularze JEDZ złożone przez Przystępującego wskazują natomiast jednoznacznie, że zakres doświadczenia udostępnianego przez podmiot trzeci obejmuje doświadczenie w zakresie uruchomienia instalacji fotowoltaicznej. Przeciwnie twierdzenia Odwołującego w tym zakresie są po prostu niezgodne z rzeczywistością. Ponadto raz jeszcze podkreślić trzeba, że wskazany w odwołaniu rozruch próbny instalacji fotowoltaicznej to określenie zakresu prac/czynności w

37

wykonywaniu których będzie uczestniczył podmiot trzeci, a nie zakresu doświadczenia udostępnianego Przystępującemu.

Uzasadniając zarzut braku wymaganego doświadczenia wykonania dwóch umów polegających na dostawie, montażu i uruchomieniu instalacji fotowoltaicznych Odwołujący stwierdził ponadto, że: „1.1.

nie jest dopuszczalne poleganie na zdolnościach technicznych i zawodowych osób trzecich w zakresie, w jakim Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania danego zadania” (str. 14 odwołania). Odnosząc się do powyższego Przystępujący na wstępie wskazuje, że sformułowany przez Zamawiającego nakaz osobistego wykonania przez wykonawcę łączenia paneli oraz uruchomienia instalacji elektrowni nie został naruszony. Po pierwsze, w zobowiązaniu podmiotu trzeciego jasno i wyraźnie wskazano, że: „Zakres prac/czynności, w wykonywaniu których będzie uczestniczył podmiot udostępniający swoją wiedzę i doświadczenie: dostawa, montaż i rozruch próbny instalacji fotowoltaicznej”. Zatem zakres prac/czynności, w wykonywaniu których będzie uczestniczył podmiot trzeci, nie obejmuje ani łączenia paneli, ani uruchomienia instalacji elektrowni. Po drugie, dla rozwiania wszelkich ewentualnych wątpliwości, w zobowiązaniu podmiotu trzeciego jasno i wyraźnie wskazano, że: „łączenie paneli oraz uruchomienie instalacji elektrowni zostanie wykonane przez Wykonawcę G. E.sp. z 0,0. i E.-T. sp. z o.o.”

Przystępujący nie zgodził się z postawionym przez Odwołującego zarzutem naruszenia art. 36a ust. 2 Pzp. Odwołujący, uzasadniając go w pkt Ad. 1.1 odwołania, wskazał, że: „dopuszczono bowiem możliwość wykonania ww. elementów (tj. łączenia paneli oraz uruchomienia instalacji elektrowni — przyp. Przystępującego) przez podmiot, który nie posiada stosownego doświadczenia” (str. 16 odwołania). Takiego stwierdzenia nie sposób

zaakceptować. Przede wszystkim Odwołujący zapomina, że Konsorcjum G. E. ma własne doświadczenie w wymaganym przez Zamawiającego zakresie, wynikające z wykonania dla Zakładu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w S. zamówienia na budowę farmy fotowoltaicznej o łącznej mocy 1,45 MW zlokalizowanej na terenie Zakładu Produkcji Wody „Miedwie”. Doświadczenie to opisane zostało zarówno w JEDZ -u, jak i wykazie robót budowlanych i nie jest kwestionowane przez Odwołującego. Zatem wbrew twierdzeniom Odwołującego w/w Konsorcjum, a w rezultacie Przystępujący posiada stosowne doświadczenie, w tym doświadczenie w zakresie łączenia paneli oraz uruchomienia instalacji elektrowni. Podkreślił, że wbrew twierdzeniom Odwołującego podmiot trzeci udostępnił Przystępującemu doświadczenie w zakresie wymaganym w warunku, tj. w zakresie dostawy, montażu jak i uruchomienia instalacji fotowoltaicznej, bez żadnych wyłączeń ani ograniczeń. Jednocześnie zakres prac/czynności, w wykonywaniu których będzie uczestniczył podmiot trzeci, jest całkowicie wystarczający do skutecznego udostępnienia doświadczenia we wskazanym powyżej zakresie. Dzięki temu, że podmiot

38

trzeci wykona dostawę, montaż i rozruch próbny instalacji fotowoltaicznej, oraz dzięki własnemu doświadczeniu w zakresie łączenia paneli oraz uruchomienia instalacji elektrowni, Przystępujący jak najbardziej będzie w stanie osobiście a zarazem należycie wykonać części zamówienia zastrzeżone przez Zamawiającego do osobistego wykonania.

W ocenie Przystępującego Odwołujący w swoim odwołaniu całkowicie pominął specyficzne okoliczności niniejszej sprawy. Przede wszystkim wskazać trzeba, że Zamawiający w warunku dotyczącym doświadczenia, sformułowanym w pkt 5.3.2 lit. a) SIWZ, wymagał wykonania dwóch identycznych umów: „a) *wykonał lub wykonuje co najmniej 2 umowy polegające na dostawie, montażu i uruchomieniu instalacji fotowoltaicznych, w zakresie zbliżonym do przedmiotu niniejszego zamówienia tj. każda z nich o mocy co najmniej 500 kWp.*” Innymi słowy doświadczenie wymagane przez Zamawiającego miało się dublować. Jednocześnie Zamawiający w żaden sposób ani nie wykluczył, ani nie ograniczył możliwości „sumowania” wymaganego doświadczenia, czy to w ramach konsorcjum, czy to poprzez skorzystanie z zasobów udostępnionych przez inny podmiot. W rezultacie w świetle SIWZ jak najbardziej dopuszczalna jest sytuacja, w której jeden konsorcjant wykonał jedną wymaganą umowę, a drugi konsorcjant - drugą. Tak samo w pełni dopuszczalna jest sytuacja, w której wykonawca samodzielnie wykonał jedną wymaganą umowę, natomiast w zakresie drugiej Umowy posiłkuje się doświadczeniem podmiotu trzeciego. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. G. E. Sp. z o.o. ma własne doświadczenie wynikające z wykonania jednej umowy, natomiast co do drugiej umowy posiłkuje się doświadczeniem C. W. P., J. P. spółka jawna. Trzeba przy tym podkreślić, że C. W. P., J. P. spółka jawna, tak samo jak G. E. Sp. z o.o., wykonała tylko jedną umowę spełniającą wymagania Zamawiającego. W rezultacie mamy do czynienia z sytuacją, w której doświadczenie w całym wymaganym zakresie (dostawa, montaż i uruchomienie instalacji fotowoltaicznych) ma zarówno Przystępujący, jak i podmiot udostępniający zasoby. Co więcej, doświadczenie Przystępującego i podmiotu udostępniającego zasoby jest tj. identyczne, obejmuje jedną przez wymaganą Zamawiającego urnowę. Czy w takim przypadku zasadę z art. 22a ust. 4 Pzp trzeba interpretować w taki sposób, że podmiot udostępniający zasoby powinien wykonać zamówienie dokładnie w takim zakresie, jak zakres udostępnianego doświadczenia (dostawa, montaż i uruchomienie instalacji fotowoltaicznych)? W ocenie Przystępującego taka interpretacja art. 22a ust. 4 Pzp prowadzi do absurdalnych i niemożliwych do zaakceptowania rezultatów. Po pierwsze z realizacji zamówienia wyeliminowany zostałby Przystępujący, który przecież posiada doświadczenie w całym wymaganym zakresie (dostawa, montaż i uruchomienie instalacji fotowoltaicznych). Po drugie, natomiast realizacją zamówienia miałby się zająć podmiot trzeci, który ma dokładnie takie samo doświadczenie jak Przystępujący, tj. wykonał jedną wymaganą przez Zamawiającego umowę. Nie sposób

39

zrozumieć dlaczego realizacja zamówienia przez podmiot trzeci miałaby być w takim wypadku „lepszą” niż realizacja zamówienia przez Przystępującego, skoro ich doświadczenie jest identyczne, względnie to doświadczenie Przystępującego jest „lepsz”, gdyż umowa wykonana przez G. E. Sp. z o.o. jest umową o większej wartości i dotyczyła instalacji

fotowoltaicznych o wyższej łącznej mocy niż umowa wykonana przez C. W. P., J. P. spółka jawna. W świetle powyższego nie ma żadnych wątpliwości, że w specyficznych okolicznościach niniejszej sprawy powierzenie C. W. P., J. P. spółka jawna realizacji zamówienia dokładnie w takim zakresie, jak zakres udostępnianego doświadczenia, nie było potrzebne do skutecznego udostępnienia tego doświadczenia.

Przystępujący wskazał, że jeszcze przed wejściem w życie ustawy z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 1020) w orzecznictwie KIO powszechnie przyjmowano, że dla skutecznego udostępnienia wiedzy i doświadczenia w zakresie robót budowlanych konieczne jest podwykonawstwo podmiotu udostępniającego zasoby. Jednocześnie Izba co najmniej w kilku wyrokach uznała jednak, że takie podwykonawstwo nie zawsze będzie potrzebne. Przytoczył wyrok KIO z 24.11.2015 r., sygn. akt: KIO 2487/15, gdzie Izba uznała, że nawet w przypadku robót budowlanych brak jest podstaw do żądania od wykonawcy, by całość prac została wykonana przez podmiot udostępniający zasoby, skoro sam wykonawca posiada odpowiednie ku temu doświadczenie. W ocenie Odwołującego powyższe stanowisko Izby winno znaleźć zastosowanie również w przedmiotowej sprawie. Wskazał też wyrok KIO z 17.04.2014 r., sygn. akt: KIO 663/14.

Niezależnie od powyższego Przystępujący podkreślił, że w SIWZ Zamawiający w żaden sposób ani nie wyłączył, ani nie ograniczył możliwości „sumowania” wymaganego doświadczenia, czy to w ramach konsorcjum, czy też poprzez skorzystanie z zasobów udostępnionych przez inny podmiot. SIWZ nie zakazuje wykonawcy „sumowania” własnego doświadczenia z doświadczeniem podmiotu udostępniającego zasoby. W szczególności zakaz taki nie wynika z zastrzeżenia przez Zamawiającego w pkt 3.41 SIWZ obowiązku osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę w zakresie łączenia paneli oraz uruchomienia instalacji elektrowni. Jeżeli Zamawiający chciałby, aby to wykonawca samodzielnie i w całości spełniał warunek dotyczący doświadczenia (tj. samodzielnie wykonał co najmniej 2 wymagane przez Zamawiającego umowy), to wskazałby to jasno i wyraźnie w SIWZ. Takiego wskazania w SIWZ jednak nie ma. Ze względu na powyższe Przystępujący nie może się zgodzić z twierdzeniami Odwołującego jakoby „wystarczające byłoby, gdyby którykolwiek z członków Konsorcjum, który przystąpi do „osobistej” realizacji zastrzeżonych przez Zamawiającego czynności, legitymował się żądanym doświadczeniem (tj. co najmniej dwiema umowami dla realizacji zadań w podobnym stopniu - przyp. Przystępującego)” tudzież że „czynność tą (tj. uruchomienie instalacji - przyp.

40

Przystępującego) może wykonać jedynie wykonawca legitymujący się samodzielnie bądź w ramach zawiązanego Konsorcjum doświadczeniem wykonania co najmniej dwóch „uruchomień” (str. 15 odwołania). Przystępujący wskazuje i podkreśla, że Zamawiający nie skorzystał w przedmiotowym postępowaniu z przepisu art. 23 ust. 5 Pzp i nie określił szczególnego, obiektywnie uzasadnionego, sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W szczególności z żadnego punktu SIWZ nie wynika, że w przypadku konsorcjum wymaganym doświadczeniem w całości (tj. obiema wymaganymi przez Zamawiającego umowami) ma się legitymować ten sam członek konsorcjum. Co więcej, sam Odwołujący postąpił inaczej niż obecnie wywodzi w odwołaniu, gdyż wykazując spełnianie warunku dotyczącego doświadczenia „zsumował” doświadczenie dwóch konsorcjantów, tj. M. S. S.A. (doświadczenie opisane na str. 16 oferty) i I. S.S.A. (doświadczenie opisane na str. 51 oferty). Każdy z ww. konsorcjantów wykonał jedną i tylko jedną umowę, natomiast trzeci członek konsorcjum, tj. M. S.+ Sp. z o.o., nie wykonał nawet jednej umowy spełniającej wymagania Zamawiającego. Innymi słowy żaden z konsorcjantów wchodzących w skład Odwołującego nie legitymuje się dwiema wymaganymi przez Zamawiającego umowami. Zatem w świetle wywodów odwołania także Odwołujący nie spełnia warunku doświadczenia.

Z SIWZ nie wynika również w żaden sposób, że w przypadku konsorcjum łączenie paneli czy uruchomienie instalacji elektrowni ma zostać wykonane przez tego konsorcjanta, który legitymuje się wymaganym doświadczeniem w całości (tj. dwiema wymaganymi przez Zamawiającego umowami), czy w ogóle jakimkolwiek doświadczeniem. Ponownie wskazał, że SIWZ nie zawiera postanowień, które potwierdzałyby wywody Odwołującego. W świetle postanowień SIWZ jak najbardziej dopuszczalne jest, aby łączenie paneli czy uruchomienie instalacji elektrowni zostało wykonane przez tego konsorcjanta, który nie wykonał nawet jednej umowy spełniającej wymagania Zamawiającego, tudzież przez tego konsorcjanta,

który wykonał tylko jedną taką umowę. Po raz kolejny też wywody odwołania stoją w rażącej sprzeczności z postępowaniem samego Odwołującego. Skoro bowiem żaden z konsorcjantów wchodzących w skład Odwołującego nie legitymuje się dwiema wymaganymi przez Zamawiającego umowami, to jest oczywiste, że najlepszym wypadku łączenie paneli czy uruchomienie instalacji elektrowni zostanie wykonane przez tego konsorcjanta, który wykonał jedną umowę spełniającą wymagania Zamawiającego. Jest też jak najbardziej możliwe, że ww. czynności zostaną wykonane przez M. S. + Sp. z o.o., który nie wykonał nawet jednej takiej umowy. Tym samym sytuacja Przystępującego niczym nie różni się od sytuacji Odwołującego, gdyż w jednym jak i w drugim wypadku łączenie paneli czy uruchomienie instalacji elektrowni nie zostanie wykonane przez podmiot, który legitymuje się wymaganym doświadczeniem w całości (tj. dwiema wymaganymi przez Zamawiającego umowami). Z Odwołującym można się zgodzić tylko co do tego, że nie można interpretować

41

SIWZ wbrew jej jednoznacznym, literalnym zapisom. Skoro zatem Zamawiający nie określił w SIWZ w żaden sposób w jakim układzie członkowie konsorcjum mają spełniać warunek doświadczenia, uznać należy, że każdy możliwy układ jest dopuszczalny i prawidłowy.

Uzasadniając zarzut braku wymaganego doświadczenia wykonania dwóch umów polegających na dostawie, montażu i uruchomieniu instalacji fotowoltaicznych Odwołujący stwierdził ponadto, że: „1.2. doświadczenie w „uruchomieniu” instalacji fotowoltaicznej o mocy co najmniej 500 kWp nie zostało skutecznie użyte - treść zobowiązania podmiotu trzeciego ogranicza się bowiem jedynie do użyczenia doświadczenia w zakresie „rozruchu próbnego”, nie zaś „uruchomienia” (str. 14 odwołania). Odwołujący następnie kilkakrotnie powtórzył powyższe stwierdzenia w pkt Ad. 1.2. na str. 16-17 odwołania. Odnosząc się do powyższego Przystępujący wskazuje, że twierdzenia Odwołującego stoją w rażącej sprzeczności z faktycznym brzmieniem zobowiązania podmiotu trzeciego jak i faktycznym brzmieniem formularza JEDZ podmiotu trzeciego. Przystępujący odniósł się szeroko do powyższych twierdzeń Odwołującego w pkt V niniejszego pisma. Przystępujący może zatem jedynie raz jeszcze stwierdzić, że w świetle zarówno zobowiązania podmiotu trzeciego jak i informacji podanych w jego formularzu JEDZ nie ma żadnych wątpliwości, iż podmiot trzeci udostępnia Przystępującemu swoje doświadczenie w zakresie dostawy, montażu jak i uruchomienia instalacji fotowoltaicznej, a nie jedynie w zakresie „rozruchu próbnego”.

Z tego względu Przystępujący nie może się zgodzić z twierdzeniem Odwołującego, że: „tym samym Wykonawca - Konsorcjum firm nie posiada doświadczenia, zdobytego poprzez realizację przedmiotu zamówienia z tytułu dwóch umów, o których mowa w SIWZ, a także nie dysponuje środkami umożliwiającymi uruchomienie instalacji fotowoltaicznej, z uwagi na zawężony zakres Zobowiązania podmiotu trzeciego” (str. 17 odwołania). Jak to już wykazano powyżej zakres zobowiązania podmiotu trzeciego nie jest w żaden sposób ograniczony i obejmuje wszystkie elementy wymagane w warunku, tj. dostawę, montaż i uruchomienie instalacji fotowoltaicznej. Nie sposób też zrozumieć jakimi to „środkami umożliwiającymi uruchomienie instalacji fotowoltaicznej” Przystępujący rzekomo nie dysponuje „z uwagi na zawężony zakres Zobowiązania podmiotu trzeciego”. Odwołujący w żaden sposób tego nie wyjaśniał, nie mówiąc już o poparciu swoich twierdzeń dowodami. Przystępujący może zatem jedynie oświadczyć, że wbrew twierdzeniom Odwołującego posiada wszystkie środki umożliwiające uruchomienie instalacji fotowoltaicznej, czego najlepszym dowodem jest to, iż G. E. Sp. z o.o. wykonała dla Zakładu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Szczecinie zamówienie na budowę farmy fotowoltaicznej o łącznej mocy 1,45 MW.

Odwołujący podniósł również w odwołaniu, że: „(...) zakresem czynności w wykonywaniu, których będzie uczestniczył podmiot udostępniający swoją wiedzę i doświadczenie jest dostawa, montaż i rozruch próbny instalacji fotowoltaicznej” (str. 17

42

odwołania). Odnosząc się do powyższego przede wszystkim wskazać trzeba, że taki a nie inny zakres podwykonawstwa podmiotu trzeciego jest skutkiem zastrzeżenia przez Zamawiającego w pkt 3.41 SIWZ obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę łączenia paneli oraz uruchomienia instalacji elektrowni. Raz jeszcze wskazać też trzeba, że zakres prac/czynności, w wykonywaniu których będzie uczestniczył podmiot trzeci, jest całkowicie wystarczający do skutecznego udostępnienia doświadczenia w wymaganym

przez Zamawiającego zakresie. Dzięki temu, że podmiot trzeci wykona dostawę, montaż i próbny rozruch instalacji fotowoltaicznej, oraz dzięki własnemu doświadczeniu w zakresie łączenia paneli oraz uruchomienia instalacji elektrowni, Przystępujący jak najbardziej będzie w stanie osobiście a zarazem należycie wykonać części zamówienia zastrzeżone przez Zamawiającego do osobistego wykonania. W szczególności Przystępujący będzie dysponować środkami umożliwiającymi uruchomienie instalacji fotowoltaicznej. Zakres podwykonawstwa podmiotu trzeciego jest całkowicie wystarczający do skutecznego udostępnienia doświadczenia w wymaganym przez Zamawiającego zakresie a Odwołujący w żaden sposób nie wykazał ani nawet nie uargumentował, że jest inaczej.

Odwołujący podniósł również w odwołaniu, że: „z treści ww. dokumentu (tj. zobowiązania C. W. P. J. P. Sp. j. - przyp. Przystępującego) wynika nadto, że łączenie paneli oraz uruchomienie instalacji elektrowni zostanie wykonane przez Wykonawcę G. E. sp. z o.o. oraz spółkę E.-T. sp. z o.o. — powyższe stanowi jednak jedynie oświadczenie podmiotu trzeciego, C. W. P. J. P. Sp. j. a sam Wykonawca, w żadnym z dokumentów przedłożonych wraz z ofertą, ww. okoliczności nie potwierdza” (str. 17 odwołania). Powyższy zarzut trudno oceniać inaczej jak absurdalny. Można jedynie zapytać z jakiego przepisu prawa albo z jakiego punktu SIWZ wynika, że Przystępujący miał potwierdzić w ofercie, że łączenie paneli oraz uruchomienie instalacji elektrowni zostanie wykonane osobiście przez Przystępującego. Odwołujący po raz kolejny formułuje zarzut w kompletnym oderwaniu od obowiązujących przepisów i postanowień SIWZ. Przystępujący podkreśla, że nie miał obowiązku wskazania w ofercie, że łączenie paneli oraz uruchomienie instalacji elektrowni zostanie wykonane osobiście przez Przystępującego, bowiem generalnie nie ma obowiązku wskazywania w ofercie jakie części zamówienia wykonawca wykona osobiście. Ponadto, dla rozwiania wszelkich ewentualnych wątpliwości, w zobowiązaniu podmiotu trzeciego jasno i wyraźnie wskazano, że: „łączenie paneli oraz uruchomienie instalacji elektrowni zostanie wykonane przez Wykonawcę - Grupę E. sp. z o.o. i E.-T. sp. z o.o.” Wbrew twierdzeniom Odwołującego powyższe oświadczenie podmiotu trzeciego ma charakter rozstrzygający, wskazano w nim bowiem wyraźnie jakiej części zamówienia podmiot trzeci nie będzie wykonywał. Jednocześnie Przystępujący nie musiał w żaden sposób potwierdzać powyższego oświadczenia podmiotu trzeciego w swojej ofercie. To

43

podmiot trzeci decyduje bowiem czy i jaką konkretnie część zamówienia będzie wykonywać jako podwykonawca.

Uzasadniając zarzut braku wymaganego doświadczenia wykonania dwóch umów polegających na dostawie, montażu i uruchomieniu instalacji fotowoltaicznych Odwołujący stwierdził ponadto, że: „1.3. użyczenie przez firmę

C. W. P. J. P. Sp. j. potencjału w zakresie doświadczenia w realizacji dostaw oraz montażu ma charakter fikcyjny, albowiem nie można w sposób "sztuczny" rozdzielić czynności "uruchomienia" od "rozruchu" (str. 14 odwołania). Problem w tym, że argumentacja przedstawiona w punkcie Ad 1.3. odwołania (str. 17 - 19 odwołania) nie ma nic wspólnego z powyższym twierdzeniem i odnosi się do zupełnie innych kwestii. Przystępujący może zatem jedynie skrótowo wskazać, że w użycie w zobowiązaniu C. W. P. J. P. Sp. j. pojęcia „rozruch próbny instalacji fotowoltaicznej” oraz „uruchomienie instalacji elektrowni” mają kompletnie różny zakres i nie pokrywają się w żadnym punkcie. Rozdzielenie „rozruchu próbnego instalacji fotowoltaicznej” od „uruchomienia instalacji elektrowni” nie jest też „sztuczne”, ale wynika z kompletnie innego znaczenia i zakresu tych pojęć.

Uzasadniając zarzut braku wymaganego doświadczenia wykonania dwóch umów polegających na dostawie, montażu i uruchomieniu instalacji fotowoltaicznych Odwołujący stwierdził w pkt Ad. 1.3. odwołania, że: „w ocenie Odwołującego się z treści ww. przepisu (tj. art. 22a ust. 4 Pzp) wynika bezsprzecznie, że w przypadku użyczenia potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane i usługi, podmiot trzeci (w tym przypadku spółka C. W. P. J. P. Sp. j.) jest zobowiązana do realizacji części zamówienia co do której użyczył wykonawcy swoich zasobów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu” (str. 18 odwołania). W tym samym punkcie odwołania Odwołujący podniósł również, że: wykonawca, który wykonuje przedmiot umowy „osobiście” i powołuje się na doświadczenie podmiotu trzeciego, który jest bierny - w rzeczywistości wykonuje przedmiot umowy bez wymaganego doświadczenia” (str. 18

odwołania). Odnosząc się do powyższego Przystępujący musi raz jeszcze wskazać, że Odwołujący w swoim odwołaniu całkowicie pominął specyficzne okoliczności niniejszej sprawy. Przystępujący wskazał i omówił te okoliczności w pkt VI niniejszego pisma, może zatem jedynie powtórzyć, że w specyficznych okolicznościach niniejszej sprawy powierzenie C. W. P. J. P. Sp. j. realizacji zamówienia dokładnie w zakresie odpowiadającym zakresowi udostępnianego doświadczenia nie było potrzebne do skutecznego udostępnienia tego doświadczenia.

Przystępujący nie może się też zgodzić z twierdzeniem Odwołującego, że podmiot udostępniający zasoby będzie bierny podczas realizacji przedmiotu umowy. Na to, że C. W. P. J. P. Sp. j. będzie podwykonawcą Przystępującego, jak i na zakres prac/czynności, w wykonywaniu których będzie uczestniczyła C. W. P. J. P. Sp. j. (dostawa, montaż i rozruch

44

próbny instalacji fotowoltaicznej), wskazano jasno i wyraźnie w zobowiązaniu ww. podmiotu, złożonym przez Przystępującego. Nie ma zatem żadnych wątpliwości, że C. W. P. J. P. Sp. j. będzie aktywnie uczestniczyła w realizacji przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie zakres uczestnictwa C. W. P. J. P. Sp. j. będzie wystarczający do skutecznego udostępnienia wiedzy i doświadczenia.

Przystępujący nie może się też zgodzić z twierdzeniem Odwołującego, że wykonanie przedmiotu umowy „osobiście” przez Przystępującego będzie wykonaniem przedmiotu umowy bez wymaganego doświadczenia. Jak to już podniesiono powyżej w niniejszej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, w której doświadczenie w całym wymaganym zakresie (dostawa, montaż i uruchomienie instalacji fotowoltaicznych) ma zarówno Przystępujący jak i podmiot udostępniający zasoby. Co więcej, doświadczenie Przystępującego i podmiotu udostępniającego zasoby jest identyczne, tj. obejmuje jedną wymaganą przez Zamawiającego umowę. Przystępujący posiada zatem doświadczenie umożliwiające mu należyte wykonanie przedmiotu umowy, nie gorsze od doświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby.

Odwołujący stwierdził również w punkcie Ad. 1.3. odwołania, że: „zakres zadań wskazany do realizacji przez podmiot udzielający potencjału pokrywa się z zakresem prac deklarowanym do samodzielnej realizacji przez członków Konsorcjum I budzi poważne wątpliwości do faktycznego zakresu podwykonawstwa.” (str. 18 odwołania). Po raz kolejny stwierdzić trzeba, że wywoły odwołującego mają niewiele wspólnego z rzeczywistością. Zakres zadań przewidziany do realizacji przez podmiot udzielający potencjału został precyzyjnie określony w zobowiązaniu C. W. P. J. P. Sp. j. Po pierwsze, w ww. zobowiązaniu jasno i wyraźnie że: „zakres prac/czynności, wskazano, w wykonywaniu których będzie uczestniczył podmiot udostępniający swoją wiedzę i doświadczenie: dostawa montaż i rozruch próbny instalacji fotowoltaicznej”. Zatem zakres prac/czynności, w wykonywaniu których będzie uczestniczył podmiot trzeci, nie obejmuje ani łączenia paneli, ani uruchomienia instalacji elektrowni. Po drugie, dla rozwiania wszelkich ewentualnych wątpliwości, w zobowiązaniu podmiotu trzeciego jasno i wyraźnie wskazano, że: „łączenie paneli oraz uruchomienie instalacji elektrowni zostanie wykonane przez Wykonawcę - G. E. Sp. z o.o. i E.-T. Sp. z o.o.” Jak w takiej sytuacji można twierdzić, że „zakres zadań wskazany do realizacji przez podmiot udzielający potencjału pokrywa się z zakresem prac deklarowanym do samodzielnej realizacji przez członków Konsorcjum” pozostaje tajemnicą Odwołującego, ponieważ w odwołaniu w żaden sposób tej kwestii nie wyjaśnił. Przystępujący może zatem jedynie stwierdzić, że żadne pokrycie się zakresów prac czy zadań nie ma miejsca, nie ma też żadnych wątpliwości do faktycznego zakresu podwykonawstwa C. W. P. J. P. Sp. j.

45

W uzupełnieniu powyższego Przystępujący podkreślił, że Zamawiający w ogóle nie zażądał w SIWZ wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, jak i nie zażądał w SIWZ podania przez wykonawcę firm podwykonawców. Tymczasem zgodnie z art. 36b Pzp to Zamawiający ma zażądać wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców, natomiast wykonawca ma podać ww. informacje w odpowiedzi na żądanie Zamawiającego. Zamawiający natomiast

póki co takiego żądania nie sformułował.

Odnosnie orzeczeń KIO powołanych przez Odwołującego w pkt Ad. 1.3. odwołania (str. 18-19) stwierdzić trzeba, że są one niewątpliwie słuszne, ale niewiele wnoszą do sprawy, skoro C. W. P. J. P. Sp. j. weźmie udział w realizacji przedmiotowego zamówienia jako podwykonawca Przystępującego, co jasno wynika z zobowiązania tego podmiotu. Z tych samych względów nie można się zgodzić z twierdzeniem Odwołującego, że: „(...) wybrany Wykonawca nie tylko nie dysponuje doświadczeniem w zakresie „uruchomienia” dwóch instalacji fotowoltaicznych o mocy, co najmniej 500 kWp, gdyż nie zostały one objęte treścią użyczenia, lecz także, a może i przede wszystkim, nie dysponuje doświadczeniem „montażu” i „dostawy” dwóch takich instalacji. Podmiot użyczający, wbrew dyspozycji art. 22a ust. 4, nie będzie brał bowiem udziału w realizacji zamówienia jako podwykonawca, gdyż udzielone w tymże zakresie użyczenie nie mają charakteru realnego” (str. 19 odwołania). Przystępujący po raz kolejny wskazuje, że kwestia podwykonawstwa C. W. P. J. P. Sp. j. nie powinna budzić żadnych wątpliwości, gdyż została jednoznacznie opisana w zobowiązaniu tego podmiotu. Nie sposób wreszcie nie zauważyć, że wywoły Odwołującego w punkcie Ad. 1.3. odwołania stoją w rażącej sprzeczności z jego wywodami w pkt 2 odwołania (str. 20 - 22 odwołania). W punkcie 2 odwołania Odwołujący nie ma bowiem żadnych wątpliwości, że C. W. P. J. P. Sp. j. będzie podwykonawcą Przystępującego jak i nie ma żadnych wątpliwości co do zakresu jej podwykonawstwa. Nie sposób zatem zrozumieć jak Odwołujący może jednocześnie zarzucać, że C. W. P. J. P. Sp. j. nie będzie i będzie podwykonawcą Przystępującego, skoro te zarzuty po prostu się wykluczają.

Kompletnie niezrozumiałe jest też stwierdzenie Odwołującego, że: „Podmiot je (tj. doświadczenie - przyp. Przystępującego) użyczający, wbrew dyspozycji art. 220 ust. 4, nie będzie brał bowiem udziału w realizacji zamówienia jako podwykonawca, gdyż udzielone w tymże zakresie użyczenie nie mają charakteru realnego” (str. 19 odwołania). Z czego rzekomo wynika brak realnego charakteru użyczenia i dlaczego C. W. P. J. P. Sp. j. rzekomo nie będzie brała udziału w realizacji zamówienia jako podwykonawca Odwołujący nie wyjaśnił, zatem Przystępujący może tylko tym głośliwym twierdzeniem zaprzeczyć.

46

Odwołujący stwierdził także w punkcie Ad. 1.3. odwołania, że „w dacie złożenia ofert Wykonawca dysponował rzekomo dwoma oświadczeniami podmiotów trzecich godzących się na podwykonawstwo i użyczających potencjału, w takim samym zakresie. Takie działanie w sposób oczywisty narusza powszechną praktykę zawierania umów - raczej nie podzleca się, nawet warunkowo, tego samego zadania, tym samym podmiotom, w tej samej dacie”

(str. 19 odwołania). Z powyższymi twierdzeniami Odwołującego nie sposób się zgodzić. Po pierwsze, nie sposób zrozumieć jaki związek mają te twierdzenia z tezą zawartą w pkt 1.3. odwołania, zgodnie z którą: „użyczenie przez firmę C. W. P. J. P. Sp. j. potencjału w zakresie doświadczenia w realizacji dostaw oraz montażu ma charakter fikcyjny, albowiem nie można w sposób „sztuczny” rozdzielić czynności „uruchomienia” od „rozruchu”. Po drugie, z doświadczeń Przystępującego wynika, że w zamówieniach publicznych bardzo częstą praktyką jest pozyskiwanie zasobów, wymaganych oświadczeń i dokumentów od więcej niż jednego podmiotu. Takie postępowanie świadczy o dużej ostrożności i roztropności wykonawcy, gdyby bowiem z jakichś względów nie mógł posłużyć się zasobami jednego podmiotu, to w trybie czy to art. 22a ust. 6 Pzp czy też art. 36b ust. 2 Pzp będzie mógł powołać się na zasoby udostępnione mu przez inny podmiot. Postępowanie Przystępującego było zatem w pełni racjonalne i zgodne z najlepszą praktyką w zamówieniach publicznych. Jeżeli natomiast powyższe twierdzenie Odwołującego stanowi nawiązanie do zarzutu, że oświadczenia i dokumenty C. W. P. J. P. Spółka Jawna zostały antydatowane, to zgodnie z ogólną regułą rozkładu ciężaru dowodu, zawartą w art. 190 ust. 1 Pzp, Odwołujący powinien swoje twierdzenia poprzeć dowodami, czego nie uczynił.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 36a ust. 1 Pzp poprzez wybór złożonej przez Przystępującego oferty pomimo, iż żaden z Konsorcjantów, zgodnie z treścią przedłożonych formularzy JEDZ, nie będzie realizował zastrzeżonych do osobistego wykonania prac polegających na uruchomieniu instalacji, Odwołujący podniósł, że: „Wykonawca nie wskazał zatem, pomimo wyraźnego wezwania zawartego już w treści pisma z 17.08.2017 r., który z wykonawców będzie odpowiedzialny za kluczową, zastrzeżoną do osobistego wykonania czynność uruchomienia instalacji. Wręcz przeciwnie - treści dokumentów wynika wprost, że

żaden z Konsorcjantów osobiście ww. czynności nie wykona.” (str. 20 odwołania). Odnosząc się do powyższego Przystępujący wskazuje, że twierdzenia Odwołującego stoją w rażącej sprzeczności z brzmieniem formularzy JEDZ złożonych przez G. E. S p. z o.o. i „E.” Sp. z o.o. W formularzach tych w obu wypadkach jasno i wyraźnie wskazano, że zarówno „E.-T.” Sp. z o.o. jak i G. E. Sp. z o.o. będą wykonywały „prace wykonawcze m.in. roboty związane z łączeniem modułów i rozruchem instalacji fotowoltaiki”. Z treści powyższego wskazania wynika w sposób niebudzący wątpliwości, że określenie roli Grupy E. Sp. z o.o. i „E.-T.” Sp. z o.o. w realizacji zamówienia nastąpiło w sposób ogólny, gdyż wskazano, że będą one wykonywały wszelkie prace wykonawcze (oczywiście

47

ze wyjątkiem tych, które zostaną powierzone podwykonawcom). Jednocześnie przykładowo wskazano, że G. E. Sp. z o.o. i „E.-T.” Sp. z o.o. będą wykonywały „roboty związane z łączeniem modułów i rozruchem instalacji fotowoltaiki”. Powyższego sformułowania nie sposób rozumieć inaczej niż wskazanie, że G. E. Sp. z o.o. i „E.-T.” Sp. z o.o. będą wspólnie wykonywać łączenie modułów i rozruch instalacji fotowoltaiki, czyli te części zamówienia, które Zamawiający zastrzegł w SIWZ do osobistego wykonania przez wykonawcę. Powyższe jest przy tym spójne z oświadczeniem zawartym w zobowiązaniu C. W. P. J. P. Sp. j., gdzie, dla rozwiania wszelkich ewentualnych wątpliwości, jasno i wyraźnie wskazano, że: „łączenie paneli oraz uruchomienie instalacji elektrowni zostanie wykonane przez Wykonawcę - Grupę E. Sp. z o.o. i E.-T. Sp. z o.o.” Jak w takich okolicznościach można mówić o niewskazaniu przez Przystępującego który z wykonawców będzie odpowiedzialny za zastrzeżoną do osobistego wykonania czynność uruchomienia instalacji, tudzież twierdzić, że z treści JEDZ wynika wprost, że żaden z Konsorcjantów osobiście ww. czynności nie wykona, pozostaje tajemnicą Odwołującego, gdyż w odwołaniu w żaden sposób powyższej kwestii nie wyjaśnił. Podkreślił, że wspólne łączenie modułów i wspólny rozruch instalacji fotowoltaiki przez G. E. Sp. z o.o. i „E.-T.” Sp. z o.o. jest jak najbardziej dopuszczalny i nie narusza ani przepisów prawa, ani postanowień SIWZ, gdyż każda z ww. spółek ma w przedmiotowym postępowaniu status wykonawcy.

Ze względu na powyższe nie sposób zgodzić się, że „Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum bez jakiejkolwiek analizy, kto wykona zastrzeżone treścią SIWZ istotne elementy zamówienia” (str. 20 odwołania). Żadna analiza nie była tutaj potrzebna, gdyż kwestia ta jasno i wyraźnie została rozstrzygnięta w formularzach JEDZ złożonych przez G. E. Sp. z o.o. i „E.-T.” Sp. z o.o. oraz w zobowiązaniu C. W. P. J. P. Sp. j. Podkreślić trzeba ponadto, że wobec zastrzeżenia w SIWZ do osobistego wykonania przez wykonawcę łączenia modułów i rozruchu instalacji fotowoltaiki istotne jest tylko to, aby żadna z ww. części zamówienia nie została powierzona podwykonawcy. W przypadku oferty Przystępującego powyższy wymóg niewątpliwie został spełniony.

Przystępujący zwrócił nadto uwagę. Po pierwsze, nie jest prawdą jakoby dopiero w formularzach JEDZ złożonych w 10.2017r. pojawiło się wskazanie roli G. E. Sp. z o.o. i „E.-T.” Sp. z o.o. w realizacji zamówienia. W rzeczywistości wskazanie to nastąpiło już w formularzach JEDZ złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 17.08.2017 r. Po drugie, z żadnego przepisu prawa, jak i z żadnego postanowienia SIWZ nie wynika, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie mają obowiązek wskazać w ofercie jaki zakres prac jest przewidziany do wykonania przez poszczególnych konsorcjantów. Nie ma wątpliwości, że pełny podział obowiązków związanych z realizacją zamówienia ma nastąpić dopiero w przypadku, gdy oferta złożona przez konsorcjum zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. W sytuacji, gdy

48

oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zostanie „prawomocnie” wybrana, to wówczas dopiero zgodnie z art. 23 ust. 4 Pzp Zamawiający będzie mógł zażądać od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia umowy regulującej współpracę tych wykonawców. Dodatkowo trzeba zauważyć, że zgodnie z Instrukcją wypełniania JEDZ opublikowaną na stronie internetowej

UZP (jak

również udostępnioną przez Zamawiającego) w Części II ust. A w punkcie dotyczącym rodzaju uczestnictwa „każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wypełnia to pole w swoim formularzu, wskazując swoją rolę w grupie wykonawców wspólnie

ubiegających się o zamówienie („konsorcjum”), nazwy pozostałych członków konsorcjum oraz ewentualna nazwę konsorcjum”. Przywołana Instrukcja nie wymaga zatem wskazywania zadań, za które będzie ponosił odpowiedzialność każdy z członków konsorcjum. Formularz JEDZ wymaga jedynie wskazania roli wykonawcy w grupie: „lider, odpowiedzialny za określone zadania itd.”. Należy zauważyć, że wyliczenie to ma charakter wyłącznie przykładowy. Wykonawca może zdefiniować swoją rolę jako lider, partner konsorcjum bądź też przez wskazywanie zadań za jakie będzie ponosił odpowiedzialność. W przedmiotowym przypadku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zdefiniowali swoją rolę w formularzach JEDZ złożonych wraz z ofertą: G. E. Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum, E.-T. Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum. Po trzecie, niezgodna z prawdą jest sugestia Odwołującego jakoby Zamawiający w wezwaniu z 17.09.2017 r. zażądał od Przystępującego wskazania „który z wykonawców będzie odpowiedzialny za kluczową, zastrzeżoną do osobistego wykonania czynność uruchomienia instalacji”. W rzeczywistości wezwanie Zamawiającego w tym zakresie miało następującą treść: „ponadto Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych wzywa do: 2. uzupełnienie Formularzy Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia złożonych dla Wykonawcy (Lidera i partnera konsorcjum) w dziale A w zakresie przypisania odpowiedzialności za określone zadania dla poszczególnych członków konsorcjum”. Przystępujący, mimo że nie miał takiego obowiązku, zareagował na powyższe wezwanie i wskazał w uzupełnionych formularzach JEDZ rolę Grupy E. Sp. z o.o. i „E.-T.” Sp. z o.o. w realizacji zamówienia.

Odwołujący w odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

„- art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez wybór oferty G. E. pomimo, że w sposób oczywisty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wykonawca zamierza powierzyć wykonanie próbnego rozruchu wykonanej instalacji fotowoltaicznej osobie trzeciej, jednak czynność ta, wchodząca w skład czynności składających się na „uruchomienia instalacji”, zgodnie z treścią SIWZ, winna być wykonana osobiście przez Wykonawcę, któremu powierzono realizację zamówienia;

49

- art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 lit. a w zw. z art. 36 a ust. 2 Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez G. E., która powołując się na zdolności techniczne i zawodowe osób trzecich, faktycznie powierzy kluczowe części zamówienia podwykonawcom. Zamawiający zastrzegł natomiast obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę czynności polegających na łączeniu paneli oraz uruchomienia Instalacji (...)”

(str. 3 - 4

odwołania).

Uzasadniając powyższe zarzuty Odwołujący podniósł w odwołaniu, że: „na kluczowe elementy zamówienia określone powyżej (tj. na łączenie paneli oraz uruchomienie instalacji elektrowni - przyp. Przystępującego) składają się zatem czynności określone w pkt. 2, 3, 4 i 7, tj. czynność montażu i podłączenia paneli oraz urządzeń peryferyjnych - rozdzielnic AC i rozdzielni RnN paneli PI/ do wewnętrznej instalacji elektrycznej budynku, wykonanie przejść kablowych przez przegrody i zabezpieczenia ich oraz montażu okablowania DC i AC do podłączenia paneli PV. Jest to główny zakres robót, jaki spoczywa na Wykonawcy” (str. 21 odwołania). Dalej Odwołujący podniósł, że: „na uruchomienie instalacji składa się natomiast m.in. poprawne połączenie skrzynek pośrednich, wykonanie układów pomiarowych, poprawna konfiguracja falowników, skonfigurowanie i wykonanie układu telemechaniki, wykonanie testów, rozruchu próbnego oraz pomiarów. Tak „rozruch”, jak i „uruchomienie”, jest pojęciem bardzo ogólnym, które zawiera w sobie szereg czynności niezbędnych do poprawnej konfiguracji instalacji fotowoltaicznej. Sam rozruch przykładowo, mający na celu oprócz uruchomienia instalacji także sprawdzenie działania zainstalowanych urządzeń, jest zatem elementem, jednym z wielu, koniecznym dla prawidłowego uruchomienia instalacji i weryfikacji poprawności dokonanych połączeń.

W ocenie Odwołującego się zlecenie wykonania tak rozumianego rozruchu próbnego osobie trzeciej jest niezgodne z zastrzeżeniem wykonania prac kluczowych osobiście przez Wykonawcę, gdyż prowadzi do obejścia narzuconego przez Zamawiającego sposobu wykonania zamówienia” (str. 21-22 odwołania).

Z powyższym wywodem Odwołującego nie sposób się zgodzić. Jego zasadniczą i podstawową wadą jest to, że nie ma żadnego oparcia w postanowieniach SIWZ. Jakkolwiek

Zamawiający posłużył się w SIWZ pojęciem uruchomienia instalacji elektrowni, pojęciem uruchomienia instalacji fotowoltaicznych jak i pojęciem rozruchu systemów paneli fotowoltaicznych, to żadnego z tych pojęć nie zdefiniował. W szczególności z SIWZ nie wynika w żaden sposób, że na uruchomienie instalacji elektrowni, zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawcę, składają się czynności określone w pkt. 2, 3, 4 i 7 na str. 21 odwołania, tj. czynność montażu i podłączenia paneli oraz urządzeń peryferyjnych - rozdzielnic AC i rozdzielni RnN paneli PV do wewnętrznej instalacji elektrycznej budynku, wykonanie przejść kablowych przez przegrody i zabezpieczenia ich oraz montażu okablowania DC i AC do podłączenia paneli PV. Tak samo z SIWZ nie wynika w żaden

50

sposób, że na uruchomienie instalacji elektrowni, zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawcę, składa się poprawne połączenie skrzynek pośrednich, wykonanie układów pomiarowych, poprawna konfiguracja falowników, skonfigurowanie i wykonanie układu telemechaniki, wykonanie testów, rozruchu próbnego oraz pomiarów. Twierdzenia Odwołującego co do rozumienia pojęcia uruchomienia instalacji elektrowni są wyłącznie jego prywatnym stanowiskiem, które w żaden sposób nie wynika z SIWZ. W ocenie Przystępującego, skoro Zamawiający nie zdefiniował w SIWZ co należy rozumieć przez uruchomienie instalacji elektrowni, to trzeba odwołać się do potocznego rozumienia słów użytych w SIWZ. Zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego PWN słowo „uruchomić” oznacza: 1. wprawić mechanizm, urządzenie itp. w ruch; 2. zapoczątkować działanie czegoś.

Zatem przez uruchomienie instalacji elektrowni rozumieć należy wprawienie instalacji elektrowni w ruch, względnie zapoczątkowanie działania instalacji elektrowni. Takie rozumienie tego pojęcia potwierdzają również te postanowienia SIWZ, w których Zamawiający pisze o uruchomieniu instalacji. Najlepszym przykładem jest tutaj pkt 3.3. SIWZ, gdzie Zamawiający wyraźnie rozdziela i odróżnia:

- czynność montażu i podłączenia paneli (ppkt 3) oraz urządzeń peryferyjnych - rozdzielnic AC i rozdzielni RnN paneli PV do wewnętrznej instalacji elektrycznej budynku (ppkt 7),
- wykonanie przejść kablowych przez przegrody i zabezpieczenie ich (ppkt 5) oraz
- montaż okablowania DC i AC do podłączenia paneli PV (ppkt 6) od czynności uruchomienia instalacji (ppkt 14).

Podciąganie przez Odwołującego wszystkich ww. czynności pod pojęcie uruchomienia instalacji elektrowni zatem nie tylko nie ma oparcia w SIWZ, ale jest z SIWZ sprzeczne. O tym, że Zamawiający użył w SIWZ pojęcia uruchomienia instalacji w potocznym znaczeniu, świadczy także sposób określenia przez niego terminu wykonania zamówienia. Mianowicie w pkt 4 SIWZ Zamawiający wskazał, że: „wszystkie prace objęte zamówieniem wraz z protokolarnym przekazaniem instalacji do użytkowania przez Zamawiającego należy wykonać w terminie - do 16 tygodni od podpisania umowy należy wykonać i uruchomić instalację fotowoltaiczną, odbiór końcowy nastąpi po przeprowadzeniu wszystkich wymaganych w SIWZ prób i badań jednak nie później niż do 30.04.2018 roku.” Gdyby pojęcie uruchomienia instalacji fotowoltaicznej faktycznie miało tak szeroki zakres jak tego chce Odwołujący, niepotrzebne byłoby posłużenie się pojęciem wykonania tejże instalacji, gdyż wykonanie instalacji zawierałoby się w jej uruchomieniu.

Z przyczyn wskazanych powyżej bezzasadny jest zarzut, że wykonanie rozruchu próbnego instalacji fotowoltaicznej jest czynnością wchodzącą w skład czynności składających się na „uruchomienie instalacji”, a dokładnie „uruchomienie instalacji elektrowni”. W rzeczywistości zakres tych pojęć jest zupełnie różny. Rozruch próbny instalacji fotowoltaicznej to próbne uruchomienie instalacji fotowoltaicznej (poszczególnych grup wytwórczych), mające na celu kontrolę prawidłowości montażu określonych części tej

51

instalacji podłączonych do poszczególnych inwerterów. Na instalację fotowoltaiczną składają się bowiem poszczególne łańcuchy paneli fotowoltaicznych podłączonych do inwerterów. Innymi słowy łańcuch paneli fotowoltaicznych podłączonych do inwertera lub grupa równolegle połączonych łańcuchów tworzy jeden obwód a te poszczególne obwody składają się na całość instalacji fotowoltaicznej. Inwerter to urządzenie przetwarzające prąd stały na prąd przemienny. W trakcie rozruchu próbnego instalacji fotowoltaicznej uruchamiane będą kontrolnie i cyklicznie a następnie wyłączane poszczególne łańcuchy paneli fotowoltaicznych podłączonych do inwerterów. Powyższe jest konieczne, gdyż brak rozruchu próbnego instalacji fotowoltaicznej może prowadzić do sytuacji, w której po uruchomieniu instalacji

elektrowni może się okazać, że gdzieś wystąpiła przerwa w obwodzie spowodowana np. obłuzowaniem się połączenia czy innego rodzaju niedokładnością. W takim wypadku, bez rozruchu próbnego, przerwy w obwodzie trzeba będzie szukać pośród ponad siedmiu tysięcy sztuk paneli fotowoltaicznych składających się na całość instalacji. Jednocześnie rozruch próbny instalacji fotowoltaicznej nie będzie stanowił uruchomienia instalacji elektrowni, gdyż elektrownia na jego etapie będzie jeszcze w trakcie budowy. Rozruch próbny instalacji fotowoltaicznej będzie bowiem następować po wykonaniu poszczególnych łańcuchów paneli fotowoltaicznych podłączonych do inwerterów, a nie dopiero po wykonaniu całości instalacji elektrowni. Wyjaśnić trzeba, że elektrownia (a dokładnie elektrownia fotowoltaiczna) ma być końcowym efektem całości robót budowlanych wchodzących w zakres przedmiotowego zamówienia. Tym samym w skład elektrowni wchodzić będą m.in.:

1. moduły fotowoltaiczne w ilości 7037 sztuk
2. inwertery w ilości 64 sztuk
3. sieci kablowe
4. rozdzielnie elektryczne
5. okablowanie (linie przesyłowe)
6. przewody komunikacyjne (światłowód).

Uruchomienie instalacji elektrowni oznacza zatem uruchomienie w tym samym czasie wszystkich instalacji wykonanych w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia (wszystkich jednostek wytwórczych wraz monitoringiem/wizualizacją) i to nie na próbę, tylko ostatecznie. W ocenie Przystępującego Zamawiającego zastrzegając w SIWZ do osobistego wykonania przez wykonawcę uruchomienie instalacji elektrowni, a nie uruchomienie instalacji fotowoltaicznej, działał świadomie i chciał, aby wykonawca osobiście dokonał finalnego uruchomienia instalacji. Zakaz. podwykonawstwa w żadnym przypadku nie obejmował natomiast rozruchu próbnego, a zwłaszcza rozruchu próbnego instalacji fotowoltaicznej, która jest jedną z instalacji składających się na instalację elektrowni.

Nie można się ponadto zgodzić z twierdzeniem Odwołującego jakoby: „(...) powierzenie „na papierze” wyodrębnionego jako dodatkowy etap realizacji inwestycji

52

rozruchu próbnego jest z technologicznego punktu widzenia nie możliwe - w czasie rozruchu ujawniają się wszystkie usterki projektowania lub wykonawstwa oraz wszystkie wady zainstalowanych maszyn i urządzeń. Wady te w trakcie rozruchu powinny być usunięte, a sam rozruch powinien być poprzedzony próbami montażowymi, wykonanymi w ramach prac przyłączeniowych” (str. 22 odwołania). Powyższe stanowisko Odwołującego wynika

wyłącznie z błędnego i bezpodstawnego rozszerzenia przez Odwołującego zakresu pojęcia uruchomienia instalacji elektrowni. Tymczasem jak wykazano powyżej przez uruchomienie instalacji elektrowni rozumieć należy wprawienie instalacji elektrowni w ruch, względnie zapoczątkowanie działania instalacji elektrowni i nie ma podstaw do objęcia zakresem tego pojęcia innych czynności. Usunięcie ewentualnych wad ujawnionych w trakcie rozruchu próbnego instalacji fotowoltaicznej stanowi inną czynność niż uruchomienie instalacji elektrowni już choćby z tego względu, że nastąpi przed uruchomieniem instalacji elektrowni. Przystępujący raz jeszcze wskazuje, że rozruch próbny instalacji fotowoltaicznej będzie następować po wykonaniu poszczególnych łańcuchów paneli fotowoltaicznych podłączonych do poszczególnych inwerterów, a nie dopiero po wykonaniu całości instalacji elektrowni.

Tak samo nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że: „nie można zatem oczekiwać, by - przy założeniu konieczności wykonania zamówienia zgodnie z zasadami wiedzy technicznej - jeden podmiot dokonywał łączenia paneli i finalnego uruchomienia instalacji, inny zaś jedynie dokonywał rozruchu. Taki sztuczny podział prac nie daje rękąmi należytego wykonania zamówienia. Zwłaszcza, iż prace rozruchowe obejmują co do zasady nie tylko przygotowanie do uruchomienia urządzeń i instalacji lecz także regulację urządzeń energetycznych, technologicznych i kontrolno-pomiarowych, co wchodzi już w zakres czynności określonych przez zamawiającego jako „łączenie paneli” (str. 22 odwołania). Jak wynika z powyższego jedynym uzasadnieniem dla twierdzenia Odwołującego o braku rękąmi należytego wykonania zamówienia jest to, że regulacja urządzeń energetycznych, technologicznych i kontrolno-pomiarowych rzekomo wchodzi w zakres czynności określonych przez Zamawiającego jako „łączenie paneli”. Powyższe stanowisko Odwołującego, podobnie jak jego stanowisko co do rozumienia pojęcia uruchomienia instalacji elektrowni, nie ma jednak żadnego oparcia w postanowieniach SIWZ. Jakkolwiek Zamawiający posłużył się w SIWZ pojęciem łączenia paneli, to pojęcia tego nie

zdefiniował. W szczególności z SIWZ nie wynika w żaden sposób, że przez łączenie paneli rozumieć należy również regulację urządzeń energetycznych, technologicznych i kontrolno-pomiarowych. Tak samo z SIWZ nie wynika w żaden sposób, że na łączenie paneli składają się czynności określone w pkt. 2, 3, 4 i 7 na str. 14 odwołania, tj. czynność montażu i podłączenia paneli oraz urządzeń peryferyjnych - rozdzielnic AC i rozdzielni RnN paneli PV do wewnętrznej instalacji elektrycznej budynku, wykonanie przejść kablowych przez przegrody i zabezpieczenia ich oraz montażu okablowania DC i AC do podłączenia paneli

53

PV. Twierdzenia Odwołującego co do rozumienia pojęcia łączenie paneli są wyłącznie jego prywatnym stanowiskiem, które w żaden sposób nie wynika z SIWZ. W ocenie Przystępującego, skoro Zamawiający nie zdefiniował w SIWZ co należy rozumieć przez łączenie paneli, to należy odwołać się do potocznego rozumienia słów użytych w SIWZ. Zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego PWN słowo „łączyć” oznacza:

1. "spajać, zespać w całość z odrębnych elementów za pomocą środków technicznych))
- 2.«umożliwiać połączenie, zespolenie»
3. "tworzyć związek pomiędzy jakimiś zjawiskami lub pojęciami))

Zatem przez łączenie paneli rozumieć należy zespolenie paneli w całość za pomocą środków technicznych. Takie rozumienie tego pojęcia jest zresztą oczywiste, skoro panele to po prostu moduły fotowoltaiczne, na co Zamawiający wskazał m.in. w pkt 3.3. ppkt 3) SIWZ. Moduły fotowoltaiczne (panele), dostarczone w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia, trzeba połączyć ze sobą ze sobą tak, aby utworzyć łańcuchy modułów fotowoltaicznych (paneli), które następnie zostaną podłączone do inwerterów. Łączenie paneli to zatem nic innego jak utworzenie łańcuchów modułów fotowoltaicznych (paneli). Jednocześnie łączenie paneli nie ma nic wspólnego ani z uruchomieniem instalacji elektrowni (sam Zamawiający rozróżnił te czynności w pkt 3.41 SIWZ), ani z rozruchem próbnym instalacji fotowoltaicznej. Przeciwnie twierdzenia Odwołującego w tym zakresie nie tylko, że nie mają żadnego oparcia w SIWZ, to jeszcze są z postanowieniami SIWZ po prostu sprzeczne. Wbrew twierdzeniom odwołania nie ma też żadnych przeszkód, aby jeden podmiot dokonywał łączenia paneli i finalnego uruchomienia instalacji elektrowni, inny zaś dokonywał rozruchu próbnego instalacji fotowoltaicznej. Taki podział prac nie jest też podziałem sztucznym (cokolwiek by to miało oznaczać) i w żaden sposób nie wpływa negatywnie na rękojmię należytego wykonania zamówienia. Jak wykazano powyżej łączenie paneli, rozruch próbny instalacji fotowoltaicznej oraz finalne uruchomienie instalacji elektrowni to zupełnie różne czynności, które ponadto będą wykonywane na różnych etapach realizacji przedmiotu zamówienia. Nie ma żadnych przeszkód, aby były one wykonywane przez różne podmioty, byleby tylko podmioty te odpowiednio skoordynowały swoje prace i przekazywały sobie niezbędne informacje. W przypadku Przystępującego i podwykonawcy C. W. P. J. P. Spółka Jawna oba ww. warunki będą spełnione. Podsumowując, Przystępujący pragnie raz jeszcze podkreślić, że w zobowiązaniu C. W. P. J. P. Spółka Jawna jasno i wyraźnie wskazano jaki zakres prac nie zostanie wykonany przez ten podmiot w ramach podwykonawstwa. Zakres ten pokrywa się dokładnie z zakresem zamówienia zastrzeżonym w pkt 3.41 SIWZ do osobistego wykonania przez wykonawcę, gdyż obejmuje łączenie paneli oraz uruchomienie instalacji elektrowni. Wobec takiego brzmienia zobowiązania C. W. P. J. P. Spółka Jawna twierdzenia Odwołującego o sprzeczności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ trudno oceniać inaczej jak

54

absurdalne. Ponadto Przystępujący raz jeszcze wskazuje, że Zamawiający nie zakazał w SIWZ powierzenia podwykonawcy rozruchu próbnego instalacji fotowoltaicznej, jak też nie zakazał w SIWZ powierzenia podwykonawcy dostawy i montażu instalacji fotowoltaicznej, za wyjątkiem łączenia paneli, który to wyjątek został uwzględniony w zobowiązaniu C. W. P. J. P. Spółka Jawna. Z ostrożności procesowej Przystępujący podkreślił, że zgodnie z utrwalonym i jednolitym orzecnictwem KIO wszelkie niejasne czy nieprecyzyjne postanowienia SIWZ nie mogą szkodzić wykonawcom, w szczególności nie mogą stanowić podstawy odrzucenia oferty (tak np. w wyroku z 24.01.2011 r., sygn. akt: KIO 85/11). Dlatego też stwierdzić trzeba, że jeśli nawet intencją Zamawiającego było nadanie pojęciom łączenia paneli czy uruchomienia instalacji elektrowni tak szerokiego znaczenia jak uczynił to Odwołujący w odwołaniu, to Zamawiający nie dał tej intencji wystarczającego wyrazu w

postanowieniach SIWZ. Negatywne skutki braku wystarczającej precyzji w formułowaniu postanowień SIWZ nie mogą jednak obciążać Przystępującego.

Uzasadniając zarzut nieudowodnienia przez Przystępującego spełniania warunku dotyczącego zdolności zawodowej, o której mowa w pkt. 5.2.1 lit. c i 5.3.2 lit. b SIWZ, Odwołujący wskazał, że: „sporządzona przez Wykonawcę Tabela, opisująca doświadczenie osób dedykowanych do realizacji zamówienia, „ucina” tekst w połowie, przez co nie pozwala na pełną identyfikację danych. I tak, na skutek ww. błędu, wybrano oferty G. E. pomimo, iż kierownik robót branży elektrycznej posiada doświadczenie zdobyte w ramach „robót budowlanych przy budowie instalacji fotowoltaicznej o mocy 920 kWp realizowanej w (koniec tekstu, bez określenia nazwy zadania oraz danych inwestora. Podobnie, opis doświadczenia osoby dedykowanej do kierowania robotami w branży konstrukcyjno - budowlanej kończy się na słowach „pełnieniu funkcji kierownika robót budowlanych przy wykonywaniu instalacji fotowoltaicznej o mocy 0,99 MW w miejscowości Mokre Rossosz realizowanej dla (koniec tekstu”, stąd też nie można uznać, by Zamawiający w sposób należyty zweryfikował fakt posiadania odpowiedniego potencjału kadrowego. Niepełne dane dotyczące ww. inwestycji uniemożliwiają ich identyfikację, a przez to, nie poddają się kontroli” (str. 23 odwołania). Z powyższym wywodem a zwłaszcza z wnioskami Odwołującego nie sposób się zgodzić. Faktycznie, w sporządzonym przez Przystępującego wykazie osób wskutek błędu edytorskiego został „ucięty” niewielki fragment tekstu w opisie doświadczenia osób wskazanych na stanowisko kierownika robót branży elektrycznej oraz kierownika robót w branży budowlanej. Jednak ten błąd w żadnym wypadku nie powoduje, że „niepełne dane dotyczące ww. inwestycji uniemożliwiają ich identyfikację, a przez to, nie poddają się kontroli”. Uszło uwadze Odwołującego, że szczegółowy opis doświadczenia tych samych osób wskazanych na stanowisko kierownika robót branży elektrycznej (p. T. P. K.) oraz kierownika robót w branży budowlanej (p. Henryk Harasimowicz) Przystępujący zamieścił w formularzu JEDZ G. E. Sp. z o.o. (str. 18-19 oferty). W ww. formularzu JEDZ w

55

szczegółowości podano te informacje, których w wykazie osób wskutek błędu edytorskiego zabrakło. W przypadku osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót branży elektrycznej (p. T. P. K.) w ww. formularzu JEDZ podano, że posiada doświadczenie jako: „kierownik robót przy budowie instalacji fotowoltaicznej o mocy 920 kWp realizowanej dla E. P. Sp. z o.o. w okresie od 09.2015 do 10.2015”. Natomiast w przypadku osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót w branży budowlanej (pan H. H.) w ww. formularzu JEDZ podano, że posiada doświadczenie: „w pełnieniu funkcji kierownika robót budowlanych przy wykonywaniu instalacji fotowoltaicznej o mocy 0,99 MW w miejscowości M. R. realizowanej dla Białkopodlaskiej/ Fundacji Rozwoju w 2015”. Zatem zawarte w formularzu JEDZ dane dotyczące ww. inwestycji jak najbardziej umożliwiają ich identyfikację i jak najbardziej poddają się kontroli. Co więcej, zawarte w formularzu JEDZ dane potwierdzają, że osoby wskazane na stanowisko kierownika robót branży elektrycznej oraz kierownika robót w branży budowlanej posiadają wymagane przez Zamawiającego doświadczenie. Najlepiej dowodzi tego fakt, iż Odwołujący nie zakwestionował formularza JEDZ w tym zakresie i nie podniósł w odwołaniu, że z formularza JEDZ nie wynika spełnianie przez Przystępującego warunku dotyczącego wymaganego personelu (5.3.2 lit. b SIWZ).

Zgodnie z § 2 ust. 7 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 1126) jeżeli treść informacji przekazanych przez wykonawcę w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia, o którym mowa w art. 10a ust. 1 Pzp, odpowiada zakresowi informacji, których zamawiający wymaga poprzez żądanie dokumentów, w szczególności o których mowa w § 2 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 ww. rozporządzenia, zamawiający może odstąpić od żądania tych dokumentów od wykonawcy. W takim przypadku dowodem spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji oraz braku podstaw wykluczenia są odpowiednie informacje przekazane przez wykonawcę lub odpowiednio przez podmioty, na których zdolnościach lub sytuacji wykonawca polega na zasadach określonych w art. 22a Pzp, w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia. Przystępujący podkreślił, że dokumentem, o którym mowa § 2 ust. 4 ww. rozporządzenia, jest m.in. wykaz osób (pkt 10). Zatem w świetle § 2 ust. 7 ww. rozporządzenia złożenie przez Przystępującego wykazu osób nie było konieczne, gdyż treść informacji przekazanych przez Przystępującego w JEDZ odpowiada zakresowi informacji, których Zamawiający wymagał poprzez żądanie wykazu

osób. Jednocześnie treść informacji przekazanych przez Przystępującego w JEDZ potwierdza spełnianie przez Przystępującego warunku dotyczącego wymaganego personelu (5.3.2 lit. b SIWZ). Z ostrożności procesowej Przystępujący wskazuje po raz kolejny, że póki co Zamawiający nie zastosował wobec niego trybu określonego w art. 26 ust. 3 Pzp w odniesieniu do wykazu osób. Przystępujący został wezwany przez Zamawiającego do

56

złożenia wykazu osób wyłącznie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. Dlatego też nie ma żadnych przeszkód, aby Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia wykazu osób, względnie do jego wyjaśnienia.

Uzasadniając zarzut nieudowodnienia przez Przystępującego spełniania warunku dotyczącego zdolności zawodowej, o której mowa w pkt. 5.2.1 lit. c i 5.3.2 lit. b SIWZ,

Odwołujący wskazał również, że: „*podany w treści ww. Tabeli kierownik robót w branży konstrukcyjno - budowlanej nabył uprawnienia w dniu 4 grudnia 1982 r., tj. w okresie, w którym obowiązywało Rozporządzenie MGTiOŚ z dnia 20 lutego 1975 r, w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46 z późn. zm.), przyznające uprawnienia do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót na innych zasadach i warunkach niż określone w obecnie obowiązujących aktach prawnych. W dokumentacji przedmiotowego postępowania brak jest jednak jakichkolwiek pism czy notatek sugerujących, by Zamawiający zweryfikował zakres uprawnień nadanych na podstawie innych niż obowiązujące obecnie przepisy*” (str. 23 24 odwołania). Odnosząc się do powyższego przede wszystkim wskazać trzeba, że Odwołujący nie kwestionuje zakresu uprawnień posiadanych przez osobę wskazaną na stanowisko kierownika robót w branży budowlanej (p. H. H.), ale wyłącznie to, że: „*w dokumentacji przedmiotowego postępowania brak jest jednak jakichkolwiek pism czy notatek sugerujących, by Zamawiający zweryfikował zakres uprawnień nadanych na podstawie innych niż obowiązujące obecnie przepisy*”. Powyższe twierdzenie nie ma jednak nic wspólnego i w żaden sposób nie uzasadnia zarzutu rzekomego nieudowodnienia przez Przystępującego spełniania warunku dotyczącego zdolności zawodowej, o której mowa w pkt. 5.2.1 lit. c i 5.3.2 lit. b SIWZ. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Przystępujący spełnianie ww. warunku udowodnił, m.in. wskazując na stanowisko kierownika robót w branży budowlanej p. Henryka Harasimowicza i opisując posiadane przez niego uprawnienia budowlane zarówno w JEDZ jak w wykazie osób. Trudno natomiast w ogóle zrozumieć dlaczego w dokumentacji postępowania miałyby się znajdować jakiegokolwiek pisma czy notatki wskazujące, że Zamawiający zweryfikował zakres uprawnień nadanych na podstawie innych niż obowiązujące obecnie przepisy. Weryfikacja zakresu ww. uprawnień nie wymaga sporządzania jakichkolwiek pism czy notatek a jedynie znajomości przepisów.

Podkreślić trzeba, że to, iż p. H. H. nabył uprawnienia budowlane w dniu 04 grudnia 1982 r., czyli pod rządami rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia 20 lutego 1975 r. (Dz.U. Nr 8, poz. 46 ze zm.), w żaden sposób nie ogranicza zakresu jego uprawnień a zwłaszcza nie powoduje, że jest on węższy od zakresu wymaganych przez Zamawiającego uprawnień budowlanych w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń. Zamawiający w pkt 5.3.2 lit. b SIWZ wskazał, że wymagane jest dysponowanie:

57

„ - co najmniej jedną osobę do kierowania robotami w branży konstrukcyjno-budowlanej, posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń (lub osoba posiadająca odpowiadające ww. uprawnieniom ważne uprawnienia, uzyskane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, lub osobą, której odpowiednie kwalifikacje zawodowe zostały uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych, zgodnie z art. 12a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2016 r., poz. 290 ze zm.)”. Zatem sam Zamawiający dopuścił w SIWZ dysponowanie osobą posiadającą odpowiadające ww. uprawnieniom ważne uprawnienia, uzyskane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Powyższe jest zresztą oczywiste, gdyż zgodnie z art. 104 ustawy z dnia 07 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. z dnia 8 czerwca 2017 r., Dz.U. poz. 1332) osoby, które, przed dniem wejścia w życie ww. ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w

dotychczasowym zakresie.

Odnosnie uprawnień p. H. H. wskazać trzeba, że rozporządzenie Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia 20 lutego 1975 r. przewidywało w 5 13 ust. 1, że:

1. Organ administracji państwowej stopnia powiatowego stwierdza posiadanie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnej funkcji projektanta, kierownika budowy i robót oraz funkcji, o których mowa w 5 1 ust. 1 pkt 3 i 4, w specjalnościach techniczno-budowlanych:

1) architektonicznej,

2) konstrukcyjno - budowlanej - obejmującej budynki oraz inne budowle nie wymienione w specjalności konstrukcyjno - inżynierskiej oraz wodno-melioracyjnej

3) konstrukcyjno-inżynierskiej w zakresie:

a) linii, węzłów i stacji kolejowych - obejmującej również perony, rampy oraz typowe przepusty i mosty,

b) dróg i lotniskowych dróg startowych oraz manipulacyjnych - obejmującej również typowe przepusty i mosty,

c) mostów - obejmującej również wiadukty, przepusty, tunele, estakady, nadziemne i podziemne przejścia komunikacyjne oraz nieskomplikowane odcinki dróg, stanowiące dojazdy do tych budowli,

d) budowli hydrotechnicznych - obejmującej również ujęcia wód oraz budowle basenów wodnych i zbiorników wodnych przemysłowych,

4) instalacyjno-inżynierskiej w zakresie:

a) sieci sanitarnych - obejmującej sieci wodociągowe, kanalizacyjne i ciepłne uzbrojenia terenu,

b) instalacji sanitarnych,

58

c) ochrony środowiska - obejmującej instalacje i urządzenia służące do ochrony przed zanieczyszczeniem wód, gleby i powietrza atmosferycznego, łącznie ze związanymi z nimi konstrukcjami wsporczymi,

d) instalacji elektrycznych,

e) urządzeń zabezpieczenia ruchu kolejowego,

f) elektryfikacji linii kolejowych,

g) lotniczych urządzeń naziemnych,

5) wodno-melioracyjnej - obejmującej również ujęcia wód.

Jak wynika z powyższego posiadana przez p. H. H. specjalność konstrukcyjno-budowlana jest odpowiednikiem wymaganej przez Zamawiającego w SIWZ specjalności konstrukcyjno-budowlanej, gdyż w 1982 r. nie było żadnej innej specjalności budowlanej obejmującej kierowanie robotami budowlanymi w odniesieniu do konstrukcji oraz architektury obiektu. Ponadto rozporządzenie Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia 20 lutego 1975 r. stanowiło

1. Do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych obejmujących kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie techniczne budowy i robót jest wymagane następujące przygotowanie zawodowe:

1) ukończenie wyższej szkoły technicznej, stwierdzone dyplomem, oraz co najmniej dwuletnia praktyka na budowie,

2) ukończenie średniej szkoły technicznej, stwierdzone dyplomem lub świadectwem, oraz co najmniej trzyletnia praktyka na budowie,

3) dyplom mistrza w rzemiośle budowlanym,

4) świadectwo czeladnicze lub tytuł robotnika wykwalifikowanego w rzemiośle budowlanym oraz co najmniej dwuletnia praktyka po uzyskaniu świadectwa lub tytułu.

2. Osoby ze średnim wykształceniem technicznym mogą pełnić funkcje techniczne, o których mowa w ust. 1, wyłącznie przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością techniczno-budowlaną, a osoby, o których mowa w ust. 1 pkt 3 i 4. - wyłącznie przy wykonywaniu robót budowlanych objętych danym rzemiosłem.

3. W budownictwie osób fizycznych osoby, o których mowa w ust. 1 pkt 3 i 4, posiadające kwalifikacje w zakresie robót konstrukcyjno-budowlanych są uprawnione do kierowania budową. Z powyższego wynikają dwie kwestie. Po pierwsze, pełnienie samodzielnych funkcji technicznych obejmowało kierowanie nadzorowanie i kontrolowanie techniczne budowy

i robót czyli tak samo jak obecnie nadawane uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, które uprawniają do kierowania robotami budowlanymi w odniesieniu do konstrukcji oraz architektury obiektu. Po drugie,

59

„ograniczenie” zakresu pełnionych samodzielnych funkcji technicznych dotyczyło osób ze średnim wykształceniem technicznym, osób posiadających dyplom mistrza w rzemiośle budowlanym oraz osób posiadających świadectwo czeladnicze lub tytuł robotnika wykwalifikowanego w rzemiośle budowlanym oraz co najmniej dwuletnią praktykę po uzyskaniu świadectwa lub tytułu. P. H. H. nie jest żadną z ww. osób, w związku z czym zakres jego uprawnień nie jest w żaden sposób ograniczony, na co Przystępujący zwrócił uwagę zarówno w formularzu JEDZ jak i w wykazie osób, opisując uprawnienia p. H. H. jako uprawnienia bez ograniczeń. W świetle powyższego nie może być mowy o jakichkolwiek wątpliwościach dotyczących uprawnień budowlanych p. H. H.. Trudno też w ogóle zrozumieć co konkretnie odnośnie tych uprawnień Zamawiający miałby weryfikować i w jaki sposób

W dniu 02.11.2017 r. (e-mailem), a 03.11.2017 r. (oryginał na pierwszym posiedzeniu) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddał w całości odwołanie. Kopia nie została przekazana Odwołującemu ani Przystępującemu. Uczyniono to dopiero na posiedzeniu. Odnosząc się do zarzutu braku wymagalnego doświadczenia wykonania dwóch umów polegających na dostawie, montażu i uruchomieniu instalacji fotowoltaicznych Odwołujący wskazał, że Konsorcjum G. E. nie spełnia podstawowych kryteriów sprecyzowanych w SIWZ - w szczególności warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej. Podstawą zarzutu Odwołującego było uznanie, iż przedstawione referencje i zobowiązanie do użyczenia wymaganego potencjału przez podmiot trzeci (C. W. P. J. P. Sp. j) nie mogą być uznane za umożliwiające G. E. wykazania się realizacją co najmniej dwóch umów polegających na dostawie, montażu i uruchomieniu instalacji o wskazanych przez Zamawiającego parametrach, gdyż:

- nie jest dopuszczalne poleganie na zdolnościach technicznych i zawodowych osób trzecich w zakresie, w jakim Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania danego zadania; doświadczenie w „uruchomieniu” instalacji fotowoltaicznej o mocy co najmniej 500 kWp nie zostało skutecznie użyczone
- treść zobowiązania podmiotu trzeciego ogranicza się bowiem jedynie do użyczenia doświadczenia w zakresie „rozruchu próbnego”;
- użyczenie przez firmę C. W. P. J. P. S. j, potencjału w zakresie doświadczenia w realizacji dostaw oraz montażu ma charakter fikcyjny, albowiem nie można w sposób „sztuczni” rozdzielić czynności „uruchomienia” od „rozruchu”.

Wskazując na błędne stanowisko Odwołującego należy zwrócić uwagę, iż w trakcie prowadzonego postępowania w ofercie Konsorcjum G. E. złożone zostało zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu

60

zamówienia obejmując następujący zakres prac podmiotu trzeciego: dostawał montaż i rozruch próbny instalacji fotowoltaicznej na podstawie umowy o podwykonawstwo, zawierając równocześnie informacje, że łączenie paneli oraz uruchomienie instalacji elektrowni zostanie wykonane bezpośrednio przez Konsorcjum G. E.. Równocześnie w Jednolitym Europejskim Dokumentie Zamówienia każdego z członków z konsorcjum tj. G. E. Sp. z o.o. oraz E.-T. Sp. z o.o. zawarte były informacje o poleganiu na zdolności innych podmiotów oraz informacje o podwykonawcy, na których zdolnościach Wykonawca nie polega) wskazując E. System Sp. z O.O., W części IV JEDZ przedłożono doświadczenie podmiotu trzeciego oraz wskazano zakres robót, które będą realizowane przez podwykonawców. Równocześnie JEDZ został złożony przez podmiot trzeci.

Analizując zakres informacji ujawnianych w JEDZ w części II lit. C ujawniony został fakt korzystania z podmiotu trzeciego oraz zgodnie z instrukcją formularza złożony został - odrębny formularz jednolitego dokumentu dla tego podmiotu. Równocześnie w części II lit. D ujawnione zostały informacje dotyczące podwykonawców wskazując: E. Sp. z o. o.

Odwołujący pominął tak istotną okoliczność jaką jest zakres informacji ujawnianych w JEDZ zgodnie z którym w tej części w której wskazano E. Sp. z o.o. przedstawia się informacje jedynie o podwykonawcach, na których zdolnościach wykonawca nie polega trudno więc oczekiwać, iż w tym miejscu ujawniony będzie podwykonawca na zdolności którego wykonawca polega. Odwołanie się do zasobów innych podmiotów jest ustawowym uprawnieniem wykonawcy, zaś skorzystanie z takiego uprawnienia skutkuje koniecznością udowodnienia zamawiającemu, iż w rzeczywistości wykonawca będzie dysponował zasobami tego podmiotu. Za dowód wystarczający zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2b Pzp - należało uznać załączone do oferty pisemne zobowiązanie tego podmiotu, które powinno wskazywać w swojej treści w szczególności: zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, charakter stosunków, jakie będą łączyły wykonawcę z innymi podmiotami, zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonaniu zamówienia. Wskazać należy, że składając dołączone do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego na potrzeby realizacji przedmiotowej umowy w zakresie czynności w których będzie uczestniczył ten podmiot wykazał: dostawę, montaż i rozruch próbny instalacji fotowoltaicznej, a formą zobowiązania będzie umowa o podwykonawstwo. Wskazać również należy, że łączenie paneli oraz uruchomienie instalacji elektrowni będą wykonane bezpośrednio przez Wykonawcę. Odwołujący utożsamia zarówno dostawę jak i montaż z łączeniem paneli (Zamawiający wyprowadza powyższy wniosek z twierdzeń Odwołującego, że podmiot trzeci wykona jedynie rozruch próbny instalacji fotowoltaicznej), a wskazać należy, że chociażby montaż obejmuje m.in. takie czynności jak: dostawa oraz montaż konstrukcji wsporczych modułów fotowoltaicznych, dostawa modułów

61

fotowoltaicznych, montaż modułów fotowoltaicznych, dostawa i instalacja rozdzielnic oraz urządzeń peryferyjnych, dostawa okablowania, dostawa montaż i uruchomienie systemu wizualizacji oraz przeprowadzenie testów rozruchowych nie ingeruje w zakres prac zastrzeżonych na rzecz Wykonawcy, Nie można zgodzić się tym samym z twierdzeniem Odwołującego, iż zakres zadań wskazany do realizacji przez podmiot używający potencjału pokrywa się z zakresem prac deklarowanych do samodzielnej realizacji przez członków Konsorcjum. Wskazać należy, że przywołany powyżej zakres jak dostawa oraz montaż konstrukcji wsporczych modułów fotowoltaicznych, dostawa modułów fotowoltaicznych, montaż modułów fotowoltaicznych, dostawa i instalacja rozdzielnic oraz urządzeń peryferyjnych, dostawa okablowania, dostawa montaż i uruchomienie systemu wizualizacji oraz przeprowadzenie testów rozruchowych jest także elementem istotnym który ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia także wymaga wiedzy specjalistycznej.

Ponadto odwołując się do potocznego rozumienia słów użytych w SIWZ. Zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego PWN słowo „uruchomić” oznacza: 1. «wprawić mechanizm, urządzenie itp. w ruch» 2. «zapoczątkować działanie czegoś»

Zatem przez uruchomienie instalacji elektrowni rozumieć należy wprawienie instalacji elektrowni w ruch, względnie zapoczątkowanie działania instalacji elektrowni. Takie rozumienie tego pojęcia potwierdzają również te postanowienia SIWZ, w których Zamawiający pisze o uruchomieniu instalacji. Najlepszym przykładem jest tutaj pkt 3.3. SIWZ, gdzie Zamawiający wyraźnie rozdziela i odróżnia: - czynność montażu i podłączenia paneli (ppkt 3) oraz urządzeń peryferyjnych - rozdzielnic AC i rozdzielni RnN paneli PV do wewnętrznej instalacji elektrycznej budynku (ppkt 7), - wykonanie przejść kablowych przez przegrody i zabezpieczenie ich (ppkt 5) oraz - montaż okablowania DC i AC do podłączenia paneli PV (ppkt 6) od czynności uruchomienia instalacji (ppkt 14), Podciąganie przez Odwołującego wszystkich ww. czynności pod pojęcie uruchomienia instalacji elektrowni zatem nie tylko nie ma oparcia w SIWZ, ale jest z SIWZ sprzeczne. O tym, że Zamawiający użył w SIWZ pojęcia uruchomienia instalacji w potocznym znaczeniu, świadczy także sposób określenia przez niego terminu wykonania zamówienia, Manowicie w pkt 4 SIWZ Zamawiający wskazał, że: „wszystkie prace objęte zamówieniem wraz z protokolarnym przekazaniem instalacji do użytkowania przez Zamawiającego należy wykonać w terminie - do 16 tygodni od podpisania umowy należy wykonać i uruchomić instalację fotowoltaiczną, odbiór końcowy nastąpi po przeprowadzeniu wszystkich wymaganych w SIWZ prób i badań jednak nie później niż do 30.04.2018 roku.”

Z przyczyn wskazanych powyżej bezzasadny jest zarzut, że wykonanie rozruchu próbnego instalacji fotowoltaicznej jest czynnością wchodzącą w skład czynności składających się na „uruchomienie instalacji”, a dokładnie „uruchomienie instalacji

instalacji fotowoltaicznej to próbne uruchomienie instalacji fotowoltaicznej (poszczególnych grup wytwórczych), mające na celu kontrolę prawidłowości montażu określonych części tej instalacji podłączonych do poszczególnych inwerterów. Na instalację fotowoltaiczną składają się bowiem poszczególne łańcuchy paneli fotowoltaicznych podłączonych do inwerterów. Innymi słowy łańcuch paneli fotowoltaicznych podłączonych do inwertera lub grupa równolegle połączonych łańcuchów tworzy jeden obwód a te poszczególne obwody składają się na całość instalacji fotowoltaicznej. Inwerter to urządzenie przetwarzające prąd stały na prąd przemienny. W trakcie rozruchu próbnego instalacji fotowoltaicznej uruchamiane będą kontrolnie i cyklicznie a następnie wyłączane poszczególne łańcuchy paneli fotowoltaicznych podłączonych do inwerterów. Powyższe jest konieczne, gdyż brak rozruchu próbnego instalacji fotowoltaicznej może prowadzić do sytuacji, w której po uruchomieniu instalacji elektrowni może się okazać, że gdzieś wystąpiła przerwa w obwodzie spowodowana np. obluźwaniem się połączenia czy innego rodzaju niedokładnością. W takim wypadku, bez rozruchu próbnego, przerwy w obwodzie trzeba będzie szukać pośród 7037 sztuk paneli fotowoltaicznych składających się na całość instalacji. Jednocześnie rozruch próbny instalacji fotowoltaicznej nie będzie stanowił uruchomienia instalacji elektrowni* gdyż elektrownia na jego etapie będzie jeszcze w trakcie budowy. Rozruch próbny instalacji fotowoltaicznej będzie bowiem następować po wykonaniu poszczególnych łańcuchów paneli fotowoltaicznych podłączonych do inwerterów, a nie dopiero po wykonaniu całości instalacji elektrowni. Wyjaśnić trzeba, że elektrownia (a dokładnie elektrownia fotowoltaiczna) ma być końcowym efektem całości robót budowlanych wchodzących w zakres przedmiotowego zamówienia. Tym samym w skład elektrowni wchodzić będą

1. moduły fotowoltaiczne w ilości 7037 sztuk
2. inwertery w ilości 64 sztuk
3. sieci kablowe
4. rozdzielnie elektryczne
5. okablowanie (linie przesyłowe)
6. przewody komunikacyjne (światłowód).

Uruchomienie instalacji elektrowni oznacza zatem uruchomienie w tym samym czasie wszystkich instalacji wykonanych w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia (wszystkich jednostek wytwórczych wraz monitoringiem/wizualizacją) i to nie na próbę, tylko ostatecznie. W ocenie Przystępującego Zamawiającego zastrzegając w SIWZ do osobistego wykonania przez wykonawcę uruchomienie instalacji elektrowni, a nie uruchomienie instalacji fotowoltaicznej, działał świadomie i chciał, aby wykonawca osobiście dokonał finalnego uruchomienia instalacji. Zakaz podwykonawstwa w żadnym przypadku nie obejmował natomiast rozruchu próbnego, a zwłaszcza rozruchu próbnego instalacji fotowoltaicznej, która jest jedną z instalacji składających się na instalację elektrowni.

Tymczasem jak wykazano powyżej przez uruchomienie instalacji elektrowni rozumieć należy wprawienie instalacji elektrowni w ruch, względnie zapoczątkowanie działania instalacji elektrowni i nie ma podstaw do objęcia zakresem tego pojęcia innych czynności. Usunięcie ewentualnych wad ujawnionych w trakcie rozruchu próbnego instalacji fotowoltaicznej stanowi inną czynność niż uruchomienie instalacji elektrowni już choćby z tego względu, że nastąpi przed uruchomieniem instalacji elektrowni. Przystępujący raz jeszcze wskazuje, że rozruch próbny instalacji fotowoltaicznej będzie następować po wykonaniu poszczególnych łańcuchów paneli fotowoltaicznych podłączonych do poszczególnych inwerterów, a nie dopiero po wykonaniu całości instalacji elektrowni.

Dodatkowo z SIWZ nie wynika w żaden sposób, że przez łączenie paneli rozumieć należy również regulację urządzeń energetycznych, technologicznych i kontrolno-pomiarowych. Tak samo z SIWZ nie wynika w żaden sposób* że na łączenie paneli składają się czynności montażu i podłączenia paneli oraz urządzeń peryferyjnych - rozdzielnic AC i rozdzielni RnN paneli PV do wewnętrznej instalacji elektrycznej budynku, wykonanie przejść kablowych przez przegrody i zabezpieczenia ich oraz montażu okablowania DC i AC do podłączenia paneli PV. Odwołując się do potocznego rozumienia słów użytych w SIWZ. Zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego PWN słowo „łączyć” oznacza:

1. «spajać, zespać w całość z odrębnych elementów za pomocą środków technicznych»
2. «umożliwiać połączenie, zespolenie»
3. «tworzyć związek pomiędzy jakimiś zjawiskami lub pojęciami»

Zatem przez łączenie paneli rozumieć należy zespolenie paneli w całość za pomocą środków technicznych. Takie rozumienie tego pojęcia jest zresztą oczywiste, skoro panele to po prostu moduły fotowoltaiczne, na co Zamawiający wskazał m.in. w pkt 3.3. ppkt 3) SIWZ, Moduły fotowoltaiczne (panele), dostarczone w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia trzeba połączyć ze sobą ze sobą tak, aby utworzyć łańcuchy modułów fotowoltaicznych (paneli), które następnie zostaną podłączone do inwerterów. Łączenie paneli to zatem nic innego jak utworzenie łańcuchów modułów fotowoltaicznych (paneli). Jednocześnie łączenie paneli nie ma nic wspólnego ani z uruchomieniem instalacji elektrowni (sam Zamawiający rozróżnił te czynności w pkt 3,41 SIWZ), ani z rozruchem próbnym instalacji fotowoltaicznej. Wbrew twierdzeniom odwołania nie ma też żadnych przeszkód, aby jeden podmiot dokonywał łączenia paneli i finalnego uruchomienia instalacji elektrowni, inny zaś dokonywał rozruchu próbnego instalacji fotowoltaicznej, Taki podział prac nie jest też podziałem fikcyjnym i w żaden sposób nie wpływa negatywnie na rękojmię należytego wykonania zamówienia, Jak wykazano powyżej łączenie paneli, rozruch próbny instalacji fotowoltaicznej oraz finalne uruchomienie instalacji elektrowni to zupełnie różne czynności, które ponadto będą wykonywane na różnych etapach realizacji przedmiotu zamówienia. Nie ma żadnych przeszkód, aby były one wykonywane przez różne podmioty,

64

byłyby tylko podmioty te odpowiednio skoordynowały swoje prace i przekazywały sobie niezbędne informacje. Przepisy art. 64 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, są znacznie bardziej szczegółowe i konkretne niż uprzednio obowiązujące przepisy w tej materii. Wskazać na samym początku należy, iż dyrektywa

2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane/ dostawy i usługi, zwana starą dyrektywą klasyczną, jedynie ogólnikowo pozwalała na korzystanie z potencjału podmiotów trzecich, W przepisach dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej (art. 47 ust. 2 starej dyrektywy klasycznej) oraz kwalifikacjach technicznych lub zawodowych (art. 48 ust. 2 starej dyrektywy klasycznej) prawodawca unijny przedstawił jedynie podstawowe wymogi dla korzystania z zasobów innych podmiotów. Przywołał wyrok z 14.01.2016 r. Trybunału Sprawiedliwości UE, w sprawie C-234/14. Wymogiem jest, aby podmiot udostępniający swoje zasoby realizował część zamówienia. Warunek ten został wprowadzony w przepisie art. 22a ust. 4 Pap. Przepis ten wskazuje, iż podmioty udostępniające wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie zobowiązane będą brać udział w realizacji robót budowlanych lub usług, do których udostępniane zdolności są niezbędne, co zostało wykazane we wcześniejszej części odpowiedzi na odwołanie. Tym samym zarzuty Odwołującego, których podstawą jest uznanie przez Odwołującego, iż brak jest wymaganego doświadczenia wykonania dwóch umów polegających na dostawie, montażu i uruchomieniu instalacji fotowoltaicznych są bezzasadne, a między Wykonawcą Konsorcjum G. E., a podmiotem trzecim doszło do zgodnej z wymogami formie współpracy z podmiotami trzecimi nie naruszając równocześnie wymagań Zamawiającego osobistego wykonania przez Wykonawcę łączenia paneli oraz uruchomienia instalacji elektrowni

Ponadto odnosząc się do twierdzeń o antydatowaniu dokumentów przez Konsorcjum G. E., opierając się na zgromadzonej w sprawie dokumentacji mnie sposób uznać twierdzeń Odwołującego za udowodnione. Mając również na uwadze fakt, że obecnie dopuszczalne jest składanie w postępowaniu dokumentów wystawionych później niż data składania ofert Konsorcjum nie miało żadnego interesu w antydatowaniu oświadczeń. Również prowadzenie negocjacji i zaciąganie zobowiązań w stosunku do więcej niż jednego podmiotu nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji,

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego o nieuprawnionym kilkukrotnym wzywaniu Wykonawcy przez Zamawiającego wyjaśnił, iż w wyniku wezwania z 17.08.2017 r. Wykonawca nie przedłożył wymaganego dokumentu odnoszącego się do zaświadczenia ZUS (Oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia zostało złożone w ofercie Wykonawcy Konsorcjum G. E. SP, z oso. E. -T. Sp. z o.o. karta 58). Jednakże wezwanie z 17.08.2017 r. zawierało wadliwą podstawę prawną żądania i tym samym nie było jednoznaczne. Powyższe

65

oznacza, że Zamawiający jest zobowiązany ponownie wezwać Wykonawcę do uzupełnienia oferty. Powyższe stanowisko znajduje swoje potwierdzenie w orzecznictwie KIO (wyrok KIO z 04.04.2017 r., sygn.. akt: KIO 572/17).

Ponadto zwrócił uwagę, iż wzywanie do uzupełnienia oświadczeń/JEDZ następuje na etapie wstępnej weryfikacji oferty celem wyłonienia oferty najwyższej ocenionej. W treści Uzasadnienia do projektu ustawy ustawodawca wskazał jedynie, że „*W przypadku gdy informacje lub dokumenty złożone przez wykonawców potwierdzające spełnianie warunków udziału lub kryteriów selekcji lub brak przesłanek wykluczenia są niekompletne, błędne lub budzą wątpliwości, zamawiający będzie mógł zażądać złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub wyjaśnienia stosownych informacji lub dokumentów we wskazanym przez zamawiającego terminie*”. Zatem możliwa jest sytuacja zastosowania dwukrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów. Najpierw na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, a następnie, gdy Wykonawca nie złoży lub złoży wadliwe żądane dokumenty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Tym samym Zamawiający prawidłowo wezwał pierwszy raz skutecznie Wykonawcę wezwaniem z 19.09.2017 r., Wykonawca pismem z 27.09.2017 r. zastąpił firmę M. Spółką C. W. P. L P. Spółka Jawna z siedzibą w C.. Ze względu na brak Załącznika 3 - *“oświadczenia wykonawcy o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia”*, który powinien zostać przedłożony przez podmiot na którego potencjał Konsorcjum powołało się w piśmie z 27.09.2017 r. wezwaniu. Mając na uwadze wskazane powyżej przepisy uznał, że Zamawiający prawidłowo wezwał Konsorcjum do przedłożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp (wezwaniami z 19.09.2017 r.), a dopiero gdy ujawniono brak załącznika 3 na podstawie art. 26 ust. 3 (wezwaniami z 06.10.2017 r.). Zwrócił również uwagę, że Odwołujący pominął w treści odwołania tak istotną informację, jaką jest fakt, że przedłożony nowy dokument JEDZ dla Członków Konsorcjum, uzupełniany był w związku z dopuszczalną zmianą podmiotu trzeciego będącego podwykonawcą. Uznał, że dopuszczalność zmiany podwykonawcy również w sytuacji korzystania z zasobów takiego podmiotu przez Wykonawcę, wymusza konieczność dostosowania dokumentacji JEDZ do aktualnej sytuacji związanej z podmiotami działającymi we współpracy z Wykonawcą. Tym samym jeśli dopuszczalna jest zmiana podwykonawcy to zmiana taka wymusza również konieczność modyfikacji formularza JEDZ w tym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego nieudowodnienie przez Wykonawcę spełnienia warunku dotyczącego zdolności zawodowej o której mowa w pkt 5.2.1 lit. c i 5.3.2. lit. b SIWZ, zwrócić należy uwagę na fakt, iż w JEDZ cz. 1 C pkt 2 zawarta jest szczegółowy i szeroki zapis doświadczenia, Odwołujący w treści odwołania stwierdza: *„Wykonawca przedłożył wykaz osób potwierdzających rzekomo spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu, jednak wymagane przez Zamawiającego dane nie zostały przedstawione*

66

na wzorze oznaczonym, Jako Zał. nr 5 do SIWZ Uchybienie to miałoby charakter nieistotny, gdyby inna forma prezentacji żądanych przez Zamawiającego informacji była czytelna i pozwalała na dokonanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu”. Jednak w dokumentach JEDZ znajdują się szczegółowe informacje dotyczące spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odnosząc się zaś do twierdzeń Odwołującego w brzmieniu: *„Zwrócić w tym miejscu należy uwagę na fakt, że podany w treści ww. Tabeli kierownik robót w branży konstrukcyjno - budowlanej nabył uprawnienia w dniu 4 grudnia 1982 r., tj. w okresie, w którym obowiązywało Rozporządzenie MGTjOŚ z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. 11 Nr 8, poz. 46 z późn. zm.), przyznające uprawnienia do kierowania nadzorowania i kontrolowania budowy i robót na innych zasadach i warunkach niż określone w obecnie obowiązujących aktach prawnych.”*, stwierdził, iż Odwołujący pominął treść art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r, Prawo budowlane zgodnie z którym osoby, które, przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie.

W dniu 07.10.2017 r. (faxem) Odwołujący złożył pismo stanowiące ustosunkowanie się do pisma procesowego Przystępującego z 31.10.2017 r., oraz odpowiedzi na odwołanie z 02.11.2017 r. zgodnie ze zobowiązaniem z posiedzenia z 03.11.2017 r.

Odnosnie - Zdolności technicznej i zawodowej. W pierwszej kolejności podkreślił, iż treść złożonego przez Przystępującego pisma, w żaden sposób nie potwierdza, by Konsorcjum wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, tj. by legitymowało się doświadczeniem w zakresie *"wykonania co najmniej 2 umów polegających na dostawie, montażu i uruchomieniu instalacji fotowoltaicznych, w zakresie zbliżonym do przedmiotu niniejszego zamówienia tj. każda z nich o mocy, co najmniej 500 kWp."* Jak już Odwołujący wskazywał, ww. warunek w sposób istotny wpłynął na krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i w stopniu graniczącym z pewnością uniemożliwił wielu podmiotom złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu. Niewiele firm było bowiem w stanie spełnić ww. kryterium, co potwierdza także treść zadawanych przed terminem składania ofert pytań do Zamawiającego. Jedynie przykładowo wskazać należy iż w odpowiedzi na zadane w dniach 10 – 20.07.2017 r. pytanie 8. "Czy Zamawiający dopuszcza wykazanie się, celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, realizacją dwóch umów polegających na dostawie, montażu i uruchomieniu instalacji fotowoltaicznych o łącznej mocy ponad 1 MW, z których

67

jedna jest o mocy poniżej 500 kW?", Zamawiający w piśmie z 24.07.2017 r. wyraźnie zaznaczył, iż nie wyraża zgody na zmianę warunku udziału w postępowaniu.

Podobnie, w odpowiedzi na pytanie 13 zadane: *"Pkt. 341 SIWZ stanowi, iż Zamawiający wymaga osobistego wykonania przez Wykonawcę łączenia paneli oraz uruchomienia instalacji elektrowni. Wykonawca zwraca się o wykreślenie wskazywanego zapisu i o umożliwienie zlecenia przedmiotowego zakresu wyspecjalizowanemu podwykonawcy"*. Zamawiający wprost oświadczył, iż nie wyraża zgody na sugerowaną zmianę. SIWZ nie została w zakresie ww. warunku udziału w postępowaniu na odpowiednim etapie zakwestionowana, dlatego też powyższy, surowy wymóg posiadania doświadczenia w zakresie realizacji co najmniej dwóch umów wskazanych przez Zamawiającego, wiązać powinien literalnie wszystkich wykonawców. Dla wszystkich oferentów bezspornym bowiem było, iż każdy Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien przedstawić dokumenty potwierdzające dwukrotne wykonanie ww. zadania, czyli wykonanie wskazanych przez Zamawiającego zadań co najmniej dwa razy. W konsekwencji, na obecnym etapie, wszyscy - zarówno wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, jak i Zamawiający dokonując oceny ofert, a także KIO oceniając czynności Zamawiającego w ramach środków ochrony prawnej, są związani tak ukształtowanymi, definitywnymi postanowieniami SIWZ, od których literalnej treści nie można odstąpić. W przeciwnym bowiem wypadku doszłoby bez wątpienia do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Jeśli ww. warunki SIWZ miałyby być na etapie oceny ofert elastycznie traktowane, nie można wykluczyć, że w postępowaniu znalazłoby się wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu, którzy jednak nie złożyli ofert uznając, że w postępowaniu postawiono wymagania, które okazały się zbyt trudne do spełnienia.

W konsekwencji niedopuszczalnym na tym etapie jest zaakceptowanie przez Zamawiającego doświadczenia Wykonawcy wybranego w prowadzonym postępowaniu, które sprowadza się jedynie do wykonania jednej umowy polegającej na "dostawie, montażu i uruchomieniu instalacji fotowoltaicznej" i jednej umowy polegającej na "dostawie, montażu i rozruchu próbnym instalacji fotowoltaicznej", którą Wykonawca "dysponuje" na skutek użyczenia jej przez firmę C. W. P., J. P. Sp. j. Treść zobowiązania podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów nie wskazuje wprost, by doszło do użyczenia potencjału w zakresie "uruchomienia instalacji" - wręcz przeciwnie. Użyczający wyraźnie w pkt. 2 zastrzegł, że podwykonawstwo nie dotyczy robót polegających na łączeniu paneli oraz uruchomieniu instalacji elektrowni, które to roboty miałyby być wykonane samodzielnie przez Wykonawcę. Odwołujący w tym miejscu podtrzymuje w pełni podaną w treści odwołania argumentację. Dodatkowo zauważył, iż inny niż „Podwykonawstwo” sposób wykorzystania zasobów podmiotu nie został wskazany (poprzez określenie przykładowo, iż do użyczenia potencjału w ww. zakresie dojdzie na skutek świadczenia usług doradczych,

68

nadzorczych lub szkoleniowych), stąd też nie można uznać, by doszło do skutecznego, tj. realnego, użyczenia doświadczenia w zakresie uruchamiania instalacji fotowoltaicznej. Nie

ulega zresztą wątpliwości, że dysponowanie określonymi zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego (lub KIO) co do tego, czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu rzeczywiście nim dysponuje, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu. Jeśli złożone wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy odpowiedniego zasobu wymaga podjęcia zabiegów interpretacyjnych w celu ustalenia jego treści, w tym zakresu udostępnienia zasobu, to nie sposób uznać za udowodnione jego udostępnienie (Tak też: *W. Bajda, Ocena realności udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego, Numer 4 Marzec-Kwiecień 2014, „Zamawiający. Zamówienia Publiczne w Praktyce”, str. 32*).

Odpowiadając na pytanie Przystępującego, postawione na str. 25 ww. pisma, czy *"treść art. 22a ust. 4 Ustawy Pzp trzeba interpretować w taki sposób, że podmiot udostępniający zasoby powinien wykonać zamówienie dokładnie w takim zakresie, jaki zakres udostępnionego doświadczenia?"*, można zaryzykować twierdzenie, iż podmiot trzeci nie zawsze musi wykonać zamówienie w zakresie użyczanego potencjału. Wyobrazić sobie można bowiem pewne konteksty sytuacyjne, w których wystarczające okazać się może użyczenie potencjału w innej formule, jak chociażby w powołanej przez Przystępującego sprawie opisywanej w uzasadnieniu orzeczenia KIO z 24.11.2015 r., sygn. akt: KIO 2487/15, gdzie potwierdzono, jak to podsumował Przystępujący, iż nawet w przypadku robót budowlanych brak jest podstaw do żądania od Wykonawcy, by całość prac została wykonana przez podmiot udostępniający zasoby. Przystępujący zgrabnie jednak w treści złożonego pisma pomija fakt, iż w powołanej sprawie udostępnienie użyczonych zasobów będzie miało miejsce przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia *"w dwójaki sposób, tj.: - bezpośrednio w celu realizacji części zamówienia, jako podwykonawca, oraz - poprzez wsparcie techniczne (konsultacje) poprzez: oddelegowanie własnego personelu do zespołu wykonawcy (przystępującego) w celu bezpośredniego wsparcia technicznego, konsultacji i nadzoru nad pozostałymi pracami, które należy wykonać w toku realizacji całego zamówienia."*

W niniejszej sprawie natomiast podmiot użyczający potencjału udostępnia go jedynie w formule podwykonawstwa. co dwukrotnie powtórzono w treści zobowiązania. Absolutnie żaden dokument przedłożony w toku postępowania przez wybrane Konsorcjum nie wskazuje, by do udostępnienia potencjału dojść miało w inny sposób, stąd też pomimo hipotetycznej/teoretycznej możliwości użyczenia "części" potencjału w inny sposób, wobec ww. treści zobowiązania na postawione przez Przystępującego pytanie odpowiedzieć można tylko twierdząco. Jeżeli podmiot użyczający potencjału jako sposób wykorzystania zasobów

69

wskazuje "podwykonawstwo", to powinien wykonać zamówienie - jako podwykonawca, dokładnie w takim zakresie, jaki jest zakres udostępnionego doświadczenia.

W konsekwencji:

- Konsorcjum firm nie legitymuje się doświadczeniem w zakresie realizacji co najmniej 2 umów polegających na dostawie, montażu i uruchomieniu instalacji fotowoltaicznych, gdyż zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów nie obejmuje swoim zakresem "uruchomienia instalacji" - wręcz przeciwnie. W sposób wyraźny wskazuje, iż firma C. uczestniczyć będzie jedynie w "rozruchu próbnym instalacji fotowoltaicznej".
- Nawet w przypadku uznania, iż w sposób dorożumiany udostępniono Konsorcjum całą wiedzę i doświadczenie zdobyte podczas realizacji inwestycji w Wasilkowie, to wobec wyraźnego wskazania, iż udostępnione zasoby zostaną wykorzystane jedynie w formule podwykonawstwa, nie można uznać, by złożona Oferta odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zgodnie z pkt. 3.41 SIWZ "Zamawiający wymaga osobistego wykonania przez Wykonawcę łączenia paneli oraz uruchomienia instalacji elektrowni", stąd też niedopuszczalnym było użyczenie potencjału doświadczenia w "uruchomieniu instalacji" w formule podwykonawstwa. Jeżeli natomiast firma C. nie będzie udostępniała doświadczenia w "uruchomieniu instalacji" w formule podwykonawstwa, a nie wskazano na inny sposób udostępnienia zasobu, to Konsorcjum nie będzie legitymować się odpowiednim doświadczeniem w zakresie wykonania co najmniej dwóch umów polegających na dostawie, montażu i uruchomieniu instalacji fotowoltaicznych. Udostępnienie nie ma bowiem realnego charakteru.

Odnosnie sztucznego podziału zadań Wykonawcy na "uruchomienie instalacji

fotowoltaicznej" i uruchomienie "instalacji elektrowni". Należy w tym miejscu dodatkowo zauważyć, iż podział zadań Wykonawcy na "uruchomienie instalacji fotowoltaicznej" i uruchomienie "instalacji elektrowni" został sztucznie wykreowany na potrzeby obrony wadliwie wybranej oferty. Nie można zgodzić się z powołanym na k. 6 pisma z 02.11.2017 r. stanowiskiem Zamawiającego, iż "Zamawiający zastrzegając w SIWZ do osobistego wykonania przez wykonawcę uruchomienie instalacji elektrowni a nie uruchomienie instalacji fotowoltaicznej działał świadomie i chciał, aby Wykonawca osobiście dokonał finałowego uruchomienia instalacji". Zwrot "uruchomienie instalacji fotowoltaicznej" w niniejszym stanie faktycznym jest bowiem równoznaczny z uruchomieniem "elektrowni".

Najlepszym przykładem na wykazania powyższego jest sam opis przedmiotu zamówienia, który jest określany jako "EZ-ZP-08/2017 Budowa instalacji fotowoltaicznej w Miejskim Przedsiębiorstwie Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w S..". Skoro "instalacja fotowoltaiczna" nie jest tym samym co elektrownia, dlaczego, definiując przedmiot zamówienia, Zamawiający jako kompletne dzieło podlegające odbiorom wskazał na

70

"instalację fotowoltaiczną", nie zaś na elektrownię? Podobnie, skoro to finalne uruchomienie "całej elektrowni", nie zaś wchodzących w jej skład "instalacji", świadczyć ma o terminowym ukończeniu przedmiotu umowy, dlaczego w pkt 4 SIWZ Zamawiający określił końcowy termin jedynie dla "uruchomienia instalacji"? Jedynym racjonalnym uzasadnieniem takiego działania jest fakt, iż Zamawiający nie definiował odrębnie ww. pojęć i w treści specyfikacji posługiwał się nimi zamiennie. Odmienna interpretacja ww. niespójności w treści SIWZ doprowadziłaby w ocenie Odwołującego do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w tym przede wszystkim wykonawców, którzy potencjalnie odstąpili od udziału w postępowaniu z uwagi na niespełnienie wyżej opisanych, restrykcyjnych warunków. Zwłaszcza, iż w odpowiedzi na zacytowane powyżej pytanie 13 do treści SIWZ Zamawiający wprost wyłączył możliwość podzlecenia czynności polegających na uruchomieniu instalacji elektrowni podwykonawcom, bez wskazania, iż dopuszcza możliwość uruchomienia "instalacji fotowoltaicznej" przez osoby trzecie.

Zresztą, treść złożonych przez Przystępującego i Zamawiającego pism procesowych w żaden sposób nie wskazuje, czym miałyby różnić się ww. pojęcia, które z nich ma charakter nadrzędny, a które stanowi jedynie część składową drugiej, i jakie czynności wykonywane w ramach uruchomienia "instalacji" nie mieściłyby się w czynnościach związanych z uruchomieniem "elektrowni" bądź odwrotnie. Podanie ww. różnic byłoby w ocenie Odwołującego bardzo utrudnione, gdyż w przypadku farm fotowoltaicznych budowanych na gruncie, zarówno w języku potocznym, jak i technicznym, ww. zwrotów używa się zamiennie. Kończąc ten wątek należy dodatkowo zauważyć, że w przedłożonym przez firmę C. Zobowiązaniu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, przedmiot zrealizowanej inwestycji, w ramach której zdobyto niezbędny potencjał, określono jako "budowa instalacji fotowoltaicznej w miejscowości W. ul. (...) - referencja wystawiona przez P. R. H. „F.” Spółka z o.o. w W.". Tak też ww. inwestycja została nazwana na liście projektów wybranych do wsparcia w ramach programu Rozwój lokalnej infrastruktury środowiska, gdzie określono ją wprost jako "instalację fotowoltaiczną". Na stronie internetowej podmiotu użyczającego potencjału przedmiotowe przedsięwzięcie określane jest już jednak bądź to jako "elektrownia", bądź to jako "farma fotowoltaiczna". Podobnie - w treści Referencji wystawionych przez P. R. -H. „F.” Spółka z o.o. w Wasilkowie wskazano, iż przedmiotem umowy była realizacja projektu "elektrowni fotowoltaicznej". Z daleko idącej ostrożności, w załączeniu Odwołujący przedkłada dodatkowo Opinię techniczną z 06.11.2017 r. wskazującą na tożsamość ww. określeń. Powyższe wskazuje bezspornie na zamienne, synonimiczne, stosowanie ww. określeń. W konsekwencji, pkt. 3.41 SIWZ należy interpretować w ten sposób, że "Zamawiający wymagał osobistego wykonania przez Wykonawcę łączenia paneli oraz uruchomienia instalacji elektrowni/instalacji

71

fotowoltaicznej", stąd też niedopuszczalnym byłoby użyczenie wybranemu w postępowaniu Wykonawcy potencjału doświadczenia w "uruchomieniu instalacji" w formule podwykonawstwa.

Z naprawdą daleko idącej ostrożności Odwołujący w tym miejscu wskazuje, iż podnoszona przez

Przystępującego okoliczność, jakoby "Umowa wykonana przez

G. E.Sp. z

o. o. była umową o wyższej wartości i dotyczyła instalacji fotowoltaicznych o wyższej łącznej mocy aniżeli umowa wykonana przez C. W. P., J. P. Sp. k", co jak się wydaje, miałoby rzekomo legitymować ww. Wykonawcę do samodzielnej realizacji zadania, pozostaje w sprawie całkowicie bez znaczenia. Subiektywne odczucie Wykonawcy co do zdolności do realizacji zamówienia nie może bowiem konwalidować treści wadliwie złożonych dokumentów.

Odnosnie nieprecyzyjnego podział zadań pomiędzy członkami Konsorcjum. Odwołujący dodatkowo podkreśla i podtrzymuje podaną w treści odwołania argumentację, iż na skutek wadliwego uzupełnienia Standardowych Formularzy Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, w toku postępowania Konsorcjum nie wskazało nawet pośrednio, który podmiot odpowiedzialny będzie za "uruchomienie" instalacji fotowoltaicznej. W cz. III form. A formularza JEDZ uzupełnionego dla firmy G. E. Sp. z o. o. wskazano, iż Lider Konsorcjum odpowiedzialny będzie za *"instalacji, reprezentowanie konsorcjum zgodnie z udzielonym pełnomocnictwem, a także prace wykonawcze, m.in. roboty związane z łączeniem modułów oraz rozruchem instalacji fotowoltaiki"*. W tej samej rubryce w formularzu JEDZ wypełnionego dla Uczestnika Konsorcjum, wskazano, iż wykonywać *"roboty związane z łączeniem modułów oraz rozruchem instalacji fotowoltaiki"*.

Z daleko idącej ostrożności w tym miejscu Odwołujący przedkłada Opinię techniczną Uniwersyteckiego Centrum Transferu Technologii Uniwersytetu Rzeszowskiego, z której treści wyraźnie wynika, iż czym innym jest rozruch instalacji, czym innym jej uruchomienie.

Mając na względzie treść przedłożonej opinii oraz powielane w treści ww. pisma argumenty Przystępującego, iż *"rozruch próbny instalacji fotowoltaicznej"* oraz *"uruchomienie instalacji fotowoltaicznej"* nie są pojęciem tożsamym, a *"uruchomienie instalacji elektrycznej"* jest czym innym "uruchomienie elektrowni", to w kontekście złożonych w treści formularzy JEDZ oświadczeń nasuwa się pytanie, który członek konsorcjum odpowiedzialny będzie za uruchomienia elektrowni? Nie można w żadnej mierze zaakceptować postulatu Przystępującego, iż *"generalnie nie ma obowiązku wskazywania w ofercie jakie części zamówienia wykona osobiście"*, gdyż taki wniosek stoi w oczywistej sprzeczności z prawem Zamawiającego do kontroli sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Powołując się na treść opinii UZP (<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/zakres-dokumentow,-jaki-przedstawia-wykonawca-na-potwierdzenie-spelniania-warunkow-podmiotowych,-w-sytuacji,-w-ktorej-korzysta-z-potencjalu-podmiotu-trzeciego>) pt. „Zakres dokumentów, jakie

72

przedstawia wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych, w sytuacji, w której korzysta z potencjału podmiotu trzeciego". „(...) uprawnione jest stwierdzenie, że dla celów wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego nie jest wystarczające przedstawienie jakiegokolwiek dokumentu podmiotu trzeciego odwołującego się do woli udostępnienia jego zasobów, ale niezbędne jest przedstawienie (dokumentu, dokumentów).

których treść będzie wykazywać faktyczną dostępność tych zasobów na użytek wykonawcy w celu realizacji zamówienia. (...) Co więcej, zamawiający powinien uzyskać w ten sposób szczegółową wiedzę dotyczącą obszarów, w jakich realizacja zamówienia będzie odbywała się przy udziale zasobów podmiotu trzeciego, umożliwiającą egzekwowanie poprawnej realizacji zamówienia, zgodnie z deklarowanymi przez wykonawcę zobowiązaniami podmiotów trzecich. Tylko szczegółowe określenie zakresu i sposobu zobowiązania podmiotu trzeciego. przedstawione przez wykonawcę, umożliwi zamawiającemu podjęcie decyzji uznania kwalifikacji tego wykonawcy w odniesieniu do realizacji zamówienia (...)". Na powyższe zwrócił zresztą uwagę sam Zamawiający, wzywając w treści pisma z 17.08.2017 r. Konsorcjum do uzupełnienia ww. formularzy dla Lidera i Partnera Konsorcjum w dziale A w zakresie przypisania odpowiedzialności za określone zadania dla poszczególnych członków konsorcjum. W przedłożonym po raz trzeci formularzu JEDZ Wykonawca jednak określonych treścią SIWZ zadań nie opisał, co także dyskredytuje złożoną ofertę w całości.

Odnosnie czynu nieuczciwej konkurencji. Podkreślił ponownie, iż treści formularza JEDZ złożonego dla pierwszego z podmiotów użyczających potencjału - firmy M. Sp. z o o Sp. k, w cz. III Podstawy Wykluczenia pkt. B *"Podstawy związane z płatnością podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne"* wyraźnie wskazano, iż Spółka "nie wywiązała się ze wszystkich obowiązków dotyczących płatności podatków lub składek na ubezpieczenie

społeczne", stąd też Lider Konsorcjum musiał mieć wiedzę, że składa ofertę wadliwą. Treść pisma przystępującego z 31.10.2017 r. w sposób bardzo lapidarny odnosi się do ww. okoliczności, wskazując jedynie, iż M. Sp. z o. o. Sp. k. zawarł z właściwym organem porozumienie w sprawie spłat należności z tytułu składek, tj. uzyskał prawem przewidziane rozłożenie na raty zaległych płatności. Nie wskazuje jednak w żaden sposób, w jakiej dacie ww. porozumienie było zawarte oraz czy obejmowało wszystkie zaległości Spółki. Składając w dniu 09.08.2017 r. ofertę zawierającą informację, iż podmiot używający potencjału *"nie wywiązał się ze wszystkich obowiązków dotyczących płatności podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne"*, Konsorcjum musiało liczyć się z obowiązkiem dołączenia do oferty, na wezwanie Zamawiającego porozumienia w sprawie spłat ww. należności. Zamawiający pismem z 19.09.2017 r. wezwał Wykonawcę do przedłożenia ww. dokumentu w terminie do dnia 29.09.2017 r., stąd też w sytuacji, w której oświadczenie przystępującego polegałoby na prawdzie, w ww. terminie przedłożyłby oni żądane porozumienie - gdyby oczywiście takowe istniało i gdyby pozostawało ono aktualne na dzień składania ofert. Nie

73

dysponując ww. dokumentem, będąc jednocześnie, hipotetycznie - przed upływem terminu składania ofert, w posiadaniu dokumentów podmiotowych potwierdzających brak podstaw do wykluczenia innej firmy, która gotowa byłaby użyć potencjału, uzasadnionym jest przypuszczenie, iż Konsorcjum działało w złej wierze, celowo przedkładając niepełne/wadliwe dokumenty. W sytuacji natomiast w której, jak sugeruje treść pisma z 31.10.2017 r., doszło do opatrzenia dokumentów nieprawdziwą datą, zarzut Odwołującego sprowadza się do antydatowania dokumentów mających istotny wpływ na wybór Oferty Konsorcjum. Do powyższego wszak częściowo przyznaje się Przystępujący, wskazując na k. 5 ww. pisma, iż Przystępujący, opatrując skorygowane formularze JEDZ datą 08.08.2017 r., chciał zatem wskazać Zamawiającemu, że podane w nich informacje są aktualne na dzień składania ofert". Powyższy zamiar „wskazania aktualności” w żaden sposób nie wynika jednak z treści ww. dokumentów, a nie data obok podpisu sugeruje wprost, iż jest to data sygnowania dokumentów. Zaakceptowanie przez KIO takiej praktyki, wobec oczywistości stwierdzonych naruszyć, prowadzić będzie do aprobaty wskazywania w treści dokumentacji przetargowej dat nieopowiadających rzeczywistości.

Pozostała treść pisma z 31.10.2017 r., powielająca i powtarzająca kilkakrotnie te same argumenty, w ocenie Odwołującego, ma za zadanie jedynie zaciemnić faktyczny obraz sytuacji i odwrócić uwagę KIO od dostrzeżonych uchybień. Treść pisma Zamawiającego z 02.11.2017 r. stanowi natomiast literalne powielenie/streszczenie argumentów podanych przez Przystępującego, który do tego stopnia utożsamia się ze stanowiskiem Przystępującego, że sam siebie w treści Odpowiedzi nazywa Przystępującym (przykładowo, na k. 6 ww. pisma).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi po oświadczeń, jak poniżej dowodami, wysłuchaniu i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Odnosnie zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego – I. P. S.A., które Izba uznała za nieskuteczne. Zgłaszający przystąpienie po stronie Odwołującego oświadczył, na

74

posiedzeniu 03.11.2017 r., że nie formułuje żadnych zarzutów wobec oferty Odwołującego, mimo że jak Izba stwierdziła w treści swojego przystąpienia takie zarzuty wobec strony do której przystąpił formułował celem wykazania swojego interesu w przystąpieniu. Zgłaszający przystąpienie po stronie Odwołującego oświadczył także w odpowiedzi na pytanie przewodniczącego, iż w jego ocenie, ma interes rozstrzygnięciu na

korzystać Odwołującego, czyli strony, do której przystąpił i wyjaśnia, że w sytuacji ewentualnego uwzględnienia odwołania upatruje on w toku ponownie ocenę badania ofert, ewentualną szansę wygrania zamówienia. Stwierdził również, iż rozważał ewentualnie wniesienie odwołania jednak ostatecznie podjął decyzję, że takie odwołanie niezostanie wniesione. W ocenie Izby zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego jest nieskuteczne uznając, iż wykonawca sformułował zarzuty w swoim przystąpieniu, wobec oferty Odwołującego, czyli strony do której przystąpił w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Należy zauważyć, iż Izba rozpatruje skuteczność zgłoszenia i interes na termin jego złożenia, czyli w wymaganym okresie 3 - dniowym i ewentualne cofnięcie, zmiana modyfikacja treści w tym zakresie, a tak Izba ocenia stanowisko wyrażone na posiedzeniu przez zgłaszającego przystąpienie, jest nieskuteczne w ocenie Izby. Przywołując dodatkowo na tą okoliczność „Izba nie uznała niniejszego przystąpienia za skuteczne z uwagi na brak skutecznego wykazania interesu w przystąpieniu w ramach ustawowego terminu.” (za wyrokiem KIO w połączonych sprawach z dnia 02.11.2011 r., sygn. akt: KIO 2141/11, sygn. akt: KIO 2183/11, sygn. akt: KIO 2185/11, sygn. akt: KIO 2189/11, sygn. akt: KIO 2190/11, sygn. akt: KIO 2191/11, sygn. akt: KIO 2196/11, sygn. akt: KIO 2198/11).

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z całej dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności SIWZ, odpowiedzi na pytanie 2 – pismo z 03.07.2017 r., odpowiedzi na pytanie 1 i 2 – pismo z 04.07.2017 r. (dodano – zał. 5.1 do SIWZ), odpowiedzi na pytanie 2 – pismo z 24.07.2017 r., jak i odpowiedzi na pytania (pismo z 27.07.2017 r. oraz z 01.08.2017 r.), oferty Przystępującego (w tym JEDZ-e konsorcjantów oraz pierwotnego podmioty trzeciego wraz z zobowiązaniem), wezwania z 17.08.2017 r., odpowiedzi Przystępującego z 24.08.2017 r., wyboru z 29.08.2017 r., odwołania o sygn. akt: KIO 1843/17; unieważnienia wyboru z 29.08.2017 r. (pismo z 19.09.2017 r.), odpowiedź do odwołania z 19.09.2017 r., wezwania z 19.09.2017 r., postanowienia KIO z 20.09.2017 r., sygn. akt: KIO 1843/17; KIO 1873/17; odpowiedzi na wezwania z 19.09.2017 r. (uzupełnienie z 27.09.2017 r. - zastąpienie pierwotnego podmiotu trzeciego nowym), wezwania z 02.10.2017 r., odpowiedzi

75

z 03.10.2017 r., wezwania z 06.10.2017 r., odpowiedzi z 09.10.2017 r., jak i wyboru oferty najkorzystniejszej z 11.10.2017 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone wraz z pismem procesowym Odwołującego:

- 1) Kopie Listy projektów wybranych do wsparcia w ramach programu Rozwój lokalnej infrastruktury środowiska;
- 2) Kopie Listy rezerwowej projektów wybranych do wsparcia w ramach programu Rozwój lokalnej infrastruktury środowiska;
- 3) Wydruk ze strony internetowej podmiotu C. W. P., J. P. Sp. k.

Odnośnie - opinii technicznej z 06.11.2017 r. pracowników – Lidera Konsorcjum, które złożyło odwołanie oraz opinii technicznej z 06.11.2017 r. Uniwersyteckiego Centrum Transferu Technologii Uniwersytetu Rzeszowskiego – dr. G. Wisz złożonych jako załączniki do pisma procesowego Odwołującego - stanowiącego pisemne ustosunkowanie się do pisma procesowego Przystępującego z 31.10.2017 r., oraz odpowiedzi na odwołanie z 02.11.2017 r. zgodnie ze zobowiązaniem z posiedzenia z 03.11.2017 r. - uznać należy, że są to opinie prywatne będące stanowiskiem strony w sprawie, stanowią one jedynie dowód tego, że osoby, które je podpisały wyraziły zawarty w nich pogląd. Izba uznaje je za część argumentacji Odwołującego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone wraz z pismem procesowym przez Przystępującego:

- 1) wyciąg z podręcznika: „Instalacje Fotowoltaiczne” p. Bogdan Szymańskiego (wydanie V, Kraków 2016, pkt 3.4 oraz str. 157);
- 2) artykuł z Magazynu Instalator ze stycznia 2015 r.;
- 3) kopie potwierdzone za zgodność – „Stwierdzenia przygotowania do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie” - z dnia 4 grudnia 1982 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Przystępującego oraz

pismo procesowe Odwołującego (to ostatnie dostarczone przed odroczonym drugim posiedzeniem), stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

76

- 1) art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Przystępującego w sytuacji, w której, jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;
- 2) art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 Pzp poprzez nieuprawnione, wielokrotne wzywanie Konsorcjum do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) art 7 ust. 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz naruszenie zasady udzielania zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp;
- 4) art 36 a ust. 2 Pzp poprzez wybór złożonej przez Przystępującego oferty pomimo, iż żaden z konsorcjantów, zgodnie z treścią przedłożonych formularzy JEDZ, nie będzie realizował zastrzeżonych do osobistego wykonania prac polegających na "uruchomieniu instalacji";
- 5) art 36 a ust. 2 w zw. z art. 7 Pzp polegające na dokonaniu oceny ofert z pominięciem okoliczności obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę: kluczowych części zamówienia na roboty budowlane w zakresie łączenia paneli oraz uruchomienia instalacji elektrowni,
- 6) art. 22 a ust. 2 w zw. z ust. 4 Pzp poprzez przyjęcie, że wybrany wykonawca udowodnił Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotów trzecich, które - zgodnie z treścią ww. przepisów, użyczając potencjał muszą zrealizować roboty budowlane lub usługi, do realizacji których potencjał ten jest wymagany,
- 7) art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez wybór oferty Przystępującego pomimo, że w sposób oczywisty nie odpowiada treści SIWZ. Wykonawca zamierza powierzyć wykonanie próbnego rozruchu wykonanej instalacji fotowoltaicznej osobie trzeciej, jednak czynność ta, wchodząca w skład czynności składających się na "*uruchomienie instalacji*" zgodnie z treścią SIWZ, winna być wykonana osobiście przez Wykonawcę, któremu powierzono realizację zamówienia;
- 8) art 89 ust 1 pkt 5 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty złożonej przez wykonawcę, który powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 9) art. 22 ust. 1 pkt. 2 w zw. z ust. 1b pkt 3 w zw. z ust. 3 Pzp poprzez nieuprawnione uznanie, iż Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sytuacji, w której nie posiada on wymaganego doświadczenia pozwalającego na samodzielną realizację kluczowych części zadania;
- 10) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 lit. a w zw. z art. 36 a ust. 2 Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez Przystępującego, która powołując się na zdolności techniczne i zawodowe osób trzecich, faktycznie powierzy kluczowe części zamówienia podwykonawcom. Zamawiający zastrzegł natomiast obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę czynności polegających na łączeniu paneli oraz uruchomienia Instalacji, które to prace,

77

możliwe do realizacji jedynie przez podmiot legitymujący się doświadczeniem wskazanym w pkt. 5.3.2 SIWZ, stanowią niewrażliwą i najistotniejszą część zadania;

11) art. 91 ust. 1 w zw. z art 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez wybór, jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, pomimo, iż nie zostały spełnione warunki określone w SIWZ jakim są warunki zdolności technicznej i zawodowej;

12) art. 91 ust 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego w sytuacji, gdy nie była to oferta najkorzystniejsza w rozumieniu ww. przepisów;

13) art 24 ust 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust 1 i 3, art. 23 oraz art. 22a Pzp, poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Przystępującego z przedmiotowego postępowania, pomimo, iż nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania, jak i odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego oraz pisma procesowego Odwołującego. Wskazując na przywołane w tych pismach fragmenty SIWZ, odpowiedź na pytanie 2 – pismo z 03.07.2017 r., odpowiedzi na pytanie 1 i 2 – pismo z 04.07.2017 r. (dodano – zał. 5.1 do SIWZ), odpowiedź na pytanie 2 – pismo z 24.07.2017 r., jak i odpowiedzi na pytania (pismo z 27.07.2017 r. oraz z 01.08.2017 r.), ofertę Przystępującego (w tym JEDZ-e konsorcjantów oraz pierwotnego podmiotu trzeciego wraz z zobowiązaniem), wezwania z 17.08.2017 r., odpowiedzi Przystępującego z 24.08.2017 r. (w tym poprawione JEDZ-e konsorcjantów, oraz JEDZ podwykonawcy, który nie był podmiotem trzecim), wyboru z 29.08.2017 r., odwołania o sygn. akt: KIO 1843/17; unieważnienia wyboru z 29.08.2017 r. (pismo z 19.09.2017 r.), odpowiedzi do odwołanie z 19.09.2017 r., wezwania z 19.09.2017 r., postanowienia KIO z 20.09.2017 r., sygn. akt: KIO 1843/17; KIO 1873/17; odpowiedzi na wezwania z 19.09.2017 r. (uzupełnienie z 27.09.2017 r. - zastąpienie pierwotnego podmiotu trzeciego nowym – złożono dokumenty wymienione w odwołaniu – str. 8 do 9), wezwania z 02.10.2017 r., odpowiedzi z 03.10.2017 r. (poprawione JEDZ-e konsorcjantów w zw. ze zmianą podmiotu trzeciego), wezwania z 06.10.2017 r., odpowiedzi z 09.10.2017 r. (oświadczenie podmiotu trzeciego z 09.08.2017 r.). Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

78

Względem czwartego, piątego, szóstego, dziewiątego i trzynastego (ale jedynie w zakresie wymaganego doświadczenia w wykonaniu dwóch umów) zarzutu, Izba uznała w/w zarzuty za zasadne, co skutkowało uwzględnieniem odwołania.

Odnośnie kwestii realności udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego w kontekście podwykonawstwa, a zastrzeżenie wykonania osobistego łączenia paneli i uruchomienia elektrowni (podział obowiązków między konsorcjantów).

W zakresie kwestii „*łączenia paneli*” - Odwołujący oświadczył na rozprawie, że zarzuty odwołania nie obejmowały kwestii „*łączenia paneli*”, a jedynie kwestie „*uruchomienia instalacji*”. Przy czym, z uwagi na to, iż literalnie kwestia ta była wskazywana w petitum odwołania, co najmniej w zarzucie piątym, Izba uznała, że Odwołujący zarzut w tym zakresie wycofał. W konsekwencji, Izba zarzut odwołania dotyczący „*łączenia paneli*” pozostawiła bez rozpoznania.

W ocenie Izby, użyczenie potencjału podmiotu trzeciego w zakresie drugiego zadania nie miało charakteru realnego. Koniecznym byłoby nie tylko zastosowanie formuły podwykonawstwa co do podmiotu trzeciego, co miało miejsce, ale niejako dodatkowo w inny sposób poprzez konsultacje np. wsparcie techniczne, tj. oddelegowanie własnego personelu lub wybranych osób do zespołu Przystępującego w celu bezpośredniego wsparcia technicznego konsultacji i nadzoru nad pozostałymi pracami. Zaistniała sytuacja w przedmiotowym stanie faktycznym niejako wymuszała takie działanie. Zgodnie z treścią zobowiązania w formule podwykonawstwa miało być realnie użyczony „*rozruch próbny instalacji fotowoltaicznej*”, a nie „*uruchomienie instalacji fotowoltaicznej*” (w innej formule – a takim właśnie doświadczeniem wykazywał się nowy podmiot trzeci). W tym kontekście podział ról członków konsorcjum (JEDZ – Cz. II. A, str. 3 – prace wykonawcze m.in. roboty związane z łączeniem modułów oraz rozruchem instalacji fotowoltaicznej budzi dalsze wątpliwości, których sanowanie nie jest już możliwe. Jeżeli bowiem należy zgodzić się, że czym innym jest „*uruchomienie instalacji elektrowni*”, co do czego istniała niejako zgodność, biorąc pod uwagę, że Przystępujący powoływał się na opinie techniczną złożoną przez Odwołującego Uniwersyteckiego Centrum Transferu Technologii Uniwersytetu Rzeszowskiego, a jego stanowisko podzielał także na rozprawie Zamawiający. Czy też, że „*rozruch próbny*” także ma cechy wynikające z powołanej opinii technicznej dostarczonej przez Odwołującego, a wykorzystanej przez Przystępującego. To niewątpliwie panowała zgodność co do różnicy między „*rozruchem próbnym*”, a „*uruchomieniem instalacji fotowoltaicznej*”, wszelkie zaś różnice w tym zakresie podnoszone przez Odwołującego stały w sprzeczności z jego treścią odwołania, gdyż w późniejszym piśmie nie podtrzymał

fotowoltaicznej” od „uruchomienia instalacji elektrowni”, po pierwsze nie miały jednoznacznego oparcia w SIWZ, nadto stały w sprzeczności z jedną z opinii przywołaną powyżej, co jeszcze działa na szkodę wiarygodności tez Odwołującego w tym zakresie.

Powyższe jednak nie ma decydującego znaczenia, wobec braku realności udostępnienia zasobów w zakresie drugiej umowy, jak i de facto sprzeczności treści JEDZ-

ów konsorcjantów z zastrzeżeniem osobistego wykonania zawartym w zobowiązaniu (to ostatnie złożone 27.09.2017 r.) Z jednej bowiem strony zarzuca Przystępujący nie bez pewnych racji, jak i Zamawiający niespójność argumentacji Odwołującego, z drugiej nie dostrzega niespójności i nierzetelności własnej. Raz twierdząc, że „uruchomienie instalacji elektrowni”, to nie to samo co „uruchomienie instalacji fotowoltaicznej”, bo to de facto podłączenie gotowej instalacji do sieci operatora, a z drugiej strony w swoim stanowisku pisemnym koryguje treść zakresu w JEDZ-ach konsorcjantów stwierdzając, że przywołany tam „rozruch instalacji fotowoltaicznej”, to de facto rozruch, czyli „uruchomienie instalacji fotowoltaicznej”, czyli „uruchomienie instalacji elektrowni”, choć to tylko jego wniosek (str. 34-35 pisma procesowego Przystępującego). Wcześniej, zaś twierdził, że nie ma tożsamości „uruchomienia instalacji fotowoltaicznej” i „uruchomienia instalacji elektrowni”.

Izba uznała że całość sprawy daje podstawy do uznania, że Przystępujący umiejętnie dostosował swoją argumentację do strategii procesowej, zresztą podobnie, jak i Odwołujący w innych kwestiach. W konsekwencji, należy uznać, że po pierwsze, Przystępujący nie ma wymaganego doświadczenia (brakuje mu drugiej umowy), po drugie JEDZ konsorcjantów i zobowiązanie podmiotu trzeciego, co do tego co będą wykonywali konsorcjanci są niespójne i budzące wątpliwości, co wpływa na ocenę kwestii osobistego wykonania zastrzeżonych elementów przedmiotu zamówienia przez Przystępującego.

Jednocześnie, Izba nie zgadza się, jakoby wskazanie podziału obowiązków konsorcjantów w ich JEDZ-ach nie było konieczne i celowe oraz, że nie wynikało z SIWZ (był przecież wymóg osobistego wykonania – pkt 3.41 SIWZ). Po pierwsze, było to celowe z uwagi na zastrzeżenie w SIWZ wymogu osobistego wykonania zastrzeżonych elementów przedmiotu zamówienia. Stosowna rubryka w JEDZ-u się znajduje (gdzie wprost wskazuje się – „odpowiedzialny za określone zadania”), a w toku postępowania Zamawiający wzywając 17.08.2017 r. wyjaśniał, cel zmiany JEDZ-ów konsorcjantów w tym zakresie, względem tych, które zostały załączone do oferty. Mimo późniejszego uznania zarzutu związanego z tym wezwaniem (a więc i uzyskanych jako jego skutek dokumentów), nowe prawidłowe wezwanie, skutkowało złożeniem JEDZ-ów, które w tym zakresie zawierały taką samą informację, co JEDZ-e z uzupełnienia z 24.08.2017 r. (Przystępujący działał więc z wiedzą wynikająca z wcześniejszych historycznych czynności). Po drugie, Izba nie może z jednej strony kierować się treścią JEDZ-a, przy innych zarzutach i na ich podstawie oddalać

formułowane zarzuty, z drugiej w zakresie tak kluczowej kwestii jak wykonywanie osobiste nie dostrzegać zawartej tam treści, która jest co najmniej niejednoznaczna wobec treści zobowiązania podmiotu trzeciego w tym zakresie (może być rozumiana nie tylko tak jak uważa Przystępujący w swoim piśmie procesowym na str. 35).

Albowiem albo ów „rozruch instalacji fotowoltaicznej” z JEDZ-ów konsorcjantów to de facto „rozruch próbny” z zobowiązania w zakresie którego przewidziane jest podwykonawstwo podmiotu trzeciego, co czyni udostępnione doświadczenie, jeszcze bardziej nierealnym niż oceniła powyżej Izba. Albo „instalacja fotowoltaiczna” i „instalacja elektrowni”, to synonimy, a wykonanie osobiste ma dotyczyć uruchomienia „instalacji elektrowni/uruchomienia instalacji fotowoltaicznej” więc poprzez brak jednoznacznego stwierdzenia w JEDZ-ach, a dokładnie przywoływanej już sprzeczności z treścią zastrzeżenia w zobowiązaniu, Wykonawca nie oświadczył w sposób nie budzący wątpliwości, że takie wykonanie osobiste będzie miało miejsce. W jego ofercie znajdują się sprzeczne oświadczenia w tym zakresie, de facto na rozprawie Przystępujący złożył oświadczenie próbujące istniejące rozbieżności sanować (korygował także jego treść w swoim piśmie co przywołała Izba powyżej).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem siódmego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

W tym wypadku uznając, co było już podnoszone w toku przedstawionej powyżej argumentacji przy rozpatrywaniu wcześniejszych zarzutów – że wszelkie różnice podnoszone przez Odwołującego także na rozprawie odnośnie rozumienia, zawierania się lub traktowania oddzielnie „rozruchu próbnego”, „uruchomienia instalacji fotowoltaicznej”, stały w sprzeczności z jego treścią odwołania, gdyż w późniejszym piśmie i na rozprawie nie podtrzymał argumentacji z odwołania co do sztucznego rozdzielenia „rozruchu próbnego” od „uruchomienia instalacji fotowoltaicznej”. Jego stanowisko w tym zakresie było niespójne, z tej przyczyny Izba oddaliła zarzut, który został wyartykułowany w tej formie w petitum odwołania (str. 3 – 4).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

81

Względem ósmego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny. Z petitum odwołania wynika (str. 4), że dotyczy zdolności technicznej lub zawodowej, jednakże podano wadliwą podstawę prawną, jednocześnie konsumuje zarzut dziewiąty i w zakresie doświadczenia trzynasty, czyli został podany akcesoryjnie. Wskazany przepis – art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, dotyczy postępowań wieloetapowych, a nie jednoetapowych (wyrok KIO z 12.04.2017 r., sygn. akt: KIO 567/17, KIO 660/17). W konsekwencji, Izba oddaliła zarzut.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem pierwszego, drugiego, trzeciego zarzutu, Izba uznała w/w zarzuty za niezasadne.

Odnośnie zarzutu opartego na tezie o wielokrotność wzywania Przystępującego do uzupełnienia ze strony Zamawiającego. Wezwanie z 02.10.2017 r. dotyczyło JEDZ-ów - lidera i członka konsorcjum, w ocenie Izby, było ono zbyt daleko idącym przejawem formalizmu ze strony Zamawiającego, albowiem dostosowanie pierwotnych JEDZ-ów konsorcjantów, do zmiany podmiotu trzeciego nie było konieczne, gdyż znajdował się w jego dyspozycji, tak JEDZ nowego podmiotu trzeciego, jak i wykaz robót z referencjami. Tak z obecnie obowiązującego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (o czym szerzej przy okazji rozpatrywania kolejnego zarzutu), jak i ustawy (art. 25 ust. 7, czy też art. 26 ust. 6 Pzp) wynika, że jeśli określony dokument znajduje się w dyspozycji Zamawiającego, to nie musi żądać ich wtórnego złożenia.

W zakresie wezwania z 06.10.2017 r., Izba potwierdza, że okoliczność na którą miał złożyć oddzielnie „oświadczenie Przystępujący” znajduje się w JEDZ-u, a Zamawiający otrzymał je na wezwanie z 19.09.2017 r. (Powyższe stanowisko wyraził już Przystępujący w swoim piśmie z 09.10.2017 r. będącym odpowiedzią na w/w wezwanie, zastrzegając, że samo oświadczenie składa z ostrożności). Art. 25 a ust. 3 pkt 1 Pzp – jednoznacznie określa, że JEDZ ma służyć „potwierdzać” temu właśnie celowi, tj. braku podstaw do wykluczenia oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji działania Zamawiającego, tj. w/w wezwanie były przejawem zbyt daleko idącego formalizmu. Kwestia wzywania z innych powodów i w innym zakresie, ma charakter wtórny wobec generalnego stanowiska Zamawiającego. Odnośnie wezwania z 17.08.2017 r., Zamawiający uznał (uwzględnił) w tym zakresie w swojej ówczesnej odpowiedzi na odwołanie z 19.09.2017 r. zarzut wcześniejszego odwołania (KIO 1843/17) przyznając, że owe wezwanie, jak i następcze unieważnienie pierwotnego wyboru były wynikiem nieprecyzyjności wezwania i wymagało powtórzenia. Nadto, stwierdzając, że te wezwanie było de facto w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. Izba w konsekwencji wzięła pod uwagę tą okoliczność, gdyż ówczesny, jak

82

i zarazem aktualny Odwołujący nie podtrzymał swojego odwołania. Przy czym, kwestia że wezwanie z VIII – jest na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, a z IX może być uznane, tj. że jest na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp – ma charakter wtórny, skoro pierwotne było niejasne i wszyscy uczestnicy to uznali.

Jednocześnie należy podkreślić, że skoro pierwotnie Przystępujący bazował na potencjale podmiotu trzeciego w zakresie drugiego brakującego zadania, to miał prawo zastąpić ten podmiot trzeci innym, co uczynił w wyniku wezwania z 19.09.2017 r. (za wyrokami KIO o sygn. akt: KIO 1380/17, sygn. akt: KIO 1581/17, sygn. akt: KIO 1661/17,

sygn. akt: KIO 1682/17, sygn. akt: KIO 1755/17).

W konsekwencji żadnego dwukrotnego wzywania nie było skoro wezwanie z sierpnia 2017 r. zostało uznane de facto przez wszystkich uczestników także Odwołującego za nieprecyzyjne, a jego ówczesna sytuacja procesowa nie zmienia stanowiska Izby, w tym zakresie, gdyż Zamawiający uwzględnił 1 zarzut, a to jego decyzją było wycofanie pozostałych. Nie kwestionował też pozorności takiego uwzględnienia. Z kolei wezwania z X 2017 r. jak było to już na wstępie, były bezprzedmiotowe.

Odnosnie zarzutu opartego na tezie o antydatowaniu uzupełnianych dokumentów i oświadczeń. W zakresie zamiaru wskazania aktualności na dzień składnia ofert poprzez opatrzenie formularza JEDZ datą 08.08.2017 r. tezy Odwołującego są zbyt daleko idące i abstrahują, po pierwsze od tego, że JEDZ musi być aktualny na dzień składnia ofert, po drugie brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania twierdzeń, że na tą datę nie dysponował Przystępujący zasobami nowego podmiotu trzeciego. Twierdzenia Odwołującego nie zostały poparte dowodami, nie sprostął ciężącemu na nim ciężarowi dowodowemu. Formułowanie określonych wniosków z tak wątplych przesłanek jest działaniem gołosłownym (dokument złożony na wezwanie z IX 2017 r.).

Odnosnie daty na skorygowanych JEDZA-ch Przystępującego (wezwanie z 02.10.2017 r.), należy dostrzec, że ten dokument miał charakter po pierwsze zbędny, po drugie Odwołujący z wtórnej korekty będącej wynikiem zmiany podmiotu trzeciego wyciąga zbyt daleko idący wniosek. Uznanie tez Odwołującego uniemożliwiłoby generalnie zmianę podmiotu trzeciego, w sytuacji gdy taki pomiot został w ofercie wskazany.

Odnosnie oświadczenia dostarczonego na wezwanie z 06.10.2017 r. było ono nadplanowe i zarazem wtórne, jak i odtwarzające treść JEDZ-a złożonego w wyniku zmiany podmiotu trzeciego i jedynie powieliło zawartą tam datę.

W konsekwencji Izba, nie uznaje działania Przystępującego i złożonej przez niego oferty, jako czynu nieuczciwej konkurencji, zaś zarzut tego rodzaju nie został potwierdzony, gdyż zmiana jednego podmiotu trzeciego na inny jest dopuszczalna (jeżeli pierwotnie taki

83

podmiot został wskazany). Twierdzenia o działaniu mającym na celu wycofanie się z przetargu i uzależnienie zmiany podmiotu trzeciego od sytuacji jego oferty w przetargu jest „odważną” tezą, ale „gołosłowną”. Tak, jak twierdzenie, że nie skończyłoby się to dla Przystępującego utratą wadium w wysokości 350 tys. zł. Izba podkreśla, że to Odwołujący złożył odwołanie, musi więc odwodnić zasadność zarzutu, jeżeli więc twierdzi, że

pierwotny

podmiot trzeci nie zawarł określonego porozumienia w sprawie należności publiczno-prawnej ZUS, winien to udowodnić, uzyskując stosowne potwierdzenie o braku takiego porozumienia albo braku jakichkolwiek działań w tym zakresie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem trzynastego zarzutu – odnosnie doświadczenia kadry kierowniczej, Izba oddaliła zarzut.

Odwołujący podnosił jako uzasadnienia kwestionowania wykazanego doświadczenia kadry kierowniczej przez Przystępującego - istniejące braki w zakresie treści zał. 5 do SMWZ, tj. wykazu osób, tak względem kierownika robót branży elektrycznej (p. T. K.), jak i kierownika robót branży konstrukcyjno – budowlanej (p. H.H.). Stwierdził przy tym, że te braki byłyby nieistotne, gdyby inna forma prezentacji tych danych była czytelna i pozwalała na ocenę spełnienia tych wymogów. Ta teza stoi w sprzeczności z treścią JEDZ-a lidera konsorcjum (str. 18-19 oferty), gdzie takie informacje w zakresie braków, które są wynikiem niewątpliwie błędu edytorskiego się znajdują. Nadto, należy przywołać § 2 ust. 7 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (Dz. U. poz. 1126) – jeżeli treść informacji przekazanych przez Wykonawcę w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia, o którym mowa w art. 10a ust. 1 Pzp, odpowiada zakresowi informacji, których zamawiający wymaga poprzez żądanie dokumentów, w szczególności o których mowa w 2 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 ww. rozporządzenia, zamawiający może odstąpić od żądania tych dokumentów od wykonawcy. W takim przypadku dowodem spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji oraz braku podstaw wykluczenia są odpowiednie informacje przekazane przez wykonawcę lub odpowiednio przez podmioty, na których zdolnościach lub sytuacji wykonawca polega na zasadach określonych w art. 22a Pzp, w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia. Takim dokumentem jest wykaz osób -

§ 2 ust. 4 pkt 10.

W zakresie kwalifikacji kadry kierowniczej – kierownika z branży konstrukcyjno – budowlanej (p. H.H.) /kopie potwierdzoną za zgodność z oryginałem uprawnień z 1982 r. złożył Przystępujący na rozprawie/ i braku weryfikacji nadanych w 1982 r. uprawnień przez Zamawiającego. Izba wskazuje, po pierwsze na art. 104 ustawy z dnia 07 lipca 1994 r.

84

Prawa Budowlanego (Dz. U. tj. z 08.06.2017 r., poz. 1332), nadto nie kwestionowane są same uprawnienia, ale brak ich weryfikacji, przy czym sam Zamawiający, co umknęło uwadze Odwołującego w pkt 5.3.2 lit. b SIWZ zobowiązał się do honorowania uprawnień osób wydanych na podstawie wcześniejszych przepisów, z tej przyczyny brak było podstaw do ich negowania, co do zasady, jak i z uwagi na przywołany art. 104 Prawa Budowlanego. Po drugie, należy zgodzić się ze stanowiskiem Przystępującego wyrażonym w jego piśmie procesowym, że są to uprawnienia konstrukcyjno – budowlane bez ograniczeń. Przy tym, podnoszone na rozprawie wyłączenia odnosiły się do elementów związanych z inną specjalnością konstrukcyjno - inżynierską oraz wodno-melioracyjną. Taka formuła miała ówczesnie charakter standardowy, gdyż odnosiła się do obiektów kolejowych, dróg i lotniskowych dróg (§ 13 ust.1 pkt 2, pkt 3 a, b, c, d oraz pkt 5 Rozporządzenia MGTiOŚ z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46 z późn. zm.).

Charakter uprawnień tego typu, tj. osoby z wyższym wykształceniem (brak ograniczenia podmiotowego), nie zawierającego ograniczenia do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych (ograniczenia przedmiotowego) - jako uprawnień bez ograniczeń potwierdza również orzecznictwo KIO oraz przywołana w nim publikacja: „(...) Zgodnie z załączonym do wniosku dokumentem - *"Stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego" z dnia 27 marca 1985 r. (...), p. (...) posiada wykształcenie technika budowlanego, a jego uprawnienia obejmują specjalność konstrukcyjno - budowlaną "do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie wszelkich budynków i innych budowli o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych. Analogiczną treść uprawnień w specjalności drogowej posiada p. (...) - z dokumentu ze str. 305 wniosku wynika, że osoba ta posiada wykształcenie technika budowlanego oraz uprawnienia "do sporządzania projektów budowli dróg, lotniskowych dróg startowych, typowych przepustów i mostów o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych. Treść uprawnień p. (...) i p. (...) tj. zastrzeżenie, iż obaj panowie posiadają wykształcenie średnie, a uprawnienia dotyczą "powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych" wskazuje, iż osoby te posiadają uprawnienia w ograniczonym zakresie. Okoliczność, iż tak sformułowany zakres uprawnień wydanych na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. nr 8 poz. 46) należy interpretować, jako uprawnienia w ograniczonym zakresie, został potwierdzony w orzecznictwie, zgodnie z którym: "Generalnie zasada nadawania uprawnień w określonym zakresie od początku wydawania uprawnień była niezmienna -*

85

osoby z wyższym wykształceniem technicznym odpowiednim dla danej specjalności mogły uzyskać uprawnienia budowlane bez ograniczeń, natomiast osoby ze średnim wykształceniem technicznym lub z wyższym wykształceniem, ale pokrewnym dla danej specjalności mogły uzyskać uprawnienia jedynie w ograniczonym zakresie - zasada ta obowiązywała zarówno na gruncie rozporządzenia Ministra

Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46), jak i rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2005 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2005 r., Nr 96, poz. 817) (...)” Przedmiotem ustalenia Izby było, czy uprawnienia do realizacji rozwiązań o powszechnie stosowanych rozwiązaniach konstrukcyjnych (wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów) są równoważne uprawnieniom w zakresie przez nieograniczonym (wymaganym w SIWZ Zamawiającego

w związku z treścią obowiązujących przepisów). Na tak postawione pytanie odpowiedź jest negatywna - uprawnienia ograniczone do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych są uprawnieniami w ograniczonym zakresie, a więc w zakresie węższym, niż wymagał Zamawiający. Na takim stanowisku stoją i izby budowlane, i sądy powszechne. "Podział uprawnień budowlanych na uprawnienia bez ograniczeń i w ograniczonym zakresie został wprowadzony przepisami obowiązującej ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 ze zm.), które weszły w życie 1 stycznia 1995 r. Powyższe nie oznacza jednak, że w okresie od 1928 do 1995 r. ustawodawca nie przewidywał uprawnień budowlanych, których zakres byłby ograniczony podmiotowo lub przedmiotowo. Taki podział bowiem istniał, aczkolwiek różnił się sposobem stosowania ograniczeń polegającym na określaniu, w jakim zakresie osoba posiadająca uprawnienia budowlane może wykonywać samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, a w jakim podlegała wyłączeniu. (...) Wyjaśniając zakres uprawnień, należy przyjąć, że osoba posiadająca uprawnienia budowlane niezawierające żadnych ograniczeń może wykonywać funkcje z nich wynikające w zakresie całej specjalności, czyli posiada uprawnienia odpowiadające obecnym uprawnieniom bez ograniczeń. Natomiast osoba legitymująca się uprawnieniami zawierającymi omawiane powyżej ograniczenia przedmiotowe lub podmiotowe posiada uprawnienia odpowiadające obecnym uprawnieniom w ograniczonym zakresie." Tak samo stwierdził Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, w sprawie sygn. akt VII SA/Wa 690/09 (.....) i w ocenie Sądu, jeżeli uprawnienia budowlane ograniczone są jedynie do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych, to nie obejmują całego zakresu specjalności drogowej, a więc są uprawnieniami ograniczonymi. Reasumując, Izba stwierdziła, że przedłożone przez Odwołującego uprawnienia budowlane ograniczone do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych nie są uprawnieniami bez ograniczeń, jakich wymagał Zamawiający" (por. wyrok KIO z dnia 17 lutego 2011 r., KIO

86

254/11). Również w doktrynie wskazuje się, że, formą ograniczenia wówczas (w okresie obowiązywania rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. - przyp. autora) uprawnień było użycie w treści decyzji taki określeń jak: (...) powszechnie znane rozwiązania konstrukcyjne (...) Można powiedzieć, że w omawianym okresie nie występowały uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie w ujęciu formalnym, ale występowały ograniczenia w ujęciu materialnym" (Zbigniew Dzierżewicz, Joanna Smarż, Uprawnienia budowlane w latach 1928-2011 wynikające z prawa budowlanego i przepisów wykonawczych, Warszawa 2011, str. 102 i 103). Dodatkowo, osoby ze średnim wykształceniem nie mogły uzyskać uprawnień budowlanych bez ograniczeń." (za wyrokiem KIO 27.07.2015 r., sygn. akt: KIO 1320/15, KIO 1325/15, KIO 1330/15).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W konsekwencji uwzględnionych zarzutów, Izba uznaje także za zasadne następujące zarzuty: dziesiąty, jedenasty, dwunasty, jako efekt uznania wadliwości dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 11.10.2017 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. a i b 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 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem oraz koszty dojazdu na rozprawę (3 i 8 listopada 2017 r.) na kwotę: 1 231, 58, czyli dwa razy po 615,79 zł brutto. (§ 3 pkt 2 lit. a i b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

87

.....