

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKOBOX S.A. z siedzibą w Wiśniówce KASJE sp. z o.o. z siedzibą w Wiśniówce i YVA Energy sp. z o.o. z siedzibą w Kijowie, Ukraina w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Energa - Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKOBOX S.A. z siedzibą w Wiśniówce KASJE sp. z o.o. z siedzibą w Wiśniówce i YVA Energy sp. z o.o. z siedzibą w Kijowie, Ukraina i:
 - 2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2. zasądza od odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKOBOX S.A. z siedzibą w Wiśniówce, KASJE sp. z o.o. z siedzibą w Wiśniówce i YVA Energy sp. z o.o. z siedzibą w Kijowie, Ukraina na rzecz zamawiającego Energa – Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Energa – Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlano-montażowych dla zadania „Budowa stacji transformatorowo-rozdzielczej 110/15 kV Politechnika wraz z jej powiązaniem z siecią WN 110kV i SN 15kV” (wewnętrzny identyfikator: P/3/0024/2024). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 12 lipca 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S 135/2024 pod numerem 418878-2024. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 11 kwietnia 2025 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia EKOBOX S.A. z siedzibą w Wiśniówce, KASJE sp. z o.o. z siedzibą w Wiśniówce i YVA Energy sp. z o.o. z siedzibą w Kijowie (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli odwołanie w ww. postępowaniu wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego. Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 239 Pzp w związku z art. 117 ust. 3 i 4, art. 128 ust. 4 i ust. 6 ustawy Pzp w związku z § 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415 z późn. zm.) art. 223 ust. 1, art. 137 ust. 1, art. 16 pkt 1, 2 i 3, art. 99 ust. 1 i 2, art. 134 ust. 1 pkt 8 i 9 i ust. 2 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i lit. c) poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy EI Professional sp. z o.o. z siedzibą w Kębłowie o wartości 50 036 400,00 zł, w sytuacji gdy jego oferta uznana za najkorzystniejszą; jest wyższa niż oferta złożona przez Odwołującego o wartości 44 870 400,00 zł oraz odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, w tym z uwagi na:

- a) bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego mimo, że Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonanie robót budowlano-montażowych dla zadania „Budowa stacji transformatorowo-rozdzielczej 110/15 kV Politechnika wraz z jej powiązaniem z siecią WN 110kV i SN

15kV"; nr postępowania: P/3/0024/2024 zawarte w pkt 1.2. Rozdziału XIII SWZ, ponieważ wykazał realność polegania na zdolnościach współkonsorcjanta YVA Energy sp. z o.o. w postaci rzeczywistej realizacji przez tego członka Konsorcjum zamówienia w zakresie, do realizacji, którego wymagane jest konkretne doświadczenie opisane w warunkach udziału w postępowaniu – pkt 1.2 Rozdziału XIII SWZ, a tym samym nie doszło naruszenia art. 117 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, bowiem Odwołujący wykazał, że roboty budowlane będą wykonywane przez współkonsorcjanta YVA sp. z o.o. w zakresie prac, do których wymagane było konkretne doświadczenie opisane w warunkach udziału w postępowaniu - pkt 1.2 Rozdziału XIII SWZ;

b) bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego z uwagi na nieprawidłowe przyjęcie przez Zamawiającego, że Odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 1.2. Rozdziału XIII SWZ, gdyż nie wykazał pracowników, którzy ze strony YVA Energy sp. z o.o. z siedzibą w Kijowie będą brać udział w realizacji zamówienia w sytuacji gdy obowiązek taki nie wynikał ze SWZ, a zatem brak było po stronie Zamawiającego uprawnienia do żądania takiego wykazu na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp bowiem hipotezą tego przepisu jest objęta okoliczność wezwania do wyjaśnień jedynie w przedmiocie oświadczeń lub dokumentów o których mowa w art. 128 ust. 6 ustawy Pzp, a Zamawiający wymagał odnośnie wskazania pracowników realizujących zamówienie, wyłącznie informacji o której mowa w pkt 1.2.2 Rozdziału XIII SWZ;

c) bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego z uwagi na nieprawidłowe przyjęcie przez Zamawiającego, że Odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 1.2. Rozdziału XIII SWZ, gdyż nie wykazał pracowników, którzy ze strony YVA Energy sp. z o.o. z siedzibą w Kijowie będą brać udział w realizacji zamówienia, w sytuacji gdy obowiązek taki nie wynikał ze SWZ, a zatem brak było po stronie Zamawiającego uprawnienia do żądania takiego wykazu na podstawie art. 231 ust. 1 Pzp, bowiem przepis ten uprawnia Zamawiającego do domagania się od wykonawców złożenia wyjaśnień tylko w zakresie wymaganych przez SWZ informacji lub dokumentów, a Zamawiający wymagał odnośnie wskazania pracowników realizujących zamówienie, wyłącznie informacji o której mowa w pkt 1.2.2 Rozdziału XIII SWZ;

co doprowadziło, do nieuzasadnionego wyboru oferty wykonawcy EI Professional sp. z o.o. z siedzibą w Kęłowie, w sytuacji gdy jego oferta uznana za najkorzystniejszą jest wyższa niż oferta złożona przez Odwołującego oraz pozbawionego podstaw prawnych odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego oraz przeprowadzenie powtórnego badania i oceny ofert z udziałem oferty złożonej przez Odwołującego.

Zamawiający w dniu 30 kwietnia 2025 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący, jako podmiot, który w drodze wniesionego środka ochrony prawnej kwestionuje czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność odrzucenia jego oferty, dążąc do unieważnienia tych czynności i powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, która mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, gdyby nie jej odrzucenie, posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, oferty wykonawców, korespondencję prowadzoną przez Zamawiającego z Odwołującym w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i podziału zadań między członków konsorcjum, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i o odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba ponadto dopuściła i przeprowadziła dowód z załączonego do odwołania dokumentu w postaci oświadczenia EKOBOK S.A. z 8 kwietnia 2025 r. na okoliczność zatrudniania przez lidera konsorcjum Odwołującego obywateli Ukrainy.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest budowa stacji transformatorowo-rozdzielczej 110/15 kV Politechnika wraz z jej powiązaniami z siecią WN 110kV i SN 15kV.

Wraz z ofertą Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, z którego będzie wynikało, jaki zakres rzeczowy zamówienia realizować zamierzają poszczególni Wykonawcy (załącznik nr 5 do SWZ) - w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum lub spółka cywilna).

W Rozdziale XIII SWZ określono warunki udziału w postępowaniu, w tym w pkt 1.2 w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej: Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

1.2.1. wykonał należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 roboty budowlane, których zakres obejmował budowę lub przebudowę stacji WN/SN z każdego z wymienionych zakresów: (1) budowy lub przebudowy stacji elektroenergetycznej WN/SN wykonanej w technologii GIS (minimum 5 kompletne pola 110 kV wraz z obwodami wtórnymi każde); (2) budowy lub przebudowy linii kablowych 110 kV zasilających stacje elektroenergetyczne WN/SN o długości co najmniej 100 m każda. (3) budowy lub przebudowy rozdzielnic 15 kV w (minimum 16 kompletnych pol SN 15 kV) Zamawiający wymaga, aby zakresy określone w pkt 1-3 co najmniej jednokrotnie zostały wykonane w ramach budowy lub przebudowy stacji WN/SN pracującej w sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej. Zakresy wskazane w pkt 1-3 mogą być zrealizowane w ramach jednej lub wielu umów. Uwaga: (1) W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wykonawcy mogą łączyć doświadczenie wszystkich Wykonawców składających wspólnie ofertę jak również doświadczenie podmiotu, na którego zdolnościach technicznych lub zawodowych Wykonawca polega, przy czym doświadczenie określone w pkt 1.2.1 musi w całości wykazać co najmniej jeden Wykonawca albo podmiot na którego zdolnościach technicznych lub zawodowych Wykonawca polega.

Zgodnie z Rozdziałem XIV pkt 1.4 SWZ Zamawiający wymagał od wykonawcy, którego ofertę oceni najwyżej, złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. wykazu robot budowlanych, zgodnego co do treści ze wzorem zamieszczonym w załączniku nr 9 do SWZ, wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty; Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robot budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi Wykonawcami, wykaz, o którym mowa powyżej, dotyczy robot budowlanych, w których wykonaniu Wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył.

W postępowaniu wpłynęło sześć ofert, w tym oferta Odwołującego z najniższą ceną (44 870 400 zł).

Odwołujący wraz z ofertą złożył oświadczenie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, w którym wskazał, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu z Rozdziału XIII pkt 1.2.1 SWZ (posiadanie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie realizacji robót budowlanych) wykazują wszyscy członkowie konsorcjum, a każdy z nich wykona prace budowlano – montażowe. W toku postępowania, na wezwanie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący złożył podmiotowe środki dowodowe, m.in. wykaz usług, w którym wskazano sześć robót budowlanych, w tym cztery (poz. 1-4) realizowane w Ukrainie przez YVA Energy.

Zamawiający w piśmie z 28 listopada 2024 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 m.in. do: 1) poprawienia oświadczenia złożonego wraz z ofertą na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, 2) złożenia wyjaśnień na okoliczność danych zawartych w oświadczeniu złożonym na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, w tym zamierzonego sposobu uczestniczenia w realizacji zamówienia przez YVA Energy Sp. z o.o., zgodnie z wytycznymi i wyjaśnieniami zawartymi poniżej. Zamawiający wskazał:

„Ad. 1 Po dokonaniu szczegółowej analizy wykazu robót wraz z dowodami (złożonymi w dniu 4.11.2024 r. na wezwanie Zamawiającego) oraz umowy Konsorcjum złożonej wraz z ofertą, w której Konsorcjum sprecyzowało podział zadań w sposób taki, że Kasje sp. z o. o. oraz YVA Energy Sp. z o. o. wykonają „prace przydzielone przez Lidera”, Zamawiający stwierdził, że dane wskazane w oświadczeniu złożonym wraz z ofertą na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp są zbyt nieprecyzyjne i wymagają poprawienia. Podkreślenia wymaga, że ww. oświadczenie nie może wyłącznie stanowić formalnego wypełnienia wymogu określonego przez ustawodawcę, ale ma służyć zapewnieniu, że Konsorcjum będzie realnie korzystać z doświadczenia, którym legitymują się współkonsorcjanci. W tym miejscu przywołać należy treść art. 117 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, które stanowią: (...) Jak wskazano w Komentarzu pod tytułem „Prawo zamówień publicznych” pod redakcją Andrzej Gawrońskiej-Baran i in.: „W wyroku KIO z 3.02.2023 r., KIO 159/23, LEX nr 3490805, podniesiono, że w świetle art. 117 ust. 3 p.z.p. możliwość powołania się na wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie jednego z wykonawców z grona wspólnie ubiegających się o zamówienie warunkowana jest wykonaniem przez tego wykonawcę tej części zamówienia, do realizacji której dane

doświadczenie, wykształcenie czy kwalifikacje są wymagane. Istotne znaczenie dla dokonywanej przez zamawiającego w tym zakresie oceny ma treść oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 p.z.p., zawierającego deklarację o podziale zadań pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum. To właśnie ww. oświadczenie w zestawieniu z innymi podmiotowymi środkami dowodowymi składanymi w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (przede wszystkim wykazami usług czy osób) umożliwia zamawiającemu weryfikację, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie na etapie realizacji zamówienia deklarowanych przez nich zasobów. Pomiedzy oświadczeniem z art. 117 ust. 4 p.z.p. oraz podmiotowymi środkami dowodowymi wykazującymi spełnienie warunków udziału w postępowaniu musi zachodzić korelacja, pozwalająca na właściwe przyporządkowanie określonych elementów zamówienia temu wykonawcy, który legitymuje się wymaganymi zdolnościami. Zatem to na wykonawcach wspólnie ubiegających się o zamówienie spoczywał będzie ciężar wykazania, że to właśnie konkretni wykonawcy, na których zdolności powołano się celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonają zamówienie w zakresie, w jakim dane zdolności są wymagane dla jego realizacji. Składane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie oświadczenie powinno zatem jednoznacznie wskazywać, które części zamówienia będzie realizował wykonawca wykazujący spełnianie warunków udziału w postępowaniu."

Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.09.2023 r., sygn. KIO 2591/23 wskazać należy, że oświadczenie składane w trybie art. 117 ust. 4 Pzp powinno być analizowane w świetle celu, w jakim jest ono składane przez wykonawcę. Jak wskazała KIO: „Dopuszczenie, a tym bardziej aprobowanie praktyki składania oświadczeń w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, które w swojej treści nie zawierają rzeczywistych informacji o podziale zadań i zasadach korzystania z doświadczenia danego konsorcjanta jakie udostępnią w ramach wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu byłoby niczym innym jak powrotem do nagannej praktyki zaobserwowanej w przeszłości w zakresie fikcyjnego udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego wyłącznie w zakresie formalnego wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wprowadzone regulacje, zarówno na poziomie unijnym i krajowym służą właśnie zapobieganiu takim negatywnym zjawiskom na rynku."

Biorąc pod uwagę powyższe, oświadczenie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp należy poprawić w sposób, który wskaże Zamawiającemu rzeczywisty podział konkretnych zadań wykonywanych w ramach zamówienia, jakie zostaną wykonane przez poszczególnych członków Konsorcjum w powiązaniu w wykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez członków Konsorcjum.

Ad. 2 Jak wskazano powyżej w pkt 1, dane wskazane przez Wykonawcę w oświadczeniu składanym na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp są na zbyt dużym poziomie ogólności, biorąc pod uwagę fakt, że jedynie doświadczenie członka Konsorcjum YVA Energy Sp. z o.o. potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, wskazanego w Rozdziale XIII SWZ pkt 1.2.1. W treści złożonego oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp wskazali Państwo, że w zakresie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu każdy z członków Konsorcjum „wykona prace budowlano-montażowe”, bez wskazania konkretnego zakresu rzeczowego zamówienia, jaki zamierzają wykonać poszczególni członkowie Konsorcjum.

Jak wynika z powyżej zacytowanego art. 117 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Za przytoczonym powyżej wyrokiem KIO z 3.02.2023 r., KIO 159/23 przypomnieć należy: „Zatem to na wykonawcach wspólnie ubiegających się o zamówienie spoczywał będzie ciężar wykazania, że to właśnie konkretni wykonawcy, na których zdolności powołano się celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonają zamówienie w zakresie, w jakim dane zdolności są wymagane dla jego realizacji."

W wyroku z 7.07.2022 r., sygn. KIO 1602/22, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „A contrario, jeśli wykonawcy nie złożą oświadczenia lub nie wykażą w nim, że podmiot mający doświadczenie wykona część zamówienia wymagającą doświadczenia, to nie wykażą spełnienia warunku udziału w postępowaniu, choćby złożyli potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu wykaz usług i odpowiednie poświadczenia należytego wykonania. ... art. 117 ust. 4 odwołuje się wprost do ust. 2 i 3 ustawy p.z.p. O ile w dotychczasowym stanie prawnym struktura wspólnego ubiegania się o zamówienie pozwalała na dowolne ustalenie podziału zadań i obowiązków pomiędzy członków konsorcjum, obecnie w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest to zasadnicza zmiana, bowiem w wyniku wprowadzenia regulacji w art. 117 ust. 2 in fine oraz ust. 3 in fine, członkowie konsorcjum zostali zobligowani do osobistego wykonania części zamówienia, do których realizacji wymagane są zdolności wykazane przez te podmioty na etapie postępowania. Przepisy art. 117 ust. 2 i 3 ustawy p.z.p. wprowadzają warunek polegania na zdolnościach poszczególnych członków konsorcjum w postaci rzeczywistego zaangażowania danego członka konsorcjum w realizację odpowiedniej części zamówienia, z którą wiąże się jednocześnie obowiązek posiadania

konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia.”.

Wobec powyższego wyjaśnienia wymaga planowany rzeczywisty sposób zaangażowania poszczególnych Wykonawców występujących wspólnie w realizację zamówienia, co dotyczy w największym stopniu Wykonawcy YVA Energy Sp. z o.o., jako podmiotu, który jako jedyny został wskazany jako spełniający wszystkie warunki postanowione w Postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Prosimy odnieść się przy tym do faktu, że z przedstawionych przez Państwa dokumentów wynika, że jest to podmiot ukraiński i nie wynika, aby jego personel przebywał obecnie na terytorium Polski. Wobec tego prosimy o wyjaśnienie jak ma być zorganizowany faktyczny udział podmiotu ukraińskiego w realizacji zamówienia w obliczu toczącej się w Ukrainie wojny, podczas której obowiązują ograniczenia wyjazdu mężczyzn poza jej terytorium, a ponadto nagminnie niszczona jest sieć elektroenergetyczna co powoduje że zapotrzebowanie na tego typu wykonawców na terenie Ukrainy jest niewątpliwie bardzo duże.

Z ogólnodostępnych informacji prasowych wynika, że w Ukrainie trwa mobilizacja wojskowa, a wiek mobilizacyjny obniżono z 27 na 25 lat, co biorąc pod uwagę fakt, że prace budowlano-montażowe w zdecydowanej większości wykonywane są przez mężczyzn, pogłębia wątpliwości Zamawiającego odnośnie realnej możliwości realizacji przez ten podmiot przedmiotowego zamówienia.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że w kontekście wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu zasady dotyczące realności przekazania doświadczenia przez konsorcjanta są tożsame z zasadami wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego. W obu przypadkach chodzi o realne i rzeczywiste udostępnienie takich zasobów, o ochronę podmiotów publicznych przez fikcyjnym angażowaniem przez wykonawców podmiotów na etapie ubiegania się o realizację zamówienia tylko w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W ramach wyjaśnień należy także wskazać czy podmiot YVA Energy Sp. z o.o. posiada jakiegokolwiek zaplecze techniczne umożliwiające realizację robót budowlano-montażowych na terenie Polski.

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący złożył wyjaśnienia, przedkładając doprecyzowane oświadczenie złożone na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonywać mają poszczególni wykonawcy. W złożonym oświadczeniu wskazano, że:

YVA Energy wykona Budowę dwutorowej linii kablowej WN 110 kV relacji: (1) Piecki – Politechnika, na odcinku od słupa nr 54 do GPZ Politechnika, dł. trasowa relacji – 145 m, (2) Politechnika – Gdańsk II, na odcinku od GPZ Politechnika do słupa nr 54, dł. Trasowa relacji – 127 m, II budowę stacji 110/15 kV GPZ Politechnika w zakresie: (1) Instalacji w budynku stacyjnym, (2) Wewnętrznej rozdzielnicy 110 kV w technologii GIS, (3) Dwóch transformatorów WN/Sn o mocy 25MVA każdy, (4) Dwóch stanowisk kompensacji ziemnozwarciowej wyposażonych w: transformator uziemiający, dławik gaszący regulowany oraz rezystor wymuszający pierwotny, (5) Instalacji odgromowej i uziemiającej, instalacji kabli sterowniczych oraz sygnalizacyjnych (6) Budowa wewnętrznej rozdzielnicy 15 kV 22-polowa (z możliwością rozbudowy do 36 pól), III Prace, do których wymaganiem przez Zamawiającego doświadczeniem nie wykazali się pozostali członkowie konsorcjum tj. EKOBOX S.A i Kasje Sp. z o.o., IV inne prace zlecone przez Lidera konsorcjum, EKOBOX wykona: I. wymiana istniejącego słupa nr 54 na nowy – w miejscu dotychczasowej konstrukcji – 1 kpl. II Budowę wyprowadzeń kablowych SN w skład których wchodzi: (1) budowa 9 nowych wyprowadzeń kablowych sieci SN od projektowanej rozdzielnicy 15 kV w celu zasilenia istniejącej sieci średniego napięcia wraz z infrastrukturą towarzyszącą – 3736 m, (2) Budowa złączy kablowych SN-15kV, (3) Przebudowa istniejących stacji transformatorowych SN/nn. III Budowa wewnętrznej rozdzielnicy 15 kV 22-polowa (z możliwością rozbudowy do 36 pól), IV Systemy ochrony technicznej (SOT), V Zagospodarowanie terenu (m.in. Układ dróg wewnętrznych wraz z ogrodzeniem), VI Budowę instalacji oświetlenia zewnętrznego terenu, VII Prace ziemne, VIII Prace ogólnobudowlane w tym budynek stacyjny, IX Koordynacja prac oraz obsługa rozliczeniowa, finansowa i formalno-prawna, X Zakup i dostawa podstawowych materiałów, XI Organizacja zaplecza technicznego XII Przydzielanie pozostałych prac Partnerom konsorcjum.

Kasje wykona: I budowę wyprowadzeń SN wynikających z umów przyłączeniowych: (1) Budowa 2 nowych wyprowadzeń kablowych sieci SN od projektowanej rozdzielnicy 15 kV w celu zasilenia istniejącej sieci średniego napięcia wraz z infrastrukturą towarzyszącą – 2110 m, (2) Przebudowa istniejącej stacji T-1779 „PG-1” w zakresie demontażu zbędnego okablowania i wprowadzeniu nowego. II Przyłącze wodociągowe oraz kanalizacji sanitarnej i deszczowej. III Inne prace zlecone przez Lidera konsorcjum,

W wyjaśnieniach wskazano ponadto, że: „podział obowiązków związanych z realizacją zadania został ustalony z poszanowaniem zasad ustalonych w art. 117 ust 2 i 3 Pzp. Spółka IVA ENERGY Sp. z o.o. będzie odpowiadać i wykonywać m.in. prace w zakresie budowy stacji elektroenergetycznej WN/SN w technologii GIS oraz budowę linii kablowej 110 kV zasilającej stację elektroenergetyczną WN/SN. Spółka YVA Energy Sp. z o.o. wykona usługi do realizacji których to doświadczenie jest wymagane, tj. prace w zakresie budowy stacji elektroenergetycznej WN/SN w technologii GIS oraz prace związane z budową linii kablowej 110 kV zasilającej stację elektroenergetyczną WN/SN. Budowa

rozdzielniczy SN o napięciu 15 kV będzie realizowana wspólnie przez YVA Energy Sp. z o.o. oraz EKOBOX S.A.. Co do zakresu prac nieobjętego wymogiem doświadczenia koordynacja prac oraz obsługa rozliczeniowa i formalno-prawna, organizacja zaplecza technicznego oraz zakup i dostawa materiałów to będą one realizowane przez EKOBOX S.A., zaś pozostałe prace energetyczne, budowlane i montażowe oraz czynności pomocnicze i ogólnobudowlane będą wykonywane wspólnie przez EKOBOX S.A. oraz Kasję Sp. z o.o. Szczegółowy podział robót w aspekcie wymaganym przez art. 117 ust. 4 Pzp został określony w poprawionym załączniku nr 5 do SWZ stanowiącym załącznik do niniejszego pisma. Wskazujemy, że planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Treść oświadczenia jest skorelowana z zakresem wymagań zawartych w warunku udziału w postępowaniu, gdzie wskazana jest zarówno wartość umowy, jak również obszar wymaganego doświadczenia. Jak już wskazywano we wcześniejszych wyjaśnieniach (dotyczących m.in. nazwy spółki) spółka YVA Energy Sp. z o.o. jest spółką zarejestrowaną na Ukrainie, ale działa od wielu lat również poza jej terytorium. Właśnie w związku z dobrą współpracą przy realizacji inwestycji w Polsce i zaufaniu, które się wówczas wytworzyło spółki YVA Energy sp. z o.o. oraz EKOBOX S.A. i Kasję sp. z o.o. zawiązały konsorcjum. Istotną część kadry spółki YVA Energy Sp. z o.o. (wystarczająca do wykonania zakresu zadania) przebywa obecnie na terytorium Unii Europejskiej, w tym w Polsce, a kadra znajdująca się w Ukrainie w większości dysponuje prawem do swobodnego przemieszczania się poza granice Ukrainy. Spółka YVA Energy sp. z o.o. mimo wojny nie ma problemu z dysponowaniem potrzebną kadrą i nie ma ryzyka z brakiem możliwości jej wykorzystania przy realizacji zadania na terytorium Polski. Planowane jest realne i rzeczywiste udostępnienie pracowników spółki, którzy posiadają stosowne kwalifikacje i doświadczenie. Zapewnienie zaplecza technicznego inwestycji znajduje się po stronie spółki EKOBOX S.A."

Zamawiający pismem z 13 grudnia 2024 r. w oparciu o art. 128 ust. 4 oraz art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień zgodnie z wytycznymi zawartymi poniżej:

„1. W oparciu o treść złożonych w dniu 3.12.2024 r. na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień i poprawionych/uzupełnionych dokumentów i oświadczeń, Zamawiający żąda jednoznacznego wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy treścią oświadczenia złożonego na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp a oświadczenia zawartego w treści udzielonych wyjaśnień: „W przypadku uznania dokumentów i wyjaśnień za niewystarczające z ostrożności wskazujemy, iż cały zakres robót związany z budową rozdzielniczy SN o napięciu 15 kV wykona spółka YVA Energy sp. z o.o.". Oświadczenie składane na mocy przepisu art. 117 ust. 4 ustawy Pzp musi być jednoznaczne. Jak wskazano w Komentarzu do ustawy Pzp pod redakcją Andrzej Gawrońskiej-Baran i in.: „Pomiędzy oświadczeniem z art. 117 ust. 4 p.z.p. oraz podmiotowymi środkami dowodowymi wykazującymi spełnienie warunków udziału w postępowaniu musi zachodzić korelacja, pozwalająca na właściwe przyporządkowanie określonych elementów zamówienia temu wykonawcy, który legitymuje się wymaganymi zdolnościami. Zatem to na wykonawcach wspólnie ubiegających się o zamówienie spoczywał będzie ciężar wykazania, że to właśnie konkretni wykonawcy, na których zdolności powołano się celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonają zamówienie w zakresie, w jakim dane zdolności są wymagane dla jego realizacji. Składane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie oświadczenie powinno zatem jednoznacznie wskazywać, które części zamówienia będzie realizował wykonawca wykazujący spełnianie warunków udziału w postępowaniu.” (...)

3. Wyjaśnienia dotyczące sposobu wykonania określonej części zamówienia przez YVA Energy sp. z o. o. mającą siedzibę w Ukrainie (na której zdolnościach Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zamierzają polegać zgodnie ze swoim oświadczeniem), złożone w dniu 3.12.2024 r. są zbyt lakoniczne, wobec czego Zamawiający żąda szczegółowego i precyzyjnego przedstawienia wyjaśnień dotyczących udziału w realizacji zamówienia spółki YVA Energy sp. z o. o., w tym w szczególności wskazania konkretnie i szczegółowo:

- a) czy osoby mające realizować zamówienie (ze spółki YVA Energy sp. z o. o.) mają odpowiednie uprawnienia, umiejętności i kwalifikacje do wykonywania prac zgodnych z zamówieniem na terenie UE?
- b) ile osób ze spółki YVA Energy sp. z o. o., z jakim doświadczeniem i o jakich kwalifikacjach oraz specjalizacjach będzie brało udział przy realizacji zadania?
- c) ile osób przewidzianych do realizacji zadania (z spółki YVA Energy sp. z o. o.) i o jakich specjalnościach przebywa obecnie na terenie naszego kraju, na jakiej podstawie i na jaki okres czasu?
- d) ile osób przewidzianych do realizacji zadania (ze spółki YVA Energy sp. z o. o.) i o jakich specjalnościach przebywa obecnie na terenie innych krajów UE, na jakiej podstawie i na jaki okres czasu i czy mogą one swobodnie przenieść się na terytorium RP celem realizacji zamówienia?
- e) w zakresie wyspecjalizowanej kadry (ze spółki YVA Energy sp. z o. o.) znajdującej się w Ukrainie: o ile osób i o jakich specjalnościach chodzi, a także na jakich zasadach, na podstawie jakich przepisów i ustaw mają one prawo do swobodnego przemieszczania się poza granice Ukrainy?

- f) czy osoby, o których mowa w pkt 3 lit. c) i e) dysponują jakimiś szczególnymi decyzjami/pozwoleniami w zakresie swobodnego przemieszczania się poza granice Ukrainy? Jeśli tak, to jakimi?
- g) czy pracownicy spółki YVA Energy sp. z o. o., którzy mają być skierowani do realizacji zamówienia, posiadają pozwolenie na pracę na terenie Polski?
- h) czy Wykonawca zaplanował gdzie te osoby mają być zakwaterowane, na jakiej podstawie prawnej ma zostać uregulowany ich pobyt i wykonywanie pracy na terenie Polski i czy wszystkie związane z tym koszty (w jakiej wysokości?) zostały uwzględnione w wycenie oferty? – proszę o przedstawienie kalkulacji w tym zakresie wraz z dowodami. (...)

Żnie od powyższego, proszę o wskazanie na jakiej podstawie prawnej YVA Energy sp. z o. o. działa na terytorium Polski i/lub UE (w wyjaśnieniach zostało wskazane, że „YVA Energy Sp. z o.o. jest spółką zarejestrowaną na Ukrainie, ale działa od wielu lat również poza jej terytorium. Właśnie w związku z dobrą współpracą przy realizacji inwestycji w Polsce i zaufaniu, które się wówczas wytworzyło spółki YVA Energy sp. z o.o. oraz EKOBOK S.A. i Kasje sp. z o.o. zawiązały konsorcjum.”).

Proszę o udokumentowanie powyższych informacji, zwłaszcza wymaganych w pkt 3 powyżej i/lub wskazanie konkretnych okoliczności faktycznych i prawnych – wyjaśnienia ogólnikowe, opierające się wyłącznie na ogólnych stwierdzeniach, nie zostaną uznane za wystarczające dla wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego, która mają bardzo konkretny charakter.”

Odwołujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie złożył wyjaśnienia, w których w odpowiedzi na pytanie nr 1 oświadczył, że cały zakres robót związany z budową rozdzielnic SN o napięciu 15 kV wykona spółka YVA Energy sp. z o.o. legitymująca się odpowiednimi zdolnościami technicznymi i zawodowymi, stosownie do zapisów SWZ do realizacji przedmiotowego zamówienia. W załączeniu przesłano sprecyzowany załącznik nr 5 do SWZ, w którym wskazano, że: YVA Energy wykona: I Budowę dwutorowej linii kablowej WN 110 kV relacji: 1) Piecki – Politechnika, na odcinku od słupa nr 54 do GPZ Politechnika, dł. trasowa relacji – 145 m, 2) Politechnika – Gdańsk II, na odcinku od GPZ Politechnika do słupa nr 54, dł. Trasowa relacji – 127 m, II budowę stacji 110/15 kV GPZ Politechnika w zakresie (1) Instalacji w budynku stacyjnym, (2) Wewnętrznej rozdzielnic 110 kV w technologii GIS, (3) Dwóch transformatorów WN/Sn o mocy 25MVA każdy, (4) Dwóch stanowisk kompensacji ziemnozwarciowej wyposażonych w: transformator uziemiający, dławik gaszący regulowany oraz rezystor wymuszający pierwotny, (5) Instalacji odgromowej i uziemiającej, instalacji kabli sterowniczych oraz sygnalizacyjnych (6) Budowa wewnętrznej rozdzielnic 15 kV 22-polowa (z możliwością rozbudowy do 36 pól), III inne prace zlecone przez Lidera konsorcjum,

EkoBox wykona: I wymiana istniejącego słupa nr 54 na nowy – w miejscu dotychczasowej konstrukcji – 1 kpl. II Budowę wyprowadzeń kablowych SN w skład których wchodzi: (1) budowa 9 nowych wyprowadzeń kablowych sieci SN od projektowanej rozdzielnic 15 kV w celu zasilenia istniejącej sieci średniego napięcia wraz z infrastrukturą towarzyszącą – 3736 m, (2) Budowa złączy kablowych SN-15kV, (3) Przebudowa istniejących stacji transformatorowych SN/nn. III Systemy ochrony technicznej (SOT), IV Zagospodarowanie terenu (m.in. Układ dróg wewnętrznych wraz z ogrodzeniem), V Budowę instalacji oświetlenia zewnętrznego terenu, VI Prace ziemne, VII Prace ogólnobudowlane w tym budynek stacyjny, VIII Koordynacja prac oraz obsługa rozliczeniowa, finansowa i formalno-prawna, IX Zakup i dostawa podstawowych materiałów, X Organizacja zaplecza technicznego, XI Przydzielanie pozostałych prac Partnerom konsorcjum.

Kasje wykona: I budowę wyprowadzeń SN wynikających z umów przyłączeniowych: (1) Budowa 2 nowych wyprowadzeń kablowych sieci SN od projektowanej rozdzielnic 15 kV w celu zasilenia istniejącej sieci średniego napięcia wraz z infrastrukturą towarzyszącą – 2110 m, (2) Przebudowa istniejącej stacji T-1779 „PG-1” w zakresie demontażu zbędnego okablowania i wprowadzeniu nowego. II Przyłącze wodociągowe oraz kanalizacji sanitarnej i deszczowej, III Inne prace zlecone przez Lidera konsorcjum

W odpowiedzi na pytanie nr 3 Odwołujący wyjaśnił, że: „Zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), stanowiącym podstawę prawną Państwa żądania, wskazać należy, iż 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. Stosownie natomiast do brzmienia art. 125 ust. 1 ustawy do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Zgodnie natomiast z art. 128 ust. 6 w/w ustawy Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich mogą być one składane, mając na uwadze potrzebę potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, zapewnienia aktualności

podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów i oświadczeń, oraz sposoby komunikacji między zamawiającym a wykonawcą. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtowane jest jednolite stanowisko, że hipotezą przepisu art. 128 ust. 4 jest objęta okoliczność wezwania do wyjaśnień, ale jedynie w przedmiocie oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. art. 128 ust. 6. Z treści przepisu art. 128 ust. 6 ustawy wynika, że chodzi o wyjaśnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub przez oferowane dostawy, usługi bądź roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (aktualny wyr. KIO z 7.2.2012 r., KIO 197/12, Legalis; podobnie KIO w wyr. z 24.1.2012 r., KIO 77/12, Legalis), a także brak podstaw do wykluczenia – tak również P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 2, Warszawa 2024. Zgodnie ze SWZ w załączniku nr 8 Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia miał obowiązek wskazać w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu pracowników, którym skieruje do realizacji zamówienia. Obowiązek ten koresponduje z wymaganiami opisanymi w Rozdziale XIII pkt 1.2.2. Wykonawca zrealizował ten obowiązek i wskazał w załączniku nr 8 osoby, które skieruje do realizacji zamówienia, spełniające warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający był zatem uprawniony do domagania się od Wykonawcy wyjaśnień dotyczących złożonego dokumentu tj. załącznika nr 8. Nie jest natomiast uprawniony do żądania złożenia wyjaśnień w zakresie określonym w pkt 3 opisanego na wstępie pisma z dnia 13.12.2024r. Oczywistym jest, że prace objęte przedmiotem zamówienia będą realizowane również przez innych pracowników poszczególnych podmiotów wchodzących w skład konsorcjum, poza tymi, którzy zostali wymienieni w załączniku nr 8, ale na obecnym etapie postępowania Zamawiający z uwagi na zapisy SWZ, których jest autorem, nie ma uprawnień do domagania się wyjaśnień w tym zakresie w oparciu o wskazaną podstawę prawną.

Nie mniej jednak Wykonawca odpowiadając na pytania zawarte w pkt 3 wezwania, oświadczam, że: -osoby mające realizować zamówienie (ze spółki YVA Energy sp. z o. o.) mają lub będą mieć na dzień realizacji zamówienia odpowiednie uprawnienia, umiejętności i kwalifikacje do wykonywania prac zgodnych z zamówieniem na terenie UE, - ze spółki YVA Energy sp. z o. o., w realizacji zamówienie będzie brała odpowiednia liczba osób zgodnie z zapotrzebowaniem uzależnionym od etapu realizacji robót o kwalifikacjach niezbędnych do wykonania zamówienia, a ich przyjazd do Polski, jeśli okaże się konieczny odbędzie się w zgodnie z regulacjami ukraińskimi jak i polskimi, - osoby przewidziane do realizacji zadania (ze spółki YVA Energy sp. z o. o.) o specjalnościach niezbędnych do realizacji zamówienia przebywają w Polsce leganie w oparciu o przepisy ustawa z dnia 12 marca 2022 r. o pomocy obywatelom Ukrainy w związku z konfliktem zbrojnym na terytorium tego państwa (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 167 z późn. zm.) i zgodnie z przepisami w/w ustawy osoby te nie potrzebują pozwolenia na pracę na terenie Polski. Osoby obywatelstwa ukraińskiego będą wykonywać pracę na terenie Polski w sposób zgodny z ustawą z dnia 12 marca 2022 r. o pomocy obywatelom Ukrainy w związku z konfliktem zbrojnym na terytorium tego państwa (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 167 z późn. zm.) i nie potrzebują pozwolenia na pracę na terenie Polski. Wskazać również należy, iż YVA Energy sp. z o. o. nie zatrudnia wyłącznie obywateli ukraińskich ale również w zależności od potrzeb także obywateli kraju realizacji zamówienia tj. w obecnym zamówieniu Polaków, jak również osoby legitymujące się obywatelstwem innych krajów UE. Odnosząc się natomiast do troski Zamawiającego czy Wykonawca będzie miał gdzie zakwaterować pracowników, to po pierwsze nie wszyscy pracownicy będą wymagać zakwaterowania, a po drugie w razie takiej potrzeby miasto Gdańsk i okolice dysponują szeroką bazą noclegową. Koszt wynajmu mieszkania dla pracowników oscyluje w kwocie ok. 2500 zł – 3000,00 zł miesięcznie co przy 24 miejscach realizacji robót wyniesie ok. 60 000,00 zł co przy kosztach realizacji umowy wynoszących 44 870 400,00 zł brutto, stanowi ok. 0,13%. Koszty te zostały uwzględnione w wycenie oferty w pozycji Koszty pośrednie, które zostały przyjęte przez Wykonawcę na poziomie 2 027 107,21 zł. zgodnie z powszechnie przyjętymi w tym zakresie zasadami. Dowód: - oferty najmu lokali z Gdańska i okolic ze strony internetowej www.olx.pl.”

W odpowiedzi na pytanie nr 6 Odwołujący wskazał, że: „W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtowane jest jednolite stanowisko, że hipotezą przepisu art. 128 ust. 4 jest objęta okoliczność wezwania do wyjaśnień, ale jedynie w przedmiocie oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. art. 128 ust. 6 ustawy. Z treści przepisu art. 128 ust. 6 ustawy wynika, że chodzi o wyjaśnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub przez oferowane dostawy, usługi bądź roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (aktualny wyr. KIO z 7.2.2012 r., KIO 197/12, Legalis; podobnie KIO w wyr. z 24.1.2012 r., KIO 77/12, Legalis), a także brak podstaw do wykluczenia. Zamawiający nie jest zatem uprawniony do domagania się od Wykonawcy wyjaśnień opisanych w pkt 6 pisma. W orzecznictwie KIO ugruntowane jest stanowisko, że wyjaśnienia mają służyć wyeliminowaniu wewnętrznych sprzeczności w ofercie, czy też sprowadzać do wskazania sposobu rozumienia treści zawartej w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Pytania zawarte w pkt 6 pisma wykraczają ewidentnie poza ten zakres.

Nie mniej jednak odnosząc się do tego pytania precyzuje, że EKOBOX S.A. w trakcie realizacji robót na terytorium Polski korzystała z pracowników YVA Energy sp. z o.o. i ich doświadczenia w realizacji prac objętych przedmiotem niniejszego zamówienia, na podstawie odpowiednich umów i na tej podstawie wytworzyło się wzajemne zaufanie pomiędzy

podmiotami skutkujące zawarciem umowy konsorcjum. Oświadczam również, że YVA Energy sp. z o.o. podejmuje na terytorium Polski działalność zgodnie z funkcjonującymi w tym zakresie regulacjami prawa krajowego i międzynarodowego. Końcowo wskazać należy, iż zamawiający nie nałożył obowiązku osobistego wykonania kluczowych części zamówienia przez Wykonawcę."

Zamawiający 4 kwietnia 2025 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty wykonawcy EI Professional sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp. Uzasadniając czynność odrzucenia oferty Zamawiający wskazał:

„Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (dalej Konsorcjum) nie potwierdzili spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 1.2 Rozdziału XIII SWZ, ponieważ pomimo wystosowania przez Zamawiającego umotywowanego wezwania w tym zakresie, nie przedstawili dokumentów i oświadczeń, które wykazałyby realność polegania na zdolnościach współkonsorcjanta – YVA Energy sp. z o.o., w postaci rzeczywistej realizacji przez tego członka Konsorcjum zamówienia w zakresie, do realizacji którego wymagane jest konkretne doświadczenie opisane w warunku udziału w postępowaniu. - pkt 1.2 Rozdziału XIII SWZ.

W toku badania i oceny ofert Zamawiający wezwał Konsorcjum m.in. do:

1)poprawienia oświadczenia złożonego wraz z ofertą na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp wskazując, że dane zawarte w oświadczeniu złożonym wraz z ofertą na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp są zbyt nieprecyzyjne i wymagają poprawienia, zwłaszcza w okolicznościach, że z wykazu usług i dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie wynikało, że spośród współkonsorcjantów jedynie YVA Energy sp. z o.o. posiada doświadczenie niezbędne do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w sposób opisany w warunku - jak bowiem stanowi uwaga nr 1 do pkt 1.2 Rozdział XIII SWZ: „W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wykonawcy mogą łączyć doświadczenie wszystkich Wykonawców składających wspólnie ofertę jak również doświadczenie podmiotu, na którego zdolnościach technicznych lub zawodowych Wykonawca polega, przy czym doświadczenie określone w pkt 1.2.1 musi w całości wykazać co najmniej jeden Wykonawca”. Zamawiający poinformował jednocześnie, że ww. oświadczenie nie może wyłącznie stanowić formalnego wypełnienia wymogu określonego przez ustawodawcę, ale ma służyć zapewnieniu, że Konsorcjum będzie realnie korzystać z doświadczenia, którym legitymują się współkonsorcjanci, ponieważ przepis art. 117 ust. 3 ustawy Pzp stanowi: „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”. Wobec powyższego Wykonawca został wezwany do poprawienia oświadczenia w sposób, który wskaże Zamawiającemu rzeczywisty podział konkretnych zadań wykonywanych w ramach zamówienia, jakie zostaną wykonane przez poszczególnych członków Konsorcjum w powiązaniu z wykazaniem spełniania przez nich warunków udziału w postępowaniu.

2)złożenia wyjaśnień na okoliczność danych zawartych w oświadczeniu złożonym na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, w tym zamierzonego sposobu uczestniczenia w realizacji zamówienia przez YVA Energy sp. z o.o., ponieważ w treści złożonego oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp Konsorcjum wskazało, że w zakresie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu każdy z członków Konsorcjum „wykona prace budowlano-montażowe”, bez wskazania konkretnego zakresu rzeczowego zamówienia, jaki zamierzają wykonać poszczególni członkowie Konsorcjum, natomiast w treści umowy Konsorcjum wskazano, że Kasje sp. z o.o. oraz YVA Energy sp. z o.o. wykonają „prace przydzielone przez Lidera”. Zamawiający zauważył przy tym, że ze złożonych przez Konsorcjum dokumentów wynika, że YVA Energy sp. z o.o. jest podmiotem ukraińskim, ale nie wynika, aby jego personel przebywał obecnie na terytorium Polski. Wobec tego Zamawiający poprosił o wyjaśnienie jak ma być zorganizowany faktyczny udział podmiotu ukraińskiego w realizacji zamówienia w obliczu toczącej się w Ukrainie wojny, podczas której obowiązują ograniczenia wyjazdu mężczyzn poza jej terytorium, a ponadto nagminnie niszczona jest sieć elektroenergetyczna, co powoduje, że zapotrzebowanie na tego typu wykonawców na terenie Ukrainy jest niewątpliwie bardzo duże. Zamawiający wskazał również, że z ogólnodostępnych informacji prasowych wynika, że w Ukrainie trwa mobilizacja wojskowa, a wiek mobilizacyjny obniżono z 27 na 25 lat, co biorąc pod uwagę fakt, że prace budowlano-montażowe w zdecydowanej większości wykonywane są przez mężczyzn, pogłębia wątpliwości Zamawiającego odnośnie realnej możliwości realizacji przez ten podmiot przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający powołał się przy tym m. in. na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2022 r. sygn. KIO 1602/22, w którym wskazano: „A contrario, jeśli wykonawcy nie złożą oświadczenia lub nie wykażą w nim, że podmiot mający doświadczenie wykona część zamówienia wymagającą doświadczenia, to nie wykażą spełniania warunku udziału w postępowaniu, choćby złożyli potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu wykaz usług i odpowiednie poświadczenia należytego wykonania. ... art. 117 ust. 4 odwołuje się wprost do ust. 2 i 3 ustawy p.z.p. ... Przepisy art. 117 ust. 2 i 3 ustawy p.z.p. wprowadzają warunek polegania na zdolnościach poszczególnych

członków konsorcjum w postaci rzeczywistego zaangażowania danego członka konsorcjum w realizację odpowiedniej części zamówienia, z którą wiąże się jednocześnie obowiązek posiadania konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia.” Zamawiający wskazał również na wyrok z dnia 3 lutego 2023 r., sygn. KIO 159/23, z którego wynika, że: „Zatem to na wykonawcach wspólnie ubiegających się o zamówienie spoczywał będzie ciężar wykazania, że to właśnie konkretni wykonawcy, na których zdolności powołano się celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonają zamówienie w zakresie, w jakim dane zdolności są wymagane dla jego realizacji.”.

Ponadto Zamawiający wskazał, że w kontekście wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu zasady dotyczące realności przekazania doświadczenia przez konsorcjanta są tożsame z zasadami wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego. W obu przypadkach chodzi o realne i rzeczywiste udostępnienie takich zasobów, o ochronę podmiotów publicznych przed fikcyjnym angażowaniem przez wykonawców podmiotów na etapie ubiegania się o realizację zamówienia tylko w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 3.12.2024 r. Konsorcjum złożyło odpowiedź na wezwanie Zamawiającego, składając poprawione oświadczenie, o którym mowa w pkt 1 powyżej, zaś w zakresie pkt 2 powyżej oświadczając, że: „planowany podział zadań pomiędzy członków Konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. ... spółka YVA Energy sp. z o.o. jest spółką zarejestrowaną na Ukrainie, ale działa od wielu lat również poza jej terytorium. Właśnie w związku z dobrą współpracą przy realizacji inwestycji w Polsce i zaufaniu, które się wówczas wytworzyło spółki YVA Energy sp. z o.o. oraz EKOBOX S.A. i Kasje sp. z o.o. zawarły konsorcjum. Istotną część kadry spółki YVA Energy sp. z o.o. (wystarczająca do wykonania zakresu zadania) przebywa obecnie na terytorium Unii Europejskiej, w tym w Polsce, a kadra znajdująca się w Ukrainie w większości dysponuje prawem do swobodnego przemieszania się poza granice Ukrainy. Spółka YVA Energy sp. z o.o. mimo wojny nie ma problemu z dysponowaniem potrzebną kadrą i nie ma ryzyka z brakiem możliwości jej wykorzystania przy realizacji zadania na terytorium Polski. Planowane jest realne i rzeczywiste udostępnienie pracowników spółki, którzy posiadają stosowne kwalifikacje i doświadczenie.”.

W wyniku przeprowadzonej analizy złożonych wyjaśnień i poprawionego oświadczenia Zamawiający uznał, że w dalszym ciągu treść oświadczenia z art. 117 ust. 4 wymaga wyjaśnienia, a ponadto ogólnikowe, lakoniczne wyjaśnienia Konsorcjum w zakresie pkt 2 powyżej nie rozwiąły wątpliwości w zakresie realnego polegania na zdolnościach YVA Energy sp. z o.o. Wobec tego, w dniu 13.12.2024 r. działając oparciu o art. 128 ust. 4 oraz art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do złożenia zgodnie wyjaśnień m.in. w zakresie:

(1) rozbieżności pomiędzy treścią oświadczenia złożonego na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp a oświadczenia zawartego w treści udzielonych wyjaśnień: „W przypadku uznania dokumentów i wyjaśnień za niewystarczające z ostrożności wskazujemy, iż cały zakres robót związany z budową rozdzielnic SN o napięciu 15 kV wykona spółka YVA Energy sp. z o.o.”.

Oświadczenie składane na mocy przepisu art. 117 ust. 4 ustawy Pzp musi być jednoznaczne.

Jak wskazano w Komentarzu do ustawy Pzp pod redakcją Andrzeja Gawrońskiej-Baran i in.: „Pomiędzy oświadczeniem z art. 117 ust. 4 p.z.p. oraz podmiotowymi środkami dowodowymi wykazującymi spełnienie warunków udziału w postępowaniu musi zachodzić korelacja, pozwalająca na właściwe przyporządkowanie określonych elementów zamówienia temu wykonawcy, który legitymuje się wymaganymi zdolnościami. Zatem to na wykonawcach wspólnie ubiegających się o zamówienie spoczywał będzie ciężar wykazania, że to właśnie konkretni wykonawcy, na których zdolności powołano się celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonają zamówienie w zakresie, w jakim dane zdolności są wymagane dla jego realizacji. Składane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie oświadczenie powinno zatem jednoznacznie wskazywać, które części zamówienia będzie realizował wykonawca wykazujący spełnianie warunków udziału w postępowaniu.”.

(3) sposobu wykonania określonej części zamówienia przez YVA Energy sp. z o. o. mającą siedzibę w Ukrainie (na której zdolnościach Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zamierzają polegać zgodnie ze swoim oświadczeniem), ponieważ złożone wyjaśnienia są zbyt lakoniczne, wobec czego Zamawiający żąda szczegółowego i precyzyjnego przedstawienia wyjaśnień dotyczących udziału w realizacji zamówienia spółki YVA Energy sp. z o. o., w tym w szczególności wskazania konkretnie i szczegółowo:

a) czy osoby mające realizować zamówienie (ze spółki YVA Energy sp. z o. o.) mają odpowiednie uprawnienia, umiejętności i kwalifikacje do wykonywania prac zgodnych z zamówieniem na terenie UE?

b) ile osób ze spółki YVA Energy sp. z o. o., z jakim doświadczeniem i o jakich kwalifikacjach oraz specjalizacjach będzie brało udział przy realizacji zadania?

c) ile osób przewidzianych do realizacji zadania (z spółki YVA Energy sp. z o. o.) i o jakich specjalnościach przebywa

obecnie na terenie naszego kraju, na jakiej podstawie i na jaki okres czasu?

d)ile osób przewidzianych do realizacji zadania (ze spółki YVA Energy sp. z o. o.) i o jakich specjalnościach przebywa obecnie na terenie innych krajów UE, na jakiej podstawie i na jaki okres czasu i czy mogą one swobodnie przenieść się na terytorium RP celem realizacji zamówienia?

e)w zakresie wyspecjalizowanej kadry (ze spółki YVA Energy sp. z o. o.) znajdującej się w Ukrainie: o ile osób i o jakich specjalnościach chodzi, a także na jakich zasadach, na podstawie jakich przepisów i ustaw mają one prawo do swobodnego przemieszczania się poza granice Ukrainy?

f)czy osoby, o których mowa w pkt 3 lit. c) i e) dysponują jakimiś szczególnymi decyzjami/pozwoleniami w zakresie swobodnego przemieszczania się poza granice Ukrainy? Jeśli tak, to jakimi?

g)czy pracownicy spółki YVA Energy sp. z o. o., którzy mają być skierowani do realizacji zamówienia, posiadają pozwolenie na pracę na terenie Polski?

h)czy Wykonawca zaplanował gdzie te osoby mają być zakwaterowane, na jakiej podstawie prawnej ma zostać uregulowany ich pobyt i wykonywanie pracy na terenie Polski i czy wszystkie związane z tym koszty (w jakiej wysokości?) zostały uwzględnione w wycenie oferty? – proszę o przedstawienie kalkulacji w tym zakresie wraz z dowodami.

(6) wskazanie na jakiej podstawie prawnej YVA Energy sp. z o. o. działa na terytorium Polski i/lub UE (w wyjaśnieniach zostało wskazane, że „YVA Energy Sp. z o.o. jest spółką zarejestrowaną na Ukrainie, ale działa od wielu lat również poza jej terytorium. Właśnie w związku z dobrą współpracą przy realizacji inwestycji w Polsce i zaufaniu, które się wówczas wytworzyło spółki YVA Energy sp. z o.o. oraz EKOBX S.A. i Kasje sp. z o.o. zawiązały konsorcjum.”).

Ponadto Zamawiający poprosił Konsorcjum o udokumentowanie powyższych informacji, zwłaszcza wymaganych w pkt 3 wezwania i/lub wskazanie konkretnych okoliczności faktycznych i prawnych. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia ogólnikowe, opierające się wyłącznie na ogólnych stwierdzeniach, nie zostaną uznane za wystarczające dla wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego, które mają bardzo konkretny charakter.

Konsorcjum udzieliło odpowiedzi w dniu 20.12.2024 r. po raz kolejny zmieniając treść oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, i jednocześnie zarzucając Zamawiającemu nieuprawnione żądanie wyjaśnień jak w pkt 3 wezwania, natomiast podejmując próbę udowodnienia realności udostępnienia zasobu przez YVA Energy sp. z o. o. Zdaniem Zamawiającego nie sprostало ono ciężarowi wykazania, że to właśnie YVA Energy sp. z o. o., na zdolności której powołano się celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykona zamówienie w zakresie, w jakim dane zdolności są wymagane dla jego realizacji.

Pomimo, że w ramach środków ochrony prawnej nie wniesiono odwołania na treść wezwania Zamawiającego z dnia 13.12.2024 r., wskazania wymaga, że postawiony zarzut nieuprawnionego żądania wyjaśnień jak w pkt 3 wezwania jest w ocenie Zamawiającego niezasadny. Jak bowiem wskazano w Wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 27 września 2023 r., sygn. XXIII Zs 6/23, dotyczącym m.in. zasadności postawienia przez zamawiającego 175 pytań wykonawcy: „Rozszerzona treść analizowanego przepisu art. 223 ust. 1 ustawy PZP pozwala również na wyjaśnianie „innych składanych dokumentów lub oświadczeń”. Wyjaśnieniom podlegają zatem informacje niezawarte w treści samej oferty, bądź w przedmiotowych środkach dowodowych, które jednak mają znaczenie przy ocenie ofert. Należy wszakże zauważyć, że art. 223 ustawy PZP zawarty jest w rozdziale 5 działu II Prawa zamówień publicznych „Ocena ofert”. W związku z tym na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP wyjaśnieniom podlegają takie dodatkowe dokumenty i oświadczenia, które służą wykazaniu zgodności przedmiotu zamówienia z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia, wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia lub służące ocenie ofert w przyjętych kryteriach oceny ofert (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, wydanie II, 2023). ... Bezsprzecznie są to pytania bardzo szczegółowe, doprecyzowujące treść oferty i wymagające przedstawienia specjalistycznych informacji i dokumentów. ... a tym samym są to niewątpliwie wyjaśnienia w ramach treści oferty, a także wskazanych w art. 223 ust. 1 ustawy PZP innych oświadczeń, w tym oświadczeń dotyczących zgodności oferty z dokumentacją postępowania. Tym samym nie sposób uznać, aby zadane pytania prowadziły do zmiany treści oferty bądź jej uzupełnienia, albowiem dotyczą postanowień, co do których wykonawca oświadczył już na etapie składania ofert, że jego oferta jest z nimi zgodna. Odpowiedzi na pytania doprecyzowują kwestie, które Zamawiający jest w stanie ustalić jedynie przy udziale konkretnego wykonawcy. Prezentują one bowiem sposób widzenia i rozumienia zapisów SWZ przez Wykonawcę, co pozwala Zamawiającemu rzetelnie dokonać oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. ... formuła zamówienia nie może ograniczać czynności badania i oceny ofert wyłącznie do formalnego potwierdzenia zgodności oferty, a Wykonawca powinien być gotowy do udzielenia wyjaśnień związanych z przyjętymi założeniami.”.

W zakresie uzasadnienia niesprostania przez Konsorcjum ciężarowi wykazania, że to właśnie YVA Energy sp. z o. o., na zdolności której powołano się celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykona zamówienie w zakresie, w jakim dane zdolności są wymagane dla jego realizacji, Zamawiający wyjaśnia co następuje:

a) w pełni popiera i przyjmuje za uzasadnione dla przedmiotowego postępowania tezy wynikające z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2023 r., sygn. KIO 2591/23:

- „Ratio legis art. 117 ust. 4 p.z.p. jest umożliwienie weryfikacji czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.”,
- „Dopuszczenie, a tym bardziej aprobowanie praktyki składania oświadczeń w trybie art. 117 ust. 4 p.z.p., które w swojej treści nie zawierają rzeczywistych informacji o podziale zadań i zasadach korzystania z doświadczenia danego konsorcjanta, jakie udostępnia w ramach wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu byłoby niczym innym jak powrotem do nagannej praktyki zaobserwowanej w przeszłości w zakresie fikcyjnego udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego wyłącznie w zakresie formalnego wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wprowadzone regulacje, zarówno na poziomie unijnym i krajowym służą właśnie zapobieganiu takim negatywnym zjawiskom na rynku.”,
- „W kontekście wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu zasady dotyczące realności przekazania doświadczenia przez konsorcjanta są tożsame z zasadami wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego. W obu przypadkach chodzi o realne i rzeczywiste udostępnienie takich zasobów, o ochronę podmiotów publicznych przed fikcyjnym angażowaniem przez wykonawców podmiotów na etapie ubiegania się o realizację zamówienia tylko w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.”,
- „Podobnie jak w zakresie polegania na zdolnościach podmiotów trzecich, również w kontekście polegania na zdolnościach konsorcjum celem omawianych regulacji jest zapewnienie realnego udostępnienia doświadczenia danego członka konsorcjum w ramach konsorcjum. Nie może zatem oświadczenie składane w trybie art. 117 ust. 4 p.z.p. stanowić wyłącznie formalnego odhaczenia wymogu określonego przez ustawodawcę, ale ma służyć zapewnieniu, że konsorcjum będzie realnie korzystać z doświadczenia współkonsorcjanta.”,

b) o ile Konsorcjum poprawiło treść oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp w stopniu, w jakim ostatecznie koreluje ono z wykazem robót, to wskazać należy, że w zakresie korzystania z zasobów YVA Energy sp. z o. o. Konsorcjum wskazało, że:

- „w realizacji zamówienia brać będzie udział odpowiednia liczba osób”, jednocześnie przedstawiając internetową ofertę wynajmu mieszkania, co stawia pod znakiem zapytania rzetelność kalkulacji ceny ofertowej (w jaki sposób ustalono koszt zakwaterowania pracowników tego współkonsorcjanta, nie precyzując ile takich osób będzie brało udział w realizacji przedmiotowego zamówienia),
- „osoby przewidziane do realizacji zadania (ze spółki YVA Energy sp. z o. o.) o specjalnościach niezbędnych do realizacji zamówienia przebywają w Polsce leganie w oparciu o przepisy ustawy z dnia 12 marca 2022 r. o pomocy obywatelom Ukrainy w związku z konfliktem zbrojnym na terytorium tego państwa (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 167 z późn. zm.) i zgodnie z przepisami w/w ustawy osoby te nie potrzebują pozwolenia na pracę na terenie Polski” – w tym miejscu wskazania wymaga, że dla osób przebywających na terenie Rzeczypospolitej Polskiej w oparciu o przepisy przywołanej powyżej ustawy pobyt staje się legalnym do dnia 30 września 2025 r., wówczas, gdy przybyły one legalnie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w okresie od dnia 24 lutego 2022 r. do dnia określonego w przepisach wydanych na podstawie ust. 4 ww. ustawy i deklarują zamiar pozostania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, z tym zastrzeżeniem, że wyjazd obywatela Ukrainy z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na okres powyżej 30 dni pozbawia go tego uprawnienia, przy czym zasada ta nie ma zastosowania jeżeli podmiot prowadzi działalność na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i deleguje swoich pracowników do wykonywania pracy lub usług poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej. Obywatel Ukrainy jest uprawniony do wykonywania pracy po spełnieniu łącznym przesłanek wynikających z art. 22 ust. 1 ww. ustawy. Konsorcjum zdaje się umknąć, że w wyjaśnieniach z dnia 3.12.2024 r. wskazał, że: „Istotna część kadry spółki YVA Energy sp. z o.o. (wystarczająca do wykonania zakresu zadania) przebywa obecnie na terytorium Unii Europejskiej, w tym w Polsce, a kadra znajdująca się w Ukrainie w większości dysponuje prawem do swobodnego przemieszczania się poza granice Ukrainy.”, zaś w wyjaśnieniach z dnia 13.12.2024 r. wskazał: „Osoby obywatelstwa ukraińskiego będą wykonywać pracę na terenie Polski w sposób zgodny z ustawą z dnia 12 marca 2022 r. o pomocy obywatelom Ukrainy w związku z konfliktem zbrojnym na terytorium tego państwa (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 167 z późn. zm.) i nie potrzebują pozwolenia na pracę na terenie Polski.”. Biorąc pod uwagę treść ostatnich wyjaśnień uznać więc należy, że Konsorcjum twierdzi, iż zamówienie w kluczowym zakresie wykona YVA Energy sp. z o.o. pracownikami, którzy przybyli do Polski jako tzw. „uchodźcy wojenni”. Zamawiający wyciąga taki wniosek wobec braku wykazania, że YVA Energy sp. z o.o. posiada własny oddział lub przedstawicielstwo na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, a także braku wykazania jakichkolwiek informacji co do osób, o których napisano, że „Istotna część kadry spółki YVA Energy sp. z o.o. ... przebywa obecnie na terytorium

Unii Europejskiej”.

Wyjaśnienie powyższe jest tym bardziej niewiarygodne, że Konsorcjum ma wyraźny problem ze sprecyzowaniem liczby osób z YVA Energy sp. z o.o., które faktycznie realizować winny zamówienie w okresie 24 miesięcy. „YVA Energy sp. z o.o. nie zatrudnia wyłącznie obywateli ukraińskich ale również w zależności od potrzeb także obywateli kraju realizacji zamówienia tj. w obecnym zamówieniu Polaków, jak również osoby legitymujące się obywatelstwem innych krajów UE” – wobec tego stwierdzenia i braku sprecyzowania faktycznej liczby osób z YVA Energy sp. z o.o., które mają wykonać przedmiotowe zamówienie, Zamawiający nie uzyskał potwierdzenia co do faktu, że Konsorcjum gwarantuje faktyczną realizację zamówienia przez podmiot legitymujący się wymaganym doświadczeniem.

Uwzględniając powyższe, a także:

1)fakt udzielania na szczegółowe pytania Zamawiającego odpowiedzi niekonkretnych, ogólnikowych, oraz

2)całkowity brak odpowiedzi na pytania z dnia 13.12.2024 r.:

a)„3 lit. d) ile osób przewidzianych do realizacji zadania (ze spółki YVA Energy sp. z o.o.) i o jakich specjalnościach przebywa obecnie na terenie innych krajów UE, na jakiej podstawie i na jaki okres czasu i czy mogą one swobodnie przenieść się na terytorium RP celem realizacji zamówienia?”,

b)pytanie „3 lit. e) w zakresie wyspecjalizowanej kadry (ze spółki YVA Energy sp. z o.o.) znajdującej się w Ukrainie: o ile osób i o jakich specjalnościach chodzi, a także na jakich zasadach, na podstawie jakich przepisów i ustaw mają one prawo do swobodnego przemieszczania się poza granice Ukrainy?”,

c)pytanie nr 6: „proszę o wskazanie na jakiej podstawie prawnej YVA Energy sp. z o.o. działa na terytorium Polski i/lub UE (w wyjaśnieniach zostało wskazane, że „YVA Energy sp. z o.o. jest spółką zarejestrowaną na Ukrainie, ale działa od wielu lat również poza jej terytorium. Właśnie w związku z dobrą współpracą przy realizacji inwestycji w Polsce i zaufaniu, które się wówczas wytworzyło spółki YVA Energy sp. z o.o. oraz EKOBOS S.A. i Kasje sp. z o.o. zawiązały konsorcjum.”)”, oraz

3)brak udokumentowania informacji, zwłaszcza wymaganych w pkt 3 wezwania z dnia 13.12.2024 r. i/lub brak wskazania konkretnych okoliczności faktycznych i prawnych

Zamawiający uznał, że wobec oferty Konsorcjum zaistniała przesłanka odrzucenia jak wskazano na wstępie.”

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przywołując treść przepisów mających znaczenie dla rozstrzygnięcia należy wskazać, że zgodnie z 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. Zgodnie z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Ust. 4 tego przepisu stanowi, iż w przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy. Art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, że 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 ust. 4 tego przepisu stanowi, że 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. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę: b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zasadnicza część argumentacji prezentowanej w odwołaniu sprowadzała się do polemiki z treścią wezwań do wyjaśnień, jakie Zamawiający kierował do Odwołującego w związku z badaniem realności udziału członka konsorcjum, na którego doświadczenie się powołano, w realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazywał w szczególności na okoliczność, że Zamawiający nie był uprawniony do żądania złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym osób skierowanych do realizacji zamówienia (poza zakresem odnoszącym się do potencjału wskazanego w załączniku nr 8), podnosząc, że Zamawiający jest ograniczony w możliwości żądania określonych dokumentów od wykonawców do tych, które zostały wskazane w SWZ. W zasadzie większość twierdzeń zawartych na stronach 10-18 odwołania (tj. tam, gdzie uzasadnienie zawiera argumentację merytoryczną) sprowadzała się do kwestionowania procedury wyjaśniania treści podmiotowych środków dowodowych przez Zamawiającego i wskazywania co Zamawiający mógł, a czego nie mógł zrobić badając ofertę Odwołującego. Argumentację tę należy uznać za spóźnioną. Jeżeli Odwołujący twierdził – tak jak podniósł to w odwołaniu – że Zamawiający nie był uprawniony do żądania od niego określonych informacji odnoszących się do sposobu realizacji zamówienia i potencjału firmy YVA Energy, to mógł skorzystać z prawa do wniesienia odwołania na czynność wezwania go do wyjaśnień w terminie 10 dni od otrzymania wezwania. Odwołujący zaniechał podjęcia takich działań. Poprzestanie na sygnalizowaniu w treści wyjaśnień, że Odwołujący kwestionuje podstawy skierowania do niego pytań dotyczących udziału firmy YVA Energy w realizacji zamówienia, uznać należy za niewystraszające. W konsekwencji powyższego, skoro Odwołujący nie zaskarżył we właściwym czasie czynności wezwania go do wyjaśnień, to jako wykonawca zobowiązany do działania z należytą starannością i obciążony obowiązkiem wykazania realnego uczestnictwa w wykonaniu zamówienia tego członka konsorcjum, na którego potencjał się powołano, powinien w odpowiedzi na wezwania złożyć wyjaśnienia rzetelne i szczegółowe, a przede wszystkim odpowiedzieć konkretnie na zadane przez Zamawiającego pytania.

Kolejno Izba wskazuje, że Zamawiający – w sytuacji gdy powyższe wątpliwości co do realności udziału członka konsorcjum, którego doświadczeniem się legitymowano na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu – ma pełne prawo, a wręcz obowiązek, zbadać tę kwestię. Zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp 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. W ramach tych wyjaśnień Zamawiający może zadać wykonawcy pytania związane z tym, w jaki sposób członek konsorcjum legitymujący się wymaganym doświadczeniem będzie brał udział w realizacji zamówienia. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy szczególnego podkreślenia wymaga fakt, że w świetle art. 117 ust. 3 ustawy Pzp możliwość powołania się na wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie jednego z wykonawców z grona wspólnie ubiegających się o zamówienie warunkowana jest wykonaniem przez tego wykonawcę tej części zamówienia, do realizacji której dane doświadczenie, wykształcenie, czy kwalifikacje są wymagane. Istotne znaczenie dla dokonywanej przez Zamawiającego w tym zakresie oceny ma treść oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, zawierającego deklaracje o podziale zadań pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum. Pomiedzy oświadczeniem z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp oraz podmiotowymi środkami dowodowymi wykazującymi spełnienie warunków udziału w postępowaniu musi zachodzić korelacja, pozwalająca na właściwe przyporządkowanie określonych elementów zamówienia temu wykonawcy, który legitymuje się wymaganymi zdolnościami. Podkreślić przy tym należy, że to na wykonawcach wspólnie ubiegających się o zamówienie spoczywał będzie ciężar wykazania, że to właśnie konkretni wykonawcy, na których zdolności powołano się celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonają zamówienie w zakresie, w jakim dane zdolności są wymagane dla jego realizacji. Udział wykonawcy, na którego doświadczenie powołano się w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może mieć charakteru fikcyjnego - wykonawca taki powinien czynnie uczestniczyć w realizacji robót budowlanych, objętych zakresem określonym w warunku udziału w postępowaniu, to na jego doświadczenie powołano się bowiem w celu wykazania, że konsorcjum daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, spełniając określone jako warunki udziału w postępowaniu minimalne poziomy zdolności.

Mając powyższe na względzie za całkowicie niezrozumiałe należy uznać stanowisko Odwołującego, że pytania kierowane do niego przez Zamawiającego miały stanowić przejaw „nękania” wykonawcy. Prawdą jest, że Zamawiający prowadził procedurę wyjaśniającą bardzo wnikliwie, zadając Odwołującemu szereg pytań, niemniej jego działanie w sposób jednoznaczny służyło zweryfikowaniu czy korzystanie z potencjału firmy YVA Energy przez konsorcjum nie ma charakteru fikcyjnego. Okoliczność ta miała z perspektywy Zamawiającego bardzo istotne znaczenie, a celem prowadzenia wyjaśnień była minimalizacja ryzyka związanego z ewentualnym nienależytym wykonaniem zamówienia przez podmiot, który nie posiada wymaganego doświadczenia. Dlatego też w ocenie Izby działanie Zamawiającego stanowiło przejaw dochowania należytej staranności w procesie badania ofert, a nie nieuzasadnionego „zarzucania Odwołującego pytaniami.”

Okolicznością istotną dla rozstrzygnięcia jest ponadto fakt, że Odwołujący – zarówno udzielając wyjaśnień w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak i prezentując stanowisko w postępowaniu odwoławczym – nie przedstawił konkretnych informacji związanych z uczestnictwem firmy YVA Energy w realizacji zamówienia. W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień Odwołujący głównie kwestionował jego treść, natomiast w kontekście realności udziału ww. partnera konsorcjum w realizacji zamówienia poprzestał jedynie na hasłowych, ogólnikowych stwierdzeniach takich jak

„w realizacji zamówienie będzie brała odpowiednia liczba osób zgodnie z zapotrzebowaniem uzależnionym od etapu realizacji robót o kwalifikacjach niezbędnych do wykonania zamówienia, a ich przyjazd do Polski, jeśli okaże się konieczny odbędzie się w zgodnie z regulacjami ukraińskimi jak i polskimi” czy „YVA Energy sp. z o.o. podejmuje na terytorium Polski działalność zgodnie z funkcjonującymi w tym zakresie regulacjami prawa krajowego i międzynarodowego.” Odwołujący nie przedstawił konkretnych twierdzeń i danych, które wykazywałyby, że udział firmy YVA Energy w realizacji zamówienia będzie rzeczywisty i to w pełnym zakresie, w jakim powołano się na doświadczenie tego podmiotu. Odwołujący nie wyjaśnił nawet na jakiej podstawie firma YVA Energy może prowadzić działalność w Polsce. W postępowaniu odwoławczym również nie przedstawiono w tym zakresie rzetelnych danych. W treści odwołania porzeczano na aspektach formalnych i w zasadzie w ogóle nie odniesiono się do tego, w jaki konkretnie sposób partner konsorcjum będzie realizował zamówienie i jaka jest podstawa prawna do prowadzenia przez ten podmiot działalności na terytorium Polski. Odwołujący prezentował jedynie enigmatyczne twierdzenia, nie niosące za sobą konkretnych informacji. Tymczasem przedstawienie takich konkretnych informacji nie powinno powodować po stronie Odwołującego zbytnich trudności, skoro zakładał on wspólną realizację zamówienia, a firma YVA Energy – zgodnie ze składanymi przez konsorcjum deklaracjami – „podejmuje na terytorium Polski działalność.” Odwołujący powinien posiadać wiedzę o tym, jakie realne zaangażowanie (osobowe czy techniczne) podmiotu YVA Energy będzie niezbędne do realizacji zamówienia, w jaki sposób zostanie zapewniony niezbędny personel, czy na jakich zasadach ww. członek konsorcjum będzie realizować roboty budowlane w Polsce. Nie jest przy tym zgodnie z prawdą twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający wymagał od niego szczegółowych danych na temat zatrudnionych pracowników czy wykazu pracowników. Zamawiający sformułował pytania odnoszące się do planowanego modelu realizacji tego konkretnego zamówienia, które miały na celu ustalenie czy faktyczny udział YVA Energy w realizacji zamówienia będzie realny. Odwołujący natomiast zamiast wykazać tę realność, zasłaniał się albo argumentacją formalną, albo czysto hasłowymi twierdzeniami. Ponadto Izba wskazuje, że złożone wraz z odwołaniem jako dowód oświadczenie lidera konsorcjum pozostaje bez znaczenia dla oceny czy udział firmy YVA Energy w realizacji zamówienia będzie realny, dowód ten potwierdza wyłącznie okoliczność, że lider konsorcjum zatrudnia obywateli Ukrainy. Niemniej to partner konsorcjum - YVA Energy, w świetle przepisów ustawy Pzp, powinien wziąć czynny udział w wykonaniu zamówienia, skoro jedynie doświadczenie ww. członka konsorcjum potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, wskazanego w Rozdziale XIII pkt 1.2.1. SWZ (okoliczność niesporna) i to tę okoliczność Odwołujący zobowiązany był wykazać. Na rozprawie Odwołujący nie stawiał się, rezygnując z możliwości przedstawienia ewentualnej dalszej argumentacji wyjaśniającej podstawy działania partnera konsorcjum na terytorium Polski i jego zakładany udział w realizacji zamówienia.

Mając powyższe na względzie Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo uznał, że Odwołujący nie przedstawił oświadczeń i dokumentów, które wykazywałyby realność polegania na potencjale konsorcjanta YVA Energy w postaci rzeczywistej realizacji przez ww. podmiot zamówienia w zakresie, do realizacji którego wymagane jest konkretne doświadczenie określone w warunku udziału w postępowaniu opisanym w Rozdziale XIII pkt 1.2.1. SWZ. Sama formalna korelacja oświadczenia o podziale zadań pomiędzy członków konsorcjum z zakresem warunku, nie może być uznana za wystarczającą, w sytuacji gdy wyjaśnienia złożone przez wykonawcę nie wykazywały, że udział YVA Energy w realizacji zamówienia nie będzie miał charakteru fikcyjnego. Przy czym uzupełniając dołączyć należy, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie z dnia 13 grudnia 2024 r. do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy treścią oświadczenia złożonego na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, a oświadczenia zawartego w treści udzielonych uprzednio przez wykonawcę wyjaśnień, złożył trzecie już (czyli poprawione po raz drugi) oświadczenie o podziale zadań pomiędzy członków konsorcjum, co uznać należy za działanie sprzeczne z zasadą jednokrotności poprawiania czy uzupełniania podmiotowych środków dowodowych.

W tym stanie rzeczy Izba uznała zarzuty odwołania za bezzasadne.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego, zasądzając od niego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodnicząca:.....