sygn. akt: KIO 832/23

WYROK

z dnia 11 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: B.T.B. - Inżynieria Budownictwo Instalacje sp. z o.o., ul. Bańgowska 4; 41-103 Siemianowice Śląskie, HEATCO sp. z o.o., ul. Gliwicka 228; 40-860 Katowice, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Cieplnej sp. z o.o., ul. Słoneczna 46; 10-710 Olsztyn,

przy udziale wykonawcy EKO Energetyka i Ciepłownictwo sp. z o.o., ul. 11 Listopada 121b; 07-410 Ostrołęka, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych "Pekum" sp. z o.o., ILYS sp. z o.o., ul. Lubelska 37; 10-408 Olsztyn, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - w zakresie zadania nr 3: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie – na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych "Pekum" sp. z o.o., ILYS sp. z o.o., ul. Lubelska 37; 10408 Olsztyn, ponowne badanie i ocenę ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Cieplnej sp. z o.o., ul. Słoneczna 46; 10-710 Olsztyn i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: B.T.B. - Inżynieria Budownictwo Instalacje sp. z o.o., ul. Bańgowska 4; 41-103 Siemianowice Śląskie, HEATCO sp. z o.o.,

ul. Gliwicka 228; 40-860 Katowice, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Cieplnej sp. z o.o., ul. Słoneczna 46; 10-710 Olsztyn na rzecz wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia: B.T.B. - Inżynieria Budownictwo Instalacje sp. z o.o., ul. Bańgowska 4; 41-103 Siemianowice Śląskie, HEATCO sp. z o.o., ul. Gliwicka 228; 40-860 Katowice, kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione

z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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: ……

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Cieplnej sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Przebudowa sieci cieplnych w rejonie ul. Nowa Niepodległości – etap B, w rejonie ul. Żołnierska-Dworcowa, w rejonie ul. Metalowej” w ramach projektu pn. „Zmniejszenie emisyjności gospodarki poprzez poprawę efektywności dystrybucji ciepła w Olsztynie w wyniku przebudowy sieci i węzłów ciepłowniczych – etap I”.

Publikacja: Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej nr 2022/S 209-598837 z 28.10.2022 r.

Dnia 15 marca 2023 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 27 marca 2023 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: B.T.B. - Inżynieria Budownictwo Instalacje sp. z o.o., ul. Bańgowska 4; 41-103 Siemianowice Śląskie, HEATCO sp. z o.o., ul. Gliwicka 228; 40-860 Katowice (dalej „Odwołujący") wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od:

1) zaniechania odrzucenia oferty (w zakresie zadania nr 3) konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych „Pekum" sp. z o.o. (Lider) ul. Lubelska 37 10-408 Olsztyn oraz ILYS sp. z o.o. (Partner) ul. Sokołowska nr 27, 05806 Sokołów, zwanego dalej: „Konsorcjum Pekum" - pomimo, że oferta tego wykonawcy winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp, bowiem jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

2) wyboru, w zakresie zadania nr 3, oferty Konsorcjum Pekum - pomimo, że oferta tego wykonawcy winna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (w zakresie zadania nr 3) Konsorcjum Pekum w sytuacji, w której oferta wykonawcy jest niezgodna z wymogami opisanymi w:

a) pkt 3.6.1.4 STWiOR w brzmieniu: „4. Minimalny promień gięcia łuku nie może być mniejszy niż 2,5 x średnica zewnętrzna rurociągu"

b) pkt 8d załącznika nr 1 do projektu technicznego, zgodnie z którym: „Trwałość sztywnej pianki izolacyjnej musi wynosić minimum 30 lat dla ciągłej temperatury pracy minimum +140oC (…)"

2. art. 107 ust 2 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych wymaganych w pkt 6.1 lit. b SWZ tj. sprawozdania z badania współczynnika przewodzenia przed starzeniem przeprowadzonego przez akredytowane laboratorium badawcze na rurze badanej, zgodnie z normami PN-EN

ISO 8497 oraz PNEN 253, dla oferowanych rur tj. rur produkowanych metodą ciągłą lub półciągłą z barierą dyfuzyjną w sytuacji, w której wykonawca złożył badania dla rur innych niż oferowane,

ewentualnie w przypadku uznania przez Izbę, że zarzut naruszenia art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp podlega oddaleniu, naruszenie:

3. art. 128 ust 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia:

a) zobowiązania podmiotu udostepniającego swoje zasoby wykonawcy, w sytuacji, w której treść złożonego wraz z ofertą zobowiązania nie potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów,

b) nowego oświadczenia z art. 117 ust 4 Pzp, w sytuacji, w której treść oświadczenia nie koresponduje z treścią wykazu robót budowlanych i sposobem wykazywania spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

c) informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla Pana (…) tj. podmiotu udostępniającego swoje zasoby, w sytuacji w której cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu zostało sporządzone w sposób niezgodny z treścią § 6 ust 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r., w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie,

d) dowodów do pozycji nr 2 i 3 wykazu robót budowlanych, w sytuacji w której cyfrowe odwzorowanie tych dokumentów zostało sporządzone w sposób

niezgodny z treścią § 6 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r., w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania

informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie,

e) nowego wykazu robót budowalnych w sytuacji, w której treść złożonego wykazu robót jest sprzeczna z § 9 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 3,

b) odrzucenie, w zakresie zadania nr 3, oferty Konsorcjum Pekum ze względu na fakt, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia,

c) dokonania ponownej kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona (oferta odwołującego), w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu,

2) orzeczenie/zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, gdyż oferta odwołującego została sklasyfikowana przez zmawiającego na drugim miejscu wg ilości uzyskanych punktów. Gdyby zamawiający nie naruszył przepisów Pzp i odrzucił ofertę Konsorcjum Pekum, odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie ww. zamówienia.

Odwołujący wskazał, co następuje.

Zarzut nr 1 - naruszenie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Pekum, w sytuacji, w której oferta wykonawcy jest niezgodna z wymogami opisanymi w pkt 3.6.1.4 STWiOR oraz w pkt 8d załącznika nr 1 do projektu technicznego.

Ad) pkt 3.6.1.4 STWiOR (Minimalny promień gięcia łuku). Zgodnie z powołanym punktem STWiOR „Minimalny promień gięcia łuku nie może być mniejszy niż 2,5 x średnica zewnętrzna rurociągu". Jednocześnie zgodnie z wymogiem z pkt 6.1 lit d) Działu VI SWZ (Informacja

o przedmiotowych środkach dowodowych) celem potwierdzenia zgodności oferowanych urządzeń z wymaganiami określonymi w STWiOR – Opis przedmiotu zamówienia, wraz z ofertą należało złożyć „Zestawienie materiałów do wykonania sieci z ilością i opisem oferowanych wyrobów".

Konsorcjum Pekum załączyło do oferty zestawienie materiałów do wykonania sieci, w którym w pozycji nr 11 oraz 13 wskazał odpowiednio:

- kolana 355,6/500 Kolano prefabrykowane 1,5D 10 st. L=1,0m,

- kolana 355,6/500 Kolano prefabrykowane 1,5D 45 st. L=0,8m,

co oznacza, że promień gięcia łuku dla rozwiązania zaproponowanego przez wykonawcę, dla dwóch ww. pozycji wynosi1,5D, a więc jest niezgodny z wymaganymi wskazanymi w pkt 3.6.1.4 STWiOR.

Dowód nr 1: str 1 zestawienia materiałów Konsorcjum Pekum

W STWiOR ustalono hierarchię dokumentów opisujących przedmiot zamówienia i wymagania związane z wykonaniem sieci. Zgodnie z pkt 3 STWiOR: „W przypadku rozbieżności między wymaganiami STWiOR i dokumentacji projektowej, nadrzędne są wymagania zawarte w STWiOR".

Bez znaczenia pozostaje zatem fakt, że w dokumentacji projektowej minimalny promień gięcia łuku określono na poziomie > 1,5 x średnica zewnętrzna rurociągu. Zgodnie z pkt 3 STWiOR wykonawcy winni bowiem uwzględnić w swoich ofertach rozwiązanie wymagane treścią STWiOR, a więc „minimalny promień gięcia łuku nie może być mniejszy niż 2,5 x

średnica zewnętrzna rurociągu". Jest to tym bardziej istotne, że zmiana z kolan wskazanych w projekcie tj. 1,5 D na kolana wymagane w STWiOR tj. 2,5 D jest możliwa bez żadnych wyliczeń. Dlatego też opisana rozbieżność w dokumentach zamówienia i przyjęcie rozwiązania wymaganego w STWiOR, nie uniemożliwi wykonania przedmiotu zamówienia. Wytrzymałość kolan stalowych zależna jest bowiem od dwóch czynników, a mianowicie od promienia gięcia R oraz grubości ścianki s. Standardowe kolana stalowe używane w systemach preizolowanych posiadają promienie gięcia R=1,5D i R=2,5D. Obliczanie naprężeń preizolowanych sieci ciepłowniczych wykonuje się w oparciu o normę PN-EN 13941. Z obliczeń tych wynika, iż naprężenia jakim poddawane są kolana podczas pracy zmniejszają się wraz ze wzrostem promienia gięcia R oraz grubości ścianki s. Można więc bez wahania stwierdzić, że jeśli sieć ciepłownicza została zaprojektowana z użyciem kolan stalowych o promieniu gięcia R=1,5D, to zamieniając kolana na wersję o promieniu gięcia R=2,5D (a taka zamiana miała miejsce w przedmiotowym postępowaniu, gdyż zamawiający wymaganiami STWiOR, zmienił wymóg określony w projekcie) naprężenia na kolanach oraz w całym układzie zostaną obniżone, co wpłynie bezpośrednio na zwiększoną wytrzymałość całego układu. Jeśli sytuacja byłaby odwrotna i sieć ciepłownicza byłaby zaprojektowana przy użyciu kolan o promieniu gięcia R=2,5D, a zamawiający lub wykonawca chcieliby je zamienić na kolana o promieniu gięcia R=1,5D, to układ zostałby osłabiony. Nie bez znaczenia jest również fakt, że wymóg dotyczący promienia gięcia łuku, narzucony treścią STWiOR, bezsprzecznie wpływał na cenę ofert bowiem jest to rozwiązanie statycznie lepsze, ale droższe. Tym samym zaoferowanie przez Konsorcjum Pekum kolan 355,6/500 Kolano prefabrykowane 1,5D 10 st. L=1,0m oraz kolan 355,6/500 Kolano prefabrykowane 1,5D 45 st. L=0,8m oznacza, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia i winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp.

Ad) pkt 8d załącznika nr 1 do projektu technicznego (trwałości pianki). Zgodnie z pkt 8d załącznika nr 1 do projektu technicznego: „Trwałość sztywnej pianki izolacyjnej musi wynosić minimum 30 lat dla ciągłej temperatury pracy minimum +140$^{O}$C (…)". Jednocześnie zgodnie z wymogiem z pkt 6.1 lit a) Działu VI SWZ (Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych) celem potwierdzenia zgodności oferowanych urządzeń z wymaganiami określonymi w STWiOR - Opis przedmiotu zamówienia, wraz z ofertą należało złożyć: „Deklarację określającą system surowcowy zastosowany do produkcji pianki PUR (system surowcowy powinien zgodny z systemem wpisanym do Krajowej oceny technicznej)".

Konsorcjum Pekum, załączyło do oferty Krajową Ocenę Techniczną ITB-KOT-20170187 wydanie 4 (dokument pn.: „9.

Krajowa Ocena Techniczna ITB-KOT-2017-0187-wyd4"), w której, w pkt 2 (zamierzone zastosowanie wyrobu) wskazano: „Parametry pracy preizolowanych rur, kształtek i armatury LOGSTOR i LOGSTOR TwinPipe, w zależności od

zastosowanej izolacji cieplnej, podano w tablicy 1. Tablica 1 - Izolacja cieplna z pianki poliuretanowej (PUR) - Baytherm 41HKO1 - Temperatura robocza (obliczeniowa), $^{0}$C – 130".

Dowód nr 2: str. 10 załącznika pn. „9. Krajowa Ocena Techniczna ITB-KOT-2017-0187-wyd. 4"

Ponieważ przedmiotowego środka dowodowego, w zakresie rur o średnicy powyżej DN 250, wykonawca nie załączył do oferty, zamawiający wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 lutego 2023 r., (sygn. akt KIO 242/23, KIO 305/23), wezwał wykonawcę do jego złożenia (wezwanie na podstawie art. 107 ust 2 Pzp, z dnia 23.02.2023 r.).

W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca złożył brakujący przedmiotowy środek dowodowy (plik pod nazwą: „Oświadczenie LOGSTOR dotyczące izolacji PUR"). W treści ww. oświadczenia wskazano: „W nawiązaniu do wezwania MPEC Olsztyn z dnia 23.02.2023 dotyczącego uzupełnienia niekompletnego przedmiotowego środka dowodowego do Części III (Zadania 3) postępowania MPEC/PE-EZ/226/22, LOGSTOR International sp. z o.o. oświadcza, że na dzień składania ofert, to jest 12.12.2022 oraz obecnie do produkcji rur preizolowanych o średnicach od 273.0/400 mm i większych, a w tym wymaganych rur 355.6/500 mm jest stosowany system surowcowy izolacji PUR o nazwie Baytherm 41HK01".

Tym samym z przedmiotowego środka dowodowego złożonego przez Konsorcjum Pekum z 24.02.2023 r. wynika, że temperatura robocza pianki PUR o symbolu Baytherm 40HK01 (z której to pianki wykonana jest izolacja cieplna oferowanych przez wykonawcy rur o średnicy od DN 250 do DN 350) wynosi 130$^{O}$C, zatem nie spełnia wymogu z pkt 8d załącznika nr 1 do projektu technicznego. Powyższe oznacza, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna

z warunkami zamówienia i winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp.

Zarzut nr 2 - naruszenie art. 107 ust 2 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do

uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych wymaganych w pkt 6.1 lit b SWZ.

Zgodnie z pkt 18.3 Działu XVIII SWZ, kryterium K3 to: „Bariera antydyfuzyjna", natomiast kryterium K4: to „Rury produkowane metodą ciągłą lub półciągłą", a wykonawcy, aby uzyskać punkty w ramach ww. kryteriów musieli zaoferować:

- wykonanie przedmiotu zamówienia przy użyciu rur preizolowanych posiadających warstwę antydyfuzyjną w pełnym zakresie średnic objętych dostawą,

- wykonanie przedmiotu zamówienia przy użyciu rur preizolowanych produkowanych metodą ciągłą lub półciągłą.

W treści oferty Konsorcjum Pekum wskazało, że dostarczone rury preizolowane posiadać będą barierę antydyfuzyjną w pełnym zakresie średnic oraz, że wykona przedmiot zamówienia przy użyciu rur preizolowanych produkowanych metodą ciągłą lub półciągłą, za co otrzymał 10,00 pkt (5,00 pkt za barierę oraz 5,00 pkt za metodę). Ponadto zgodnie z

wymogiem z pkt 6.1 lit b) Działu VI SWZ (Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych) celem potwierdzenia zgodności oferowanych urządzeń z wymaganiami określonymi w STWiOR – Opis przedmiotu zamówienia, wraz z ofertą należało złożyć: „Sprawozdanie z badania współczynnika przewodzenia przed starzeniem przeprowadzonego przez akredytowane laboratorium badawcze na rurze badanej, zgodnie z normami PN-EN ISO 8497 oraz PN-EN 253. Wartość współczynnika przewodzenia ciepła λ50, W/mK ma być podana razem z wynikami badań gęstości, wielkością komórek i składem gazu w komórkach oraz wytrzymałości na ściskanie pianki PUR, w odniesieniu do zastosowanego systemu surowcowego".

Konsorcjum Pekum, jako przedmiotowy środek dowodowy w zakresie wymogu z pkt 6.1 lit b) Działu VI SWZ, złożyło:

- dla rur o średnicy do DN 200, produkowanych z zastosowaniem pianki PUR o nazwie BASF H2130/10 – badanie nr V384/21.1 tj. badanie dla rur produkowanych metodą ciągłą (conti), z barierą antydyfuzyjną, a więc zgodnie z deklaracją wykonawcy w zakresie kryterium oceny ofert,

- dla rur o średnicy od DN 250 do DN 350, produkowanych z zastosowaniem pianki PUR Baytherm 41HK01, badanie nr V275/21 tj. badanie dla rur produkowanych metodą Spiralconti, ale bez bariery dyfuzyjnej, a więc badanie niezgodne z deklaracją wykonawcy w zakresie kryterium K3.

Z uwagi na powyższe należy przyjąć, że Konsorcjum Pekum nie złożyło przedmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w pkt 6.1 lit b) Działu VI SWZ dla rur o średnicy od DN 250 do DN 350, bowiem badanie nr V275/21, nie dotyczy rur z barierą dyfuzyzją, które to rury zaoferował wykonawca i za które otrzymał dodatkowe punkty w ramach kryterium pozacenowego. Jakiekolwiek próby wykazywania, że dla badania współczynnika przewodzenia ciepła przed starzeniem, nieistotne jest czy rura jest z barierą dyfuzyjną czy bez bariery, pozostają bez znaczenia względem wymogu zamawiającego, który żądał przedstawienia badania dla oferowanych rur (w tym przypadku dla rur z barierą), a nie innych dowolnych rur. Uzyskanie badania współczynnika przewodzenia przed starzeniem przeprowadzonego przez akredytowane laboratorium badawcze zgodnie z normami PN-EN ISO 8497 oraz PN-EN 253, dla rur o średnicy od DN

250 do DN 350, posiadających warstwę antydyfuzyjną oraz produkowanych metodą ciągłą lub półciągłą, było możliwe co potwierdzają m. in. badania wykonane na rzecz: ZPUM Międzyrzecz, Isoplus, Radpol (ww. firmy posiadają oddzielne badania dla rur z barierą dyfuzyjną oraz bez bariery).

Dowód nr 3: badania dla rur z barierą dyfuzyjną oraz bez bariery.

Zgodnie z pkt. 6.5. Działu VI SWZ: „Jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający

wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie." Zamawiający nie wezwał Konsorcjum Pekum do złożenia przedmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w pkt 6.1 lit b) Działu VI SWZ dla oferowanych rur o średnicy od DN 250 do DN 350, z barierą dyfuzyjną oraz produkowanych metodą ciągłą lub półciągłą, czym naruszył art. 107 ust 2 Pzp.

Zarzut nr 3 (ewentualny) - naruszenie art. 128 ust 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia:

a. zobowiązania podmiotu udostępniającego swoje zasoby wykonawcy,

b. nowego oświadczenia z art. 117 ust 4 Pzp,

c. informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla Pana (…) tj. podmiotu udostępniającego swoje zasoby,

d. dowodów do pozycji nr 2 i 3 wykazu robót budowlanych,

e. nowego wykazu robót budowalnych w sytuacji, w której treść złożonego wykazu robót jest sprzeczna z § 9 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

Zgodnie z art. 128 ust 1 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".

W przedmiotowym postępowaniu oferta Konsorcjum Pekum, winna podlegać odrzuceniu, zgodnie z uzasadnieniem zarzutu nr 1, niemniej jednak w przypadku uznania przez Izbę, że ww. zarzut podlega oddaleniu, zamawiający winien wezwać wykonawcę na podstawie art. 128 ust 1 Pzp do uzupełnienia poniższych oświadczeń i dokumentów:

Ad) Zobowiązania podmiotu udostepniającego swoje zasoby wykonawcy.

Zgodnie z pkt 9.1.5.3 oraz 9.1.5.4 Działu IX SWZ:

„9 .1.5.3. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy PZP, składa wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia (wg Załącznika nr 12 do SWZ) lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

9. 1.5.4. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w pkt 9.1.5.3., potwierdza, że stosunek łączący Wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

a) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;

b) sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;

c) 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".

Ponadto zgodnie z art. 118 ust 2 Pzp oraz zgodnie z pkt 9.1.5.2 Działu IX SWZ: „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".

Konsorcjum Pekum, złożyło wraz o ofertą Zobowiązanie innego podmiotu tj. Hydraulika Andrzejkowicz Adam Andrzejkowicz, ul. Gen. Wł. Sikorskiego 34B, 19-300 Ełk, w którym wskazano:

„(…) udostępniamy Wykonawcy: ILYS Sp. z o.o., ul. Sokołowska 27, 05-806 Sokołów (nazwa i adres Wykonawcy,

któremu udostępniane są zasoby)

nasze zasoby w następującym zakresie:

1) Zakres zasobów podmiotu udostępniającego swoje zasoby dostępnych dla Wykonawcy: Zdolność techniczna lub zawodowa w postaci listów referencyjnych:

1. Budowa sieci cieplnej preizolowanej w roku 2019 w średnicach Dn 2x139/450 o długości L=976,0 mb, Dn150/250 o długości L=75,0mb.

Dla Spółdzielnia Mieszkaniowa w Olecku, ul. Zyndrama 4, 19-400 Olecko

2) Budowa sieci cieplnej w latach 2020-2021 w średnicach:

Dn40/110 – Dn250/400 o łącznej długości L=2 050,70 mb

W tym Dn100/200 – Dn250/400 o długości L=1 722,09 mb.

Dla PEC w Olecku Sp. z o.o, ul. Kolejowa 31/25, 19-400 Olecko.

(należy wskazać co zostanie udostępnione Wykonawcy przez podmiot udostępniający zasoby)

3) Sposób i okres udostępnienia Wykonawcy oraz wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego swoje zasoby przy wykonywaniu zamówienia:

1. Wiedza i doświadczenie oraz wsparcie techniczne.

2. Umowa cywilno - prawna

(należy wpisać okres udziału podmiotu udostępniającego swój potencjał w wykonywaniu zamówienia oraz sposób udostępnienia zasobów np. umowa o podwykonawstwo, umowa o współpracy, itp.)

4) Czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający swoje zasoby, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia, zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą (zaznaczyć właściwe):

O NIE

X TAK, zrealizuje usługi w następującym zakresie:

Część robót montażowych.

Nadzór nad pracami, wsparcie techniczne i merytoryczne

(należy określić jaką część prac lub czynności będzie wykonywał inny podmiot".

Zdaniem odwołującego treść złożonego wraz z ofertą zobowiązania nie potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów w zakresie wynikającym z warunku udziału w postępowaniu. W przypadku robót budowlanych, podmiot udostępniający zasoby dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, musi faktycznie wykonać roboty budowlane do realizacji, których te zdolności są wymagane, w charakterze podwykonawcy (powyższe nie wynika

z zobowiązania - wskazano wyłącznie umowa cywilno – prawna). Ponadto w przypadku robót budowlanych nie jest możliwe udostępnienie zasobów dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w postaci listów referencyjnych, wsparcia technicznego lub merytorycznego. Również nadzór na pracami nie jest wystarczającym sposobem udostępnienia zasobu - konieczne jest wykonanie roboty budowalnej do realizacji których te zdolności są wymagane. Jednoczenie w ramach warunku udziału zamawiający wymagał wykonie robót o długości 0,9 km o średnicy co najmniej Dn 100 mm, a nie wyłącznie robót montażowych, o których mowa w zobowiązaniu. Złożone przez Konsorcjum Pekum zobowiązanie nie spełnia ww. wymogów SWZ oraz ustawy Pzp (art. 118 Pzp), a tym samym nie powinno być zaakceptowane przez zamawiającego. Zamawiający winien wezwać wykonawcę, do złożenia nowego zobowiązania potwierdzającego, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, a zaniechanie tego wezwania oznacza, że zamawiający naruszył art. 128 ust 1 Pzp.

Ad) Oświadczenia z art. 117 ust 4 Pzp

Zgodnie z art. 117 ust 4 Pzp: „W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3 wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy".

Konsorcjum Pekum, wraz z ofertą złożyło oświadczenie, w którym wskazało, co następuje:

„1) Oświadczam (amy), że następujące roboty w przedmiotowym postępowaniu wykonają poszczególni Wykonawca(y):

| Nazwa Wykonawcy | Zakres robót, które będą realizowane przez tego Wykonawcę |
|---|---|
| Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych Pekum Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum | Roboty ziemne, montażowe, dostawy materiałów preizolowanych oraz pozostałych niezbędnych do realizacji, odtworzenie nawierzchni |
| ILYS SP. z o.o. – Partner Konsorcjum | Roboty ziemne, montażowe, dostawy materiałów Preizolowanych |

przy czym Partner konsorcjum (ILYS sp. z o.o.), na dalszym etapie postępowania (przedłożenie podmiotowych środków dowodowych na wezwanie z art. 126 ust 1 Pzp), nie wykazał, że posiada jakiekolwiek doświadczenie wymagane warunkiem udziału doświadczenia (wykonanie roboty o długości 0,9 km o średnicy co najmniej Dn 100 mm) -w tym zakresie wykonawca zamierzał polegać na zasobach innego podmiotu.

Jak wynika z komentarza do ustawy Pzp pod redakcją Huberta Nowaka oraz Mateusza Winiarza [Prawo Zamówień Publicznych Komentarz Urząd Zamówień Publicznych Warszawa 2021 r. str. 450-451] (…) „w przypadku polegania przez członków konsorcjum na uprawieniach, doświadczeniu, kwalifikacjach lub wykształceniu członka takiego konsorcjum łączenie zdolności członków konsorcjum nie może następować w sposób dowolny. Liczy się rola, jaką członek grupy odegra przy realizacji zamówienia. (…) Celem art. 117 ust. 4 Pzp jest umożliwienie weryfikacji, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów".

Tym samym z treści oświadczenia z art. 117 ust 4 Pzp, składanego przez Konsorcjum Pekum, powinno jednoznacznie wynikać, jaki zakres zamówienia wykona Partner konsorcjum ILYS sp. z o.o., z wyłączeniem zakresu dotyczącego warunku udziału.

Z uwagi na powyższe zaniechanie wezwania do złożenie nowego oświadczenia z art. 117 ust 4 Pzp, w sytuacji, w której treść oświadczenia, nie koresponduje z treścią wykazu robót budowlanych i sposobem wykazywania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, oznacza, że zamawiający naruszył art. 128 ust 1 Pzp.

Ad) Informacji z Krajowego Rejestru Karnego podmiotu udostępniającego swoje zasoby.

W odpowiedzi na wezwanie z art. 126 ust 1 Pzp, wykonawca złożył m.in. Informację z Krajowego Rejestru Karnego dla Pana (…) tj. podmiotu udostępniającego swoje zasoby, przy czym cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu zostało sporządzone w sposób niezgodny z treścią § 6 ust 3 pkt 1) rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r.,

w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (zwanego dalej rozporządzeniem w sprawie komunikacji elektronicznej). Informacja z KRK dla Pana (…) została wydana jako dokument w postaci papierowej, co oznacza, że winna być przekazana jako cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

Zgodnie z § 6 ust 3 pkt 1) rozporządzenia w sprawie komunikacji elektronicznej: „Poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, o którym mowa w ust. 2, dokonuje w przypadku podmiotowych środków dowodowych oraz dokumentów potwierdzających umocowanie do reprezentowania - odpowiednio wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, w zakresie podmiotowych środków dowodowych lub dokumentów potwierdzających umocowanie do reprezentowania, które każdego z nich dotyczą".

Wykonawca złożył cyfrowe odwzorowanie Informacji z KRK dla Pana (…), które zostało podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez lidera konsorcjum, a nie przez podmiot udostępniający swoje zasoby. Zaniechanie wezwania do złożenie nowej Informacji z KRK dla Pana (…) tj. podmiotu udostępniającego swoje zasoby, w sytuacji, w której cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu zostało sporządzone w sposób niezgodny z treścią § 6 ust 3 pkt 1) rozporządzenia w sprawie komunikacji elektronicznej, oznacza, że zamawiający naruszył art. 128 ust 1 Pzp.

Ad) Dowodów do pozycji nr 2 i 3 wykazu robót budowlanych.

W odpowiedzi na wezwanie z art. 126 ust. 1 Pzp, wykonawca złożył m.in. dowody do pozycji nr 2 i 3 (odpowiednio Referencje Przedsiębiorstwa Energetyki Cieplnej w Olecku oraz Referencje Spółdzielni Mieszkaniowej w Olecku, z dnia 02.12.2019 r.) wykazu robót budowlanych, przy czym cyfrowe odwzorowanie tych dokumentów zostało sporządzone w sposób niezgodny z treścią § 6 ust 3 pkt 1) rozporządzenia w sprawie komunikacji elektronicznej. Dowody do pozycji nr 2 i 3 wykazu robót budowlanych zostały wydane jako dokumenty w postaci papierowej, co oznacza, że winny być przekazane jako cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

Zgodnie z § 6 ust 3 pkt 1) rozporządzenia w sprawie komunikacji elektronicznej: „Poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, o którym mowa w ust. 2, dokonuje w przypadku podmiotowych środków dowodowych oraz dokumentów potwierdzających umocowanie do reprezentowania - odpowiednio wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający

zasoby lub podwykonawca, w zakresie podmiotowych środków dowodowych lub dokumentów potwierdzających umocowanie do reprezentowania, które każdego z nich dotyczą".

Wykonawca złożył cyfrowe odwzorowanie dowodów do pozycji nr 2 i 3 wykazu robót budowlanych, które zostały podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez lidera konsorcjum, a nie przez podmiot udostępniający swoje zasoby. Zaniechanie wezwania do złożenie nowych dowodów do pozycji nr 2 i 3 wykazu robót budowlanych, w sytuacji w której cyfrowe odwzorowanie tych dokumentów zostało sporządzone w sposób niezgodny z treścią § 6 ust 3 pkt 1) rozporządzenia w sprawie komunikacji elektronicznej, oznacza, że zamawiający naruszył art. 128 ust 1 Pzp.

Ad) nowego wykazu robót budowalnych (w zakresie pozycji nr 1).

W odpowiedzi na wezwanie z art. 126 ust 1 Pzp, wykonawca złożył m.in. wykaz robót wraz z dowodami. W pozycji nr 1 wykazu robót, wskazano robotę, której przedmiotem była: „Przebudowa sieci cieplnych w rejonie ul. Wojska Polskiego w Olsztynie – etap I", przy czym wymaga podkreślenia, że z treści wykazu robót w żadnym razie nie wynika, że wskazany tam zakres robót budowlanych wykonał wykonawca Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych „PEKUM" sp. z o.o. Jako dowód potwierdzający należyte wykonanie robót opisanych w wykazie wykonawca załączył Poświadczenie z dnia 28.11.2018 r. znak: MPEC/PT-DBT_TI/28/416/2018. W treści ww. Poświadczenia wskazano, że: „Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych „PEKUM" Sp. z o.o. w Olsztynie, ul. Lubelska 37 - LIDER KONSORCJUM była Wykonawcą zadania (…)". W dalszej części Poświadczenia wskazano szczegółowy zakres robót, przy czym z żadnego fragmentu dokumentu, nie wynika, że opisany zakres wykonał Lider tj. Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych „PEKUM". Fakt, że wykonawca bierze czynny udział w wykonaniu zamówienia realizowanego w ramach konsorcjum, nie oznacza, że automatycznie nabywa on doświadczenie także w zakresie części realizowanych przez innych konsorcjantów. Wykonawca może posłużyć się nabytym doświadczeniem wyłącznie w takim zakresie, jaki faktycznie i realnie wykonywał daną część zamówienia (doświadczenie wykonawcy uzyskane przy realizacji zamówienia realizowanego w ramach konsorcjum należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego). Ponadto jak wynika z § 9 ust 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy: „Jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz (…) dotyczy robót budowlanych, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio

uczestniczył". Wykonawca złożył więc dokument (wykaz robót) niezgodny z wymogiem wynikającym z § 9 ust 3 pkt 1 ww. rozporządzenia (nie wskazał w treści wykazu jaki zakres zamówienia wykonał w ramach ówczesnego konsorcjum). Tym samym, zaniechując wezwania wykonawcy do złożenia nowego Wykazu robót w zakresie pozycji nr 1, zamawiający naruszył art. 128 ust 1 Pzp.

Biorąc po uwagę powyższe okoliczności oferta Konsorcjum Pekum powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp jako oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, a ewentualnie wykonawca powinien zostać wezwany na podstawie art. 128 ust 1 Pzp do uzupełnienia opisanych powyżej podmiotowych środków dowodowych.

Dokonując wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej zamawiający dopuścił się zatem naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miały wpływ na wynik postępowania, wpływają na możliwość poniesienia szkody przez odwołującego i uzyskania przez niego zamówienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, co następuje.

Zarzut 1A - promień gięcia łuku.

Zamawiający wskazał, że wzór wykazu materiałów składanego wraz z ofertą nie został z góry określony. W rezultacie wykonawcy co do poszczególnych kategorii materiałów podawali informacje z różną szczegółowością, co jest jak najbardziej dopuszczalne w ocenie zamawiającego (tak długo, jak długo podane są podstawowe dane), ponieważ wykaz ma znaczenie pomocnicze. Jego podstawową funkcją jest umożliwienie weryfikacji kompletności i adekwatności pozostałych przedmiotowych środków dowodowych w postaci:

- deklaracji dot. sytemu surowcowego (pkt 6.1 lit. a SWZ),
- sprawozdań z badań współczynnika przewodzenia ciepła dla rur (pkt 6.1 lit. b SWZ) oraz
- sprawozdań z badań typu dla złączy mufowych (pkt 6.1 lit. c SWZ).

Dzięki wykazowi materiałów zamawiający ustala przede wszystkim, czy szczegółowe przedmiotowe środki dowodowe z pkt 6.1 lit. a) - c) SWZ zostały złożone dla wszystkich materiałów, które będą potrzebne do wykonania zamówienia. Jeśli np. w wykazie wskazane zostałyby rury preizolowane produkowane przez dwóch różnych producentów, a złożona zostałaby tylko jedna deklaracja producenta dot. stosowanego systemu surowcowego, to zamawiający wiedziałby, że przedmiotowe środki dowodowe w tym zakresie są niekompletne i wymagają uzupełnienia. Z uwagi na fakt, że ani jeden z wymaganych przedmiotowych środków dowodowych nie dotyczy w żaden sposób kwestii promienia zgięcia kolan, nie ma znaczenia stopień szczegółowości opisu kolan w wykazie. Najlepszym tego przykładem dla

zilustrowania tego stanowiska zamawiającego może być wykaz złożony przez samego odwołującego. Odwołujący dla znacznej części kolan wymienionych w swoim wykazie nie podał w ogóle parametru kąta gięcia (zob. pozycje 6-10 i 12-14 wykazu odwołującego), a tylko w jednej pozycji (pozycja 11, dla kolan 90 st.) wskazał wartość promienia gięcia (taką

samą zresztą, jaką dla analogicznej pozycji znajdujemy u przystępującego). Zamawiający nie traktował niewskazania promienia gięcia przez odwołującego jako błędu czy braku, kierując się przedstawionym wyżej rozumowaniem (dowód: Zestawienie materiałów preizolowanych przystępujących, str. 1).

Na etapie badania przedmiotowych środków dowodowych zamawiający weryfikuje, czy środki te potwierdzają spełnienie określonych przez zamawiającego wymagań lub kryteriów. Zamawiający teoretycznie mógłby przewidzieć przedmiotowy środek dowodowy odnoszący się w jakiś sposób do promienia gięcia kolan, ale w takim przypadku zgodnie z art. 106 ust. 1 zd. 2 p.z.p. taki środek musiałby zostać wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Od żadnego z wykonawców zamawiający nie może wymagać przedkładania przedmiotowych środków dowodowych nieprzewidzianych zgodnie z SWZ.

Oczywiście na etapie oceny ofert zamawiający bada, czy dana oferta jest zgodna z wymaganiami SWZ. W zakresie, w jakim nie wymagał potwierdzenia wynikającego ze szczególnych przedmiotowych środków dowodowych (zob. przywołane wyżej sprawozdania z badań laboratoryjnych) z konieczności opiera się przy tym na treści samego oświadczenia woli wykonawcy, jakim jest oferta. Przystępujący w treści swojej oferty oświadczył: „(...) składamy ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia i zobowiązujemy się wykonać przedmiot zamówienia za wynagrodzenie ryczałtowe wskazane poniżej...". Z kolei zgodnie z pkt. 4.3 SWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa: (...) Zał.nr 4 - Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót" (dowód: Formularz z ofertą wykonawcy).

Przytoczony fragment oferty nie jest niezobowiązującą deklaracją. Wraz z pozostałą częścią oferty stanowi on nieodwołalne oświadczenie woli wykonawcy, które w razie wyboru jego oferty kreuje po jego stronie obowiązek zawarcia umowy zgodnej z wzorem przewidzianym w SWZ (i odwołującej się bezpośrednio do STWiOR). Zamawiający będzie miał możliwość egzekwowania wykonania zamówienia w sposób zgodny z postanowieniami STWiOR, w tym z wszelkimi wymaganiami dotyczącymi wymagań wobec stosowanych materiałów, zgodnie z § 7 ust. 2 i 3 projektu umowy.

Powyższe postanowienia obwarowane zostały sankcjami. Zgodnie z § 7 ust. 4 projektu umowy wykazanie niezgodności materiałów z wymaganiami STWiOR skutkuje między innymi naliczeniem określonych w innym punkcie kar umownych, odrzuceniem partii wyrobów, rozebraniem robót i wykonaniem ich ponownie na koszt Wykonawcy. Na podstawie § 7 ust. 5 projektu umowy materiały i urządzenia nieodpowiadające wymaganiom

zostaną przez wykonawcę i na jego koszt wywiezione z terenu budowy na miejsce legalnego składowania.

Zamawiający stoi na stanowisku, że wszelkie wymagania SWZ, w tym techniczne wymagania STWiOR niewzruszalnie wiążą przystępujących. W przypadku zawarcia z wykonawcą umowy w sprawie zamówienia publicznego zamawiający będzie wymagał stosowania materiałów zgodnych z tymi wymaganiami.

Odnosząc się do przypuszczeń odwołującego, że przystępujący mogli nieprawidłowo skalkulować cenę swojej oferty przyjmując wykorzystanie tańszych kolan o promieniu gięcia 1,5D, zamawiający wskazuje przede wszystkim, że ryzyko błędów kalkulacji ceny ofertowej obciąża wykonawców. Nie można jednak pominąć faktu, że hipotetyczne zaniżenie ceny materiałów, na które powołuje się odwołujący dotyczyć mogłoby zaledwie czterech sztuk relatywnie tanich elementów. Mowa tu bowiem tylko o pozycjach 12 (2 sztuki kolan 10 st.) i 14 (2 sztuki kolan 45 st.) wykazu materiałów przystępującego (dowód: Wykaz materiałów preizolowanych wykonawcy). Hipotetyczna różnica w cenie nie jest trudna do określenia. Zamawiający zwrócił się bezpośrednio do producenta kolan z zapytaniem ofertowym i otrzymał od niego ofertę, w której obydwie pary kolan uwzględnione są w wersji 1,5D i 2,5D. Koszt kolan 2,5D to odpowiednio 5 064,33 zł (45 st.) i 5 383,66 zł (10 st.), natomiast kolan 1,5D to 2902,34 zł (45 st.) i 3773,04 zł (10 st.) (dowód: Oferta LOGSTOR z dnia 04.04.2023 r.). Uwzględniając wszystkie cztery sztuki kolan całkowita cena w wariancie 2,5D to 20 895,98 zł netto, zaś w wariancie 1,5D to 13 350,76 zł netto, co daje całkowitą różnicę w cenie w wysokości zaledwie 7 545,22 zł netto, czyli mniej niż 0,3% ceny netto przystępującego dla Zadania 3, wynoszącej 2 686 104 złotych. Dla porównania wzrost ceny wykonawcy, jaki musiałby nastąpić, by oferta odwołującego zrównała się w łącznej punktacji z ofertą przystępującego to około 439 628 zł.

Powyższe nie zmienia stanowiska zamawiającego co do skuteczności zobowiązania przystępującego do pełnej realizacji wymagań STWiOR, wskazuje jednak dobitnie realną wagę rozważanej kwestii w kontekście przedmiotu zamówienia.

Zarzut 1B - trwałość pianki izolacyjnej.

Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający wymagał przedstawienia określonych w SWZ przedmiotowych środków dowodowych. Jednym z nich, zgodnie z pkt 6.1. lit. a) Działu VI SWZ, była „Deklaracja określająca system surowcowy zastosowany do produkcji pianki PUR (system surowcowy powinien zgodny z systemem wpisanym do Krajowej oceny technicznej)". W związku z tym wymogiem wykonawca w dniu 24 lutego 2023 r. złożył przedmiotowy środek dowodowy - „Oświadczenie LOGSTOR dotyczące izolacji PUR". W treści tego dokumentu zostało wskazane, że „na dzień składania ofert, to jest 12.12.2022

oraz obecnie do produkcji rur preizolowanych o średnicach od 273.0/400 mm i większych, a w tym wymaganych rur 355.6/500 mm jest stosowany system surowcowy izolacji PUR o nazwie Baytherm 41HK01". Oświadczenie to w pełni czyniło zadość wymaganiom wskazanym w SWZ, było również zgodne ze wskazaniami Izby (wyrok KIO z 17.02.2023 r., KIO 242/23). Jednocześnie zamawiający nie wymagał przedłożenia dalszych dokumentów dotyczących systemu stosowanego do produkcji pianki izolacyjnej, a w szczególności szczegółowego badania jego właściwości (czego wymagał np. w przypadku innych stosowanych materiałów, zgodnie z pkt 6.1 lit. b) i c) działu VI SWZ). Przedłożenie

przez wykonawcę Krajowej Oceny Technicznej ITB-KOT-2017/0187 stanowiło własną inicjatywę wykonawcy, której zamawiający w żadnym wypadku nie wymagał od potencjalnych wykonawców w badanym postępowaniu. Wymóg taki był formułowany w poprzednich postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego, jednak fakt ten pozostaje bez znaczenia wobec faktu pominięcia analogicznego wymogu w dokumentacji dotyczącej niniejszego postępowania. Jako przykład można wskazać pkt 3.9 ppkt 2 STWiOR dla podobnego postępowania (którego przedmiotem była przebudowa sieci cieplnej, znak: MPEC/PE-EZ/192/20), w którym wprost zostało wskazane, że wraz z ofertą potencjalni wykonawcy byli obowiązani do złożenia krajowej oceny technicznej dla oferowanego systemu preizolowanego. Analogicznego wymogu brak w STWiOR dla badanego postępowania (dowód: STWiOR dla postępowania znak: MPEC/PE-EZ/192/20).

Wobec powyższego Krajowa Ocena Techniczna nie była analizowana przez zamawiającego, jak również nie mogła mieć żadnego wpływu na wynik postępowania. Należy bowiem wskazać, iż zamawiający nie może domagać się od uczestników postępowania przedstawiania dodatkowych przedmiotowych środków dowodowych ponad te, które zostały wyraźnie wymienione w dokumentacji postępowania (SWZ). Zgodnie bowiem z art. 107 ust. 1 p.z.p. wykonawca składa wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe wtedy, gdy zamawiający tego zażąda. Zamawiający nie może po terminie składania ofert stawiać wykonawcom wymagań, które nie wynikają z przygotowanych dokumentów zamówienia, zaś wykonawcy nie mogą domyślać się nieujawnionych oczekiwań zamawiającego (wyrok KIO z 3.09.2021 r., sygn. akt KIO 2070/21). Z treści SWZ wynika zamknięty katalog przedmiotowych środków dowodowych, jakie potencjalni wykonawcy musieli przedłożyć i w analizowanym postępowaniu nie zaliczała się do nich Krajowa Ocena Techniczna. Z uwagi na to nie było podstaw do tego, aby na etapie oceny ofert i wyboru wykonawcy zamawiający dokonywał jej analizy.

Należy również zauważyć, że czym innym jest obowiązek przedstawienia wskazanych w SWZ przedmiotowych środków dowodowych, a czym innym wymaganie, aby przedmiot zamówienia został wykonany zgodnie z umową oraz dokumentacją techniczną. Kwestią

niepodważaną przez strony jest fakt, że w pkt 8 lit. d) załącznika nr 1 do projektu technicznego wskazane zostało: „Trwałość sztywnej pianki izolacyjnej musi wynosić minimum 30 lat dla ciągłej temperatury minimum +140$^0$C. Musi być to potwierdzone w aprobacie technicznej. Do projektu budowlanego należy załączyć wyniki badań żywotności systemu poliuretanowego wykonane zgodnie z normą PN-EN253 przez niezależną instytucję badawczą". Jednakże postanowienie to w żaden sposób nie odnosi się do badania ofert na etapie wyboru wykonawcy. Gdyby było inaczej, zostałoby to wyraźnie wskazane w SWZ. Nie zmienia to faktu, że na wybranym wykonawcy ciąży obowiązek realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją techniczną. Jednakże oczywistym jest, że sposób tej realizacji nie może być oceniany na etapie wyboru wykonawcy. Dopiero na etapie wykonywania umowy zamawiający będzie oceniał czy zostało to dokonane zgodnie z wymaganiami. W przypadku uchybieniu im przez wykonawcę zamawiającemu będą służyły odrębne środki w celu doprowadzenia przedmiotu umowy do pożądanego stanu, w szczególności wynikające z samej umowy (np. możliwość naliczenia kar umownych). Przedstawiona przez wykonawcę Krajowa Ocena Techniczna nie była analizowana na etapie wyboru wykonawcy. Nie mogła również stanowić podstawy odrzucenia oferty przystępującego, wbrew twierdzeniom odwołującego. Obecnie zamawiający nie wskazuje w toczących się, podobnych postępowaniach wymogu wskazanego w pkt 8 lit. d) załącznika nr 1 do projektu technicznej, tj. min. 30 lat trwałości sztywnej pianki izolacyjnej dla ciągłej temperatury minimum +140$^0$C.

W odniesieniu do zarzutu nr 2, zamawiający wskazał, iż w odwołaniu zarzuca się zamawiającemu naruszenie art. 107 ust. 2 p.z.p., zgodnie z którym „Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia". Naruszenie tego przepisu miało polegać na zaniechaniu przez zamawiającego wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych określonych w pkt 6.1. lit. b SWZ.

Z pkt 6.1 lit. b SWZ wynika, że:

> „6.1. Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych -na potwierdzenie zgodności oferowanych urządzeń z wymaganiami określonymi w STWIOR - Opis przedmiotu zamówienia tj.: (...)
>
> b) Sprawozdanie z badania współczynnika przewodzenia przed starzeniem przeprowadzonego przez akredytowane laboratorium badawcze na rurze badanej, zgodnie z normami PN-EN ISO 8497 oraz PN-EN 253. Wartość współczynnika przewodzenia ciepła k50, W/mK ma być podana razem z wynikami badań gęstości, wielkością komórek i składem gazu w komórkach oraz wytrzymałości na ściskanie pianki PUR, w odniesieniu do zastosowanego systemu surowcowego".

Odwołujący wskazuje, że wykonawca jako przedmiotowy środek dowody dla rur o średnicy od DN 250 do DN 350, produkowanych z zastosowaniem pianki PUR Baytherm 41HK01, przedłożył przeprowadzone przez IMA Dresden badanie nr V275/21 (dalej: „Badanie nr V275/21"). Według odwołującego badanie nr V275/21 dotyczyło rur produkowanych metodą Spiralconti, jednak bez bariery dyfuzyjnej. Zdaniem odwołującego miałoby to skutkować uznaniem, że wykonawca nie złożył odpowiedniego środka dowodowego. Zamawiający nie zgadza się z argumentacją zastosowaną przez odwołującego i uważa, że nie zaistniały przesłanki wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 2 p.z.p.

Zdaniem zamawiającego, określony w pkt 6.1 lit. b) SWZ przedmiotowy środek dowodowy miał prezentować informacje „(...) w odniesieniu do zastosowanego systemu surowcowego", tj. do pianki PUR Baytherm 41HK01. Badanie nr V275/21 odnosi się właśnie do rur o wskazanym systemie surowcowym, na co zresztą wskazuje się na str. 8 odwołania -„Wykonawca Konsorcjum Pekum jako przedmiotowy środek dowodowy w zakresie pkt 6.1 lit. b) Działu VI SWZ, złożył (...) dla rur o średnicy od DN 250 do DN 350, produkowanych z zastosowaniem pianki PUR Baytherm 41HK01, badanie

nr V275/21 (…)" (dowód: Protokół z badań nr V275/21 przeprowadzonych przez IMA Dresden).

Jak już wskazano wcześniej, zdaniem odwołującego Badanie nr V275/21 nie odnosi się do rur wyposażonych w barierę dyfuzyjną. Odmienne informacje wynikają jednak z treści oświadczenia LOGSTOR International Sp. z o.o. dotyczących systemu surowcowego izolacji PUR z dnia 24.02.2023 r. W oświadczeniu stwierdza się, że system PUR Baytherm 41HK01 znajduje zastosowanie również w przypadku rur o średnicy DN 250 do DN 350. To właśnie dla tych rur przeprowadzone zostało Badanie nr V275/21. Co istotniejsze, w oświadczeniu LOGSTOR International Sp. z o.o. znajduje się następujące stwierdzenie:

„LOGSTOR International Sp. z o.o. pragnie również dodać, że na dzień składania ofert oraz obecnie rury preizolowane były i są produkowane z zastosowaniem metody produkcji Spiro konti i posiadają aluminiową barierę dyfuzyjną" (dowód: Pismo LOGSTOR International Sp.

z o.o. z dnia 24.02.2023 r.).

Informacje zawarte w oświadczeniu pozwalały zamawiającemu na stwierdzenie, że rury o średnicy DN 250 do DN 350, dla których przeprowadzono Badanie nr V275/21, wyposażone zostały w aluminiową barierę dyfuzyjną. Uzyskane informacje zamawiający uznał za wyczerpujące i pozwalające na stwierdzenie, że rury o średnicy DN 250 do DN 350 będą spełniały wymagania określone w SWZ. W tym miejscu ponownie należy wskazać, że dopiero na etapie wykonywania umowy zamawiający będzie oceniał czy zostało to dokonane zgodnie z wymaganiami. W przypadku uchybieniu im przez wykonawcę zamawiającemu będą służyły odrębne środki w celu doprowadzenia przedmiotu umowy do pożądanego

stanu,

w szczególności wynikające z samej umowy (np. możliwość naliczenia kar umownych).

Niezależnie od powyższego zamawiającemu przekazano również informację, iż bariera dyfuzyjna nie ma wpływu na prowadzenie badań w zakresie starzenia. Wynika to z odpowiedzi Pani (…), kierownika Laboratorium Badawczego Veolia Warszawa, posiadającego odpowiednią akredytację oraz rekomendowanego przez Europejskie Stowarzyszenie Ciepłowników Euroheat & Power do wykonywania badań rur preizolowanych w procesie certyfikacji wyrobów. Zamawiający zwrócił się z prośbą o potwierdzenie, czy prawdą jest,

że w przypadku przeprowadzania badania na przewodność cieplną rur preizolowanych zgodnie z normą PN-EN 253 na wynik badania nie wpływa posiadanie przez rurę bariery antydyfuzyjnej. W tej kwestii otrzymano następującą odpowiedź: „Bariera dyfuzyjna nie ma wpływu na wynik badania współczynnika przewodzenia ciepła PRZED STARZENIEM" (dowód: Korespondencja e-mail z dnia 15.12.2022 r. z p. (…)).

Zważywszy na wskazaną powyżej argumentację, zamawiający stoi na stanowisku, że zarzut nr 2 nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 zamawiający wskazał, co następuje.

Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby.

Zagadnienie udostępniania zasobów zostało uregulowanie w art. 118 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu wymagania dotyczące udostępniania zasobów zostały zawarte w Rozdziale IX SWZ (pkt 9.1.5.3. SWZ).

W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, działający w ramach konsorcjum przystępujący skorzystali z przewidzianego uprawnienia zamieszczając w ofercie zobowiązanie podmiotu udostępniającego swoje zasoby. Wykonawca, zgodnie z wymogami zawartymi w SWZ, załączył zobowiązanie tego podmiotu, p. (…), udostępniającego swoje zasoby wykonawcy ILYS Sp. z o.o. Odpowiednie oświadczenie podmiotu udostepniającego zasoby zostało zawarte w załączniku nr 4 do oferty przystępującego, przygotowanym zgodnie z załącznikiem nr 12 do SWZ. Z oświadczenia wynika, że na podstawie zawartej z ILYS Sp.

z o.o. umowy cywilnoprawnej p. (…) udostępnia posiadane zasoby w postaci zdolności technicznej lub zawodowej. W ocenie zamawiającego z powyższego oświadczenia wynika, że podmiot ten będzie współpracował z Partnerem Konsorcjum na zasadzie podwykonawstwa. Potwierdzeniem wskazanej tezy jest oświadczenie zawarte w pkt 4, zgodnie z którym wykonawca zobowiązuje się do zrealizowania usług w zakresie określonych robót montażowych oraz do nadzoru nad pracami i udzielenia wsparcia technicznego

i merytorycznego. Zamawiający przyjął zatem, że w zakresie wskazanej umowy

cywilnoprawnej wykonawca zobowiązuje się do faktycznego wykonania robót budowlanych, określonych w zobowiązaniu jako „roboty montażowe". Pomimo braku legalnej definicji montażu, w orzecznictwie termin ten utożsamiany jest z robotami budowalnymi. W orzeczeniu Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie wskazano, że montaż jest „takim rodzajem robót budowlanych (art. 3 pkt 7 Prawa budowlanego z 1994 r.), który polega na wytworzeniu obiektu z gotowych, połączonych (montowanych) w jedną funkcjonalną całość elementów. Jest to więc wykonanie obiektu od podstaw, w sposób kompleksowy i bez powiązania z innym" (wyrok WSA w Krakowie z 15.01.2008 r., II SA/Kr 912/07).

Zamawiający nie ma zatem wątpliwości, że podwykonawca będzie w pewnym zakresie realizował roboty budowlane, konieczne do wykonania przedmiotowego zamówienia. W ocenie zamawiającego przedłożone w niniejszym

postępowaniu oświadczenie potwierdza zarówno gotowość podwykonawcy do realizacji robót budowlanych, jak i posiadanie faktycznego i rzeczywistego potencjału ILYS Sp. z o.o. W konsekwencji złożone oświadczenie w pełni odpowiada wymogom wynikającym z przepisów prawa i SWZ, co z kolei powoduje bezzasadność tezy o konieczności wezwania do uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 p.z.p.

Oświadczenie z art. 117 ust. 4 p.z.p.

Zarzut odwołującego w zakresie zaniechania wezwania wykonawcy do ponownego złożenia oświadczenia wskazanego w art. 117 ust. 4 p.z.p. również należy uznać za chybiony. Wykonawca przedłożył wraz z ofertą wymagane oświadczenie, w których został wskazany następujący podział robót (dowód: Załącznik nr 13 do oferty Wykonawcy). Z przedstawionego oświadczenia wynika, jaki zakres robót będzie realizowany przez każdego ze współkonsorcjantów. Ponadto, należy mieć na uwadze, że ILYS Sp. z o.o. skorzystał z możliwości podmiotu udostępniającego swoje zasoby, co zostało potwierdzone Załącznikiem nr 4 do oferty wykonawcy. Nie ulega zatem wątpliwości, że faktycznym wykonawcą we wskazanym w tym dokumencie zakresie będzie p. (…), który jako podmiot udostępniający zasoby zobowiązał się do realizacji określonych prac.

Możliwość dokonania weryfikacji nie została na gruncie niniejszego postępowania zaburzona, bowiem sam odwołujący dostrzega, który ze współkonsorcjantów oraz w jakim zakresie będzie wykonywał pracę. Należy zatem jednoznacznie stwierdzić, że wykonawca prawidłowo wypełnił załącznik nr 13 do SWZ. Zamawiający nie widzi zatem potrzeby uzupełniania wspomnianego dokumentu o zakres robót, który został powierzony podmiotowi udostępniającego zasoby. Załącznik nr 13 oraz Załącznik nr 12 do SWZ tworzą operatywną całość, która pozwala na dokładne określenie podziału zadań pomiędzy członków konsorcjum jak również pomiędzy nimi a podmiotem udostępniającym zasoby. Zachowanie prawidłowego ciągu logicznego, z łatwością pozwala na pomyślną weryfikację podziału zadań pomiędzy członków konsorcjum i ocenę wykorzystanych przez nich zasobów.

Informacja z Krajowego Rejestru Karnego.

Naruszenia art. 128 ust. 1 p.z.p. nie stanowi także zaniechanie wezwania do złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci nowej Informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej p. (…), działającego w roli podmiotu udostępniającego zasoby Partnerowi Konsorcjum. Zamawiający, zgodnie z orzeczeniem KIO wydanym w sprawach o sygn. akt: KIO 242/23, KIO 305/23, wezwał przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych w części trzeciej przedmiotowego postępowania. Wykonawca w dniu 9 marca 2023 r. złożył podmiotowe środki dowodowe w tym m.in. Informację z Krajowego Rejestru Karnego dla podmiotu udostępniającego swoje zasoby. Należy się zgodzić z odwołującym, że przedłożony przez wykonawcę dokument był niezgodny z postanowieniami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania wymagań technicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie. Zamawiający potwierdza również, że przedłożona w

postępowaniu informację z Krajowego Rejestru Karnego została wydana w postaci

dokumentu w formie papierowej, wymagane zatem było - zgodnie z § 6 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia w sprawie komunikacji elektronicznej - poświadczenie zgodności cyfrowego odwzorowania tego dokumentu. Takie poświadczenie powinno zostać podpisane przez podmiot udostępniający zasoby. Niezgodność zatem polegała na opatrzeniu dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę.

Pomimo stwierdzenia powyższej nieprawidłowości zamawiający nie zdecydował się na wezwanie wykonawcy do poprawienia dokumentu w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p., ponieważ analogiczny błąd podczas składania dokumentacji miał miejsce w części I i II niniejszego postępowania. W związku z tym, zamawiający w dniu 18 stycznia 2023 r. zwrócił się do wykonawcy z wezwaniem o następującej treści „Informacja z Krajowego Rejestru Karnego Pana (…) została poświadczona za zgodność kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Pana (…)". Zgodnie z punktem 15.6 SWZ „Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio Wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega Wykonawca, lub Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie dokumentów lub oświadczeń, które każdego z nich dotyczą. W związku z powyższym Zamawiający wzywa do złożenia informacji z KRK Pana (…) w formie określonej w SWZ - poprzez poświadczenia za zgodność przez podmiot, na którego sytuacji polega Wykonawca" (dowód: Wezwanie zamawiającego z dnia 18 stycznia 2023 r.).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca w dniu 23 stycznia 2023 r. przedłożył poprawnie poświadczony dokument. Z uwagi na fakt, iż prawidłowo podpisana Informacja z Krajowego Rejestru Karnego znajduje się już w dokumentach postępowania, to ponowne

wezwanie wykonawcy byłoby jedynie nadmiernym formalizmem. Ponadto, należy nadmienić, że poprawnie poświadczona Informacja z Krajowego Rejestru Karnego, złożona w postępowaniu prowadzonym do części I i II pozostaje ważna, datowana na dzień 2 grudnia 2022 r. Zgodnie z pkt 10.7. SWZ „Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, tj. w zakresie podstaw wykluczenia:

> 10.7.1. informacji z Krajowego Rejestru Karnego (...) sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem".

Zatem przedłożony przez podmiot udostępniający zasoby dokument, datowany na dzień 2 grudnia 2022 r., zachował swoją ważność również w III części postępowania. Zamawiający, będąc w posiadaniu wymaganego dokumentu, za bezzasadne uznał zatem ponowne wzywanie wykonawcy do przedstawienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego

(dowód: Prawidłowo poświadczona Informacja z Krajowego Rejestru Karnego Pana (…)).

Zasadność działania zamawiającego zdaje się potwierdzać treść art. 127 p.z.p., który określa negatywne przesłanki wzywania wykonawcy do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych. Zgodnie z ust. 2 przywołanego przepisu, wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które znajdują się w posiadaniu zamawiającego. U podstaw tego przepisu leży dążenie ustawodawcy do „odbiurokratyzowania" zamówień publicznych. Do wskazanej tezy również przychylają się przedstawiciele doktryny, którzy wskazują m.in., że „należy przewidzieć, by instytucje zamawiające nie zwracały się o wciąż aktualne dokumenty, które posiadają już w związku z wcześniejszymi postępowaniami o udzielenie zamówienia" (M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2022, wyd. 4, art. 127). Wobec powyższego zarzut odwołującego należy uznać za nietrafiony.

Wykaz robót budowlanych - pozycja nr 2 i 3 – referencje.

Tożsamy wniosek nasuwa się w stosunku do zarzutu odwołującego w sprawie dokumentów załączonych do wykazu robót budowlanych. Odwołujący ponownie powołuje się na niezgodność przedłożonych dowodów z postanowieniami rozporządzenia w sprawie komunikacji elektronicznej. Zamawiający wskazuje, że przedłożone przez podmiot udostępniający zasoby dokumenty nie zostały złożone zgodnie z wymogami rozporządzenia w sprawie komunikacji elektronicznej, ale podobnie jak w przypadku wskazanym wcześniej, wskazany błąd pojawił się również w tym samym postępowaniu prowadzonym dla części I I II. Zamawiający wezwał wykonawcę w dniu 11 stycznia 2023 r. do poprawienia stosownych środków podmiotowych dla tych części postępowania. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca przedłożył w dniu 23 stycznia 2023 r. prawidłowo podpisane referencje,

uzupełniając tym samym wskazane braki (dowód: Wezwanie zamawiającego z dnia 11.01.2023 r.).

Zamawiający ma świadomość, że analogiczny błąd został popełniony przez wybranego wykonawcę także w części III przedmiotowego postępowania, jednak z uwagi na fakt, iż te same dokumenty podlegały już poprawie na etapie oceny podmiotowych środków dowodowych w pozostałych częściach zamówienia, zamawiający odstąpił od ponownego wezwania wykonawcy. Zamawiający znajduje się w posiadaniu referencji stanowiących dowód do pozycji nr 2 i 3, a więc za całkowicie zbędne należy uznać powtórne wzywanie wykonawcy do przedłożenia nieprawidłowo poświadczonych dokumentów.

Nowy wykaz robót budowlanych - pozycja nr 1.

Odwołujący podnosi również, że w wykazie robót nie wskazano zakresu robót, które zostały wykonane przez wykonawcę w ramach zadania „Przebudowa sieci cieplnych w rejonie

ul. Wojska Polskiego w Olsztynie - etap I". Odwołujący przywołuje przy tym, że do wykazu robót dołączone zostało poświadczenie z dnia 28.11.2018 r., z którego wynika, że wykonawca realizował na rzecz zamawiającego zadanie pn. „Przebudowa sieci cieplnych w rejonie

ul. Wojska Polskiego w Olsztynie - etap I", przy czym wskazuje, iż „(…) z żadnego fragmentu dokumentu nie wynika, że opisany zakres wykonał Lider tj. Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych »PEKUM«". Odwołujący pomija przy tym całkowicie fakt, że robota budowlana, co do której wykonania przez PEKUM zgłosił wątpliwości, została wykonana na rzecz zamawiającego, który udzielił Poświadczenia z dnia 28.11.2018 r. i dysponuje wiedzą na temat wykonanych przez PEKUM robót budowlanych. Dla zamawiającego, z uwagi na posiadaną wiedzę w zakresie robót budowlanych wykonanych wcześniej przez PEKUM w rejonie ul. Wojska Polskiego, zbędne było zatem dochodzenie wyjaśnień co do treści wykazu.

W tym zakresie odwołujący zarzuca, że zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy do złożenia nowego wykazu robót budowlanych na podstawie art. 128 ust. 1 p.z.p.

Z omawianego przepisu wynika, że złożenie, poprawienie lub uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych może nastąpić jedynie w sytuacji, gdy dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu nie zostały złożone, są niekompletne lub zawierają błędy. W odniesieniu do przytoczonych przesłanek w literaturze wskazuje się, że: „Dany dokument (oświadczenie) należy zakwalifikować jako niezłożony, jeżeli nie został fizycznie przedłożony zamawiającemu lub np. został złożony w niewłaściwej formie, tj. nie został podpisany we właściwy sposób. Z kolei dokument niekompletny to taki, który został fizycznie przedłożony, ale nie spełnia określonych przez zamawiającego wymagań formalnych (np. brakuje załączników, część treści jest nieczytelna). Natomiast dokumenty (oświadczenia)

zawierające błędy to dokumenty, które zostały fizycznie złożone oraz są formalnie poprawne, jednak nie potwierdzają spełniania odpowiednich wymagań" (M. Śledziewska (red.) [w:] Proces udzielania zamówień publicznych na podstawie nowego prawa zamówień publicznych. Komentarz praktyczny z orzecznictwem, Warszawa 2021, Legalis). W opinii zamawiającego, w rozpatrywanej sprawie przesłane przez wykonawcę podmiotowe środki dowodowe,

a w szczególności wykaz robót wraz z poświadczeniem, zostały złożone prawidłowo, nie zawierają błędów oraz nie wymagają składania zamawiającemu żadnych dodatkowych wyjaśnień. Warto zwrócić jeszcze uwagę na twierdzenie z orzeczenia KIO z dnia 13.03.2020 r., w którym rozważono sytuację, gdy „(...) zamawiający posiadał wiedzę co do tego, jak ta usługa była wykonywana i posiadał dokumenty potwierdzające jej należyte wykonanie w postaci choćby dokonywanych przez siebie przelewów wynagrodzenia na podstawie wystawionych przez wykonawcę faktur. W tej sytuacji nie było potrzebne przedstawianie zamawiającemu referencji bądź innych dokumentów wystawionych przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, gdyż podmiotem tym był właśnie zamawiający. Niecelowe byłoby w tym stanie rzeczy zwracanie się przez wykonawcę do zamawiającego o wystawienie referencji tylko po to, aby następnie

temu samemu zamawiającemu przedstawiać te same, wystawione przez niego samego referencje" (wyrok KIO z dnia 13.03.2020 r., sygn. KIO 439/20). Działanie zamawiającego koresponduje więc ze wskazanym przez KIO w przytoczonym orzeczeniu sposobem postępowania w sytuacji, gdy wykonawca realizował wcześniej na rzecz zamawiającego określone roboty, na temat których wiedzą dysponuje. Reasumując, można stwierdzić, że w obowiązującym stanie prawnym nie ma podstaw do tego, aby zamawiający wzywał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi realizowanej uprzednio dla zamawiającego przez wykonawcę, który składa ofertę w obecnie prowadzonym postępowaniu przetargowym.

Wobec wskazanej powyżej argumentacji, zamawiający uważa, że zarzut odwołującego w zakresie zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia nowego wykazu robót budowlanych na podstawie art. 128 ust. 1 p.z.p. nie zasługuje na uwzględnienie. W opinii zamawiającego przedłożone przez wykonawcę podmiotowe środki dowodowe były w kompletne, zrozumiałe i pozbawione błędów, a zatem nie zachodziły przesłanki wezwania do ich uzupełnienia.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W związku ze stanowiskiem odwołującego, który w treści odwołania oraz na posiedzeniu potwierdził, iż część zarzutów, tj. dotyczących naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zostało postawionych jako ewentualne w ten sposób, że przy uznaniu przez Izbę zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezasadnego, koniecznym byłoby wydanie rozstrzygnięcia w zakresie zarzutów ewentualnych, Izba stwierdziła, że w okolicznościach faktycznych sprawy, w związku z potwierdzeniem się zarzutów dotyczących naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, czego skutkiem jest obowiązek odrzucenia oferty Konsorcjum Pekum, niezasadne, bezprzedmiotowe i sprzeczne ze stanowiskiem odwołującego, byłoby orzekanie w zakresie zarzutów ewentualnych. Dlatego też Izba, zgodnie z wnioskiem odwołującego pozostawiła tę cześć zarzutów bez merytorycznego rozpoznania, gdyż na obecnym etapie postępowania rozstrzygnięcie ich i tak pozostawałoby bez wpływu na ostateczne rozstrzygnięcie odwołania.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Izba stwierdziła naruszenie wskazanego przepisu.

Zgodnie z brzmieniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Bezsprzecznym w przedmiotowej sprawie jest fakt, iż zamawiający w treści SWZ oraz załącznikach do niej, w sposób jednoznaczny wyraził swoje wymagania, co do warunków na jakich ma być zrealizowany przyszły kontrakt. Warunki te precyzowały jakie minimalne wymagania techniczne muszą być spełnione, aby zadanie było zrealizowane w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego. Przystępujące Konsorcjum Pekum, w ramach swojej oferty, jak również w wyniku wykonania wyroku Izby o sygn. akt KIO 242/23 i KIO

305/23 złożyło stosowne dokumenty i oświadczenia, które potwierdziły, iż przedmiot oferty dotyczący materiałów, które zaoferował w swojej ofercie wykonawca nie są zgodne z warunkami zamówienia opisanymi przez zamawiającego.

Nie może być tak, jak twierdził zamawiający i przystępujący, iż wykaz złożonych materiałów miał jedynie charakter pomocniczy i służył jedynie weryfikacji kompletności i adekwatności pozostałych przedmiotowych środków dowodowych, albowiem to w ramach złożonego zamawiającemu wykazu wykonawca określa, jakimi materiałami zamierza wykonać przedmiotowe zamówienia, a który to wykaz stanowił podstawę do wyceny oferty.

Art. 7 pkt 20 ustawy Pzp, definiuje co należy rozumieć pod pojęciem przedmiotowych środkach dowodowych – należy przez to rozumieć środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

Przedmiotowe środki dowodowe miały zatem za zadanie potwierdzić, czy użyte przez wykonawcę materiały odpowiadają odpowiednim normom i certyfikatom w taki sposób, aby zamawiający osiągnął zakładane cele inwestycyjne i parametry ostateczne wykonanego zadania. W przeciwnym razie można by przyjąć założenie, że wykonawcy w sposób dowolny podawaliby zamawiającemu informacje wraz z ofertą i są one nieistotne, gdyż i tak dopiero przy podpisaniu umowy wykonawca będzie precyzował i dopasowywał przedmiot swojej oferty do parametrów realizacyjnych zadania. Taka koncepcja sprzeczna jest z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Przyjmując stanowisko prezentowane przez zamawiającego i przystępującego Konsorcjum Pekum, należałoby się zastanowić, jakie dokumenty zostałyby dołączone do umowy. Zgodnie z przepisem art. 73 ust. 1 ustawy Pzp [Załączniki do protokołu

postępowania] „Oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania z wykonawcami, zawiadomienia, wnioski, dowód przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego

i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu postępowania".

Z powołanego przepisu nie wynika zatem możliwość, aby po etapie badania i oceny ofert możliwa byłaby zmiana złożonej oferty, albowiem co do zasady oferta jest niezmienialna (z wyjątkiem przypadków określonych w ustawie – art. 223 ustawy Pzp) i stanowi w swojej zasadniczej treści essentialia negotii zawieranej umowy. Co za tym idzie nie jest możliwa zamiana oferty – przedmiotu świadczenia – po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, którą zgodnie z przepisem art. 239 ust. 2 ustawy Pzp jest oferta przedstawiająca

najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zdaniem Izby, zamawiający nie może bezkrytycznie podchodzić do informacji pozyskanych w trakcie prowadzonego postępowania, nawet w przypadku, gdy okoliczności o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia nie wynikają z obowiązkowych dokumentów wymaganych przez zamawiającego. Każda informacja musi być przez zamawiającego zbadana, aby wykluczyć błędy w wyborze oferty najkorzystniejszej. Często bowiem

o wadliwości oferty zamawiający dowiadują się czy to z informacji przekazywanych przez innych wykonawców czy też z zarzutów stawianych w odwołaniach. Celem nadrzędnym jest bowiem wybór oferty zgodnej z warunkami zamówienia, a nie ewentualne sanowanie jej błędów na późniejszym etapie, czy to przed zawarciem umowy czy też już po zawarciu umowy w trakcie jej realizacji. Takie działanie wypaczałoby bowiem zasadę uczciwej konkurencji.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 107 ust 2 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych wymaganych w pkt 6.1 lit. b SWZ tj. sprawozdania z badania współczynnika przewodzenia przed starzeniem przeprowadzonego przez akredytowane laboratorium badawcze na rurze badanej, zgodnie z normami PN-EN ISO 8497 oraz PNEN 253, dla oferowanych rur tj. rur produkowanych metodą ciągłą lub półciągłą z barierą dyfuzyjną w sytuacji, w której wykonawca złożył badania dla rur innych niż oferowane, Izba stwierdziła, że zarzut się potwierdził, jednakże z uwagi na uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutu najdalej idącego, tj. skutkującego odrzuceniem oferty przystępującego Konsorcjum PEKUM, Izba odstąpiła od nakazywania zamawiającemu wezwania tego wykonawcy do złożenia przedmiotowego środka dowodowego w omawianym zakresie.

Zgodnie z pkt 6.1 lit. b SWZ, cyt.: „6.1. Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych - na potwierdzenie zgodności oferowanych urządzeń z wymaganiami określonymi w STWIOR - Opis przedmiotu zamówienia tj.: (...), b) Sprawozdanie z badania współczynnika przewodzenia przed starzeniem przeprowadzonego przez akredytowane laboratorium badawcze na rurze badanej, zgodnie z normami (…).

Z brzmienia wyżej powołanego postanowienia SWZ jednoznacznie wynika żądanie zamawiającego polegające na złożeniu wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego, tj. sprawozdania z badania współczynnika przewodzenia przed starzeniem przeprowadzonego przez akredytowane laboratorium badawcze na rurze badanej, zgodnie z podanymi przez zamawiającego normami. Skoro zatem zamawiający wymagał przedłożenia

takiego środka dowodowego dla danej – określonej rury badanej – to nie może następnie twierdzić, iż nie ma znaczenia czy oferowane rury są wyposażone w barierę antydyfuzyjną czy takiej bariery nie posiadają. Tym bardziej, że oświadczenie wykonawcy w zakresie powyższego wymagania stanowiło jedno z kryteriów oceny ofert. Dlatego też brak przedmiotowego środka dowodowego (sprawozdania) dla rur produkowanych metodą Spiralconti z barierą dyfuzyjną stanowiło istotne uchybienie zamawiającego. Istotność wadliwości czynności zamawiającego mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż stanowiło jedno z kryteriów oceny ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że oferta przystępującego Konsorcjum Pekum jest sprzeczna z warunkami zamówienia opisanymi przez zamawiającego, dlatego też podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, w związku z czym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: ……