

WYROK

z dnia 28 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Ernest Klauziński

Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie 24 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 6 lipca 2023 roku przez odwołującego **Bergerat Monnoyeur spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **ECO Kogeneracja spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu**, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ELEMENT spółki akcyjnej z siedzibą w Opolu** i **„FEROX-Energy-Systems” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, po **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) z tytułu zastępstwa przed Izbą, **1 771 zł 30 gr** (słownie: tysiąc siedemset siedemdziesiąt jeden złotych trzydzieści groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu dojazdu, noclegu, opłaty za parking i opłaty skarbowej za pełnomocnictwo.

2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę **4 457 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta pięćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą sumę kosztów poniesionych przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą, dojazdu, parkingu i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

.....

.....

UZASADNIENIE

ECO Kogeneracja spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego na roboty budowlane, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie Robót budowlanych oraz przeprowadzenie usługi Serwisu dla Inwestycji pn.: „Budowa źródła wydajnej kogeneracji gazowej o mocy 8 MWe i 7,6 MWt w Opolu - GUK II”, nr referencyjny 2.KG.2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 27 lutego 2023 r., nr 2023/S 041-119884.

W postępowaniu tym Bergerat Monnoyeur spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach (dalej: „Odwołujący”) 6 lipca 2023 roku złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty

złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Element S.A. oraz Ferox Energy Systems Sp. z o.o., mimo że wykonawca ten nie wykazał w trakcie trwania Postępowania, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu,

2)art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Element S.A. oraz Ferox Energy Systems Sp. z o.o., mimo że wykonawca ten nie wykazał w trakcie trwania Postępowania, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, co jednocześnie świadczy o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia,

3)art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i pkt 5) w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej, mimo że powinna ona podlegać odrzuceniu.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 26 czerwca 2023 r.;

2)odrzućenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Element S.A. oraz Ferox Energy Systems Sp. z o.o., jako oferty wykonawcy, który nie wykazał w trakcie trwania Postępowania, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu;

3)odrzućenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Element S.A. oraz Ferox Energy Systems Sp. z o.o., jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia;

4)przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert z wyłączeniem odrzuconej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Element S.A. oraz Ferox Energy Systems Sp. z o.o.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że w następstwie zaskarżonych czynności i zaniechań Zamawiającego, może ponieść rzeczywistą szkodę majątkową, polegającą na braku możliwości wyboru jego jako oferty najkorzystniejszej (jest wykonawcą drugim w klasyfikacji złożonych ofert), a w konsekwencji nieuzyskaniu zamówienia. Nieuzyskanie zamówienia może spowodować szkodę w majątku Wykonawcy. Następnie Odwołujący uzasadnił poszczególne zarzuty w następujący sposób.

Ad „wykonanie pełnej dokumentacji projektowej dla Zadania Inwestycyjnego (projekt budowlany zamienny wraz z uzyskaniem decyzji o udzieleniu pozwolenia na budowę, projekty wykonawcze oraz dokumentacja powykonawcza)”

Odwołujący wskazał, że Element S.A. nie zrealizował: projektu wykonawczego i powykonawczego instalacji AKPiA dla 4 jednostek kogeneracyjnych z silnikami tłokowymi zasilanymi gazem ziemnym o mocy zainstalowanej 2000 kW_e, w szczególności szaf zasilania i sterowania urządzeń pomocniczych, szafy falowników, ani nie dokonał doboru elementów zasilania, sterowania i zabezpieczeń urządzeń pomocniczych jednostki kogeneracyjnej.

W ocenie Odwołującego fakt iż p. A. P., pracownik Bergerat opracował i stworzył znaczącą część dokumentacji projektowej nie pozostaje irrelewantne z punktu widzenia wykazania, że Element S.A. nie zrealizował całości zakresu rzeczowego zadania inwestycyjnego, którego realizację deklaruje. Zdaniem Odwołującego, nawet jeżeli to Element S.A. zawarł umowę z Firmą Inżynieryjna Polteron jako podwykonawcą, to realizacja niniejszego zakresu przez pracowników konsorcjanta nie wskazuje, że to Element S.A. zrealizował tę część dokumentacji. Skoro Odwołujący opracował znaczącą część dokumentacji projektowej (tj. wg wyciągu – 557 stron) oznacza, że te same części nie zrealizował Polteron jako podwykonawca (nawet jeżeli był on podwykonawcą nie konsorcjum, a bezpośrednio Element S.A.). Oczywistym jest, że w procesie budowlanym nie mogą istnieć 2 lub więcej dokumentacji projektowych – musi być to jeden dokument (zgodnie z prawem budowlanym). Niemniej jednak pomijanie faktu, że to nie Polteron, ale Odwołujący zrealizował tak znaczną część tej dokumentacji, a wręcz – wskazywanie, że świadczy to o nabyciu doświadczenia przez Element S.A. świadczy o błędnej ocenie tego dowodu przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w ogóle pominął w ocenie oświadczenie projektanta oraz pełnomocnika Bergerat – w uzasadnieniu decyzji o wyborze oferty Konsorcjum brak jest jakichkolwiek odniesień do tychże dokumentów.

Ad „koordynacja wszystkich robót, usług i dostaw na budowie, w tym w zakresie dostaw i posadowienia czterech agregatów kogeneracyjnych wyposażonych w silniki gazowe z generatorami prądu zmiennego i układami odzysku ciepła o mocy ok. 2 MWe i ok. 2 MWt każdy”

Odwołujący wskazał, że Element S.A. nie zrealizował: doboru parametrów oraz dostawy istotnych elementów technologicznych dotyczących jednostek wytwórczych, w tym wymiennika spaliny/glikol, tłumika spalin, divertera spalin i by-passu spalin, wymienników płytowych, chłodnic wentylatorowych obiegu GK i EK, które zostały dobrane i zamówione przez Przystępującego, który następnie koordynował ich dostawę i prace związane z montażem.

Odnosząc się do części uzasadnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, tj.: „przekazane protokoły odbioru, w opinii Zamawiającego, nie potwierdzają, że Element S.A. nie uczestniczył czynnie i bezpośrednio w realizacji zamówienia

(...) sam fakt przedłożenia oferty, czy nawet podpisania umowy podwykonawczej (zlecenia na dostawę) przez Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. na ten zakres zamówienia, nie oznacza jeszcze, że Element S.A. nie brał czynnego i

bezpośredniego udziału, jako Lider Konsorcjum, w wykonaniu przedmiotowego zakresu zamówienia, niezbędnego do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dot. realizacji robót budowlanych”, Odwołujący wskazał, że takie stanowisko Zamawiającego jest sprzeczne z argumentacją, w której Zamawiający neguje znaczący wkład Odwołującego w realizację zamówienia za względu na to, że na dokumentacji projektowej widnieje nazwa Element S.A. W przypadku zaś protokołów odbioru, w których Odwołujący wykazuje, że dokonywał bezpośrednich dostaw do Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. (bez jakiegokolwiek udziału Element S.A. – nazwa nie istniejąca na protokołach odbioru) ma w ocenie Zamawiającego nie być wystarczającym dowodem na brak udziału Element S.A. w realizacji tego zakresu zamówienia. Argumentacja stosowana przez Zamawiającego jest więc zdaniem Odwołującego wewnętrznie sprzeczna i zmierza w rzeczywistości do całkowitego ograniczenia Odwołującemu możliwości wykazania, że wykonał znaczącą część zamówienia samodzielnie. Odwołujący wskazał, że każdy dokument jest przez Zamawiającego kwestionowany, a argumentacja jest niespójna i jest konstruowana wyłącznie na potrzeby przyjętej przez Zamawiającego tezy o spełnieniu przez Konsorcjum Element warunków udziału w postępowaniu.

Ad „wykonanie kompletnej części technologicznej Zadania Inwestycyjnego od silników do komina z odzyskiem ciepła i dystrybucją spalin”

Odwołujący wskazał, że Element S.A. nie zrealizował: dostawy i montażu 4 szt. agregatów kogeneracyjnych wraz z wibroizolatorami na fundamencie, w tym nie uczestniczył w doborze wibroizolatorów dla agregatu G3516H, nie wykonał osiowania i poziomowania agregatów kogeneracyjnych, montażu izolacji termicznej dostarczonych urządzeń: tłumika spalin, wymiennika spalin, divertera oraz by-passu spalin, dostawy i montażu dla każdego z 4 pomieszczeń agregatów: filtrów powietrza, odolejaczy, podestów do akumulatorów, ani dostawy i montażu chłodnic wentylatorowych.

Odwołujący podniósł, że w tym zakresie (protokoły odbioru potwierdzające realizację samodzielnego zakresu przez zamówienia przez Odwołującego argumentacja Zamawiającego jest w pełni sprzeczna z argumentacją, w której Zamawiający neguje znaczący wkład Odwołującego w realizację zamówienia za względu na to, że na protokole odbioru widnieje nazwa Element S.A. W przypadku zaś protokołów odbioru, w których Odwołujący wykazuje, że dokonywał bezpośrednich dostaw do Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. (bez jakiegokolwiek udziału Element S.A. – nazwa nie istniejąca na protokołach odbioru) ma w ocenie Zamawiającego nie być wystarczającym dowodem na brak udziału Element S.A. w realizacji tego zakresu zamówienia. Argumentacja stosowana przez Zamawiającego jest zdaniem Odwołującego wewnętrznie sprzeczna i zmierza w rzeczywistości do całkowitego ograniczenia Odwołującemu możliwości wykazania, że wykonał znaczącą część zamówienia samodzielnie. Odwołujący podniósł, że każdy dokument jest przez Zamawiającego kwestionowany, a argumentacja jest niespójna i jest konstruowana wyłącznie na potrzeby przyjętej przez Zamawiającego tezy o spełnieniu przez Konsorcjum Element warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący nie podzielił też oceny Zamawiającego wyrażonej w piśmie z 26 czerwca 2023 r., w zakresie faktur.

Ad „wykonanie kompletnej instalacji doprowadzenia paliwa gazowego do jednostek kogeneracyjnych wraz z układem pomiarowym i systemem detekcji gazu”

Odwołujący wskazał, że Element S.A. nie zrealizował: ścieżki gazowej przygotowującej paliwo dla silnika gazowego 4 szt.

Odwołujący podtrzymał ogólną argumentację w zakresie ofert podwykonawczych a ponadto wskazał, w odniesieniu do stwierdzenia Zamawiającego: „Ponadto, oferta nr AK/252/v1/05/2021, dotyczy dostawy ścieżki gazowej, zatem w opinii Zamawiającego, nie dotyczy warunku udziału określonego w pkt 12.4 ppkt 1 IDW (Część I SWZ),” że Zamawiający ignoruje fakt, że ścieżka gazowa agregatu odpowiada za dostarczenie paliwa gazowego w odpowiedniej ilości i pod odpowiednim ciśnieniem. Zatem jest istotnym elementem składowym agregatów kogeneracyjnych, za których dostawę, montaż oraz rozruch odpowiadał Odwołujący. Złożona oferta potwierdza, że to Odwołujący wykonał niniejszy zakres prac w pełni samodzielnie, bez udziału Element S.A., a Zamawiający po raz kolejny próbuje umniejszyć wartość dowodową przedstawionych dokumentów.

Ad „wykonanie kompletnej infrastruktury AKPiA dla sterowania, nadzoru, zabezpieczenia ruchu EC i współpracy z istniejącą Ciepłownią”

Odwołujący wskazał, że Element S.A. nie zrealizował: szaf AKPiA agregatów kogeneracyjnych (3 szafy dla każdego agregatu, łącznie 12 szaf), ani nie wykonał montażu linii kablowych zasilających pomiędzy tymi szafami a urządzeniami technologii kogeneracji.

W niniejszym zakresie Zamawiający kwestionował protokoły odbioru oraz faktury, które jako dowód na wykazanie samodzielną realizację części zamówienia przedłożył Odwołujący (uwagi ogólne Zamawiającego do protokołów odbioru i faktur), które rzekomo nie potwierdzają wyłącznie Element S.A. z realizacji niniejszego zakresu.

Ad „organizacja, koordynacja oraz przeprowadzenie rozruchu”

Odwołujący wskazał, że Element S.A. nie zrealizował: nastaw generatorów agregatów kogeneracyjnych, pomiarów agregatów kogeneracyjnych, nie przeprowadził szkoleń z zakresu obsługi AKPiA generatorów, mechaniki generatorów oraz obsługi serwisowej agregatów.

Odwołujący wskazał, że w niniejszym zakresie Zamawiający kwestionował protokoły odbioru oraz faktury, które jako dowód na wykazanie samodzielnej realizacji części zamówienia przedłożył Bergerat (uwagi ogólne Zamawiającego do protokołów odbioru i faktur), które rzekomo nie potwierdzają wyłącznie Element S.A. z realizacji niniejszego zakresu.

Ponadto Odwołujący nie zgodził się z oceną Zamawiającego co do faktu podzielenia przez wykonawców spornego kontraktu gwarancji należytego wykonania umowy. Wniesienie przez dwóch członków konsorcjum odrębnego zabezpieczenia świadczy, zdaniem Odwołującego, o tym, że każdy z tych wykonawców odpowiadał za własny, odrębny zakres zamówienia i ewentualne niewykonanie lub nienależyte wykonanie tego odrębnego zakresu zamówienia potwierdza wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy tylko na ten zakres.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający żądał wniesienia zabezpieczenia na kwotę równoważną 10% wartości kontraktu. Wysokość zabezpieczenia wniesionego przez Odwołującego (1 463 742,77 PLN) świadczy o tym, że całkowita wartość zakresu umowy realizowanej samodzielnie przez Odwołującego była równa 14 637 427,70 PLN i stanowiła ok 45% całkowitej wartości zrealizowanego kontraktu.

Wniesienie dwóch odrębnych zabezpieczeń należytego wykonania umowy dowodzi, że konsorcjanci podzielili zakres prac pomiędzy sobą i odpowiedzialność za wykonanie tych prac, czyli wykonywali jest zupełnie niezależnie. Każdy z członków konsorcjum odpowiadał bowiem we własnym zakresie za ewentualne niezrealizowanie lub nienależyte zrealizowanie powierzonego mu zakresu. Co potwierdza właśnie dokument gwarancji należytego wykonania, który jest wystawiony bezpośrednio na Energetyka Ciepła Sp. z o.o. (a nie Element S.A.).

W złożonej pismem z 19 lipca 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ELEMONT spółki akcyjnej z siedzibą w Opolu i „FEROX-Energy-Systems” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach (dalej: „Przystępujący”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania i w piśmie Przystępującego z 23 lipca 2023 r., jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

W pierwszej kolejności odnotowania wymaga, że wyrokiem z 2 czerwca 2023 r., w sprawie o sygn. akt KIO 1397/23, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie (wniesione przez Przystępującego w tej sprawie) i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego (tj. Przystępującego) oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, z uwzględnieniem oferty odwołującego (tj. Przystępującego).

Konsekwencją rozstrzygnięcia, Zamawiający 26 czerwca 2023 r., poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego. Uzasadnienie tej czynności było następujące:

„Prawidłowość oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ELEMONT S.A. (lider konsorcjum), ul. Dobrzeńska 72B, 45-920 Opole oraz FEROX Energy Systems Sp. z o.o. (partner konsorcjum), ul. Konduktorska 33, 40-155 Katowice (dalej: Konsorcjum Element), w zakresie złożonego wadium oraz spełniania warunków udziału w Postępowaniu, w związku ze złożonym oświadczeniem z art. 117 ust. 3 Pzp, została potwierdzona przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 2 czerwca 2023 r., sygn. akt KIO 1397/23. Zamawiający dokonując ponownego badania i oceny ofert uwzględnił ww. wyrok wraz z uzasadnieniem wskazanym przez KIO.

Zamawiający po dokonaniu ponownego badania ofert uznaje, że Konsorcjum Element wykazało spełnienie warunków udziału w Postępowaniu.

Zamawiający poddał również ocenie informacje i dokumenty pominięte przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 2 czerwca 2023 r. (sygn. akt KIO 1397/23), a które zostały złożone przez Wykonawcę Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o., mające rzekomo potwierdzać brak spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, określonego w pkt. 12.4 ppkt 1 IDW (Część I SWZ). W tym, Zamawiający dokonał również analizy i oceny pisma Wykonawcy Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o.

z dnia 6 czerwca 2023 r. oraz wskazanej tam argumentacji. (...)

Zamawiający, mając na względzie powyższe, dokonał analizy całokształtu okoliczności, dostępnych Zamawiającemu w danej sprawie, tj. przede wszystkim ocenił:

- 1) Oświadczenie Konsorcjum Element złożone w piśmie z dnia 28 kwietnia 2023 r. (stanowiące załącznik do Protokołu postępowania), z którego w sposób jednoznaczny wynika, iż Element S.A. (dawniej Element Sp. z o.o.) brał bezpośredni udział w realizacji całej Inwestycji w Skierniewicach w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wskazanego w pkt. 12.4 ppkt 1 IDW (Część I SWZ);
- 2) Oświadczenie Konsorcjum Element złożone w Odwołaniu w postępowaniu prowadzonym przez KIO pod sygn. akt KIO 1397/23, potwierdzające po raz kolejny bezpośredni udział w realizacji Inwestycji w Skierniewicach;
- 3) Przedłożone referencje wystawione przez inwestora Inwestycji w Skierniewicach, tj. Energetyka Ciepła Sp. z o.o. w Skierniewicach. Zamawiający jest w posiadaniu trzech różnych referencji wystawionych przez ww. podmiot. Kluczowe są przy tym dwie referencje, datowane na dzień 25 kwietnia 2023 r. Zamawiający zdaje sobie sprawę, że referencje te różnią się tym, że w jednych referencjach w ostatnim akapicie na stronie pierwszej referencji przed wyliczeniem wskazano Konsorcjum, a w drugich wyłącznie podmiot Element S.A., niemniej powyższe w żadnej mierze nie dowodzi, że Element S.A. nie brał osobistego udziału w realizacji każdego etapu Inwestycji w Skierniewicach. Wręcz przeciwnie, z referencji tych jednoznacznie wynika, że Inwestor oświadcza i potwierdza, że Element S.A. „faktycznie i realnie wykonywał od dnia 10 lipca 2020 r. do dnia 12 maja 2022 r.” Inwestycję w Skierniewicach. Dalej, z referencji wynika również, że Element S.A. „był bezpośrednio zaangażowany w proces wykonawczy (realizację wszystkich robót, dostaw i usług), decyzyjny,

organizacyjny i zarządczy wykonania całego przedmiotu” Inwestycji w Skierniewicach. Oczywiście jest przy tym dla Zamawiającego, że wykonawcy działający w ramach Konsorcjum dzielą się zakresem realizacji zamówienia, niemniej kluczowy, dla nabycia doświadczenia w ramach konsorcjum, jest właśnie bezpośredni i czynny udział w realizacji zamówienia, który został wykazany, zdaniem Zamawiającego, przez Konsorcjum Element w Postępowaniu. Ponadto, w dniu 6 czerwca 2023 r. Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. przekazał Zamawiającemu pismo wraz z załącznikiem, tj. wyjaśnieniem treści referencji przez Inwestora Inwestycji w Skierniewicach (stanowią załączniki do Protokołu postępowania). Raz jeszcze Inwestor potwierdził, że Element S.A. był bezpośrednio zaangażowany w cały proces realizacyjny, co jednoznacznie potwierdza w opinii Zamawiającego nabycie doświadczenia oraz spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, określonego w pkt. 12.4 ppkt 1 IDW (Część I SWZ).

- 4) Zamawiający dokonał analizy oświadczeń Wykonawcy Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. zawartych w pismach kierowanych w postępowaniu odwoławczym, prowadzonym pod sygn. akt KIO 1397/23, jak również przedłożonych dokumentów, Zamawiający po dokonaniu ich ocenie ma następujące wnioski:

- a) Oświadczenia wskazywane przez Wykonawcę Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. w pismach składanych w postępowaniu odwoławczym, jakoby Konsorcjum Element nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wskazanego w pkt. 12.4 ppkt 1 IDW (Część I SWZ) nie zostały w żaden sposób, skutecznie udowodnione;
- b) Wykonawca Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. przedłożył szereg dokumentów, z których miało rzekomo wynikać, że Element S.A. nie nabył w trakcie realizacji Inwestycji w Skierniewicach doświadczenia, które potwierdzałoby spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, określonego w pkt. 12.4 ppkt 1 IDW (Część I SWZ). Niemniej, przekazane dokumenty nie potwierdzają, w opinii Zamawiającego, stanowiska prezentowanego przez Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o.; przede wszystkim:

- z przedłożonej strony tytułowej projektu wykonawczego (załącznik nr 2 oraz 7 do pisma Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. z dnia 29 maja 2023 r., złożonego w postępowaniu odwoławczym) wynika jednoznacznie, że podmiotem zamawiającym dokumentację wykonawczą był Element S.A. Tym samym, Zamawiający wywodzi z powyższego, że to Element S.A. zawarł umowę podwykonawczą z Firmą Inżynierską Polteron. Mając zaś na uwadze chociażby stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażone w wyroku z dnia 13 marca 2023 r. (sygn. akt KIO 507/23), doświadczenie uzyskiwane przez podwykonawcę, należy traktować jako doświadczenie generalnego wykonawcy, zatem w omawianym przypadku jako doświadczenie Element S.A. W opinii Zamawiającego, przedłożony przez Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. dokument w rzeczywistości potwierdza nabycie doświadczenia w zakresie projektowania przez Element S.A. Sam fakt, że na przekazanym dokumencie widnieją podpisy pracowników Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. nie przeczy nabyciu doświadczenia przez Element S.A.
- we wszystkich przedłożonych fakturach zostały zanonimizowane kwoty, nie wiadomo zatem jakiej procentowej wartości całej Inwestycji w Skierniewicach one dotyczą. Ponadto, Konsorcjanci mogą się dzielić w umowie konsorcjalnej nie tylko wykonawstwem zakresu zamówienia, ale również płatnościami. Bez znajomości umowy konsorcjum i obowiązków ustalonych między Stronami, z przedłożonych faktur bynajmniej nie wynika, że Element S.A. nie uczestniczył czynnie i bezpośrednio w realizacji zakresu wskazanego na fakturze. Ponadto, wydaje się, że przekazane faktury nie dotyczą kluczowych elementów zamówienia, a np. samej czynności wstawienia

agregatów na halę (zob. faktura nr F/0018/2021), zatem dostawy, a nie roboty budowlanej. Z kolei z faktury FV0437/09/21 nie sposób ustalić jakiego przedmiotu dotyczy.

- przekazane protokoły odbioru, w opinii Zamawiającego, nie potwierdzają, że Element S.A. nie uczestniczył czynnie i bezpośrednio w realizacji zamówienia. Ponadto, wydaje się, że protokoły nie dotyczą wykonania kluczowych robót budowlanych, które mogłyby przesądzać o niespełnieniu warunku udziału w Postępowaniu, określonego przez Zamawiającego w pkt. 12.4 ppkt 1 IDW (Część I SWZ).
- w zakresie dołączonych ofert, to Zamawiającemu nie wiadomo jakich kwot dotyczą oraz z samej treści oferty nie wynika jakiej dotyczy inwestycji. Niezależnie jednak od powyższego, sam fakt przedłożenia oferty, czy nawet podpisania umowy podwykonawczej (zlecenia na dostawę) przez Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. na ten zakres zamówienia, nie oznacza jeszcze, że Element S.A. nie brał czynnego i bezpośredniego udziału, jako Lider Konsorcjum, w wykonaniu przedmiotowego zakresu zamówienia, niezbędnego do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dot. realizacji robót budowlanych. Ponadto, oferta nr AK/252/v1/05/2021, dotyczy dostawy ścieżki gazowej, zatem w opinii Zamawiającego, nie dotyczy warunku udziału określonego w pkt 12.4 ppkt 1 IDW (Część I SWZ).
- Sam fakt podziału wniesionego zabezpieczenia należytego wykonania umowy również, w opinii Zamawiającego, nie potwierdza, że Element S.A. nie nabył podczas realizacji Inwestycji w Skierniewicach doświadczenia, potwierdzającego spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, określonego w pkt. 12.4 ppkt 1 IDW (Część I SWZ).

Mając na uwadze wszystkie powołane powyżej okoliczności, Zamawiający uznał, iż Konsorcjum Element wykazało spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, wskazanego w pkt. 12.4 ppkt 1 IDW (Część I SWZ), tym bardziej uwzględniając wykładnię tego warunku, dokonaną przez KIO w wyroku z dnia 2 czerwca 2023 r., sygn. akt KIO 1397/23." Izba ustaliła, że treść pisma Odwołującego z 6 czerwca 2023 r., skierowanego do Zamawiającego, na które Zamawiający powołał się w ww. uzasadnieniu jest zasadniczo tożsama z zarzutami odwołania. Ponadto do tego pisma zostało załączone pismo Inwestora spornej roboty budowlanej z 24 maja 2023 r. stanowiące wyjaśnienie listu referencyjnego z 8 listopada 2022 r.

Izba ustaliła też, że Zamawiający zwrócił się bezpośrednio do Inwestora, który udzielił mu odpowiedzi pismem z 25 kwietnia 2023 r., wskazując m.in., że: „Energetyka Ciepła Sp. z o.o. w Skierniewicach potwierdza uczestnictwo obu konsorcjantów w procesie realizacji zadania inwestycyjnego, od projektu aż do uruchomienia i przekazania instalacji do użytkowania. Przedstawiciele obu firm brali czynny udział w całości procesu inwestycyjnego tzn. ustaleniach projektowych, uzgodnieniach technicznych, radach budowy, odbiorach technicznych i finansowych poszczególnych etapów budowy.”

Ponadto w ocenie Izby stan faktyczny przedstawiony przez wszystkich uczestników sporu jest tożsamy, strony różnią się jednak co do jego oceny.

W Części I Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej „SWZ”) w pkt 12.4 zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej i wskazał, że:

„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał się posiadaniem doświadczenia oraz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiającego realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Opis sposobu oceny spełniania tego warunku jest następujący: warunek ten będzie uznany za spełniony, jeżeli (wszystkie poniższe warunki muszą zostać spełnione łącznie):

1) Wykonawca wykaże co najmniej, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał:

a) co najmniej jedną robotę budowlaną w formule „zaprojektuj i wybuduj” (wraz z wykonaniem dokumentacji projektowej) polegającą na budowie źródła wysokosprawnej kogeneracji nie mniejszej niż 4 MWe (gaz ziemny, biogaz, gaz kopalniany) i składającej się co najmniej z dwóch jednostek wytwórczych – w ramach jednej inwestycji (jednej zawartej umowy);

alternatywnie wykonał:

a) co najmniej jedną dokumentację projektową dot. budowy źródła wysokosprawnej kogeneracji nie mniejszej niż 2 MWe (gaz ziemny, biogaz, gaz kopalniany) i składającej się co najmniej z dwóch jednostek wytwórczych
oraz

b) co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie źródła wysokosprawnej kogeneracji nie mniejszej niż 4 MWe (gaz ziemny, biogaz, gaz kopalniany) i składającej się co najmniej z dwóch jednostek wytwórczych - w ramach dwóch różnych inwestycji (zawartych umów) – osobno lit. a) i osobno lit. b) powyżej.”.

Odnótowania też wymaga, że w przywołanym wyżej wyroku, Izba przesądziła, że „z brzmienia ww. warunku udziału w postępowaniu nie wynika że obejmuje on również dostawy na teren budowy wszystkich materiałów i urządzeń, składających się na wysokosprawną kogenerację”.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, przywołanych w podstawie prawnej zarzutów odwołania.

art. 16 ustawy Pzp

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

art. 226 ust 1 pkt 2) lit. b) i pkt 5) ustawy Pzp

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 2) została złożona przez wykonawcę:
- b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub (...)
- 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

art. 239 ustawy Pzp

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

W ocenie Izby odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie stanowiska Odwołującego co do oceny uzyskanych przez Zamawiającego od Przystępującego referencji, w ocenie Izby Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp. Choć rzeczywiście nie sposób nie zauważyć, że niektóre pisma pochodzące od Inwestora spornej inwestycji nie zostały sporządzone starannie, Izba nie zgadza się z wnioskiem Odwołującego, jakoby posłużenie się nimi przez Przystępującego (Element) stanowiło próbę wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Odwołujący w swoim stanowisku zupełnie pomija okoliczność, że w złożonym wykazie robót, Przystępujący wskazał, że sporna inwestycja była realizowana przez niego w ramach konsorcjum. Izba przypomina, że co do zasady, referencje składane są w celu wykazania należytego wykonania zamówienia. Stąd też ich treść nie musi w sposób precyzyjny potwierdzać np. zakresów wykonanych prac w sytuacji gdy zamówienie było realizowane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W piśmie z 25 kwietnia 2023 r., Inwestor przyznał, że nie wymagał dostarczenia umowy konsorcjum, stąd też w ocenie Izby informacje wskazywane przez Inwestora we wszystkich referencjach wydanych Przystępującemu są wyrazem tego, jak Inwestor postrzegał realizację umowy przez Przystępującego (Element) i Odwołującego.

Oceniając czynność Zamawiającego z 26 czerwca 2023 r., Izba nie znalazła podstaw do jej zakwestionowania w granicach zarzutów określonych odwołaniem. Zdaniem składu orzekającego dokonana przez Zamawiającego ocena dowodów jakimi Zamawiający dysponował na moment podejmowania czynności była prawidłowa, co potwierdzają dowody złożone również w tym postępowaniu odwoławczym (częściowo wykraczające ponadto to czym dysponował Zamawiający). Przechodząc do oceny złożonych dowodów w pierwszej kolejności wskazać należy na treść umowy konsorcjum z 27 kwietnia 2020 r. wraz z załącznikiem 1 oraz na umowę wykonawczą do umowy konsorcjum z dnia 27 kwietnia 2020 r., zawartą 7 września 2020 r. (oba dowody pochodzące od Przystępującego). Z umów tych wynika bowiem zakres obowiązków Przystępującego (Element) i Odwołującego w spornej inwestycji, w tym podział prac na poszczególnych etapach realizacji tej inwestycji. W ocenie Izby bezspornie z Załącznika nr 1 do umowy konsorcjum z 27 kwietnia 2020 r. wynika, że za całość prac związanych z projektowaniem i dokumentacją (pkt 2) odpowiadał Przystępujący (Element). Izba dostrzega, że w pkt 2.7 opisanym jako „projekt CAT Eneria” wskazano Odwołującego jednak z dopisku w „uwagach” wynika wprost, że zakres ten powiązany jest z dostawą opisaną w pkt 5.3 dotyczącą „Część AKPiA – technologia CAT” gdzie w uwagach wskazano „koszt uwzględniony w cenie Enerii uwzględnia koszty projektowe”. Uczestnicy sporu różnią się co do wniosków płynących z tej okoliczności, ponieważ w ocenie Odwołującego świadczy on o tym, że Przystępujący (Element) nie wykonał całości prac projektowych. Z powyższym wnioskiem Izba się nie zgadza. Po pierwsze Izba nie kwestionuje wkładu Odwołującego w wykonanie projektu związanego z wyżej opisanym zakresem projektowym, jednak w ocenie Izby wykonanie takiego „wkładu” nie przesądza jeszcze, że Przystępujący (Element) nie wykonał całości dokumentacji projektowej. Izba podziela argumentację Przystępującego wskazaną w piśmie procesowym w zakresie w jakim odnosi się ona do prac projektowych zrealizowanych przez Przystępującego (Element) oraz charakteru prac wykonanych przez Odwołującego, tj. że dostarczona przez Odwołującego dokumentacja stanowiła wkład do dokumentacji projektowej sporządzonej przez Przystępującego (Element). Potwierdzeniem powyższego jest w ocenie Izby załącznik nr 3 HRF do umowy wykonawczej z 7 września 2020 r., gdzie w pkt 3 i 4 wskazano, że „zatwierdzenie projektu podstawowego, zamiennego i wykonawczych obiektów budowlanych” oraz „zatwierdzenie projektów wykonawczych pozostałych obiektów i instalacji” były zakresem wykonanym przez Przystępującego (tj. przez Element sp. z o.o.), za które w całości Przystępujący (Element) otrzymał wynagrodzenie.

Ponadto powyższe potwierdzają też przedstawione zarówno przez Odwołującego jak i Przystępującego dowody w postaci pierwszych stron dokumentacji projektowej, projektów i opracowań (*vide* dowody nr 5, 5A, 14 złożone przez Odwołującego oraz dowody złożone przez Przystępującego, tj. projekt wykonawcy instalacje elektryczne w budynku stacji transformatorowej opis techniczny grudzień 2020, gdzie w pkt 12.10 dotyczącym zestawienia nastaw wykorzystano wkład dostarczony przez Odwołującego, projekt podstawowy pod którym podpisali się tylko pracownicy/osoby współpracujące z Przystępującym (Elemont), protokoły przedstawione na rozprawie i załączone do pisma). Ponadto zdaniem Izby z okoliczności, że Odwołujący wykonał wkład do dokumentacji projektowej nie sposób wnioskować, że Przystępujący (Elemont) całości dokumentacji projektowej nie zrealizował, skoro za prace projektowe odpowiedzialność wzięły osoby związane z Przystępującym (Elemont), tj. jego podwykonawca i osoby przez Przystępującego (Elemont) zatrudnione/z Przystępującym (Elemont) współpracujące.

W zakresie przywołanego w treści odwołania stanowiska Izby wyrażonego w wyroku o sygn. akt KIO 1602/22, Izba wskazuje, że dowody opisane wyżej i w dalszej części uzasadnienia pokazują, że Przystępujący (Elemont) jest uprawniony do tego aby legitymować się doświadczeniem nabytym przy spornej inwestycji w zakresie wykonania robót budowlanych i prac projektowych. Natomiast argumentacja wskazana w pkt 23 uzasadnienia odwołania prowadziłaby do wniosku, że żaden z uczestników konsorcjum nie nabył wystarczającego doświadczenia przy spornej inwestycji i żaden z nich nie mógłby się tym doświadczeniem legitymować. Podkreślenia wymaga, że jak wynika z umowy wykonawczej i z umowy konsorcjum strony określiły wyraźnie swoje role podczas realizacji spornej inwestycji i jest dla Izby jasne, że w okolicznościach tej sprawy Przystępujący (Elemont) uczestniczył w realizacji całego zamówienia, co wynika chociażby z pełnionej przez niego roli generalnego wykonawcy (*vide* pkt 6 umowy wykonawczej z 7 września 2020 r.). Jak wskazał Przystępujący w dzienniku budowy znajdują się podpisy tylko pracowników/osób współpracujących z Przystępującym (Elemont), projekty również zostały sporządzone przez takie osoby. Podkreślenia wymaga, że ani Przystępujący ani Zamawiający nie kwestionują wkładu w prace budowlane czy projektowe jaki miał Odwołujący ale w okolicznościach tej sprawy nie przeczy to doświadczeniu nabytemu przez Przystępującego (Elemont sp. z o.o.). W tym zakresie Izba uznaje argumentację Przystępującego wskazaną w piśmie procesowym i podtrzymaną na rozprawie za zasadną. Z tych względów w ocenie Izby nie potwierdził się zarzut zaniechania wykonania przez Przystępującego (Elemont) pełnej dokumentacji projektowej. Opisany w pkt 28 in. uzasadnienia odwołania. Podkreślenia wymaga, że jak słusznie zauważył Zamawiający, nie został przedstawiony żaden dowód na wykazanie zasadności stanowiska zaprezentowanego w pkt 30 uzasadnienia odwołania. Odwołujący poprzestał w tym zakresie jedynie na pokazaniu wyciągów ze sporządzanej przez siebie dokumentacji dotyczących ograniczonego zakresu (AKPiA zespołów prądotwórczych Catepillar, dokumentacja w zakresie nastaw, agregatu czy ścieżki gazowej). Ponadto Odwołujący nie zaprzeczył treści umowy konsorcjum ani umowy wykonawczej i wynikających z ich treści podziału prac. Nie wykazywał aby na późniejszym etapie zakresy te uległy zmianie. Jest więc dla Izby niebudzące wątpliwości, że za całość prac projektowych odpowiadał Przystępujący (Elemont) gdyż złożenie podpisów pod projektem przez osoby go sporządzające, sprawdzające i zatwierdzające wiąże się z przejściem odpowiedzialności, a to oznacza wykonanie takiej pracy i w efekcie pozwala na legitymowanie się zdobytym w ten sposób doświadczeniem.

Nie potwierdził się w ocenie Izby również zarzut opisany w pkt 31 uzasadnienia odwołania odnoszący się do koordynacji wszystkich robót, usług i dostaw na budowie, w tym dotyczących 4 agregatów, a także zarzut wskazany w pkt 34 in. dotyczący wykonania kompletnej części technologicznej od silników do komina. W tym zakresie Odwołujący podniósł, że Przystępujący (Elemont) nie wykonał doboru parametrów oraz dostawy istotnych elementów technologicznych dotyczących jednostek wytwórczych. Zarzut sprowadza się do twierdzenia o błędnej ocenie przez Zamawiającego, że mimo iż to Odwołujący dokonał dostaw na co przedstawił dowody, to Zamawiający błędnie uznaje, że Przystępujący (Elemont) nabył doświadczenie w tym zakresie. W zakresie pkt 34 Odwołujący wskazał, że Przystępujący (Elemont) nie wykonał dostawy i montażu 4 szt. agregatów.

W odniesieniu do powyższego Izba wskazuje, że ocena Zamawiającego była prawidłowa. Izba nie przeczy, że Odwołujący wykonał dostawy i montaż agregatów, z czym mogło wiązać się wykonanie niezbędnych w celu montażu prac budowlanych. Niemniej jednak wpis w dzienniku budowy, na który wskazał w czasie rozprawy Przystępujący wskazuje, że prace takie odbywały się pod nadzorem kierownika budowy (współpracującego z Przystępującym - Elemont) zatem Przystępujący (Elemont) nadzorował te prace, koordynował je i za całość wykonanych prac finalnie wziął odpowiedzialność, co uprawnia go w ocenie Izby do legitymowania się tak zdobytym doświadczeniem. Ponadto podkreślić należy, że jak przesądziła Izba w wyroku o sygn. akt KIO 1397/23 dostawy nie były elementem warunku. Izba rozumie, że montaż w przypadku takich dostaw może wiązać się z koniecznością wykonania drobnych robót budowlanych jednak to w okolicznościach tej sprawy nie przeczy zdaniem Izby doświadczeniu zdobytemu przez Przystępującego (Elemont). Z podziału zadań i prac między Przystępującego i Odwołującego na spornej inwestycji wynika bowiem, że Przystępujący (Elemont) wykonał znakomitą część robót budowlanych a nad tymi, których nie wykonał samodzielnie bo zrobił to Odwołujący (drobne prace budowlane niezbędne do montażu agregatów), sprawował

nadzór co potwierdzone jest wpisem w dzienniku budowy. Z tego względu zarzut w ocenie Izby jest bezzasadny. Ocena Zamawiającego odnosząca się do faktur wynikała z braku znajomości rzeczywistego podziału zadań między członków konsorcjum i braku wskazania procentowego udziału tych faktur w odniesieniu do całości inwestycji. W ocenie Izby same faktury są tylko potwierdzeniem że nastąpiła płatność. Nie jest to dowód pozwalający ustalić zakres odpowiedzialności czy zakres wykonania zadania. Przykładem jest chociażby ustalony podział w zakresie prac projektowych, gdzie całość została przypisana Elemont a Odwołujący dał jedynie swój wkład w ograniczonym zakresie. Ponadto, jak już wybrzmiało wcześniej, dostawy nie były objęte zakresem warunku.

Zarzuty dotyczące wykonania tzw. „ścieżki gazowej” i infrastruktury AKPiA dla sterowania, nadzoru i zabezpieczenia ruchu EC i współpracy z istniejącą Ciepłownią również okazały się bezzasadne. Z zarzutów nie wynika w ocenie Izby jak wykonanie ścieżki gazowej czy infrastruktury AKPiA miałoby się wpisać w warunek udziału w postępowaniu, a ocena dokonana przez Zamawiającego właśnie tego dotyczyła. Izba nie przeczy, że jest to istotny element zamówienia i że został wykonany przez Odwołującego. Wydaje się to być okolicznością bezsporną między stronami. Jednak w ocenie Izby nie udało się Odwołującemu wykazać aby wykonanie ww. zakresu było niezbędne dla uznania spełnienia warunku opisanego w tym postępowaniu o zamówienie. Jak wskazali Zamawiający i Przystępujący powyższe obejmuje dostawy a te zakresem warunku jak wskazała Izba w wyroku KIO 1397/23 zakresem warunku nie były objęte. W ocenie Izby stanowisko Przystępującego wskazane w pkt 88 in. pisma zasługuje na uwzględnienie i ma potwierdzenie w załączonych dowodach.

Zarzut wskazany w pkt 42 uzasadnienia odwołania również nie zasługiwał na uwzględnienie. Kwestia nastaw została rozstrzygnięta we wcześniejszej części uzasadnienia. Natomiast w ocenie Izby kwestia przeprowadzenia szkoleń nie ma znaczenia dla oceny spełnienia warunku. Izba podziela też ocenę Zamawiającego odnoszącą się do podziału między uczestników konsorcjum zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jak wynika ze złożonych dowodów, w tym chociażby z HRF podział kwotowy w zakresie inwestycji był następujący Przystępujący (Elemont) ok 56 %, Odwołujący 44%. Jest okolicznością bezsporną, że Odwołujący zrealizował dostawy o wysokiej wartości wraz z niezbędnymi pracami montażowymi i wobec tego ustalenia nie dziwi fakt, że strony postanowiły się podzielić ciężarem związanym z wniesieniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 związku z § 2 ust. 2 pkt 2 w zw. z §5 pkt 1), 2) lit a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:

.....

.....