

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak
Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie 12 listopada 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 października 2024 r. przez odwołującego – wykonawcę **FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa**, Kudrowice 12, 95-200 Pabianice w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gmina Miasta Toruń**, ul. Wały gen. Sikorskiego 8, 87-100 Toruń

przy udziale przystępującego po stronie zamawiającego – wykonawcy **Ergos Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Sądowa 14, 87-300 Brodnica

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – FlexiPower Group Sp. z o.o. sp.k. i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego 7.500 zł 00 gr. (siedem tysięcy pięćset złotych) wpisu oraz 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych) kosztów zamawiającego;

2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 3972/24

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Miasto Toruń w Krakowie, w trybie podstawowym na *demontaż i montaż instalacji fotowoltaicznej na potrzeby obsługi lodowiska TOR-TOR w Toruniu* (nr postępowania: 80/2024), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych 01.10.2024 r., 2024/BZP 00524205, wobec czynności badania i wyboru oferty najkorzystniejszej wniesione zostało 28.10.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy FlexiPower Group Sp. z o.o. sp. k. (KIO 3972/24).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 266 w zw. z art. 128 ust. 1 pzp w zw. z art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4 pzp przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty wskutek niepoprawnego zbadania zdolności technicznej lub zawodowej wymaganej rozdziałem 12 pkt 4 swz i zaniechanie wezwania do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci: wykazu dostaw, referencji z 10.10.2024, referencji z 4.08.2022 r., podczas gdy złożone przez wykonawcę Ergos Group sp. z o.o. podmiotowe środki dowodowe nie pozwalają na ustalenie, że wykonawca spełnia warunek zdolności technicznej lub zawodowej, w szczególności ze złożonych referencji i wykazu dostaw nie wynika, aby w ramach zrealizowanych dostaw zrealizował budowę/przebudowę rozdzielni Sn i nn oraz budowę/przebudowę systemu zabezpieczeń dla ochrony sieci przed skutkami pracy instalacji fotowoltaicznej (typu np. uREG).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wezwania wykonawcy Ergos Group sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej 22.10.2024 r.

Zamawiający przekazał kopię odwołania wykonawcom biorącym udział w postępowaniu w dniu 29.10.2024

Do postępowania odwoławczego przystąpił. po stronie zamawiającego – wykonawca Ergos Group Sp. z o.o.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z wnioskiem o jego oddalenie (pismo z 9.11.2024 r.).

Stanowisko izby.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną

do akt sprawy, w tym swz, ofertę Ergos Group Sp. z o.o. wraz z dokumentami składanymi w postępowaniu a także stanowiska stron i uczestnika prezentowane w pismach oraz ustnie na rozprawie.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego załączoną do odpowiedzi na odwołanie notatkę służbową zamawiającego opisującą zdarzenie mające miejsce po wniesieniu odwołania, jak również przekazane fragmenty dokumentacji powykonawczej inwestycji wskazanych jako doświadczenie wykonawcy, którego dotyczą zarzuty podniesione w odwołaniu.

Zakres zarzutów wyznaczały okoliczności podniesione w uzasadnieniu, które w ocenie odwołującego uzasadniać miały żądanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie uzupełnienia weryfikacji podmiotowej wykonawcy Ergos Group Sp. z o.o. Odwołujący nie podnosił w zarzutach braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu i nie kwestionował doświadczenia wskazanego w wykazie dostaw w celu wykazania, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania. Zarzuty związane były wyłącznie z ustaleniem braku możliwości potwierdzenia wymaganego doświadczenia, ale nie jego oceny jako spełnionego bądź nie. Odwołujący wskazywał na rozprawie, że izba związana zarzutami nie może oceniać doświadczenia, w szczególności w kontekście czynności mających miejsce po wniesieniu odwołania. Podstawą oceny powinno być wyłącznie ustalenie, czy w świetle treści złożonych dokumentów, tj. wykazu dostaw wraz z referencjami, zamawiający miał możliwość weryfikacji w zakresie opisanych w warunku czynności, w jakim wykonaniu wykonawca miał zdobyć umiejętności. Uwzględniając taki zakres rozpoznania izba zobowiązana była do oceny dokumentów złożonych przez Ergos Group Sp. z o.o. na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie koniecznym dla oceny czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, której unieważnienia żąda odwołujący. Jednocześnie wyłączną podstawą zarzutu odwołującego było stwierdzenie, że dokumenty wymagały co najmniej wyjaśnienia, tak aby zamawiający mógł potwierdzić fakt wykonania prac w zakresie: budowy/przebudowy rozdzielni Sn i nn oraz budowy/przebudowy systemu zabezpieczeń dla ochrony sieci przed skutkami pracy instalacji fotowoltaicznej (typu np. uREG). Odwołujący świadomie nie kwestionował samego doświadczenia i nie składał żadnych dowodów w celu podważenia oceny dokonanej przez zamawiającego.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający wymagał w pkt 12 ppk4 swz wykazania przez wykonawcę, że w ciągu ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał należycie co najmniej dwie dostawy wraz z montażem instalacji fotowoltaicznych o mocy min. 200 kWp każda. Każda ze wskazanych przez Wykonawcę dostaw musi obejmować budowę przyłącza energetycznego oraz budowę / modernizację stacji transformatorowej w następującym zakresie:

- a) budowę/przebudowę systemu telemechaniki wymaganej przez OSD do poprawnej pracy instalacji fotowoltaicznej;
- b) budowę/przebudowę rozdzielni Sn i nn;
- c) budowę/przebudowę systemu zabezpieczeń dla ochrony sieci przed skutkami pracy instalacji fotowoltaicznej (typu np. uREG).

Wykonawca Ergos Group Sp. z o.o. przedstawił wykaz dostaw wraz z referencjami dotyczącymi dwóch zadań, których zakres został określony w wykazie oraz dodatkowo w referencjach. W wykazie w kolumnie drugiej opisującej przedmiot kontraktu wskazane zostało:

- *Zaprojektowanie, dostawa, montaż, uruchomienie wraz z przekazaniem do eksploatacji instalacji fotowoltaicznych do mocy max 999kW* – zamawiający spółka WASIAK S.A. z/s w Brodnicy (poz. 1);
- *Budowa oraz przyłączenie do właściwego OSD instalacji fotowoltaicznej o mocy 499,5 kW na działce nr 105/9 jedn. Ew. 040201_1. Pow. Brodnicki, obręb 0028 Brodnica* – zamawiający WOK Sp. z o.o. (poz. 2).

Załączone listy referencyjne od obu zamawiających potwierdzają właściwe wykonanie umów i wskazują zakresy obowiązków wykonawcy kontraktu.

W liście referencyjnym z 04.08.2022 r. zamawiający WOK Sp. z o.o. potwierdził zakres obowiązków polegających na:

1. *Poprawieniu otrzymanego projektu budowlanego.*
2. *Dostosowaniu się do wymogów bezpieczeństwa i maksymalnej wydajności.*
3. *Wykonaniu projektu systemu DC wraz z inwerterami.*
4. *Wykonanie uzgodnień z Energa Operator w całościowym okresie procesu projektowego i odbiorczego.*
5. *Zorganizowanie odbiorów energetycznych wraz z poprowadzeniem procesu podpisania umów z operatorem i dystrybutorem energii.*

6. Założeniu 1100 sztuk paneli oraz 20 jednostek przetwórczych.
7. Ścisłym monitorowaniu pracy instalacji na poziomie każdej pary paneli.
8. Długoterminowej opiece serwisowej.

W liście referencyjnym WASIAK S.A. z 10.10.2024 r. potwierdził zakres obowiązków polegających na:

1. Uzyskaniu Warunków Przyłączeniowych.
2. Wykonaniu Projektu budowlanego oraz uzyskaniu Pozwolenia na budowę.
3. Dostosowaniu projektu i rozwiązań technicznych do wymogów bezpieczeństwa i wydajności instalacji.
4. Wykonaniu projektu systemu DC/AC wraz z inwerterami.
5. Wykonanie uzgodnień z Energa Operator w całościowym okresie procesu projektowego i odbiorczego. Zakres zabezpieczenie dodatkowe Ureg. Pomiar rozliczeniowy energii. Obwody wtórne – schematy zasadnicze. Schematy połączeń wewnętrznych i przyłączeń.
6. Wykonanie instalacji fotowoltaicznej, montaż konstrukcji, paneli, tras kablowych strona DC/AC wraz z montażem inwerterów.
7. Uruchomienie aplikacji umożliwiającej monitoring pracy instalacji.
8. Przebudowa systemu telemechaniki zgodnie z wykonanym uzgodnieniem.
9. Zorganizowanie odbiorów energetycznych wraz z poprowadzeniem procesu podpisania umów z Operatorem Energii.
10. Dopelnienie wszelkiej procedury administracyjnej dotyczące zgłoszenia Rozpoczęcia i Zakończenia robót budowlanych.
11. Monitorowanie pracy instalacji.
12. Opieka serwisowa.

Pismem z 22.10.2024 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej spośród pięciu złożonych ofert.

Z notatki służbowej zamawiającego dołączonej do odpowiedzi na odwołanie wynika, że po wniesieniu odwołania wykonawca przedstawił zamawiającemu do wglądu dokumentację powykonawczą obu zadań. Na podstawie weryfikacji tej dokumentacji, wyjaśnień wykonawcy, jak również rozmowy telefonicznej z podwykonawcą, zamawiający potwierdził zakres prac wykonanych, który odpowiadał wymaganiom zdolnościom zawodowym, w tym obejmował wykonanie prac w zakresie rozdzielni i sieci Sn polegające na wymianie przekładników prądowych i napięciowych, przebudowę telemechaniki wymaganej przez OSD oraz budowę zabezpieczeń typu uREG.

Dodatkowo zamawiający do odpowiedzi załączył fragment dokumentacji powykonawczej, tj. schemat główny rozdzielni SN-15 kV (obiekt WOK Sp. z o.o. oraz POLMO S.A.).

Na rozprawie wykonawca Ergos Group Sp. z o.o. wyjaśnił, że na skutek przejęcia przedsiębiorstwa obiekty POLMO stanowią własność firmy WASIK S.A.

Izba oddaliła odwołanie.

Na wstępie należy odnieść się do konstrukcji zarzutów, które faktycznie nie zmierzały do podważenia doświadczenia opisanego w dokumentach ocenionych przez zamawiającego, lecz skupiały się na wątpliwościach, które miałyby *per se* wskazywać na konieczność uchylenia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej z uwagi na potrzebę dalszej weryfikacji wskazanych w wykazie zadań. Odwołujący w oparciu o zakres danych o zrealizowanych kontraktach ujęty w wykazie oraz referencjach wskazywał na brak możliwości potwierdzenia zakresu opisanego w warunku, jako budowa/przebudowa rozdzielni Sn i nn, a także budowa/przebudowa systemu zabezpieczeń dla ochrony sieci przed skutkami pracy instalacji fotowoltaicznej (typu np. uREG). W oparciu o tak postawiony zarzut odwołujący nie wykazywał inicjatywy dowodowej w celu wykazania rzeczywistego zakresu prac wykonanych, jednocześnie wskazując, że czynność weryfikacji dokumentacji powykonawczej, jaka miała miejsce po wniesieniu odwołania, miałyby potwierdzać konieczność uzupełnienia czynności badania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Izba oddaliła odwołanie uznając, że odwołujący nie wykazał istnienia uzasadnienia dla przyjęcia wątpliwości co do możliwości braku potwierdzenia wykonania zakresu rzeczowego opisanego w treści warunku udziału w postępowaniu. Należy przy tym wskazać, że konstrukcja zarzutu nie zwalniała odwołującego z potrzeby wykazania istnienia obiektywnej potrzeby dalszej weryfikacji podmiotowej wykonawcy, co w przypadku złożenia podmiotowych środków dowodowych wymagałoby co najmniej odniesienia się do skali i zakresu obu zamówień. Odwołujący przyjął jako wystarczające dla podważenia oceny doświadczenia wskazanie na brak możliwości weryfikacji zakresu rzeczowego zadań, które w wykazie dostaw zostały opisane w sposób bardzo ogólny, a treść referencji miałyby natomiast rozstrzygać o rzeczywistym zakresie obowiązków.

Izba uwzględniła wyjaśnienia i dowody przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, które prowadzą do stwierdzenia, że na podstawie wiedzy branżowej nie można mieć wątpliwości co do zakresu czynności, jakich wymagały opisane w referencjach obowiązki. Wprawdzie dokument referencji ma na celu potwierdzenie należytej realizacji umowy, to w sytuacji gdy zawiera dodatkowe dane, pozwala również ocenić zakres prac, który dla opisanych w wykazie zadań był przede wszystkim podyktowany koniecznością przeprowadzenia uzgodnień z operatorem sieci (Energa Operator), co zostało wskazane w referencjach. W połączeniu z informacją z wykazu dotyczącą wielkości budowanych instalacji fotowoltaicznych, tj. odpowiednio 999 kW i 499,5 kW, oznaczało to konieczność wpięcia do sieci Sn i wykonania zabezpieczeń uREG, co zostało wprost przywołane w referencji WASIAK z 10.10.2024 r.

Odwołujący poza gołosłownym stwierdzeniem braku możliwości weryfikacji zakresu rzeczowego inwestycji podkreślał jednocześnie brak możliwości weryfikacji w ramach rozstrzygnięcia izby, czy warunek udziału w postępowaniu został spełniony. Izba oceniała taką argumentację za niedostateczną dla podważenia oceny dokonanej w oparciu o złożone podmiotowe środki dowodowe (wykaz wraz z referencjami). Dodatkowa weryfikacja, której potwierdzeniem jest notatka służbowa zamawiającego, nie miała znaczenia w takim ujęciu, jak prezentował do odwołujący, czyli jako okoliczność potwierdzająca konieczność dalszego badania doświadczenia wskazanego w dokumentach postępowania. Przedstawione dowody w postaci schematów z dokumentacji powykonawczej zostały okazane zamawiającemu wyłącznie w reakcji na podniesione zarzuty, co jeszcze nie uprawnia do przyjęcia tezy odwołania o braku możliwości potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w oparciu o podmiotowe środki dowodowe i potrzebie uzupełnienia badania w ramach powrotu do procedury przetargowej.

Ponieważ odwołujący nie kwestionuje samego doświadczenia, a jedynie wskazuje na swoje przekonanie co do potrzeby pogłębionej oceny doświadczenia, przy braku wykazania istnienia uzasadnienia dla przyjęcia istnienia obiektywnej potrzeby co najmniej wyjaśnienia zakresu rzeczowego, odwołanie nie mogło odnieść skutku. Treść referencji miała w ocenie odwołującego rozstrzygać o potrzebie co najmniej dalszych wyjaśnień w ramach oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie odwołujący nie odniósł się do wyjaśnień i argumentów strony przeciwnej, które nawiązywały do faktu uzyskania uzgodnień z operatorem sieci, co wymagało uzyskania pozytywnej oceny zabezpieczenia sieci Sn i zostało również wskazane w jednej z referencji (WASIAK). Ponieważ oba zadania podlegać musiały tym samym procedurom uzgodnień i wpięcia do sieci Sn (własność operatora), izba nie miała podstaw do przyjęcia, że prace mogły nie obejmować wykonania systemu zabezpieczeń dla ochrony sieci przed skutkami pracy instalacji fotowoltaicznej, czy też przebudowy rozdzielni Sn i nn, pozwalających na przyłączenie.

Nie tylko opis ujęty w wykazie dostaw ale również wiedza branżowa pozwala rozwiać wątpliwości odwołującego. Fakt, że w opisie warunku wskazano na konieczny zakres prac nie oznaczał, że dla potwierdzenia spełnienia warunku musiał on zostać powtórzony w opisie zadania. To po stronie odwołującego spoczywał ciężar wykazania uzasadnionych wątpliwości, a te zostały rozwiane w świetle wyjaśnień i przedstawionych w odpowiedzi na odwołanie okoliczności. Odwołujący nie przedstawił żadnego przekonującego argumentu, który mógłby skłonić do odmiennej oceny, a tym samym odwołanie podlegało oddaleniu.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 7.500 zł oraz uzasadnione koszty pełnomocnika zamawiającego wykazane rachunkiem złożonymi przed zamknięciem rozprawy w wysokości 3.600 zł i obciążyła nimi w całości odwołującego.

Przewodnicząca:.....