

WYROK

z 30 grudnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie 30 grudnia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 grudnia 2021 roku przez odwołującego: Elmo S.A. z siedzibą w Żelkowie Kolonii, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Enea Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, przy udziale wykonawcy Atrem S.A. z siedzibą w Bydgoszczy

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego literą B, tj. zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 128 ust. 1 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na wezwaniu odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Elmo S.A. z siedzibą w Żelkowie Kolonii i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4 184 zł 90 gr (cztery tysiące sto złotych 90/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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:.....

Enea Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa linii kablowych 110 kV Garbary — Cytadela, Garbary — EC Karolin wraz z budową stacji 110/15/6 kV Garbary celem poprawy zasilania miasta Poznań”, numer referencyjny: RPUZ/P/0260/2021/OD/ZIR/RI. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 4 czerwca 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 107-282794.

16 grudnia 2021 r. wykonawca Elmo S.A. z siedzibą w Żelkowie Kolonii (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

- A. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, jak również wobec niezłożenia w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp lub podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, mimo że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w SWZ, a wskazane przez Zamawiającego powody odrzucenia stanowiły wyłącznie nieuprawnioną interpretację przez Zamawiającego tych warunków;
- B. art. 128 ust. 1 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, które były prawidłowe, nie zawierały błędów i nie wymagały uzupełnień i potwierdzały brak podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego;
- C. art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp przez zatrzymanie wadium Odwołującego, mimo że nie zaistniały przesłanki umożliwiające dokonanie takiej czynności, jak również zatrzymanie wadium w sytuacji, w której Odwołujący w odpowiedzi na skierowane do niego wezwanie złożył dodatkowe dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- D. art. 239 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, mimo że jego oferta spełniała wszystkie wymogi formalne określone przepisami Pzp i postanowieniami SWZ oraz merytorycznie była zgodna z treścią SWZ, a w świetle kryteriów oceny ofert była ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu;
- E. art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 Pzp przez sporządzenie przez Zamawiającego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania w sposób lakoniczny i ogólny, nie odnoszący się do poszczególnych przesłanek, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp;
- F. art. 16 Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości i proporcjonalności, przejawiające się w nierzetelnej ocenie oferty Odwołującego, a tym samym naruszenie zasad konkurencji.

Ewentualnie:

- G. art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, podczas gdy Zamawiający miał obowiązek dokonać wezwania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania,
2. ponowne przeprowadzenie badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

3. uznanie oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu,
4. cofnięcia oświadczenia woli w przedmiocie zatrzymania wadium, uznanie czynności zatrzymania wadium za niezgodną z ustawą i zwrot wadium.

Odwołujący wniósł ponadto o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

W zakresie postępowania dowodowego Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

1. zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego z 6 grudnia 2021 r., na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania, w szczególności niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego, uzasadnienie tego działania w sposób ogólnikowy, w zasadzie powtarzający interpretację Zamawiającego przedstawioną w piśmie z 19 listopada 2021 r.;
2. pisma Odwołującego z 25 listopada 2021 r. wraz z załącznikami, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania, w szczególności niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego, spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
3. Wykazu robót budowlanych, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania, w szczególności niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego, spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
4. umowy z 21 sierpnia 2020 r. wraz z aneksem z 29 czerwca 2021 r. i kopii dziennika budowy - na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania, w szczególności niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego, spełnianie warunków udziału w postępowaniu — dysponowanie przez Odwołującego wymagającym doświadczeniem do realizacji inwestycji;
5. oświadczenia o zatrzymaniu wadium — na okoliczność nieuzasadnionego zatrzymania wadium.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Pismem z 22 lipca 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp wykazu materiałów złożonego wraz z ofertą, wskazując, że „Wykonawca wraz z ofertą, złożył zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby — Victor Energy Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (03-741), przy ul. Białostockiej 22 lok. 21H. Zgodnie z adnotacją, zawartą w części C JEDZ Wykonawcy, Wykonawca złożył również JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby. Zarówno zobowiązanie Victor Energy sp. z o.o., jak i JEDZ tego podmiotu, zostały złożone w postaci elektronicznej, opatrzonej podpisem elektronicznym kwalifikowanym, przez Pana B. M., który nie figuruje w aktualnym odpisie z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego (KRS) spółki Victor Energy”, Zamawiający wezwał zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia pełnomocnictwa dla Pana B. M. do występowania w imieniu Victor Energy Sp. z o.o. Pełnomocnictwo miało potwierdzać istnienie umocowania do dokonania danej czynności na dzień jej dokonania i złożone zostało zgodnie z dyspozycją Zamawiającego w terminie, 27 lipca 2021 r. Zamawiający nie kwestionował zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów Odwołującego.

28 lipca 2021 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp, wraz z większością ofert złożonych w postępowaniu, pozostawiając dwie oferty firm, które zaproszone zostały następnie do aukcji elektronicznej. Wyrokiem z 15 września 2021 r. wydanym w sprawie sygn. akt: KIO 2363/21, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Odwołującego, na skutek czego odrzucone przez Zamawiającego oferty zostały przywrócone do postępowania. Odwołujący zaproszony został do aukcji elektronicznej, w której uzyskał pierwszą pozycję, proponując najniższą cenę spośród oferentów.

Pismem z 25 października 2021 r., Zamawiający wezwał Odwołującego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jak również brak podstaw do wykluczenia, w szczególności:

1. wykazu robót budowlanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.
2. oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu JEDZ.

5 listopada 2021 r., Odwołujący złożył wskazane wyżej żądane przez Zamawiającego dokumenty, w tym między innymi Wykaz robót budowlanych.

Następnie pismem z 19 listopada 2021 r., Zamawiający w trybie art. 128 ust. 1 Pzp wezwał do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, wskazując, że w jego ocenie istnieje po stronie Odwołującego konieczność samodzielnego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu - Zamawiający uznał, że podmiot trzeci, na którego potencjał opart się Odwołujący nie udostępnił tego potencjału w sposób zgodny z przepisami Pzp. Odwołujący udzielił Zamawiającemu odpowiedzi w piśmie z 25 listopada 2021 r., a 6 grudnia 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c Pzp.

Zdaniem Odwołującego postępowanie Zamawiającego i odrzucenie oferty Odwołującego było nieprawidłowe.

Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w SWZ, a wskazane przez Zamawiającego powody odrzucenia stanowiły wyłącznie nieuprawnioną interpretację przez Zamawiającego tych warunków. Odwołujący złożył w przewidzianym terminie oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, jak również podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Nie zostały zatem spełnione przesłanki do odrzucenia oferty wskazane w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, ani też w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp.

W następstwie wezwania Zamawiającego z 25 października 2021 r., Odwołujący złożył wszystkie żądane dokumenty, w tym wykaz robót budowlanych, w którym Odwołujący wskazał m.in. w pozycji nr 1 zamówienie pod nazwą Rozbudowa stacji 400/220/110 kV Mikułowa dla wprowadzenia linii 400 kV— część Etapu 7, Etap 5, Etap 6 roboty budowlane polegające na budowie elektroenergetycznej stacji transformatorowej 440/220/110 kV, zrealizowane na rzecz PSE SA, ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna, na kwotę 10 311 705,00 zł brutto. W celu potwierdzenia, że zamówienie wskazane w pozycji nr 1 Wykazu, zostało zrealizowane w sposób należyty, Wykonawca złożył, m.in. protokoły odbiorów częściowych nr: CJI/C/MIK/Nr03/20 z 8 września 2020 r., CJI/C/MIK/Nr04/20 z 24 września 2020 r., CJI/C/MIK/Nr05/20 z 29 września 2020 r., CJI/C/MIK/Nr06/20 z 7 października 2020 r., CJI/C/MIK/Nr07/20 z 9 października 2020 r., CJI/C/MIK/Nr08/20 z 27 października 2020 r., CJI/C/MW/Nr09/20 z 28-29 października 2020 r.

W ramach tej pozycji z wykazu, Odwołujący posiłkował się doświadczeniem podmiotu trzeciego, tj. Victor Energy Sp. z o.o. jako podmiotu udostępniającego zasoby.

Zdolność zawodowa w postaci wiedzy i doświadczenia powinna być realnie udostępniona przez bezpośredni udział podmiotu udostępniającego w takiej części zamówienia lub w takim zakresie, w jakim deklarował on udostępnienie zasobów niezbędnych do realizacji tej części lub zakresu zamówienia. Jak wskazano w zobowiązaniu Victor Energy, co pominął Zamawiający, podmiot ten zobowiązał się do udostępnienia zasobów niezbędnych do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia. Udostępnienie zasobów polegać miało na stałym, przez cały okres obowiązywania umowy doradztwie przez Victor Energy Sp. z o.o. Zamawiający dysponował zobowiązaniem podmiotu trzeciego już od momentu złożenia przez Odwołującego oferty w postępowaniu i nie kwestionował jego poprawności, akceptował zatem treść zobowiązania. Oświadczenie podmiotu trzeciego zostało podtrzymane na etapie wyjaśnień złożonych Zamawiającemu w piśmie z 25 listopada 2021 r. Złożono również zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, które nie powinno budzić zastrzeżeń Zamawiającego. Złożono również listy intencyjne, z których wynikał fakt, że miało miejsce realne udostępnienie zasobu na cały czas realizacji zamówienia. Wykonawca złożył listy intencyjne zarówno z 2020 r. (poprzednio Valard obecnie Victor Energy), jak również z 2021 r. podpisane z Victor Energy Sp. z o.o.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego w przedmiocie wadliwości zobowiązania podmiotu Victor Energy Sp. z o.o., z uwagi na brak wykazania, że podmiot udostępniający swoje zasoby wykona roboty budowlane, do realizacji których udostępniane zasoby były wymagane, Odwołujący podkreślił, że zobowiązanie było prawidłowe. Zdania zawartego w zobowiązaniu tego podmiotu, co do którego Zamawiający powziął wątpliwości, nie należało interpretować w sposób wskazany przez Zamawiającego, a przy uwzględnieniu charakteru udostępnianego zasobu. Mianowicie Victor Energy Sp. z o.o. miał wykonywać w ramach realizacji przedmiotu zamówienia przez cały czas realizacji zamówienia doradztwo w

ramach wykonywanych robót budowlanych, udostępniając do dyspozycji Wykonawcy kadrę inżynierską, która miała uczestniczyć w wykonywaniu robót budowlanych. Tym samym można było uznać, że podmiot ten będzie uczestniczył w procesie budowlanym.

Odwołujący wykazał również, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Niestuszne były więc zarzuty Zamawiającego odnośnie złożonego w odpowiedzi na wezwanie z 25 października 2021 r. przez Odwołującego wykazu robót budowlanych, jak również dowodów potwierdzających należyte wykonanie robót. Zamawiający wskazał, że Odwołujący w pozycji nr 4 wykazu powołał się na wykonanie zamówienia pod nazwą „Wykonanie prac budowlano-montażowych związanych z budową podstacji trakcyjnej PT Sadowne Węgrowskie”, zrealizowanego 16 sierpnia 2021 r. na rzecz PKP Energetyka SA. Dodatkowo, w pozycji nr 5 Wykazu, Odwołujący wskazał zamówienie Budowa linii kablowej 110 kV o dł. 4,7 km w ramach zadania „Wykonanie prac budowlano-montażowych związanych z budową podstacji trakcyjnej PT Sadowne Węgrowskie”, zrealizowanego 16 sierpnia 2021 r. na rzecz PKP Energetyka SA, na kwotę 8 373 363,03 zł brutto. Zdaniem Zamawiającego, zamówienia wskazane w pozycji 4 i 5 Wykazu, zrealizowane zostały po dniu składania ofert, w związku z czym nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonych w pkt 5.1.4 SWZ na dzień składania ofert.

Ww. roboty zostały faktycznie ukończone 5 lipca 2021 r., przed dniem składania ofert. Na mocy umowy z 20 sierpnia 2020 r., której przedmiotem było „Wykonanie prac budowlano-montażowych związanych z budową/modernizacją podstacji trakcyjnej PT Sadowne Węgrowskie i RS Małkinia”, termin realizacji umowy strony określiły na dzień 5 lipca 2021 r., zatem przed terminem składania ofert w postępowaniu. Na mocy aneksu z 29 czerwca 2021 r., strony wydłużyły co prawda termin na wykonanie prac do 16 sierpnia 2021 r., przy czym spowodowane to było koniecznością wykonania wyłącznie robót dodatkowych, a nie robót budowlanych objętych zakresem pierwotnie zawartej umowy. Zwiększone zostało również wynagrodzenie Odwołującego w stosunku do pierwotnej umowy — właśnie za roboty dodatkowe. Główny zakres robót budowlanych składających się na zawartą umowę wykonany został przed terminem składania ofert w postępowaniu, a zatem uznać należało, że z tym też dniem Odwołujący nabył doświadczenie wskazane w wykazie robót. Celem składania wykazów robót jest wykazanie przez wykonawców biorących udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego stosownego doświadczenia i kwalifikacji do wykonania danego zadania. Zgodnie z § 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, wykaz robót budowlanych żądany jest w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej. Zdolności te Odwołujący bez wątplenia posiadał.

Zamawiający naruszył także art. 128 ust. 1 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, które były prawidłowe, nie zawierały błędów i nie wymagały uzupełnień i jednocześnie potwierdzały brak podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania.

Zgodnie z art. 128 ust. 2 Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Odwołujący złożył dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu i wykazał posiadanie samodzielnego stosownego doświadczenia. Skoro Odwołujący złożył stosowne dokumenty, niezasadnym było wzywanie go do ponownego składania dokumentów.

Co więcej, zgodnie z art. 128 ust. 2 Pzp, wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia. W ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia Odwołujący złożył w odpowiedzi na wezwanie z 25 października 2021 r. podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia i spełnienia warunków udziału - aktualne na dzień ich złożenia. Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń,

jakich może żądać zamawiający od wykonawcy Odwołujący złożył podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, aktualne na dzień ich złożenia. Sformułowanie „aktualne na dzień ich złożenia” należało interpretować łącznie ze sformułowaniem „w wyznaczonym (przez zamawiającego) terminie”. Nie należało odnosić go do aktualności podmiotowych środków dowodowych, do uzupełnienia których wykonawca był wzywany, ale do aktualności w terminie ich złożenia.

Zamawiający w ocenie Odwołującego naruszył ponadto art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp przez dokonanie czynności zatrzymania wadium Odwołującego, mimo że nie zaistniały ku temu przesłanki. W szczególności nie zaistniała podstawa do uznania, że niezłożenie dokumentów na żądanie Zamawiającego było skutkiem celowego działania Odwołującego będącego np. w porozumieniu z innym wykonawcą.

Zamawiający ponadto odrzucił ofertę Odwołującego z postępowania stosując uzasadnienie, które w istocie nie wyjaśniało przyczyn tej czynności, a co najwyżej stanowiło powtórzenie treści pisma z 19 listopada 2021 r. Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek uzasadniających odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania.

W konsekwencji powyższych uchybień, Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 16 Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości oraz proporcjonalności, przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości i proporcjonalności, przejawiające się w nierzetelnej ocenie oferty Odwołującego, a tym samym naruszenie zasad konkurencji.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że skoro Zamawiający miał wątpliwości, co do treści złożonego przez Odwołującego wraz z ofertą zobowiązania podmiotu trzeciego (a wątpliwości te pojawiły się na końcowym etapie postępowania, mimo że Zamawiający dysponował zobowiązaniem od lipca 2021 r. i co najwyżej wzywał do uzupełnienia pełnomocnictwa, uznając zobowiązanie za prawidłowe), powinien wezwać Odwołującego do wyjaśnienia jego treści albo do zastąpienia podmiotu Victor Energy innym podmiotem, czego nie uczynił. Nie wzywając Odwołującego, Zamawiający doprowadził do naruszenia także art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonego wraz z ofertą zobowiązania podmiotu trzeciego czy do zastąpienia podmiotu, na zasobach którego polegał — innym podmiotem.

W konsekwencji swego niezgodnego z prawem działania Zamawiający naruszył również art. 239 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, mimo że oferta Odwołującego spełniała wszystkie wymogi formalne określone przepisami Pzp i postanowieniami SWZ oraz merytorycznie była zgodna z treścią SWZ, a w świetle kryteriów oceny ofert była ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

22 grudnia 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

Odwołujący miał wykazać w ramach warunku doświadczenia, wykonanie określonych robót budowlanych. W celu wykazania swojego doświadczenia przedstawił m.in. robotę budowlaną wykonaną przez Victor Energy Sp. z o. o. Do oferty załączył zobowiązanie tego podmiotu, z którego wprost wynikało, że: Udostępnienie zasobów polegać będzie na stałym, przez cały okres obowiązywania umowy doradztwie przez udostępnienie posiadanej wiedzy i doświadczenia Victor Energy Sp. z o.o. Victor Energy Sp. z o.o. nie będzie realizował robót budowlanych ani usług, których udostępniane zdolności dotyczą. Odwołujący wprost potwierdził to w treści oferty wskazując, że nie będzie korzystał z podwykonawców w trakcie realizacji zamówienia.

W ramach zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty z powodu nieukończenia roboty budowlanej w terminie składania ofert Zamawiający wskazał, że spór dotyczył jedynie pozycji 4 wykazu zrealizowanych zamówień. Odwołujący przedstawił w ofercie m.in. 3 roboty w zakresie linii kablowej, z których jedna została oceniona przez zamawiającego jako prawidłowa - w związku z tym zamawiający nie analizował pozostałych robót wykonanych przez Odwołującego. Tym samym argumentacja w zakresie pozycji 5 wykazu jakkolwiek odnosiła się do treści odrzucenia oferty to była bezprzedmiotowa, gdyż nie zmieniłaby w żadnym zakresie pozycji odwołującego.

Co roboty określonej w pkt 4 wykazu robót tj.: wykonania prac budowlano-montażowych związanych z budową podstacji trakcyjnej PT Sadownie Węgrowskie, zrealizowanej 18 sierpnia 2021 r. na rzecz PKP ENERGETYKA SA, zamawiający wskazał, że została ona wykonana po terminie składania ofert. Odwołujący tym samym nie posiadał wskazanego doświadczenia składając wraz z ofertą oświadczenie o którym mowa w art. 125 ust. 1 i wskazując w jego treści, że spełnia warunek dotyczący doświadczenia. Termin składania ofert upłynął 19 lipca 2021 r., natomiast w wyniku dalszych czynności w postępowaniu, w tym na podstawie art 126 ust 1 Pzp

zamawiający pozyskał od Odwołującego wykaz wykonanych robót, z którego wynikało, że określoną robotę budowlaną ukończył 16 sierpnia.

W ramach zarzutu dotyczącego nieprawidłowego zatrzymania wadium Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego. Zamawiający miał obowiązek zatrzymania wadium gdyż zaistniał ciąg następujących czynności w postępowaniu:

1. Zamawiający ocenił ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą;
2. Na podstawie art. 126 ust 1 Pzp wezwał o uzupełnienie określonych dokumentów;
3. Analiza dokumentów złożonych przez Odwołującego wskazywała, że zawierały one błędy określone w poszczególnych pismach stanowiących dokumentację w postępowaniu;
4. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów zawierających błędy (wykaz zamówień z dowodami);
5. Wykonawca nie uzupełnił wskazanych dokumentów;

Przystępujący nie złożył odrębnej odpowiedzi na zarzuty odwołania, ale w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego z 20 grudnia 2021 r. zawarł argumentację zgodną z przedstawionym wyżej stanowiskiem Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami,
2. wezwań kierowanych przez Zamawiającego do Odwołującego wraz z odpowiedziami Odwołującego na te wezwania i załącznikami,
3. zawiadomienia z 6 grudnia 2021 r. o odrzuceniu z postępowania oferty Odwołującego,
4. umowy z 21 sierpnia 2020 r. wraz z aneksem z 29 czerwca 2021 r. i kopii dziennika budowy.

Zarzut A

W punkcie 5.1.4 SWZ Zamawiający ustanowił następujący warunek udziału w postępowaniu: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, iż w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert,

a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował łącznie w tym okresie:

- a) co najmniej 3 zamówienia równoważne o wartości co najmniej 10.000.000 zł brutto (słownie: dziesięć milionów złotych) każde, gdzie jako zamówienie równoważne Zamawiający rozumie zrealizowanie roboty budowlanej, polegającej na budowie lub przebudowie, lub modernizacji elektroenergetycznej stacji transformatorowej 110/SN lub o napięciu wyższym, lub rozdzielni sieciowej o napięciu 110 kV lub wyższym oraz
- b) co najmniej 1 zamówienie równoważne o wartości co najmniej 2.000.000,00 zł brutto (słownie: dwa miliony złotych), gdzie jako zamówienie równoważne Zamawiający rozumie zrealizowanie roboty budowlanej, polegającej na budowie lub przebudowie, lub modernizacji elektroenergetycznej linii kablowej 110 kV lub o napięciu wyższym”.

W zakresie możliwości korzystania w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu z potencjału podmiotu trzeciego Zamawiający wskazał w SWZ:

„5.2. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu,

w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa powyżej, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
- 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
- 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą”.

25 października 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia, aktualnych na dzień złożenia, podmiotowych środków dowodowych, w tym między innymi dokumentów mających na celu potwierdzenie spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 5.1.4 SWZ, to jest wykazu robót budowlanych. W odpowiedzi Odwołujący 5 listopada 2021 r. złożył podmiotowe środki dowodowe, w tym między innymi uzupełniony i podpisany Załącznik nr 4 do SWZ, zawierający wykaz zrealizowanych zamówień oraz dokumenty na potwierdzenie, że wskazane przez w wykazie zamówienia, zostały zrealizowane w sposób należyty.

W pozycji nr 1 wykazu Odwołujący wskazał zamówienie „Rozbudowa stacji 400/220/110 kV Mikułowa dla wprowadzenia linii 400 kV— część Etapu 7, Etap 5, Etap 6 — roboty budowlane polegające na budowie elektroenergetycznej stacji transformatorowej 440/220/110 kV”, zrealizowane na rzecz PSE S.A. na kwotę przekraczającą 10 milionów zł brutto.

W celu potwierdzenia, że ww. zamówienie zostało zrealizowane w sposób należyty, Odwołujący złożył między innymi protokoły odbiorów częściowych, z których wynikało, że zadanie zostało zrealizowane wspólnie przez wykonawców Victor Energy sp. z o.o. oraz

Olmex S.A.

Odwołujący wraz z ofertą złożył zobowiązanie z 15 lipca 2021 r. podmiotu udostępniającego zasoby (Victor Energy Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie), do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W treści zobowiązania wykonawca Victor Energy Sp. z o.o. oświadczył, że nie będzie realizował robót budowlanych ani usług, których dotyczyły udostępnione zdolności.

Ponadto Odwołujący w ust. 5 lit. c) Formularza oferty oraz w Części II, sekcja D JEDZ zobowiązał się do samodzielnego wykonania zamówienia, bez udziału podwykonawców.

Zamawiający uznał, że udostępnienie potencjału przez wykonawcę Victor Energy Sp. z o.o. nastąpiło w sposób sprzeczny z art. 118 ust. 2 Pzp.

W pozycji nr 4 wykazu Odwołujący wpisał zadanie „Wykonanie prac budowlano-montażowych związanych z budową podstacji trakcyjnej PT Sadowne Węgrowskie” wskazując, że zadanie to zostało zrealizowane 16 sierpnia 2021 r. na rzecz PKP Energetyka

S.A. Ponadto, w pozycji nr 5 wykazu Odwołujący wskazał zamówienie Budowa linii kablowej 110 kV o dł. 4,7 km w ramach zadania „Wykonanie prac budowlano-montażowych związanych z budową podstacji trakcyjnej PT Sadowne Węgrowskie”, również zrealizowane 16 sierpnia 2021 r. na rzecz PKP Energetyka S.A. Na potwierdzenie, że wskazane wyżej roboty budowlane zostały zrealizowane w sposób należyty Odwołujący złożył protokół odbioru końcowego z 16 sierpnia 2021 r. (data zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego 11 sierpnia 2021 r.). Z treści protokołu wynika, że roboty zostały wykonane w okresie od 17 września 2020 r. do 16 sierpnia 2021 r.

W tym miejscu podkreślić należy, że termin składania ofert w postępowaniu upłynął 19 lipca 2021 r.

19 listopada 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu robót budowlanych, uzupełnionego o co najmniej jedno zamówienie równoważne o wartości co najmniej dziesięć milionów złotych, przy czym jako zamówienie równoważne Zamawiający rozumiał zrealizowanie roboty budowlanej, polegającej na budowie lub przebudowie, lub modernizacji elektroenergetycznej stacji transformatorowej 110/SN lub o napięciu wyższym, lub rozdzielni sieciowej o napięciu 110 kV lub wyższym, wykonane nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należyście. Biorąc pod uwagę ustalenie Zamawiającego, co do wadliwości udostępnienia potencjału na rzecz Odwołującego przez podmiot trzeci, tj. Victor Energy Sp. z o.o. Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp wezwał ponadto Odwołującego do uzupełnienia oświadczenia JEDZ w zakresie części II, sekcja C, uwzględniającego brak możliwości polegania na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi z 25 listopada 2021 r. Odwołujący nie uzupełnił podmiotowych środków dowodowych, lecz podjął próbę polemiki z ustaleniami Zamawiającego oraz zasadnością wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący wskazał, że udostępnienie na jego rzecz potencjału wykonawcy Victor Energy Sp. z o.o. było prawidłowe i w pełni odpowiadało przepisom Pzp. Odwołujący wskazał, że wykonywanie przez podmiot trzeci czynności doradczych w ramach realizacji robót budowlanych jest prawidłowe. Odwołujący złożył dodatkowo kolejne - aktualne na dzień złożenia zobowiązanie Victor Energy Sp. z o.o. do udostępnienia zasobów Odwołującemu. W tym dokumencie wykonawca Victor Energy Sp. z o.o. oświadczył, że udostępnienie zasobów polegać będzie na stałym, przez cały okres obowiązywania umowy, doradztwie poprzez udostępnienie posiadanej wiedzy i doświadczenia. Odwołujący nie uzupełnił również wykazu robót w sposób zgodny z treścią wezwania Zamawiającego wskazując przy tym:

„Podkreślenia jednak wymaga, że art. 128 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia.

W ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona przedłożył w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu aktualne na dzień ich złożenia (...). Wykonawca bowiem na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 października 2021 r., przedłożył Wykaz potwierdzający

stan na dzień złożenia odpowiedzi, tj. 5 listopada 2021 r.”.

Odwołujący tym samym nie kwestionował na etapie oceny jego oferty, że zadania wskazane w poz. 4 i 5 wykazu robót zostały ukończone po terminie składania ofert. Argumentacja zmierzająca do wykazania, że w rzeczywistości zadanie z poz. nr 4 zostało zrealizowane w zakresie podstawowym przed upływem terminu składania ofert pojawiła się dopiero w odwołaniu i na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Biorąc pod uwagę ustalony i opisany wyżej stan faktyczny Izba uznała, że Zamawiający w prawidłowy sposób ocenił, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 118 ust. 2 Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Przepis ten został również ujęty w treści SWZ, jako jedno z jej postanowień, co zostało przytoczone wyżej.

Wątpliwości przy tym nie budzi, że ze złożonych przez Odwołującego dokumentów wynika, że podmiot trzeci, tj. Victor Energy Sp. z o.o. nie zamierzał wykonać robót budowlanych w zakresie udostępnionego Odwołującemu potencjału. Co za tym idzie udostępnienie potencjału było w sposób oczywisty sprzeczne zarówno z art. 118 ust. 2 Pzp, jak też odpowiednim postanowieniem SWZ.

Odwołujący nie polemizował również z ustaleniem Zamawiającego dotyczącym zadania z pozycji nr 4 wykazu robót, co do daty ukończenia tego zadania. Odwołujący nie zrealizował przy tym wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych zamiast tego podjął próbę polemiki z Zamawiającym, co do celowości tego uzupełnienia. Odwołujący oparł się przy tym na argumentie, że złożony przez niego wykaz robót był aktualny na dzień złożenia. Odwołujący nie wziął jednak pod uwagę, że mimo, iż dokumenty składane na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych mają być aktualne na dzień ich złożenia, to mają one potwierdzać spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Tym samym nie budzi wątpliwości, że zadanie na którego realizację powołał się Odwołujący nie odpowiadało treści warunku udziału w postępowaniu, ponieważ nie zostało zrealizowane do dnia terminu składania ofert w postępowaniu.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzut nr 1 nie potwierdził się.

Zarzut B

Przedmiotowy zarzut dotyczył możliwości naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, które w ocenie Odwołującego były prawidłowe, nie zawierały błędów i nie wymagały uzupełnień i potwierdzały brak podstaw do odrzucenia jego oferty. Zarzut ten dotyczył wezwania z 19 listopada 2021 r., zatem termin do wniesienia odwołania przeciwko temu wezwaniu należało liczyć od tej daty. Podniesienie przedmiotowego zarzutu 16 grudnia 2021 r. w ocenie Izby było spóźnione i nie spełniało wymogów określonych w art. 515 Pzp. W konsekwencji, na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp Izba odrzuciła Zarzut B odwołania jako wniesiony po upływie ustawowego terminu.

Zarzut C

Izba oddaliła zarzut uznając, że nawet jeżeli zarzut ten by się potwierdził to nie miałby on wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp Izba uwzględniła odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

Z powyższych względów, uznając, że wobec oddalenia Zarzutu A odwołania, Zarzut C nie będzie mógł wpłynąć na wynik postępowania Izba odstąpiła od merytorycznego rozpoznania Zarzutu C.

Zarzuty D i F podlegały oddaleniu jako zarzuty wynikowe wobec trzech powyższych,

tj. zarzutów A, B i C.

Zarzut E

Izba oddaliła zarzut uznając go za całkowicie bezpodstawny. Niecelowym byłoby przytoczenie w tym miejscu całego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania. Zamawiający w szesnastostronicowym piśmie z 6 grudnia 2021 r. szczegółowo uzasadnił zarówno przesłanki natury prawnej jak i faktycznej, które doprowadziły do podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba podkreśla przy tym, że Zamawiający z rzadko występującą na gruncie podobnych postępowań szczegółowością opisał stan faktyczny, kolejno dokonywane czynności oraz sposób oceny składanych przez Odwołującego dokumentów. Zamawiający przy tym w bardzo jasny sposób wskazał przesłanki, którymi kierował się uznając, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający określił również przyczyny, dla których uznał za nieprawidłowe udostępnienie potencjału przez wykonawcę Victor Energy Sp. z o.o., jak również zadanie wskazane w pozycji nr 4 wykazu robót Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....