

WYROK

Warszawa, 22 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Katarzyna Paprocka
Aleksandra Patyk
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 września 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EKO Energetyka i Ciepłownictwo sp. z o.o., ul. Warszawska 44; 07-410 Ostrołęka, UAB „GRYNERGA”, Partizanų g. 89; LT-50312 Kowno, Litwa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych w Kolnie sp. z o.o., ul. Kolejowa 4A; 18-500 Kolno,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - Energotechnika sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Chełmżyńska 25; 04-247 Warszawa,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EKO Energetyka i Ciepłownictwo sp. z o.o., ul. Warszawska 44; 07-410 Ostrołęka, UAB „GRYNERGA”, Partizanų g. 89; LT-50312 Kowno, Litwa 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: EKO Energetyka i Ciepłownictwo sp. z o.o., ul. Warszawska 44; 07-410 Ostrołęka, UAB „GRYNERGA”, Partizanų g. 89; LT-50312 Kowno, Litwa tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych w Kolnie sp. z o.o., ul. Kolejowa 4A; 18-500 Kolno tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EKO Energetyka i Ciepłownictwo sp. z o.o., ul. Warszawska 44; 07-410 Ostrołęka, UAB „GRYNERGA”, Partizanų g. 89; LT-50312 Kowno, Litwa a rzecz zamawiającego Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych w Kolnie sp. z o.o., ul. Kolejowa 4A; 18-500 Kolno kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych w Kolnie sp. z o.o., ul. Kolejowa 4A; 18-500 Kolno stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Członkowie:.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych w Kolnie sp. z o.o.- prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „*Transformacja Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych w Kolnie w wysokoefektywny system ciepłowniczy*”.

23 września 2024 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: EKO Energetyka i Ciepłownictwo sp. z o.o. oraz UAB „GRYNERGA”(dalej „*odwołujący*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od:

- 1) wyboru oferty spółki Energotechnika sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, mimo braku potwierdzenia spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, tj. braku spełnienia na dzień złożenia oferty przez spółkę Energotechnika sp. z o.o. posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 20.000.000,00 zł,
- 2) zaniechania odrzucenia oferty spółki Energotechnika sp. z o.o. mimo braku spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, tj. braku spełnienia na dzień złożenia oferty przez spółkę Energotechnika sp. z o.o. posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej

w wysokości nie mniejszej niż 20.000.000,00 zł,

3) odrzucenia oferty odwołującego w sytuacji, kiedy dana oferta nie tylko spełniała warunki udziału w postępowaniu, ale też była ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty spółki Energotechnika sp. z o.o. mimo niespełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. mimo braku posiadania przez danego wykonawcę na dzień złożenia oferty środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 20.000.000,00 zł,

2.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty spółki Energotechnika sp. z o.o. mimo niezłożenia przez danego wykonawcę w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu - w zakresie posiadania przez danego wykonawcę na dzień złożenia oferty środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 20.000.000,00 zł;

3.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b pzp, przez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, kiedy postanowienia SWZ i załączników do SWZ nie wymagały:

a) posiadania przez wykonawcę na dzień składania ofert ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej

z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 20.000.000,00 zł,

- a wymagały zgodnie z załącznikiem nr 6 do SWZ „projektem umowy” ubezpieczenia się („Wykonawca ubezpieczy się ...”) od odpowiedzialności cywilnej (OC) z tytułu realizacji umowy w stosunku do osób trzecich i ich mienia oraz od następstw nieszczęśliwych wypadków na kwotę co najmniej 20 000 000,00 złotych.

b) wykonania przez wykonawcę w oznaczonym okresie dokumentacji projektowej, na podstawie, której uzyskano prawomocne pozwolenie na budowę oraz w oparciu

o którą została wybudowana i uruchomiona instalacja wyposażona w jeden kocioł wodny opalany biomasą leśną o mocy nominalnej nie mniejszej niż 5,0 MWt oraz

w układ odzysku ciepła z kondensacji spalin wraz z elektrofiltrem

- a wymagały wykonania przez wykonawcę w oznaczonym okresie dokumentacji projektowej, na podstawie której uzyskano prawomocne pozwolenie na budowę oraz

w oparciu o którą została wybudowana i uruchomiona instalacja o mocy nominalnej nie mniejszej niż 5,0 MWt, wyposażona w kocioł wodny opalany biomasą leśną oraz

w układ odzysku ciepła z kondensacji spalin wraz z elektrofiltrem;

c) wykonania przez wykonawcę w oznaczonym okresie co najmniej jednej roboty budowlanej obejmującej swym zakresem budowę instalacji wyposażonej w jeden kocioł wodny opalany biomasą leśną o mocy nominalnej nie mniejszej niż 5,0 MWt oraz

w układ odzysku ciepła z kondensacji spalin wraz z elektrofiltrem,

- a wymagały wykonania przez wykonawcę w oznaczonym okresie co najmniej jednej roboty budowlanej obejmującej swym zakresem budowę instalacji o mocy nominalnej nie mniejszej niż 5,0 MWt wyposażonej w kocioł wodny opalany biomasą leśną oraz

w układ odzysku ciepła z kondensacji spalin wraz z elektrofiltrem.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) odrzucenia oferty spółki Energotechnika sp. z o.o. jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, tj. braku spełnienia na dzień złożenia oferty przez spółkę Energotechnika sp. z o.o. posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 20.000.000,00 zł,

3) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,

4) wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, ewentualnie nakazanie ponownego badania i oceny ofert i wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia pełnej dokumentacji postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, o przeprowadzenie dowodu z danych akt, w tym w szczególności z dokumentów w postaci: SWZ, załącznika nr 6 do SWZ – projektu umowy, ogłoszenia o zmianie ogłoszenia, informacji z otwarcia ofert, oferty spółki Energotechnika sp. z o.o., pisma spółki Energotechnika sp. z o.o. z 18.07.2024r., opinii bankowej z 10.07.2024r., informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz ofertach odrzuconych – na okoliczności naruszenia przepisów pzp przez zamawiającego, zasadności odwołania i argumentów w nim zawartych, orzeczenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust.1 ustawy Pzp, legitymuje się

interesem w uzyskaniu zamówienia na wykonanie robót budowlanych. Zamawiający informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz ofertach odrzuconych z 13.09.2024 r. poinformował, iż w postępowaniu wybrano jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Energotechnika sp. z o.o. Jednocześnie zamawiający wskazał, że odrzucił ofertę złożoną przez odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy, gdyż została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu a w konsekwencji oferta ta nie podlegała ocenie.

Z informacji z otwarcia ofert wynika, że łączna cena brutto za realizację całego przedmiotu zamówienia zawarta w ofercie odwołującego jest najniższa (jest niższa o ponad 10.000.000,00 zł niż cena oferty spółki Energotechnika sp. z o.o., której oferta została uznana przez zamawiającego za ofertę najkorzystniejszą), zaś długość okresu udzielonej gwarancji zawarta w ofercie odwołujących jest identyczna jak długość okresu udzielonej gwarancji przez spółkę Energotechnika sp. z o.o. Kryteriami oceny ofert w danym postępowaniu są: łączna cena brutto za realizację całego przedmiotu zamówienia – 60% i długość okresu udzielonej gwarancji – 40%. Powyższe oznacza, że gdyby zamawiający nie dopuścił się ww. naruszeń prawa to oferta odwołującego zostałaby sklasyfikowana przez zamawiającego na pierwszym miejscu wg ilości uzyskanych punktów. Gdyby zatem zamawiający nie naruszył przepisów pzp to oferta odwołującego byłaby uznana za najkorzystniejszą, a odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie ww. zamówienia, a w konsekwencji na uzyskanie zysku z realizacji robót budowlanych.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, iż zgadza się z zamawiającym, że zgodnie z utrwalonym stanowiskiem orzecznictwa i doktryny warunki udziału w postępowaniu winny być spełnione na dzień składania ofert, a składane podmiotowe środki dowodowe winny ten fakt potwierdzać. Słuszne w ocenie odwołującego jest w tym miejscu przywołanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 23 maja 2022 r. (KIO 1200/22) wskazującego, że *„Warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień złożenia oferty, a stan ich spełnienia musi trwać przez całe postępowanie. Powyższa zasada znajduje potwierdzenie w przepisach Prawa zamówień publicznych, w szczególności art. 125 ust. 3, z którego wprost wynika, iż składane przez wykonawców oświadczenie JEDZ stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Uzasadnienie ww. reguły znajduje umocowanie także w art. 126 ust. 3 ww. ustawy, który stanowi, że jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. Powyższe przepisy nie pozostają w sprzeczności z art. 126 ust. 1 ww. ustawy stanowiącym, że podmiotowe środki dowodowe składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego mają być aktualne na dzień złożenia. Pojęcia „aktualności” dokumentu nie można mylić jednak z momentem, w którym wykonawca winien spełniać warunki udziału w postępowaniu oraz brak przesłanek wykluczenia”*.

Zamawiający wymagał, aby ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca jakim jest spółka Energotechnika sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych przedłożył opinię bankową. Z przedłożonej opinii z 10.07.2024 r. (znak 201/GJ/2023), *expressis verbis* wynika, że *„W wyniku przeprowadzonej przez Bank analizy sytuacji ekonomiczno-finansowej Klienta według procedur obowiązujących w Banku, stwierdza się, że na dzień wydania niniejszej opinii Spółka posiada zdolność kredytową do wysokości 30.000.000,00 zł (słownie: trzydzieści milionów złotych)”*.

Z kolei zgodnie ze zmienionym ogłoszeniem o zamówieniu termin składania ofert w postępowaniu to dzień 14.05.2024 r. godz. 10.20. Złożona w niniejszym postępowaniu oferta spółki Energotechnika sp. z o.o. została podpisana podpisem elektronicznym 14.05.2024 r. godz. 5.56.

Oczywistym zatem jest, że spółka Energotechnika sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych przedkładając opinię bankową z 10.07.2024 r. (znak 201/GJ/2023) nie wykazała spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, tj. spełnienia na dzień złożenia oferty przez spółkę Energotechnika sp. z o.o. posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 20.000.000,00 zł, które to warunki winna spełniać na dzień złożenia oferty, a stan ich spełnienia winien trwać przez całe postępowanie. Mimo to zamawiający nie tylko nie odrzucił oferty spółki Energotechnika sp. z o.o. z uwagi na brak spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale dokonał wyboru oferty spółki Energotechnika sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Powyższe okoliczności świadczą o naruszeniu przepisów pzp przez zamawiającego i już tylko z tych względów odwołanie winno być uwzględnione.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących odrzucenia oferty odwołującego - wskazać należy, że zgodnie z pkt VIII SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu dotyczą sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub

zawodowej wykonawcy.

W zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawca powinien wykazać m.in.: posiadanie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 20.000.000,00 zł. Z kolei załącznik nr 6 do SWZ „projekt umowy” w § 15 ust. 2 zawiera postanowienia, zgodnie z którymi „Wykonawca ubezpieczy się od odpowiedzialności cywilnej (OC) z tytułu realizacji umowy w stosunku do osób trzecich i ich mienia oraz od następstw nieszczęśliwych wypadków na kwotę co najmniej 20 000 000,00 złotych. Wykonawca zobowiązany jest przekazać Zamawiającemu w terminie 7 dni od dnia przekazania terenu budowy kopie wyżej wymienionych polis wraz z wszelkimi dowodami wpłaty wymaganych składek. Wykonawca obowiązany jest zapewnić w razie konieczności przedłużenie okresu, na jaki zawarto powyższe ubezpieczenia nie krócej niż do dnia dokonania odbioru końcowego”.

Z kolei SWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca powinien wykazać:

1) należyte wykonanie przez wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

a) co najmniej jednej kompletnej dokumentacji projektowej, na podstawie której uzyskano prawomocne pozwolenie na budowę oraz w oparciu o którą została wybudowana i uruchomiona instalacja wyposażona w kocioł wodny opalany biomasą leśną o mocy nominalnej nie mniejszej niż 5,0 MWt oraz w układ odzysku ciepła z kondensacji spalin wraz z elektrofiltrem,

- co oznacza w ocenie odwołującego, że SWZ wymaga wykonania przez wykonawcę w oznaczonym okresie dokumentacji projektowej, na podstawie której uzyskano prawomocne pozwolenie na budowę oraz w oparciu o którą została wybudowana i uruchomiona instalacja o mocy nominalnej nie mniejszej niż 5,0 MWt, a nie aby dana instalacja była wyposażona w jeden kocioł wodny opalany biomasą leśną i w dodatku aby to ten jeden kocioł miał moc nie mniejszą niż 5,0 MWt – przecież gdyby zamawiający miał takie właśnie wymagania to by to wyartykułował w zapisach SWZ używając co najmniej opisu „jeden kocioł o mocy nominalnej nie mniejszej niż 5,0 MWt”, czego przecież nie uczynił;

b) co najmniej jednej roboty budowlanej obejmującej swym zakresem budowę instalacji wyposażonej w kocioł wodny opalany biomasą leśną o mocy nominalnej nie mniejszej niż 5,0 MWt oraz w układ odzysku ciepła z kondensacji spalin wraz z elektrofiltrem,

- co oznacza w ocenie odwołującego, że SWZ wymaga wykonania przez wykonawcę w oznaczonym okresie co najmniej jednej roboty budowlanej obejmującej swym zakresem budowę instalacji o mocy nominalnej nie mniejszej niż 5,0 MWt, a nie aby dana instalacja była wyposażona w jeden kocioł wodny opalany biomasą leśną i w dodatku aby to ten jeden kocioł miał moc nie mniejszą niż 5,0 MWt – przecież gdyby zamawiający miał takie właśnie wymagania to by to wyartykułował w zapisach SWZ używając co najmniej opisu „jeden kocioł o mocy nominalnej nie mniejszej niż 5,0 MWt”, czego przecież nie uczynił.

Powyższe oznacza, że interpretacja warunków udziału w postępowaniu dokonana przez odwołującego ma swoje podstawy w zapisach SWZ i załącznikach do SWZ. Odwołujący miał prawo wobec takich zapisów SWZ oraz projektu umowy zakładać, że:

- wykonawca ma obowiązek posiadać ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej (OC) z tytułu realizacji umowy w stosunku do osób trzecich i ich mienia oraz od następstw nieszczęśliwych wypadków na kwotę co najmniej 20 000 000,00 złotych najpóźniej na dzień zawarcia umowy, zaś potwierdzenia zawarcia umowy i ubezpieczenia zobowiązany jest przekazać zamawiającemu w terminie 7 dni od dnia przekazania terenu budowy,

- wykonawca powinien wykazać:

a) należyte wykonanie przez wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

- co najmniej jednej kompletnej dokumentacji projektowej, na podstawie której uzyskano prawomocne pozwolenie na budowę oraz w oparciu o którą została wybudowana i uruchomiona instalacja o mocy nominalnej nie mniejszej niż 5,0 MWt wyposażona w kocioł wodny opalany biomasą leśną oraz w układ odzysku ciepła z kondensacji spalin wraz z elektrofiltrem,

- co najmniej jednej roboty budowlanej obejmującej swym zakresem budowę instalacji o mocy nominalnej nie mniejszej niż 5,0 MWt wyposażonej w kocioł wodny opalany biomasą leśną oraz w układ odzysku ciepła z kondensacji spalin wraz z elektrofiltrem.

Nie ma wątpliwości, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem i doktryną wyrażoną m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 12 sierpnia 2022 r. (KIO 1879/22) „Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie specyfikacji, co ma na celu wykluczenie uznaniowości na etapie weryfikacji zdolności podmiotowej wykonawców. Nie jest dopuszczalna jakakolwiek modyfikacja

warunku udziału

w postępowaniu po upływie terminu składania czy też jego interpretacja oparta na niewyartykułowanych w dokumentach zamówienia intencjach zamawiającego". Nie ma też jednak wątpliwości, że „Wszelkie niejasności w opisie przedmiotu zamówienia powodujące możliwość odmiennej interpretacji oraz wyprowadzenia z niego różnych, nawet odmiennych wniosków, nie mogą obciążać wykonawcy. Świadczą one bowiem o niewypełnieniu przez Zamawiającego obowiązku opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny

i wyczerpujący. Wykonawca składając ofertę nie może domyślać się, co Zamawiający miał na myśli opisując przedmiot zamówienia, lecz przygotować ofertę w sposób spełniający wszystkie warunki zamówienia. Za niedopuszczalne należy uznać twierdzenie o niezgodności oferty wykonawcy na podstawie niezawartych w treści specyfikacji wymagań lub subiektywnej, rozszerzającej interpretacji jej zapisów, jak również dokonanie oceny oferty przez przyzmat oczekiwań nieznajdujących odzwierciedlenia w SWZ. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę opiera się na dosłownym brzmieniu postanowień SWZ, uznając za możliwe do zaoferowania rozwiązanie, które nie zostało przez Zamawiającego wyeliminowane” – vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 lutego 2023 r. (KIO 261/23).

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, iż w trakcie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu odwołujący złożył m.in. następujące podmiotowe środki dowodowe:

- polisę ubezpieczenia majątkowego ERGO Biznes nr 922001057679 potwierdzającą ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej wykonawcy na sumę gwarancyjną 20.000.000,00 zł ze wskazanym okresem obowiązywania od 19 czerwca 2024 r. do 18 czerwca 2025 r. – tj. nieobejmującą swoim zakresem terminu od składania ofert (14 maja 2024 r.) do dnia 18 czerwca 2024 r.;

- wykazy wykonanych robót budowlanych i usług (wraz z referencjami), z których wynika wykonanie (w latach 2018-2021) dokumentacji projektowej oraz prac budowlanych polegających na „Instalacji kotłów wodnych na biopaliwo 2x4MW w ciepłowni Daugavgrīva” oraz prac budowlanych polegających na „Konserwacji kotłów wodnych na biopaliwo 2x4MW w ciepłowni Daugavgrīva”.

Pomimo wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy, odwołujący nie poprawił i nie uzupełnił braków (dowód: korespondencja z odwołującym w aktach sprawy).

Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem orzecznictwa i doktryny, warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej wykonawca powinien spełniać na dzień składania ofert. „Złożenie podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu na ten dzień, tworzy domniemanie, że warunek ten wykonawca spełnia przez cały czas trwania postępowania, od dnia składania ofert. Nie dotyczy to jednak sytuacji, gdy ze złożonych przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych wprost wynika okoliczność braku spełniania przez wykonawcę warunku udziału przez cały wymagany okres lub na podstawie tych środków dowodowych zamawiający poweźmie co do tego uzasadnione wątpliwości” (KIO 3753/21).

Argumentacja podniesiona w odwołaniu przez odwołującego jest ze wszech miar błędna. „Przyznanie, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie muszą spełniać warunku udziału w postępowaniu w dniu wyznaczonym na składanie ofert, natomiast mogą brak ten później usunąć przez swego rodzaju „konwalidację”, byłoby zarówno naruszeniem dyspozycji art. 125 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz rodziłoby ryzyko, iż do postępowań zgłaszałyby udział podmioty niespełniające warunków udziału w postępowaniu i - tym samym - niedające gwarancji należytego wykonania umowy” (KIO 3221/21).

Ponadto, odwołujący całkowicie mylnie interpretuje zapisy SWZ, które w wyraźny sposób odróżniały wymóg posiadania polisy OC przedsiębiorcy jako warunek udziału w postępowaniu (cz. VIII SWZ) od wymogu uzyskania (przez wykonawcę, z którym zawarto by umowę

w sprawie zamówienia publicznego - § 15 wzoru umowy) odpowiednich ubezpieczeń z tytułu realizacji umowy rozumianej jako konkretne przedsięwzięcie budowlane. „Dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie należy utożsamiać z ubezpieczeniem działalności wykonawcy na etapie realizacji kontraktu, ponieważ obydwa dokumenty mają zupełnie inne znaczenie i cele” (KIO 2391/22). Taki brak zrozumienia może dziwić w przypadku profesjonalnego wykonawcy działającego na rynku budowlanym.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem i doktryną ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie specyfikacji, co ma na celu wykluczenie uznaniowości na etapie weryfikacji zdolności podmiotowej wykonawców. Nie jest dopuszczalna jakkolwiek modyfikacja warunku udziału w postępowaniu po upływie terminu składania czy też jego interpretacja oparta na niewyartykułowanych w dokumentach zamówienia intencjach zamawiającego.

Podnoszona w odwołaniu samowolna interpretacja zapisów SWZ przez odwołującego jest nieprawdziwa. Odwołujący nie cytuje wyraźnych i jednoznacznych zapisów SWZ dotyczących warunków udziału w postępowaniu, tylko modyfikuje je w celu osiągnięcia z góry założonego rezultatu. Nie wdając się w zbędne zdaniem zamawiającego dywagacje o interpretacji odwołującego, należy stanowczo podkreślić, iż będąca punktem spornym wymagana moc nominalna nie mniejsza niż 5,0 MWt odnosi się do kotła będącego częścią wymaganej w warunkach zamówienia instalacji, a nie do całej instalacji *sensu stricto*. Treść warunku brzmi cyt.: „*instalacja wyposażona w kocioł wodny opalany biomasą leśną o mocy nominalnej nie mniejszej niż 5,0 MWt oraz w układ odzysku ciepła z kondensacji spalin wraz z elektrofiltrem*” a nie jak próbuje wmówić odwołujący „*instalacja o mocy nominalnej nie mniejszej niż 5,0 MWt, wyposażona w kocioł wodny opalany biomasą leśną oraz w układ odzysku ciepła z kondensacji spalin wraz z elektrofiltrem*”.

„Regulacje odnoszące się do warunku udziału w postępowaniu czytane zatem muszą być tak jak zostały napisane, literalnie, tak aby nie pozostawiać marginesu na interpretację i domysły. Tak więc wymagania, które określa zamawiający wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ. Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez zamawiającego wymagań co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu” (KIO 1927/20).

Oderwana od rzeczywistości interpretacja, czy własna modyfikacja zapisów SWZ jest niedopuszczalna. Warto zauważyć, iż ustawa pozwala wykonawcom korzystać z instytucji wyjaśnień treści SWZ czy też środków odwoławczych składanych na treść SWZ. *„Brak wzruszenia przez wykonawców danego warunku udziału w postępowaniu oraz katalogu dokumentów wymaganych na jego potwierdzenie w przewidzianym przez ustawę Prawo zamówień publicznych terminie skutkuje ich wiążącym charakterem*” (KIO 1879/22).

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem i literaturą – zamawiający stoi na stanowisku, iż biorąc pod uwagę przepisy 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 (Dz.U. z 2020 r., poz. 2415), należy stwierdzić, iż prawodawca określając termin ważności tych dokumentów podał jedynie dolną granicę ich ważności. W przypadku informacji z banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków lub zdolność kredytową, termin jej ważności określono „nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem” – i taką informację przystępujący złożył. Ponadto celem złożenia opinii z banku w postępowaniu przetargowym jest uzyskanie informacji o potencjalnej możliwości uzyskania przez dany podmiot środków finansowych na wymaganym przez zamawiającego poziomie a nie udzielenie konkretnego kredytu. Za aktualny również w obecnym stanie prawnym, a dotyczący opinii bankowej, należy również uznać wyrok z 9 marca 2017 r., KIO 352/17, zgodnie z którym dokumenty składane w wyniku wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust.1 Pzp (aktualnie art. 126 ust. 1 ustawy) mają być aktualne na dzień złożenia tych oświadczeń lub dokumentów, co oznacza, że mogą być one wystawione po dacie składania ofert, gdyż stan spełnienia warunków i niepodlegania wykluczeniu musi być utrzymany również na moment ich złożenia. Jak trafnie zauważa Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 14 marca 2023 r. „*należy zaznaczyć, że pojęcie aktualności, o którym mowa w art. 126 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do środka dowodowego, a nie do okoliczności spełniania określonego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Złożenie zatem podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu na ten dzień, tworzy domniemanie, że warunek ten wykonawca spełnia przez cały czas trwania postępowania, od dnia składania ofert. Nie dotyczy to oczywiście sytuacji, gdy ze złożonych przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych wprost wynika okoliczność braku spełniania przez wykonawcę warunku udziału przez cały wymagany okres lub na podstawie tych środków dowodowych zamawiający poweźmie co do tego uzasadnione wątpliwości. W takim przypadku zamawiający jest uprawniony, a wręcz zobowiązany, do wystosowania do wykonawcy wezwania do uzupełnienia środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez cały wymagany okres*” (KIO 575/23). Co do zasady identyczna sytuacja miała miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Na marginesie, zamawiającym pragnie podkreślić, iż w trakcie trwania badania i oceny oferty odwołującego, zamawiający wyczerpał wszelkie przewidziane ustawą środki, aby umożliwić odwołującemu złożenie kompletnych i prawidłowych podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czego dowodem jest obfita korespondencja w aktach sprawy. Odwołujący niestety z możliwości tych nie skorzystał, wdając się jedynie w niepotrzebny zdaniem zamawiającego spór.

Przystępujący (uczestnik) złożył pismo procesowe, w którym wskazał, co następuje.

Interes prawny odwołującego w złożeniu środków ochrony prawnej wobec stawianych zarzutów odwołania.

Odwołujący w treści odwołania oznaczył trzy zarzuty. Dwa pierwsze zarzuty tj. naruszenie przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty spółki Energotechnika sp. z o.o. mimo niespełnienia

warunków udziału w postępowaniu, tj. mimo braku posiadania przez danego wykonawcę na dzień złożenia oferty środków finansowych lub zdolności kredytowej oraz naruszenie przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2) lit c) pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty spółki Energotechnika sp. z o.o. mimo niezłożenia przez danego wykonawcę w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału

w postępowaniu - w zakresie posiadania przez danego wykonawcę na dzień złożenia oferty środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 20.000.000,00 zł; nie mogą być rozpatrywane, a w konsekwencji uwzględnione przez Izbę w braku interesu prawnego odwołującego do ich postawienia. Żaden z obu postawionych zarzutów nawet

w przypadku ich potwierdzenia nie ma wpływu na jakąkolwiek możliwość wyboru oferty odwołującego (a tym samym na interes prawny we wniesieniu odwołania w tym zakresie), bowiem jedynie trzeci zarzut i jego uwzględnienie może prowadzić do przywrócenia odwołującego i hipotetycznie do wyboru oferty odwołującego w razie jego potwierdzenia. Wówczas również rozpoznanie dwóch pierwszych zarzutów dotyczących wyłącznie oferty niżej sklasyfikowanego wykonawcy (przystępującego) względem odwołującego powoduje,

że brak jest interesu prawnego w stawianiu takich zarzutów zamawiającemu, a tym samym

w rozpoznaniu odwołania w tym zakresie. Nawet gdyby zostały uznane za uzasadnione (czemu przystępujący z całą stanowczością przeczy, wobec ich oczywistej bezzasadności) wskazywane rzekome naruszenia i zarzuty nie prowadziłyby do zmiany statusu prawnego odwołującego wobec trzeciego zarzutu odwołania kwestionującego odrzucenie oferty odwołującego. Działania zamawiającego względem oferty przystępującego są skutkiem prawidłowej oceny dokonanej przez zamawiającego względem oferty odwołującego, tj. jej odrzuceniem. Dopiero fakt odrzucenia oferty odwołującego (stwierdzenie przesłanek w tym zakresie), spowodował ocenę dokumentów podmiotowych przystępującego, do czego nie doszłoby, w przypadku wyboru oferty odwołującego, gdyby okazała się prawidłowa.

Odwołujący w treści odwołania oznaczył swój interes prawny wskazując, że w zakresie pierwszego z dwóch kryteriów oceny ofert osiągnął znaczącą przewagę w cenie nad innymi ofertami, w tym i nad ofertą przystępującego, zaś w zakresie drugiego z kryterium oceny oferty oznaczył okres gwarancji identycznie jak przystępujący. Co za tym idzie, gdyby zamawiający nie odrzucił jego oferty, ta zostałaby wybrana do realizacji zamówienia. Wybór w takim przypadku nastąpiłby bez względu na status i prawidłowość pozostałych (gorszych względem kryteriów oceny ofert) ofert, w tym przystępującego, czym odwołujący potwierdził brak swojego interesu prawnego w stawianiu zarzutów wobec pozostałych wykonawców. Odwołujący będąc już niejako poza postępowaniem nie ma interesu prawnego w kwestionowaniu innych ofert, sklasyfikowanych niżej.

Merytoryczne odniesienie się do stawianych zarzutów 1 i 2 łącznie.

Odwołujący w zarzutach sugeruje, że jego zdaniem opinia bankowa dot. przystępującego przedstawiona na wezwanie zamawiającego w toku postępowania i badania oferty przystępującego nie potwierdza spełnienia przez przystępującego warunku udziału

w postępowaniu. Odwołujący wywodzi powyższe z faktu, że opinia bankowa przedstawiona przez przystępującego została wystawiona przez Bank po terminie składania ofert. Nie dostrzega jednak faktu, że wraz z ofertą przystępujący złożył oświadczenia (JEDZ), że warunki postępowania spełnia, co razem z opinią bankową wystawioną później, stanowi konsekwentny ciąg logiczny. Z opinii bankowej nie wynika, że w dniu składania oferty przystępujący warunku nie spełniał, co tworzy domniemanie ciągłości i zgodności oświadczenia złożonego w JEDZ razem z opinią. Zamawiający nie miał powodu, aby to weryfikować, bo domniemanie było pozytywne, zaś nawet gdyby nabrał wątpliwości, to musiałby najpierw wezwać przystępującego do uzupełnienia dokumentów, co również czyni odwołanie w tym zakresie przedwczesnym. Odwołujący nie postawił bowiem w odwołaniu zarzutu związanego

z zaniechaniem wezwania przystępującego uzupełnienia - przedłożenia dokumentów zawierających braki czy błędy, do czego byłby zobowiązany mając wątpliwości w zakresie pierwotnie złożonej opinii. Odwołujący swymi twierdzeniami nie obalił zatem domniemania,

a wywodząc skutki prawne z własnych twierdzeń winien to również udowodnić. Twierdzenia odwołującego są więc gołosłowne.

Na marginesie przystępujący wskazał, że posiada opinię bankową prawidłowo wystawioną przed dniem składania ofert i opiewającą na wymagane kwoty, jednak nie otrzymał wezwania w tym zakresie, wobec czego nie ma i nie było potrzeby jej złożenia.

Uzasadnienie odwołania w tym zakresie w istocie potwierdza, że sam odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu objętego trzecim zarzutem, bo dowód znajdujący się

w aktach postępowania w postaci dokumentów złożonych przez odwołującego – polisa OC wprost potwierdza, że odwołujący nie był ubezpieczony w terminie składania ofert, czego sam zresztą nie neguje. Wprost potwierdził zasady, z którymi się zgodził, co stanowi uznanie racji zamawiającego wskazanych w uzasadnieniu odrzucenia oferty

odwołującego. W tym zakresie jest to sytuacja zupełnie inna niż przystępującego, skutkująca odrzuceniem oferty. Odwołujący nie przedstawił innej polisy ubezpieczeniowej – ważnej i spełniającej wymagania, mimo że został wezwany przez zamawiającego w tym zakresie.

Zarzut nr 3 skutkujący odrzuceniem oferty odwołującego składa się z dwóch przyczyn stojących za podstawami odrzucenia oferty.

Polisa OC złożona na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma zupełnie inny cel niż polisa składana przez wykonawcę w toku realizacji umowy. Odwołujący wydaje się tego nie dostrzegać. Skutkuje to absurdalnością zarzutu odwołania i stanowi o braku możliwości jego uwzględnienia. Przede wszystkim obowiązek posiadania polisy ważnej w dniu terminu składania ofert dotyczy każdego wykonawcy, który składa ofertę w postępowaniu. Polisa, co do której argumentację podnosi odwołujący i o której mowa w umowie jest składana wyłącznie przez wykonawcę wybranego w postępowaniu i zabezpiecza w zakresie wymaganym przez zamawiającego realizację umowy, w tym roszczeń deliktowych. Polisa, której nie posiada odwołujący i co sam zresztą potwierdza jest wymaganiem postępowania o udzielenie zamówienia, zaś polisa, na której warunki i termin do złożenia powołuje się odwołujący jest wymaganiem w zakresie realizacji umowy. To zupełnie inny etap, a odwołujący skutecznie i z sukcesem nie zakończył etapu postępowania o udzielenie zamówienia. Ten kończy się najpierw wyborem oferty, a następnie podpisaniem umowy. W zakresie polis składanych w toku postępowania jako podmiotowy środek dowodowy zamawiający nie tworzą specjalnych wymagań, co do zakresu polisy, bowiem celem ich żądania jest wykazanie przez wykonawcę zdolności ekonomicznej do realizacji zamówienia. Polisa w istocie potwierdza, w tym przypadku, że wykonawcę stać na polisę o określonej wartości, a tym samym jest on zdolny do tego, aby realizować zamówienie. Odwołujący w odwołaniu zdaje się mimo potwierdzenia i bezsporności faktów w zakresie tego, że nie posiadał rzeczywiście polisy w dniu terminu składania ofert, skierował dyskusję i zarzuty na elementy nieistotne.

Zarzut dotyczący potencjału technicznego i zawodowego:

W rozdziale VIII ust. 3 SWZ zamawiający zawarł wymagania następującej treści:

W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawca powinien wykazać:

1) należyte wykonanie przez Wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

- co najmniej jednej kompletnej dokumentacji projektowej, na podstawie której uzyskano prawomocne pozwolenie na budowę oraz w oparciu o którą została wybudowana i uruchomiona instalacja wyposażona w kocioł wodny opalany biomasą leśną o mocy nominalnej nie mniejszej niż 5,0 MWt oraz w układ odzysku ciepła z kondensacji spalin wraz z elektrofiltrem;

- co najmniej jednej roboty budowlanej obejmującej swym zakresem budowę instalacji wyposażonej w kocioł wodny opalany biomasą leśną o mocy nominalnej nie mniejszej niż 5,0 MWt oraz w układ odzysku ciepła z kondensacji spalin wraz z elektrofiltrem.

Odwołujący wymagań tych nie spełnił tj. przede wszystkim nie wykazał, że je spełnia. Zamiast tego wszedł w polemikę z zamawiającym próbując wykazywać, że ww. warunki, mimo ich literalnej treści, winny być rozumiane inaczej, tj. bardziej liberalnie niż zapisano. Odwołujący jest w błędzie, a odwołanie winno być oddalone. Gdyby należało rozumieć warunek tak jak interpretuje go odwołujący, to brzmiałby on tak:

W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawca powinien wykazać:

1) należyte wykonanie przez Wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

- co najmniej jednej kompletnej dokumentacji projektowej, na podstawie której uzyskano prawomocne pozwolenie na budowę oraz w oparciu o którą została wybudowana

i uruchomiona instalacja o mocy nominalnej nie mniejszej niż 5,0 MWt, wyposażona w kocioł wodny opalany biomasą leśną oraz w układ odzysku ciepła z kondensacji spalin wraz z elektrofiltrem;

- co najmniej jednej roboty budowlanej obejmującej swym zakresem budowę instalacji

o mocy nominalnej nie mniejszej niż 5,0 MWt oraz w układ odzysku ciepła z kondensacji spalin wraz z elektrofiltrem wyposażonej w kocioł wodny opalany biomasą leśną.

Wówczas również nie miałyby znaczenia moc kotła, ale moc instalacji, w której można by umieścić kaskadowo nawet 10 małych kotłów bez względu na ich moc jednostkową, co jednak łącznie musiałyby przekroczyć 5MWt. Suma mocy kotłów, to moc instalacji. W ramach tej sumy przy takim rozumieniu kocioł biomasowy musiałby występować po prostu, ale jego moc byłaby bez znaczenia, byleby cała instalacja miała moc wymaganą przez zamawiającego zgodnie z brzmieniem rozumianym przez odwołującego. Tymczasem również przedmiot umowy dotyczy m.in. budowy trzech

kotłów wodnych o mocach 2 x 6 MWt oraz 1 x 3 MWt wyposażonych w układy odzysku ciepła z kondensacji spalin oraz elektrofiltry, są to kotły biomasowe tj. ich podstawowym i jedynym paliwem jest biomasa. W przedmiocie tym w ogóle nie ma słowa instalacja, zaś moc pojedynczego dużego kotła jest wyższa o 1 MWt od wymaganego w doświadczeniu. Nie można zatem twierdzić jakkolwiek, że wymaganie dotyczy mocy instalacji, skoro fakt ten nie wynika z dokumentów i jest w tej chwili to tylko próbą ratowania sytuacji.

Również wnioski odwołania zostały sformułowane wadliwie, bowiem odwołujący nie może żądać od KIO wyboru jakiegokolwiek oferty, w tym i swojej, bowiem jest to wyłączne uprawnienie zamawiającego, do czego ma on prawo po dokonaniu badania i oceny ofert.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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, kwalifikowany 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.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

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

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko zamawiającego i przystępującego (uczestnika) (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: *Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów*), wskazuje, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest Transformacja Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych w Kolnie w wysokoefektywny system ciepłowniczy. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 pzp - zamówienie sektorowe o wartości równej lub przekraczającej progi unijne.

Zgodnie z pkt VIII SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu dotyczą sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy.

W zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawca powinien wykazać m.in.:

- 1) posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 20.000.000,00 złotych;
- 3) posiadanie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 20.000.000,00 zł.

W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca powinien wykazać:

- 1) należyte wykonanie przez Wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

- co najmniej jednej kompletnej dokumentacji projektowej, na podstawie której uzyskano prawomocne pozwolenie na budowę oraz w oparciu o którą została wybudowana

i uruchomiona instalacja wyposażona w kocioł wodny opalany biomasą leśną o mocy nominalnej nie mniejszej niż 5,0 MWt oraz w układ odzysku ciepła z kondensacji spalin wraz z elektrofiltrem;

- co najmniej jednej roboty budowlanej obejmującej swym zakresem budowę instalacji wyposażonej w kocioł wodny opalany biomasą leśną o mocy nominalnej nie mniejszej niż 5,0 MWt oraz w układ odzysku ciepła z kondensacji spalin wraz z elektrofiltrem.

Załącznik nr 6 do SWZ „projekt umowy” w § 15 ust. 2 zawiera postanowienia, zgodnie z którymi „Wykonawca ubezpieczy się od odpowiedzialności cywilnej (OC) z tytułu realizacji umowy w stosunku do osób trzecich i ich mienia oraz od następstw nieszczęśliwych wypadków na kwotę co najmniej 20 000 000,00 złotych. Wykonawca zobowiązany jest przekazać Zamawiającemu w terminie 7 dni od dnia przekazania terenu budowy kopie wyżej wymienionych polis wraz z wszelkimi dowodami wpłaty wymaganych składek. Wykonawca obowiązany jest zapewnić w razie konieczności przedłużenie okresu, na jaki zawarto powyższe ubezpieczenia nie krócej niż do dnia dokonania odbioru końcowego”.

Zamawiający, informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz ofertach odrzuconych z 13.09.2024 r. poinformował, że w postępowaniu wybrano ofertę złożoną przez Energotechnika sp. z o.o. Zamawiający wskazał, że wybrana oferta nie podlega odrzuceniu, spełnia wszystkie wymagania zamawiającego określone w SWZ i

jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert, w wyniku czego wygrywa postępowanie jako najkorzystniejsza złożona oferta. Jednocześnie zamawiający wskazał, że odrzucił ofertę złożoną przez odwołującego, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy, gdyż została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu takiego stanowiska zamawiający wskazał, iż w postępowaniu zamawiający wymagał od wykonawców spełnienia m. in. następujących warunków udziału: (...).

W trakcie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu odwołujący złożył podmiotowe środki dowodowe, z których wynika:

- posiadanie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 20.000.000,00 zł ze wskazanym początkowym okresem ubezpieczenia po terminie składania ofert,

- wykonanie przez odwołującego w oznaczonym okresie dokumentacji projektowej oraz prac budowlanych polegających na „Instalacji kotłów wodnych na biopaliwo 2x4MW

w ciepłowni Daugavgrīva” oraz prac budowlanych polegających na „Konserwacji kotłów wodnych na biopaliwo 2x4MW w ciepłowni Daugavgrīva”, a więc niespełniających wymogów zaprojektowania i wykonania instalacji wyposażonej w kocioł wodny opalany biomasą leśną

o mocy nominalnej nie mniejszej niż 5,0 MWt.

Dalej zamawiający wskazał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem i doktryną „ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie specyfikacji, co ma na celu wykluczenie uznaniowości na etapie weryfikacji zdolności podmiotowej wykonawców. Nie jest dopuszczalna jakkolwiek modyfikacja warunku udziału w postępowaniu po upływie terminu składania czy też jego interpretacja oparta na niewyartykułowanych w dokumentach zamówienia intencjach zamawiającego (KIO 1879/22)”. W związku z powyższym zamawiający wskazał, że odwołujący nie spełnia wymaganego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Zatem zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) pzp oferta odwołującego podlegała odrzuceniu jako złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Jak wynika z przepisu art. 126 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania, w tym na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub niezwłocznie po ich złożeniu, wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia.

Aby zrozumieć kontekst regulacji zawartej w art. 126 Pzp, należy przypomnieć,

że wykonawca musi spełniać warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria selekcji przez cały okres postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (zob. komentarz do art. 112 Pzp). Ponadto wykonawca od chwili wszczęcia postępowania aż do zawarcia z nim umowy ani przez chwilę nie może podlegać wykluczeniu (zob. komentarz do art. 110. Pzp). Dlatego składane podmiotowe środki dowodowe powinny być aktualne na dzień ich złożenia, co oznacza, że mają poświadczać pożądane okoliczności na ten właśnie dzień.

Art. 112 ust. 1 Pzp stwierdza, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu

w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Przy interpretacji tego wyrażenia należy uwzględnić art. 58 ust. 1 akapit drugi dyrektywy klasycznej, który jest wzorcem dla tej normy. Zgodnie z art. 58 ust. 1 akapit drugi dyrektywy klasycznej „[instytucje zamawiające] ograniczają wymogi do tych, które są odpowiednie do zapewnienia, że kandydat lub oferent posiadają zdolność prawną, finansową, techniczną i zawodową niezbędną do realizacji udzielanego zamówienia”. Posłużenie się w art. 112 ust. 1 Pzp sformułowaniem „w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia” oznacza zatem, że zamawiający nie może swobodnie i arbitralnie kształtować warunków udziału w postępowaniu, nawet jeśli trzyma się kategorii warunków określonych ust. 2, ale przy ich określaniu musi ograniczyć się wyłącznie do wymagań niezbędnych do należytego wykonania zamówienia. Przyjęte przez zamawiającego warunki udziału nie mogą zatem wykraczać poza to, co jest racjonalnie niezbędne do osiągnięcia celu, a więc wyboru oferty pochodzącej od wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia (por. wyrok z 18 października 2012 r. w sprawie C-218/11 Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukovázig) i Hochtief Construction Solutions AG Magyarország Fióktelepe (obecnie Hochtief Solutions AG Magyarország Fióktelepe) przeciwko Közbeszerzési Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság, ECLI:EU:C:2012:643, pkt 28. Prawdłowo wskazuje się w orzecznictwie KIO, iż warunki udziału w postępowaniu powinny być określone na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie (por. wyrok KIO

z 1 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1342/19, Legalis) (Prawo zamówień publicznych, Komentarz Wydanie II, pod redakcją

Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Warszawa 2023).

Polisa OC odwołującego – warunek udziału w postępowaniu.

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z 6 marca 2024 roku, sygn. akt KIO 578/24 „(...) zgodnie z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty. Art. 128 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , 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 myśl art. 274 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Z kolei zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. W ocenie Izby czynność wezwania Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp była prawidłowa i nie naruszała wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odnosząc się do argumentacji Odwołującego dotyczącej braku określenia przez Zamawiającego w SWZ warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, a jedynie zawarcia w SWZ wymogu przedstawienia dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, Izba w pierwszej kolejności wskazuje, iż Odwołujący nie kwestionował treści dokumentów zamówienia na właściwym etapie, tj. po publikacji dokumentów zamówienia ani nie zwracał się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienia w tym zakresie. Jeżeli Odwołujący miał wątpliwości co do prawidłowości sformułowania warunku udziału w postępowaniu (...), to dysponował on ww. narzędziami, aby wątpliwości te rozwiązać. Powoływanie się obecnie na rzekome nieprawidłowości SWZ należy uznać za argumentację spóźnioną.

Ponadto, jak wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, Odwołujący składając podmiotowe środki dowodowe na wezwanie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, nie miał wątpliwości, jakie dokumenty należy złożyć na potwierdzenie warunku w zakresie sytuacji finansowej lub ekonomicznej i jakie okoliczności miały one potwierdzać. W ocenie Izby warunek udziału w postępowaniu – był w pełni identyfikowalny i jednoznaczny. (...) W oparciu o zawarty w IDW opis warunku wykonawcy nie powinni mieć problemu z prawidłową interpretacją wymagania, tym bardziej, że wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia należy uznać za profesjonalistów, wobec których miernik należytej staranności jest podwyższony (por. art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności)”.

Skoro zatem odwołujący – w zakresie polisy OC – złożył w ramach potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polisę ze wskazanym początkowym okresem ubezpieczenia po terminie składania ofert, a zamawiający wzywał już tego wykonawcę do poprawienia nieprawidłowego dokumentu, to nie sposób uznać, że wykonawca spełnia wymagany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej.

Doświadczenie odwołującego – warunek udziału w postępowaniu.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący prezentując swoją argumentację dokonuje *de facto* zmiany brzmienia treści warunku opisanego przez zamawiającego, dostosowując go do posiadanego przez siebie doświadczenia. Zdaniem Izby nie budzi wątpliwości fakt,

że zamawiający żądał od wykonawców wykazania się doświadczeniem w zaprojektowaniu

i wykonaniu instalacji wyposażonej w kocioł wodny opalany biomasą leśną o mocy nominalnej nie mniejszej niż 5,0 MWt.

Podnoszona w odwołaniu interpretacja zapisów SWZ przez odwołującego jest niezasadna. Odwołujący nie cytuje wyraźnych i jednoznacznych zapisów SWZ dotyczących warunków udziału w postępowaniu, tylko modyfikuje je w celu osiągnięcia z góry założonego rezultatu. Należy stanowczo podkreślić, iż będąca punktem spornym wymagana moc nominalna nie mniejsza niż 5,0 MWt odnosi się do kotła będącego częścią wymaganej w warunkach zamówienia instalacji, a nie do całej instalacji *sensu stricto*. Treść warunku brzmi cyt.: „*instalacja wyposażona w kocioł wodny opalany biomasą leśną o mocy nominalnej nie mniejszej niż 5,0 MWt oraz w układ odzysku ciepła z kondensacji spalin wraz z elektrofiltrem*” a nie jak próbuje wywodzić odwołujący „*instalacja o mocy nominalnej nie mniejszej niż 5,0 MWt, wyposażona w kocioł wodny opalany biomasą leśną oraz w układ odzysku ciepła z kondensacji spalin wraz z elektrofiltrem*”.

„Regulacje odnoszące się do warunku udziału w postępowaniu czytane zatem muszą być tak jak zostały napisane, literalnie, tak aby nie pozostawiać marginesu na interpretację

i domysły. Tak więc wymagania, które określa zamawiający wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ.

Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez zamawiającego wymagań co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu” (KIO 1927/20).

Tym samym, w ocenie Izby, odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, gdyż przedstawił do oceny realizacje, które nie odpowiadają literalnie brzmącemu warunkowi udziału w postępowaniu.

Zdolność finansowa – zdolność kredytowa – przystępujący – warunek udziału w postępowaniu.

„W orzecznictwie nie budzi wątpliwości okoliczność, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień złożenia oferty, a stan ich spełnienia musi trwać przez całe postępowanie. Podnoszonej przez odwołującego „aktualności” dokumentu nie można mylić

z momentem, w którym wykonawca winien spełniać warunki udziału w postępowaniu. Dokumenty „aktualne” to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia, czyli potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie

i która obecnie (w czasie teraźniejszym) występuje. Przepisy ustawy Pzp uwypuklają konieczność oceny sytuacji podmiotowej wykonawców na podstawie możliwie najbardziej aktualnych informacji, ustawa daje zamawiającym także uprawnienie do weryfikowania posiadania odpowiedniej zdolności podmiotowej wykonawcy, na każdym etapie postępowania. Posiadanie przez wykonawcę właściwej sytuacji podmiotowej weryfikuje się na początku postępowania poprzez oświadczenie wstępne, następnie zaś żąda się dowodów potwierdzających prawdziwość oświadczenia wstępnego, aktualnych na dzień złożenia,

a zatem dowodów, które mogą być datowane na dzień późniejszy niż termin składania ofert. Złożenie podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, potwierdzających brak podstaw wykluczenia na ten dzień, tworzy pewnego rodzaju domniemanie, że stan ten trwa przez cały czas trwania postępowania, od dnia złożenia wraz z ofertą oświadczenia wstępnego. Niemniej treść podmiotowych środków dowodowych - niezależnie od tego czy są one składane na wezwanie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp lub odpowiednio art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, czy na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp - nie może podważać okoliczności wynikających z oświadczenia wstępnego” (wyrok Izby z 6 marca 2024 r., sygn. akt KIO 578/24 oraz podobnie m.in. wyrok Izby z 23 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1200/22, wyrok Izby z 13 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3239/23).

Dlatego też, w ocenie Izby, Opinia Bankowa z 10 lipca 2024 roku, znak: 201/GJ/20023, złożona przez przystępującego w ramach wykazania zdolności finansowej, potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 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:.....

Członkowie:

.....