Sygn. akt: KIO 1702/23

WYROK

z dnia 30 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **ENVIROTECH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Brzeskie Przedsiębiorstwo Energetyki Cieplnej w Brzegu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Brzegu**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MIKO-TECH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łaziskach Górnych i SmartEPC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje **Brzeskiemu Przedsiębiorstwu Energetyki Cieplnej w Brzegu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Brzegu** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MIKO-TECH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łaziskach Górnych i SmartEPC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach** w trybie art. 128 ust. 1 lub 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia lub wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.
2. Kosztami postępowania obciąża **Brzeskie Przedsiębiorstwo Energetyki Cieplnej w Brzegu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Brzegu** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ENVIROTECH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania;
   2.2. zasądza od **Brzeskiego Przedsiębiorstwa Energetyki Cieplnej w Brzegu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Brzegu** na rzecz wykonawcy **ENVIROTECH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** kwotę 14 673 zł 00 gr (słownie: czternaście tysięcy sześćset siedemdziesiąt trzy złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późń. 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.

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt KIO 1702/23

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

I. Brzeskie Przedsiębiorstwo Energetyki Cieplnej w Brzegu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Brzegu(dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo ustawa Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa zeroemisyjnego źródła ciepła sieciowego na biomasę o mocy 6 MW na rzecz BPEC w Brzegu"; nr postępowania: ŁS/005/2023.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/BZP 00133321 w dniu 13 marca 2023 r.

W dniu 12 czerwca 2023 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawcę ENVIROTECH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie.

Do postępowania odwoławczego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia MIKO-TECH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łaziskach Górnych i SmartEPC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach (dalej: Przystępujący albo Konsorcjum MIKO-TECH) skutecznie zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp lub 128 ust. 4 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu wezwania Przystępującego do uzupełnienia lub wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych dla wykazania spełniania warunku udziału w zakresie doświadczenia w sytuacji, gdy z treści złożonych przez Przystępującego dokumentów i oświadczeń nie wynika, że wykazał on spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia;

2) art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 70(1) §4 Kodeksu cywilnego poprzez postępowanie niezgodne z warunkami przetargu, polegające na uznaniu za najkorzystniejszą oferty Przystępującego i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy Przystępujący nie zdołał wykazać w toku Postępowania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczania.

Odwołujący argumentował, że Zamawiający określił w postępowaniu warunek udziału dotyczący doświadczenia w sposób jasny i nie budzący wątpliwości – aby spełnić warunek udziału w postępowaniu, należało zrealizować jednocześnie: dostawę i montaż kotła na biomasę, o mocy nie mniejszej niż 3 MWt wraz z instalacjami towarzyszącymi. Przystępujący posłużył się doświadczeniem podmiotu udostępniającego zasoby – Polytechnik Polska w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Jednak z oświadczeń i dokumentów złożonych w Postępowaniu nie wynika, aby Polytechnik Polska w ramach wykonania referencyjnego, które realizował w konsorcjum z Polytechnik Austria, uzyskał spektrum doświadczenia pozwalające na wykazanie spełniania warunku doświadczenia postawionego w Postępowaniu. Przystępujący nie wykazał, aby podmiot udostępniający zasób (Polytechnik Polska) posiadał doświadczenie zarówno w dostawie kotła na biomasę, jak i jego montażu. Z przedstawionych oświadczeń i dokumentów nie wynika, w jakim zakresie Polytechnik Polska realizował wykonanie referencyjne w Lęborku. W Wykazie robót jest tylko mowa o realizacji robót budowlanych na potrzeby wykonania referencyjnego, co odpowiada co najwyżej zakresowi odpowiadającemu realizacji instalacji towarzyszących, ale nie dostawie kotła.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zaniedbał wyjaśnienia i nie wezwał Przystępującego do wyjaśnień przedmiotowych środków dowodowych lub ich uzupełnienia w tym zakresie.

Ponadto Odwołujący podnosił, że Odwołujący, tak jak Przystępujący, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej i technicznej dotyczącego doświadczenia również powołał się na doświadczenie podmiotu udostępniającego zasób doświadczania, który został uzyskany przy realizacji wykonania referencyjnego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Odwołujący, celu wykazania warunku doświadczenia, powołał się na doświadczenia firmy GRAS ENERGIA Sp. z o.o., która w konsorcjum z firmą KONMET S.C. H. D. I. D. zrealizowała wykonanie referencyjne pn.: Modernizacja Kotłowni Rejonowej MEC Sp. z o.o. w Mrągowie – budowa Kotłowni bazującej na produkcji energii cieplnej ze spalania biomasy – dostawa i uruchomienie kotła na biomasę o mocy 8MW wraz z instalacjami towarzyszącymi. W tym przypadku Zamawiający pismem z 8 maja 2023 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnień wskazując w wezwaniu, że z przedłożonych dokumentów nie wynika, jaki zakres w ramach zadania „Modernizacja kotłowni rejonowej MEC sp. z o.o. w Mrągowie – budowa kotłowni bazującej na produkcji energii cieplnej ze spalania biomasy – dostawa i uruchomienie kotła na biomasę o mocy 8 MW wraz z instalacjami towarzyszącymi" wykonał podmiot Gras Energia sp. z o. o., w związku z czym prosił o złożenie wyjaśnień w w/w zakresie tzn. potwierdzających zakres robót wykonany przez podmiot Gras Energia sp. z o.o.

Odwołujący podnosił, że Przystępujący i Odwołujący znaleźli się w tożsamej sytuacji w postępowaniu w związku z wykazywaniem zasobu doświadczenia. Jednak tylko od Odwołującego Zamawiający żądał wyjaśnień dotyczących określenia rzeczywistego doświadczenia podmiotu udostępniającego zasób doświadczenia uzyskany w konsorcjum. W tej samej sytuacji zaniechał żądania takich wyjaśnień od Przystępującego. Ta sytuacja nasuwa zasadne podejrzenia o nierówne traktowanie wykonawców oraz stanowi rażące zasady przejrzystości postepowania.

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym wezwanie Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 lub 128 ust. 4 ustawy Pzp do uzupełnienia lub wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych dla wykazania spełnienia warunku udziału w zakresie doświadczenia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania.

Jego zdaniem szczegółowa analiza przedłożonych przez Przystępującego podmiotowych środków dowodowych spowodowała dokonanie wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

W ocenie Zamawiającego informacje zawarte w wykazie robót jak również referencjach wydanych przez Miasto Lębork, które jako dokument publiczny wydane zostały bezpośrednio dla POLYTECHNIK POLSKA Sp. z o. o. (nie dl Konsorcjum Polytechnik Luft - und Feuerungstechnik GmbH i POLYTECHNIK POLSKA Sp. z o. o.) potwierdza wykonanie wskazanych przez Wybranego Wykonawcę robót przez POLYTECHNIK POLSKA Sp. z o. o. Nie be znaczenia jest fakt, że treść przedstawionych referencji jest na tyle szczegółowa, że potwierdza nie tylko należyte wykonanie zadania, ale także z ich treści można wyczytać potwierdzenie zakresu prac wykonanych przez POLYTECHNIK POLSKA Sp. z o. o.

Prawdziwość informacji wskazanych przez Konsorcjum została dodatkowo zweryfikowana przez Zamawiającego poprzez wyszukanie informacji na stronach internetowych, m. in.: https://www.lebork.pl/aktualnosci/projekt-budowa-elektrocieplowni-opalanej-biomasa-jako-podstawowego-zrodla-ciepla-w-systemie-cieplowniczym-miasta-lebork-zainaugurowany/, https://www.lebork.pl/files/download/6651/BIOMASA-nr-2-luty-2017_PDF-art-o-elektrocieplowni.pdf, http://www.polytechnik.com.pl/pl/aktualnosci/elektrocieplownia_lebork.html.

Wskazana inwestycja zrealizowana na rzecz Miasta Lębork, była przedsięwzięciem dość spektakularnym, dlatego też można znaleźć na jej temat wiele informacji w sieci – każdorazowo jako przedstawiciel wykonawcy generalnego w informacjach medialnych wskazywana jest POLYTECHNIK POLSKA Sp. z o. o. – prezes M. S..

W związku z powyższym w wyniku badania i oceny dokumentów przedłożonych przez Przystępującego Zamawiający nie miał podstaw do wystosowania dodatkowego wezwania do ich uzupełnienia lub wyjaśnienia – złożone dokumenty zawierały wszystkie informacje niezbędne do potwierdzenia spełniania przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Prawa zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem odwołania.

II. Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie należy uwzględnić.

Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy oraz dowody składane na rozprawie i na tej podstawie ustaliła okoliczności konieczne do rozstrzygnięcia zarzutów.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Zgodnie z rozdziałem VIII specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ) „Informacje o warunkach udziału w postępowaniu" ust. 1 pkt 4) lit a. specyfikacji warunków zamówienia, Zamawiający wymagał od wykonawców chcących wziąć udział w postępowaniu, aby w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykazali się doświadczeniem polegającym na tym, że w okresie ostatnich 8 lat (przed upływem terminu składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo zakończył: co najmniej jedną robotę budowlaną, zakończoną i oddaną do eksploatacji, polegającą na dostawie i montażu kotła na biomasę o mocy nie mniejszej niż 3 MWt wraz z instalacjami towarzyszącymi.

Nie było sporne, co strony potwierdziły zgodnymi oświadczeniami na rozprawie, że aby spełnić warunek udziału w postępowaniu, należało zrealizować jednocześnie: dostawę i montaż kotła na biomasę, o mocy nie mniejszej niż 3 MWt wraz z instalacjami towarzyszącymi.

Zamawiający określił w odniesieniu do wykonawców, którzy chcieliby wykazywać dysponowanie doświadczeniem wynikającym z wykonań referencyjnych realizowanych w ramach współwykonawstwa, że jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych wykonywanych wspólnie z innymi Wykonawcami, wskazuje roboty budowlane, w których wykonaniu Wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył.

Przystępujący, w celu wykazania spełniania ww. warunku doświadczenia, w całości powołało się na doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby w osobie Polytechnik Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, a

mianowicie na wykonanie kotłowni opalanej biomasą w Lęborku w ramach projektu pn. Budowa elektrociepłowni opalanej biomasą jako podstawowego źródła ciepła w systemie ciepłowniczym miasta Lębork zakończona i oddana do eksploatacji robota budowlana polegająca na dostawie i montażu kotła na biomasę o mocy 7,05 MW. Wykonanie referencyjne miało za przedmiot zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych wraz z dostawą i montażem technologii kotła.

Nie było sporne, że wykonanie referencyjne w Lęborku było realizowane przez konsorcjum wykonawców Polytechnik Luft und Feuerungstechnik GmbH z Weissenbach w Austrii (Lider - dalej: „Polytechnik Austria") oraz Polytechnik Polska Sp. z o.o. (Partner - dalej: „Polytechnik Polska").

Z treści oświadczenia Przystępujący zawartego w Wykazie robót wynika, że Polytechnik Polska – podmiot udostępniający zasób doświadczenia na rzecz Przystępującego – realizował wykonanie referencyjne nie sam, ale w konsorcjum z Polytechnik Austria. Analogicznie do przedmiotu Zamówienia w Postępowaniu, wykonanie referencyjne obejmowało zaprojektowanie, dostawę technologii kotła, montaż technologii kotła oraz towarzyszące roboty budowlane. W wykazie wskazano realizację „Budowa elektrociepłowni opalanej biomasą jako podstawowego źródła ciepła w systemie ciepłowniczym miasta Lębork zakończona i oddana do eksploatacji robota budowlana polegająca na dostawie i montażu kotła na biomasę o mocy 7,05 MW (POLYTECHNIK Polska Sp. z o.o. bezpośrednio uczestniczył w wykonaniu w.w robót budowlanych w ramach konsorcjum Polytechnik Luft und Feuerungstechnik – Polytechnik Polska)".

Do wykazu załączono referencję, wystawioną dla Polytechnik Polska, jednak nie wynika z niej jaki był podział zadań między konsorcjantów, i czy zakres opisany w referencjach to zakres całego zadania, czy zakres wykonany przez podmiot, na który wystawiono referencję.

Na tej podstawie Izba zważyła, co następuje.

Stosownie do art. 128 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.
Z kolei zgodnie z art. 128 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, 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.

Odwołujący podnosząc zarzuty odwołania nie twierdził, że Przystępujący powinien zostać wykluczony z postępowania, ponieważ nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, ale ponosił, że na obecnym etapie postępowania, ze złożonych przez Przystępującego dokumentów nie wynika potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem odwołującego Politechnik Polska realizował w ramach wykonania zamówienia wskazanego w wykazie robót budowlanych właśnie same roboty budowlane, ale ani z wykazu ani z załączonej referencji nie wynika, że zrealizował dostawę. Izba przyznała rację Odwołującemu – Przystępujący nie wykazał, że w ramach poprzednich zamówień zrealizował dostawę o określonych parametrach, dlatego powinien zostać wezwany na podstawie art. 128 ust. 1 lub 4 do uzupełnienia lub wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących posiadanego doświadczenia.

Nie można nie zauważyć, że opisanie przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu – wymóg, aby wykonawca wykonał „co najmniej jedną robotę budowlaną (…), polegającą na dostawie i montażu (…)" – może rodzić wątpliwości, co należało wykonać, aby spełnić warunek udziału w postępowaniu: robotę budowlaną czy dostawę, ponieważ określenie „robota budowlana polegająca na dostawie" jest dość enigmatyczne. Strony jednak zgadzały się co do tego, że w ramach zamówienia, którym należy się wykazać dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, należało zrealizować dostawę o określonych parametrach. W ocenie składu orzekającego, taka realizacja nie została udokumentowana przez Przystępującego – należy go więc wezwać do uzupełnienia bądź wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych (Przystępujący do tej pory nie był wzywany). Z przedłożonej przez Przystępującego referencji wynika, że Politechnik Polska, podmiot udostępniający Przystępującemu zasoby, zrealizował w konsorcjum z innym wykonawcą – Polytechnik Austra zamówienie obejmujące m.in. dostawę, ale z referencji nie wynika, jaki ten konkretny wykonawca realizował zakres prac – treść

referencji można interpretować w ten sposób, że opisano tamże cały zakres zrealizowanych prac, a nie konkretny zakres, który został zrealizowany przez podmiot udostepniający zasoby. Ta kwestia wymaga wyjaśnienia, dlatego Izba uwzględniła odwołanie. Trzeba zauważyć, że Odwołujący podejmował szereg kroków, które uprawdopodobniły powyżej opisaną wątpliwość za pomocą dowodów przedkładanych do odwołania i na rozprawie: m. in. dokumenty dostawy (dowód nr. 3), z których wynika, że Politechnik Polska nie był dostawcą i nie realizował sprzedaży, a Odwołujący zwracał uwagę na informację podaną w prawym górnym rogu każdego dokumentu dostawy, z której wynika, że Polytechnik Austria był właścicielem towaru aż do całkowitej zapłaty; sprawozdanie finansowe Politechnik Polska za okres od 1 lipca 2014 r. do 30 czerwca 2015 r. (dowód nr. 4), z którego ze str. 642 zgodnie z paginacją KRS wynika, że w 2014 r. zgodnie z nazwą kolumny (tu wyjaśnia, że przedmiotowe sprawozdanie finansowe obejmuje w przypadku Politechnik Polska drugą połowę 2014 r. i pierwszą połowę 2015 r.), że wartości podane tamże nie pokrywają się z wartością odpowiadającą dostawom kotła, tj. Politechnik Polska nie odnotował żadnych przychodów w związku ze sprzedażą produkcji.

Zamawiający jedynie wskazywał, że „Z analizy uzyskanych z Urzędu Miejskiego w Lęborku dokumentów wynika, że udział POLYTECHNIK POLSKA Sp. z o. o. był kluczowy i miał miejsce na każdym etapie realizac inwestycji, przemawiają za tym m. in. następujące fakty: 1. W ofercie złożonej przez Polytechnik Luft – und FEUERUNGSTECHNIK GmbH oraz Polytechnik Polska Sp. z o.o. jako pełnomocnik w postępowaniu oraz c zawarcia umowy występuje prezes zarządu Polytechnik Polska Sp. z o.o. – Pan M. S.; 2. W złożonej ofercie wymagany zasób osobowy tj. projektanci: M. J., D. K., kierownik budowy A. D. oraz kierownicy robót M. B. i A. G. udostępniają siebie jako zasób w trakcie realizacji zamówienia na rzecz Polytechnik Polska Sp. z o.o.; 3. Prezes zarządu Polytechnik Polska Sp. z o.o. – Pan M. S. – podpisał samodzielnie ze strony Wykonawcy wszystkie protokoły odbioru w trakcie realizacji zadania, w tym końcowy – tym samym potwierdzał wykonywany na bieżąco zakres rzeczowy oraz kwoty płatności; 4. Prezes Polytechnik Luft – und FEUERUNGSTECHNIK GmbH – L. S. zgodnie z odpisem z KRS Polytechnik Polska Sp. z o.o. załączonym do oferty posiadał 49 udziałów w Polytechnik Polska Sp. z o.o.; 5. Zgodnie z zawartą umową na wykonanie zadania - §12 ust. 1 „do nadzoru nad prawidłowym przebiegiem prac i robót wyznacza się: ze strony wykonawcy: w zakresie merytorycznym – M. S.” - prezes zarządu Polytechnik Polska Sp. z o.o.; 6. Zgodnie z odpisem z KRS Polytechnik Polska Sp. z o.o. załączonym do oferty w zakresie przedmiotu działalności widnieje m. in. produkcja pieców, palenisk i palników piecowych.”

W ocenie Izby jednak żadna z tych okoliczności nie potwierdza, że podmiot udostepniający zasoby rzeczywiście kocioł dostarczył – nie ma znaczenia ani struktura własnościowa obu spółek, ani przedmiot działalności w KRS, ani że jeden z partnerów konsorcjum był „kluczowy”.

Z kolei Przystępujący na rozprawie nie przedłożył żadnych dowodów potwierdzających zrealizowanie dostawy przez podmiot, którym się posługuje, a jedynie zasadniczo poprzestawał na twierdzeniu, że wynika to ze złożonych już dokumentów. Podtrzymuje stanowisko z pisma złożonego na posiedzeniu. Ustosunkowując się do dowodów złożonych przez Odwołującego zauważał, że trudno się ustosunkować po pierwsze bez konsultacji z udostepniającym zasobem, a po drugie bez posiadania wiedzy specjalistycznej z zakresu sprawozdań finansowych, „Zgodnie z jego wiedzą na podstawie tych dokumentów trudno się wypowiedzieć o zasadach rozliczeń pomiędzy Politechnik Polska a Polytechnik Austria”. Reasumując, Przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów, i skutecznie nie podjął polemiki z dowodami przedkładanymi przez Odwołującego.

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę dowody składane w toku postępowania odwoławczego, w zestawieniu z wykazem i referencjami przedłożonymi przez Przystępującego, istnieje wątpliwość, czy podmiot udostępniający zasoby Przystępującemu zrealizował dostawę, zgodną w wymaganiami Zamawiającego, a z referencji nie wynika, że to podmiot udostepniający zasoby zrealizował dostawę, czy referencja potwierdza cały zakres robót zrealizowany prze wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Dlatego Izba uwzględniła odwołanie.

Ponadto Odwołujący podnosił, że Przystępujący i Odwołujący znaleźli się w tożsamej sytuacji w postępowaniu w związku z wykazywaniem zasobu doświadczenia, a jednak tylko do Odwołującego Zamawiający żądał w postępowaniu wyjaśnień dotyczących określenia rzeczywistego doświadczenia podmiotu udostępniającego zasób doświadczenia uzyskany w konsorcjum – w ocenie Odwołującego „ta sytuacja nasuwa zasadne podejrzenia o nierówne traktowanie wykonawców oraz stanowi rażące zasady przejrzystości postepowania” – w tym zakresie Izba nie zgodziła się z Odwołującym. O ile rzeczywiście obaj wykonawcy,

i Odwołujący i Przystępujący posługiwali się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu doświadczeniem nabytym w ramach konsorcjum, to jednak sformułowania użyte w przedłożonych przez obu wykonawców dokumentach, zarówno w wykazie, jak i w referencjach, były inne i o ile po zapoznaniu się z dokumentami złożonymi przez Odwołującego Zamawiający od razu powziął wątpliwość i wezwał go do wyjaśnień, to wątpliwość w stosunku do dokumentów złożonych przez Przystępującego została dopiero wykazana w toku postępowania odwoławczego. W konsekwencji, po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego, Zamawiający powinien wezwać Przystępującego zgodnie z wnioskiem zawartym w odwołania, ale trudno stanowczo twierdzić, na wcześniejszym etapie doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodniczący: ……..……