

Sygn. akt KIO 1573/23

WYROK
z dnia 15 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska
Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 14 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ERBUD INDUSTRY CENTRUM Sp. z o.o., ul. Puszkina 78, 92-516 Łódź, HEATCO Sp. z o.o., ul. Gliwicka 228, 40-81 Katowice**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **MIEJSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO ENERGETYKI CIEPLNEJ S.A., Al. Jana Pawła II 188, 30-969 Kraków**

przy udziale:

wykonawcy **PRZEDSIĘBIORSTWO SPECJALISTYCZNE „ENERGOTERM” Sp. z o.o., ul. Wesoła 23, 41 Katowice**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie
 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego **ERBUD INDUSTRY CENTRUM Sp. z o.o. siedzibą w Łodzi, HEATCO Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** 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
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę **1 014 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc czternaście złotych zero groszy) stanowiącą sumę kosztów dojazdu na posiedzenie/rozprawę.
- 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) 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:

Sygn. akt KIO 1573/23

UZASADNIENIE:

Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Przebudowa systemu ciepłowniczego Krakowa i Skawiny – etap 5””, nr postępowania IZ/U/11/2022.

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.), dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 28 grudnia 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2022/S 250-729673.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ERBUD INDUSTRY CENTRUM Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, HEATCO Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej: „Odwołujący”) 2 czerwca 2023 r. wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PRZEDSIĘBIORSTWO SPECJALISTYCZNE „ENERGOTERM” Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. punktem 5 SWZ Opis przedmiotu zamówienia pkt 2 zd. 2, zgodnie z którym Zamawiający dopuszcza składanie ofert przez jednego Wykonawcę na 2 części zamówienia, z zastrzeżeniem, że:
 - jeśli Wykonawca składa ofertę na część 4 zamówienia nie może złożyć oferty na pozostałe części,
 - jeśli Wykonawca składa ofertę na część 5 zamówienia nie może złożyć oferty na pozostałe części, podczas, gdy oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o (dalej także ENERGOTERM) powinna być odrzucona z uwagi na to, że wykonawca ten złożył dwie oferty.
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, podczas, gdy oferta ta winna być odrzucona.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- 2) odrzucenie oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o.,
- 3) przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert,
- 4) wybór oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

W punkcie 2 SWZ Zamawiający uczynił następujące zastrzeżenie cyt. „Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych. Zamawiający dopuszcza składanie ofert przez jednego Wykonawcę na 2 części zamówienia, z zastrzeżeniem, że:

- jeśli Wykonawca składa ofertę na część 4 zamówienia nie może złożyć oferty na pozostałe części,
- jeśli Wykonawca składa ofertę na część 5 zamówienia nie może złożyć oferty na pozostałe części.

Ponadto dla części 4 i 5 Zamawiający ustanowił następujący warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej „Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu przebudowy sieci ciepłowniczej kanałowej, napowietrznej lub preizolowanej na preizolowaną o średnicy co najmniej DN 900 i długości co najmniej 500 m”.

Warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia podmiotu został wskazany w punkcie 9.14 lit. A) SWZ, zgodnie z którym „Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że dysponuje:

- kierownikiem budowy - 1 osoba

– osoba na tym stanowisku musi posiadać aktualne uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi zgodnie z ustawą - Prawo budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci ciepłych bez ograniczeń. (...)

Zamawiający dopuszcza możliwość przedstawienia tego samego kierownika budowy dla dwóch części zamówienia.”

Warunek dotyczący osób skierowanych do realizacji zamówienia został wskazany także w punkcie 9.14 B) SWZ w sposób następujący:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że dysponuje:

B) osobami wykonującymi mufowanie rur preizolowanych:

- 2 osoby dla CZĘŚCI 4 - osoby na tym stanowisku muszą posiadać uprawnienia do wykonywania termokurczliwych zespołów złącza oraz muf elektrooporowych w oferowanej przez Wykonawcę technologii (być przeszkolone w tym zakresie).
- 2 osoby dla CZĘŚCI 5 - osoby na tym stanowisku muszą posiadać uprawnienia do wykonywania termokurczliwych zespołów złącza oraz muf elektrooporowych w oferowanej przez Wykonawcę technologii (być przeszkolone w tym zakresie).

Zamawiający nie dopuszcza możliwości przedstawienia tych samych osób wykonujących mufowanie dla dwóch części zamówienia.”

A także w punkcie 9.14 b) C) SWZ:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że dysponuje:

- osobami wykonującymi czynności wskazane w pkt 5.4 SWZ

– 2 osoby – operatorzy koparek

– 6 osób wykonujących pozostałe czynności wskazane w pkt 5.4 SWZ

Zamawiający nie dopuszcza możliwości przedstawienia tych samych osób wykonujących czynności wskazane w pkt 5.4 dla dwóch części zamówienia.”

Na część 4 ofertę złożył wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Sp. z o.o. (dalej: „PUT”), jednakże posiłkowało się w tym zakresie zasobami innego podmiotu, tj. Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Spz o.o. Jednocześnie wykonawca Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Spz o.o. złożył również ofertę w zakresie części 5.

W zobowiązaniu o udostępnieniu zasobów ENERGOTERM wskazał, iż: „Odda do dyspozycji niezbędne zasoby w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej o których mowa w pkt 9.14 a) oraz 9.14 b): A), B), C) swz dla części 4 zamówienia tj w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do realizacji zamówienia (kierownik budowy, osób wykonujących mufowanie rur preizolowanych oraz osób wykonujących czynności wskazane w pkt 5.4. swz). Podmiot udostępniający zasoby wskazał w punkcie c) i d) zobowiązania, że udostępni zasoby przez cały okres, który jest niezbędny do wykonania tego zamówienia. Natomiast w punkcie e) wskazał, że zrealizuje te roboty, które wymagają udostępnionych przez mnie zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie, w jakim wykonawca polega na zdolnościach podmiotu, który reprezentuje, w tym w szczególności roboty demontażowe i instalacyjne sieci ciepłowniczych wraz z dostawą materiałów dla 4 części zamówienia.” W piśmie datowanym na dzień 9.03.2023 będącymi wyjaśnieniem wykonawca wskazał, że powyższy zakres jest tożsamy z treścią zobowiązania przedłożonego Zamawiającemu do oferty – z tym zastrzeżeniem, że aby uniknąć wątpliwości doprecyzowane pkt 9.1.4 ppkt b) o dopisanie odesłania do liter A), B), C), tj. zakresu, który zawarty jest w treści pkt 9.1.4 ppkt b) SWZ.

W uzasadnieniu prawnym Odwołujący przywołał treść art. 118 ust. 2 ustawy Pzp. Zwrócił uwagę, że w analizowanym stanie faktycznym ENERGETERM udostępnił wykonawcy PUT całe swoje zasoby i wszystkie osoby wymagane przez Zamawiającego do realizacji zamówienia. W praktyce oznacza to, że to ENERGETERM będzie realizował całość zamówienia, bo całą wiedzę i doświadczenie oraz wszystkie osoby niezbędne do realizacji zamówienia pochodzą od ENERGETERM. W przedmiotowej sprawie wszystkie warunki udziału w postępowaniu spełnił ENERGETERM, więc zamawiający zbadał zdolność do wykonania zamówienia przez ENERGETERM. Ponadto podmiot udostępniający zasoby wykona także cały zakres zamówienia. Jak wskazano w pkt c) i d) zobowiązania cyt; „*wskazuje, że będzie to cały okres, który jest niezbędny do wykonania zamówienia.*”. Jako zamówienie w zobowiązaniu wskazano – „Przebudowę systemu ciepłowniczego”. Zatem w praktyce wykonawca udostępniający zasoby, które pokrywają 100% warunków udziału w postępowaniu oraz który jak sam zadeklarował swój udział jako okres niezbędny do wykonania zamówienia – czyli całego zamówienia – po prostu wykona to zamówienie w całości. (...)

Jak z powyższego zatem wynika ENERGETERM w niniejszym postępowaniu będzie podwykonawcą na cały okres niezbędny do wykonania zamówienia, który wykona roboty polegające na przebudowie systemu ciepłowniczego oraz dodatkowo zapewni dostawę materiałów dla części 4 zamówienia. Tym samym w zasadzie ENERGETERM wykona całość zamówienia w części 4. (...)

W efekcie, na części 4 oficjalnie ENERGETERM nie jest wykonawcą, ale jako podwykonawca wykona wszystko, a na części 5 ENERGETERM jest oficjalnie wykonawcą i również wykona wszystko. W ten sposób zarówno w części 4 jak w części 5 ENERGETERM wykona całość zamówienia.

Tym samym Wykonawca - ENERGETERM dokonał obejścia postanowień SWZ, gdyż wbrew wyrażonemu przez Zamawiającemu zakazowi w pkt 2 SWZ złożył ofertę zarówno na część 4 jak i na część 5. Nie ma znaczenia, że w zakresie części 4 posłużył się wykonawcą PUT, gdyż jak wskazano powyżej faktycznie to on będzie wykonywał całość zamówienia łącznie nawet z dostawą. Takie zachowanie stanowi obejście postanowień SWZ, co powoduje, że jest to oferta, która jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust.1 pkt 5) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W opinii Odwołującego Zamawiający powinien odrzucić zarówno ofertę ENERGETERM jak i ofertę PUT jednakże z uwagi na to, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania tylko do części 5 wskazuje on, że w zakresie części 5 oferta ENERGETERM winna być odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący wskazuje także, że takie zachowanie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i jako takie nie powinno korzystać z ochrony. Co do zasady Odwołujący nie neguje, iż podmiot udostępniający zasoby u jednego z oferentów nie może nawet w tym samym postępowaniu ubiegać się samodzielnie o zamówienie. Natomiast w tym postępowaniu Zamawiający zawarł wyraźny zakaz takiego postępowania, więc każda próba obejścia tego postanowienia powinna być negatywnie oceniana.

W dalszej części uzasadnienie Odwołujący podkreślił, że zachowanie wykonawców zarówno w części 4 jak i 5 należy oceniać poprzez pryzmat czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 226 ust.1 pkt 7) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust.1 ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Niewątpliwie działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami w niniejszym postępowaniu to działanie wykonawcy ENERGETERM, który to wykonawca wbrew wyraźnemu zakazowi w SWZ złożył de facto dwie oferty. Naruszenie interesów innego przedsiębiorcy wyraża się w tym, że poprzez obejście zakazu i złożenie de facto oferty na dwie części Odwołujący nie uzyskał zamówienia na część 5.

Powoduje to nie tylko naruszenie interesu w niniejszym postępowaniu, ale także naruszenie interesu Odwołującego w przyszłości, bowiem nieuzyskanie tego zamówienia będzie się wiązało z brakiem uzyskania referencji, a następnie także w prosty sposób wyeliminowanie Odwołującego z rynku. Skoro bowiem Odwołujący nie będzie miał referencji to nie będzie mógł brać udziału w kolejnych postępowaniach. Nieuzyskanie referencji spowoduje eliminację Odwołującego z postępowania tylko dlatego, że postępuje uczciwie i stosuje się do postanowień SWZ. Zatem, działanie wykonawcy ENERGETERM poprzez złożenie de facto dwóch ofert i uzyskanie referencji z dwóch części postępowania. (zgodnie z orzecznictwem jako podwykonawca uzyska bowiem referencje) może prowadzić do eliminacji Odwołującego z rynku, co bezsprzecznie narusza interes innego przedsiębiorcy. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przytoczył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 803/19.

W złożonej pismem z 12 maja 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołaniu i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Odwołujący złożył ofertę w ramach 5 części zamówienia dlatego też jego interes do zaskarżenia czynności/zaniechań Zamawiającego ogranicza się wyłącznie do tej części. Wszelkie zarzuty kierowane do innej części

przedmiotowego postępowania powinny skutkować oddaleniem odwołania w tym zakresie.

Zamawiający potwierdził, że dopuścił składanie ofert przez jednego wykonawcę na 2 części zamówienia, z zastrzeżeniem, że: jeśli wykonawca składa ofertę na część 4 zamówienia nie może złożyć oferty na pozostałe części, a także jeśli wykonawca składa ofertę na część 5 nie może złożyć oferty na pozostałe części. Jak wynika z postanowień SWZ zakaz składania ofert na więcej niż jedną część (w przypadku części 4 i 5) dotyczy wykonawców. Zgodnie z definicją zawartą w ustawie Pzp przez wykonawcę - należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. W świetle powyższej definicji wykonawca nie jest podmiotem trzecim użyczającym zasób ani nie jest podwykonawcą. Bez względu, czy dany podmiot porozumie się z wykonawcą i będzie realizował dla niego pewien zakres, czy część danego zamówienia, to nie można twierdzić, jakoby w ten sposób złożył ofertę na ten zakres analogicznie jakby był wykonawcą i w ten sposób omijał zapisy SWZ.

W przedmiotowej sprawie w ramach części 4 ofertę złożyło Przedsiębiorstwo Usług Technicznych sp z o.o. (dalej też PUT sp. z o.o. lub PUT), a nie jak sugeruje Odwołujący, Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM sp z o.o. Energoterm złożył jedynie ofertę w ramach części 5. Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM sp. z o.o. udostępnił wprawdzie swoje zasoby w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymagane przez Zamawiającego innemu wykonawcy (tj. PUT sp. z o.o.) w ramach części 4, jednak w tym miejscu należy podkreślić, iż dopuszczenie możliwości udostępnienia zasobów przez podmiot ubiegający się o daną część zamówienia wykonawcy ubiegającemu się o inną część tego zamówienia nie stoi też w sprzeczności ani z zapisami SWZ ani z treścią art. 218 ust. 1 pzp, zgodnie z którym wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę. Podmiot udostępniający zasoby nie jest bowiem wykonawcą.

W tym miejscu należy zauważyć, że ustawa Pzp nie zabrania wykonywania zamówienia z udziałem podwykonawców, chyba że sprzeciwia się temu specyfika przedmiotu zamówienia, a zamawiający dokonał stosownych zastrzeżeń w treści SWZ (art. 462 ustawy Pzp). Okoliczność taka w przedmiotowym zamówieniu nie wystąpiła, a zatem nie było przeszkód, aby wykonawca powołał się na zasoby podmiotu trzeciego i zadeklarował powierzenie temu podmiotowi jako podwykonawcy wykonanie tej części zamówienia w jakiej polega na jego zasobach. W ramach przedmiotowego postępowania Zamawiający w treści specyfikacji warunków zamówienia nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania robót budowlanych przez wykonawcę składającego ofertę, w zakresie kluczowych zadań dotyczących zamówienia. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający odwołał się do dotychczasowego dorobku orzeczniczego KIO.

Niezależnie od powyższego, dopuszczenie przez Zamawiającego możliwości udostępnienia zasobów przez podmiot ubiegający się o daną część zamówienia wykonawcy ubiegającemu się o inną część tego zamówienia nie stoi też, w niniejszej sprawie, w sprzeczności ani z zapisami SWZ ani z postanowieniami zawartymi w art. 218 ust. 1 pzp, zgodnie z którymi wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę. Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM sp. z o.o. działając bowiem w ramach części 4 jako udostępniający zasoby nie jest w tej części zamówienia wykonawcą. A to na wykonawcy - nawet wówczas gdy korzysta przy wykonaniu zamówienia z podwykonawców - a nie na kimkolwiek innym - spoczywa obowiązek wykonania prac w ramach realizacji zamówienia objętego zawartą umową. Wynika to w pierwszej kolejności z regulacji zawartych w przepisach Pzp, ale także z faktu, że to pomiędzy wykonawcą a zamawiającym istnieje stosunek obligacyjny, w ramach którego wyłącznie wykonawca będzie zobowiązany do świadczenia względem Zamawiającego. W takim przypadku do jego obowiązków będzie należało, co najmniej organizowanie i koordynacja prac podwykonawcy a następnie ich weryfikacja czy dokonywanie odbiorów. Co w przedmiotowym przypadku oznacza, iż to PUT sp. z o.o. a nie Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM sp. z o.o. zobowiązane jest do wykonania przedmiotu zamówienia i to PUT sp. z o.o. otrzyma za to umówione wynagrodzenie.

W ocenie Odwołującego, Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM sp. z o.o. posłużyło się PUT sp. z o.o. w zakresie złożenia oferty na część 4 gdyż - jak twierdzi Odwołujący - faktycznie to Energoterm wykona całość zamówienia w ramach tej części. Ocena taka jest błędna i nie wynika z treści oferty oraz wyjaśnień złożonych przez PUT.

Jako sposób udostępniania i wykorzystania zasobów wskazano podwykonawstwo. Jednocześnie Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM sp. z o.o. przedstawiając zakres robót budowlanych, wskazało, że zrealizuje te roboty budowlane, które wymagają udostępnionych przez niego zdolności technicznych i zawodowych w zakresie jakim Wykonawca polega na zdolnościach Przedsiębiorstwa Specjalistycznego ENERGOTERM sp. z o.o., w tym w szczególności roboty demontażowe i instalacyjne sieci ciepłowniczych wraz z dostawą materiałów dla części 4 zamówienia. W treści pkt 5 formularza ofertowego PUT oświadczył, że zamierza część zamówienia powierzyć podwykonawcom. W związku z wezwaniem przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie zobowiązania Przedsiębiorstwa Specjalistycznego ENERGOTERM sp. z o.o., tj.: „w jakim zakresie zostaną Wykonawcy udostępnione

zasoby” - PUT sp. z o.o. pismem z dnia 9 marca 2023 r. wyjaśnił, iż Energoterm będzie jego podwykonawcą, który udostępni mu zdolności zgodnie z treścią zobowiązania w zakresie zdolności o których mowa w pkt. 9.1.4. pppkt a, b, i c SWZ. Ponadto w ramach złożonych wyjaśnień PUT sp. z o.o. wskazał, iż nie wyklucza możliwości korzystania z innych podwykonawców, którzy nie udostępniali mu zdolności jednak na chwilę obecną nie są oni temu wykonawcy znani. (...)

Złożone przez Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM sp. z o.o. oświadczenie (zawarte w załączniku nr 3 do oferty PUT sp. z o.o. – wzór zobowiązania) wskazuje, że zamierza on zrealizować taką część robót budowlanych, które wymagają udostępnionych przez niego zdolności technicznych i zawodowych. Biorąc pod uwagę zapisy pkt 9.1.4 a), b), c) SWZ będą to roboty budowlane polegające na przebudowie sieci ciepłowniczej o długości 500 m i średnicy DN 900 obejmujące także mufowanie rur preizolowanych, wykonywanie wykopów liniowych pod sieci ciepłownicze, odkrywanie kanałów ciepłowniczych, zasypywanie wykopów, równanie terenu, roboty wyburzeniowe kanałów ciepłowniczych młotem wyburzeniowym, odtworzenie nawierzchni terenu robót wraz z terenem nie będącym terenem budowy, a związanym z wykonywanymi robotami budowlanymi.

Zakres prac przewidziany w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiORB) i dokumentacji technicznej w zestawieniu z treścią zobowiązania Przedsiębiorstwa Specjalistycznego ENERGOTERM sp. z o.o. przeczy sugestiom Odwołującego jakoby zakres prac budowlanych realizowanych przez Energoterm obejmował cały zakres zamówienia. Tak więc sugestie Odwołującego, że zachowanie Wykonawcy PUT sp. z o.o. wskazuje na pozorność oferty poprzez fakt złożenia jej przez inny podmiot, niż ten, który w praktyce będzie realizować zadanie, nie znajduje oparcia w dokumentacji zamówienia.

Oświadczenie Przedsiębiorstwa Specjalistycznego ENERGOTERM sp. z o.o. i wyjaśnienia PUT sp. o.o. w zakresie złożonego przez niego oświadczenia są spójne i nie wskazują na zamiar, który zdaje się sugerować Odwołujący jedynie pośredniczenia w uzyskaniu zamówienia. Jednocześnie Zamawiający nie znajduje argumentów przemawiających za koniecznością wymagania, aby wyłącznie na potrzeby wykonywania zamówienia wykonawca samodzielnie realizował zamówienie czy też zatrudniał wykwalifikowany personel, w sytuacji gdy istnieją inne, zgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami, możliwości zaangażowania wyspecjalizowanych pracowników, w tym również na zasadach podwykonawstwa. Zamawiający zaznacza, że opisane przez niego warunki udziału w postępowaniu nie przewidywały konieczności osobistego wykonywania czynności w ramach realizacji zamówienia i jako takie nie może być podstawą do przyjęcia, że oferta PUT sp. o.o. jest w jakimkolwiek aspekcie niezgodna z przepisami ustawy, a w konsekwencji nie mogła podlegać odrzuceniu przez Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu złożenia przez Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM sp. z o.o. oferty w ramach części 5 w warunkach nieuczciwej konkurencji, generalną zasadą jest dopuszczalność powierzenia podwykonawcy wykonania zamówienia. Przepisy ustawy Pzp. nie wprowadzają przy tym żadnych ograniczeń, co do podmiotu, który może być podwykonawcą, a w szczególności nie wprowadzają zakazu składania przez podwykonawcę równocześnie własnej oferty w tym samym postępowaniu, a więc kumulowania roli wykonawcy i ewentualnego podwykonawcy w ramach tego samego postępowania. Tym samym w świetle obowiązujących przepisów prawa dany podmiot w ramach określonego postępowania może równocześnie występować zarówno, jako podwykonawca innego wykonawcy, jak również, jako wykonawca, a powyższe w żadnej mierze nie stanowi naruszenia art. 218 ust. 1 ustawy Pzp., stosownie do którego wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę w ramach danego postępowania.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca PRZEDSIĘBIORSTWO SPECJALISTYCZNE „ENERGOTERM” Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach („Przystępujący”, „ENERGOTERM”).

Pismem z 12 czerwca 2023 odniósł się do zarzutów podniesionych w odwołaniu, wskazując m.in.:

Odwołanie podlega oddaleniu w całości już wyłącznie z tego powodu, że Odwołujący nie zaskarżył czynności wyboru oferty Energoterm jako najkorzystniejszej. Odwołujący zaskarżył jedynie (rzekome) zaniechanie Zamawiającego polegające na nieodrzczeniu oferty Energotermu. Odwołujący nie zakwestionował natomiast w żaden sposób wyjściowej czynności Zamawiającego, która poniekąd „konstytuuje” to zaniechanie”, tj. czynności wyboru oferty Energoterm jako najkorzystniejszej w zakresie części 5 zamówienia. Mając na względzie przedstawione powyżej poglądy odnośnie do konstrukcji zarzutu i zakresu kognicji KIO, kwestia prawidłowości czynności wyboru oferty Energoterm jako najkorzystniejszej nie powinna być w ogóle przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie. Odwołujący nie podniósł bowiem w tym zakresie żadnego zarzutu, tj. nie wskazał, że kwestionuje czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części 5 zamówienia. W rezultacie należy uznać, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty niejako się „uprawomocniła”. Nie może ona już zostać zakwestionowana przez Odwołującego, gdyż upłynął termin na wniesienie ewentualnego odwołania od tej czynności. Zatem nawet gdyby hipotetycznie uznać, że oferta Energoterm mogła podlegać odrzuceniu (do czego jednak brak podstaw), to nie wpływa to i nie może wpływać na wynik Postępowania w zakresie części 5. Postępowanie w tej części zostało już „prawomocnie” rozstrzygnięte i brak podstaw, aby zmieniać

jego rezultat.

Specyfikacja Warunków Zamówienia wyraźnie wyłącza możliwość składania więcej niż jednej oferty przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w zakresie części 4 oraz 5 zamówienia. Ofertą jest zaś, zgodnie z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, oświadczenie woli zawarcia umowy. Poza sporem jest, że Energoterm złożył ofertę w ww. rozumieniu wyłącznie w zakresie części 5. To, że Energoterm udostępnił swoje zasoby, jako podwykonawca, innemu wykonawcy (PUT), który będzie realizował część 4 zamówienia, w żaden sposób nie może być traktowane jako złożenie przez Energoterm oferty w rozumieniu art. 66 § 1 k.c. Złożenie oferty na część 4 wymagałoby bowiem złożenia przez Energoterm wobec Zamawiającego oświadczenia woli zawarcia umowy na tą część. Żaden z dokumentów znajdujących się w aktach Postępowania nie daje podstaw, aby przypisać Energoterm tego rodzaju wolę. Wobec tego, Przystępujący zaprzecza, aby w jakikolwiek sposób „posłużył się wykonawcą PUT” i niejako „za jego pośrednictwem” złożył ofertę na część 4 zamówienia. Podkreślenia wymaga, że pomiędzy Energoterm i PUT nie zachodzą żadne powiązania strukturalne, finansowe, korporacyjne czy osobowe. W szczególności żadna ze spółek nie jest udziałowcem, pośrednim lub bezpośrednim, drugiej, oraz żadna z osób zasiadających w zarządzie jednej spółki czy pełniących w niej istotne funkcje zarządcze (np. prokurent) nie zasiada w zarządzie drugiej i nie pełni w niej takich funkcji. Energoterm i PUT są dwoma odrębnymi organizmami gospodarczymi, które podjęły biznesową decyzję o współpracy przejawiającej się w ewentualnym podwykonawstwie części prac objętych częścią 4 zamówienia.

Specyfikacja Warunków Zamówienia w żadnym miejscu nie ograniczała możliwości występowania przez wykonawców w podwójnej roli, tj. jako wykonawca ubiegający się o bezpośrednie udzielenie zamówienia oraz jako podwykonawca innego wykonawcy, który udostępnił swoje zasoby. Wręcz przeciwnie, to, że w pkt 9.1.4 lit. b) ppkt A) Specyfikacji Zamawiający dopuścił możliwość przedstawienia tego samego kierownika budowy dla dwóch części zamówienia dla części od 1 do 5, wyraźnie wskazuje, że Zamawiający dopuszczał występowanie wykonawców w takiej podwójnej roli. Tylko w takim przypadku bowiem – w odniesieniu do wykonawców składających oferty na część 4 lub 5 (wykonawcy Ci nie mogli złożyć oferty na żadną inną część) – mogło dojść do przedstawienia tego samego kierownika budowy dla dwóch części zamówienia.

Działania podmiotów gospodarczych polegające na występowaniu w jednym postępowaniu w dwóch rolach, tj. jako wykonawca ubiegający się o bezpośrednie udzielenie zamówienia oraz jako podwykonawca innego wykonawcy, który również ubiega się o udzielenie zamówienia, są standardowymi działaniami mającymi na celu maksymalizację szans na uzyskanie zarobku w związku z danym zamówieniem. Motywacją do podejmowania tego typu działań jest brak wiedzy po stronie wykonawcy, czy złożona przez niego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą.

Wbrew temu co twierdzi Konsorcjum, Energoterm nie będzie realizował całości zamówienia w zakresie części 4. Odwołujący dopuszcza się w tym zakresie manipulacji twierdząc, że „wykonawca udostępniający zasoby, które pokrywają 100% warunków udziału w postępowaniu oraz który jak sam zadeklarował swój udział jako niezbędny do wykonania zamówienia – czyli całego zamówienia – po prostu wykona to zamówienie w całości” oraz, że „to ENERGO TERM będzie realizował całość zamówienia, bo całą wiedzę i doświadczenie oraz wszystkie osoby niezbędne do realizacji zamówienia pochodzą od ENERGO TERM”. (...)

PUT wykazał spełnianie warunków udziału powołując się na doświadczenie Energotermu oraz osoby, którymi Przystępujący dysponuje, i które udostępnił PUT celem (ewentualnego) wykonania prac. Wynika stąd, że Energoterm ma prawny obowiązek brania udziału ogólnie w realizacji zamówienia – jako że PUT powołał się na jego doświadczenie – a także, że jest zobowiązany udostępnić osoby, które będą sprawowały obowiązki kierownika budowy i operatorów koparek, oraz które będą wykonywały prace polegające na mufowaniu rur preizolowanych, wykonywaniu wykopów liniowych pod sieci ciepłownicze, odkrywaniu kanałów ciepłowniczych, zasypywaniu wykopów, równaniu terenu, robotach wyburzeniowych kanałów ciepłowniczych młotem wyburzeniowym, odtworzeniu nawierzchni terenu robót wraz z terenem niebędącym terenem budowy, a związanym z wykonywanymi robotami.

Powyższe nie oznacza jednak, że Energoterm będzie musiał wykonać bezwzględnie 100% prac objętych przedmiotem zamówienia. Brak jest podstaw, aby wywodzić tego rodzaju obowiązek po stronie Przystępującego. Niewątpliwie Energoterm będzie musiał brać udział w realizacji istotnej części zamówienia, ale niektóre czynności będą wykonywane przez PUT czy zaangażowanych przez niego, innych podwykonawców. Ponadto, Zamawiający – na podstawie dokumentów przedłożonych przez PUT w ramach oferty na część 4 zamówienia – uznał, że zostało wykazane w stopniu wystarczającym, że udział Energoterm jako podwykonawcy udostępniającego swoje zasoby gwarantuje należyte wykonanie zobowiązania. Odwołujący nie jest uprawniony, aby kwestionować tą ocenę w ramach niniejszego postępowania.

Przystępujący zwrócił również uwagę, że osoby przedstawione przez PUT jako wypełnienie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (pkt 9.1.4 lit. b) Specyfikacji Warunków Zamówienia) są innymi osobami niż te wskazane w treści oferty Energoterm na wypełnienie warunków udziału w Postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika

postępowania, uwzględniając dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażonych w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie oraz ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę PRZEDSIĘBIORSTWO SPECJALISTYCZNE „ENERGOTERM” Sp. z o.o., z siedzibą w Toruniu. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Nadto Izba postanowiła dopuścić do udziału w sprawie, w charakterze pełnomocników, pracowników Zamawiającego obecnych na posiedzeniu. Wniosek Odwołującego o ich niedopuszczenie nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony. Oczywiście pożądanym jest, aby pełnomocnik, będący pracownikiem lub pozostający w stosunku zlecenia, był w stanie ten fakt wykazać np. przedkładając stosowną umowę, jednakże w ocenie Izby brak jest przepisu obligującego pełnomocnika do wykazywania istnienia stosunku pracy czy też zlecenia.

Izba nie podziela twierdzeń Przystępującego, iż odwołanie podlega oddaleniu w całości już wyłącznie z tego powodu, że Odwołujący nie zaskarżył czynności wyboru oferty ENERGOTERM jako najkorzystniejszej treści zarzutów, wniosków, uzasadnienia jasno wynika, że Odwołujący oczekuje (w razie uwzględnienia odwołania) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 5. Powyższe pozwoliło Izbie dokonać samodzielnej subsumpcji ustalonego w sprawie stanu faktycznego pod określoną normę prawną.

Odnosząc się do zarzutów wskazanych w odwołaniu, należy zwrócić uwagę, że Odwołujący zaskarżył zaniechanie odrzucenia oferty ENERGOTERM wyłącznie w części 5, choć zarzucił złożenie przez tego wykonawcę więcej ofert niż dopuścił Zamawiający. Zdaniem Izby, skoro Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego to winien był zakresem zaskarżenia objąć również część 4. W sytuacji, gdy wykonawca złożył więcej ofert niż to zostało dozwolone to wszystkie jego oferty powinny zostać odrzucone, gdyż złożenie każdej będzie naruszeniem przepisów Pzp. Nie ma możliwości odrzucenia tylko jednej oferty – w wybranej przez zamawiającego czy też innego wykonawcy części.

Dalej, argumentacja Odwołującego w przedmiotowej sprawie sprowadzała się do wykazania, że ENERGOTERM jako podwykonawca w części 4 wykona zamówienie w całości. Zdaniem Odwołującego powyższe potwierdza złożenie przez tego wykonawcę więcej ofert niż dopuścił Zamawiający. W świetle przedstawionych przez Odwołującego twierdzeń należało dokonać analizy m.in. oferty PUT, zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby jak również zakresu robót, które wykona ten podmiot. Jednakże Zamawiający w ramach badania i oceny ofert dokonał wskazanych powyżej czynności i nie zostały one w odpowiednim terminie zaskarżone. Powyższe przemawia za koniecznością objęcia zakresem zaskarżenia również części nr 4.

Już tylko z tego powodu odwołanie należało oddalić.

Abstrahując od powyższego, zasadą jest, że ciężar dowodu w zakresie podstaw odwołania spoczywa na Odwołującym. W ustawie Prawo zamówień publicznych nie ma odpowiednika art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, który wprowadza ogólną regułę rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu cywilnym, jednak zasada wyrażona w tym przepisie ma na tyle uniwersalny charakter, że nie tylko może, ale i powinna znaleźć zastosowanie również w postępowaniu odwoławczym. Zgodnie z art. 6 KC ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Procesowym odpowiednikiem tego przepisu jest art. 232 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, który nakłada na strony obowiązki procesowe stanowiące wyraz reguły rozkładu ciężaru dowodu mające zapewnić jej realizację. W tym zakresie w ustawie Prawo zamówień publicznych znalazł się art. 534 ust. 1, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przepis ten stanowi odpowiednik art. 232 KPC.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 listopada 2007 r. w sprawie o sygn. akt II CSK 293/07 wskazał: „Stosownie do art. 6 KC ciężar udowodnienia faktu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu.” Warto również przywołać uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 5 czerwca 2013 r. w sprawie o sygn. akt I ACa 390/13: „instytucja ciężaru dowodu w znaczeniu materialnym służy do kwalifikacji prawnej negatywnego wyniku postępowania dowodowego. Przepis regulujący rozkład ciężaru dowodu określa jaki wpływ na wynik procesu ma nieudowodnienie pewnych faktów, inaczej mówiąc kto poniesie wynikające z przepisów prawa materialnego negatywne konsekwencje ich nieudowodnienia.”

Na Odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. To Odwołujący bowiem, a nie Zamawiający, a tym bardziej Przystępujący, wywodzi z okoliczności podnoszonych w odwołaniu korzystne dla siebie skutki prawne, opierając na nich żądanie odwołania, a co za tym idzie oczywistym jest, że okoliczności te powinien wykazać właśnie Odwołujący (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 10 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO Zs 86/22).

Biorąc powyższe pod uwagę, Odwołujący powinien w ramach przedstawionej argumentacji oraz dowodów na jej poparcie przekonać Izbę, że Przystępujący de facto samodzielnie wykona przedmiot zamówienia. Zdaniem Izby Odwołujący nie podolał ww. obowiązkowi.

Odnosząc się do zarzutu oznaczonego nr 2 w petitum odwołania, art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „u.z.n.k.”) zawiera ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji. Przepis ten stanowi klauzulę generalną.

W orzecznictwie jak i w literaturze przedmiotu dominuje pogląd, że czyny konkurencyjne powinny być diagnozowane przede wszystkim w świetle przesłanek określonych w art. 5-17 u.z.n.k. z uwzględnieniem funkcji klauzuli generalnej. Dopiero jeżeli nie wypełniają dyspozycji, któregośkolwiek z tych przepisów, podlegają ocenie przez pryzmat przesłanek określonych w art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jak wskazuje się w doktrynie pojęcie „sprzeczności z prawem” należy rozumieć jako zachowania sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie, wydanym na jej podstawie akcie wykonawczym, mającą bezpośrednie zastosowanie umową międzynarodową.

Co do „dobrych obyczajów” brak definicji ustawowej powodować może problemy przy podjęciu próby doprecyzowania tego pojęcia. Pojęcie „dobrych obyczajów” nabiera określonego normatywnego znaczenia dopiero w konkretnych sytuacjach, a więc przy indywidualizacji normy prawnej.

Poszukując zatem treści pojęcia dobrych obyczajów i ustalając, czy określony czyn stanowi ich naruszenie, należy brać pod uwagę całokształt okoliczności danego przypadku, w szczególności cel, użyte środki i konsekwencje przedsięwziętych działań (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2002 r., w sprawie o sygn. akt , niepubl.).

Odwołujący musi wykazać, jaki dobry obyczaj został naruszony oraz, że nieprzestrzeganie tego obyczaju zagroziło lub naruszyło jego interes. Zastosowanie klauzuli generalnej wymaga spełnienia wszystkich przesłanek. Zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek o których mowa powyżej.

Zgodnie z art. 118 ust. 1 ustawy Pzp *„wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych”*. Posłużenie się zasobami innego podmiotu – nawet ubiegającego się o to samo zamówienie nie oznacza, że wykonawca dopuszcza się działań sprzecznych z prawem lub dobrymi obyczajami.

Odwołujący nie podjął również próby wykazania, że pomiędzy ENERGETERM i PUT doszło do niedozwolonego porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (zmowy przetargowej).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1) i 2) lit. a) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: