Sygn. akt: KIO 577/25

WYROK

Warszawa, dnia 7 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Adriana Urbanik

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 17 lutego 2025 r. przez wykonawcę M.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Lireco Eco M.K. z siedzibą w Gdyni w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Poznań – Palmiarnia Poznańska

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów tiret pierwsze-trzecie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,

a w konsekwencji, czynności unieważnienia postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny oferty odwołującego,

2.oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

3.kosztami postępowania obciąża stosunkowo zamawiającego Miasto Poznań – Palmiarnię Poznańską w części 3/4 i odwołującego wykonawcę M.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Lireco Eco M.K. z siedzibą w Gdyni

w części 1/4:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Lireco Eco M.K. z siedzibą w Gdynitytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy) poniesioną przez wykonawcę M.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Lireco Eco M.K.

z siedzibą w Gdyni tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika,

kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy) poniesioną przez zamawiającego Miasto Poznań – Palmiarnię Poznańską tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2.zasądza od zamawiającego Miasta Poznania – Palmiarni Poznańskiej(ul. Matejki 18, 60-767 Poznań) na rzecz wykonawcy Magdy Komajdy prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Lireco Eco M.K. z siedzibą w Gdyni (ul. Grochowa 10, 81-017 Gdynia) kwotę 8 325 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy trzysta dwadzieścia pięć złotych 00 groszy) stanowiącą 3/4 kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez wykonawcę M.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Lireco Eco M.K. z siedzibą w Gdyni,

3.3.zasądza od wykonawcy Magdy Komajdy prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Lireco Eco M.K.(ul. Grochowa 10, 81-017 Gdynia) na rzecz Miasta Poznania – Palmiarni Poznańskiej (ul. Matejki 18, 60-767 Poznań) kwotę

900 zł 00 gr (słownie: dziewięćset złotych 00 groszy) stanowiącą 1/4 kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Miasto Poznań – Palmiarnię Poznańską.

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 577/25

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu w trybie podstawowym pn. „Obsługa eksploatacyjna i konserwacyjna systemu grzewczego i systemu wentylacji kotłowni Palmiarni Poznańskiej”, nr referencyjny: PDT-2/2024, zostało wszczęte ogłoszeniem, opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych 7 listopada 2024 r. pod
nr 2024/BZP 00585060, przez zamawiającego Miasto Poznań – Palmiarnia Poznańska,
ul. Matejki 18, 60-767 Poznań.

Do wyżej wymienionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), dalej „ustawy Pzp".

Dnia 17 lutego 2025 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP)odwołanie złożył wykonawca M.K., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Lireco Eco M.K, ul. Grochowa 10, 81-017 Gdynią wobec czynności zamawiającego, polegających na odrzuceniu oferty odwołującego i unieważnieniu postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego mimo, iż odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania,

- art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż odwołujący podlega wykluczeniu, podczas gdy nie wystąpiły przesłanki uzasadniające takie stanowisko,

- art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki zawarte w tym przepisie,

- art. 223 ust. 1 i art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i niewezwanie odwołującego do dalszych wyjaśnień.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, a w konsekwencji, czynności unieważnienia postępowania;

2. powtórzenia czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem zarzutów odwołania;

3. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego.

Odwołujący wniósł również o:

1. dopuszczenie następujących środków dowodowych na fakt wykonywania prac kwestionowanych przez zamawiającego:

- umów o pracę zawartych przez odwołującego z pracownikami oddelegowanymi do wykonywania zadań,

- wniosków o przepustki dla pracowników odwołującego w celu wstępu na teren jednostki wojskowej,

- listy pracowników do realizacji zamówienia składanych do WSS,

- raportów odbioru wykonanych prac,

- umowy podwykonawczej pomiędzy LIRECO ECO M.K. a LIRECO Sp. z o.o.,

- umowy podwykonawczej pomiędzy LIRECO ECO M.K. a LIRECO Tech Sp. z o.o..

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

27 lutego 2025 r. odpowiedź na odwołanie złożył środkami komunikacji elektronicznej zamawiający, w której w szczególności wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i stwierdziła:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, od odwołania uiszczono wpis, nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, skutkujące odrzuceniem odwołania, odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do złożenia odwołania.

Izba, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 ustawy Pzp, dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez zamawiającego, a także zawnioskowane i złożone w toku postępowania odwoławczego.

Przy rozpoznawaniu sprawy izba wzięła pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, w tym odwołania, odpowiedzi na odwołanie, oraz stanowiska i oświadczenia stron, złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje w części na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych:

Zamawiający postanowił w Specyfikacji Warunków Zamówienia w pkt:

1)9.1.2 lit a):

„9.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

2) spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej,
w zakresie:
a) wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie należycie, co najmniej jednej usługi polegającej na obsłudze, przez nieprzerwany okres co najmniej 12 miesięcy, węzła cieplnego
o mocy co najmniej 3 MW oraz kotłowni na paliwo płynne o mocy min. 3 MW.";

2)10.3 lit. b):

„10.3. Zamawiający, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona,
do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych:
b) wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat (okres liczony wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy (wzór: załącznik nr 6 do SWZ).
Uwaga! Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji usług wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, ww. wykaz musi dotyczyć usług, w których wykonaniu Wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył.".

Pismem z 10 grudnia 2024 r. zamawiający wezwał odwołującego:

„Działając na podstawie art. 274 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320), Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia, aktualnych na dzień złożenia, oświadczeń i dokumentów, o których mowa w punkcie 10.3
lit. b), (…) SWZ. (…)".

Odwołujący złożył Wykaz usług, w którym w przedstawił usługi wykonane na rzecz:
1)Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Św. Rafała w Czerwonej Górze (dalej „WSS") – nieprzerwanie od 16 listopada 2021 r. do 16 listopada 2022 r., to jest 12 miesięcy – usługa polegająca na obsłudze kotłowni na paliwo płynne o mocy 5,4 MW;
2)18. Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Wejherowie (dalej „WOG") - nieprzerwanie od 29 kwietnia 2021 r. do 30 kwietnia 2024 r., to jest 12 miesięcy – usługa polegająca
na obsłudze węzła cieplnego o mocy 3 MW.

Odwołujący złożył także referencje:
1)z 17 lutego 2024 r. o treści:
„Lireco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, ul. Grochowa 10 81-017 niniejszym zaświadcza,
że firma LIRECO ECO M.K. z siedzibą w Gdyni, ul. Grochowa 10 81-017 — Podwykonawca umowy w terminie 16.11.2021 — 16.11.2022 w ramach zawartej
z Wojewódzkim Szpitalem Specjalistycznym im. Św. Rafała w Czerwonej Górze umowy
o numerze: 42/U/2021 wykonywała usługi: „Kompleksowej obsługi urządzeń kotłowni"
Usługi te polegały między innymi na kompleksowej obsłudze urządzeń:
1.kotłowni olejowo gazowej,
2.kotłowni parowo-wodnej,
3.instalacji solarnej,
4.wymiennikowych węzłów cieplnych,
5.podgrzewu instalacji solarnej,
6.instalacji c.o. i c.t.
Wszystkie prace wykonywane były terminowo i z należytą starannością, zgodnie
z wymogami, przepisami i normami.";
2)z 10 maja 2024 r. o treści:
„Lireco Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, ul. Grochowa 10 81-017 niniejszym zaświadcza, że firma Lireco Eco

M.K. z siedzibą w Gdyni, ul. Grochowa 10 81-017 — Podwykonawca umowy w terminie 29.04.2021 — 30.04.2024 w ramach zawartej z 18 Wojskowym Oddziałem Gospodarczym umowy o numerze: 74/F/2021 wykonywała usługi: „Eksploatacji i konserwacji węzła wymiennikowego w budynku nr 3 oraz systemu cieplnego w kompleksie wojskowym 4033 Gdynia Grabówek".

Usługi te polegały na:

- sprawowaniu całodobowego nadzoru pogotowia technicznego nad urządzeniami węzła wymiennikowego o mocy 3 MW oraz instalacji w budynkach kompleksu wojskowego;
- konserwacji instalacji i urządzeń;
- kontrolowaniu stanu technicznego izolacji rur na estakadzie;
- kontrolowaniu rozdzielni c.o. znajdujących się w budynkach;
- dokonywaniu przeglądów komór z zaworami na sieci c.o.;
- kontrolowaniu poprawności działania AKP oraz parametrów pracy wymiennikowni;
- odpowietrzaniu sieci i instalacji;
- regulacji instalacji węzła (w tym: przepływu i temperatur);
- usuwaniu przecieków i usterek;
- okresowym czyszczeniu filtrów;
- badaniu twardości wody oraz uzupełnianiu soli jonitowej w zbiorniku solanki w systemie zmiękczającym.

Wszystkie prace wykonywane były terminowo i z należytą starannością, zgodnie z wymogami, przepisami i normami.”.

Zamawiający wystąpił o udzielenie informacji do 18 Wojskowego Oddziału Gospodarczego Sekcja Zamówień Publicznych, ul. Sobieskiego 277, 84-200 Wejherowo,
w szczególności pismem z 18 grudnia 2024 r. o treści:

„(…) działając w imieniu Palmiarni Poznańskiej, w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie ww. zamówienia publicznego pn. Obsługa eksploatacyjna i konserwacyjna systemu grzewczego i systemu wentylacji kotłowni Palmiarni Poznańskiej, zwracam się z prośbą o pilne udzielenie informacji mogących mieć znaczenie dla prawidłowej weryfikacji dokumentów przedłożonych przez jednego z wykonawców w ww. postępowaniu,
w następującym zakresie:
Dotyczy Państwa umowy nr 74/F/2021 dot. eksploatacji i konserwacji węzła wymiennikowego w budynku nr 3 oraz systemu cieplnego w kompleksie wojskowym 4033 Gdynia Grabówek – prosimy o informację:
1) czy firma Lireco eco M.K. była formalnie zgłoszonym podwykonawcą podczas realizacji tej umowy,
2) jeżeli tak, to jaki był faktyczny zakres czynności firmy Lireco eco M.K. w realizacji zamówienia - a w szczególności, czy zakres ten obejmował bezpośrednią obsługę węzła cieplnego przez nieprzerwany okres co najmniej 12 miesięcy;
3) czy umowa ta została wykonana należycie. (…)”

i otrzymał odpowiedź z 31 grudnia 2024 r.:

„(…) w nawiązaniu do Pańskiego pisma z dnia 18.12.2024 r. w sprawie realizacji przez firmę Lireco eco Sp. z o.o. umowy nr 74/F/2021 z dnia 29.04.2021 r., której przedmiotem była usługa polegająca na pełnieniu całodobowego nadzoru pogotowia technicznego w zakresie eksploatacji i konserwacji urządzeń węzła wymiennikowego o mocy 3 MW oraz systemu cieplnego4033 Gdynia Grabówek to jest sieci zewnętrznej oraz instalacji w budynkach
w okresie od 29.04.2021 do 30.04.2024 r. informuję, że:
- firma Lireco eco M.K. nie była formalnie ani praktycznie zgłoszonym podwykonawcą w trakcie realizacji powyższej umowy,
- umowa nr 74/F/2021 została wykonana należycie.”

a także z 4 lutego 2025 r. :

„(…) w nawiązaniu do Pańskiego pisma z dnia 29.01.2025 r w sprawie realizacji przez firmę Lireco eco M.K. umowy nr 74/F/2021 z dnia 29.04.2021 r., której przedmiotem była usługa polegająca na pełnieniu całodobowego nadzoru pogotowia technicznego w zakresie eksploatacji i konserwacji urządzeń węzła wymiennikowego o mocy 3 MW usytuowanego
w budynku nr 3 oraz systemu cieplnego KW 4033 Gdynia Grabówek to jest sieci zewnętrznej oraz instalacji w budynkach w okresie od 29.04.2021 r. do 30.04.2024 r. informuję, że:

-firma Lireco eco M.K. nie była formalnie ani praktycznie zgłoszonym podwykonawcą w trakcie realizacji powyższej umowy;
-po dokładnej analizie dokumentacji i korespondencji z firmą Lireco Tech
Sp. z o. o. dotyczącej realizacji ww. umowy stwierdzam, iż Zamawiający nie został powiadomiony o zawartej umowie o podwykonawstwo;
-umowa nr 74/F/2021 została wykonana należycie przez firmę Lireco Tech
Sp. z o. o.".

Pismem z 18 grudnia 2024 r. zamawiający wystąpił o udzielenie informacji
do Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Św. Rafała w Czerwonej Górze,
ul. Czerwona Góra 10, 26-060 Chęciny:
„(…) działając w imieniu Palmiarni Poznańskiej, w związku z prowadzonym postępowaniem
o udzielenie ww. zamówienia publicznego pn. Obsługa eksploatacyjna i konserwacyjna systemu grzewczego i systemu wentylacji kotłowni Palmiarni Poznańskiej, zwracam się
z prośbą o pilne udzielenie informacji mogących mieć znaczenie dla prawidłowej weryfikacji dokumentów przedłożonych przez jednego z wykonawców w ww. postępowaniu,
w następującym zakresie:
Dotyczy Państwa umowy nr 42/U/2021 dot. kompleksowej obsługi kotłowni – prosimy
o informację:
1) czy firma Lireco eco M.K. była formalnie zgłoszonym podwykonawcą podczas realizacji tej umowy,
2) jeżeli tak, to jaki był faktyczny zakres czynności firmy Lireco eco M.K. w realizacji zamówienia - a w szczególności, czy zakres ten obejmował bezpośrednią obsługę kotłowni przez nieprzerwany okres 12 miesięcy;
3) czy umowa ta została wykonana należycie. (…)".

Pismem z 9 stycznia 2025 r. zamawiający wystąpił o udzielenie informacji
do Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Św. Rafała w Czerwonej Górze,
ul. Czerwona Góra 10, 26-060 Chęciny:
„(…) w imieniu Palmiarni Poznańskiej bardzo dziękuję za Państwa szybką reakcję na nasze pismo z dnia 18 grudnia 2024 r. Zwracam jednak uwagę, że nasze pytania dotyczyły etapu realizacji umowy nr 42/U/2021, na którą powołuje się jeden z wykonawców w prowadzonym przez Palmiarnię Poznańską postępowaniu wykazując posiadane doświadczenie: Z przesłanych przez Państwa dokumentów możemy wyciągnąć wnioski jedynie co do sposobu realizacji umowy poprzedniej, tj. obowiązującej w latach 2020-2021, oraz potwierdzić fakt należytego wykonania umowy nr 42/U/2021. Dlatego pozwalam sobie ponownie prosić
o przesłanie następujących informacji:
Dotyczy Państwa umowy nr 42/U/2021 dot. kompleksowej obsługi kotłowni – prosimy
o informację:
1) czy firma Lireco eco M.K. była formalnie zgłoszonym podwykonawcą podczas realizacji tej umowy,
2) jeżeli tak, to jaki był faktyczny zakres czynności firmy Lireco eco M.K. w realizacji zamówienia - a w szczególności, czy zakres ten obejmował bezpośrednią obsługę kotłowni przez nieprzerwany okres 12 miesięcy. (…)"
i otrzymał odpowiedź z 13 stycznia 2025 r. w korespondencji mailowej, w szczególności:

„(…) Raz jeszcze przesyłam odpowiedź z 20.12.2024r.:
Firma „Lireco eco M.K." w ofercie wskazała firmę „Lireco eco M.K. jako podwykonawcę i powołała się na zasoby firmy „Lireco eco M.K.". Ostatecznie Wykonawca potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu samodzielnie (dokumenty w załączeniu).(…)".

Do wiadomości mailowej załączono:

1) pismo Lireco Sp. z o.o. z 9 listopada 2021 r. do WSS o przekazaniu wykazu usług wykonanych przez Wykonawcę Lireco Sp. z o.o., potwierdzających samodzielne spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
2) wykaz usług Lireco Sp. z o.o.;
3) zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobów Lireco eco M.K.;
4) zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty z 8 listopada 2021 r. Lireco Sp. z o.o. z powodu wykazania się potencjałem podmiotu trzeciego Lireco eco M.K., która zadeklarowała swój udział podczas realizacji przedmiotowej usługi jedynie w zakresie: „konsultacje, doradztwo oraz nadzór nad realizacją umowy przez koordynatorów";
5) pismo z 8 listopada 2021 r. WSS o zastąpienie Lireco eco M.K. innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że firma Lireco Sp. z o.o. samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu;

6)ogłoszenie o należytym wykonaniu umowy, zawartej z WSS, dotyczące zamówienia: Numer ogłoszenia o zamówieniu w Dz. Urz. UE: 2021/BZP 00183394/02

- wszystkie załączniki w dokumentacji zamówienia, przesłanej przez zamawiającego do izby.

Pismem z 20 stycznia 2025 r. zamawiający wezwał odwołującego:

„Działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), Zamawiający wzywa Wykonawcę
do wyjaśnienia treści złożonego wykazu usług wraz z referencjami, w następującym zakresie:
W złożonym wykazie usług na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu,
o którym mowa w punkcie 9.1.2 lit. a) SWZ, Wykonawca wskazał dwie usługi:
1) usługę polegającą na obsłudze kotłowni na paliwo płynne o mocy 5,4 MW, wykonaną
na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Św. Rafała w Czerwonej Górze
2) usługę polegającą na obsłudze węzła cieplnego o mocy 3 MW, wykonaną na rzecz
18. Wojskowego Oddziału Gospodarczego z siedzibą w Wejherowie.
Do wykazu Wykonawca załączył referencje wystawione przez podmiot Lireco Sp. z o.o.,
z których wynika, że podmiot ten był wykonawcą ww. usług, natomiast firma Lireco eco M.K. brała udział w wykonywaniu ww. usług jako podwykonawca. Tymczasem z informacji uzyskanych przez Zamawiającego od Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Św. Rafała w Czerwonej Górze oraz od 18. Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Wejherowie wynika, że podmiot Lireco Sp. z o.o. nie zgłaszał firmy Lireco eco M.K. jako podwykonawcy w realizacji ww. usług, co pozostaje w oczywistej sprzeczności z treścią referencji wystawionych tej firmie przez podmiot Lireco Sp. z o.o.
W konsekwencji Zamawiający wzywa Wykonawcę do zajęcia stanowiska wobec opisanych powyżej okoliczności. (…)”.

Pismem z 22 stycznia 2025 r. odwołujący wyjaśnił:

„Działając w imieniu wykonawcy LIRECO ECO M.K. (dalej: „Lireco Eco”),
w odpowiedzi na wezwanie otrzymane dnia 20 stycznia 2025 r., przedstawiam następujące wyjaśnienia.
Odpowiedź na pytanie nr 1:
W przypadku usługi polegającej na obsłudze kotłowni na paliwo płynne wykonanej na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Czerwonej Górze zaznaczam, iż podmiot Lireco Sp. z o.o. składając ofertę zgłosił na podstawie art. 118 § 1 Prawo Zamówień Publicznych Lireco Eco jako podmiot udostępniający zasoby. Szczególną uwagę należy zwrócić tutaj
na art. 118 § 2 ww. ustawy, zgodnie z którym wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Oznacza to, iż w przypadku omawianego zadania publicznego Lireco Eco musiało wykonywać usługę, gdyż inaczej byłoby to sprzeczne z obowiązującymi przepisami. Jako dowód na powyższe, do niniejszego pisma załączam Zobowiązanie
do oddania zasobów złożone przez Lireco Eco.
Odpowiedź na pytanie nr 2:
W przypadku usługi polegającej na obsłudze węzła cieplnego wykonanej na rzecz 18. Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Wejherowie informuję, iż wykonawcą tego zadania był podmiot Lireco Tech Sp. z o.o. w konsekwencji zapytania cenowego skierowanego przez 18. Wojskowy Oddział Gospodarczy. Zgodnie z art. 464 PZP umowa o podwykonawstwo musi być przedłożona zamawiającemu jedynie w przypadku zamówienia na roboty budowlane.
W omawianej sytuacji mamy do czynienia z usługą. Należy stwierdzić więc, że ustawa w tym wypadku nie zobowiązywała wykonawcy do zgłoszenia podwykonawstwa. W treści zapytania cenowego także nie było warunku osobistego wykonania umowy i braku możliwości korzystania z usług podwykonawcy, nie został również zastrzeżony obowiązek zgłoszenia takiego podwykonawcy. Wobec braku takich ograniczeń (zarówno ustawowych, jak
i umownych) Lireco Tech Sp. z o.o. bez informowania zamawiającego podpisała z Lireco Eco umowę o współpracy, na mocy której Lireco Eco realizowało omawiane zadanie. W załączeniu znajduje się oferta wysłana przez Lireco Tech Sp. z o.o., a także notatka z otwarcia ofert.
Zaznaczyć również trzeba, iż w obu przypadkach mamy do czynienia z podmiotami powiązanymi kapitałowo, o podobnych nazwach, które na co dzień ściśle ze sobą współpracują. Istnieje więc możliwość, że zamawiający mógł nie zauważyć uczestnictwa
w pracach Lireco Eco, stąd charakter pozyskanej przez państwa informacji.
Jak więc można zauważyć, w obydwu przypadkach Lireco Eco realizowała czynności
w ramach zamówienia publicznego, co potwierdzają referencje wystawione przez podmioty Lireco Sp. z o.o. i Lireco Tech Sp. z o.o., a więc z całą pewnością spełnia ona warunki udziału w postępowaniu.”.

23 stycznia 2025 r. zamawiający wezwał odwołującego:

„W nawiązaniu do wyjaśnień Wykonawcy z dnia 22.01.2025 r., działając na podstawie

art. 128 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U.
z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia treści złożonego wykazu usług, poprzez wskazanie szczegółowego zakresu udziału Wykonawcy
(tj. do wskazania konkretnych czynności wykonywanych przez Wykonawcę) w realizacji zamówień na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Św. Rafała w Czerwonej Górze (dalej jako WSS) oraz na rzecz 18. Wojskowego Oddziału Gospodarczego
w Wejherowie (dalej jako WOG).
Uzasadniając ww. wezwanie, Zamawiający wskazuje co następuje:
1) W odniesieniu do wskazanego w przedłożonym przez Wykonawcę wykazie usług zamówienia wykonanego przez podmiot Lireco Sp. z o.o. na rzecz WSS Zamawiający stwierdził, że z przedłożonych przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu dokumentów wynika, że Wykonawca został zgłoszony przez podmiot Lireco Sp. z o.o. w postępowaniu prowadzonym przez WSS jako podwykonawca udostępniający zasoby w postaci doświadczenia i zobowiązał się do udziału w realizacji zamówienia wyłącznie poprzez konsultacje, doradztwo oraz nadzór nad realizacją umowy. Z posiadanych przez Zamawiającego informacji wynika, że WSS działając jako zamawiający w pismach z dnia 08.11.2021 r. wskazał, że firma Lireco eco M.K. nie posiada niezbędnego doświadczenia spełniającego warunki udziału w postępowaniu prowadzonym przez WSS
i w konsekwencji wezwał podmiot Lireco Sp. z o.o. do zastąpienia firmy Lireco eco M.K. innym podmiotem albo do wykazania samodzielnie warunku dot. doświadczenia.
W odpowiedzi z dnia 9.11.2021 r. podmiot Lireco Sp. z o.o. przekazał WSS wykaz usług potwierdzający samodzielne spełnianie warunku dot. wymaganego doświadczenia,
co oznacza, że w postępowaniu prowadzonym przez WSS podmiot Lireco Sp. z o.o. nie polegał na zasobach firmy Lireco eco M.K. w celu wykazania warunku
dot. doświadczenia. Fakty te pozostają w sprzeczności z twierdzeniem Wykonawcy zawartym w „Odpowiedzi na pytanie nr 1" w treści pisma Wykonawcy z dnia 22.01.2025 r., jakoby firma Lireco eco M.K. musiała zrealizować usługi w ramach umowy podmiotu Lireco
Sp. z o.o. z WSS, gdyż udostępniła temu podmiotowi zasoby niezbędne do realizacji zamówienia na rzecz WSS. Podsumowując, w świetle treści przekazanych przez Wykonawcę dokumentów i posiadanych przez Zamawiającego informacji i dokumentów zasadna jest wątpliwość, czy Wykonawca faktycznie brał udział w realizacji zamówienia na rzecz WSS jako podwykonawca podmiotu Lireco Sp. z o.o., a jeżeli tak, to czy był to zakres umożliwiający wykazanie spełniania warunku dot. doświadczenia w niniejszym postępowaniu.
2) W odniesieniu do wskazanego w przedłożonym przez Wykonawcę wykazie usług zamówienia wykonanego przez podmiot Lireco Tech Sp. z o.o. na rzecz WOG Zamawiający stwierdził, że przedłożone przez Wykonawcę dokumenty (oferta i informacja z otwarcia ofert) nie dają żadnej podstawy do ustalenia, że Wykonawca był podwykonawcą podmiotu Lireco Tech Sp. z o.o. podczas realizacji zamówienia na rzecz WOG.
W konsekwencji Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanym na wstępie niniejszego pisma. (…)".

Pismem z 27 stycznia 2025 r. odwołujący wyjaśnił:

„Działając w imieniu wykonawcy LIRECO ECO M.K. (dalej: „Lireco Eco"),
w odpowiedzi na wezwanie otrzymane dnia 23 stycznia 2025 r., przedstawiam następujące wyjaśnienia.
Odpowiedź na pytanie nr 1:
W pierwszej kolejności potwierdzam, że LIRECO ECO M.K. była podwykonawcą na przedmiotowym zadaniu. W odniesieniu do usługi polegającej na obsłudze kotłowni
na paliwo płynne wykonanej na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Czerwonej Górze w celu rozwiania wątpliwości Zamawiającego odnośnie faktycznego udziału Wykonawcy w realizacji zamówienia przedkładamy Umowę podwykonawczą dowodzącą wykonywanie usług przez Wykonawcę na rzecz Lireco Sp. z o.o. w przedmiotowym postepowaniu jako podwykonawca.
Odpowiedź na pytanie nr 2:
W celu wykazania podwykonawstwa Wykonawcy w świadczenie usługi polegającej
na obsłudze węzła cieplnego wykonanej na rzecz 18. Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Wejherowie informuję, że załączam Umowę podwykonawczą obejmującą usługi ujęte
w przedłożonym wykazie usług.
Ponownie podkreślam, że w obydwu przypadkach Lireco Eco realizowała czynności w ramach zamówień, co potwierdzają referencje wystawione przez podmioty Lireco Sp. z o.o. i Lireco Tech Sp. z o.o., oraz przedłożone dokumenty podwykonawcze.

Załączniki:

1. Umowa podwykonawcza - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Czerwonej Górze;
2. Umowa podwykonawcza - 18. Wojskowy Oddział Gospodarczy w Wejherowie.”.

12 lutego 2025 r. zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia i poinformował o odrzuceniu trzech ofert, w tym oferty nr 3 odwołującego:

„(…) Oferta nr 3, złożona przez Wykonawcę LIRECO ECO M.K., u. Grochowa 10, 81-017 Gdynia odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy, jako oferta złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Odrzucenie oferty jest uzasadnione z następujących przyczyn:

W punkcie 9.1.2 lit. a) SWZ Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia, dotyczący wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie należycie, co najmniej jednej usługi polegającej na obsłudze, przez nieprzerwany okres co najmniej 12 miesięcy, węzła cieplnego o mocy co najmniej 3 MW oraz kotłowni na paliwo płynne o mocy min. 3 MW. Zamawiający wskazał przy tym, że uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże jego spełnianie poprzez jedną usługę obejmującą obsługę węzła cieplnego i kotłowni o wskazanych parametrach, jak również poprzez dwie usługi dotyczące odrębnie obsługi węzła cieplnego i odrębnie kotłowni, przy założeniu, iż każda z tych usług była wykonywana przez co najmniej 12 miesięcy.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 274 ust. 2 ustawy do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w celu potwierdzenia spełniania ww. warunku dot. doświadczenia Wykonawca przedłożył wykaz usług wraz z referencjami.

W złożonym wykazie usług Wykonawca wskazał dwie usługi:

1)usługę polegającą na obsłudze kotłowni na paliwo płynne o mocy 5,4 MW, wykonaną na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Św. Rafała w Czerwonej Górze (dalej jako WSS),
2)usługę polegającą na obsłudze węzła cieplnego o mocy 3 MW, wykonaną na rzecz 18. Wojskowego Oddziału Gospodarczego z siedzibą w Wejherowie (dalej jako 18. WOG).

Do wykazu Wykonawca załączył referencje wystawione przez podmioty Lireco Sp. z o.o. (w odniesieniu do usługi wykonanej na rzecz WSS) oraz Lireco Tech Sp. z o.o. (w odniesieniu do usługi wykonanej na rzecz 18. WOG), z których wynika, że podmioty te były wykonawcami ww. usług, natomiast firma Lireco eco M.K. brała udział w wykonywaniu ww. usług jako podwykonawca.

Tymczasem z informacji uzyskanych przez Zamawiającego od WSS oraz od 18. WOG wynika jednoznacznie, że:

1) podmiot Lireco Sp. z o.o. nie zgłaszał firmy Lireco eco M.K. jako podwykonawcy w realizacji ww. usługi na rzecz WSS im. Św. Rafała w Czerwonej Górze. W oparciu o dokumentację pozyskaną od WSS im. Św. Rafała w Czerwonej Górze Zamawiający ustalił, że Wykonawca został zgłoszony przez podmiot Lireco Sp. z o.o. w postępowaniu prowadzonym przez WSS jako podwykonawca udostępniający zasoby w postaci doświadczenia i zobowiązał się do udziału w realizacji zamówienia wyłącznie poprzez konsultacje, doradztwo oraz nadzór nad realizacją umowy. Z posiadanych przez Zamawiającego informacji wynika, że WSS działając jako zamawiający w dwóch pismach z dnia 08.11.2021 r. wskazał, że firma Lireco eco M.K. nie posiada niezbędnego doświadczenia spełniającego warunki udziału w postępowaniu prowadzonym przez WSS i w konsekwencji wezwał podmiot Lireco Sp. z o.o. do zastąpienia firmy Lireco eco M.K. innym podmiotem albo do wykazania samodzielnie warunku dot. doświadczenia.

W odpowiedzi z dnia 9.11.2021 r. podmiot Lireco Sp. z o.o. przekazał WSS wykaz usług potwierdzający samodzielne spełnianie warunku dot. wymaganego doświadczenia, co oznacza, że w postępowaniu prowadzonym przez WSS podmiot Lireco Sp. z o.o. nie polegał na zasobach firmy Lireco eco M.K. w celu wykazania warunku dot. doświadczenia. Fakty te pozostają w sprzeczności z twierdzeniem Wykonawcy zawartym w „Odpowiedzi na pytanie nr 1” w treści pisma Wykonawcy z dnia 22.01.2025 r., jakoby firma Lireco eco M.K. musiała zrealizować usługi w ramach umowy podmiotu Lireco Sp. z o.o. z WSS, gdyż udostępniła temu podmiotowi zasoby niezbędne do realizacji zamówienia na rzecz WSS. Ponadto na podstawie oświadczenia Kierownika Działu Zamówień Publicznych WSS im. Św. Rafała w Czerwonej Górze Zamawiający ustalił, że ani do umowy pomiędzy WSS a Lireco Sp. z o.o., ani w trakcie jej realizacji podmiot Lireco Sp. z o.o. nie przedłożył Zamawiającemu do akceptacji umowy z podwykonawcą.

2) podmiot Lireco Tech Sp. z o.o. nie zgłaszał firmy Lireco eco M.K. jako podwykonawcy w realizacji usługi na rzecz 18. WOG w Wejherowie. W odpowiedzi na pytanie Zamawiającego Komendant 18. WOG w Wejherowie udzielił informacji, że firma Lireco eco nie była formalnie ani praktycznie zgłoszonym podwykonawcą w trakcie realizacji umowy zawartej przez 18. WOG w Wejherowie z podmiotem Lireco Tech Sp. z o.o.

W konsekwencji powyższych ustaleń Zamawiający nie dał wiary treści przedłożonych przez Wykonawcę umów o podwykonawstwo, zawartych w celu realizacji usług na rzecz WSS
oraz 18. WOG pomiędzy Wykonawcą a podmiotami Lireco Sp. z o.o. oraz Lireco Tech
Sp. z o.o.
Zważywszy na fakt, że Zamawiający dwukrotnie (pismami z dnia 20 i 23 stycznia 2025 r.) wzywał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień wobec wątpliwości Zamawiającego co do udziału Wykonawcy w realizacji usług na rzecz WSS i 18. WOG, wobec jednoznacznych oświadczeń tych podmiotów o braku udziału Wykonawcy w realizacji tych usług, Zamawiający stwierdził, że Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy, gdyż w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa usiłował wprowadzić Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału
w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający podkreśla, że zdaniem Sądu Okręgowego w Krakowie, wyrażonym w wyroku
z dnia 5 grudnia 2014 r., XII Ga 659/14, „Złożenie nieprawdziwych informacji polega
na rozbieżności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistym stanem rzeczy." Z kolei w wyroku z dnia 19 czerwca 2017 r. (sygn. akt KIO 1058/17) Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „świadome posłużenie się wykazem usług, w którym wskazane usługi referencyjne, nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, miało charakter celowy, a przystępujący świadomie dążył do wprowadzenia zamawiającego w błąd. Nie ma też wątpliwości, że działanie takie miało wpływ na wynik postępowania. Brak dysponowania odpowiednim doświadczeniem spowodowałoby, że przystępujący nie spełniałby warunków udziału w postępowaniu." Skład orzekający KIO zwrócił również uwagę na wyrok Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r., w sprawie C-387/14, w którym Trybunał odpowiadając na pytanie prejudycjalne „Czy aft. 45 ust 2 lit. g) dyrektywy 2004/18, wskazujący, że z postępowania można wykluczyć wykonawcę winnego poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, można interpretować w ten sposób, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, uznając,
że winą we wprowadzeniu w błąd jest samo przekazanie instytucji zamawiającej informacji niezgodnych ze stanem faktycznym, a mających wpływ na decyzję instytucji zamawiającej
w zakresie wykluczenia wykonawcy (i odrzucenia jego oferty) niezależnie od tego,
czy wykonawca dokonał tego umyślnie i celowo, czy też z winy nieumyślnej, poprzez lekkomyślność, niedbalstwo lub niezachowanie należytej staranności? Czy za »winnego poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji« można uznać tylko wykonawcę, który przedstawił informacje nieprawdziwe (niezgodne ze stanem faktycznym), czy również wykonawcę, który co prawda przedstawił informacje prawdziwe, lecz przedstawił je w taki sposób, by instytucja zamawiająca powzięła przekonanie, że wykonawca spełnia postawione przez nią wymogi, pomimo że ich nie spełnia?" udzielił odpowiedzi, iż „artykuł 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18, umożliwiający wykluczenie z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy „winnego poważnego" wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania żądanych przez instytucję zamawiającą informacji, należy interpretować w ten sposób, że przepis ten można zastosować, jeżeli dany wykonawca dopuścił się pewnego stopnia niedbalstwa, a mianowicie niedbalstwa mogącego mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia zamówienia publicznego, bez względu na to, czy stwierdzone zostanie umyślne naruszenie przepisów przez tego wykonawcę.".

Na podstawie ustawy Pzp:

1)art. 109 ust. 1 pkt 8: „1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: 8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego
w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest
w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;";

2)art. 128 ust. 4: „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.";

3)art. 223 ust. 1:

"1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz,

z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.";

4)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a:

"1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub";

5) art. 255 pkt 2: „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: 2) wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu;".

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 ustawy Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego (art. 542 ust. 1 ustawy Pzp), izba stwierdziła:

W sprawie sporne było czy odwołujący legitymuje się doświadczeniem z tytułu usług wykonywanych przez niego jako podwykonawca w zamówieniach wskazanych w wykazie usług. Odwołujący powoływał się na wykaz usług i referencje, z których wynika, że był podwykonawcą wykonawcy Lireco Sp. z o.o. i wykonawcy Lireco Tech Sp. z o.o., natomiast zamawiający na informacje, pozyskane w ramach weryfikacji doświadczenia odwołującego od referencyjnych zamawiających (WSS i WOG), z których wynika, że odwołujący nie został zgłoszony jako podwykonawca referencyjnych usług i zamawiający nie poświadczyli uczestnictwa odwołującego jako podwykonawcy w realizacji zamówień.

Nie było sporne, że odwołujący nie został zgłoszony jako podwykonawca w referencyjnych zamówieniach.

Sporne było czy odwołujący miał złożyć kolejne dokumenty potwierdzające realizację zamówień jako podwykonawca, gdy nie został o to wprost poproszony przez zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień.

W pierwszej kolejności izba zauważa, że nie jest władna do przesądzenia jak było faktycznie, jak tego oczekiwał na rozprawie odwołujący. Należy bowiem przypomnieć, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym i izba orzeka w oparciu o wykazane twierdzenia stron.

Dokumenty złożone w toku postępowania odwoławczego, jednak nie złożone w czasie przed podjęciem przez zamawiającego zarzucanych mu czynności są w ocenie izby spóźnione i z tego względu nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy (jak dowody: Umowy o pracę z pracownikami Lireco Eco, Przepustki dla pracowników Lireco Eco, Lista pracowników Lireco Eco, Raporty wykonanych prac, faktury złożone na rozprawie, przy czym warte odnotowania jest, że nie wskazują wprost na wykonanie referencyjnych zamówień jako tytułu zapłaty).

Odnosząc się do zarzutów odwołania, naruszenia:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego mimo, iż odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania,

- art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż odwołujący podlega wykluczeniu, podczas gdy nie wystąpiły przesłanki uzasadniające takie stanowisko,

- art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki zawarte w tym przepisie,

- izba uznała te zarzuty za zasadne,

- art. 223 ust. 1 i art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i niewezwanie odwołującego do dalszych wyjaśnień.

- izba uznała ten zarzut za niezasadny.

Odwołujący w odwołaniu podał w szczególności: „Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, twierdząc iż podlega on wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 8 pzp (…). Stanowisko takie określić należy jako zupełnie nietrafne. Odwołujący dostarczał Zamawiającemu informacje i dokumenty prawdziwe, rzetelne i nieodbiegające od stanu faktycznego. Żadne informacje nie zostały przez Odwołującego zatajone, a wszelkie środki dowodowe były systematycznie, po każdym wezwaniu dostarczane. W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący nie wykonywał prac podwykonawczych przy następujących usługach:

- obsługa kotłowni na paliwo płynne o mocy 5,4 MW wykonana na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego imieniu św. Rafała w Czerwonej Górze (dalej" WSS");

- obsługa węzła cieplnego o mocy 3 MW wykonana na rzecz 18 Wojskowego Oddziału Gospodarczego z siedzibą w Wejherowie (dalej: „WOG").

Zgodnie z twierdzeniami Zamawiającego obydwa podmioty oświadczyły, iż Odwołujący nie został przy pracach zgłoszony jako podwykonawca. Zgodnie z doktryną zamawiający bada i ocenia oferty przyjmując domniemanie prawdziwości informacji złożonych przez wykonawcę. Odwołujący w omawianej

sytuacji przedstawił twarde środki dowodowe w postaci umów podwykonawczych i referencji udzielonych przez podmioty-wykonawców w poszczególnych postępowaniach. W takiej sytuacji należy więc wyjść od domniemania, iż Odwołujący istotnie był podwykonawcą w obydwu postępowaniach, a dokumenty przez niego dostarczone są autentyczne i zgodne ze stanem faktycznym. Z ostrożności, a także z chęci jak najdobitniejszego potwierdzenia niniejszego stanowiska Odwołujący wskazuje,
iż wykonywanie zadań w ramach podwykonawstwa wiązało się z wykorzystywaniem przez niego pracowników zatrudnionych na umowę o pracę. W przypadku zadania WOG pracownicy ci musieli także uzyskać odpowiednie przepustki na teren jednostki, co zostało należycie udokumentowane.(…)".

W ocenie izby nie jest tak, jak twierdzi odwołujący, że zamawiający bada i ocenia oferty wykonawców, przyjmując domniemanie prawdziwości informacji złożonych przez wykonawcę.

Zamawiający, co wynika już choćby z dbałości o należyte wydatkowanie środków publicznych, słusznie w przypadku uzasadnionych wątpliwości weryfikują oświadczenia wykonawców w ofertach.

Mając na uwadze wątpliwości, przedstawione w odpowiedzi na odwołanie
(w szczególności: odwołujący i spółki są podmiotami powiązanymi, sporne referencje zostały podpisane przez M.K. jako prezesa zarządu spółek, wierzytelności pieniężne spółki Lireco Sp. z o.o. zostały zajęte przez komornika), zamawiający weryfikował oświadczenie odwołującego zawarte w wykazie usług i oświadczenia zawarte
w przedstawionych referencjach z udziałem referencyjnych zamawiających.

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że w umowach referencyjnych były postanowienia
o obowiązku poinformowania o podwykonawcach: „Niemniej jednak zauważyć należy,
iż zarówno umowa z WSS, jak i z WOG zawierały zapisy o obowiązku zgłoszenia podwykonawcy do zamawiającego, czego wykonawcy w tychże dwóch postępowaniach nie uczynili.".

Dalej powołał art. 464 ust. 1 ustawy Pzp odnoszący obowiązek ustawowy wyłącznie
do robót budowlanych i wywodził, że odwołujący nie był obowiązany do zgłoszenia podwykonawstwa i nie może ponosić odpowiedzialności za zaniechanie wykonawcy Lireco Sp. z o.o. i Lireco Tech Sp. z o.o.

W ocenie izby zamawiający nie udowodnił, że spełniły się przesłanki wykluczenia, określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Zdaniem izby, przyznane przez odwołującego na rozprawie zaniechanie zgłoszenia podwykonawcy przez spółki Lireco Sp. z o.o. i Lireco Tech Sp. z o.o. w toku realizacji referencyjnych umów (pomimo takiego obowiązku wykonawców), skutkowało wyjaśnieniami zamawiających określonej treści. Skoro nie było zgłoszenia formalnego podwykonawstwa,
to zamawiający referencyjni poświadczyli, że takiego zgłoszenia nie było.

Izba zauważa, że poświadczenie braku formalnego zgłoszenia podwykonawstwa
nie jest równoznaczne ze stwierdzeniem, że w realizacji referencyjnych zamówień nie brał udziału podwykonawca.

Zamawiający w uzasadnieniu informacji o unieważnieniu postępowania, odrzuceniu oferty odwołującego i unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia z 12 lutego
2025 r., nie zarzucił braku złożenia referencji zgodnie z SWZ, a wskazał na wątpliwości wobec treści wykazu usług, referencji, dwukrotnych wyjaśnień, złożonych na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 128 ust. 2 ustawy Pzp, a także dwóch umów podwykonawczych w opozycji do informacji, uzyskanych od zamawiających referencyjnych co do braku formalnego zgłoszenia podwykonawstwa. Na rozprawie zamawiający przyznał,
że istotne były dla niego w podjęciu decyzji o wykluczeniu odwołującego oświadczenia pochodzące od podmiotu trzeciego – referencyjnych zamawiających. Niewiarygodne były dla zamawiającego wykaz usług, referencje, umowy o podwykonawstwo, bowiem pochodziły
od podmiotów powiązanych ze sobą.

Izba zauważa, że zamawiający bada spełnienie warunku udziału w postępowaniu
na podstawie wykazu usług i referencji, bowiem tak postanowił w Specyfikacji Warunków Zamówienia (pkt 9.1.2. lit a) i 10.3. lit. b). Dowodami zgodnie z postanowieniem SWZ były
„referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy".

Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego z postępowania, a także
w toku postępowania odwoławczego, podważał wiarygodność dokumentów złożonych przez odwołującego. Na rozprawie wyraził oczekiwanie, że to odwołujący miał udowodnić, że nie usiłował wprowadzić zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Tymczasem w ocenie izby to zamawiający jako wykluczający odwołującego
z postępowania powinien mieć pewność co do usiłowania przez odwołującego wprowadzenia zamawiającego w błąd

przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału
w postępowaniu. Co za tym idzie, to zamawiający powinien dążyć do zebrania dowodów, które byłyby podstawą do kategorycznego stwierdzenia usiłowania wprowadzenia w błąd.

Zamawiający w ocenie izby jedynie na podstawie wątpliwości wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu.

Jak już izba wyżej wskazała, sam fakt niezgłoszenia podwykonawstwa pomimo zobowiązania w umowach referencyjnych, nie jest równoznaczny z niewykonywaniem czynności jako podwykonawca. Wykonawcy mogą na każdym etapie realizacji zamówienia, również po terminie składania ofert, korzystać z usług podwykonawców, co wynika z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp („1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.").

Zamawiający nie miał pewności, że odwołujący nie był podwykonawcą spółek, a miał jedynie wątpliwości co do tego. Zamawiający nie wskazał w informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania, że w referencyjnych zamówieniach wykonawcy nie mogli korzystać z usług podwykonawców (odwołującego). W ocenie izby sam w istocie potwierdził,
że podwykonawstwo było dopuszczone, skoro nie zaprzeczył istnieniu w referencyjnych umowach obowiązku zgłoszenia podwykonawstwa.

Izba zauważa, że z załączonych referencji i umowy podwykonawczej w sprawie referencyjnego zamówienia na rzecz WSS wynika szerszy zakres usług, niż ten wskazany przez odwołującego w zobowiązaniu do oddania zasobów. Zamawiający nie udowodnił,
że oświadczenie o samodzielnym spełnieniu warunku zamówienia przez wykonawcę Lireco
Sp. z o.o. w referencyjnym zamówieniu na rzecz WSS przełożyło się na niemożliwość wykonywania podwykonawstwa przez odwołującego.

Biorąc pod uwagę nieudowodnienie przez zamawiającego ziszczenia się przesłanek wykluczenia odwołującego z postępowania, jak również udowodnienie przez odwołującego twierdzeń odwołania co do braku podstaw do jego wykluczenia w odniesieniu do czynności zamawiającego z 12 lutego 2025 r., to również zarzuty wynikowe, jak odrzucenie oferty
i niezasadne unieważnienie postępowania okazały się zasadne, i nie wymagają w ocenie izby szerszego uzasadnienia.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wezwania do dalszych wyjaśnień, również
na podstawie art. 128 ustawy Pzp, w ocenie izby zarzut ten jest niezasadny, ponieważ zamawiający nawet dwukrotnie wezwał odwołującego do wyjaśnień na podstawie art. 128
ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający skorzystał już przy skierowanym wezwaniu do wykonawcy
z art. 128 ustawy Pzp i nie mógł po raz kolejny na jego podstawie występować do wykonawcy. Z kolei zarzut naruszenia art. 223 ustawy Pzp również nie okazał się zasadny, skoro
na podstawie tego przepisu zamawiający może żądać wyjaśnień, ale nie ma takiego obowiązku. To zamawiający podejmuje decyzję czy w szczególności treść oferty, oświadczenia czy dokumentów wymagają wyjaśnień na zasadzie art. 223 ustawy Pzp. Ponadto, jak już wyżej izba podniosła, w przedmiotowej sprawie na podstawie SWZ wykonawca udowadniał spełnienie danego warunku udziału w postępowaniu w szczególności wykazem usług, referencjami czy oświadczeniem własnym i tak też uczynił odwołujący.

Izba związana jest przy orzekaniu zarzutami odwołania, przez co rozumie się także przytoczone fakty w odwołaniu, i nie orzeka w zakresie wykraczającym poza te zarzuty
(art. 555 ustawy Pzp).

Biorąc powyższe pod uwagę, izba uznała, że zamawiający naruszył w części zarzucane mu w odwołaniu przepisy prawa.

W tym stanie rzeczy, izba uwzględniła w części odwołanie na podstawie art. 553 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania odwołującego oraz zamawiającego.
Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 7500,00 zł, koszty poniesione przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia
i wydatków pełnomocnika w kwocie 3600,00 zł, koszty poniesione przez zamawiającego
z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600,00 zł. Do rozpoznania izba skierowała
4 zarzuty, uwzględniła 3 zarzuty i oddaliła 1 zarzut, a więc koszty odwołującego w zakresie uwzględnionych 3 zarzutów wynosiły 8 325,00 zł, natomiast zamawiającego w zakresie oddalonego 1 zarzutu wynosiły 900,00 zł.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:……..…