Sygn. akt: KIO 344/21

WYROK
z dnia 2 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Katarzyna Odrzywolska Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 marca 2021 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w **1 lutego 2021 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „ENERGOTERM" Sp. z o.o., ul. Płaska 4-10, 87-100 Toruń** w postępowaniu prowadzonym przez **Elektrociepłownia „Zielona Góra" Spółka Akcyjna, Al. Zjednoczenia 103, 65-120 Zielona Góra**
przy udziale wykonawcy **FITTING Przedsiębiorstwo Inżynierii Sanitarnej Sp. z o.o.ul. Fabryczna 2-4, 53-609 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.**oddala odwołanie**
2.kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „ENERGOTERM" Sp. z o.o., ul. Płaska 4-10, 87-100 Toruń** i:
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 00 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „ENERGOTERM" Sp. z o.o., ul. Płaska 4-10, 87-100 Toruń** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……

Sygn. akt: KIO 344/21
U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego: *„Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn. »Budowa i przebudowa magistralnej sieci cieplnej wraz z przyłączami w Zielonej Górze«*; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 04.12.2020 r. pod nr 2020/S 132-324705 przez: Elektrociepłownie „Zielona Góra" Spółka Akcyjna, Al. Zjednoczenia 103, 65-120 Zielona Góra zwany dalej: *„Zamawiającym"*.

W dniu 22.01.2021 r. (za pośrednictwem systemu zakupowego: https:// swpp2.gkpge.pl) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejsze: FITTING Przedsiębiorstwo Inżynierii Sanitarnej Sp. z o.o., ul. Fabryczna 2-4, 53-609 Wrocław zwana dalej: *„FITTING Przedsiębiorstwo Inżynierii Sanitarnej Sp. z o.o."*albo *„FITTING"* albo *„Przystępującym"*. Drugą pozycje w rankingu złożonych ofert zajęła oferta Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „ENERGOTERM" Sp. z o.o., ul. Płaska 4-10, 87-100 Toruń zwanej dalej: *„Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „ENERGOTERM" Sp. z o.o.*" albo „Odwołującym".

W dniu 01.02.2021 r. (e-mailem) Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „ENERGOTERM" Sp. z o.o. wniosła odwołanie na czynności z 22.01.2021 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Zarzucił naruszenie:
1.art. 22a ust. 3 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, że FITTING wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych, a konkretnie w zakresie *„doświadczenia w realizacji minimum 2 zadań związanych z budową sieci ciepłowniczych w systemie preizolowanym o minimalnej średnicy DN250 i długości minimum 1 km w okresie ostatnich 5 lat (potwierdzonego wykazem doświadczeń wraz z referencjami)"* (pkt 15.6.3 lit. a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej:*„SIWZ"*), poprzez powołanie się i poleganie – w celu wykazania spełniania tego warunku – wyłącznie na doświadczeniu i referencjach podmiotu trzeciego, tj. Zakładu Produkcyjno Usługowego Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane sp. z o.oz siedzibą w Międzyrzeczu („ZPU Międzyrzecz"), podczas gdy ZPU Międzyrzecz zdołał wykazać, że posiada realne i faktyczne doświadczenie w realizacji wyłącznie jednego (a nie dwóch) zadań *„związanych z budową sieci ciepłowniczych w systemie preizolowanym o minimalnej średnicy DN250 i długości minimum 1 km w okresie ostatnich 5 lat"*, w związku z czym FITTING w rzeczywistości nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a konkretnie doświadczenia wymaganego zgodnie z pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ;
2. art. 24 ust.1 pkt 12 w zw. z ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez ich niezastosowanie i błędne zaniechanie wykluczenia FITTING z postępowania, pomimo tego, że FITTING nie zdołał wykazać spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ (zob. zarzuty z pkt 2.1 powyżej), a w konsekwencji również bezzasadne zaniechanie uznania oferty FITTING za odrzuconą, co doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców;
3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez błędne i bezpodstawne wybranie oferty FITTING jako najkorzystniejszej, pomimo że wykonawca ten podlegał wykluczeniu z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a konsekwencji jego oferta powinna była zostać uznana za odrzuconą, co w sposób oczywisty uniemożliwiało wybór oferty FITTING jako najkorzystniejszej. Wnosił:
1.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2.nakazanie Zamawiającemu wykluczenia FITTING z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz uznania oferty FITTING za odrzuconą,

3.nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem wyników dokonanych czynności,
4.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3.600,00 zł.
5. Wnosimy o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów przetargowych znajdujących się w aktach postępowania oraz dokumentów załączonych do niniejszego odwołania.

W dniu 10.07.2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ukazało się ogłoszenie Zamawiającego o zamówieniu sektorowym *„Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn. »Budowa i przebudowa magistrali sieci cieplnej wraz z przyłączami w Zielonej Górze«”*, którego przedmiotem było:
a) *„Budowa i przebudowa magistralnej sieci cieplnej od komory KVI-6 przy ul. Konicza do komory KVI-6/2 przy ulicy Waryńskiego w Zielonej Górze – etap IV”*;
b) *„Budowa i przebudowa magistralnej sieci cieplnej od komory KVI-6 przy ul. Konicza do komory KII-9 przy ulicy Staszica w Zielonej Górze – etap V”*;
c) *„Budowa i przebudowa magistralnej sieci cieplnej od komory KVI-6 przy ul. Konicza do komory KVI-10 przy ul. Szosa Kisielińska w Zielonej Górze – etap VI”*;
d) *„Budowa i przebudowa osiedlowych sieci cieplnych wraz z przyłączami zasilanymi z magistrali na odcinku od komory KVI-6 przy ul. Konicza do komory KVI-10 przy ul. Szosa Kisielińska w Zielonej Górze”*.

Ponieważ zgodnie z pkt 12 SIWZ postępowanie było prowadzone w formule tzw. procedury odwróconej, Zamawiający w pierwszej kolejności przystąpił do oceny złożonych ofert. Stosownie do pkt 24 SIWZ, jedynym kryterium, pod kątem którego Zamawiający dokonywał oceny ofert, była cena. W związki z tym najwyżej oceniona została oferta złożona przez FITTING, który zaoferował najniższą cenę, tj. 11.593.644,21 zł brutto.

Następnie Zamawiający przystąpił do badania, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Pismem z 17.09.2020 r. Zamawiający wezwał FITTING, na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, do złożenia określonych oświadczeń i dokumentów *„potwierdzających brak przesłanek wykluczenia oraz spełnienie warunków udziału w [P]ostępowaniu”* w terminie 10 dni od dnia otrzymania wezwania.

W szczególności Zamawiający poprosił o przedstawienie „wykazu robót, o których mowa w pkt 15.6.3a SIWZ, w okresie ostatnich 5 lat a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te roboty zostały wykonane należycie, a 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”. Wykaz miał być przedstawiony zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie FITTING przedstawił wykaz robót wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przez ZPU Międzyrzecz *(„Wykaz Robót”)* wraz z czterema listami referencyjnymi:
a) listem z 26.01.2016 r. wystawionym przez TAURON w związku z realizacją przez ZPU Międzyrzecz (jako partnera konsorcjum) i INŻYNIERIA (jako lidera konsorcjum) *„usługi dla potrzeb realizacji zadania inwestycyjnego pn. Budowa napowietrznej sieci ciepłowniczej 2xDN600 od źródła ciepła Elektrownia Łagisza do komory 1266C1 w ramach inwestycji pn. »Wykonanie zasilania Magistrali Wschodniej oraz Południowej ze Źródła Łagisza«*;
b) listem z 26.01.2016 r. wystawionym przez TAURON w związku z realizacją przez ZPU Międzyrzecz (jako partnera konsorcjum) i INŻYNIERIĘ (jako lidera konsorcjum) *„usługi dla potrzeb realizacji zadania inwestycyjnego pn. Przebudowa sieci ciepłowniczej 2xDN600 na 2xDN800 od komory 1266C1 do komory 1326C3 wraz z budową przepompowni w ramach realizacji inwestycji pn. »Wykonanie zasilania Magistrali Wschodniej oraz Południowej ze Źródła Łagisza«*;
c) listem z 02.02.2016 r. wystawionym przez TAURON w związku z realizacją przez ZPU Międzyrzecz (jako partnera konsorcjum) i INŻYNIERIĘ (jako lidera konsorcjum) *„usług dla potrzeb realizacji zadania inwestycyjnego pn. »Przebudowa sieci ciepłowniczej 2xDN600 Magistrala Wschodnia Elcho od komory 154C5 do 411C1 w rejonie ul. Siemianowickiej Chorzów / Siemianowice Śląskie / Katowice«”*;
d) listem z 10.11.2016 r. wystawionym przez Szczecińską Energetykę Cieplną sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie w związku z realizacją przez ZPU Międzyrzecz – jako generalnego wykonawcę i dostawcę materiałów preizolowanych – zadania pn. *„Opracowanie dokumentacji projektowej i budowa sieci cieplnej wysokich parametrów Dn 600 od sieci cieplnej preizolowanej Dn 900 (punkt »A«) w ul. Grudziądzkiej do komory B11w ul. Narutowicza oraz od punktu »B1« przy skrzyżowaniu ulic 3-go Maja i placu Stefana Batorego do punktu »M« w ulicy Dworcowej oraz od punktu »M« do komory cieplnej A34 w ul. Dworcowej w Szczecinie”*.

W przypadku listów wystawionych przez TAURON i załączonych do nich protokołów odbiorowych brak było jakiejkolwiek informacji, jaki zakres robót był w rzeczywistości realizowany przez ZPU Międzyrzecz. Pismem z 24.11.2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu, że jako najkorzystniejsza wybrana została oferta złożona przez FITTING. W dniu 04.12.2020 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od zaniechania wykluczenia FITTING pomimo niewykazania przez FITTING spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a konkretnie w zakresie *„doświadczenia w realizacji minimum 2 zadań związanych z budową sieci ciepłowniczych w systemie preizolowanym o minimalnej średnicy DN250 i długości minimum 1 km w okresie ostatnich 5 lat”* (pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ. Sprawa była rozpoznawana pod sygn. akt. KIO 3202/20Wyrokiem z 18.12.2020 r. KIO uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert połączone z wezwaniem wykonawcy FITTING na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentu o nazwie „Zobowiązanie podmiotu do oddania zasobów” o sposób, zakres, i charakter faktycznego uczestnictwa ZPU Międzyrzecz w całym okresie realizacji zamówienia, a także na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie prac faktycznie wykonywanych przez ZPU Międzyrzecz w ramach Konsorcjum z INŻYNIERIA dotyczących poz. 1,2 i 4 Wykazu robót oraz referencji wystawionych przez TAURON 26.01.oraz 02.02.2016 r. *(„Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2020 r.”)* W dniu 07.01.2021 r. pełnomocnik Zamawiającego zawiadomił o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez FITTING. W dniu 22.01.2021 r. pełnomocnik Zamawiającego poinformował, że w postępowaniu jako najkorzystniejsza została ponownie wybrana oferta złożona przez FITTING.

W ocenie Odwołującego dokumenty oraz wyjaśnienia FITTING złożone w toku procedury wyjaśniającej w trybie art. 26 ust. 4 Pzp nie wystarczają do uznania, że FITTING spełnia warunku udziału w postępowaniu zakresie „doświadczenia w realizacji minimum 2 zadań związanych z budową sieci ciepłowniczych w systemie preizolowanym o minimalnej średnicy DN250 i długości minimum 1 km w okresie ostatnich 5 lat” (pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ.

FITTING podlegał wykluczeniu z postępowania. Stosownie do pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ, jednym z warunków udziału w postępowaniu było wykazanie przez wykonawcę, że posiada zdolność techniczną lub zawodową, co obejmowało m.in. posiadanie *„doświadczenia w realizacji minimum 2 zadań związanych z budową sieci ciepłowniczych w systemie*

preizolowanym o minimalnej średnicy DN250 i długości minimum 1 km w okresie ostatnich 5 lat (potwierdzonego wykazem doświadczeń wraz z referencjami)". Aby wykazać spełnianie powyższego warunku oraz nie posiadając samemu wystarczającego doświadczenia w tym zakresie, FITTING w całości oparł się i polegał na doświadczeniu ZPU Międzyrzecz. W związku z tym, wykonując wezwanie Zamawiającego z 17.09.2020 r. oraz wezwanie w trybie procedury wyjaśniającej na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp zgodnie z Wyrokiem KIO z 18.12.2020 r., FITTING przedstawił Wykaz Robót sporządzony przez ZPU Międzyrzecz wraz z listami referencyjnymi wymienionymi w nb. 11 powyżej oraz dodatkowe wyjaśnienia. Analiza tych dokumentów i wyjaśnień jednoznacznie potwierdza, że ZPU Międzyrzecz,a w konsekwencji również FITTING nie spełniają warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ. Spośród czterech przedłożonych referencji, jedynie jedna z nich – wystawiona przez Szczecińską Energetykę Cieplną sp. z o.o. – potwierdza, że ZPU Międzyrzecz uczestniczył w realizacji zamówienia jako generalny wykonawcai dostawca materiałów preizolowanych. W konsekwencji referencja ta potwierdza, że ZPU Międzyrzecz posiada doświadczenie wymagane zgodnie z pkt 15.6.3 lit. a) SIWZw odniesieniu do jednego z dwóch wymaganych na gruncie tego postanowienia zadań. ZPU Międzyrzecz, a w konsekwencji również FITTING nie wykazali natomiast, aby posiadali wymagane doświadczenie w zakresie drugiego zadania. W szczególności posiadania takiego doświadczenia nie potwierdzają trzy referencje wystawione przez TAURON na rzecz konsorcjum INŻYNIERII (lider konsorcjum) i ZPU Międzyrzecz (partner konsorcjum). Z referencji tych w żaden sposób nie wynika bowiem jaki zakres prac w rzeczywistości był realizowany przez ZPU Międzyrzecz, a jaki przez INŻYNIERIĘ, a dodatkowe wyjaśnienia FITTING oraz dokumenty złożone w toku procedury wyjaśniającej wskazanej w art. 26 ust. 4 Pzp nie są wystarczające do uznania, że wykonawca ten posiada wymagane doświadczenie. W orzecznictwie jednolicie przyjmuje się, że wykonawca nie nabywa doświadczenia „merytorycznego" przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców (konsorcjum). Realne doświadczenie nabywa się bowiem wyłącznie przez udział w realizacji chociażby jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana była grupa wykonawców. Jednakże, jak orzekł m.in. TSUE w wyroku z 04.05.2017 r.:*„(…) gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a wiec jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy"* (C-387/14, Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu.) Tym samym nawet bycie członkiem konsorcjum nie powoduje, że dany członek tego konsorcjum „automatycznie" nabywa doświadczenie w zakresie całości zamówienia. Decydujący jest bowiem zakres prac rzeczywiście i faktycznie realizowanych przez takiego członka konsorcjum.

Podobne stanowisko zajęła KIO w swoich wyrokach z 21.12.2018 r. w sprawie o sygn. KIO 2534/18 oraz w wyrok z 27.08.2018 r. w sprawie o sygn. KIO 1607/18. Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy, sam fakt uczestniczenia przez ZPU Międzyrzeczw konsorcjum wykonującym prace wskazane w referencjach w żaden sposób nie potwierdza, że ZPU Międzyrzecz nabyło doświadczenie wymagane na podstawie pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ. Zgodnie z umową konsorcjum /Przedmiotowa umowa konsorcjum została załączona do oferty konsorcjum: INŻYNIERIA - ZPU Międzyrzecz złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa napowietrznej sieci ciepłowniczej 2 x DN 600 od źródła ciepła Elektrownia Łagisza do komory 1266C1 w ramach inwestycji pn. »Wykonanie zasilania Magistrali Wschodnie oraz Południowej ze Źródła Łagisza«" (nr referencyjny: ZP/NG/PN/5352/2014)./ zawartą w dniu 16.12.2014 r. pomiędzy INŻYNIERIĄ, jako liderem konsorcjum, oraz ZPU Międzyrzecz, jako partnerem konsorcjum, umowa ta została – zgodnie z jej § 1 ust. 1 – zawarta w celu złożenia ofert w następujących postępowaniach przetargowych przeprowadzonych przez TAURON jako zamawiającego:

a) *„Budowa napowietrznej sieci ciepłowniczej 2 x DN 600 od źródła ciepła Elektrownia Łagisza do komory 1266C1 w ramach inwestycji pn. »Wykonanie zasilania Magistrali Wschodniej oraz Południowej ze Źródła Łagisza« – postępowanie przetargowe nr referencyjnym ZP/NG/PN/5352/2014"*;

b) *„Przebudowa sieci ciepłowniczej 2 x DN 600 na 2 x 800 od komory 1266C1 do komory 1326C3 z budową przepompowni w ramach inwestycji pn. »Wykonanie zasilania Magistrali Wschodniej oraz Południowej ze Źródła Łagisza« – postępowanie przetargowe nr referencyjnym ZP/NG/PN/5353/2014"*;

c) *„Budowa podziemnej sieci ciepłowniczej 2 x DN 600 od komory 1325C8 do komory 1322C11 w ramach inwestycji pn. »Wykonanie zasilania Magistrali Wschodniej oraz Południowej ze Źródła Łagisza« – postępowanie przetargowe nr referencyjnym ZP/NG/PN/5354/2014"*.

Bezspornie więc umowa ta dotyczyła dwóch z trzech zadań zrealizowanych przez ZPU Międzyrzecz na rzecz TAURON, które zostały wskazane w Wykazie Robót, i co do których przedłożone zostały referencje z 26.01.2016 r. Zgodnie z § 1 ust. 4 umowy konsorcjum, prace zostały podzielone pomiędzy konsorcjantów w następujący sposób:

a) *„Lider [tj. INŻYNIERIA] – kompleksowe wykonanie zamówienia / zamówień, o których mowa w § 1 ust. 1 lit. a), b) i c), w tym roboty budowlane, nadzór i koordynacja, za wyłączeniem zakresu obowiązków należących do Partnera Konsorcjum (…)"*;

b) *„Partner [tj. ZPU Międzyrzecz] – kompleksowa dostawa materiałów preizolowanych, objętych katalogiem systemu ZPU Międzyrzecz sp. z o.o. oraz montaż na budowie złącz zgrzewanych elektrycznie"*.

Ponadto, zgodnie z § 2 ust. 4 lit. B) pkt III umowy konsorcjum, Lider konsorcjum (INŻYNIERIA) został również upoważniony do „koordynacji robót budowlano montażowych związanych z realizacją Inwestycji, w tym przyjmowania instrukcji od Zamawiającego dla Konsorcjum lub każdego z jego uczestników z osobna".

Z dodatkowych wyjaśnień i dokumentów złożonych w toku procedury wyjaśniającej na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp obrazujących rzeczywisty podział prac pomiędzy konsorcjantami i dotyczących referencji wystawionych przez TAURON w dniu 26.01. i 02.02.2016 r. wynika, że ZPU Międzyrzecz był odpowiedzialny za pewien wycinek robót budowlanych obejmujących jedynie dostawę wyrobów preizolowanych, kontrolę wykonanych połączeń spawanych, izolację i hermetyzację połączeń spawanych, oraz wykonanie połączeń instalacji alarmowej w złączach zgrzewanych elektrycznie.

Powyższe czynności są jedynie wybranymi elementami technologicznymi złożonego procesu budowy sieci ciepłowniczej. Część z w/w czynności nie jest w ogóle elementem procesu budowy. Dotyczy to na przykład dostawy materiałów preizolowanych, która jest czynnością handlową. Ponadto wykonanie instalacji alarmowej jest elementem, który w znacznej części przypadków, podobnie jak mufowanie wykonywany jest przez firmy usługowe, a nie firmy budowlane. Rzeczywisty proces budowy sieci ciepłowniczej jest znacznie bardzie złożony i obejmuje poniższe elementy.

O doświadczeniu w realizacji budowy sieci ciepłowniczej można mówić wyłącznie w przypadku, kiedy dany wykonawca wykona samodzielnie określony odcinek sieci ciepłowniczej, wykonując po kolei elementy technologicznego procesu budowy, tj.

A)- wykona wykopy pod rury preizolowane,
b) - wykona i zagęści podsypkę w wykopach,
c) - wykona montaż rur i kształtek preizolowanych,
d) - wykona połączenia spawane zamontowanych elementów,
e) - wykona niezbędne próby hydrauliczne i badania nieniszczące połączeń spawanych,
f) - wykona mufowanie połączeń spawanych (w tym połączenie przewodów alarmowych w mufach),
g) - wykona zasypkę i wymagane zagęszczenie gruntu nad siecią,

h) - dokona uruchomienia wykonanego odcinka,
i) - wykona instalację sygnalizacji awarii wraz z testem jej działania,
j) - wykona powykonawczą dokumentację dla przedmiotowego wykonanego odcinka.

Z przedłożonych wyjaśnień i dokumentów wynika jednoznacznie, że z całego złożonego procesu technologicznego ZPU Międzyrzecz dostarczył materiały preizolowane, oraz wykonał wyłącznie mufowanie (zob. nb. 33 lit. f)) oraz instalację sygnalizacji awarii wraz z testem jej działania (zob. nb. 33 lit. i)). ZPU Międzyrzecz rozpisuje każdy z tych elementów na drobniejsze operacje technologiczne dla uzyskania wrażenia wykonania pełnego zakresu robot budowlanych w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Warto zauważyć, że zakres robót wskazanych pod lit. f) oraz lit i) powyżej stanowi co najwyżej ok. 5% wartości umowy o roboty budowlane, której przedmiotem jest budowa całej sieci ciepłowniczej. Uchybienie Zamawiającego polegało zatem na braku wykluczenia FITTINGz postępowania. W niniejszej sprawie zmaterializowały się bowiem podstawy wykluczenia tego wykonawcy. FITTING powinien był zostać wykluczony z postępowania na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, gdyż nie wykazał spełniania omówionego już powyżej warunku udziału w postępowaniu określonego w określonego w pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ. Dokumenty oraz wyjaśnienia przedłożone w toku postępowania, w ramach procedury wyjaśniającej wskazanej w art. 26 ust. 4 Pzp także nie potwierdziły, że ZPU Międzyrzecz posiada doświadczenie wymagane na gruncie pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ w zakresie drugiego zadania.

W świetle przytoczonego powyżej orzecznictwa, postanowień powyższej umowy konsorcjum, a także wyjaśnień złożonych w trybie wskazanym w art. 26 ust. 4 Pzp przez FITTING nie ulega wątpliwości, że zakres prac powierzonych do wykonania ZPU Międzyrzecz w ramach konsorcjum nie odpowiada doświadczeniu wymaganemu zgodniez pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ. Jak wskazano powyżej prace realizowane przez ZPU Międzyrzecz ograniczały się bowiem do przede wszystkim dostawy materiałów preizolowanych i wykonaniu bardzo ograniczonego zakresu prac. Nadzór nad przedsięwzięciem, jego koordynacja i całościowe wykonanie robót budowlanych leżały natomiast po stronie lidera konsorcjum – INŻYNIERIW konsekwencji przedstawione przez FITTING dokumenty, dodatkowe wyjaśnienia, referencje wystawione przez TAURON w dniu 26.01.2016 r. oraz 02.02.2016 r, a dotyczące ZPU Międzyrzecz, nie stanowią i nie mogą stanowić dowodu posiadania przez ZPU Międzyrzecz (a w konsekwencji również przez FITTING) doświadczenia wymaganego zgodnie z pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ.

W rezultacie uznał, że FITTING ani ZPU Międzyrzecz nie wykazali spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ, tj. posiadania odpowiedniego doświadczenia. Konsekwencją uchybień Zamawiające oraz zaniechania wykluczenia FITTING wobec niespełnienia warunków udziału w postępowaniu jest również naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający ma obowiązek przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający m.in. równe traktowanie wykonawców.

Zamawiający w dniu 02.02.2021 r. (za pośrednictwem systemu zakupowego: https:// swpp2.gkpge.pl) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 04.02.2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) FITTING Przedsiębiorstwo Inżynierii Sanitarnej Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 26.02.2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Odwołujący złożył na piśmiewnioski dowodowe Wykonawcy. Wnosił o
1. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentu pn. „*Opis operacji technologicznych budowy preizolowanej sieci ciepłowniczej ze szczególnym uwzględnieniem punktów krytycznych"* sporządzonego na zlecenie Odwołującego przez dr. inż. Kazimierza Żarskiego w dniu 25.02.2021 r. *(„Opis budowy preizolowanej sieci ciepłowniczej"*);
2. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z branży ciepłowniczej, na okoliczność:
a. oceny, czy „FITTING" Przedsiębiorstwo Inżynierii Sanitarnej sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu („FITTING") spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a konkretnie w zakresie *„doświadczenia w realizacji minimum 2 zadań związanych z budową sieci ciepłowniczych w systemie preizolowanym o minimalnej średnicy DN250 i długości minimum 1 km w okresie ostatnich 5 lat"* (pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ oraz
b. oceny, czy prace faktycznie wykonywane przez ZPU Międzyrzecz (na doświadczeniu którego FITTING polega w całości) w ramach umowy konsorcjum z INŻYNIERIA Rzeszów S.A. których dotyczą poz. 1, 2 i 4*Wykazu robót wykonywanych w okresie ostatnich 5 lat"* (załącznik nr 5 do SIWZ), przedłożone referencje z dnia 26.01.2016 r., z 02.02.2016 r., z 04.01.2021 r. wystawione przez Tauron Ciepło sp. z o.o., oraz oświadczenie INŻYNIERIA Rzeszów S.A. z 07.12.2020 r., a także wyjaśnienia FITTING z dnia 12.01.2021 r. przedłożone na wezwanie Zamawiającego z 07.01.2021 r. pozwalają na uznanie, że ZPU Międzyrzecz, a w konsekwencji również FITTING wykonywał prace, które odpowiadają treści warunku udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt. 15.6.3 lit. a SIWZ.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedzi na odwołanie.

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

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 01.01.2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało 11.05. 2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy Pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwana dalej: *„Pzp"*)

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31.12.2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 01.01.2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych. (zwana dalej: *„NPzp"*)

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szanse na uzyskanie zamówienia.

Odnośnie zawartych w piśmie procesowym Przystępującego wniosków o odrzucenie odwołania, popartych na posiedzeniu przez Zamawiającego. W pierwszym wypadku, zgodnie z którym odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. W ramach, którego stosownie do art. 528 pkt 2 NPzp S. S. wnosząc odwołanie w dniu 01.02.2021 r. nie był podmiotem do tego uprawnionym. Wskazywał, że w dniu 01.02.2021 r. (na podstawie pełnomocnictwa procesowego z 01.02.2021 r. udzielonego przez prokurenta samoistnego Przedsiębiorstwa Specjalistycznego ENERGOTERM Sp. z o.o., p. K. L.) odwołanie do Prezesa KIO wniósł Pan S. S., wpisany na listę prawników zagranicznych prowadzoną przez Okręgową Izbę Radców Prawnych w Warszawie (numer wpisu WA/Z/A/11). Podkreślił, że do odwołania, zgodnie z wykazem załączników pisma - Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej - wskazano wyłącznie jeden dokument mający potwierdzać umocowanie p. S. S. Zgodnie natomiast z obowiązującym w niniejszym postępowaniu odwoławczym art. 510 ust. 1 NPzp *„Pełnomocnikiem może być adwokat lub radca prawny, a ponadto osoba sprawująca zarząd majątkiem lub interesami strony lub uczestnika postępowania oraz osoba pozostająca ze stroną lub uczestnikiem postępowania w stosunku zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia"*. Katalog ten ma charakter zamknięty. Oznacza to, że osoby niemieszczące się w kręgu podmiotów wskazanych w tym przepisie nie mogą być skutecznie ustanowione pełnomocnikiem. Na marginesie można tylko uzupełnić, że wykonywanie zawodu adwokata reguluje ustawa z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (tj. Dz.U. z 2020 r. poz. 1651). Adwokata może zastępować aplikant adwokacki lub radcowski, na zasadach określonych w art. 77 ww. ustawy. Z kolei status radcy prawnego określa ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 75). Radcę prawnego może zastępować aplikant radowski lub adwokacki na zasadach określonych w art. 35^1 ustawy o radcach prawnych. Ponad wszelką wątpliwość stwierdził, że kompetencje prawnika zagranicznego nie są tożsame są kompetencjami radcy prawnego czy adwokata - reguluje je odrębna ustawa tj. ustawa z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 823). Nadto, prawnik zagraniczny nie został wskazany w zamkniętym katalogu pełnomocników z art. 510 ust. 1 Pzp. Wobec czego stwierdził, że o ile Odwołujący załączył dokument wskazujący na umocowanie do wniesienia odwołania, to w odniesieniu do p. S. S. pozostaje on na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów bezskuteczny. Jedyną dopuszczalną formę umocowania do wniesienia odwołania w wypadku prawnika zagranicznego (nie będącego radcą prawnym lub adwokatem) na gruncie art. 510 ust. 1 NPzp stanowi wykazanie sprawowania zarządu majątkiem lub interesami strony lub działanie na podstawie stosunku zlecenia (jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia). Tymczasem Odwołujący poprzestał na załączeniu do Odwołania jednostronnego umocowania w postaci pełnomocnictwa - które nie odpowiada wymogom wskazanym w NPzp. W tym kontekście przytoczył stanowisko SN wyrażone w postanowieniu z dnia 15.05.2007 r. o sygn. V CZ 32/07, w którym wskazano, że w oparciu o treść art. 87 § 1 KPC - którego treść została niemal w identycznym brzmieniu przeniesiona do NPzp - materialną podstawą pełnomocnictwa procesowego może być stały stosunek zlecenia, przy czym chodzi tu o zlecenie w rozumieniu art. 734 i nast. KC, a także o stosunek obligacyjny, do którego stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu vide art. 750 KC. W wyroku tym SN wskazał, że *„[d]opuszczalność udzielenia pełnomocnictwa osobie pozostającej ze stroną w stałym stosunku zlecenia jest ograniczona tylko do spraw, których przedmiot wchodzi w zakres tego zlecenia. Inaczej rzecz ujmując, sprawa, w której zleceniobiorca ma być umocowany, musi mieścić się w przedmiotowym zasięgu stosunku zlecenia. Pełnomocnik będący zleceniobiorcą - zgłaszając swój udział w sprawie - musi wykazać istnienie stosunku podstawowego, łączącego go ze stroną. Oznacza to, że pełnomocnik zobowiązany jest przedstawić odpowiedni dokument, z którego wynika nie tylko istnienie stosunku będącego podłożem pełnomocnictwa, ale także fakt, że przedmiot sprawy mieści się w ramach tego stosunku"*. Zwrócił uwagę, iż wszystkie trzy osoby wskazane w pełnomocnictwie z dnia 1 lutego 2021 r. są profesjonalnymi zastępcami procesowymi (adwokat, radca prawny oraz prawnik zagraniczny), wobec których miernik staranności przy ocenie niedopełnienia wynikających z NPzp wymogów formalnych winien być postawiony wysoko. Zdaniem Przystępującego Odwołujący nie dopatrzył w NPzp regulacji dot. reprezentacji w postępowaniach odwoławczych, które to różnią się od tych obowiązujących w poprzednio obowiązującej ustawie Pzp - stąd z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością można założyć, że na dzień składania odwołania S. S. nie posiadał wymaganej NPzp umowy zlecenia (ani innej wskazanej w art. 510 NPzp podstawy do umocowania), a wszelkie próby uzupełnienia takiego tego dokumentu skutkować musiałyby antydatowaniem ew. umowy zlecenia przez Odwołującego. W ocenie Przystępującego uchybienie Odwołującego nie mieści się w katalogu wad dających się usunąć na podstawie art. 518 NPzp. Odwołujący załączył już bowiem do odwołania pełnomocnictwo potwierdzające, że S. S. został umocowany przez Odwołującego - przy czym w świetle obecnie obowiązujących przepisów Pzp umocowanie to nie uprawnia do skutecznego wniesienia odwołania. Brak istnienia dokumentu potwierdzającego umocowanie na gruncie art. 510 NPzp (tj. umowy zlecenia) natomiast wprost wynika z faktu, że Odwołujący w wykazie załączników wskazanych w treści odwołania nie potwierdził jakoby dokument ten istniał w chwili wnoszenie do Prezesa KIO odwołania.

W drugim wypadku, zgodnie z którym odwołanie Odwołujący, stosownie do art. 528 pkt 4 NPzp, powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania. Podkreślił, że wszystkie stawiane w Odwołaniu zarzuty znalazły się w identycznym brzmieniu w odwołaniu (zarzuty 2.1, 2.4 oraz 2.6), które było już przedmiotem rozpoznania przez Izbę w postępowaniu odwoławczym o sygn. 3202/20. Stwierdził, że Odwołujący w treści odwołania nie wskazuje na żadne dodatkowe lub nowe okoliczności co w świetle art. 528 pkt 4 NPzp skutkować winno odrzuceniem Odwołania w całości. Innymi słowy, zarzuty stawiane w odwołaniu w żaden sposób nie odnoszą się do nowych okoliczności, czyli procedury wyjaśnień przeprowadzonej po wydaniu przez Izbę wyroku o sygn. KIO 3202/20. W tym kontekście bez znaczenia dla sprawy pozostaje fakt, że Zamawiający po wyroku KIO 3202/20 unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej i dokonał ponownej oceny i wyboru oferty Przystępującego, bowiem jak już zostało wskazane powyżej odwołanie z 04.12.2020 r., jak i to z 01.02.2021 r. wskazuje na identyczne okoliczności faktyczne i prawne. Przywołał wyrok KIO z wyroku z 01.06.2012 r.o sygn. akt KIO 1009/12. Zauważył, że stosownie do treści pisemnego uzasadnienia wyroku (str. 13 odpisu wyroku) Izba zarzut dot. spełnienia warunku udziału w postępowaniu uwzględniła jedynie w części. Podsumowując zwięźle rozstrzygnięcie Izby - na podstawie załączonych przez Przystępującego referencji brak było podstaw do stwierdzenia jaki faktycznie zakres prac zrealizował w ramach konsorcjum ZPU Międzyrzecz - nakazując Zamawiającemu przeprowadzenie w tym zakresie procedury wyjaśnień wskazanej w art. 26 ust. 4 PZP, co na skutek wyroku o sygn. 3202/20 Zamawiający uczynił. W pozostałym zakresie Izba oddaliła stawiany zarzut dot. spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie stwierdziła jakoby kwestionowane wówczas (i teraz) projekty referencyjne realizowane na rzecz Tauron Ciepło Sp. z o.o. przez ZPU Międzyrzecz nie odpowiadały warunkowi udziału w postępowaniu. Jak wynika wprost z art. 192 ust. 1 Pzp, Izba wyrokiem orzekao oddaleniu odwołania albo jego uwzględnieniu. Stąd, nie pozostawia wątpliwości, że jeżeli stawiane w odwołaniu z dnia 4 grudnia 2020 r. zarzuty nr 2.1, 2.4 i 2.6 nie zostały uwzględnione to oczywistym jest, że Izba je oddaliła. Odwołujący nie zgadzając się z takim rozstrzygnięciem Izby i tylko częściowym uwzględnieniem zarzutów był uprawniony do zaskarżenia wyroku do właściwego miejscowo Sądu Okręgowego - czego zaniechał. Z obecnie obowiązujących przepisów PZP nie

wynika natomiast uprawnienie umożliwiające odwoływanie się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej „do skutku" - co zdaje się usiłować Odwołujący. Wskazał na postanowienie KIO z 16.10.2014 r., sygn. akt KIO 1145/13 oraz na wyrok KIO z 03.08.2016 r. sygn. akt: KIO 1310/16.

Izba oddaliła oba przytoczone obszernie powyżej wnioski o odrzucenie odwołania. W zakresie pierwszego z nich, dlatego, gdyż prawnik zagraniczny z mocy art. 14 ustawy o prawnikach zagranicznych ma takie same praw, jak i obowiązki, jak radca prawny lub adwokat. Nadto, Pan S. S. jest wpisany na listę prawników zagranicznych prowadzoną przez Okręgową Izbę Radców Prawnych w Warszawie (numer wpisu WA/Z/A/11), co przyznał sam Przystępujący w swoim wniosku. Potwierdza to Wyrok TS z 07.5.2019 r., M. E., C-431/17.Zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 98/5 jej celem jest ułatwienie stałego wykonywania zawodu prawnika w państwie członkowskim innym niż to, w którym zostały zdobyte kwalifikacje zawodowe. Z orzecznictwa TS wynika, że ta dyrektywa wprowadza mechanizm wzajemnego uznawania tytułów zawodowych prawników migrujących, którzy pragną wykonywać działalność posługując się tytułem uzyskanym w państwie członkowskim pochodzenia (wyr. T., C-58/13 i C-59/13, pkt 36). Ponadto, unijny prawodawca zamierzał za jej pomocą usunąć między innymi rozbieżności w krajowych zasadach rejestracji we właściwych organach, które stanowiły przyczynę nierówności i ograniczeń w swobodzie przemieszczania się (wyr.: Komisja/Luksemburg, C-193/05, pkt 34; Wilson, C-506/04, pkt 64). W tym kontekście art. 3 dyrektywy 98/5 dokonuje zupełnej harmonizacji wstępnych warunków wymaganych do korzystania z przyznanej na mocy tej dyrektywy swobody przedsiębiorczości. Przepis ten stanowi, że prawnik, który chce wykonywać swój zawód w państwie członkowskim innym niż państwo, w którym zdobył kwalifikacje zawodowe, jest zobowiązany do zarejestrowania się we właściwych organach tego państwa, które dokonują tej rejestracji „po okazaniu im zaświadczenia o jego rejestracji we właściwych organach państwa członkowskiego pochodzenia" (wyr. T., pkt 38). Z orzecznictwa TS wynika, że przedstawienie odpowiedniemu organowi przyjmującego państwa zaświadczenia o rejestracji we właściwych organach państwa członkowskiego pochodzenia jest jedynym warunkiem, od jakiego powinna zostać uzależniona rejestracja zainteresowanego w przyjmującym państwie, pozwalająca mu na praktykowanie w tym państwie na podstawie tytułu zawodowego uzyskanego w państwie pochodzenia (wyr.: Komisja/Luksemburg, C-193/05, pkt 37; Wilson, C-506/04, pkt 67; T., pkt 39). Wobec powyższego TS uznał, że prawników, którzy uzyskali prawo do posługiwania się tytułem zawodowym w danym państwie członkowskim, takich jak skarżącego w postępowaniu głównym, i którzy przedstawiają odpowiednim organom przyjmującego państwa członkowskiego zaświadczenie o ich rejestracji we właściwych organach tego pierwszego państwa, należy uznać za spełniających wszystkie warunki konieczne do ich zarejestrowania w władnych organach przyjmującego państwa członkowskiego na podstawie tytułu zawodowego uzyskanego w państwie członkowskim pochodzenia. Powyższego wniosku, zdaniem TS, nie podważa okoliczność, że art. 6 ust. 1 dyrektywy 98/5 podporządkowuje prawnika wykonującego zawód w przyjmującym państwie na podstawie tytułu zawodowego uzyskanego w kraju pochodzenia, niezależnie od przepisów dotyczących wykonywania zawodu i zasad deontologii, którym podlega on w swoim państwie pochodzenia, tym samym przepisom dotyczącym wykonywania zawodu i zasad deontologii, którym podlegają prawnicy, którzy wykonują swoją działalność posługując się tytułem zawodowym właściwym dla przyjmującego państwa, w odniesieniu do wszystkich rodzajów działalności, jakie prowadzi on na terytorium tego państwa. Trybunał wskazał, że należy rozróżnić, z jednej strony, rejestrację we właściwych organach przyjmującego państwa członkowskiego prawnika, który chce wykonywać swój zawód w tym państwie na podstawie tytułu zawodowego uzyskanego w kraju pochodzenia, która podlega, zgodnie z art. 3 ust. 2 dyrektywy 98/5, tylko jednemu warunkowi od, z drugiej strony, wykonywania zawodu prawnika w przyjmującym państwie, wówczas ten prawnik podporządkowany jest, zgodnie z art. 6 ust. 1 dyrektywy 98/5, obwiązującym w tym państwie członkowskim przepisom dotyczących wykonywania zawodu i deontologii. Trybunał przypomniał, że przepisy te, w odróżnieniu od przepisów ustanawiających wstępne warunki do dokonania tego wpisu, nie były przedmiotem harmonizacji i mogą w związku z tym znacznie odbiegać od tych obowiązujących w państwie członkowskim pochodzenia. Co więcej, jak potwierdza to art. 7 ust. 1 dyrektywy 98/5, nieprzestrzeganie tych przepisów może prowadzić do stosowania sankcji przewidzianych w prawie państwa przyjmującego. Sankcje te mogą, w danym przypadku, obejmować skreślenie z danej listy adwokatów w tym państwie (wyr. Jakubowska, C-225/09, pkt 57). Trybunał stwierdził, że ustawodawca krajowy może przewidzieć gwarancje, które zgodnie z prawem tego państwa są wymagane do wykonywania tego zawodu, pod warunkiem że określone w tym celu przepisy nie wykraczają poza to, co jest konieczne do osiągnięcia założonych celów. W szczególności brak konfliktu interesów jest nieodzowny dla wykonywania zawodu prawnika i oznacza zwłaszcza, że prawnicy muszą pozostawać w sytuacji niezależności wobec organów władzy, których wpływom nie powinni podlegać. Takie przyznane ustawodawcy krajowemu uprawnienie nie może jednak - zdaniem TS - pozwolić mu na dodawanie do wstępnych warunków wymaganych do rejestracji we właściwych organach przyjmującego państwa członkowskiego, które były przedmiotem zupełnej harmonizacji, dodatkowych warunków dotyczących przestrzegania wymogów w zakresie wykonywania zawodu i deontologii. Odmówienie zaś prawnikowi, który chce wykonywać swój zawód w przyjmującym państwie na podstawie tytułu zawodowego uzyskanego w kraju pochodzenia, możliwości zarejestrowania się we właściwych organach przyjmującego państwa, a w konsekwencji udzielenia mu dostępu do zawodu prawnika w tym państwie z tego jedynie powodu, że jest on mnichem, doprowadziłoby do dodania dodatkowego warunku do warunków rejestracji zawartych w art. 3 ust. 2 dyrektywy 98/5. Trybunał podkreślił, że przepis ten nie zezwala na wprowadzanie dodatkowych warunków. W uzasadnieniu Trybunał rozróżnił rejestrację tego adwokata, który chce wykonywać swój zawód w tym państwie na podstawie tytułu zawodowego uzyskanego w państwie pochodzenia od reguł wykonywania zawodu adwokata w przyjmującym państwie członkowskim. Ta pierwsza sytuacja podlega art. 3 ust. 2 dyrektywy 98/5 i jedynym wymogiem wobec takiej osoby jest obowiązek przedstawienia zaświadczenia o jego rejestracji we właściwych organach państwa członkowskiego pochodzenia. Natomiast dopiero po wpisie na listę prawnik zagraniczny podlega art. 6 ust. 1 tej dyrektywy, co oznacza, że po zarejestrowaniu adwokat w przyjmującym państwie członkowskim podporządkowany jest on tym samym przepisom dotyczącym wykonywania zawodu i zasad deontologii, co krajowi prawnicy. Tym samym TS uznał, że zgodnie z dyrektywą 98/5 państwa członkowskie nie mogą wprowadzać innych reguły dostępu do zawodu adwokata niż w tym akcie prawnym, natomiast mają szerzą swobodę legislacyjną w zakresie uregulowania zasad jego wykonywania Powyższe stanowisko TS dotyczy w polskim prawie zarówno adwokata, jak i radcę prawnego. Wymogi wobec prawników zagranicznych zmierzających uzyskać wpis na listę prowadzoną przez właściwą radę adwokacką lub izbę radców prawnych, aby wykonywać działalność jako adwokat lub radca prawny, zostały określone w art. 6 PrawZagrRPU. W tym zakresie polska ustawa jest zgodna z art. 3 ust. 2 dyrektywy 98/5. To oznacza, że po uzyskaniu wpisu na listę prawników zagranicznych we właściwym organie samorządu zawodowego prawnik zagraniczny ma te same prawa i obowiązki, a także ponosi tę samą odpowiedzialność zawodową, co prawnik krajowy i może świadczyć pomoc prawną na równi z prawnikiem krajowym. Ideą wprowadzenia art. 510 ustawy była profesjonalizacja postępowania odwoławczego, ale przepisy te nie mogą naruszać zasad prowadzenia działalności zawodowej, tym samym przyjęcie wykładni, że tylko profesjonalni prawnicy krajowi mogą być pełnomocnikami w sprawach odwoławczych, byłoby naruszeniem unijnej swobody przepływu osób i pracowników, zatem byłaby to wykładnia niezgodna z prawem unijnym. W zakresie drugiego z nich, gdyż odwołanie zostało sformułowane po otrzymaniu przez Zamawiającego dodatkowych dokumentów, które

pojawiły się na skutek nakazanego wyrokiem KIO z 18.12.2020 r., sygn. akt: KIO 3202/20 wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. W konsekwencji mamy do czynienia z nowym okolicznościami w przedmiotowej sprawie, gdyż poszerzeniu uległ dotychczasowy materiał dowodowy o nowe jego elementy.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego:
1) Informacja z otwarcia ofert z 25.08.2020 r.;

2) Wezwanie do złożenia oświadczeń i dokumentów z 17.09.2020 r.;

3) Wykaz Robót wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przez ZPU Międzyrzecz;

4) List referencyjny z 26.01.2020 r. wystawiony przez TAURON Ciepło Sp. z o.o.;

5) List referencyjny z 26.01.2020 r wystawiony przez TAURON Ciepło Sp. z o.o.;

6) List referencyjny z 02.02.2016 r. wystawiony przez TAURON Ciepło Sp. z o.o.;

7) List referencyjny z 10.11.2016 r. wystawiony przez Szczecińską Energetykę Cieplną Sp. z o.o.;
8) Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 24.11.2020 r.;

9) Odwołanie z 04.12.2020 r. w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt: KIO 3202/20;

10) Wyrok KIO z 18.12.2020 r. wraz z uzasadnieniem w sprawie o sygn. akt: KIO 3202/2020;
11) Zawiadomienie o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej z 07.01.2021 r.;
12) Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 22.01.2021 r.;

13) Umowa konsorcjum z 16.12.2014 r.

Ponadto, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego:
1) Wezwanie do złożenia oświadczeń i dokumentów z 07.01.2021 r.;
2) Pismo Wykonawcy FITTING z 12.01.2021 r. wraz z załącznikami /a. Zobowiązanie ZPU Międzyrzecz do oddania zasobów; b. Porozumienie z 07.08.2020 r. pomiędzy Wykonawcą a ZPU Międzyrzecz, c. Dwa Oświadczenia z 07.12.2020 r. Inżynierii Rzeszów S.A., d. List referencyjny Tauron Ciepło Sp. z o.o. z 04.01.2021 r.)

Dodatkowo, Odwołujący w ramach pisma z 26.02.2021 r. zawierającego wnioski dowodowe Wykonawcy załączył - *„Opis operacji technologicznych budowy preizolowanej sieci ciepłowniczej ze szczególnym uwzględnieniem punktów krytycznych"* opracowany przez dr. Inż. Kazimierza Żarskiego.

Z kolei, Przystępujący złożył na rozprawie opinię techniczną opracowaną przez Pana A. D. z dnia 12.12.2020 r. na okoliczność potwierdzenia istotnego znaczenia zadań budowy systemu alarmowego oraz mufowania dla realizacji sieci ciepłowniczej.

Odnośnie złożonych opinii przez Odwołującego oraz Przystępującego, Izba przypomina za judykaturą, że mają one charakter opinii prywatnych, które jednakże nie mogą stanowić dowodu w sprawie wskazując, iż na podstawie art. 278 k.p.c opinią biegłego jest wyłącznie opinia sporządzona przez osobę wyznaczoną przez sąd (uzasadnienie wyroku SN z 10.12.1998 r., I CKN 922/97). Według judykatury, nie może być traktowana jako dowód w postępowaniu opinia biegłego (w tym również biegłego sądowego) sporządzona na polecenie strony i złożona do akt sądowych (za wyrokiem SO we Wrocławiu z 22.01.2009 r., sygn. akt: X Ga 22/08). W konsekwencji stwierdzając, że niniejsze opinie prywatne stanowią stanowisko strony, w tym także w tym wypadku Przystępującego, stanowią one jedynie dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd, nie korzystają one natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń. Stanowisko doktryny jasno pokazuje, że ekspertyza prywatna nie może być podstawą wniosków sądu pozostających w opozycji do stanowiska strony przeciwnej. W orzecznictwie SN wyrażono także stanowisko, że gdyby ekspertyzę prywatną przyjęto za podstawę orzeczenia, stanowiłoby to istotne uchybienie procesowe, które mogłoby być nawet podstawą skutecznego zarzutu apelacyjnego (tak SN w wyroku z 29.09.1956 r., III CR 121/56, OSN 1958, nr 1, poz. 16).

Względem wniosku Odwołującego o opuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z branży ciepłowniczej, na okoliczności wskazane w piśmie z 26.02. 2021 r. Izba oddalając niniejszy wniosek stwierdza co następuje. Dowód z opinii biegłego ma z założenia służyć wykazaniu okoliczności wymagających specjalistycznej wiedzy - w sytuacji, w której bez tej wiedzy ustalenie elementu stanu faktycznego nie jest możliwe, a w konsekwencji nie byłoby możliwe bez tej wiedzy, na podstawie całokształtu zgromadzonego materiału, rozstrzygnięcie okoliczności, która zaważa na wyniku postępowania. Powołanie dowodu z opinii biegłego nie może tymczasem zastąpić strony w procesie dowodzenia, poprzez próbę wykorzystania go do weryfikacji subiektywnych przekonań i ocen opartych na błędnym rozumieniu pozostałego materiału dowodowego. Stosownie bowiem do art. 541 NPzp, przeprowadzenie tego dowodu prowadziłoby do zbędnej zwłoki w postępowaniu, a ponadto istnieje obiektywna możliwość wydania rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie bez odwoływania się do specjalisty, w oparciu o inne dowody, w tym przede wszystkim biorąc pod uwagę dokumentację z postępowania o zamówienie publiczne. Dodatkowo, Izba wskazuje, że specyfika postępowania odwoławczego każdorazowo wymaga ustalenia, czy na podstawie innych dowodów istnieje realna możliwość wydania orzeczenia co do poszczególnych zarzutów. Dowód z opinii biegłego to w postępowaniu odwoławczym ostateczność - jego powoływanie jest celowe jeśli po pierwsze konieczne są wiadomości specjalne [możliwość powołania tego środka dowodowego występuje wtedy, gdy ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych (wyrok SO we Wrocławiu z 15.01.2010 r., sygn. akt: X Ga 380/09); podobnie KIO w wyroku z 09.04. 2013 r., sygn. akt: KIO 556/13:*"Izba podnosi, że "Celem dowodu z biegłych, w świetle art. 278 KPC, nie jest ustalenie faktów mających znaczenie w sprawie, lecz udzielenie sądowi wyjaśnień w kwestiach wymagających wiadomości specjalnych. Biegły nie może zatem wyręczać sądu w wyjaśnieniu rzeczywistej treści stosunków faktycznych (...). Fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy sąd ustala w oparciu o inne dowody (z dokumentów, z zeznań świadków, przesłuchania stron)"* (M. *Rybarczyk, Biegły w postępowaniu cywilnym, Opinia, Odpowiedzialność, Wynagrodzenie, Warszawa, 2001, s. 28.) (...) do zadań biegłego należy przedstawienie sądowi swych wiadomości specjalnych (Ibidem, s. 34).*"], po drugie brak jest innych dowodów pozwalających na ustalenie istotnych faktów dla rozstrzygnięcia sprawy. Powyższe nie zachodzi w okolicznościach przedmiotowej sprawy. Jednocześnie dowód niniejszy nie służy rozstrzygnięciu kwestii spornej, czy doświadczenie Konsorcjum w skład którego wchodziła firma Międzyrzecze jest wystarczające dla uznania, ze został spełniony wymóg. Nadto, rozstrzygniecie kwestii warunku jest wyłączną kompetencją Izby i nie wymaga wiadomości specjalnych.

Skład orzekający Izby , działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w szczególności postanowień SIWZ, wykazu robót Przystępującego i referencji (dołączone do odwołania) oraz dostarczonych wyjaśnień wraz z dokumentami (dołączone do odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego), jak i informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

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

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:
1.art. 22a ust. 3 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, że FITTING wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych, a konkretnie w zakresie *„doświadczenia w realizacji minimum 2 zadań związanych z budową sieci ciepłowniczych w systemie preizolowanym o minimalnej średnicy DN250 i długości minimum 1 km w okresie ostatnich 5 lat (potwierdzonego wykazem doświadczeń wraz z referencjami)"* (pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ, poprzez powołanie się i poleganie – w celu wykazania spełniania tego warunku – wyłącznie na doświadczeniu i referencjach podmiotu trzeciego, tj. Zakładu Produkcyjno Usługowego Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane sp. z o.o. z siedzibą w Międzyrzeczu („ZPU Międzyrzecz"), podczas gdy ZPU Międzyrzecz zdołał wykazać, że posiada realne i faktyczne doświadczenie w realizacji wyłącznie jednego (a nie dwóch) zadań *„związanych z budową sieci ciepłowniczych w systemie preizolowanym o minimalnej średnicy DN250 i długości minimum 1 km w okresie ostatnich 5 lat"*, w związku z czym FITTING w rzeczywistości nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a konkretnie doświadczenia wymaganego zgodnie z pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ;
2. art. 24 ust.1 pkt 12 w zw. z ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez ich niezastosowanie i błędne zaniechanie wykluczenia FITTING z postępowania, pomimo tego, że FITTING nie zdołał wykazać spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 15.6.3 lit. a) SIWZ (zob. zarzuty z pkt 2.1 powyżej), a w konsekwencji również bezzasadne zaniechanie uznania oferty FITTING za odrzuconą, co doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców;
3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez błędne i bezpodstawne wybranie oferty FITTING jako najkorzystniejszej, pomimo że wykonawca ten podlegał wykluczeniu z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a konsekwencji jego oferta powinna była zostać uznana za odrzuconą, co w sposób oczywisty uniemożliwiało wybór oferty FITTING jako najkorzystniejszej.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:
W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego po stronie Zamawiającego. Nie było sporne między stronami, że w treści SIWZ w pkt 15.6.3 lit a) w zakresie zdolności technicznej i zawodowej Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu polegający na wykazaniu przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia doświadczenia w realizacji minimum 2 zadań związanych z budową sieci ciepłowniczych w systemie preizolowany o minimalnej średnicy DN250 i długości minimum 1 km, w okresie ostatnich 5 lat (potwierdzone wykazem doświadczenia wraz z referencjami). W pkt 17.5.2.3. lit a) SIWZ Zamawiający wskazał, że uzna, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykonawca przedstawi: wykaz robót, o których mowa w pkt 15.6.3 lit. a), w okresie ostatnich 5 lat a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy. Wykaz robót należy przedstawić zgodnie z Załącznikiem Nr 5 do SIWZ.Strony były zgodne, co do tego, ze wykonawca FITTING wykazując ww. warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej posłużył się zasobem innego podmiotu – ZPU Międzyrzecz. Przystępujący przedstawił żądany wykaz robót zawierający doświadczenie ZPU Międzyrzecz, w którym w 4 pozycjach wymieniono 3 prace realizowane na rzecz TAURON (poz. 1, 2 i 4 wykazu) oraz 1 pracę realizowaną na rzecz Szczecińskiej Energetyki Cieplnej (poz. 3). Zadania wskazane w wykazie w poz. 1, 2 i 4 były realizowane przez konsorcjum składające się z następujących podmiotów: INŻYNIERIA (lidera) oraz ZPU Międzyrzecz (partner). Jedynie praca realizowana w poz. 3 wykazu była wykonywana przez ZPU Międzyrzecz, jako generalnego wykonawcę. Wraz z wykazem przedstawiono cztery listy referencyjne, z czego trzy z nich dotyczyły zadań, które były realizowane przez konsorcjum firm: ZPU Międzyrzecz (partner) oraz INŻYNIERIA (lider) na rzecz TAURON, w ich treści nie podano, jaki zakres prac był realizowany przez każdy z podmiotów (dwa listy referencyjne z dnia 26 stycznia 2026 r. oraz jeden z 2 lutego 2016 r.). Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego w kontekście warunku z pkt 15.6.3 lit. a SIWZ i uzyskanych po wyroku KIO z 18.12.2020 r., sygn. akt: KIO 3202/20 dodatkowych dokumentów w przedmiotowej sprawie (Dwa Oświadczenia z 07.12.2020 r. Inżynierii Rzeszów S.A. oraz List referencyjny Tauron Ciepło Sp. z o.o. z 04.01.2021 r.).

Zgodnie z ich treścią - dotyczy tak poz. 1 i 4 wykazu: *„(…) Zakład Produkcyjno - Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury preizolowane Sp. z o.o. jako członek Konsorcjum odpowiedzialny był za następujący zakres prac:*
- dostawa wyrobów preizolowanych,
- kontrola wykonanych ukosowań połączeń spawanych,
- izolacja i hermetyzacja połączeń spawanych wykonana za pomocą złącz DXII,
- wykonanie połączeń instalacji alarmowej w złączach zgrzewanych elektrycznie (…)".

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i mc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie do zarzutu pierwszego i drugiego, Izba z uwagi na ich charakter odniesie się do nich łącznie, uznając w/w zarzuty za niezasadne, oddalając niniejsze.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że nakazane wcześniej wezwanie do wyjaśnień w zakresie robót oraz referencji było efektem tego, że jak kilkukrotnie wskazywał ówczesny skład orzekający, tak z rozprawy, jak i odpowiedzi na odwołanie wynikało, ze Zamawiający nie badał rzeczywistego wkładu firmy Międzyrzecze w realizacje zadań z poz. 1,2 i 4 wykazu, gdyż uznał, że Przystępujący spełnia warunek (w obu zadaniach) na podstawie zadania z poz. 3. Stwierdził też, że z wykazu, ani treści referencji nie wynikał faktyczny udział w realizacji zadań. Skład orzekający nie rozstrzygał definitywnie sposobu rozumienia wymogu, twierdził jedynie, że sam fakt uczestnictwa w konsorcjum nie potwierdza, że ten Wykonawca nabył doświadczenie opisane w warunku udziału wskazanym w postępowaniu. Nadto, nakazane

wezwanie do wyjaśnień było wynikiem sformułowanego wcześniej zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. W aktualnym postepowaniu, Izba, jej rolą jest dokonanie wykładni wymogu i ocena, w kontekście uzyskanych wyjaśnień, czy Przystępujący spełnia warunek udziału, a dokładnie, czy ma drugie zadanie (obok pierwszego uznanego). Zgodnie z treścią warunku należało się wykazać realizacją minimum 2 zadań związanych z budową sieci ciepłowniczych w systemie preizolowany o minimalnej średnicy DN250 i długości minimum 1 km, w okresie ostatnich 5 lat (potwierdzone wykazem doświadczenia wraz z referencjami). W tym kontekście, Izba uznaje, że wystarczające było doświadczenie związane z budową sieci ciepłowniczych (…)nie musiało to być doświadczenie we wszystkich procesach technologicznych koniecznych do budowy sieci ciepłowniczej.

W tym zakresie, Izba podzieliła wykładnię autentyczną przedstawioną na rozprawie, że Zamawiający celowo nie wskazał szczegółowo o jakie prace związane z budową sieci ciepłowniczej chodzi. Wskazał jedynie minimalną długość sieci, która należało się wykazać, minimalną średnicę, system na bazie którego ma być wybudowany oraz minimalna ilość zadań. Odwołujący nie kwestionował istotnego znaczenia mufowania dla procesu technologicznego, czy też budowy systemu alarmowego, ani, że wskazane zadania (prace) w ramach wyjaśnień związane są z budową sieci ciepłowniczych, uważał jedynie, iż z uwagi na poważny charakter docelowej inwestycji nie należy odczytywać wymogu jako jedynie związanego z budową.

Dodatkowo, Izba zwraca uwagę, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wybudowanie, a Zamawiający uznał za wystarczające doświadczenie w pracach związanych z budową, czyli nie związanego z wszystkimi elementami przedmiotu zamówienia. Uznał je więc za wystarczające celowo.

Izba zgodnie z orzecznictwem w takich sytuacjach, jak przedmiotowa kieruje się wykładnią językową, a nie celowościową i nie może wymagać tego co literalnie z treści SIWZ nie wynika i co jak oświadczył na rozprawie nie wymagał Zamawiający. W konsekwencji podtrzymując, że wystarczające było wykazanie się doświadczeniem związanym z budową, co miało miejsce w zakresie poz. 1 i 4 wykazu. W efekcie Przystępujący potwierdził spełnienie warunku udziału w postepowaniu z pkt 15.6.3 lit. a SIWZ (w zakresie tak pierwszego, jak i drugiego zadania).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec oddalenia wcześniejszych zarzutów, oddaleniu podlega także zarzut trzeci.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministróww sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego powyżej obciążając kosztami Odwołującego.

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……