Sygn. akt:KIO 1266/24
KIO 1287/24

WYROK

Warszawa, dnia 6 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz
Maksym Smorczewski
Krzysztof Sroczyński

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 kwietnia 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2024 r. przez:
A. wykonawcę Warbud spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie przy ul. Domaniewskiej 32 (02-672 Warszawa) – postępowanie oznaczone sygn. akt KIO 1266/24;
B. wykonawcę NDI spółkę akcyjną z siedzibą w Sopocie przy ul. Powstańców Warszawy 19 (81-718 Sopot) – postępowanie oznaczone sygn. akt KIO 1287/24
w postępowaniu prowadzonym przez Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze spółkę akcyjną
z siedzibą w Katowicach przy Al. Korfantego 38 (40-161 Katowice)
przy udziale:
A. uczestnika po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt KIO 1266/24 –wykonawcy NDI spółki akcyjnej z siedzibą w Sopocie przy ul. Powstańców Warszawy 19 (81-718 Sopot);
B. uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 1287/24 –wykonawcy Warbud spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie przy ul. Domaniewskiej 32 (02-672 Warszawa);
C. uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniach o sygn. akt KIO 1266/24 i KIO 1287/24 –wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Kraków spółki akcyjnej z siedzibą w Krakowie przy ul. Wielickiej 20 (30-552 Kraków) oraz Budimex spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie przy ul. Siedmiogrodzkiej 9 (01-204 Warszawa)

orzeka:

KIO 1266/24

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów podniesionych w pkt. III.1 i III.2 *petitum* odwołania dotyczących naruszenia:

1.1. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych
w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

1.2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 16, art. 17 i zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy
z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

2. Oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Warbud spółkę akcyjną z siedzibą
w Warszawie i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez tego wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 651 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłat skarbowych od pełnomocnictw;

3.2. zasądza od wykonawcy Warbud spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Górnośląskiego Towarzystwa Lotniczego spółki akcyjnej z siedzibą
w Katowicach kwotę w wysokości 3 651 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione
z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłat skarbowych od pełnomocnictw.

KIO 1287/24

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów podniesionych w pkt. II.2 i II.3 *petitum* odwołania dotyczących

naruszenia:

1.1. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych
w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych;

1.2. art. 128 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 122 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

2. Oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę NDI spółkę akcyjną z siedzibą w Sopocie
i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem wynagrodzenia 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.

Przewodniczący:……..……
……..……
……..……

Sygn. akt:KIO 1266/24
KIO 1287/24

U z a s a d n i e n i e

Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A. z siedzibą w Katowicach zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U.
z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *Wybór Wykonawcy robót budowlanych dla zadania pn. Budowa multimodalnego węzła 2 przeładunku towarów i paliw w oparciu o bocznicę kolejową w Porcie Lotniczym Katowice*
o numerze referencyjnym: U/48/ZRP/2023, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 grudnia 2023 r. pod numerem 00754735-2023.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowalne, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

KIO 1266/24

W dniu 15 kwietnia 2024 r. wykonawca Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym I” lub „Warbud”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu, naruszenie następujących przepisów:
1) art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.: Mostostal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie oraz Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanych dalej jako: „Konsorcjum Mostostal Kraków”) pomimo, iż oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na podaniu
w Wykazie robót nieprawdziwych informacji odnośnie posiadanego doświadczenia w zakresie warunku o którym mowa w pkt 1.4.1. ppkt 2) rozdziału XIII specyfikacji warunków zamówienia (zwanej dalej jako: „SWZ”);
2) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp w zw. z art. 16 Pzp, art. 17 Pzp i w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Mostostal Kraków pomimo, iż wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia, o którym mowa w pkt 1.4.1. ppkt 2) rozdziału XIII SWZ, a wykonawca podał w tym zakresie w Wykazie robót informacje nieprawdziwe, których nie można zastąpić informacjami prawdziwymi;
3) art. 128 ust. 1 w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP i w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b)
i c) Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych Konsorcjum Mostostal Kraków pomimo, iż wykonawca nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia w zakresie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 1.4.1. ppkt 1) rozdziału XIII SWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów zawartych

w odwołaniu;
- odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum Mostostal Kraków, ewentualnie wezwanie Konsorcjum Mostostal Kraków do uzupełnienia Wykazu doświadczenia o roboty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku wskazanego w pkt 1.4.1. ppkt 1) rozdziału XIII SWZ i pkt 1.4.1. ppkt 2) rozdziału XIII SWZ;
- dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący Warbud wyjaśnił, że ma interes we wniesieniu odwołania. W tym kontekście odwołujący I podniósł, że złożył ofertę w postępowaniu, która uplasowała się na drugiej pozycji. W wyniku zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum Mostostal Kraków, którego oferta uplasowała się na pozycji przed odwołującym, jego oferta nie została uznana za ofertę najkorzystniejszą. Tym samym objęte odwołaniem czynności i zaniechania zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego polegającej na uniemożliwieniu mu uzyskania zamówienia. Odwołujący Warbud stwierdził, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z ustawą ww. czynność zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwości uzyskania przez niego zamówienia.

W uzasadnieniu dla zarzutu dotyczącego niespełniania warunku udziału w postępowaniu przez Konsorcjum Mostostal Kraków, o którym mowa w pkt 1.4.1. ppkt 1) rozdziału XIII SWZ, odwołujący I wyjaśnił, że z dokumentów złożonych przez ww. wykonawcę w celu potwierdzenia warunki wynika, iż zakres roboty budowalnej, który został wykonany do dnia 28 sierpnia 2023 r. obejmował jedynie część zakresu umowy, w tym budowę zbiornika.

Natomiast w pozostałym zakresie robota nie została zakończona ani odebrana, a Mostostal Kraków S.A. wykonał prace tylko częściowo. Potwierdzają to następujące informacje wynikające ze złożonych przez Konsorcjum Mostostal Kraków dokumentów:
a) W protokole Odbioru Technicznego Końcowego Fazy Realizacji nr 67/25031/2023 z dnia 28 sierpnia 2023 r. wskazano:
- w pkt b) Protokołu 67/25031/2023 wskazano, iż zakres odbioru stanowi jedynie część prac odbiorowych etapu umowy nr 5600022706 z dnia 2 marca 2022 r. wraz z późniejszymi aneksami oraz PRDZ 1-6, część Projektu Inwestycyjnego nr 25031;
- w II części Protokołu 67/25031/2023 - USTALENIA KOMISJI DOTYCZĄCE ODBIORU USŁUG INWESTYCYJNY pkt 1 wskazano termin zakończenia umowy na 13 listopada 2024 r.;
- ponadto załącznik nr 1a do Części I Protokołu 67/25031/2023 (ZAKRES ORAZ KATEGORYZACJA WA ODBIOROWYCH) oraz załącznik nr 1b do części I Protokołu 67/25031/2023 (ZAKRES ORAZ KATEGORYZAC ROBÓT NIEZAKOŃCZONYCH) są datowane na 28 sierpnia 2023 r. Brak po tej dacie dokumentów potwierdzających usunięcie wszystkich wad i usterek oraz wykonanie robót niezakończonych. Powyższe powinno być stwierdzone protokolarnie;
b) zgodnie z pozwoleniem na użytkowanie uzyskanym przez inwestora, tj. Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A. DECYZJA NR 1-83/22 z dnia 25 października 2023 r. tylko część Elementów Rozbudowy uzyskało powyższe pozwolenie tzn. zbiornik oraz elementy zbiornika (stanowiący termin pośredni, etap umowy). Natomiast pozostałe elementy bazy paliw, wchodzące w zakres zamówienia tzn. *obiekty: pompowni technologicznej P-1, stanowiska przeciwpożarowego SR-1, pompowni przeciwpożarowej, rozbudowa istniejącej pompowni załadunkowej, drogi j chodniki, instalacje zewnętrzne, kanalizacja opadowo - przemysłowa, wodociągowa, wody p.poż, elektryczna zasilająca i sterownicza, odgromowa i uziemiająca, instalacja PiA* są w trakcie budowy i nie zostały zakończone ani odebrane zgodnie z Umową. W związku z czym Mostostal Kraków S.A. na dzień złożenia oferty nie posiadał dokumentów potwierdzających wykonanie całego przedmiotu umowy.
W ocenie odwołującego I powyższe oznaczało, iż wykonawca nie wykonał roboty budowlanej w zakresie budowy bazy paliw dla produktów naftowych, posiadającej co najmniej jeden zbiornik, a jedynie jeden z elementów wchodzących w jej skład, tj. zbiornik. Wykonanie jedynie zbiornika, nie może być uznane za tożsame z wykonaniem „bazy paliw" o której mowa w warunku. Tymczasem warunek postawiony przez zamawiającego był jednoznaczny. Zamawiający wymagał wybudowania bazy paliw posiadającej co najmniej jeden zbiornik. Gdyby wystarczającym było wykonanie samego zbiornika, to warunek brzmiałby „wykonał zbiornik" a nie „bazę paliw". O takim rozumieniu warunku świadczy również alternatywnie postawiony warunek doświadczenia wymaganego od wykonawcy, polegający na wymaganiu spełnienia warunku opisanego w literze a) lub b) pkt 1.4.1. ppkt. 1). Wynika z niego, iż zamawiającemu zależało, na tym aby wykonawca posiadał doświadczenie w realizacji technologii związanej z prawidłowym przesytem i tankowaniem produktów naftowych lub kompleksową budową bazy paliw zawierającą całą infrastrukturę techniczną niezbędną do jej funkcjonowania, dystrybucji i redystrybucji przesyłu paliwa.
Ponadto odwołujący Warbud wskazał, że Mostostal Kraków S.A. nie ukończył realizacji inwestycji, którą wskazuje jako

inwestycję referencyjną, co miało wynikać wprost ze złożonych dokumentów. Zdaniem odwołującego I zgodnie z dobrą praktyką na kontraktach technologicznych jak również zamówieniem, które zostało zlecone Mostostal Kraków S.A., wykonawca w ramach przedmiotu umowy powinien przeprowadzić rozruchy mechaniczne
w tym próby funkcjonalno-ruchowe oraz rozruchy technologiczne mające na celu regulację systemów technologicznych i urządzeń pod obciążeniem pracy i zoptymalizowanie pracy bazy paliw oraz przeprowadzić niezbędne szkolenia personelu inwestora obejmujące swoim zakresem obsługę i eksploatację poszczególnych urządzeń i systemów. Stanowi to podstawę do tego, aby w prawidłowy sposób ocenić funkcjonalność oraz kompletność urządzeń (czyli materiałów, urządzeń, aparatów, modułów, elementów, instalacji dostarczonych lub powstałych ramach realizacji przedmiotu umowy) bazy paliw
i zsynchronizować ją z istniejącą infrastrukturą bazy paliw. Ponieważ Mostostal Kraków S.A. nie zakończył realizacji przedmiotowej inwestycji, nie wykonał również powyższych czynności, a tym samym nie udokumentował przed inwestorem należytego wykonania całości zadania zgodnie z Umową.
Reasumując, w ocenie odwołującego I, Mostostal Kraków S.A. nie ukończył zadania, na które powołuje się w przedstawionym wykazie robót budowlanych podpisanym dnia 5 marca 2024 r., i nie może legitymować się posiadaniem doświadczenia przy *Rozbudowie pojemności magazynowej – Terminal Paliw Lublin – budowa zbiornika o poj. 5000m3 wraz*
z infrastrukturą. W ramach zadania wykonano robotę budowlaną w zakresie budowy bazy paliw dla produktów naftowych, posiadającej co najmniej jeden zbiornik o poj. nie mniejszej niż 1000m3. Mostostal Kraków wykonał tylko część prac i prace te nie zostały zakończone. Tym samym, Konsorcjum Mostostal Kraków nie przedstawiło również zamawiającemu dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia.
Odwołujący I podkreślił, że stopień skomplikowania technologicznego bazy paliw jako całego systemu załadunku/magazynowania/rozładunku wraz z wszelkimi systemami zabezpieczeń znacznie przerasta wykonanie zbiornika paliwa z niepełnymi elementami infrastruktury mającymi na celu wypełnienie zbiornika paliwem. Poza tym termin „Bazy Paliw" został też zdefiniowany przez Zamawiającego w Załączniku nr 11 do SWZ Wzorze Umowy, w pkt 1.1. zgodnie z którym „Baza Paliw" oznacza: *Bazę Paliw wraz ze stanowiskami nalewaków oraz infrastrukturą towarzyszącą (niezbędną do prawidłowego funkcjonowania Bazy Paliw), przeznaczoną do zaopatrywania MPL Katowice w Paliwo Lotnicze; szczegółowy opis zawarty jest w Dokumentacji Projektowej Bazy Paliwstanowiącej Załącznik 1 do Umowy; Ilekroć użyto w Umowie sformułowania "baza paliw" lub "baza przeładunku paliwa" należy przez to rozumieć: niezbędną infrastrukturę techniczną wymaganą do przeładunku*
i transportu paliwa w celu zaopatrywania statków powietrznych w paliwo lotnicze.
W ocenie odwołującego Warbud składowymi elementami bazy paliw są tu zatem nie tylko sam zbiornik paliwa, ale i niezbędna infrastruktura techniczna towarzysząca, wymagana do przeładunku i transportu paliwa. Nie może być zatem wątpliwości, iż zamawiający w ramach „bazy paliw" oczekiwał wykonania nie tylko samego zbiornika, lecz również niezbędnej infrastruktury towarzyszącej, która przez Mostostal Kraków nie została wykonana. Zgodnie
z ugruntowaną linią orzeczniczą KIO, treść warunku należy przede wszystkim rozumieć zgodnie z jego literalnym brzmieniem oraz w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.
W przedmiotowym postępowaniu zarówno literalne brzmienie jak i odniesienie do przedmiotu zamówienia wskazują, iż w skład bazy paliw miała wchodzić niezbędna infrastruktura techniczna wymagana do przeładunku i transportu paliwa. Gdyby zamawiającemu zależało na tym by wykonawcy posiadali wiedzę i doświadczenie jedynie w zakresie budowy zbiorników paliwa, to ukształtowałby wtedy warunek udziału w postępowaniu w następujący sposób: *budowa zbiornika paliw o pojemności nie mniejszej niż 1000m3*.
Mając na uwadze powyższe, odwołujący I stwierdził, że Konsorcjum Mostostal Kraków nie wykazało spełniania warunku doświadczenia i w zakresie warunku określonego w pkt 1.4.1. ppkt 1) winno zostać wezwane w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia dokumentów.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, natomiast po stronie zamawiającego – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Mostostal Kraków S.A.
z siedzibą w Krakowie oraz Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 29 kwietnia 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił uzasadnienie dla powyżej wskazanego wniosku. Tego samego dnia również wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego złożył pismo procesowe wraz z dowodami, które zawierało argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

KIO 1287/24

W dniu 15 kwietnia 2024 r. wykonawca NDI S.A. z siedzibą w Sopocie(zwany dalej: „odwołującym II" lub „NDI") wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- odrzucenia oferty odwołującego II z uwagi na podpisanie jego oferty przez osobę umocowaną przez dwóch prokurentów, co rzekomo miało pozostawać niezgodne ze sposobem reprezentacji odwołującego II (w konsekwencji bezpodstawnego uznania, że odwołujący II nie złożył oświadczenia/ dokumentu, o którym mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp);
- zaniechania odrzucenia konsorcjum wykonawców w składzie: Mostostal Kraków S.A.
z siedzibą w Krakowie - Lider oraz Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie – Partner (zwanych dalej nadal jako: „Konsorcjum Mostostal Kraków") z postępowania z uwagi na podanie informacji nieprawdziwych w zakresie odnoszącym się do warunku udziału
w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XIII ust. 1.4 pkt 1.4.1 ppkt 2) Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej nadal jako: „SWZ"), co powinno skłonić zamawiającego do uznania, że oferta Konsorcjum Mostostal Kraków została złożona
w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji; ewentualnie (tj. w przypadku, w którym Krajowa Izba Odwoławcza uznałaby, że odrzucenie oferty Konsorcjum Mostostal Kraków jest bezzasadne), zaniechania wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia wykazu robót
w zakresie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XIII ust. 1.4 pkt 1.4.1 ppkt 2) SWZ, pomimo iż inwestycja przedstawiona przez tego wykonawcę nie potwierdza spełnienia warunku udziału;
- zaniechania wezwania Konsorcjum Mostostal Kraków do uzupełnienia lub wyjaśnienia wykazu robót w zakresie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XIII ust. 1.4 pkt 1.4.1 ppkt 1) SWZ, pomimo iż inwestycja przedstawiona przez tego wykonawcę nie potwierdza spełnienia warunku udziału;
- co w rezultacie doprowadziło do niezgodnego z przepisami Pzp wyboru oferty Konsorcjum Mostostal Kraków jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. z art. 109^1 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (zwanej dalej jako: „kc") w zw. z art. 109^4 § 1 kc w zw. z art. 373 § 1 i 3 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (zwanej dalej jako: „ksh") przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego NDI na skutek uznania, iż pełnomocnictwo podpisane przez dwóch prokurentów spółki dla pani B. A. (podpisującej ofertę) jest nieprawidłowe, albowiem udzielone miało zostać rzekomo niezgodnie z przyjętą w Krajowym Rejestrze Sądowym (zwanym dalej jako: „KRS") reprezentacją, podczas gdy pełnomocnictwo udzielone zostało przez ustanowionych w spółce prokurentów umocowanych do działania łącznego (prokura łączna), których reprezentacja spółki jest niezależna od reprezentacji organu, jakim jest zarząd, a do reprezentacji którego zamawiający referuje w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego ll;

2) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uznk") w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Mostostal Kraków, pomimo że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie informacji dotyczących doświadczenia zawodowego wykonawcy i spełnienia warunku udziału, o którym mowa w rozdziale XIII ust. 1.4 pkt 1.4.1 ppkt 2) SWZ, albowiem w ramach przedstawionego przez tego wykonawcę zadania nie wykonano budowy/przebudowy stacji
o min. 3 zwrotnicach, co przy braku możliwości zastosowania (w celu zastąpienia informacji nieprawdziwych prawdziwymi) art. 128 ust. 1 Pzp, świadczy o złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, ponieważ Konsorcjum Mostostal Kraków w celu uzyskania przedmiotu zamówienia przedstawiło informacje nieprawdziwe;

ewentualnie, na wypadek gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż nie istnieją podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum Mostostal Kraków:

3) art. 128 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 122 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Mostostal Kraków do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub złożenia wyjaśnień w zakresie treści wykazu robót, podczas gdy Konsorcjum Mostostal Kraków nie wykazało spełnienia warunku udziału, o którym mowa
w rozdziale XIII ust. 1.4 pkt 1.4.1 ppkt 2) SWZ, albowiem w ramach przedstawionego przez tego wykonawcę zadania nie wykonano budowy/przebudowy stacji o min. 3 zwrotnicach,
a przynajmniej okoliczność ta nie została przez Konsorcjum Mostostal Kraków wykazana za pomocą stosownych dokumentów (z przedłożonych przez Konsorcjum Mostostal Kraków dokumentów i wyjaśnień nie wynika wskazany zakres prac), co w konsekwencji doprowadziło do nieuprawnionego i przedwczesnego wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;

niezależnie od powyższego, zarzucam również naruszenie:
4) art. 128 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 122 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Mostostal Kraków do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub złożenia wyjaśnień w zakresie treści wykazu robót, podczas gdy Konsorcjum Mostostal Kraków nie wykazało spełnienia warunku udziału o którym mowa
w rozdziale XIII ust. 1.4 pkt 1.4.1 ppkt 1) SWZ, albowiem w ramach przedstawionego zadania nie wykonano budowy bazy paliw dla produktów naftowych, a wyłącznie budowę zbiornika o pojemności 5000 m^3 , czego nie można uznać za wystarczające doświadczenie
z punktu widzenia postawionych przez zamawiającego wymogów, albowiem budowa zbiornika była jednym z elementów składowych warunku udziału, nie zaś jego wyłącznym elementem, co w konsekwencji doprowadziło do nieuprawnionego i przedwczesnego wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
a w konsekwencji powyższego;
5) art. 16 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności
i przejrzystości.

Odwołujący II wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego II;
- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- odrzucenie oferty Konsorcjum Mostostal Kraków;
- ewentualnie, na wypadek gdyby Izba uznała, iż nie istnieją podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum Mostostal Kraków wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia oświadczenia
w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XIII ust. 1.4 pkt 1.4.1 ppkt 2) SWZ lub udzielenia wyjaśnień w tym zakresie;
a w każdym przypadku:
- wezwanie Konsorcjum Mostostal Kraków do uzupełnienia oświadczenia w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XIII ust. 1.4 pkt 1.4.1 ppkt 1) SWZ;
- dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego II.

Odwołujący NDI wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby zamawiający przeprowadził czynności
w postępowaniu zgodnie z przepisami Pzp, kc oraz ksh wówczas doszedłby do przekonania, iż oferta odwołującego II podpisana i złożona została przez osobę prawidłowo do tego umocowaną. Oprócz tego, zamawiający uchybił przepisom Pzp w zakresie badania i oceny oferty Konsorcjum Mostostal Kraków. Gdyby bowiem zamawiający przeprowadził czynności zgodnie z przepisami Pzp i prawidłowo ocenił dokumenty złożone przez Konsorcjum Mostostal Kraków wówczas doszedłby do przekonania, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału, a przy tym przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające go w błąd. Odwołujący II wskazał, że uwagi na fakt, iż oferta jego była drugą w rankingu ofert, miałby realne szanse na uzyskanie zamówienia, gdyby zamawiający prawidłowo zbadał i ocenił ofertę Konsorcjum Mostostal Kraków oraz prawidłowo ocenił pełnomocnictwo dołączone do oferty odwołującego II.

W uzasadnieniu dla zarzutu podniesionego w pkt 1 odwołujący II wyjaśnił, że biorąc po uwagę całokształt przedstawionej analizy przepisów prawa, orzecznictwa i doktryny dotyczących charakteru instytucji prokury, dojść należało do oczywistego przekonania, że decyzja zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty odwołującego NDI była nieprawidłowa. Pani B. A. uzyskała umocowanie do podpisania oferty w imieniu odwołującego II od prokurentów, dla których ustanowiono prokurę łączną (widniejącą w KRS). Osoby te (prokurenci) posiadały niezależne od zarządu uprawnienia do działania w imieniu spółki (mieli prawo udzielić pełnomocnictwa), zaś sam fakt umocowania do działania prokurentów w imieniu spółki nie był uzależniony od wpisania od w rubryce „sposób reprezentacji podmiotu" odnoszącego się ściśle do zarządu. Sposób reprezentacji przez prokurentów wynika z rubryki 3, gdzie widnieją wszyscy prokurenci spółki wraz z określeniem rodzaju udzielonej im prokury. Brak informacji o prokurentach w rubryce „sposób reprezentacji podmiotu" nie był więc żadnym uchybieniem i nie może świadczyć o ograniczeniu uprawnień prokurentów. Celem dodatkowego wykazania istnienia prokury odwołujący II jako dowód wraz z odwołaniem przedłożył uchwałę nr 2/2020 Zarządu NDI Spółka Akcyjna w Sopocie
z dnia 30 listopada 2020 r. o ustanowieniu i udzieleniu prokury łącznej.

W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 4 odwołujący II wskazał, że jednym
z warunków udziału przewidzianych przez zamawiającego w SWZ był wymóg legitymowania się przez wykonawcę doświadczeniem w wykonaniu roboty budowlanej polegającej na budowie bazy paliw dla produktów naftowych,

posiadającej co najmniej jeden zbiornik

o pojemności nie mniejszej niż 1000 m^3. Postawienie przez zamawiającego powyższego warunku udziału było dla odwołującego NDI w pełni zrozumiałe. Przedmiotem postępowania była bowiem kompleksowa budowa multimodalnego węzła przeładunku towarów i paliw. Wykonawca uzyskujący przedmiot zamówienia zobowiązany będzie do wykonania szeroko rozumianych robót budowlanych kolejowych (budowa bocznicy kolejowej), kubaturowych (budowa budynku socjalno-technicznego, wiat), instalacyjnych (wykonanie instalacji gazu, wody, kanalizacji sanitarnej, deszczowej, paliwowej, instalacji sterowania i zarządzania bazą), czy drogowych (wykonanie dróg i placów manewrowych). Oprócz tego, wybrany wykonawca zobowiązany będzie – co najistotniejsze – do budowy pompowni technicznej, zbiorników paliwa czy rozdzielni elektrycznej, zaś w końcowej fazie wykonawca zobowiązany będzie dokonać rozruchu technologicznego i dostarczyć odpowiedni system komputerowy do nadzoru i kontroli procesów technologicznych. W ocenie odwołującego już tak skrótowy opis przedmiotu zamówienia (szerzej przedstawiony w rozdziale III SWZ i samej dokumentacji zamówienia), pozwalał zwizualizować sobie kompleksowość i złożoność przedmiotu zamówienia. Jednocześnie wniosek, jaki wysuwał się z lektury warunku udziału pozwalał uznać ten warunek za w pełni proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Skoro bowiem przedmiotem zamówienia jest budowa multimodalnego węzła przeładunku towarów i paliw to postawiony wymóg postaci budowy bazy paliw zdaje się odzwierciedlać oczekiwania zamawiającego co do wymaganego, złożonego doświadczenia wykonawcy.

W ocenie odwołującego II w zakresie doświadczenia, jakim legitymuje się Konsorcjum Mostostal Kraków trudno przyznać, by wykonawca ten legitymował się doświadczeniem odpowiadającym warunkowi udziału. Doświadczenie Konsorcjum Mostostal Kraków obejmuje tylko wykonanie zbiorników paliwa. Na spełnienie analizowanego warunku udziału Konsorcjum Mostostal Kraków przedstawiło w wykazie robót robotę pn.: „Rozbudowa pojemności magazynowej – Terminal Paliw Lublin". W odniesieniu do tego zadania Konsorcjum Mostostal Kraków wskazało w wykazie robót, iż w ramach zadania wykonano „budowę zbiornika o poj. 5000 m^3 wraz z infrastrukturą.". Już tak złożone oświadczenie przez Konsorcjum Mostostal Kraków winno było wzbudzić wątpliwości zamawiającego odnośnie spełnienia warunku udziału przez Konsorcjum Mostostal Kraków. Po pierwsze, z opisu prac w wykazie robót wprost wynika, iż Konsorcjum Mostostal Kraków wykonało wyłącznie budowę zbiornika, a zatem tylko jeden z elementów wskazanych w treści warunku udziału. Sama nazwa zadania – „Rozbudowa pojemności magazynowej" – wydaje się być kompatybilna z zakresem wykonanych prac przez Konsorcjum Mostostal Kraków, tj. wyłącznie budową zbiornika. Po drugie, za powyższym twierdzeniem przemawiają również dokumenty, jakie Konsorcjum Mostal Kraków przedłożyło wraz z wykazem robót, a mianowicie: (i) protokół Odbioru Technicznego Końcowej Fazy Realizacji z dnia 28 sierpnia 2023 r.; (ii) decyzją PINB Pozwolenie na Użytkowanie oraz (iii) protokół z wykonania czynności dozoru technicznego. Zdaniem odwołującego II z żadnego z tych dokumentów nie wynikało, aby Konsorcjum Mostal Kraków wykonało kluczową cześć wymaganą warunkiem udziału, tj. bazę paliw.

Odwołujący NDI zwrócił uwagę na treść każdego z przedłożonych dokumentów. I tak – protokół odbioru technicznego końcowego fazy realizacji wprost odnosił się do odbioru zbiornika nr 7 o pojemności 5000 m^3 i prac ściśle związanych z tymże zbiornikiem. Również dołączony do protokołu wykaz usterek dość jasno pokazywał, iż usterki nie dotyczą szeroko rozumianej bazy paliwowej, a wyłączenie zbiornika (świadczą o tym tytuły kategorii usterek). Przedstawiony przez Konsorcjum Mostostal Kraków protokół odbioru nie pozostawił złudzeń, że w ramach inwestycji nie wykonano budowy bazy paliwowej, a wyłącznie jeden z jego elementów, którego wymagał zamawiającego. Również decyzja Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego pozwalała potwierdzić ten (okrojony) zakres prac, jakie wykonało Konsorcjum Mostostal Kraków. Z treści decyzji o pozwoleniu na użytkowanie wprost bowiem wynikało, iż decyzja dotyczy zbiornika naziemnego oleju napędowego o pojemności 5000 m^3 i wymaganej dla niego infrastruktury. Wreszcie – także złożony przez Konsorcjum Mostostal Kraków protokół z wykonania czynności dozoru technicznego wskazuje, iż Konsorcjum Mostostal Kraków nie było wykonawcą budowy bazy paliw, a wyłącznie samego zbiornika (dokument sprowadza się do oceny parametrów urządzenia – zbiornika). Powyższe dokumenty (doręczone przez samo Konsorcjum Mostostal Kraków), w ocenie odwołującego II, wyraźnie wskazywały na brak doświadczenia tego wykonawcy w budowie bazy paliw. Wykonawca skupił się na zaprezentowaniu doświadczenia w realizacji wyłącznie jednego elementu warunku udziału – zbiornika.

Odwołujący w tym miejscu zaznaczył, że ma świadomość, iż zamawiający nie jest uprawniony do tego, by odrzucić ofertę Konsorcjum Mostostal Kraków bez wcześniej przeprowadzonej procedury poprawienia bądź wyjaśnienia treści wykazu robót budowlanych na podstawie art. 128 ust. 1 lub art. 128 ust. 4 Pzp (w zakresie tej inwestycji).

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili: wykonawca Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Mostostal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie oraz Budimex S.A.

z siedzibą w Warszawie.

W dniu 29 kwietnia 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił uzasadnienie dla powyżej wskazanego wniosku. Tego samego dnia również wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego złożył pismo procesowe wraz z dowodami, które zawierało argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień przez:
- wykonawcę NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1266/24;
- wykonawcę Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1287/24;
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Kraków S.A.
z siedzibą w Krakowie oraz Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanych dalej nadal jako: „Konsorcjum Mostostal Kraków"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 1266/24 i KIO 1287/24.
W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań na podstawie art. 528 Pzp i skierowała oba odwołania na rozprawę w zakresie, który nie podlegał umorzeniu w związku z cofnięciem zarzutów przez obu odwołujących.

W związku z powyższym Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego po stronie zamawiającego w sprawie KIO 1287/24 tj. Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie
o odrzucenie odwołania w części dotyczącej zarzutu podniesionego w pkt II.1) *petitum* odwołania. Przestępujący Warbud wyjaśnił, że odwołujący NDI został 7 marca 2024 r. wezwany do uzupełnienia pełnomocnictwa dotyczącego złożenia oferty i w jego ocenie od tego momentu powinien być liczony termin na wniesienie odwołania odnośnie kwestionowania uznania przez zamawiającego prawidłowości złożonego pełnomocnictwa. Ponadto przystępujący Warbud zwrócił uwagę, że oferta odwołującego II została odrzucona z uwagi na niezłożenie pełnomocnictwa i podkreślił, że odwołujący NDI już w dniu 7 marca 2024 r. uzyskał wiadomość o tym, że zamawiający uznaje pełnomocnictwo za nieprawidłowe. Tym samym przystępujący Warbud stwierdził, że przedmiotowy zarzut należało uznać za spóźniony.
W kontekście powyższego wniosku Izba ustaliła, że odwołujący II, wraz z ofertą złożył dokument w postaci pełnomocnictwa upoważniającego panią B. A. do złożenia i podpisania oferty w postępowaniu. W dalszej kolejności zamawiający pismem z dnia 7 marca 2024 r., na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, wezwał odwołującego II do złożenia pełnomocnictwa dla pani B. A. do reprezentowania spółki, podnosząc, że złożone wraz z ofertą pełnomocnictwo podpisane przez prokurentów jest niezgodne ze sposobem reprezentacji spółki.
W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący NDI pismem z dnia 11 marca 2024 r. udzielił zamawiającemu wyjaśnień w zakresie umocowania oraz reprezentacji spółki. Następnie wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 4 kwietnia 2024 r., zamawiający przekazał również informację o odrzuceniu oferty odwołującego II na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 pit. c) Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego II, zamawiający stwierdził m. in., że nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego II wynikającym z wyjaśnień z dnia 11 marca 2024 r. Ponadto zarzut podniesiony w pkt II.1 *petitum* odwołania odnosił się jednoznacznie do czynności odrzucenia oferty odwołującego NDI na skutek uznania, że pełnomocnictwo podpisane przez dwóch prokurentów spółki dla pani B. A. (podpisującej ofertę) było nieprawidłowe.
Mając powyższe na uwadze Izba nie znalazła powodów do uwzględnienia wniosku przystępującego Warbud o odrzucenie odwołania w sprawie KIO 1287/24 w części dotyczącej zarzutu wskazanego w pkt II.1 *petitum* odwołania. Na wstępie należało wskazać, że kwestionowane przez zamawiającego pełnomocnictwo zostało złożone przez odwołującego II wraz z ofertą. Zamawiający kwestionował prawidłowość tego pełnomocnictwa i wezwał odwołującego NDI do złożenia pełnomocnictwa do złożenia oferty. Odwołujący II nie miał obowiązku złożenia pełnomocnictwa w tym zakresie ponieważ stał na stanowisku, że pełnomocnictwo złożone razem z ofertą jest prawidłowe. Tym samym odwołujący NDI skoncentrował się na udzieleniu zamawiającemu wyjaśnień, które miały potwierdzić prawidłowość złożonego pełnomocnictwa. Zamawiający badał złożone przez odwołującego II wyjaśnienia, jednak się z nimi nie zgodził, czego efektem była czynność odrzucenia oferty odwołującego II z dnia 4 kwietnia 2024 r. Tej czynności dotyczył zarzut

wskazany w pkt II.1 odwołania. W związku z powyższym nie było podstaw do uznania, że przedmiotowy zarzut został wniesiony po terminie, ponieważ termin na kwestionowanie czynności zamawiającego wyznaczał dzień 4 kwietnia 2024 r. tj. dzień odrzucenia oferty odwołującego II. Odwołujący II składając wyjaśnienia w dniu 11 marca 2024 r. nie wiedział jak oceni je zamawiający. Zamawiający przedstawił swoje stanowisko, obejmujące całość okoliczności sprawy tj. ocenę złożonego pełnomocnictwa oraz wyjaśnień odwołującego NDI w dniu 4 kwietnia 2024 r. tj. przy okazji uzasadnienia czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy, zatem ten dzień należało przyjąć jako wyznaczający początek terminu na złożenie odwołania od czynności skarżonej przez odwołującego II. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że zarzut podniesiony w pkt II.1 *petitum* odwołania, nie był spóźniony.

Izba uznała, że obaj odwołujący posiadali interes w uzyskaniu zamówienia oraz mogli ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 1266/24 na posiedzeniu w dniu 30 kwietnia 2024 r. tj. przed otwarciem rozprawy oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w *petitum* odwołania pkt III.1 i III.2, co należało rozumieć jako cofnięcie odwołania w zakresie zarzutów naruszenia:
- art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (pkt III.1);
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 16, art. 17 i zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp (pkt III.2).
Podobnie odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 1287/24 na posiedzeniu tj. jeszcze przed otwarciem rozprawy oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych
w *petitum* odwołania pkt II.2 i II.3, co należało rozumieć jako cofnięcie odwołania w zakresie zarzutów naruszenia:
- art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp (pkt II.2);
- art. 128 ust. 1 i 4 w zw. z art. 122 Pzp (pkt II.3).
Zgodnie z art. 520 ust. 1 Pzp *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*, zaś stosownie do art. 568 pkt 1) Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania*. Skoro dyspozycja zawarta w art. 520 ust. 1 Pzp uprawnia odwołującego do cofnięcia odwołania w całości, wnioskowanie na zasadzie *a maiori ad minus* uzasadnia przyjęcie, że odwołujący może cofnąć odwołanie jedynie w części tj. w zakresie niektórych zarzutów. Potwierdza to art. 522 ust. 3 Pzp,
w którym jest mowa o *wycofaniu pozostałych zarzutów* (nieuwzględnionych przez zamawiającego) – co również stanowi wycofanie odwołania w części. Z treści art. 568 pkt 1 Pzp wynika, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu odwołania.
W związku z powyższym Izba była zobowiązana do umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie, w jakim obaj odwołujący cofnęli odwołania.
Tym samym Izba w punktach 1 sentencji orzeczenia dla obu spraw, na podstawie art. 568 pkt 1 Pzp, umorzyła postępowanie w sprawach oznaczonych sygn. akt KIO 1266/24 i KIO 1287/24 w zakresie powyżej opisanych zarzutów.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:
1)dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na dwóch nośnikach typu pendrive, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 25 kwietnia 2024 r.,
w tym w szczególności:
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ");
- oferty złożone w postępowaniu przez Konsorcjum Mostostal Kraków oraz NDI;
- informację z otwarcia ofert z dnia 12 lutego 2024 r.;
- pismo z dnia 23 lutego 2024 r. stanowiące wezwanie Konsorcjum Mostostal Karków do złożenia podmiotowych środków dowodowych;
- dokumenty złożone przez Konsorcjum Mostostal Kraków w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 1.4.1. ppkt 1a) rozdziału XIII SWZ, tj.: wykaz wykonanych robót budowlanych, protokół nr 67/25031/2023 Odbioru Technicznego Końcowego Fazy Realizacji z dnia 28 sierpnia 2023 r., decyzję PINB – Pozwolenie na użytkowanie decyzja nr 1-83/22 z dnia 25 października 2023 r. oraz protokół z wykonania czynności dozoru technicznego z dnia 25 sierpnia 2023 r.;
- wezwanie z dnia 7 marca 2024 r. skierowane do odwołującego NDI na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp;
- wyjaśnienia odwołującego NDI z dnia 11 marca 2024 r. złożone w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie;
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 4 kwietnia 2024 r., która zawierała również informacje o odrzuceniu oferty odwołującego NDI;

2)dokument załączony do odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1287/24 obejmujący uchwałę nr 2/2020 zarządu NDI Spółka Akcyjna w Sopocie z dnia 30 listopada 2020 r.
o ustanowieniu i udzieleniu prokury łącznej;
3)załączniki do pism procesowych Konsorcjum Mostostal Kraków obejmujące zestawienie wartości wykonanych elementów robót, stanowiące część protokołu odbioru nr 13/23
z dnia 31 sierpnia 2023 r. – wyciąg;
4)dokument złożony na posiedzeniu przez odwołującego I, tj. zapytanie ofertowe nr PKN/2/001675/21 dotyczące zarzutu z pkt III.3 odwołania;
5)dokumenty złożone na posiedzeniu przez odwołującego II:
- 5 grafik/wizualizacji inwestycji dotyczącej postępowania obejmującego terminal paliw
w Lublinie oraz inwestycji związanej z przedmiotowym postępowaniem;
- raport o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko dla projektu rozbudowy pojemności magazynowej terminala paliw w Lublinie;
- stanowisko odwołującego do zakresów prac wykonanych przez Mostostal Kraków wskazanych w protokole złożonym wraz z wykazem robót;
6)dokument złożony na posiedzeniu przez Konsorcjum Mostostal Kraków, tj. protokół odbioru dotyczący wad odbiorowych w zakresie inwestycji odnoszącej się do rozbudowy terminala paliwowego w Lublinie.

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu określonym w rozdziale XIII pkt 1.4.1. ppkt 1) SWZ, wykonawca zobowiązany jest wykazać że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej:
1) jedną robotę budowlaną w zakresie:
a) budowy bazy paliw dla produktów naftowych, posiadającej co najmniej jeden zbiornik
o pojemności nie mniejszej niż 1000m3;
lub
b) budowy instalacji do przesyłania i tankowania produktów naftowych o długości rurociągów nie mniejszej niż 300m i wydajności układu pompowego nie mniejszej niż 1500 l/min.
Ponadto w końcowej części pkt 1.4 rozdziału XIII SWZ zamawiający wskazał, że*Pod pojęciem* ***„budowy”*** *należy rozumieć wykonanie nowego obiektu w określonym miejscu lub rozbudowę*.
W rozdziale XXVII SWZ zamawiający dokonał opisu kryteriów oceny ofert wraz
z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Z przedmiotowego rozdziału SWZ wynikało, że jedynym kryterium oceny ofert zastosowanym w postępowaniu było kryterium ceny, któremu zamawiający przypisał wagę 100%. Ponadto badaniu miały podlegać ceny ofert wyrażone brutto.
Termin składania ofert w postępowaniu upłynął w dniu 12 lutego 2024 r.
W postępowaniu zostało złożonych 6 ofert. Trzy oferty z najniższymi cenami zostały złożone przez:
- Konsorcjum Mostostal Kraków – cena oferty: 144 387 267,15 zł brutto (oferta z najniższą ceną);
- odwołującego NDI – cena oferty: 144 945 150,34 zł brutto;
- odwołującego Warbud – cen oferty: 157 703 828,85 zł brutto.
Pismem z dnia 23 lutego 2024 r. zamawiający, na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp, wezwał Konsorcjum Mostostal Kraków do złożenia podmiotowych środków dowodowych,
w tym również dokumentów mających potwierdzić spełnienie warunku udziału
w postępowaniu opisanego w ppkt 1.4.1 rozdziału XIII SWZ.
Na potwierdzenie spełniania tego warunku Konsorcjum Mostostal Kraków w wykazie robót wskazało inwestycję pod nazwą *„Rozbudowa pojemności magazynowej – Terminal Paliw Lublin” – budowa zbiornika o poj. 5000m3 wraz z infrastrukturą*. W celu potwierdzenia należytego wykonania ww. roboty Konsorcjum Mostostal Kraków załączyło do wykazu :
- protokół Odbioru Technicznego Końcowego Fazy Realizacji nr 67/25031/2023 z dnia 28 sierpnia 2023 r.;
- decyzję PINB – Pozwolenie na użytkowanie DECYZJA NR 1-83/22 z dnia 25 października 2023 r.;
- protokół z wykonania czynności dozoru technicznego z dnia 25 sierpnia 2023 r.
Odwołujący NDI, wraz ze złożoną ofertą przedłożył dokument w postaci pełnomocnictwa upoważniającego panią B. A. do złożenia i podpisania oferty
w postępowaniu. Pełnomocnictwo dla pani B. A. podpisane zostało przez dwóch prokurentów spółki – panią M. K. – S. oraz panią D. M. Prokurenci wskazani zostali
w informacji z Krajowego Rejestru Sądowego.

Pismem z dnia 7 marca 2024 r. zamawiający wezwał odwołującego NDI do złożenia pełnomocnictwa dla pani B. A. do reprezentowania spółki, podnosząc, że złożone wraz
z ofertą pełnomocnictwo podpisane przez prokurentów było niezgodne ze sposobem reprezentacji spółki. Jednocześnie w tym zakresie zamawiający przytoczył przyjęty w KRS sposób reprezentacji zarządu.

Pismem z dnia 11 marca 2024 r. odwołujący NDI udzielił zamawiającemu wyjaśnień w zakresie umocowania oraz reprezentacji spółki. Z treści wyjaśnień wynikało, że:
- w spółce odwołującego NDI zarząd jest jednoosobowy;
- organem uprawnionym do reprezentacji jest zarząd – czyli prezes zarządu działający samodzielnie;
- w spółce zostali ustanowieni prokurenci: jeden prokurent samoistny i dwóch mających udzieloną prokurę łączną;
- w spółce odwołującego NDI nie występuje sytuacja, gdy jeden członek zarządu działa łącznie z prokurentem, bo taki przypadek wszedłby w życie gdyby w skład zarządu wchodziła więcej niż jedna osoba oraz zostałoby to ujawnione w odpisie z KRS, a takiej informacji nie ma.

Tym samym w ocenie odwołującego II pełnomocnictwo dla pani B. A. z dnia 9 lutego 2024 r. do reprezentowania odwołującego II w postępowaniu w szczególności do podpisania oferty –zostało prawidłowo podpisane przez prokurentów.

W dniu 4 kwietnia 2024 zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty
w postępowaniu. Zamawiający jako najkorzystniejszą uznał ofertę Konsorcjum Mostostal Kraków. Na drugim miejscu w rankingu ofert została sklasyfikowana oferta odwołującego Warbud. Wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej, zamawiający przekazał również informację o odrzuceniu oferty odwołującego NDI. Podstawą odrzucenia oferty odwołującego NDI był art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp. Uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego NDI można sprowadzić do stwierdzenia, że skoro w opisowej części KRS dotyczącej reprezentacji podmiotu nie widniało uregulowanie „dwóch prokurentów łącznie", to nie było możliwe udzielenie pełnomocnictwa przez prokurentów wskazanych w KRS. Zamawiający w swoim uzasadnieniu oparł się przede wszystkim na art. 373 § 1 ksh.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 128 ust. 1 i 4 Pzp – *1. 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.
(…)
4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.;
- art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp – *Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.*;
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*
(…)
została złożona przez wykonawcę:
(…)
b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub
c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;
- art. 109^1 § 1 i 2 kc – *§ 1. Prokura jest pełnomocnictwem udzielonym przez przedsiębiorcę podlegającego obowiązkowi wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej albo do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, które obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa.*
§ 2. Nie można ograniczyć prokury ze skutkiem wobec osób trzecich, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej;
- art. 109^4 § 1 kc – *Prokura może być udzielona kilku osobom łącznie (prokura łączna) lub oddzielnie.*;
- art. 373 §1 i 3 ksh – *§ 1. Jeżeli zarząd jest wieloosobowy, sposób reprezentowania spółki określa jej statut. Jeżeli statut nie zawiera żadnych postanowień w tym przedmiocie, do składania oświadczeń w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem.*
(…)

§ 3. Przepisy § 1 i § 2 nie wyłączają ustanowienia prokury i nie ograniczają praw prokurentów wynikających z przepisów o prokurze.;
- art. 122 Pzp – *Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu*.;
- art. 16 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

KIO 1266/24

W ramach przedmiotowej sprawy ostatecznie rozpoznaniu podlegał tylko jeden zarzut, oznaczony w *petitum* odwołania pkt III.3, który dotyczył okoliczności spełnienia przez Konsorcjum Mostostal Kraków warunku udziału w postepowaniu określonego w rozdziale XIII pkt. 1.4.1 ppkt 1 SWZ. Pozostałe zarzuty w związku ze złożonym na posiedzeniu oświadczeniem odwołującego I o ich cofnięciu, nie zostały merytorycznie rozpoznane,
a postępowanie odwoławcze w tym zakresie zostało umorzone.
Odnosząc się zarzutu podlegającego rozpoznaniu Izba przyznała zasadność argumentacji zamawiającego przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie, w której trafnie wskazano, że kwestionowany przez odwołującego I warunek udziału w postępowaniu
w rozdziale XIII pkt 1.4.1 SWZ zawierał adnotację o treści:*Pod pojęciem **„budowy”** należy rozumieć wykonanie nowego obiektu w określonym miejscu lub rozbudowę*. Tym samym zamawiający w celu spełnienia przedmiotowego warunku dopuścił również rozbudowę. Mając na uwadze powyższe, warunek kwestionowany przez odwołującego Warbud można było zinterpretować również jako dopuszczający doświadczenie w realizacji jednej roboty budowlanej w zakresie: rozbudowy bazy paliw dla produktów naftowych, posiadającej co najmniej jeden zbiornik o pojemności nie mniejszej niż 1000 m^3. Skład orzekający miał przy tym świadomość, że spełnienie tego warunku w przypadku doświadczenia polegającego na rozbudowie było znacznie łatwiejsze niż w przypadku budowy rozumianej jako wykonanie nowego obiektu w określonym miejscu. Jednakże takie rozumienie wynikało z konstrukcji warunku zaprezentowanej w SWZ i powinno być stosowane wobec wykonawców. Dopuszczone było zatem, zgodnie z tym warunkiem, wykazanie się rozbudową istniejącej bazy paliw dla produktów naftowych, posiadającej co najmniej jeden zbiornik o pojemności nie mniejszej niż 1000 m^3.
W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba nie miała wątpliwości, że Konsorcjum Mostostal Kraków realizując zadanie pn. *Rozbudowa pojemności magazynowej - Terminal Paliw Lublin* rozbudowało istniejący terminal paliw (czyli bazę paliw) zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu. Brak tych wątpliwości wynikał m. in. z dokumentów złożonych przez Konsorcjum Mostostal Kraków zarówno na potwierdzenie spełnienia warunku, jak i w trakcie postępowania odwoławczego. Protokołem Odbioru Technicznego Końcowego Fazy Realizacji z dnia 28 sierpnia 2023 r. nr 67/25031/2023 potwierdzono wykonanie zamkniętej części przedmiotu umowy (fazy realizacji), obejmującej swoim zakresem nie tylko wykonanie i odebranie zbiornika, ale także infrastrukturę towarzyszącą dotyczącą tej rozbudowy.
W wyniku wykonanych prac inwestor uzyskał powiększenie bazy magazynowej Terminala Paliw w Lublinie o zbiornik nr 7 o pojemności 5000 m^3, a więc miała miejsce rozbudowa bazy paliw dla produktów naftowych, posiadającej co najmniej jeden zbiornik o pojemności nie mniejszej niż 1000 m^3. Jak wyjaśniło Konsorcjum Mostostal Kraków w piśmie procesowym, do dnia 28 sierpnia 2023 r. na referencyjnej inwestycji wykonano m.in. następujące roboty budowlane w zakresie rozbudowy bazy paliw dla produktów naftowych:
- wykonanie kompletu prac remontowych i adaptacyjnych budynku administracyjnego związanych z przeniesieniem oraz rozbudową dyspozytorni roboty budowlane, wykończeniowe oraz wyposażenie pomieszczeń;
- budowę nowego zbiornika ON Z-7 o pojemności 5 000 m^3, o osi pionowej z dachem stałym, ścianą osłonową i podwójnym dnem wraz z wyposażeniem technologicznym
i opomiarowaniem;

- modernizację istniejącego zbiornika Z-1 o pojemności 5 000 m^3 w związku z zwiększeniem wydajności nalewu ON (montaż nowych króćców DN 450, montaż zaworów oddechowych, wzmocnienie konstrukcji dachu, wykonanie zabezpieczenia antykorozyjnego, odbiór UDT, legalizacja zbiornika OUM, wymiana systemy pomiarowego ENRAF);
- budowę nowych dróg dojazdowych oraz placów manewrowych i placów p.poż.;
- budowę nowych instalacji sanitarnych, kanalizacji deszczowej, wody pitnej, instalacji pianowej instalacji wody pożarowej;
- budowę nowej pompowni technologicznej resztkowania P1;
- rozbudowę pompowni załadunkowej;
- budowę nowych rurociągów technologicznych wraz z robotami budowlanymi;
- orurowanie nowego zbiornika Z-7 poj. 5000 m^3 DN 450 ON, DN400 ON, DN100 ON (rozładunkowe, ssące) oraz DN25(ON (zasilający) wraz z armaturą i wyposażeniem;
- przebudowę orurowania modernizowanych zbiorników Z-1, Z-5;
- budowę nowego orurowania pomp estrów Z-2;
- budowę nowych rurociągów kolektorowych DN 450 .003 ON, DN 450 .004 ON, DN400 .301 ON (łączących zbiornik oraz od zbiorników do pompowni załadunkowej);
- modernizację rozdzielnicy elektrycznej RPN1 związanej z rozbudową pojemności magazynowej bazy paliw;
- instalację branży elektrycznej przepompowni załadunkowej, pompowni rozładunkowej pompowni ppoż., nowego zbiornika nr 7, modernizowanego zbiornika nr 1, oświetlenia drogi dojazdowej nr 7.

Konsorcjum Mostostal Kraków zwróciło również uwagę, że z kontraktu o wartości 52,2 mln złotych wykonano na dzień 31 sierpnia 2023 r. roboty o wartości 31,2 mln złotych tj. blisko 60% zakresu wszystkich prac objętych inwestycją. W tym, co należało podkreślić, i co wynikało wprost z dołączonych do oferty dokumentów odbiorowych, wykonana i odebrana została ta konkretna samodzielna faza realizacji w wyniku, której doszło do rozbudowy bazy paliw w Lublinie, i która poszerzyła jej zdolności magazynowe o 5000 m^3. Pozostała część inwestycji związana była przede wszystkim z modernizacją pozostałych istniejących w bazie paliw zbiorników i ich infrastrukturą towarzyszącą. Te elementy zostały objęte kolejnymi fazami inwestycji i zostały z uwagi na potrzeby bieżącego funkcjonowania Terminala Paliw rozciągnięte w czasie z końcowym terminem realizacji wyznaczonym na 2025 r.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można było pominąć, że Konsorcjum Mostostal Kraków na potwierdzenie prawidłowości i należytego wykonania prac przekazało trzy dokumenty wydane przez różne podmioty i jednostki, które w sposób bezsporny potwierdziły prawidłowość dokonanej realizacji. Decyzja o pozwoleniu na użytkowanie PINB nr 1-83/22 z dnia 25 sierpnia 2023 r., co do której odwołujący I formułował konkretne wątpliwości, nie obejmowała swoim zakresem wszystkich wykonanych na dzień jej wydania prac w ramach rozbudowy bazy paliw, a jedynie tych prac, które zostały zgłoszone przez inwestora dla potrzeb uruchomienia i użytkowania zbiornika nr 7, czyli etapu prac niezbędnego dla prawidłowego funkcjonowania Terminala Paliw. Należało przy tym zwrócić uwagę, że Konsorcjum Mostostal Kraków w celu kompleksowego wyjaśnienia zakresu realizowanych robót w ramach inwestycji rozbudowy Terminala Paliw Lublin posłużyło się trzema kompatybilnymi dokumentami, które analizowane łącznie dawały obraz wykonanych prac.

Izba przyjęła powyżej opisane stanowisko Konsorcjum Mostostal Kraków kierując się zasadą kontradyktoryjności postępowania odwoławczego. Odwołujący I nie zakwestionował, ani nie podważył stanowiska ww. wykonawcy, zatem Izba nie znalazła powodów do tego, aby nie przyznać racji Konsorcjum Mostostal Kraków. Ponadto stanowiska odwołującego I nie potwierdził złożony przez niego dowód. Z dowodu tego wynikało, że przedmiotem zapytania ofertowego, którego efektem była referencyjna robota budowlana była rozbudowa bazy paliw dla produktów naftowych, posiadającej co najmniej jeden zbiornik o pojemności nie mniejszej niż 1000 m^3. Co przy tym istotne w ocenie składu orzekającego wykonana część robót na dzień składania ofert, pomimo tego, że nie obejmowała całego zakresu objętego umową, potwierdzała w wystarczającym stopniu doświadczenie Konsorcjum Mostostal Kraków w zakresie warunku udziału w postępowaniu.

Reasumując Izba stwierdziła, że nie było podstaw do wezwania Konsorcjum Mostostal Kraków do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie wskazanego w odwołaniu warunku udziału w postępowaniu. Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP i w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) Pzp.

KIO 1287/24

W ramach przedmiotowej sprawy ostatecznie rozpoznaniu podlegały w zasadzie dwa zarzuty, oznaczone w *petitum* odwołania pkt II.1 i II.4, które dotyczyły okoliczności odrzucenia oferty odwołującego NDI oraz spełnienia przez Konsorcjum Mostostal Kraków warunku udziału w postepowaniu określonego w rozdziale XIII pkt. 1.4.1 ppkt 1 SWZ. Zarzut podniesiony w pkt II.5 oczywiście także podległ rozpoznaniu, niemniej miał on charakter wynikowy wobec

pozostałych podlegających rozpoznaniu zarzutów i jego losy zależały od rozstrzygnięcia wynikającego z wcześniejszych zarzutów. Pozostałe zarzuty w związku ze złożonym na posiedzeniu oświadczeniem odwołującego II o ich cofnięciu, nie zostały merytorycznie rozpoznane, a postępowanie odwoławcze w tym zakresie zostało umorzone.

W pierwszej kolejności skład orzekający skupił się na zarzucie wskazanym w pkt II.4 *petitum* odwołania, który odnosił się do okoliczności spełnienia przez Konsorcjum Mostostal Kraków warunku udziału w postepowaniu określonego w rozdziale XIII pkt. 1.4.1 ppkt 1 SWZ. W tym zakresie Izba w całej rozciągłości podtrzymała stanowisko wyrażone powyżej, tj. przy okazji rozstrzygnięcia sprawy o sygn. akt KIO 1266/24.

W związku z tym Izba stwierdziła, że odnosząc się do przedmiotowego zarzutu należało przyznać zasadność argumentacji zamawiającego przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie, w której trafnie wskazano, że kwestionowany przez odwołującego II warunek udziału w postępowaniu rozdziale XIII pkt 1.4.1 SWZ zawierał adnotację o treści *Pod pojęciem **„budowy”** należy rozumieć wykonanie nowego obiektu w określonym miejscu lub rozbudowę*. Tym samym zamawiający w celu spełnienia przedmiotowego warunku dopuścił również rozbudowę. Mając na uwadze powyższe, warunek kwestionowany przez odwołującego NDI można było zinterpretować również jako dopuszczający doświadczenie

w realizacji jednej roboty budowlanej w zakresie: rozbudowy bazy paliw dla produktów naftowych, posiadającej co najmniej jeden zbiornik o pojemności nie mniejszej niż 1000 m^3. Skład orzekający miał przy tym świadomość, że spełnienie tego warunku w przypadku doświadczenia polegającego na rozbudowie było znacznie łatwiejsze niż w przypadku budowy rozumianej jako wykonanie nowego obiektu w określonym miejscu. Jednakże takie rozumienie wynikało z konstrukcji warunku zaprezentowanej w SWZ i powinno być stosowane wobec wykonawców. Dopuszczone było zatem, zgodnie z tym warunkiem, wykazanie się rozbudową istniejącej bazy paliw dla produktów naftowych, posiadającej co najmniej jeden zbiornik o pojemności nie mniejszej niż 1000 m^3.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba nie miała wątpliwości, że Konsorcjum Mostostal Kraków realizując zadanie pn. *Rozbudowa pojemności magazynowej - Terminal Paliw Lublin* rozbudowało istniejący terminal paliw (czyli bazę paliw) zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu. Brak tych wątpliwości wynikał m. in. z dokumentów złożonych przez Konsorcjum Mostostal Kraków zarówno na potwierdzenie spełnienia warunku, jak i w trakcie postępowania odwoławczego. Protokołem Odbioru Technicznego Końcowego Fazy Realizacji z dnia 28 sierpnia 2023 r. nr 67/25031/2023 potwierdzono wykonanie zamkniętej części przedmiotu umowy (fazy realizacji), obejmującej swoim zakresem nie tylko wykonanie i odebranie zbiornika, ale także infrastrukturę towarzyszącą dotyczącą tej rozbudowy.

W wyniku wykonanych prac inwestor uzyskał powiększenie bazy magazynowej Terminala Paliw w Lublinie o zbiornik nr 7 o wielkości 5000 m^3, a więc miała miejsce rozbudowa bazy paliw dla produktów naftowych, posiadającej co najmniej jeden zbiornik o pojemności nie mniejszej niż 1000 m^3. Jak wyjaśniło Konsorcjum Mostostal Kraków w piśmie procesowym do dnia 28 sierpnia 2023 r. na referencyjnej inwestycji wykonano m.in. następujące roboty budowlane w zakresie rozbudowy bazy paliw dla produktów naftowych:

- wykonanie kompletu prac remontowych i adaptacyjnych budynku administracyjnego związanych z przeniesieniem oraz rozbudową dyspozytorni roboty budowlane, wykończeniowe oraz wyposażenie pomieszczeń;
- budowę nowego zbiornika ON Z-7 o pojemności 5 000 m^3, o osi pionowej z dachem stałym, ścianą osłonową i podwójnym dnem wraz z wyposażeniem technologicznym
i opomiarowaniem;
- modernizację istniejącego zbiornika Z-1 o pojemności 5 000 m^3 w związku z zwiększeniem wydajności nalewu ON (montaż nowych króćców DN 450, montaż zaworów oddechowych, wzmocnienie konstrukcji dachu, wykonanie zabezpieczenia antykorozyjnego, odbiór UDT, legalizacja zbiornika OUM, wymiana systemy pomiarowego ENRAF);
- budowę nowych dróg dojazdowych oraz placów manewrowych i placów p.poż.;
- budowę nowych instalacji sanitarnych, kanalizacji deszczowej, wody pitnej, instalacji pianowej instalacji wody pożarowej;
- budowę nowej pompowni technologicznej resztkowania P1;
- rozbudowę pompowni załadunkowej;
- budowę nowych rurociągów technologicznych wraz z robotami budowlanymi;
- orurowanie nowego zbiornika Z-7 poj. 5000 m^3 DN 450 ON, DN400 ON, DN100 ON (rozładunkowe, ssące) oraz DN25(ON (zasilający) wraz z armaturą i wyposażeniem;
- przebudowę orurowania modernizowanych zbiorników Z-1, Z-5;
- budowę nowego orurowania pomp estrów Z-2;
- budowę nowych rurociągów kolektorowych DN 450 .003 ON, DN 450 .004 ON, DN400 .301 ON (łączących zbiornik oraz od zbiorników do pompowni załadunkowej);

- modernizację rozdzielnicy elektrycznej RPN1 związanej z rozbudową pojemności magazynowej bazy paliw;
- instalację branży elektrycznej przepompowni załadunkowej, pompowni rozładunkowej pompowni ppoż., nowego zbiornika nr 7, modernizowanego zbiornika nr 1, oświetlenia drogi dojazdowej nr 7.

Konsorcjum Mostostal Kraków zwróciło również uwagę, że z kontraktu o wartości 52,2 mln złotych wykonano na dzień 31 sierpnia 2023 r. roboty o wartości 31,2 mln złotych tj. blisko 60% zakresu wszystkich prac objętych inwestycją. W tym, co należało podkreślić, i co wynikało wprost z dołączonych do oferty dokumentów odbiorowych, wykonana i odebrana została ta konkretna samodzielna faza realizacji w wyniku, której doszło do rozbudowy bazy paliw w Lublinie, i która poszerzyła jej zdolności magazynowe o 5000 m^3. Pozostała część inwestycji związana była przede wszystkim z modernizacją pozostałych istniejących w bazie paliw zbiorników i ich infrastrukturą towarzyszącą. Te elementy zostały objęte kolejnymi fazami inwestycji i zostały z uwagi na potrzeby bieżącego funkcjonowania Terminala Paliw rozciągnięte w czasie z końcowym terminem realizacji wyznaczonym na 2025 r.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można było pominąć, że Konsorcjum Mostostal Kraków na potwierdzenie prawidłowości i należytego wykonania prac przekazało trzy dokumenty wydane przez różne podmioty i jednostki, które w sposób bezsporny potwierdziły prawidłowość dokonanej realizacji. Decyzja o pozwoleniu na użytkowanie PINB nr 1-83/22 z dnia 25 sierpnia 2023 r., nie obejmowała swoim zakresem wszystkich wykonanych na dzień jej wydania prac w ramach rozbudowy bazy paliw, a jedynie tych prac, które zostały zgłoszone przez inwestora dla potrzeb uruchomienia i użytkowania zbiornika nr 7 czyli etapu prac niezbędnego dla prawidłowego funkcjonowania Terminala Paliw. Należało przy tym zwrócić uwagę, że Konsorcjum Mostostal Kraków w celu kompleksowego wyjaśnienia zakresu realizowanych robót w ramach inwestycji rozbudowy Terminala Paliw Lublin posłużyło się trzema kompatybilnymi dokumentami, które analizowane łącznie dawały obraz wykonanych prac.

Izba przyjęła powyżej opisane stanowisko Konsorcjum Mostostal Kraków kierując się zasadą kontradyktoryjności postępowania odwoławczego. Odwołujący NDI nie zakwestionował, ani nie podważył stanowiska ww. wykonawcy, zatem Izba nie znalazła powodów do tego, aby nie przyznać racji Konsorcjum Mostostal Kraków. Ponadto stanowiska odwołującego II nie potwierdziły złożone przez niego dowody. Przez złożone dowody odwołujący II próbował wykazać, że robota budowlana wskazana przez Konsorcjum Mostostal Kraków obejmowała wyłącznie instalację zbiornika o pojemności 5000 m^3, a nie budowę bazy paliw, przez co nie można było uznać, że ww. wykonawca spełnił warunek określony w rozdziale XIII pkt 1.4.1 ppkt 1) SWZ. Jak ustaliła powyżej Izba zamawiający w celu spełnienia przedmiotowego warunku dopuścił możliwość wykazania się doświadczeniem w zakresie rozbudowy istniejącej bazy paliw dla produktów naftowych, posiadającej co najmniej jeden zbiornik

o pojemności nie mniejszej niż 1000 m^3. Doświadczenie Konsorcjum Mostostal Kraków wpisywało się w zakres tak rozumianego warunku. Co przy tym istotne w ocenie składu orzekającego wykonana część robót na dzień składania ofert, pomimo, że nie obejmowała całego zakresu objętego umową, potwierdzała w wystarczającym stopniu doświadczenie Konsorcjum Mostostal Kraków w zakresie warunku udziału w postępowaniu.

Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 122 Pzp.

W przypadku zarzutu podniesionego w pkt II.1*petitum* odwołania, Izba w pełnej rozciągłości przyznała rację odwołującemu NDI i uznała zasadność przedmiotowego zarzutu.

Jak słusznie argumentował odwołujący NDI prokura to instytucja uregulowana w artykułach od 109^1 do 109^8 kc. Zgodnie z ustawową definicją zawartą w przepisach kodeksu cywilnego, jest to szczególny rodzaj pełnomocnictwa, które udzielone może zostać wyłącznie przez przedsiębiorcę, a dokładnie – przez przedsiębiorcę podlegającego obowiązkowi wpisu do CEIDG albo do rejestru przedsiębiorców KRS. Prokura sprowadza się do udzielenia upoważnienia do podejmowania czynności związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej przez mocodawcę. Prokurent umocowany jest do dokonywania czynności sądowych i materialnoprawnych. Innymi słowy, prokura to nic innego jak pełnomocnictwo dla osoby fizycznej, upoważniające je do podejmowania czynności w imieniu przedsiębiorcy. Zgodnie z art. 109^8 § 1 kc udzielenie prokury zgłasza się do CEIDG lub rejestru przedsiębiorców KRS, co w rezultacie oznacza, iż fakt jej udzielenia odnotowywany jest

w odpowiednim dla danego przedsiębiorcy rejestrze.

Tymczasem argumentacja zamawiającego mająca uzasadniać wadliwość pełnomocnictwa udzielonego pani B. A. sprowadzała się właściwie do zignorowania instytucji prokury, przy jednoczesnym błędnym odczytaniu informacji wynikających z informacji z KRS. Jak wynikało z KRS odwołującego II reprezentacja jego spółki przez zarząd rozróżniona została na reprezentację w dwóch przypadkach, a mianowicie – w przypadku zarządu jednoosobowego – zarząd reprezentować miał prezes zarządu samodzielnie, w przypadku zarządu wieloosobowego – zarząd reprezentować miał: prezes zarządu samodzielnie lub działający łącznie dwaj pozostali członkowie zarządu albo (iii) jeden członek zarządu działający łącznie z prokurentem. W skład zarządu spółki odwołującego II wchodziła tylko jedna osoba – prezes. Tym samym już bardzo pobieżna analiza treści informacji z KRS odwołującego NDI pozwalała wysnuć

wniosek co do modelu reprezentacji zarządu w jego spółce – reprezentacja ta była samodzielna (tj. reprezentował prezes spółki samodzielnie). Już więc na tej podstawie przyjęte rozważania przez zamawiającego w zakresie art. 373 § 1 ksh nie mogły znaleźć zastosowania. Przywołany przepis jednoznacznie wskazuje, w jakich sytuacjach znajdzie on swoje zastosowanie – w sytuacji, gdy zarząd spółki jest wieloosobowy. Skoro więc w spółce odwołującego II nie funkcjonował zarząd wieloosobowy, to argumentacja zamawiającego opierająca się wyłącznie na tym przepisie musiała okazać się chybiona. Niezależnie od tego, że przepis art. 373 § 1 ksh nie znajdował zastosowania w analizowanym przypadku, to jasnym było, że w polskim porządku prawnym rozróżnia się instytucję prokury od instytucji zarządu i sposobu jego reprezentacji. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego II pominął w swoim wywodzie dyspozycję art. 373 § 3 ksh. Innymi słowy – ustawodawca wprost wskazał, iż niezależnie od tego w jaki sposób uregulowany będzie model reprezentacji zarządu przy zarządzie wieloosobowym, model ten nie wyłącza uprawnień prokurenta, które to uprawnienia prokurent uzyskał w ramach odrębnego umocowania. Istotą art. 373 ksh w zakresie zarządu wieloosobowego jest uregulowanie sposobu działania członków zarządu – nie prokury. Dyspozycja art. 373 ksh nie stanowi odrębnego uregulowania zakresu czynności prokurenta. Wskazana w KRS rubryka „sposób reprezentacji podmiotu" odnosi się wyłącznie do reprezentacji zarządu. Prokura nie odnosi się zaś do reprezentacji zarządu, lecz do reprezentacji podmiotu gospodarczego. Skoro więc prokura (czy to samoistna czy łączna) pozostaje instytucją odrębną od zarządu i widnieje wprost w KRS (w rubryce 3), to nie istnieje wymóg opisowego przedstawiania działania prokurentów w rubryce „sposób reprezentacji podmiotu". Z samego już rodzaju prokury (samoistna lub łączna) wynika w jakim zakresie prokurent może działać (jeśli prokura jest łączna – nie jest wymagane ujawnianie dodatkowo w KRS, że polega ona na możliwości działania z drugim prokurentem lub członkiem zarządu). Prokurenci działają niezależnie do zarządu, a przy tym zgodnie z art. 109^1 § 2 kc prokury nie można ograniczyć ze skutkiem wobec osób trzecich.

Przywołany przez zamawiającego przepis odnosi się więc ściśle do możliwej kombinacji reprezentacji spółki przez zarząd. Tymczasem w przypadku odwołującego NDI reprezentacja zarządu została czytelnie określona – w przypadku zarządu jednoosobowego – zarząd reprezentuje prezes samodzielnie, w przypadku wieloosobowego – zarząd reprezentuje prezes samodzielnie lub dwóch członków zarządu łącznie albo członek zarządu z prokurentem. To czego zdawał się nie dostrzegać zamawiający to różnica między reprezentacją zarządu a instytucją prokury. Zarząd to organ spółki, którego reprezentacja określona jest ustawowo i statutowo. Jako że zarząd jest organem spółki to sposób jego reprezentacji musi być odpowiednio uregulowany. Prokura nie jest organem spółki – to instytucja prawna, której celem jest wyznaczenie osób do reprezentowania przedsiębiorcy w czynnościach sądowych i pozasądowych. Prokura ograniczona może być wyłącznie zakresem pełnomocnictwa udzielonym przez przedsiębiorcę. Nie ograniczają zakresu czy charakteru prokury przepisy dotyczące reprezentacji zarządu, co dosadnie potwierdza przepis art. 373 § 3 ksh. Już sam ten przepis, wprost wskazuje, że w przypadku zarządu wieloosobowego, wymogi w zakresie reprezentacji zarządu nie ograniczają ustalonej w strukturach spółki prokury. Innymi słowy – przewidziana forma reprezentacji zarządu w spółce w żadnym wypadku nie wpływa na udzieloną w spółce prokurę.

Niezależny charakter prokury od ustalonej formy reprezentacji zarządu potwierdziło postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 lipca 2013 r. sygn. akt IV CZ 64/13., w którym wskazano, że: *Przepisy ustawy lub postanowienia umowy (statutu) przewidujące możliwość reprezentowania spółki kapitałowej przez członka zarządu łącznie z prokurentem nie ograniczają kompetencji prokurentów wynikającej z przepisów o prokurze. To zatem, że członek zarządu może działać skutecznie w imieniu spółki kapitałowej tylko łącznie z innym członkiem zarządu lub prokurentem, nie pozbawia osoby, której udzielono prokury oddzielnej, możliwości skutecznego samodzielnego działania w imieniu spółki kapitałowej w charakterze prokurenta. Podobnie osoby, którym udzielono prokury łącznej, mogą jako prokurenci działać wspólnie w imieniu spółki kapitałowej, bez konieczności współdziałania z nimi członka zarządu*.

Izba doszła do przekonania, że czynność zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty odwołującego II była nieprawidłowa. Pani B. A. uzyskała umocowanie do podpisania oferty w imieniu odwołującego II od prokurentów, dla których ustanowiono prokurę łączną (widniejącą w KRS). Osoby te (prokurenci) posiadały niezależne od zarządu uprawnienia do działania w imieniu spółki (mieli prawo udzielić pełnomocnictwa), zaś sam fakt umocowania do działania prokurentów w imieniu spółki nie był uzależniony od wpisu w rubryce „sposób reprezentacji podmiotu" odnoszącego się ściśle do zarządu. Sposób reprezentacji przez prokurentów wynikał z rubryki 3, w której wskazani zostali wszyscy prokurenci spółki wraz z określeniem rodzaju udzielonej im prokury. Brak informacji o prokurentach w rubryce „sposób reprezentacji podmiotu" nie był więc uchybieniem i nie mógł świadczyć o ograniczeniu uprawnień prokurentów. Ponadto celem dodatkowego wykazania istnienia prokury łącznej prokurentów, odwołujący II jako dowód złożył wraz z odwołaniem uchwałę nr 2/2020 Zarządu NDI Spółka Akcyjna w Sopocie z dnia 30

listopada 2020 r. o ustanowieniu
i udzieleniu prokury łącznej, która ostatecznie potwierdziła zasadność przedmiotowego zarzutu. W wyniku tego zamawiający niezasadnie odrzucił ofertą odwołującego NDI.
W konsekwencji Izba uznała, że zarzut znalazł potwierdzenie, jednak ustalenie
w powyższym zakresie, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie mogło doprowadzić do uwzględnienia odwołania. Zgodnie z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W ocenie składu orzekającego naruszenie wykazane przez odwołującego NDI, związane z zasadnością zarzutu z pkt II.1, nie miało lub nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. W tym kontekście należało wyjaśnić, że jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu była cena (waga tego kryterium wynosiła 100%). Cena oferty odwołującego II była niższa od ceny zaoferowanej przez Konsorcjum Mostostal Kraków. Przy czym zarzuty podniesione wobec oferty Konsorcjum Mostostal Kraków zostały oddalone, co oznaczało, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, przy badaniu ofert w postępowaniu oferta tego wykonawcy, zostałaby sklasyfikowana wyżej od oferty odwołującego NDI. Innymi słowy zamawiający badając oferty w postępowaniu, nawet z uwzględnieniem oferty odwołującego NDI i tak ostatecznie musiałby dokonać wyboru oferty Konsorcjum Mostostal Kraków, ponieważ cena oferty tego wykonawcy będzie najniższa spośród wszystkich złożonych ofert w postępowaniu. Tym samym ze względu na brak istotnego wpływ na wynik postępowania Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. z art. 109^1 § 1 i 2 kc w zw. z art. 109^4 § 1 kc w zw. z art. 373 § 1 i 3 ksh.
W konsekwencji oddalenia powyżej wskazanych zarzutów, oddaleniu podlegał również zarzut naruszenia art. 16 Pzp, który miał charakter wynikowy wobec obu rozpoznanych uprzednio zarzutów.

W związku z powyższym Izba uznała, że oba odwołania podlegały oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

Ponadto Izba wskazała, że podstawą wydania orzeczenia łącznego w sprawach o sygn. akt KIO 1266/24 i KIO 1287/24, był art. 556 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) i d) w zw. z § 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 od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisów od obu odwołań
i koszt wynagrodzenia pełnomocników obu odwołujących oraz zasądzając od odwołującego Warbud na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania obejmujące: wynagrodzenie pełnomocnika (3 600 zł) oraz opłaty od pełnomocnictw (51 zł) – na podstawie rachunków i wniosku złożonego na rozprawie.

Przewodniczący:……..……
……..……
……..……