Sygn. akt: KIO 2530/23

WYROK
z dnia 12 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Matecka
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę ENVIROTECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Brzeskie Przedsiębiorstwo Energetyki Cieplnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Brzegu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MIKO-TECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łaziskach Górnych oraz Smart EPC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
   2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

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 2023 r. poz. 1605) 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 2530/23

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

Zamawiający Brzeskie Przedsiębiorstwo Energetyki Cieplnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Brzegu (dalej: „Zamawiający") prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.; dalej jako „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Budowa zeroemisyjnego źródła ciepła sieciowego na biomasę o mocy 6 MW na rzecz BPEC w Brzegu" Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 13 marca 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00133321.

I. W dniu 28 sierpnia 2023 r. wykonawca ENVIROTECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

- uznania, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Miko-Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Łaziskach Górnych i Smart EPC Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (dalej jako „Konsorcjum" lub „Wybrany Wykonawca") wykazali spełnienie warunku udziału dotyczącego wymaganego doświadczenia przez samo powołanie się na doświadczenie HERZ Armatura i Systemy Grzewcze Sp. z o.o. (dalej: „HERZ"), mimo braku zobowiązania HERZ do udostępnienia zasobów oraz oświadczenia wstępnego HERZ o braku podstaw do wykluczenia oraz spełnianiu warunków udziału, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp;
- zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia, o którym mowa w ust. 1 pkt 4) lit a) rozdziału VIII pt. Informacje o warunkach udziału w postępowaniu specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ");

–zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na to, że oferta Konsorcjum została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na rozpowszechnianiu nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie dotyczących spełniania warunku udziału w zakresie doświadczenia, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum mimo niewykazania przez Konsorcjum spełniania warunku udziału dotyczącego wymaganego doświadczenia, o którym mowa w ust. 1 pkt 4) lit a) rozdziału VIII pt. Informacje o warunkach udziału w postępowaniu SWZ;
2. art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w związku z art. 14 ust. 1 lub 3 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U.2022 r., poz. 1233; dalej: „UZNK") polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji opisanym art. 14 ust. 1 UZNK.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert w Postępowaniu, w tym odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp lub art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w związku z art. 10 ust. 1 lub 3 ust. 1 UZNK;

Uzasadniając zarzut naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że Konsorcjum w ramach uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wskazało zasób nowego podmiotu udostępniającego zasób doświadczenia w osobie HERZ. W piśmie przewodnim z 08.08.2023 r. skierowanym do Zamawiającego Konsorcjum oświadczyło m.in.: (…) w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego oraz w związku z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 czerwca 2023 roku (KIO 1702/23), przedkładany wymagane dokumenty wymagane wezwaniem i oświadczamy, iż na podstawie art. 122 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: „pzp"), dokonujemy zmiany podmiotu udostępniającego zasoby na spółkę Herz Armatura i Systemy Grzewcza sp. z o.o. (dalej jako: „spółka") w zakresie o jakim mowa w pkt. VIII ust. 4 pkt 1) lit. a) SWZ (…). Odwołujący wskazał, że wśród uzupełnionych podmiotowych środków dowodowych Konsorcjum nie przedstawiło zobowiązania HERZ do oddania Konsorcjum do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia ani żadnego innego podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że realizując zamówienie Konsorcjum będzie mogło dysponować niezbędnymi zasobami HERZ. Ponadto, Konsorcjum nie przedstawiło wstępnego oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby, tj. HERZ, o spełnianiu przez ten podmiot warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczania, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Wśród dokumentów i oświadczeń złożonych przez Konsorcjum w ramach uzupełnienia znajduje się plik w formacie PDF pn. 7_ZobowiązanieHerz, w którym znajduje się oświadczenie sporządzone wg załącznika nr 5 do SWZ pt. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby. W osnowie tego dokumentu zawarta jest treść oświadczenia o udostępnieniu zasobu oraz treść oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z pierwotnym wzorem załącznika nr 5 do SWZ. Jednak w treści tego oświadczenia nie wynika w żaden sposób, że oświadczenie do zostało złożone przez Herz Armatura i Systemy Grzewcze sp. z o.o. [Dowód: Oświadczenie pn. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby zawarte w pliku 7_Zobowiązanie Herz]. Oświadczenie zostało podpisane przez pana Piotra Skudlarskiego. W tym oświadczeniu podmiot Herz Armatura i Systemy Grzewcza sp. z o.o. nie został w ogóle wymieniony. To oświadczenie, na które powołuje się Konsorcjum, nie zostało złożone przez Herz Armatura i Systemy Grzewcza sp. z o.o. Z tego oświadczania nie wynika zobowiązanie HERZ do udostępnienia zasobu dla Konsorcjum na potrzeby realizacji zamówienia. To oświadczenie nie jest oświadczeniem wiedzy HERZ o spełnianiu przez ten podmiot warunków udziału w Postepowaniu i braku podstaw wykluczenia wobec HERZ. Oświadczenie to w żaden sposób nie odnosi się do HERZ i nie wiąże w żaden sposób HERZ. Z uwagi na brak zobowiązania HERZ do udostępnienia na rzecz Konsorcjum wymaganych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, Konsorcjum nie było w stanie wykazać w Postępowaniu, że będzie dysponowało niezbędnym zasobem doświadczania HERZ na potrzeby realizacji zamówienia. Z żadnego innego oświadczenia złożonego w Postępowaniu nie wynika zobowiązanie HERZ do oddania Wybranemu Wykonawcy do dyspozycji niezbędnego zasobu wymaganego doświadczenia na potrzeby realizacji zamówienia. Ponadto, Odwołujący wskazał, że podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie spełniania przez Konsorcjum warunku udziału dotyczącego doświadczenia, na podstawie których Zamawiający uznał spełnianie przez Konsorcjum warunków udziału na potrzeby drugiego rozstrzygnięcia Postępowania, zostały złożone w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnień w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Wezwanie do uzupełnień w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wystosowane do Konsorcjum jasno precyzowało, że w przypadku korzystania przez Konsorcjum z dobrodziejstwa przewidzianego art. 122 ustawy Pzp, tj. zastępowania pierwszego podmiotu udostępniającego zasób doświadczenia innym podmiotem udostępniającym, wymagane jest przedstawienie m.in. zobowiązania podmiotu udostępniającego do udostępnienia zasobu na potrzeby realizacji zamówienia oraz oświadczania nowego podmiotu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe, tj. fakt, że Konsorcjum

postanowiło o zmianie podmiotu udostępniającego zasób doświadczania w ramach uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wskazując nowy podmiot udostępniający ten krytyczny zasób, a wyznaczony termin na uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych upłynął, to nie ma już możliwości uzupełnienia braków w Postępowaniu. W tym stanie Postępowania, z uwagi na brak zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do udostępnienia zasobu oraz brak oświadczenia wstępnego tego podmiotu, Konsorcjum - zdaniem Odwołującego - nie może skutecznie powołać sią na zasoby HERZ. W związku z tym Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum nie podołało wykazaniu spełniania warunku udziału dotyczącego doświadczenia, o którym mowa w ust. 1 pkt 4) lit a) rozdziału VIII pt. Informacje o warunkach udziału w postępowaniu SWZ, i w konsekwencji jego oferta powinna być odrzucona. Obecnie nie ma już możliwości kolejnego (trzeciego) wezwania Konsorcjum do złożenia ww. oświadczeń woli i wiedzy podmiotu udostępniającego.

Uzasadniając zarzut naruszenia 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w związku z art. 14 ust. 1 lub 3 ust. 1 UZNK Odwołujący stwierdził, że w jego opinii Konsorcjum przy przedstawianiu w Postępowaniu informacji i oświadczeń dotyczących spełniania warunku udziału dotyczącego doświadczenia intencjonalnie dopuściło się podania informacji nieprawdziwych, wprowadzających w błąd w celu pozyskania zamówienia i w ten sposób przysporzenia korzyści z realizacji zamówienia. Zamawiający określając w Postępowaniu warunek udziału dotyczący doświadczenia wskazał na wymóg legitymowania się realizacją co najmniej jednej roboty budowlanej, zakończonej i oddanej do eksploatacji, polegającej na dostawie i montażu kotła na biomasę o mocy nie mniejszej niż 3 MWt wraz z instalacjami towarzyszącymi (zapis ust. 1 pkt 4) lit a) rozdziału VIII pt. Informacje o warunkach udziału w postępowaniu SWZ). Z uwagi na wyspecjalizowany charakter przedmiotu zamówienia i – konsekwentnie - warunku udziału w Postępowaniu, niewiele wyspecjalizowanych podmiotów jest w stanie pochwalić się odpowiednimi kompetencjami i odpowiednim doświadczeniem. Rynek takich zamówień po stronie podażowej jest ograniczony. W opinii Odwołującego, niejako ofiarą szczupłości tego rynku po stronie podażowej padło Konsorcjum, przez co Odwołujący rozumie trudności w pozyskaniu odpowiednio doświadczonego partnera, z którego zasobów doświadczenia Konsorcjum mogłoby skorzystać w celu wykazania warunków udziału w Postępowaniu. Przy składaniu oferty w postępowaniu Konsorcjum powołało się na rzekome doświadczenie spółki Polytechnik Polska Sp. z o.o. w zakresie dostawy technologii kotłowej na potrzeby realizacji kotłowni miejskiej opalanej biomasą w Lęborku. Jak się finalnie okazało, to zamówienie referencyjne było realizowane przez konsorcjum Polytechnik Luft und Feuerungstechnik GmbH z Weissenbach w Austrii i Polytechnik Polska sp. z o.o, przy czym całość dostawy technologii kotłowej wykonał Polytechnik Austria. Polytechnik Polska nie realizował w ogóle dostawy technologii kotłowej na potrzeby realizacji referencyjnej w Lęborku. Zatem jego oświadczenie o realizacji dostawy technologii kotłowej na potrzeby tego wykonania referencyjnego było nieprawdą. W toku postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1702/23 Konsorcjum – Przystępujący twierdziło, że nie zweryfikowało Oświadczenia Polytechnik Polska jako podmiotu udostępniającego mu zasobu doświadczenia. Konsorcjum zasłaniało się niewiedzą co do tego stanu rzeczy. Odwołujący wskazał, że wykonawca składający oświadczenia wiedzy w postępowaniu odpowiada za ich zgodność z rzeczywistością i w jego interesie i obowiązku jest zweryfikowanie prawdziwości oświadczeń podmiotów, na zasoby których się powołuje w postępowaniu o zamówienie publiczne. Należyta staranność profesjonalisty, o której mowa w art. 355 § 2 Kc, nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Taki brak weryfikacji kluczowych informacji przedstawianych w Postępowaniu jest co najmniej winą Konsorcjum polegającej na niedbalstwie lub lekkomyślności. Jednak Odwołujący podkreślił, że okoliczności sprawy wskazują, że wina Konsorcjum w przedstawianiu tych nieprawdziwych informacji w postępowaniu nie polegała na niedbalstwie ani lekkomyślności, ale przedstawienie tych nieprawdziwych informacji było świadomym i celowym działaniem Konsorcjum w Postępowaniu zmierzającym do wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Konsorcjum zdawało sobie sprawę z deficytu prawdy w oświadczeniu Polytechnik Polska co do deklarowanego doświadczenia w zakresie dostaw technologii kotłowej do Lęborka, bowiem jeszcze w toku Postępowania podjęło kroki w celu uniemożliwienia weryfikacji prawdziwości oświadczenia o doświadczeniu Polytechnik Polska. Konsorcjum składając ofertę zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa wszelkie informacje i podmiotowe środki dowodowe dotyczące podmiotu udostępniającego zasoby Konsorcjum w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz wszelkie informacje pozwalające na zidentyfikowanie wykonania referencyjnego. Informacje te ze swej istoty nie mogły stanowić nawet substratu tajemnicy przedsiębiorstwa, bowiem wykonanie referencyjne w Lęborku było realizowane w ramach zamówienia publicznego na rzecz podmiotu publicznego – Miasta Lębork. Ponadto zarówno Miasto Lębork, jak i wykonawcy: Polytechnik Polska i Polytechnik Austria chwalą się na swoich stronach internetowych tą realizacją. Mikotech, jako wykonawca często biorący udział w postępowaniach o zamówienia publiczne, musiał sobie z tych okoliczności zdawać sprawę. Zatem zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa mające za przedmiot wszelkie dane podmiotu udostępniającego zasoby jak i dane dotyczące wykonania referencyjnego miało wyłącznie na celu uniemożliwienie konkurentom weryfikacji tego wykonania referencyjnego. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum w ten sposób usiłowało zabezpieczyć się przed odkryciem prawdy dyskwalifikującej użycie tego wykonania referencyjnego do potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w tym przypadku oczywiście nie było przypadkowe i świadczy niezbicie o tym, że Konsorcjum już na etapie składania oferty zdawało sobie sprawę z faktu, że Polytechnik Polska nie realizowało

dostawy technologii kotłowej do Lęborka i jego zobowiązanie do przekazania zasobu doświadczenia jest oświadczeniem fałszywym, pustym z uwagi na brak tego zasobu po stronie Politechnik Polska. Takim zachowaniem Konsorcjum wypełniło zdaniem Odwołującego znamiona czynu nieuczciwej konkurencji opisane w art. 14 ust. 1 UZNK. Konsorcjum składając w Postępowaniu nieprawdziwe informacje o doświadczeniu podmiotu udostępniającego zasób doświadczenia Polytechnik Polska dopuściło się rozpowszechniania nieprawdziwych informacji o przedsiębiorcy Polytechnik Polska sp. z o.o. W ocenie Odwołującego celem tego przemyślanego, zaplanowanego i niegodziwego rozpowszechniania tej nieprawdy było nieuczciwe pozyskanie zamówienia i czerpanie stąd korzyści z pokrzywdzeniem pozostałych, uczciwie konkurujących o zamówienie wykonawców. W opinii Odwołującego Konsorcjum tym działaniem wypełniło również znamiona ogólnego działania w czynie nieuczciwej konkurencji zdefiniowanym w art. 3 ust. 1 UZNK. Odwołujący stwierdził również, że samą próbę wykorzystania instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa do zapobieżenia odkryciu prawdy i ujawnieniu próby oszustwa co do informacji istotnych w postępowaniu o zamówienie publiczne per se należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 UZNK. Ponadto Odwołujący wskazał, że w tym Postępowaniu o zamówienie publiczne Konsorcjum, w celu sprzedaży swojej oferty, dąży do wykorzystania skojarzenia uznanych na rynku marek Polytechnik i Herz ze swoją ofertą, która najprawdopodobniej nie ma z tymi markami nic lub niewiele wspólnego. Konsorcjum przygotowując ofertę oparło ją o konkretną technologię kotłową i taką technologię wyceniło w ofercie. Najprawdopodobniej nie jest to technologia Polytechnik, bowiem w innym przypadku prawdziwy dysponent doświadczenia w dostawie technologii, tj. Polytechnik Austria, pewnie przekazałby zasób doświadczenia na rzecz Konsorcjum w celu wykazania warunku udziału. Niemal pewne jest również, że oferowana przez Konsorcjum technologia kotłowa nie jest również technologią Herz, bowiem w innym przypadku, z uwagi na swój interes w sprzedaży technologii, HERZ przekazałby zasób doświadczenia na rzecz Konsorcjum w celu wykazania warunku udziału już na etapie przygotowywania oferty. Zdaniem Odwołującego uzasadniony jest wniosek, że przedmiotem oferty Konsorcjum jest technologia kotłowa nie mająca nic wspólnego z uznanymi markami Polytechnik i Herz, a Konsorcjum powołując się w Postępowaniu na nieistniejące doświadczenie Polytechnik Polska lub nieprzekazany zasób doświadczenia HERZ usiłuje wykazać spełnianie krytycznego warunku udziału w postepowaniu i uwiarygodnić swoją ofertę przez nieuczciwe skojarzenie z uznanymi na rynku, konkurencyjnymi markami. Konsekwentnie, w przypadku wyboru oferty Konsorcjum najprawdopodobniej żaden z ww. uznanych wykonawców nie będzie najprawdopodobniej uczestniczył w dostawie technologii kotłowej na potrzeby realizacji zamówienia. Takie postępowanie jest działaniem nieuczciwym i godzi bezpośrednio w interesy wszystkich uczestników rynku: pozostałych konkurentów oraz Zamawiającego przez wskazywanie fałszywej rękojmi doświadczenia.

II. Pismem wniesionym w dniu 7 września 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiliwykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MIKO-TECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łaziskach Górnych oraz Smart EPC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach (dalej także jako: „Przystępujący").

Stanowisko w sprawie Przystępujący przedstawił w piśmie wniesionym w dniu 8 września 2023 r. Przystępujący uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

<u>Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp</u>

Izba ustaliła, że w dokumencie zawierającym zobowiązanie i oświadczenia (oświadczenie o braku podstaw wykluczenia i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu) podmiotu udostępniającego Przystępującemu niezbędne zasoby do realizacji zamówienia nie wpisano nazwy tego podmiotu, a jedynie „Sp. z o.o."

Działając na podstawie art. 541 w zw. z art. 531 ustawy Pzp Izba oddaliła wniosek Przystępującego o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków: Pani Marii Trychty oraz Pana Piotra Skudlarskiego na okoliczność „potwierdzenia w czyim imieniu Pan P.S. podpisał oświadczenie z dnia 7 sierpnia 2023 r. o udostępnieniu potencjału Przystępującemu oraz o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i niepodleganiu wykluczeniu w ramach postępowania pn.: „Budowa zeroemisyjnego źródła ciepła sieciowego na biomasę o mocy 6 MW na rzecz BPEC w Brzegu" oraz w jaki sposób doszło do powstania oczywistej omyłki pisarskiej w treści oświadczenia. Izba uznała, że przeprowadzenie ww. dowodów nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, albowiem w postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny czynności i zaniechań Zamawiającego w odniesieniu do materiału dowodowego, którym dysponował Zamawiający w chwili dokonania ocenianej czynności lub dopuszczonego się zaniechania. Przeprowadzenie ww. dowodów stanowiłoby zatem nieuzasadnioną zwłokę postępowania odwoławczego. Niezależnie od tego należy wskazać, że na potwierdzenie ww. okoliczności Przystępujący złożył dowód w postaci oświadczenia z dnia 4 września 2023 r. złożonego przez Pana Piotra Skudlarskiego.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że doszło do omyłki pisarskiej, a z całokształtu dokumentów złożonych przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 128 ust. 1 oraz art. 122 ustawy Pzp, jak również okoliczności złożenia ww. oświadczeń, wynika, że podmiotem udostępniającym zasoby jest Herz Armatura i Systemy Grzewcze Sp. z o.o.Należy w tym zakresie wskazać na następujące dokumenty: 1) pismo przewodnie Przystępującego (wskazano Herz Armatura i Systemy Grzewcze Sp. z o.o jako podmiot udostępniający zasoby); 2) KRK Herz Armatura i Systemy Grzewcze Sp. z o.o; 3) KRK członka zarządu Herz Armatura i Systemy Grzewcze Sp. z o.o; 4) dodatkowe zaświadczenie z austriackiego rejestru karnego wraz z tłumaczeniem wystawione dla członka zarządu Herz Armatura i Systemy Grzewcze Sp. z o.o.; 5) oświadczenie o braku przynależności do jednej grupy kapitałowej wraz z innymi wykonawcami składającymi ofertę w postępowaniu (wskazano Herz Armatura i Systemy Grzewcze Sp. z o.o jako podmiot udostępniający zasoby); 6) zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o braku zaległości w podatkach wystawione dla Herz Armatura i Systemy Grzewcze Sp. z o.o.; 7) odpis z KRS dotyczący Herz Armatura i Systemy Grzewcze Sp. z o.o.; 8) zaświadczenie z ZUS o braku zaległości wystawione dla Herz Armatura i Systemy Grzewcze Sp. z o.o.; 9) skan referencji wystawionej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe DANKROS Sp. z o.o. z siedzibą w Zaklikowie. Ponadto, wszystkie ww. dokumenty jak i dokument zawierający zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby oraz oświadczenia o braku podstaw wykluczenia i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu zostały opatrzone podpisem elektronicznym Pana Piotra Skudlarskiego prawie w tym samym czasie. Sam plik elektroniczny zawierający zobowiązanie o udostępnieniu zasobów i ww. oświadczenia nosi nazwę „7_Zobowiązanie Herz".

W ocenie składu orzekającego Izby nie ma wątpliwości co do tego, że oświadczenia o zobowiązaniu się do udostępnienia zasobów, braku podstaw wykluczenia oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu zostały złożone w imieniu Herz Armatura i Systemy Grzewcze Sp. z o.o. Nie było przeszkód, aby ww. okoliczność została wyjaśniona w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli Zamawiający miałby jakiekolwiek wątpliwości co do podmiotu udostępniającego zasoby. Jak jednak wynika ze stanowiska Zamawiającego wątpliwości takie po jego stronie nie pojawiły się, co – zważywszy na przedstawioną powyżej argumentację – należy uznać za zrozumiałe.

Mając na uwadze powyższe zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp Izba uznała za niezasadny.

<u>Zarzut naruszenia 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w związku z art. 14 ust. 1 lub 3 ust. 1 UZNK</u>

Zgodnie z art. 14 UZNK:

„Czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

2. Wiadomościami, o których mowa w ust. 1, są nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje, w szczególności o:

1) osobach kierujących przedsiębiorstwem;

2) wytwarzanych towarach lub świadczonych usługach;

3) stosowanych cenach;

4) sytuacji gospodarczej lub prawnej.

3. Rozpowszechnianiem wiadomości, o których mowa w ust. 1, jest również posługiwanie się:

1) nieprzysługującymi lub nieścisłymi tytułami, stopniami albo innymi informacjami o kwalifikacjach pracowników;

2) nieprawdziwymi atestami;

3) nierzetelnymi wynikami badań;

4) nierzetelnymi informacjami o wyróżnieniach lub oznaczeniach produktów lub usług."

Jak wskazuje się w doktrynie „Zakres stosowania art. 14 ogranicza w znacznej mierze wymóg działania sprawcy "[...] w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody [...]". Wymóg ten wprowadza do przepisu warunek znacznie dalej idący niż przewidziane art. 3 ust. 1 zagrożenie interesu innego przedsiębiorcy lub klienta. Delikt z art. 14 ZNKU jest spełniony tylko wtedy, gdy sprawca działa świadomie, a zatem z winy umyślnej. Postanowienie to znacznie ogranicza zakres bezpośredniego stosowania art. 14." (J. Szwaja (red.), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2019).

Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, aby Przystępujący umyślnie przekazał nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje na temat inwestycji zrealizowanej przez konsorcjum Polytechnik Luft und Feuerungstechnik GmbH z Weissenbach w Austrii i Polytechnik Polska sp. z o.o. Niezależnie od przesłanki nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd informacji, o czym poniżej, nie można za wystarczający dowód umyślnego działać uznać zastrzeżenia przez

Przystępującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby. Wymaga zauważenia, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest powszechnie nadużywana przez wykonawców. Niezasadne skorzystanie z tego uprawnienia przez wykonawcę nie oznacza jednak, że z pewnością wykonawca działał umyślnie podając nieprawdziwe informacje. W związku z powyższym nie można uznać, że Przystępujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 14 ust. 1 UZNK.

Niezależnie od powyższego, w odniesieniu zarówno do zarzucanego czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 14 ust. 1 ustawy UZNK, jak i klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 UZNK, należy zauważyć, że Odwołujący nie udowodnił, aby Przystępujący dopuścił się przekazania nieprawdziwych informacji. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania stwierdził: „Jak się finalnie okazało, to zamówienie referencyjne było realizowane przez konsorcjum Polytechnik Luft und Feuerungstechnik GmbH z Weissenbach w Austrii i Polytechnik Polska sp. z o.o., przy czym całość dostawy technologii kotłowej wykonał Polytechnik Austria. Polytechnik Polska nie realizował w ogóle dostawy technologii kotłowej na potrzeby realizacji referencyjnej w Lęborku." Odwołujący nie wyjaśnił jednak, na podstawie których dokumentów miałoby się tak finalnie okazać i kto tak stwierdził. W uzasadnieniu wyroku z dnia 30 czerwca 2023 r. (KIO 1702/23) Izba stwierdziła: „W ocenie Izby, biorąc pod uwagę dowody składane w toku postępowania odwoławczego, w zestawieniu z wykazem i referencjami przedłożonymi przez Przystępującego, istnieje wątpliwość, czy podmiot udostępniający zasoby Przystępującemu zrealizował dostawę, zgodną w wymaganiami Zamawiającego, a z referencji nie wynika, że to podmiot udostepniający zasoby zrealizował dostawę, czy referencja potwierdza cały zakres robót zrealizowany prze wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Dlatego Izba uwzględniła odwołanie." W ww. wyroku Izba nie przesądziła, że złożone dotychczas przez Przystępującego podmiotowe środki dowodowe definitywnie wskazują na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia. W obecnym postępowaniu odwoławczym Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie takiego stanu rzecz. Izba nie jest obowiązana do samodzielnego poszukiwania dowodów na potwierdzenie tez stawianych przez uczestników postępowania, w tym złożonych w innym postępowaniu odwoławczym. Za niewystarczającą do wykazania powyższego Izba uznaje okoliczność dokonania zmiany przez Przystępującego podmiotu udostępniającego zasoby w trybie art. 122 ustawy Pzp. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, na którą powoływał się Przystępujący, że dokonanie zmiany podmiotu udostępniającego zasoby nastąpiło z ostrożności. Podsumowując należy stwierdzić, że Odwołujący oparł ww. zarzut na twierdzeniu, że Przystępujący przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje, podczas gdy okoliczność ta nie została przez Odwołującego udowodniona. W żaden sposób Odwołujący nie udowodnił również zarzutu, że przedmiotem oferty Przystępującego jest technologia kotłowa nie mająca nic wspólnego z uznanymi markami Polytechnik i Herz. Zarzut ten został oparty jedynie na przypuszczeniach Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe zarzut naruszenia 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w związku z art. 14 ust. 1 lub 3 ust. 1 UZNK Izba uznała za niezasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: **……...**