

WYROK

z dnia 27 września 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

**Członkowie Emilia Garbala
Magdalena Grabarczyk**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 września 2021 roku w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **20 sierpnia 2021 roku** przez wykonawców:

- 1) **STALPROFIL Spółka Akcyjna z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (KIO 2474/21);**
- 2) **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (KIO 2501/21)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, w imieniu którego działa **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Spółka Akcyjna Oddział w Tarnowie**

przy udziale **wykonawców:**

- 1) **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego KIO 2474/21 **po stronie Odwołującego;**
- 2) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: **(1) NDI Energy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Lider); (2) NDI Spółka Akcyjna (Partner); (3) ZRUG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Partner) z siedzibą dla Lidera w Dopiewie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego KIO 2474/21 oraz KIO 2501/21 **po stronie Odwołującego;**
- 3) **PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego KIO 2474/21 oraz KIO 2501/21 **po stronie Odwołującego;**

- 4) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **(1) Konsorcjum: ROMGOS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ENGINEERING Spółka komandytowa (Lider), (3) ROMGOS G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Partner) z siedzibą dla Lidera w Jarocinie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego KIO 2474/21 oraz KIO 2501/21 **po stronie Zamawiającego**

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze KIO 2501/21 w zakresie naruszenia art. 128 ust. 1 lub 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 Pzp dotyczącego wykazania spełnienia warunku udziału, o którym mowa w Rozdziale X ust. 5 pkt 2 SWZ z powodu wycofania zarzutu przez Odwołującego;
2. Oddala oba odwołania w pozostałym zakresie;
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołujących – **STALPROFIL Spółka Akcyjna z siedzibą w Dąbrowie Górniczej** (KIO 2474/21) oraz **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** (KIO 2501/21) i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołujących – STALPROFIL Spółka Akcyjna z siedzibą w Dąbrowie Górniczej** (KIO 2474/21) oraz **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** (KIO 2501/21) tytułem wpisów od odwołań, odpowiednio po 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy);
 - 3.2. zasądza od Odwołującego **STALPROFIL Spółka Akcyjna z siedzibą w Dąbrowie Górniczej** na rzecz Zamawiającego - **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, w imieniu którego działa **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Spółka Akcyjna Oddział w Tarnowie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 3.3. zasądza od Odwołującego **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** na rzecz Zamawiającego - **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, w imieniu którego działa **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Spółka Akcyjna Oddział w Tarnowie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Sygn. akt KIO 2474/21

Zamawiający: Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego działa Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Spółka Akcyjna Oddział w Tarnowie, prowadzi postępowanie udzielenie zamówienia publicznego na budowę gazociągu wysokiego ciśnienia MOP 8,4 Mpa DN 1000 relacji Gustorzyn – Wronów, Etap III Rawa Mazowiecka – Wronów na terenie województw lubelskiego, mazowieckiego i łódzkiego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE: 2021/S 080-206936 z dnia 26 kwietnia 2021 roku.

Dnia 20.08.2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 i nast. ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) - dalej: „Pzp” odwołanie złożył wykonawca STALPROFIL Spółka Akcyjna z siedzibą w Dąbrowie Górniczej.

Odwołanie złożono wobec działań i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. Wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy – Konsorcjum w składzie: ROMGOS Sp. z o.o. ENGINEERING Sp. k. w Jarocinie oraz ROMGOS G. Sp. z o.o. w Jarocinie – łącznie określanych dalej jako „Konsorcjum ROMGOS”,
2. Zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS lub jego wykluczenia,
3. Ewentualnie zaniechaniu wezwania Konsorcjum ROMGOS do złożenia wyjaśnień/uzupełnienia dokumentów,
4. Badaniu i ocenie ofert,
5. Zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
6. Prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także wymóg udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący w dniu 13.08.2021 r. za pomocą środków komunikacji elektronicznej otrzymał informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum ROMGOS, a zatem odwołanie wniesione zostało z zachowaniem 10 – dniowego terminu przewidzianego przepisami Pzp. Odwołujący doręczył Zamawiającemu kopię odwołania na podany w dokumentacji przetargowej adres email, zgodnie z art. 516 ust.2 Pzp. Do odwołania Odwołujący dołączył dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości.

Odwołujący wskazał, że posiada legitymację do wniesienia i popierania odwołania, gdyż:

- 1) ma on interes w uzyskaniu zamówienia,
- 2) poniósł lub może ponieść szkodę,

3) poniesiona lub możliwa do poniesienia szkoda jest wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Odwołujący posiada status wykonawcy, w rozumieniu art. 7 pkt 30 Pzp, gdyż złożył ofertę, ma interes w uzyskaniu zamówienia udzielanego w ramach postępowania. Oferta Odwołującego jest sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Wskutek wyboru oferty Konsorcjum ROMGOS, która winna być odrzucona, a wykonawca wykluczony, a także wskutek braku wyboru oferty Odwołującego, Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący doznał uszczerbku wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Szkoda dotyczy utraconych korzyści w postaci zysku z realizacji zamówienia, a także straty w postaci kosztów poniesionych na sporządzenie oferty i udział w postępowaniu.

Odwołujący wnosił o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości,
2. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum ROMGOS jako najkorzystniejszej,
3. Nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS lub wykluczenia tego wykonawcy,
4. W braku uwzględnienia pkt 3 powyżej, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert bez oferty Konsorcjum ROMGOS,
5. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 4) Pzp w związku z art. 58 k.c. w związku z art. 3 ust. 1 pkt 9) ustawy z dnia 29 września 1994 roku o rachunkowości (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 217), ewentualnie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp oraz naruszenie art. 16 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS, mimo, że w punkcie 6 zawiera ona niezgodne z art. 3 ust. 1 pkt 9) ustawy o rachunkowości, a także niezgodne z pkt X ust. 3. i ust. 4 SWZ wskazanie parametrów: a) wskaźnik płynności bieżącej, b) EBITDA, c) wskaźnik zadłużenia, jako ustalonych przy uwzględnieniu – w zakresie roku 2020 – danych finansowych ROMGOS ENGINEERING, nie z 12 kolejnych pełnych miesięcy kalendarzowych lecz z 16 kolejnych pełnych miesięcy kalendarzowych tj. wskazanie powyższych parametrów z uwzględnieniem danych finansowych z okresu styczeń – kwiecień 2021 rok, mimo, że w pkt X ust. 3 i 4 mowa wyraźnie o latach/roku obrotowym, który zgodnie z SWZ uwzględniającym zasady równości oraz podstawową definicją roku obrotowego zawartą w ustawie o rachunkowości, winien być rozumiany jako 12 a nie 16 miesięcy kalendarzowych.

2. Art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) pkt a) Pzp i art. 16 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ROMGOS i w konsekwencji odrzucenia ich oferty ze względu na wystąpienie podstawy do wykluczenia tego wykonawcy z uwagi na art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez wprowadzenie Zamawiającego przez Konsorcjum ROMGOS, umyślnie lub co najmniej w ramach rażącego niedbalstwa, w błąd co do zdolności finansowej i ekonomicznej tego wykonawcy w zakresie roku 2020 poprzez podanie dla ROMGOS ENGINEERING danych finansowych obejmujących okres 16 miesięcy zamiast 12 miesięcy tj. obejmujących okres 1.01.2020 r.- 30.04.2021 r. zamiast okresu 1.01.2020 r. – 31.12.2020 r., co wpłynęło na nieprawidłowe określenie:

- średniorocznego przychodu Konsorcjum ROMGOS (pkt X.3 SWZ)
- wskaźnika płynności Konsorcjum ROMGOS (pkt X.4 SWZ i pkt 6 a oferty Konsorcjum ROMGOS)
- wysokości EBITDA (pkt 6b oferty Konsorcjum ROMGOS)
- wskaźnika zadłużenia netto do EBITDA (pkt 6c oferty Konsorcjum ROMGOS)

3. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz c), art. 118 ust. 4 Pzp, art. 119 Pzp, art. 16 pkt 1 Pzp i ewentualnie naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum ROMGOS, mimo, że Konsorcjum ROMGOS nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowych i ekonomicznych oraz nie przedłożyło w przewidzianym terminie właściwego podmiotowego środka dowodowego w postaci bilansu i rachunku zysków i strat ROMGOS ENGINEERING za okres 01.01.2020 r. – 31.12.2020 r. ani spełniającego wymogi Pzp, realnego zobowiązania P. J. i J. J., prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo Budowlany Instalacje Wod.-Kan., C.C., GAZ.S.C. J. P., J. J. z siedzibą w Gierałtowicach (dalej: „ZRB J.”), do udostępnienia zasobów w postaci sytuacji finansowej i ekonomicznej;

4. Art. 226 pkt 2 lit a) oraz c) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 4, a także naruszenie § 6 ust. 2 i ust. 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 r. poz. 2452) – dalej: „Rozporządzenie w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji”, a także ewentualnie naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum ROMGOS, mimo, że Konsorcjum ROMGOS nie wykazało braku podstaw do wykluczenia z postępowania w zakresie niekaralności: podmiotu zbiorowego - Techno – Pomiar Sp. z o.o., Pana Z. R. (Techno – Pomiar Sp. z o.o.) i pana J. J. (ZRB J.) i nie złożyło odwzorowań cyfrowych zaświadczeń o niekaralności tych osób, uwierzytelnionych kwalifikowanym podpisem elektronicznym danego podmiotu udostępniającego, którego dane zaświadczenie dotyczy;

5. Art. 239 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, mimo, że złożył on ofertę najkorzystniejszą, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 4) Pzp w związku z art. 58 k.c. w związku z art. 3 ust. 1 pkt 9) ustawy z dnia 29 września 1994 roku o rachunkowości (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 217), ewentualnie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp oraz naruszenie art. 16 ust. 1 Pzp.

Określając wymagana zdolność finansową i ekonomiczną wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach postępowania, Zamawiający w:

- 1) pkt X. 3 SWZ wymagał potwierdzenia posiadania średniorocznego przychodu w okresie ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, w wysokości co najmniej 160.000.000, 00 zł.
- 2) pkt X. 4 SWZ wymagał potwierdzenia posiadania wskaźnika płynności za ostatni zakończony rok obrotowy, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, nie mniejszego niż 1,10, ustalonego zgodnie z zasadami wskazanymi w SWZ.
- 3) Formularzu oferty – pkt 6 – oczekiwał podania:
 - wskaźnika płynności za ostatni zakończony rok obrotowy, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (pkt 6 a)
 - EBITDA za ostatni zakończony rok obrotowy, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (pkt 6b)
 - wskaźnika zadłużenia netto do EBITDA za ostatni zakończony rok obrotowy, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (pkt 6b).

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 9 ustawy o rachunkowości rok obrotowy to 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych, niekoniecznie pokrywających się z rokiem kalendarzowym. Rok obrotowy musi być określony w kluczowym dla jednostki dokumencie, jakim jest jej statut lub umowa. Rok obrotowy powinien być określony w polityce rachunkowości jednostki.

ROMGOS ENGINEERING jest spółką komandytową. W związku z tym zastosowanie znajdują do niej regulacje ustawy z dnia 28 listopada 2020 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2020 r. poz. 2123, dalej: „ustawa zmieniająca”). W związku z tą zmianą (art. 12 ustawy zmieniającej), spółki komandytowe uzyskują z mocy prawa status podatnika podatku CIT z dniem 1.01.2021 r.

Jednocześnie art. 12 ust. 2 tej ustawy pozwala samej spółce komandytowej postanowić, że przepisy ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, w brzmieniu nadanym ustawą zmieniającą, stosuje się do tej spółki oraz przychodów i kosztów związanych z uczestnictwem w tej spółce

począwszy od dnia 1.05.2021 r. W takim przypadku spółka komandytowa uzyskuje status podatnika podatku dochodowego od osób prawnych z dniem 1.05.2021 r.

Konsekwencją zastosowania przez spółkę powyższego fakultatywnego wariantu podatkowego jest możliwość niesporządzania przez spółkę komandytową korzystającą z tego wariantu, sprawozdania finansowego na 31.12.2021 r. i dokonanie zamknięcia ksiąg z dniem poprzedzającym tak wybrany dzień uzyskania przez spółkę komandytową statusu podatnika podatku dochodowego od osób prawnych tj. z dniem 30.04.2021 r.

W ocenie Odwołującego regulacje wskazane w pkt 3 powyżej, dotyczące możliwości skorzystania przez spółkę z odroczenia opodatkowaniem CIT, jako zaprojektowane dla celów podatkowych, dotyczą okresu sprawozdawczego na potrzeby podatkowe. Tym samym podanie w postępowaniu przez Konsorcjum ROMGOS danych finansowych ROMGOS ENGINEERING za okres 16 a nie 12 miesięcy kalendarzowych, nie jest podaniem danych za ostatni rok obrotowy w rozumieniu ustawy o rachunkowości, lecz za ostatni okres sprawozdawczy dla celów podatkowych.

Nawet gdyby uznać, że art. 12 ustawy zmieniającej jest przepisem szczególnym do ustawy o rachunkowości, to nie może on znaleźć zastosowania na gruncie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia. Naczelną zasadą dotyczącą zamówień publicznych jest bowiem zasada równego traktowania wykonawców tj. udzielenia im jednakowych szans na zdobycie zamówienia.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (dalej: „dyrektywa sektorowa”), w art. 80 ust. 2 i 3 wskazuje, że:

Kryteria i zasady, o których mowa w ust. 1 niniejszego artykułu (kryteria kwalifikacji), mogą obejmować kryteria kwalifikacji przewidziane w art. 58 dyrektywy 2014/24/UE na warunkach w nim określonych, w szczególności w zakresie ograniczeń odnośnie do wymagań dotyczących rocznych obrotów, jak przewidziano w ust. 3 akapit drugi tego artykułu. (art. 80 ust. 2)

Do celów stosowania ust. 1 i 2 niniejszego artykułu zastosowanie mają art. 59–61 dyrektywy 2014/24/UE. (art. 80 ust. 3).

Z kolei Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (dalej: „dyrektywa klasyczna”) w art. 58 w ust. 1 i 3 wskazuje, że:

Kryteria kwalifikacji mogą dotyczyć:

- a) kompetencji do prowadzenia danej działalności zawodowej;
- b) sytuacji ekonomicznej i finansowej;
- c) zdolności technicznej i zawodowej.

Institucje zamawiające mogą nakładać na wykonawców kryteria, o których mowa w ust. 2, 3 i 4, wyłącznie jako wymogi dotyczące udziału. Ograniczają wymogi do tych, które są odpowiednie do zapewnienia, że kandydat lub oferent posiadają zdolność prawną, finansową, techniczną i zawodową niezbędne do realizacji udzielanego zamówienia. Wszystkie wymagania muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do tego przedmiotu (art. 58 ust. 1)

W odniesieniu do sytuacji ekonomicznej i finansowej instytucje zamawiające mogą nakładać wymogi zapewniające posiadanie przez wykonawców zdolności ekonomicznej i finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia. W tym celu instytucje zamawiające mogą wymagać w szczególności, aby wykonawcy mieli określony minimalny roczny obrót, w tym określony minimalny obrót w obszarze objętym zamówieniem. Ponadto instytucje zamawiające mogą wymagać, by wykonawcy przedstawili informacje na temat ich rocznych sprawozdań finansowych wykazujących stosunki na przykład aktywów do zobowiązań. Mogą również wymagać posiadania odpowiedniego ubezpieczenia z tytułu ryzyka zawodowego. Minimalny roczny obrót, który muszą wykazać wykonawcy, nie przekracza maksymalnie dwukrotności szacunkowej wartości zamówienia, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków odnoszących się np. do szczególnych ryzyk związanych z charakterem robót budowlanych, usług lub dostaw. Instytucje zamawiające wskazują główne powody zastosowania takiego wymogu w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu, o którym mowa w art. 84. Stosunek, przykładowo, aktywów do zobowiązań może być wzięty pod uwagę, gdy instytucja zamawiająca w dokumentach zamówienia określi metody i kryteria takiego uwzględnienia. Tego rodzaju metody i kryteria są przejrzyste, obiektywne i niedyskryminacyjne.

Dopuszczenie w postępowaniu możliwości wykazania wskaźników kwalifikacyjnych dotyczących zdolności finansowej i ekonomicznej przy zastosowaniu – w przypadku Konsorcjum ROMGOS łącznie 40 miesięcy, a nie 36 miesięcy – jak ma to miejsce w przypadku wszystkich innych wykonawców, nie daje się więc pogodzić z bezwzględną koniecznością zapewnienia równości szans wszystkim wykonawcom. Dotyczy to tak Odwołującego, jak i innych wykonawców, a dodatkowo przekłada się na sytuację innych potencjalnych oferentów robót budowlanych, którzy nie złożyli oferty tylko dlatego, że nie byli w stanie spełnić kryterium zdolności finansowej i ekonomicznej przy uwzględnieniu 36 miesięcy, ale spełnialiby odnośne wymogi przy uwzględnieniu 40 miesięcy ich działalności gospodarczej.

Wszystkie działania Zamawiającego w zakresie przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podlegają ocenie przez pryzmat zasad wymienionych w art. 16 Pzp. Obowiązek uwzględniania zasad udzielania zamówień jest właściwy zarówno w odniesieniu do przygotowania, jak i przeprowadzenia postępowania.

Zasada równego traktowania wykonawców jest określana w orzecznictwie jako jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców.

Zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, co oznacza, że jest on zobowiązany do stworzenia warunków do uczciwego konkurencji przez wykonawców o uzyskanie zamówienia, jak też do eliminowania zachowań sprzecznych z prawem lub etyką.

Zasada równego traktowania to przede wszystkim wdrożenie traktatowej zasady niedyskryminacji. Oznacza ona zakaz różnicowania pozycji wykonawców w postępowaniu z jakiegokolwiek powodu. Bez tej zasady byłoby niemożliwe respektowanie swobód UE: swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług.

Stosowanie zasady równego traktowania oznacza stosowanie jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji w każdej czynności zamawiającego. Obowiązek równego traktowania dotyczy wykonawców i świadczeń z Polski, pozostałych krajów UE oraz krajów, które podpisały umowy z Unią o równym traktowaniu .

Zatem w ocenie Odwołującego oferta Konsorcjum ROMGOS jest niezgodna z ustawą o rachunkowości, co oznacza jej nieważność przez wzgląd na art. 58 § 1 k.c. - czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna i powinna być odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4) Pzp.

Niezależnie od tego, oferta Konsorcjum ROMGOS, jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego, które spełniając wymogi przywołanych wyżej dyrektyw muszą stwarzać jednakowe szanse dla wszystkich wykonawców. Tym samym oferta Konsorcjum Romgos winna być odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) pkt a) Pzp i art. 16 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ROMGOS w zakresie podania dla ROMGOS ENGINEERING danych finansowych obejmujących okres 16 miesięcy zamiast 12 miesięcy.

W pkt XI SWZ Zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. W ocenie Odwołującego przesłanka ta znajduje zastosowanie w odniesieniu do Konsorcjum ROMGOS, gdyż ten wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji na temat jego sytuacji finansowej i ekonomicznej za ostatni rok

obrotowy tj. 2020, uwzględniając parametry finansowe ROMGOS ENGINEERING za 16 a nie 12 miesięcy tj. do 30.04.2021 r. zamiast do 31.12.2020 r.

W ten sposób Konsorcjum ROMGOS wywołało mylne wrażenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Działanie Konsorcjum ROMGOS doprowadziło do wyboru jego oferty przez Zamawiającego, a więc nie tylko mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia ale wręcz istotny wpływ wywarło.

Powyższe dotyczy informacji zawartych w podmiotowych środkach dowodowych w postaci bilansów i rachunków zysków i strat ze szczególnym uwzględnieniem tej dokumentacji za rok 2020, gdzie Konsorcjum ROMGOS podało parametry finansowe za 16 miesięcy a nie za 12 miesięcy kalendarzowych, zyskując w ten sposób przewagę nad konkurentami, poprzez uwzględnienie wyników miesięcy styczeń – kwiecień 2021 r. przy ocenie zdolności finansowej i ekonomicznej.

W ocenie Odwołującego, zabieg ten uznać należy za celowy, albowiem bez uwzględnienia spornych czterech miesięcy roku 2021, Konsorcjum ROMGOS nie byłoby w stanie wykazać spełnienia oczekiwanych przez Zamawiającego kryteriów finansowych i ekonomicznych. Dla wprowadzenia Zamawiającego w błąd i zyskania przewagi nad innymi wykonawcami, Konsorcjum ROMGOS wykorzystało zmianę podatkową dotyczącą spółek komandytowych, nadając nieprawidłowo podanym (zawyżonym) wynikom pozór zgodności z przepisami prawa oraz pozór zgodności z SWZ.

Nawet gdyby uznać, że działanie takie nie było umyślne, to spełnia ono co najmniej przesłanki działania w granicach rażącego niedbalstwa, gdyż spółki ROMGOS są od dawna uczestnikiem rynku zamówień publicznych i znana jest im zasada równości wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne, wykluczająca możliwość czynienia ze zmiany podatkowej narzędzia do sprzecznego z tą zasadą stosowania SWZ w kierunku osiągnięcia przez jednego z wykonawców przewagi nad innymi. Przy ocenie ciężkiego stopnia zawinienia Konsorcjum ROMGOS należy więc wziąć pod uwagę w szczególności jasny sposób sformułowania przez zamawiającego warunków uczestnictwa w postępowaniu.

Zamawiający został wprowadzony przez Konsorcjum ROMGOS w błąd, stanowiący rozbieżność między obiektywną rzeczywistością kondycją finansową Konsorcjum ROMGOS w latach obrotowych 2018-2020, a wyobrażeniem o niej na podstawie dokumentów finansowych przedłożonych w postępowaniu. Nie ma przy tym znaczenia, że informacje o parametrach finansowych ROMGOS ENGINEERING za okres 1.01.2020 – 30.04.2021 są prawdziwe, gdyż wprowadzenie w błąd może być wywołane zarówno przedstawieniem informacji obiektywnie nieprawdziwych (fałszywych), jak też przedstawieniem informacji obiektywnie prawdziwych, lecz wywołujących mylne wyobrażenie u Zamawiającego .

Omawiany przypadek podaje w poważną wątpliwość rzetelność wykonawcy, tym bardziej w świetle zarzutu dotyczącego udostępnienia zasobów finansowych lub

ekonomicznych przez P. J. i J. J., prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo Budowlany Instalacje Wod.-Kan., C.C., GAZ.S.C. J. P., J. J. z siedzibą w Gierałtowicach (dalej: „ZRB J.”). Odwołujący wywodził, że Konsorcjum ROMGOS ma poważne problemy z potencjałem finansowym i ekonomicznym, skoro zdecydowało się na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do parametrów finansowych za rok 2020 spółki ROMGOS ENGINEERING (zyskując dodatkowe 4 miesiące wysokiego obrotu, nieproporcjonalnego do niskich wyników roku 2018, 2019 i 12 miesięcy roku 2020), a mimo to musiało jeszcze posiłkować się zasobem ZRB J. w postaci przychodu ze sprzedaży tego podmiotu za ostatnie trzy lata obrotowe.

Odwołujący podkreślił, że zdolność finansowa i ekonomiczna, płynność finansowa, rentowność i możliwość obsługi zadłużenia ze środków wypracowanych w ramach obrotu mają kluczowe znaczenie przy realizacji kosztochłonnego wielomiesięcznego kontraktu budowlanego. Nieznajomość przez Zamawiającego rzeczywistych możliwości wykonawcy ubiegającego się o takie zamówienie kończy się z reguły niedotrzymaniem terminu, wykonawstwem zastępczym bądź koniecznością wyłonienia nowego wykonawcy i generowaniem kolejnych kosztów po stronie Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego wykluczenie Konsorcjum ROMGOS jest konieczne i w pełni uzasadnione.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz c), art. 118 ust. 4 Pzp, 119 Pzp, art. 16 ust. 1 Pzp i ewentualnie naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum ROMGOS

Konsorcjum ROMGOS nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie: (i) posiadania średniorocznego przychodu w okresie ostatnich trzech lat obrotowych (pkt X.3. SWZ), w wysokości co najmniej 160.000.000. zł oraz (ii) posiadania wskaźnika płynności bieżącej za ostatni zakończony rok obrotowy, nie mniejszego niż 1.10, wyliczonego zgodnie z pkt X. ust. 4 SWZ, bowiem zobowiązanie podmiotu trzeciego - ZRB J. do udostępnienia potencjału finansowego i ekonomicznego, nie spełnia wymogów z art. 118 ust. 4 Pzp i nie może skutkować uwzględnieniem średniorocznego przychodu ze sprzedaży ZRB J. w okresie ostatnich trzech lat obrotowych, przy ocenie spełnienia przesłanki posiadania przez Konsorcjum ROMGOS średniorocznego przychodu.

Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny udostępniania Konsorcjum ROMGOS przez ZRB J. ich sytuacji finansowej lub ekonomicznej, albowiem zobowiązanie ZRB J. nie pozwala na wykazanie przez Konsorcjum ROMGOS spełnienia warunków udziału w postaci posiadania średniorocznego przychodu w wymaganej wysokości.

Opis sposobu i okresu udostępnienia zawarty w oświadczeniu o udostępnieniu (tj. pożyczka przez cały okres budowy gazociągu) nie daje możliwości oceny, czy i w jakim

stopniu sposób ten pozwala uzupełnić zdolność finansową lub ekonomiczną Konsorcjum ROMGOS do wykonania zamówienia. Nie wiadomo bowiem:

- czy umowa pożyczki została zawarta, czy też będzie zawarta w przyszłości i kiedy,
- jaka jest kwota pożyczki i jej oprocentowanie,
- czy kwota pożyczki wystarczy dla uzupełnienia potencjału finansowego Konsorcjum ROMGOS w stopniu przewidzianym przez Zamawiającego w postępowaniu,
- czy kwota pożyczki mieści się w granicach zdolności udzielenia pożyczki przez ZRB Janicki,
- jakie są zasady i terminy spłaty pożyczki,
- czy zasady spłaty pożyczki nie będą nadwyręzać zdolności finansowej Konsorcjum ROMGOS do wykonania zamówienia.

Zobowiązanie ZRB J. jest mocno nieprecyzyjne i niewystarczające dla wykazania rzeczywistego udostępnienia zasobu. Nie można mu przez to przypisać waloru realności. Odwołujący podał, że udostępnienie zasobów musi mieć charakter realny, nie może mieć jedynie charakteru udostępnienia formalnego, dla celów sporządzenia oferty.

Odwołujący wskazał, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów finansowych musi być jasne i jednoznaczne, musi być zobowiązaniem, o którym mowa w kodeksie cywilnym, które można egzekwować, musi określać warunki, na jakich nastąpi udostępnienie zasobów finansowych, nie może wynikać z umów przyszłych. Koniecznym elementem zobowiązania do udostępniania zasobów finansowych jest określenie zasad sposobu wykorzystywania środków finansowych przez wykonawcę.

Zgodnie z art. 120 Pzp podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, odpowiada solidarnie z wykonawcą, który polega na jego sytuacji finansowej lub ekonomicznej, za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów podmiot ten nie ponosi winy. Jeżeli nie znamy wartości udostępnienia, nie jesteśmy w stanie sprecyzować odpowiedzialności podmiotu udostępniającego.

Odwołujący przywołał także opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pt. *„Powoływanie się na zasoby ekonomiczne podmiotów trzecich oraz solidarna odpowiedzialność wykonawcy i podmiotu trzeciego używającego swój potencjał za szkody zamawiającego powstałe na skutek nieudostępnienia zasobów”*. Zgodnie z opinią fakt braku możliwości oddzielenia zdolności ekonomicznej lub finansowej podmiotu trzeciego, w celu jej udostępnienia, od samego podmiotu trzeciego, w praktyce oznacza, że powoływanie się na takie zdolności przez wykonawcę będzie ograniczone do szczególnych przypadków, w których powiązania pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim będą tego rodzaju, że uzasadnią one możliwość realnego korzystania z tej zdolności przez wykonawcę w trakcie realizacji zamówienia. Zamawiający tylko wówczas będzie mógł uznać zdolność wykonawcy

do realizacji zamówienia, gdy wykonawca wykaże, poprzez treść przedstawianych dokumentów, realny sposób, w jaki jest przewidziane korzystanie z potencjału ekonomicznego lub finansowego podmiotu trzeciego w czasie realizacji zamówienia, a zatem realny sposób w jaki podmiot trzeci gwarantuje wykonawcy rzeczywisty dostęp do swojego potencjału ekonomicznego lub finansowego w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia. Przedstawiona zasada dotycząca oceny zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia w sytuacji powoływania się przez niego na zasoby podmiotu trzeciego odnosi się nie tylko do powoływania się na zdolność ekonomiczną lub finansową wykonawcy, ale także do każdej sytuacji powoływania się na wiedzę i doświadczenie oraz na potencjał techniczny i osobowy podmiotu trzeciego.

W przypadku udostępnienia potencjału ekonomicznego w postaci pożyczki, wykonawca powinien udowodnić, iż podmiot trzeci pozostawi w jego dyspozycji kwotę w takiej wysokości jaka jest potrzebna do uzupełnienia zasobów wykonawcy. Zdaniem Odwołującego, deklaracja o udzieleniu pożyczki bez wskazania jej wysokości jest z pewnością niewystarczająca (podobnie jak niewystarczające byłoby dla Zamawiającego zaświadczenie o zdolności kredytowej bez wskazania wysokości tej zdolności), albowiem kwota ewentualnej pożyczki może być znacząco niższa, niż ta wynikająca z warunku udziału w postępowaniu.

Nie da się inaczej udostępnić zasobów finansowych i ekonomicznych w ramach pożyczki, jak tylko przez przeniesienie własności ściśle określonych środków pieniężnych z obowiązkiem zwrotu, a przy tym zarówno wysokość tych środków jak i wysokość oprocentowania oraz zasady wypłaty i zwrotu pożyczki mają kluczowe znaczenie dla zdolności Konsorcjum ROMGOS do wykonania zamówienia. Tylko i wyłącznie zobowiązanie określające wysokość realnie udzielonej pożyczki, zasady oprocentowania i warunki na jakich nastąpić miałyby udostępnienie i spłata pożyczki, wskazywałoby na stosunek prawny realnie łączący podmiot udostępniający zasoby finansowe (ZRB J.) i Konsorcjum ROMGOS, a zatem konieczne było przedłożenie zobowiązania do udostępnieniu zasobów, z którego wynikałoby, że można uznać nie tylko za realne, ale także za dokonane w stopniu eliminującym niedobory potencjału wykonawcy tj. Konsorcjum ROMGOS i nie zagrażającym realizacji zamówienia.

Dysponowanie zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów Zamawiającego co do tego, czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu rzeczywiście nim dysponuje, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu. Jeśli złożone wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy odpowiedniego zasobu wymaga podjęcia zabiegów interpretacyjnych w celu ustalenia jego treści, w tym zakresu udostępnienia zasobu albo w ogóle nie wskazuje wielkości pożyczki będącej formą

udostępnienia zasobu, to nie sposób uznać za udowodnione jego udostępnienie. Zamawiający tylko wówczas będzie mógł uznać zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, gdy wykonawca wykaże, poprzez treść przedstawianych dokumentów, realny sposób, w jaki jest przewidziane korzystanie z potencjału ekonomicznego lub finansowego podmiotu trzeciego w czasie realizacji zamówienia, a zatem realny sposób w jaki podmiot trzeci gwarantuje wykonawcy rzeczywisty dostęp do swojego potencjału ekonomicznego lub finansowego w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia. Wykonawca – Konsorcjum ROMGOS nie wykazał realnego dostępu do potencjału podmiotu trzeciego.

Więź prawna określa warunki, na jakich dojdzie w przyszłości do udostępnienia zasobów niezbędnych dla realizacji zamówienia publicznego i tym samym stanowi gwarancję dla Zamawiającego, że faktycznie podczas realizacji zamówienia wybrany wykonawca będzie dysponował potencjałem zgodnym z jego wymaganiami. Wymagana jest więc o charakterze prawnym, która rodzi skuteczne zobowiązania pomiędzy stronami. Wykluczone są zatem powiązania fikcyjne, pozorne, za którymi nie stoją faktyczne i ważne zobowiązania w tym zakresie. – tak wyrok z dnia 14 września 2017 r. w sprawie C-223/16 *Casertana Costruzioni Srl przeciwko Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise i Azienda Regionale Campania per la Difesa del Suolo – A.R.CA.DI.S., ECLI:EU:C:2017:685*.

Konsorcjum ROMGOS nie wykazało zdolności finansowej i ekonomicznej oczekiwanej przez Zamawiającego także dlatego, że nie przedstawiło wymaganego przez SWZ bilansu i rachunku zysków i strat spółki ROMGOS ENGINEERING za okres styczeń – grudzień 2020 roku tj. za ostatni rok obrotowy rozumiany zgodnie z ustawą o rachunkowości jako kolejnych 12 miesięcy, przedkładając zamiast tego dokumenty za 16 miesięcy tj. z uwzględnieniem obrotu za miesiące styczeń – kwiecień 2021 r. Zabieg taki skutkowało polepszeniem parametrów finansowych Konsorcjum ROMGOS, które bez uwzględnienia znaczącej sprzedaży z okresu styczeń – kwiecień 2021 roku i bez zsumowania z parametrami finansowymi ZRB J. nie byłoby w stanie ubiegać się o udzielenie zamówienia w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego Konsorcjum ROMGOS nie tylko nie złożyło w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego i zobowiązania do udostępnienia zasobów potwierdzających spełnianie warunków udziału w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej wykonawcy, ale wręcz nie spełnia tegoż warunku. Oznacza to konieczność odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS z przyczyn wskazanych w art. 226 ust. 1 pkt 2 b) oraz c) Pzp.

Uznanie przedłożonych dokumentów za prawidłowe i wykazujące spełnienie warunku godzi w zasadę równego traktowania wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji. Jest krzywdzące nie tylko dla wykonawców, którzy warunki te rzeczywiście spełniają, ale również

dla wszystkich tych wykonawców, którzy nie złożyli oferty z uwagi na niespełnienie wymogów zdolności finansowej i ekonomicznej. Dopuszczenie do składania w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych niewiążących, niejasnych i dowolnych zobowiązań podmiotu trzeciego jest dodatkowo głęboko sprzeczne z postulatem eliminacji zjawiska pozornego udostępniania potencjału przez podmioty trzecie wyłącznie na potrzeby procedury o udzielenie zamówienia publicznego

Zamawiający zaniechał uzupełnienia zobowiązania do udostępnienia potencjału finansowego i ekonomicznego, tj. nie zażądał przedłożenia dokumentu, który rzeczywiście określałby sposób wykorzystania zasobów ZRB J. i wpływ tego wykorzystania na zdolnościach finansową i ekonomiczną Konsorcjum ROMGOS.

Zamawiający zaniechał nadto wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sprawie rzeczywistych parametrów finansowych ROMGOS ENGINEERING za 12 miesięcy roku obrotowego 2020 przypadających w okresie od stycznia do grudnia 2020 r. a także uzupełnienia dokumentów podmiotowych poprzez przedłożenie bilansu i rachunku zysków i strat tej spółki za 12 miesięcy roku obrotowego 2020 przypadających w okresie od stycznia do grudnia 2020 r., chociażby miał on być sporządzony wyłącznie na potrzeby postępowania, co pozwoliłoby Zamawiającemu na ustalenie rzeczywistych parametrów finansowych ROMGOS ENGINEERING za 12 miesięcy roku obrotowego 2020 przypadających w okresie od stycznia do grudnia 2020 r., a tym samym ocenę czy Konsorcjum ROMGOS spełnia wymogi z pkt X.3. i X.4. SWZ Postępowania.

W powyższy sposób doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 128 Pzp. Zarzut ten ma jednak drugorzędne znaczenie wobec konieczności wykluczenia Konsorcjum ROMGOS i odrzucenia jego oferty bez wezwania do uzupełnienia, wobec wcześniejszych zarzutów odwołania.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 2 pkt a) oraz c) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 4, a także naruszenie § 6 ust. 2 i ust. 3 pkt 1) Rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji, a także ewentualnie naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum ROMGOS, mimo, że Konsorcjum ROMGOS nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie niekaralności: podmiotu zbiorowego - Techno – Pomiar Sp. z o.o., Pana Z. R. (Techno – Pomiar Sp. z o.o.) i pana J. J. (ZRB J.).

Konsorcjum ROMGOS nie złożyło cyfrowych odwzorowań tradycyjnych zaświadczeń o niekaralności wyżej wskazanego podmiotu zbiorowego oraz wyżej wskazanych osób fizycznych osób, uwierzytelnionych kwalifikowanym podpisem elektronicznym danego podmiotu udostępniającego, którego dane zaświadczenie dotyczy. Powyższe stanowi

naruszenie § 6 ust. 2 i ust. 3 pkt 1) Rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji.

W przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania, zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej (§ 6 ust. 2)

Poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, o którym mowa w ust. 2, dokonuje w przypadku podmiotowych środków dowodowych oraz dokumentów potwierdzających umocowanie do reprezentowania - odpowiednio wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, w zakresie podmiotowych środków dowodowych lub dokumentów potwierdzających umocowanie do reprezentowania, które każdego z nich dotyczą (§ 6 ust. 3 pkt 1).

Zamawiający zaniechał uzupełnienia powyższych dokumentów podmiotowych. W ten sposób doszło do naruszenia przez Zamawiającego także art. 128 Pzp. Zarzut ten ma jednak drugorzędne znaczenie wobec konieczności wykluczenia Konsorcjum ROMGOS i odrzucenia jego oferty bez wezwania do uzupełnienia, wobec zarzutów ujętych we wcześniejszych punktach odwołania. Brak przedłożenia dokumentów w prawidłowej formie skutkować winien skutkować wykluczeniem z art. 108 ust. 1 pkt 1 i 4 Pzp.

Wobec powyższego Odwołujący wnosil jak na wstępie.

Sygn. akt KIO 2501/21

W prowadzonym postępowaniu odwołanie złożył również wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący 1” lub „Budimex”.

Odwołanie złożono wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1) wyborze oferty Konsorcjum Romgos jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności lub ekonomicznej, o którym mowa w rozdziale X ust. 3 SWZ, a nawet wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a nadto nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale X ust. 5 pkt 1 i 2 SWZ;

- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Romgos w sytuacji, gdy wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Romgos w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunek udziału dotyczący zdolności lub ekonomicznej, o którym mowa w rozdziale X ust. 3 SWZ, a co najmniej zaniechaniu wezwania Konsorcjum Romgos do zastąpienia Zakładu Remontowo Budowlanego Instalacje Wod. – Kan., C.O., Gaz, s.c. J. P., J. J. innym podmiotem albo wykazania, że wykonawca samodzielnie spełnia warunek, o którym mowa w rozdziale X ust. 3 SWZ;
- 4) zaniechaniu wezwania Konsorcjum Romgos do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału określonego w Rozdziale X ust. 5 pkt 1 SWZ, a co najmniej do udzielenia wyjaśnień w zakresie zakresu prac, jaki rzeczywiście realizowany był przez Romgos G. Sp. z o.o. w ramach zadań referencyjnych, wskazanych na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału, o którym mowa w Rozdziale X ust. 5 pkt 1 SWZ;
- 5) zaniechaniu wezwania Konsorcjum Romgos do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału określonego w Rozdziale X ust. 5 pkt 2 SWZ, a co najmniej na zaniechaniu wezwania Konsorcjum Romgos do wyjaśnienia zakresu prac, jakie Torpol Oil & Gass Sp. z o.o. wykonała w ramach zadania referencyjnego, wskazanego na potrzeby wykazania spełnienia warunku, o którym mowa w Rozdziale X ust. 5 pkt 2 SWZ;
- 6) zaniechaniu wezwania Konsorcjum Romgos do złożenia trzech dokumentów: zaświadczenia z KRK dla P. J. oraz dla J. J. (Zakład Remontowo Budowlany Instalacje Wod. – Kan., C.O., Gaz, s.c. J. P., J. J.) oraz dla Z. R. (Techno – Pomiar Sp. z o.o.);
- 7) zaniechaniu wezwania w oparciu o przepis art. 122 Pzp Stalprofil S.A. (dalej jako „Stalprofil”) do zastąpienia Izostal S.A. innym podmiotem albo wykazania, że wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, a co najmniej na zaniechaniu wezwania Stalprofil do udzielenia wyjaśnień dotyczących zakresu prac, jaki rzeczywiście realizowany był przez Izostal S.A. (podmiot udostępniający zasoby) w ramach zadania: *„Wykonanie robót budowlanych oraz prac rozruchowych, związanych z rozbudowa wężła Odolanów – etap I – dostosowanie do pracy na ciśnienia 8,4 MPa i połączenia wężła z nowym gazociągiem Gustorzyn – Odolanów DN700”* w celu ustalenia, czy wykonawca spełnia warunek udziału w Postępowaniu określony w Rozdziale X ust. 5 SWZ.

Zaskarżonym czynnościami Zamawiającego Budimex zarzucał naruszenie przepisu:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Romgos w sytuacji, gdy wykonawca ten, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Romgos w sytuacji, gdy wykonawca ten dokonuje niedozwolonego sumowania średniorocznych przychodów z przychodami osiąganymi przez podmiot udostępniający zasoby, co oznacza, że Konsorcjum Romgos, które już wcześniej uzupełniało dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku udziału dotyczącego zdolności finansowej lub ekonomicznej, o którym mowa w rozdziale X ust. 3 SWZ, nie wykazało, że spełnia wyżej wymieniony warunek; względnie (w przypadku nieuwzględnienia powyższego zarzutu)
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Romgos w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał realnego udostępnienia mu zasobów przez Zakład Remontowo Budowlany Instalacje Wod. – Kan., C.O., Gaz, s.c. J. P., J. J., co oznacza, że Konsorcjum Romgos, które już wcześniej uzupełniało dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku udziału dotyczącego zdolności finansowej lub ekonomicznej, o którym mowa w rozdziale X ust. 3 SWZ, nie wykazało, że spełnia wyżej wymieniony warunek udziału; względnie (w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 2 powyżej)
- 4) art. 122 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Romgos do zastąpienia Zakładu Remontowo Budowlanego Instalacje Wod. – Kan., C.O., Gaz, s.c. J. P., J. J. innym podmiotem albo wykazania, że wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału, o którym mowa w rozdziale X ust. 3 SWZ;
- 5) art. 128 ust. 1 lub 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Romgos do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału określonego w rozdziale X ust. 5 pkt 1 SWZ, a co najmniej do udzielenia wyjaśnień dotyczących zakresu prac, jaki rzeczywiście realizowany był przez Romgos G. sp. z o.o. w ramach zadań referencyjnych wskazanych na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału, o którym mowa w rozdziale X ust. 5 pkt 1 SWZ;
- 6) art. 128 ust. 1 lub 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Romgos do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału określonego w Rozdziale X ust. 5 pkt 2 SWZ, a co najmniej zaniechanie wezwania Konsorcjum Romgos

do wyjaśnienia zakresu prac, jakie Torpol Oil & Gass Sp. z o.o. wykonała w ramach zadania referencyjnego, wskazanego na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału, o którym mowa w Rozdziale X ust. 5 pkt 2 SWZ;

7) art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z § 6 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. 2020 poz. 2452) poprzez zaakceptowanie elektronicznych kopii trzech dokumentów: zaświadczenia z KRK dla P. J. oraz dla J. J. (Zakład Remontowo Budowlany Instalacje Wod. – Kan., C.O., Gaz, s.c. J. P., J. J.) oraz dla Z. R. (Techno – Pomiar Sp. z o.o.) – poświadczonych za zgodność z oryginałem przez P. G., Prezesa Zarządu spółki ROMGOS G. Sp. z o.o., w sytuacji gdy wykonawca ten powinien zostać wezwany do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów;

8) art. 122 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Stalprofil do zastąpienia Izostal S.A. innym podmiotem albo wykazania, że wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału; względnie

9) art. 128 ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Stalprofil do udzielenia wyjaśnień dotyczących zakresu prac, jaki rzeczywiście realizowany był przez Izostal S.A. w ramach zadania: *„Wykonanie robót budowlanych oraz prac rozruchowych, związanych z rozbudowa węzła Odolanów – etap I – dostosowanie do pracy na ciśnienia 8,4 MPa i połączenia węzła z nowym gazociągiem Gustorzyn – Odolanów DN700”*, w sytuacji gdy podmiot udostępniający Stalprofil swoje zasoby w zakresie zdolności zawodowej specjalizuje się w dostawach rur i łuków giętych indukcyjnie, a nie w realizacjach robót budowlanych, co powinno budzić wątpliwości co do możliwości udostępnienia innemu podmiotowi doświadczenia w zakresie realizacji robót budowlanych.

Odwołujący 1 wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum Romgos z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że wykonawca ten spełnia warunki udziału dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego lub ze względu na niewykazanie spełnienia warunku udziału, o którym mowa w rozdziale X ust. 3 SWZ; względnie nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum Romgos do zastąpienia Zakładu Remontowo Budowlanego Instalacje Wod. – Kan., C.O., Gaz, s.c. J. P., J. J. innym podmiotem albo wykazania, że wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału określonego w rozdziale X ust. 5 pkt 1 i 2 SWZ, a co najmniej do

udzielenia wyjaśnień dotyczących zakresu prac, jaki rzeczywiście realizowany był przez Romgos G. Sp. z o.o. oraz Torpol Oil & Gass sp. z o.o., wskazanych na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału, o którym mowa w rozdziale X ust. 5 pkt 1 i 2 SWZ, a także nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum Romgos do uzupełnienia: zaświadczenia z KRK dla P. J. oraz dla J. J. (Zakład Remontowo Budowlany Instalacje Wod. – Kan., C.O., Gaz, s.c. J. P., J. J.) oraz dla Z. R. (Techno – Pomiar Sp. z o.o.);

3) nakazanie Zamawiającemu wezwania Stalprofil do zastąpienia Izostal S.A. innym podmiotem albo wykazania, że wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału, a co najmniej do udzielenia wyjaśnień dotyczących zakresu prac, jaki rzeczywiście realizowany był przez Izostal S.A. w ramach zadania: *„Wykonanie robót budowlanych oraz prac rozruchowych, związanych z rozbudowa węzła Odolanów – etap I – dostosowanie do pracy na ciśnienia 8,4 MPa i połączenia węzła z nowym gazociągiem Gustorzyn – Odolanów DN700”* w celu ustalenia, czy wykonawca spełnia warunku udziału określonego w Rozdziale X ust. 5 SWZ;

4) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;

5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, a Odwołujący 1 uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący 1 podkreślił, że ma interes we wniesieniu odwołania, bowiem w wyniku działań i zaniechań Zamawiającego został bezpodstawnie pozbawiony możliwości realizacji zamówienia w sytuacji, gdy oferta Konsorcjum Romgos powinna zostać odrzucona. Odwołujący 1 zajmuje na obecnym etapie trzecie miejsce na tzw. liście rankingowej Zamawiającego, za ofertą Konsorcjum Romgos i za ofertą Stalprofil, przy czym formułuje zarzuty w odniesieniu do obu wykonawców i złożonych przez nich ofert. Wykonawca Stalprofil nie był jeszcze wzywany w trybie art. 126 ust. 1 Pzp do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, co oznacza, że Odwołujący 1, będzie miał jeszcze możliwość stawiania ewentualnych dalszych zrzutów względem tego wykonawcy i złożonej przez niego oferty na późniejszym etapie. W przypadku odrzucenia ofert wyżej wymienionych wykonawców, to oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. Szkoda, jaką może ponieść Odwołujący 1 w wyniku zaskarżonych czynności Zamawiającego, odpowiada więc co najmniej zyskowi, jaki uzyskałby, realizując zamówienie.

Warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej –
sumowanie przychodu

W rozdziale X SWZ Zamawiający postawił warunki udziału, w tym warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej, wymagając od wykonawców między innymi posiadania średniorocznego przychodu w okresie ostatnich trzech lat obrotowych (jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) w wysokości co najmniej 160 000 000 zł, o czym stanowił rozdział X ust. 3 SWZ.

Konsorcjum Romgos samodzielnie nie spełnia warunku. Z powyższego względu wraz z ofertą Konsorcjum Romgos złożyło zobowiązanie Zakładu Remontowo Budowlanego Instalacje Wod. – Kan., C.O., Gaz, s.c. J. P., J. J., w którym zobowiązują się oni do oddania Konsorcjum Romgos do dyspozycji na potrzeby postępowania zasoby dotyczące ich sytuacji finansowej lub ekonomicznej w zakresie:

- 1) średniorocznego przychodu ze sprzedaży w okresie ostatnich trzech lat obrotowych w wysokości 31.464.763,99 zł;
- 2) przychód netto ze sprzedaży w okresie ostatnich trzech lat obrotowych:
 - a) za rok 2018 w wysokości 31.230.577,38 zł,
 - b) za rok 2019 w wysokości 33.370.856,28 zł,
 - c) za rok 2020 w wysokości 29.792.858,32 zł.

Zgodnie z deklaracją wymienionego podmiotu, zadeklarował on również wsparcie finansowe i ekonomiczne Konsorcjum Romgos w formie pożyczki – współfinansowanie przedmiotowej inwestycji przez cały okres budowy gazociągu.

Pismem z dnia 25 czerwca 2021 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Romgos do złożenia przedmiotowych środków dowodowych oraz JEDZ. W odpowiedzi na wyżej wymienione wezwanie Konsorcjum Romgos przedłożyło między innymi sprawozdania finansowe Konsorcjum Romgos za lata 2018-2020 oraz sprawozdania finansowe za rok 2018 i 2020 podmiotu udostępniającego zasób, tj. Zakładu Remontowo Budowlanego Instalacje Wod.- Kan., C.O., Gaz S.C. J. P., J. J..

Pismem z dnia 19 lipca 2021 r., skierowanym do Konsorcjum Romgos, Zamawiający stwierdził, że dokonując analizy przedłożonych przez Konsorcjum przedmiotowych środków dowodowych dotyczących zdolności finansowej i ekonomicznej stwierdził, że przedłożone sprawozdania finansowe nie zawierają podpisów osób upoważnionych, w związku z czym, nie odpowiadają one wymaganiom określonym w art. 52 ustawy o rachunkowości, zgodnie z którym: *sprawozdania finansowe podpisuje podając zarazem datę podpisu – osoba, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych, i kierownik jednostki, a jeżeli jednostką kieruje organ wieloosobowy – wszyscy członkowie tego organu*. W związku z czym Zamawiający wezwał Konsorcjum Romgos, na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, do

uzupełnienia podpisanych przez osoby upoważnione sprawozdań finansowych obu konsorcjantów za lata 2018 – 2020.

Tym samym pismem Zamawiający stwierdził także niekompletność dokumentów dotyczących Zakładu Remontowo Budowlanego Instalacje Wod.- Kan., C.O., Gaz S.C. J. P., J. J.. W związku z tym wezwał Konsorcjum Romgos do udzielenia wyjaśnień, czy sprawozdanie finansowe tego podmiotu za rok 2018 podlega badaniu zgodnie z przepisami o rachunkowości, w szczególności poprzez podanie informacji czy średnioroczne zatrudnienie tego podmiotu w przeliczeniu na pełne etaty wyniosło w tym okresie mniej niż 50 osób. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że w przypadku gdy odpowiedź na to pytanie byłaby twierdząca, wzywa do uzupełnienia dokumentów o opinię biegłego z badania sprawozdania finansowego tego podmiotu. Dodatkowo, Zamawiający wezwał Konsorcjum Romgos do uzupełnienia sprawozdania finansowego Zakładu Remontowo Budowlanego Instalacje Wod.- Kan., C.O., Gaz S.C. J. P., J. J. za rok 2019 r.

W dniu 26 lipca 2021 r. Konsorcjum Romgos uzupełniło dokumenty, przesyłając Zamawiającemu między innymi podpisaną przez osoby upoważnione część sprawozdania finansowego (bilans oraz rachunek zysków i strat) za rok 2018 dotyczący Romgos Gwiazdowcy Sp. z o.o., w pozostałym zakresie składając wyjaśnienia. Nadto, Konsorcjum przedłożyło również sprawozdanie finansowe Zakładu Remontowo Budowlanego Instalacje Wod.- Kan., C.O., Gaz S.C. J. P., J. J. oraz odpowiedź tego podmiotu na pytanie Zamawiającego dotyczące obowiązku podlegania badaniu zgodnie z przepisami o rachunkowości.

W odniesieniu do dokumentów przedłożonych przez Konsorcjum Romgos celem wykazania spełnienia warunku udziału w zakresie zdolności finansowej lub ekonomicznej wyczerpana więc została procedura z art. 128 ust. 1 umożliwiająca wykonawcom skorygowanie ewentualnych błędów w pierwotnie złożonych dokumentach, co oznacza zdaniem Odwołującego, że wykonawca ten nie może zostać ponownie wezwany do uzupełnienia dokumentów.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum Romgos nadal nie wykazało, że spełnia warunek, o którym mowa w rozdziale X ust. 3 SWZ.

Po pierwsze, zwrócono uwagę na sposób prezentacji przychodów w sprawozdaniu spółki Romgos Sp. z o.o. Engineering Sp. k. w ostatnim okresie obrotowym. Rok obrotowy 2020 został bowiem wydłużony i obejmuje okres od 1 stycznia 2020 do 30 kwietnia 2021, czyli okres 16 miesięcy.

Tak prezentowane dane finansowe są nieporównywalne do innych wykonawców, którzy pokazali dane za 12 miesięcy, a więc siłą rzeczy przychód istotnie mniejszy, przy czym Zamawiający nie ma możliwości samodzielnego wyinterpretowania przychodu, jaki Romgos Sp. z o.o. Engineering Sp. k. osiągnęła w okresie 12 miesięcy. Zgodnie z art. 3 ust.

1 pkt 9 ustawy o rachunkowości rok obrotowy, to rok kalendarzowy lub inny okres trwający 12 kolejnych pełnych miesięcy kalendarzowych, stosowany również do celów podatkowych. Nie ma przy tym znaczenia, że przepisy prawa podatkowego pozwalają w niektórych sytuacjach na inny okres rozliczeniowy.

Przekazując Zamawiającemu dane finansowe obejmujące okres 16 miesięcy zamiast 12 miesięcy, Konsorcjum Romgos przekazało więc Zamawiającemu błędne dane dotyczące średniorocznego przychodu Konsorcjum Romgos, wskaźnika płynności Konsorcjum Romgos, wysokości EBITDA, wskaźnika zadłużenia netto do EBITDA, które to dane wykonawca wskazywał samodzielnie w swojej ofercie. Powyższe podważa więc nie tylko możliwość przyjęcia, że Konsorcjum Romgos mogło wykazać, że spełnia warunek udziału, o którym mowa w rozdziale X ust. 3 SWZ, ale także wskazuje na to, że Konsorcjum Romgos wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Mając na uwadze fakt, że Konsorcjum Romgos nie osiąga wymaganych przez Zamawiającego średniorocznych przychodów, a w formularzu ofertowym zobligowane było do wskazywania określonych danych finansowych, to nie sposób uznać, aby podanie tych danych w oparciu o zawyżone dane mogło zostać uznane za przypadek. Całokształt okoliczności faktycznych sprawy, w tym przede wszystkim jednoznaczna trudność w wykazaniu spełniania warunków udziału dotyczących zdolności ekonomicznej, wskazują na intencjonalne działanie tego wykonawcy, czego skutkiem jest wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do spełnienia przez wykonawcę warunków udziału, co miało wpływ na decyzję Zamawiającego, który między innymi w oparciu o te dane, dokonał wyboru oferty Konsorcjum Romgos, jako najkorzystniejszej.

Nawet jeżeli uznać, że działanie to nie było umyślne, to w ocenie Odwołującego 1 świadczy ono o rażącym niedbalstwie Konsorcjum Romgos. Spółki te są doświadczonymi przedsiębiorstwami, uczestniczą w rynku zamówień publicznych i z pewnością mają świadomość, jaką wagę dla postępowania miały informacje, jakie wykonawca wskazywał w ofercie w odniesieniu do swojej kondycji finansowej. Posługiwanie się zawyżonymi danymi, w oparciu o które dokonuje się stosownych wyliczeń, stanowi więc zachowanie tak dalece odbiegające od wzorca zachowań, że zdaniem Odwołującego 1 jest zbliżone do umyślności.

W pierwszej kolejności Odwołujący 1 formułuje więc najdalej idący zarzut, domagając się odrzucenia oferty Konsorcjum Romgos w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, jako podlegającemu wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Po drugie, Budimex uważa, że Konsorcjum Romgos dokonało nieuprawnionego sumowania swoich przychodów w celu wykazania spełnienia warunku udziału, o którym mowa w rozdziale X ust. 3 SWZ.

Zgodnie z danymi z oferty tego wykonawcy, średnioroczny przychód Romgos G. Sp. z o.o. to 119 048 225,59 zł, a Romgos Sp. z o.o. Engineering Sp. k. to 14 333 676,56 zł. Żaden z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie nie spełnia więc warunku, o którym mowa w rozdziale X ust. 3 SWZ. Nie spełnia go również podmiot udostępniający zasoby, tj. Zakład Remontowo Budowlany Instalacje Wod.- Kan., C.O., Gaz S.C. J. P., J. J., którego średnioroczny przychód z ostatnich trzech lat obrotowych wynosi 31.464.763,99 zł, co oznacza, że Konsorcjum Romgos nie wykazało, że spełnia warunek udziału, o którym mowa w rozdziale X ust. 3 SWZ.

Odwołujący 1 zwrócił uwagę, że pkt 2 na stronie 19 SWZ (*warunek opisany w ust. 2 – ust. 10 powyżej może spełniać łącznie grupa Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia*) odnosi się zbiorczo, do wszystkich warunków, o których mowa w rozdziale X ust. 2 – 10, pośród których znajdują się warunki pojedyncze, samodzielne (np. przychód – ust. 3, środki finansowe – ust. 2, laboratoria – ust. 9 i 10), jak i warunki złożone, składające się z pewnych „podwarunków” (np. doświadczenia wykonawcy – warunek z ust. 5, składający się z dwóch punktów, nazwanych wcześniej podwarunkami, które tworzą faktycznie odrębne warunki udziału w postępowaniu, zapisane w jednym ustępie).

W ocenie Odwołującego 1 oczywistym jest, że zapis dotyczący łącznego spełnienia warunku przez grupę wykonawcę należy odczytywać w ten sposób, że każdy z takich pojedynczych warunków i podwarunków może być spełniony przez innego członka konsorcjum np. pierwszy konsorcjant ma doświadczenie w budowie rurociągu do przesyłu paliw płynnych (warunek z ust. 5 pkt 1 SWZ), a drugi członek konsorcjum ma doświadczenie w budowie stacji paliw (warunek z ust. 5 pkt 2 SWZ), dzięki czemu całe konsorcjum, czyli łącznie grupa Wykonawców, spełniają cały warunek z ust. 5 SWZ. W żadnym wypadku warunek ten nie oznacza, że pierwszy konsorcjant może mieć doświadczenie w budowie np. 15 km rurociągu, a drugi w budowie 15 km innego rurociągu, co miałyby im dać łącznie doświadczenie w budowie 30 km rurociągu do przesyłu paliw płynnych.

Takim samodzielnym warunkiem jest również warunek, o którym mowa w rozdziale X ust. 3 SWZ (średnioroczny przychód wynoszący 160 000 000 zł), co oznacza, że intencją Zamawiającego nie jest, aby warunek ten został podzielony na części (przychody osiągnane przez poszczególnych wykonawców), których suma dawałaby dopiero wartość 160 000 000 zł. Oczywistym jest dla Budimex, że intencją Zamawiającego nie jest dalsze rozdrabnianie samodzielných warunków udziału na części, a umożliwienie „zsumowania” pojedynczych podwarunków (spełnionych nawet przez różnych wykonawców), składających się na cały warunek zapisany w ramach poszczególnych ustępów.

Wobec przedstawienia przez Zamawiającego zbiorczej regulacji dotyczącej wszystkich warunków udziału, koniecznym jest zachowanie pewnej konsekwencji, czyli

stosowania analogicznych reguł do wszystkich warunków. Intencją Zamawiającego nie jest umożliwienie wykonawcom łącznego wykazywania pomniejszych warunków udziału w, w tym przede wszystkim w kontekście doświadczenia, więc tę samą regułą należy zastosować do pozostałych warunków, w tym także do warunku dotyczącego przychodu.

Przychodu nie należy rozpatrywać na zasadzie formalnej weryfikacji „spełnia/nie spełnia”. Informacja o przychodach wykonawcy to bardzo istotny element oceny jego wiarygodności. Świadczy nie tylko o wykonaniu np. jednego zadania w prawidłowy sposób, ale pozwala ocenić kondycję wykonawcy w ujęciu kompleksowym, w dłuższym okresie. Poziom przychodu pozwala ocenić m.in. jakiego poziomu projekty realizuje wykonawca, czy jest w stanie (nawet z pomocą podwykonawców i innych podmiotów) zarządzać dużym projektem w charakterze generalnego wykonawcy, co w obecnej sytuacji gospodarczej w okresie pandemii COVID-19 oraz ogromnego wzrostu kosztów w branży budowlanej jest kluczowym elementem oceny wiarygodności wykonawcy.

Zgodnie ze stanowiskiem Prezesa UZP *„Głównym celem weryfikacji wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego nie jest bowiem uzyskanie przez zamawiającego jedynie formalnego potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale uzyskanie wiedzy o realnej kondycji wykonawcy, jego wiarygodności jako strony umowy o udzielenie zamówienia publicznego i zdolności do realizacji tej umowy”*. Na kwestię tę zwracała uwagę również Izba w wyroku z dnia 22 marca 2016 r., sygn. akt: KIO 317/16, KIO 320/16, KIO 327/16, KIO 328/16, LEX nr 2015704.

Tymczasem poszczególni wykonawcy tworzący Konsorcjum Romgos nie posiadają średniorocznego przychodu w okresie ostatnich trzech lat obrotowych w wysokości co najmniej 160 000 000 zł. Podobnie, przychodu takiego nie osiąga także Zakład Remontowo Budowlany Instalacje Wod. – Kan., C.O., Gaz, s.c. J. P., J. J., co oznacza, że żaden z tych trzech podmiotów nie spełnia warunku dotyczącego przychodu, co oznacza, że Konsorcjum Romgos nie spełnia tego warunku. W związku z tym, że Konsorcjum Romgos było już w tym zakresie wzywane uzupełnienia dokumentów, a w świetle ugruntowanej linii orzeczniczej nie jest możliwe ponowne wezwanie wykonawcy do uzupełnienia tych samych dokumentów, uznać należy, że wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunek udziału, o którym mowa w rozdziale X ust. 3 SWZ, co powinno skutkować odrzuceniem jego oferty.

Warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej – realność udostępnionego zasobu

Niezależnie jednak od kwestionowanej możliwości łącznego wykazania spełnienia warunku udziału w zakresie średniorocznego przychodu wykonawcy (łącznie z podmiotem udostępniającym zasoby) Odwołujący 1 wskazał, że oferta Konsorcjum Romgos powinna zostać odrzucona z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału z rozdziału X ust. 3 SWZ - brak wykazania realnego udostępnienia Konsorcjum Romgos zasobów przez Zakład

Remontowo Budowlany Instalacje Wod. – Kan., C.O., Gaz, s.c. J. P., J. J.. Jeżeli uznać zarzut za przedwczesny, to ostatecznie względem Konsorcjum Romgos powinna zostać zastosowana procedura z art. 122 Pzp: *jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.*

Zgodnie z art. 118 ust. 3 Pzp wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotu udostępniającego składa wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Obowiązkiem Zamawiającego jest ocena realności udostępniania przez podmiot trzeci zasobu, czego zdaniem Budimex Zamawiający w postępowaniu zaniechał.

Odwołujący 1 zarzucał, że zobowiązanie do oddania zasobów, złożone przez Konsorcjum Romgos dla zasobów Zakład Remontowo Budowlany Instalacje Wod. – Kan., C.O., Gaz, s.c. J. P., J. J., nie ma realnego charakteru i jest to jedynie sztuczny zabieg, podyktowany potrzebą wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, którego Konsorcjum Romgos samodzielnie nie spełnia.

Konsorcjum Romgos zaoferowało chęć realizacji przedmiotowego zamówienia za kwotę 491 997 212,11 zł brutto. Zamawiający, jako warunek udziału w postępowaniu oczekiwał od wykonawców, wykazaniem się średniorocznymi przychodami z ostatnich trzech lat obrotowych na poziomie 160 000 000 zł. Konsorcjum Romgos samodzielnie nie spełnia tego warunku. Przyjmując, że dopuszczalne jest wykazanie spełnienia warunku przez posiłkowanie się zasobami podmiotu trzeciego, to należy ocenić, czy udostępniony zasób rzeczywiście potwierdza, że wykonawca, któremu zasób jest udostępniany, spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący 1 zwrócił uwagę na treść zobowiązania Zakładu Remontowo Budowlanego Instalacje Wod. – Kan., C.O., Gaz, s.c. J. P., J. J.. Poza informacją o średniorocznych przychodach, znajduje się też w nim informacja co do sposobu i okresu wykorzystania zasobów: *„wsparcie finansowe i ekonomiczne w formie pożyczki – współfinansowanie przedmiotowej inwestycji przez cały okres realizacji budowy gazociągu”.*

W ocenie Odwołującego 1 taka treść zobowiązania nie potwierdza realnego udostępnienia zasobów. Deklaracja podmiotu udostępniającego zasób ma charakter blankietowy, z jego treści nie sposób wywnioskować, w jakiej wysokości pożyczki podmiot zamierza udzielić, czy będzie to pożyczka na poziomie 1000 zł czy 100 000 000 zł, w jakich

warunkach pożyczka będzie udzielona, do jakiej wysokości, czy pożyczka została już udzielona? Ogólnikowa treść dokumentu nie może stanowić o realnym udostępnieniu przez podmiot jego zasobów, w zakresie adekwatnym do rozmiaru całego przedsięwzięcia.

Aby uznać, że warunek udziału jest spełniony dzięki udostępnieniu potencjału, pożyczka musiałaby opiewać co najmniej na kwotę, której brakuje Konsorcjum Romgos do wymaganej sumy przychodu 160 000 000 zł, a więc 26 618 098,50 zł (licząc 16-miesięczne przychody Romgos Engineering), co może budzić wątpliwości z uwagi na wartość kontraktu sięgającą blisko 500 mln.

Blankietowa deklaracja odnośnie pożyczki, ma o tyle istotne znaczenie, że Zakład Remontowo Budowlany Instalacje Wod. – Kan., C.O., Gaz, s.c. J. P., J. J., zgodnie z treścią formularza ofertowego Konsorcjum Romgos, nie będzie brał udziału w realizacji części zamówienia, co jego deklarację co do udostępnienia zasobu w postaci średniorocznego przychodu czyni jeszcze bardziej pozorną. Podmiot, który udostępnia swoje zasoby nie będzie więc zaangażowany w realizację kontraktu.

Nawet jeżeli podmiot ten zamierza udzielić Konsorcjum Romgos pożyczki, to deklarowane wsparcie i gotowość do współfinansowania inwestycji należy oceniać przez pryzmat możliwości podmiotu, który nie jest dużym przedsiębiorstwem. Realność udostępnienia zasobów musi być badana z uwzględnieniem wartości i rozmiaru zamówienia. Bazując wyłącznie na dokumentach Konsorcjum Romgos, dziwić może brak zakwestionowania przez Zamawiającego realności udostępnionego potencjału, skoro, w bilansie za rok 2020 r. wskazuje się, że:

- 1) bieżące środki pieniężne w kasie i na rachunkach podmiotu to zaledwie 123 347,17 zł;
- 2) podmiot finansuje się z kredytów i pożyczek w wysokości 4 822 748,40 zł, z czego do dyspozycji na rachunkach pozostaje kwota 123 347,17 zł;
- 3) suma bilansowa podmiotu (w dużym uproszczeniu - cały majątek księgowy podmiotu) to zaledwie 24 316 329,55 zł;
- 4) zysk wygenerowany przez podmiot w 2020 r. wynosi 1 333 116,59 zł i jest o przeszło milion zł niższy niż w roku 2019 r.

Podstawowe dane liczbowe pokazują, że Zakład Remontowo Budowlany Instalacje Wod. – Kan., C.O., Gaz, s.c. J. P., J. J. jest stosunkowo małym przedsiębiorstwem, który nie ma realnej możliwości faktycznego zabezpieczenia czy też wsparcia kontraktu wartego blisko 500 mln zł, co oznacza, że deklarowane współfinansowanie kontraktu jest wymuszone potrzebą wykazania przez Konsorcjum Romgos spełniania warunku udziału w postępowaniu, niż gotowością rzeczywistego „kredytowania” kontraktu, która mogłaby mieć wymiar co najwyżej symboliczny, ale całkowicie nieadekwatny do wartości przedmiotu zamówienia.

Z tych powodów Budimex uważa, że Konsorcjum Romgos nie wykazało, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności finansowej i ekonomicznej, o którym mowa w rozdziale X ust. 3 SWZ, co oznacza, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona. Jeżeli nawet uznać, że żądanie jest przedwczesne, to względem Konsorcjum Romgos powinna zostać zastosowana procedura z art. 122 Pzp.

Warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy - gazociąg

W rozdziale X ust. 5 SWZ Zamawiający postawił warunki udziału odnoszące się do doświadczenia wykonawcy, wymagając między innymi:

W okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowali:

1) co najmniej jedno zamówienie polegające na budowie rurociągu do przesyłu paliw płynnych lub gazowych o następujących parametrach spełnionych łącznie:

- a) o długości co najmniej: 30 km,*
- b) o maksymalnym ciśnieniu roboczym MOP, w rozumieniu rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 26 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać sieci gazowe i ich usytuowanie (Dz. U. z 2013 r., poz. 640), co najmniej 6,3 MPa,*
- c) o średnicy co najmniej DN 700,*
- d) z rur stalowych o gatunku co najmniej L485 zgodnie z wymaganiami normy PN-EN ISO 3183 (lub EN10208-2) lub X70 zgodnie z wymaganiami normy API5L,*
- e) którego część liniowa była spawana w sposób zmechanizowany lub zautomatyzowany. Zamawiający dopuszcza normy równoważne do wszystkich powyżej. Zamawiający „spawanie w sposób zmechanizowany” definiuje jako realizację spawania obwodowego z zastosowaniem centrownika wewnętrznego, w której głowica automatu spawalniczego, spawającego złącze doczołowe rur rurociągu porusza się po prowadnicy zamontowanej na spawanej rurze.*

Zamawiający „spawanie w sposób zautomatyzowany” definiuje jako realizację spawania obwodowego z zastosowaniem centrownika wewnętrznego, gdzie pierwszy ścieg graniowy wykonany jest w sposób zautomatyzowany oraz głowica automatu spawalniczego, spawającego złącze doczołowe rur rurociągu porusza się po prowadnicy zamontowanej na spawanej rurze.

Na potwierdzenie spełnienia wyżej wymienionego warunku Konsorcjum Romgos wykazało dwie inwestycje, przy czym żadna z nich nie spełnia wyżej wymienionego warunku.

Pierwszym zadaniem wskazanym przez Konsorcjum Romgos była „Rozbudowa gazociągu Zdieszowice – Wrocław DN 1000 MPO 8,4 MPa wraz z obiektami towarzyszącymi i infrastrukturą niezbędną do jego obsługi, odcinek I – Brzeg – Zębice-

Kielczów, w ramach budowy gazociągu Zdieszowice – Wrocław gazociąg Brzeg – Zębice i Gazociągu Granica Rzeczypospolitej Polskiej (Lasów) – Taczalin – Radakowice – Gałów – Wierzchowice gazociąg Zębice - Kielczów”, przy czym spółka Romgos G. Sp. z o.o. nie była generalnym wykonawcą tego zadania, a jedynie podwykonawcą spółki Stalprofil S.A. Odwołujący 1 nie zaprzeczył, że Romgos G. Sp. z o.o. brała udział w realizacji przedmiotowego zamówienia, ale podkreśla, że zakres wykonanych przez tego wykonawcę robót w ramach zadania Zdieszowice – Wrocław nie jest wystarczający do uznania, że wykonawca legitymuje się doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego w rozdziale X ust. 5 pkt 1 SWZ.

Odwołujący 1 zwrócił uwagę, że w przypadku doświadczenia zdobytego jako podwykonawca generalnego wykonawcy, musi być ono ustalane w odniesieniu do faktycznych czynności, jakie podwykonawca realizował w ramach danego kontraktu. Doświadczenie podwykonawcy nie może być automatycznie utożsamiane z doświadczeniem, jakie zdobył w ramach tego kontraktu generalny wykonawca.

Te same zasady ustalania zakresu doświadczenia wykonawcy dotyczą zarówno członków konsorcjum, którzy wspólnie realizowali zamówienie, jak i właśnie podwykonawców. Każdy z nich zdobywa doświadczenie wyłącznie w takim zakresie, w jakim faktycznie realizował zamówienie (tak wyrok Izby z dnia 11 kwietnia 2018 r., sygn. akt: KIO 568/18, LEX nr 2515219).

Warunek udziału w postępowaniu dotyczyć miał doświadczenia w realizacji zamówienia polegającego na budowie rurociągu do przesyłu paliw płynnych lub gazowych o określonych parametrach. Użycie przez Zamawiającego słowa „polegającego na” oznacza, że Zamawiający wymaga od wykonawców doświadczenie w realizacji ściśle przedmiotu zamówienia, tj. budowy rurociągu do przesyłu paliw płynnych lub gazowych (gazociągu). Zamawiający nie oczekuje od wykonawców doświadczenia w wykonywaniu pewnego wycinka robót budowlanych, które wchodzi w zakres inwestycji polegającej na budowie gazociągu, co oznacza, że oczekuje od wykonawcy doświadczenia w wykonaniu wszystkich prac, które są niezbędne do wykonania gazociągu lub rurociągu do przesyłu paliw płynnych.

Zamawiający w warunku odwołuje się do rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 26 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać sieci gazowe i ich usytuowanie, gdzie w § 2 pkt 6 zawarta jest definicja gazociągu, za który uważa się: *rurociąg z wyposażeniem, ułożony na zewnątrz stacji gazowej, obiektów wydobywających, wytwarzających, magazynujących lub użytkujących gaz ziemny, służący do transportu gazu ziemnego*. Ostateczny efekt w postaci „gazociągu” jest więc wynikiem różnych prac koniecznych do wykonania rurociągu i jego niezbędnego wyposażenia, który umożliwia transport gazu ziemnego. Doświadczenie w budowie gazociągu wymaga więc

doświadczenia w wykonaniu tych wszystkich prac, których efektem jest powstanie rurociągu, który będzie służył do transportu gazu ziemnego.

Spółka Romgos G. sp. z o.o. nie wykonała wszystkich prac, które zostały się na oczekiwany przez Zamawiającego efekt w postaci gazociągu, a wykonała jedynie pewien fragment prac, który dopiero w połączeniu z innymi pracami (wykonywanymi przez zupełnie inne podmioty) złożył się na efekt – w postaci gazociągu. Ten stan rzeczy wyklucza możliwość przyjęcia, że taki wykonawca posiada wymagane doświadczenie w budowie gazociągu o określonych parametrach, czego Zamawiający nie dostrzegł.

Według treści przedłożonych referencji, wartość robót wykonanych przez Romgos G. Sp. z o.o. na tym zadaniu wyniosła 58 896 997 zł, podczas gdy wartość całego kontraktu to aż 161 627 000 zł (bez prawa opcji) i 187 268 000 zł (z prawem opcji). Powyższe oznacza, że wartość prac wykonanych przez Romgos G. Sp. z o.o. stanowi 31,45% wartości całego kontraktu (z prawem opcji) i 36,44% wartości kontraktu (bez prawa opcji), czyli w uproszczeniu ok. 1/3 całości. Już na podstawie wyłącznie tych danych liczbowych nie jest możliwe uznanie, że Romgos G. Sp. z o.o. mógł faktycznie nabyć doświadczenie w budowie gazociągu, choć wartość wykonanych przez niego prac stanowi ok. 1/3 wartości całego kontraktu, a roboty wykonane przez tego wykonawcę w ramach omawianego zadania dotyczyły całego etapu a nie np. 1/3 tego etapu.

Spółka Romgos wykonała jedynie określone roboty budowlane, wchodzące w zakres robót budowlanych wymaganych przy budowie gazociągu, przy czym w zakres jej prac nie wchodziła część robót, które są istotną częścią prac, nie tylko z punktu widzenia technologicznego, ale też cenotwórczego, bez których nie można mówić o powstaniu gazociągu i bez których nie jest możliwy transport gazu (podstawowa funkcja gazociągu). Spółka Romgos nie wykonywała odcinków bezwykopowych, przewiertów i przecisków, których wartość (wg oferty Stalprofil S.A.) stanowi przeszło 22% wartości kontraktu, czyli przeszło 36 mln. zł. Wykonanie tych prac, umożliwia wykonanie gazociągu jako technologicznej całości. Takich robót spółka nie wykonywała.

Zgodnie z przytoczoną powyżej definicją – gazociąg to rurociąg z wyposażeniem, służący do transportu gazu ziemnego. Zgodnie z § 34 wymienionego rozporządzenia: gazociąg, przed oddaniem do użytkowania, należy poddać próbie wytrzymałości i próbie szczelności. Romgos nie wykonywała prób ciśnieniowych, rozruchu, nie odpowiadała za odbiory techniczne, nie przeprowadzała rozruchu ochrony katodowej (ochrona elektrochemiczna uzyskana przez obniżenie potencjału korozyjnego do poziomu, przy którym szybkość korozji metalu ulega znacznemu zmniejszeniu), bez wykonania których gazociąg nie może spełniać swojej funkcji. Nie wykonywał też robót z zakresu ochrony katodowej. Wartość takich prac to około 15% wartości kontraktu.

Mając na uwadze zakres prac faktycznie wykonanych przez spółkę Romgos nie sposób uznać, że nabyła ona doświadczenie w budowie gazociągu, który ze swej istoty musi stanowić funkcjonalną całość. W ocenie Odwołującego 1 doświadczenie Romgos to doświadczenie w wykonywaniu części robót, które są elementem prac wykonywanych przy budowie gazociągu, ale nie wszystkich prac, które są niezbędne do wykonania gazociągu jako całości.

Z tego też względu prace w ramach zadania: Zdieszowice – Wrocław nie są wystarczające do uznania, że całe Konsorcjum Romgos wykazało, że spełnia warunek udziału, o którym mowa w rozdziale X ust. 5 pkt 1 SWZ.

Odwołujący 1 uważa, że Konsorcjum Romgos najwyraźniej zdawało sobie sprawę z tego, że doświadczenie zdobyte w ramach tego zadania może okazać się niewystarczające do uznania, że wykonawca posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie, w wykazie doświadczenia wskazało również drugą inwestycję, tj. *„Budowa międzysystemowego gazociągu Polska – Litwa odcinek południowy tj. odcinek realizacyjny część 1 od Tłocznicy Gazu Hołowczyce I wraz z układem włączeniowym do granicy woj. Mazowieckiego o długości ok. 72,5 km”*. Analogicznie jednak, spółka Romgos nie wykonuje całości robót samodzielnie, a wspólnie z innym wykonawcą, tj. Przedsiębiorstwem Budowlano-Melioracyjnym TOLOS P. W. i wspólnicy sp.k., który był Liderem Konsorcjum. Romgos nie działa nawet jako Lider Konsorcjum, więc nie jest możliwe, aby nabyła doświadczenie w takim samym zakresie, jak całego konsorcjum. Zakres prac wykonanych faktycznie przez Romgos nie pozwala na uznanie, że są spełnione warunki z rozdziału X ust. 5 pkt 1 SWZ.

Z treści przedłożonych referencji z dnia 21 kwietnia 2021 r. wynika, że przedmiotowe zadanie nie zostało zakończone (*w ujęciu całościowym - wszystkie roboty objęte kontraktem - aktualne zaawansowanie wynosi: ilościowe 40%, finansowe: 67.724.545,61 zł netto*).

Zgodnie z literalnym brzmieniem warunku wykonawca ma się wykazać, że zrealizował określone zamówienie, czyli zadanie a nie określone roboty budowlane. Skoro Zamawiający użył formy dokonanej „zrealizował” i słowa: „zadanie”, to oznacza, że interesuje go doświadczenie wyłącznie w odniesieniu do już zrealizowanych zadań, a nie zadań, które są dopiero realizowane. Zamawiający nie ograniczył warunku udziału do pewnej grupy robót budowlanych, odnosząc się do całego zadania inwestycyjnego. Treść referencji nie potwierdza, że dotychczas wykonane prace zostały wykonane w sposób prawidłowy, co jest przecież istotą referencji i jest niezbędne do wykazania przez wykonawcę deklarowanego doświadczenia. Oznacza to, że również nieukończone zadanie polegające na budowie gazociągu Polska – Litwa nie potwierdziło, że Konsorcjum Romgos wykazało, że posiada doświadczenie, o którym mowa w rozdziale X ust. 5 pkt 1 SWZ.

Wobec powyższego Zamawiający naruszył art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Romgos do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale X ust. 5 pkt 1 SWZ, a co najmniej poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Romgos do wyjaśnienia zakresu prac, jakie Romgos G. Sp. z o.o. wykonała w ramach wskazanych na potrzeby przedmiotowego warunku dla zadań w oparciu o przepis art. 128 ust. 4 Pzp.

Warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy – tłocznia gazu

W rozdziale X ust. 5 pkt 2 SWZ Zamawiający postawił też kolejny warunek udziału odnoszący się do doświadczenia wykonawcy, wymagając:

co najmniej jedno zamówienie, o wartość nie niższej niż 10.000.000,00 zł brutto (słownie: dziesięć milionów złotych), polegające na budowie lub przebudowie lub rozbudowie:

- a) stacji gazowej wysokiego ciśnienia, spełniającej co najmniej funkcje rozdzielczą i pomiarową, lub redukcyjno – pomiarową lub*
- b) tłoczni gazu ziemnego lub*
- c) magazynu gazu ziemnego lub*
- d) elektrowni lub elektrociepłowni gazowych.*

Przytoczone powyżej pojęcia „tłocznia gazu ziemnego” i „magazyn gazu ziemnego” winny być rozumiane zgodnie z ich definicjami podanymi w § 2 Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 26 kwietnia 2013 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać sieci gazowe i ich usytuowanie (Dz. U. 2013 poz. 640). Zamawiający uzna również za spełniony warunek, o którym mowa w rozdziale X ust. 5 SWZ, jeżeli Wykonawca wykaże się spełnieniem warunku opisanego w pkt 1) i 2) powyżej w ramach jednego zamówienia.

Celem wykazania spełnienia warunku Konsorcjum Romgos polega na zasobach podmiotu trzeciego, tj. spółki Torpol Oil & Gas Sp. z o.o., która zrealizowała na rzecz Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa SA inwestycję pod nazwą: „Przebudowa tłoczni gazu ziemnego Załącze oraz modernizacja kotłowni”.

Zadanie to, choć w nazwie zadania zawiera słowo „przebudowa tłoczni” w rzeczywistości nie polegało na jej przebudowie a jedynie na remoncie. O charakterze robót nie świadczy ich nazwa, a rzeczywisty zakres, co oznacza, że Zamawiający zobowiązany jest do każdorazowego zweryfikowania, czy deklarowany przez wykonawcę zakres robót rzeczywiście odpowiada nazwie użytej przez wykonawcę lub inwestora zadania.

Zarówno pojęcie „przebudowy”, jak i „remontu” zostały zdefiniowane w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlanego. Zgodnie z § 3 pkt 7b i 8 Prawa budowlanego:

1) *przebudowa - należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego;*

2) *remont - należy przez to rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.*

W ocenie Odwołującego 1 w ramach omawianego zadania nie doszło do zmiany parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu tłoczni. Prace wykonane w ramach tego zadania dotyczyły rurociągów przyłączeniowych tłoczni a nie samej tłoczni, w tym urządzeń do tłoczenia czy magazynowania gazu. Prace polegały przede wszystkim na likwidacji nieczynnych instalacji naziemnych i podziemnych, zmianie orurowania wraz z armaturą odcinającą dla rurociągów łączących instalacje OC KGZ Załącze z tłoczną, co świadczy o remoncie obiektu a nie jego przebudowie. Prowadzone były również prace związane w wymianą orurowania zasilającego część urządzeń w ciepło technologiczne na orurowanie z preizolacją cieplną. Zakres robót objętych zamówieniem i ich charakter nie wymagał oceny oddziaływania na środowisko. Nie wpisuje się w definicje używane w ustawie Prawo budowlane.

Zamawiający podjął próbę zweryfikowania treści listu referencyjnego, zwracając się do inwestora z prośbą o potwierdzenie autentyczności listu referencyjnego oraz potwierdzenie, że zakres zamówienia odpowiadał zakresowi wskazanemu przez Wykonawcę. W odpowiedzi inwestor potwierdził jedynie, że jest wystawcą listu referencyjnego, ale uchylił się od potwierdzenia zakresu zadania, co powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Pomimo uchylenia się przez inwestora od odpowiedzi Zamawiający zaniechał dalszej weryfikacji zakresu zadania.

Skoro warunek udziału z rozdziału X ust. 5 pkt 2 SWZ odnosił się wyłącznie do „budowy”, „przebudowy” lub „rozbudowy” (z pominięciem remontu), to nie jest to działanie przypadkowe, tylko Zamawiający wyłączył z zakresu warunku doświadczenie wykonawców polegające na remoncie odpowiednich budynków.

Zamawiający naruszył Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Romgos do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału określonego w rozdziale X ust. 5 pkt 2 SWZ, a co najmniej zaniechanie wezwania Konsorcjum Romgos do wyjaśnienia zakresu prac, jakie Torpol

Oil & Gass Sp. z o.o. wykonała w ramach zadania w obszarze tłoczni Załącze w oparciu o przepis art. 128 ust. 4 Pzp.

Brak zaświadczenia z KRK dla P. J. oraz dla J. J. (Zakład Remontowo Budowlany Instalacje Wod. – Kan., C.O., Gaz, s.c. J. P., J. J.) oraz dla Z. R. (Techno – Pomiar Sp. z o.o.)

Konsorcjum Romgos przedłożyło elektroniczne kopie trzech dokumentów: zaświadczenia z KRK dla P. J. oraz dla J. J. (Zakład Remontowo Budowlany Instalacje Wod. – Kan., C.O., Gaz, s.c. J. P., J. J.) oraz dla Z. R. (Techno – Pomiar Sp. z o.o.) – poświadczone za zgodność z oryginałem przez P. G., Prezesa Zarządu spółki ROMGOS G. Sp. z o.o.

Zgodnie z § 6 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. 2020 poz. 2452, dalej jako: Rozporządzenie): poświadczona zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, o którym mowa w ust. 2, dokonuje w przypadku: podmiotowych środków dowodowych oraz dokumentów potwierdzających umocowanie do reprezentowania – odpowiednio wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, w zakresie podmiotowych środków dowodowych lub dokumentów potwierdzających umocowanie do reprezentowania, które każdego z nich dotyczą.

Elektroniczne kopie trzech dokumentów poświadczone za zgodność z oryginałem przez P. G., Prezesa Zarządu ROMGOS G. Sp. z o.o., nie spełniają wymogów § 6 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia, a więc Konsorcjum Romgos ma obowiązek uzupełnienia tych dokumentów w trybie art. 128 Pzp.

Zobowiązanie do oddania zasobów udzielone wykonawcy Stalprofil sp. z o.o.

Wykonawca Stalprofil zajmujący obecnie drugie miejsce na liście rankingowej złożył wraz z ofertą zobowiązanie spółki Izostal S.A. do oddania zasobów w zakresie zdolności zawodowej tego wykonawcy zdobyte w ramach zadania: „*Wykonanie robót budowlanych oraz prac rozruchowych, związanych z rozbudowa węzła Odolanów – etap I – dostosowanie do pracy na ciśnienia 8,4 MPa i połączenia węzła z nowym gazociągiem Gustorzyn – Odolanów DN700*”. Zobowiązanie udostępnione Odwołującemu 1 i wzbudza wątpliwości co do faktycznej możliwości udostępnienia zasobów w zakresie zdolności zawodowej wykonawcy.

Zobowiązanie zostało przedłożone Zamawiającemu w celu wykazania spełnienia warunków udziału w zakresie doświadczenia wykonawcy, przy czym spółka Izostal S.A. nie

jest przedsiębiorstwem budowlanym. Zgodnie z informacjami zawartymi na stronie internetowej wykonawcy: „Izostal S.A. z siedzibą w Kolonowskim jest firmą produkcyjno-handlową, działającą na krajowym i zagranicznym rynku dóbr inwestycyjnych od 1993 roku. W krótkim okresie naszej działalności osiągnęliśmy pozycję jednego z wiodących dostawców rur dla sektora gazowniczego w Polsce i pozostałych krajach Europy Środkowo - Wschodniej. Co więcej zdobyliśmy miano uznanego dostawcy rur dla przemysłu paliwowego, ciepłownictwa, wodociągów i kanalizacji oraz wielu innych przeznaczeń. Dla kompleksowej obsługi naszych klientów, Spółka Izostal S.A. zajmuje się dystrybucją rur stalowych, wyrobów hutniczych oraz armatury stalowej.”.

Wymienione zadanie było realizowane w formule konsorcjum 4 firm: JT SA (Lider), Izostal S.A., EDA Serwis Sp. z o.o. oraz GP Energia. W ramach zamówienia Izostal S.A. odpowiadał przede wszystkim za dostawę rur, co oznacza, że nie może użyczyć Stalprofil doświadczenia w wykonywaniu zadań polegających na wykonaniu wyspecyfikowanych robót budowlanych na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału.

W przypadku doświadczenia zdobywanego przez członka konsorcjum, składającego się z wykonawców wspólnie ubiegających się o realizację zamówienia istotny jest zakres prac, jaki w ramach danego konsorcjum wykonywał każdy z wykonawców. Doświadczenie zdobyte przez konsorcjanta wynika więc z faktycznych praw wykonanych tego wykonawcę.

Według najlepszej wiedzy Odwołującego 1 doświadczenie zdobyte przez Izostal S.A. w ramach wskazanego zadania ma bardzo wąski zakres, sprowadzający się przede wszystkim do dostawy rur i innych materiałów budowlanych, co oznacza, że Izostal S.A. nie może udostępnić Stalprofil doświadczenia w wykonaniu całości robót budowlanych oraz prac rozruchowych wykonanych na tym zadaniu, a wyłącznie ten wycinek prac objętych kontraktem, który rzeczywiście realizował. Wobec ogólnej treści zobowiązania Odwołujący 1 nie jest nawet w stanie ustalić, na potrzeby jakiego warunku udziału zobowiązanie jest składane, co uwagi na profil działalności spółki budzi wątpliwości co do realności udostępnienia zasobów.

Zamawiający powinien zastosować względem Stalprofil procedurę z art. 122 Pzp i zażądać, aby wykonawca, w terminie określonym przez Zamawiającego, zastąpił Izostal S.A. innym podmiotem albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału. Nawet jeżeli uznać, że zarzut jest przedwczesny, to Zamawiający naruszył art. 128 ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Stalprofil do wyjaśnień w zakresie rzeczywistych prac wykonanych przez Izostal S.A. celem oceny możliwości udostępnienia Stalprofil doświadczenia w zakresie realizacji robót budowlanych i wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań, odwołania nie zawierały braków formalnych i mogły zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 513 ustawy Pzp. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji wybór oferty innego wykonawcy jako najkorzystniejszej, pozbawia Odwołujących możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia, co stanowi ich materialną szkodę.

W sprawach zgłoszono następujące przystąpienia:

KIO 2474/21

Przystąpienia po stronie Odwołującego:

- 1) Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie;
- 2) Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: (1) NDI Energy sp. z o.o.; (2) NDI S.A.; (3) ZRUG sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera w Dopiewie;
- 3) PORR S.A. z siedzibą w Warszawie.

KIO 2501/21

Przystąpienia po stronie Odwołującego:

- 1) Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: (1) NDI Energy sp. z o.o.; (2) NDI S.A.; (3) ZRUG sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera w Dopiewie;
- 2) PORR S.A. z siedzibą w Warszawie

W obu sprawach przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – (1) Konsorcjum: ROMGOS Sp. z o.o. (2) ENGINEERING Sp. k., (3) ROMGOS G. Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera w Jarocinie.

Izba potwierdziła skuteczność wszystkich przystąpień.

Zamawiający i Przystępujący konsorcjum Rogmos złożyli pisemne stanowiska, w których zgodnie wnosili o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego na nośniku elektronicznym Izba ustaliła, że zgodnie z zapisami SWZ – Rozdział VIII. INFORMACJA O ŚRODKACH KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ, PRZY UŻYCIU KTÓRYCH ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE KOMUNIKOWAŁ SIĘ Z WYKONAWCAMI, ORAZ INFORMACJE O WYMAGANIACH TECHNICZNYCH I ORGANIZACYJNYCH SPORZĄDZANIA, WYSYŁANIA I ODBIERANIA KORESPONDENCJI ELEKTRONICZNEJ - jednolity dokument składany przez Wykonawcę, a także przez każdego z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia oraz podmioty, na których zdolnościach lub sytuacji polega Wykonawca na zasadach określonych w art. 118 Ustawy, miał zostać złożony, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej, tj. w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, przez osoby uprawnione do reprezentacji podmiotu, którego dotyczy Jednolity dokument. Oświadczenie to potwierdzało brak podstaw wykluczenia każdego z Wykonawców lub podmiotu udostępniającego zasoby oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim każdy z Wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego.

W ramach ustalonych warunków udziału w postępowaniu (Rozdział IX. SWZ) Zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy potwierdzą posiadanie średniorocznego przychodu w okresie ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w wysokości co najmniej 160 000 000,00 złotych (słownie: sto sześćdziesiąt milionów złotych) – ust. 3 oraz potwierdzą, że wskaźnik płynności bieżącej za ostatni zakończony rok obrotowy, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, jest nie mniejszy niż 1,10. Wskaźnik płynności bieżącej zostanie wyliczony zgodnie z następującym wzorem:
$$\frac{\text{aktywa obrotowe (bez należności handlowych powyżej 12 miesięcy prezentowanych w aktywach obrotowych, jeżeli występują)}}{[\text{zobowiązania krótkoterminowe (bez zobowiązań handlowych powyżej 12 miesięcy prezentowanych w zobowiązaniach krótkoterminowych, jeżeli występują)} + \text{rezerwy krótkoterminowe prezentowane w zobowiązaniach długoterminowych (jeżeli występują)} + \text{bierno rozliczenia międzyokresowe krótkoterminowe (jeżeli występują i nie są już ujęte w zobowiązaniach krótkoterminowych)}]}$$
 – ust. 4 a także w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali: co najmniej jedno zamówienie, o wartości nie niższej niż 10.000.000 zł brutto (słownie: dziesięć milionów złotych), polegające na budowie lub przebudowie lub rozbudowie:

- a) stacji gazowej wysokiego ciśnienia, spełniającej co najmniej funkcję rozdzielczą i pomiarową, lub redukcyjno – pomiarową lub
- b) tłoczni gazu ziemnego lub
- c) magazynu gazu ziemnego lub
- d) elektrowni lub elektrociepłowni gazowych.

Przytoczone powyżej pojęcia: „tłocznia gazu ziemnego” i „magazyn gazu ziemnego” winny być rozumiane zgodnie z ich definicjami podanymi w § 2 Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 26 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać sieci gazowe i ich usytuowanie (Dz.U. 2013 poz. 640) – ust. 5 pkt 2. Zamawiający uznawał również za spełniony warunek, o którym mowa w Rozdziale X ust. 5 SWZ, jeżeli Wykonawca wykaże się spełnieniem warunku opisanego w pkt 1) i 2) powyżej w ramach jednego zamówienia.

Ponadto Zamawiający wymagał, by Wykonawcy w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowali:

1) co najmniej jedno zamówienie polegające na budowie rurociągu do przesyłu paliw płynnych lub gazowych o następujących parametrach spełnionych łącznie:

- a) o długości co najmniej: 30 km,
- b) o maksymalnym ciśnieniu roboczym MOP, w rozumieniu rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 26 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać sieci gazowe i ich usytuowanie (Dz. U. z 2013 r., poz. 640), co najmniej 6,3 MPa,
- c) o średnicy co najmniej DN 700,
- d) z rur stalowych o gatunku co najmniej L485 zgodnie z wymaganiami normy PN-EN ISO 3183 (lub EN10208-2) lub X70 zgodnie z wymaganiami normy API5L,
- e) którego część liniowa była spawana w sposób zmechanizowany lub zautomatyzowany. Zamawiający dopuszcza normy równoważne do wszystkich powyżej. Zamawiający „spawanie w sposób zmechanizowany” definiuje jako realizację spawania obwodowego z zastosowaniem centrownika wewnętrznego, w której głowica automatu spawalniczego, spawającego złącze doczołowe rur rurociągu porusza się po prowadnicy zamontowanej na spawanej rurze.

Zamawiający „spawanie w sposób zautomatyzowany” definiuje jako realizację spawania obwodowego z zastosowaniem centrownika wewnętrznego, gdzie pierwszy ścieg graniowy wykonany jest w sposób zautomatyzowany oraz głowica automatu spawalniczego, spawającego złącze doczołowe rur rurociągu porusza się po prowadnicy zamontowanej na spawanej rurze.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

1) W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia brak podstaw wykluczenia, o których mowa w ust. 1. musi zachodzić wobec każdego z tych Wykonawców.

2) Warunek opisany w ust. 2. - ust. 10 może spełniać łącznie grupa Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia.

3) Zamawiający wymagał, aby spełnianie warunków określonych w ust. 4. zostało wykazane łącznie przez wszystkie podmioty (dotyczy zarówno Wykonawców, jak i innych podmiotów udostępniających zasoby w rozumieniu art. 118 Ustawy), których przychód za ostatni zakończony rok obrotowy, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, został uwzględniony na potrzeby wykazania spełniania warunku określonego w ust. 3.

Poleganie na zasobach innych podmiotów:

4) Wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w ust. 2. – ust. 10. mógł polegać na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 118 Ustawy.

5) Zamawiający oceniał, czy udostępniane Wykonawcy przez podmiot udostępniający zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także badał, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem Wykonawcy w Rozdziale X ust. 1 i XI SWZ.

Z Rozdziału XII. WYKAZ PODMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH wynikało, że w przypadku oferty składanej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wymóg złożenia Jednolitego dokumentu dotyczył każdego z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Jednolity dokument dotyczący każdego z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia musiał zostać złożony, pod rygorem nieważności, w postaci dokumentu elektronicznego, podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Dokumenty te potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia w zakresie, w którym każdy z Wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Jeżeli Wykonawca powoływał się na zasoby innych podmiotów na zasadach określonych w art. 118 Ustawy, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu oraz spełniania, w zakresie w jakim Wykonawca powołuje się na ich zasoby warunków udziału w postępowaniu, składał Jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów. Jednolity dokument dotyczący każdego z podmiotów, na których zdolnościach lub sytuacji polega Wykonawca na zasadach określonych w art. 118 Ustawy, musiał zostać złożony, pod rygorem nieważności, w postaci dokumentu elektronicznego, podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Wykonawcy mieli złożyć m.in. część sprawozdania finansowego, tj. w szczególności bilans oraz rachunek zysków i strat, a jeżeli podlega ono badaniu zgodnie z przepisami o rachunkowości to wraz ze sprawozdaniem z badania przez firmę audytorską o tym sprawozdaniu finansowym, z okresu ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres, potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale X ust. 3 i 4.

Za ostatni zakończony rok obrotowy Zamawiający rozumiał ostatni zakończony rok obrotowy Wykonawcy, nawet jeśli przepisy prawa nie wymagają na dzień składania ofert dysponowania zatwierdzonymi sprawozdaniami finansowymi. Powyższe dotyczyło zarówno Wykonawców, jak i podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 Ustawy.

Jeżeli Wykonawca, zgodnie z przepisami o rachunkowości obowiązującymi w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie ma obowiązku sporządzenia sprawozdania finansowego, zamiast dokumentu, o którym mowa w pkt 13), składał inne dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale X ust. 3 i 4.

W przypadku, gdy Wykonawca zgodnie z przepisami o rachunkowości jest zobowiązany do sporządzenia sprawozdania finansowego za ostatni zakończony rok obrotowy, a wykaże spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale X ust. 3 i ust. 4 za pomocą innych dokumentów, Zamawiający zastrzegł sobie możliwość żądania przed zawarciem umowy przedłożenia części sprawozdania finansowego, tj. w szczególności bilansu oraz rachunku zysków i strat, w których zawarte będą dane na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale X ust. 3 i ust. 4. W przypadku, gdy sprawozdanie finansowe, zgodnie z przepisami o rachunkowości, podlega badaniu przez firmę audytorską, Zamawiający zastrzegł sobie możliwość żądania sprawozdania finansowego wraz z tą opinią. Żądanie będzie uzależnione od tego czy przepisy o rachunkowości wymagają już dysponowania takimi dokumentami przez Wykonawcę. Dotyczyło zarówno Wykonawców, jak i podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 Ustawy.

Wykonawcy byli również zobowiązani do złożenia Wykazu zamówień wykonanych w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, spełniających warunek określony w Rozdziale X ust. 5 SWZ. Jeżeli Wykonawca powoływał się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, wykonanych wspólnie z innymi Wykonawcami, wykaz dotyczyć miał robót budowlanych, w których wykonaniu Wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył.

Wykonawca, który polegał na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składał wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do

dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia lub inny środek dowodowy potwierdzający, że Wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Wykonawca jest zobowiązany wykazać Zamawiającemu, iż zobowiązanie zostało podpisane przez osobę lub osoby uprawnione do reprezentacji tego podmiotu.

W postępowaniu złożono następujące oferty:

- | | |
|--------------------------|-----------------------------|
| 1) Stalprofil S.A. | za cenę 536 167 985, 13 zł |
| 2) PORR S.A. | za cenę 710 694 000,00 zł |
| 3) Budimex S.A. | za cenę 609 996 307, 11 zł |
| 4) Konsorcjum Meliorex | za cenę 539 083 170,00 zł |
| 5) Konsorcjum NDI Energy | za cenę 614 998 860,69 zł |
| 6) Max Streicher | za cenę 647 415 994, 41 zł |
| 7) Konsorcjum Romgos | za cenę 491 997 212,11 zł |
| 8) Konsorcjum Cobra | za cenę 651 452 389, 37 zł |
| 9) Konsorcjum PPS | za cenę 772 939 181,97 zł |
| 10) Bonatti | za cenę 698 993 686, 50 zł. |

25 czerwca 2021 roku Zamawiający, na podstawie art. 126 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 2 ustawy Pzp wezwał Konsorcjum Romgos do przedłożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w Rozdziale XII ust. 2 SWZ oraz złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ustawy Pzp, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia, tj. jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. Rzeczone oświadczenia i dokumenty należało przedłożyć w formie określonej w treści Rozdziału XII i XV SWZ.

Złożono:

- 1) Sprawozdanie finansowe za lata 2018, 2019, 2020 dla Romgos G. Sp. z o.o. wraz ze sprawozdaniem z badania za lata 2019, 2020
- 2) Sprawozdanie finansowe za lata 2018, 2019, 2020 dla Romgos Sp. z o.o. Engineering Sp. k. obejmujące okres od 1/01/20220 do 30/04/2021;
- 3) Bilans wraz z rachunkiem zysków i strat oraz opinią biegłego rewidenta na dzień 31/12/2020 dla ZRB J. J., P. J., a także sprawozdanie finansowe (bilans oraz rachunek zysków i strat za 2018 rok,
- 4) W ramach Wykazu doświadczenia zawodowego wskazano na następujące zadania:
 - a) Budowa gazociągu Zdieszowice – Wrocław DN 1000 MOP 8,4 MPa wraz z obiektami towarzyszącymi i infrastrukturą niezbędną do jego obsługi, Odcinek 1 – Brzeg – Zębice – Kiełczów, w ramach budowy gazociągu Zdieszowice – Wrocław gazociąg Brzeg - Zębice i gazociągu granica Rzeczypospolitej Polskiej (Lasów) –

Taczalin – Radkowice – Gałów – Wierzchowice gazociąg Zębice – Kielczów; Zamówienie dotyczyło budowy rurociągu: do przesyłu paliw **/gazowych**; którego część liniowa była spawana w sposób: - zmechanizowany: **TAK*/NIE*** lub- zautomatyzowany: **TAK*/NIE***. Ciśnienie MOP wynosiło 8,4 MPa. Zamawiający był Stalprofil S.A.

b) Budowa międzysystemowego gazociągu stanowiącego połączenie systemów przesyłowych Rzeczypospolitej Polskiej i Republiki Litewskiej wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi na terenie województw mazowieckiego i podlaskiego tj. gazociąg Polska – Litwa odcinek południowy, odcinek realizacyjny 1: - od Tłoczni Gazu Hołowczyce I wraz z układem włączeniowym do granicy woj. mazowieckiego o długości ok. 72,5 km. Zamówienie dotyczyło budowy rurociągu: do przesyłu paliw **/gazowych**; którego część liniowa była spawana w sposób: - zmechanizowany: **TAK*/NIE*** lub- zautomatyzowany: **TAK*/NIE***. Ciśnienie MOP wynosiło 8,4 MPa. Zamawiający był Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz System.

c) Przebudowa tłoczni gazu ziemnego Załącze oraz modernizacja kotłowni. Zamówienie dotyczyło: przebudowy:

- stacji gazowej wysokiego ciśnienia **TAK/NIE*** spełniającej co najmniej funkcję:
 - rozdzielczą i pomiarową **TAK/NIE*** lub
 - redukcyjno – pomiarową **TAK/NIE*** lub
- tłoczni gazu ziemnego **TAK/NIE*** lub
- magazynu gazu ziemnego **TAK/NIE*** lub
- elektrowni lub elektrociepłowni gazowych **TAK/NIE***

Wartość zamówienia brutto wynosiła 14 912 028,00 PLN, Zamawiającym było Polskie Górnictwo i Gazownictwo Naftowe, a zamówienie realizował podmiot Torpol Oil & Gas Sp. z o.o.

5) Referencje do wykazu;

6) Zobowiązanie podmiotu ZMB P. J. i J. J. w zakresie udostępnienia zasobu sytuacji finansowej lub ekonomicznej. W zakresie wysokość udostępnianej sytuacji finansowej lub ekonomicznej) wskazano, że:

- średnioroczny przychód ze sprzedaży w okresie ostatnich trzech lat obrotowych w wysokości 31.464.763,99 zł;
- przychód netto ze sprzedaży w okresie ostatnich trzech latach obrotowych:
 - za rok 2018 w wysokości 31.230.577,38 zł;
 - za rok 2019 w wysokości 33.370.856,28 zł;
 - za rok 2020 w wysokości 29.792.858,32 zł.

Co do sposobu i okresu udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia (np. darowizna, kredyt, pożyczka, inne): wskazano, że będzie to wsparcie finansowe i ekonomiczne w formie pożyczki – współfinansowanie przedmiotowej inwestycji przez cały okres realizacji budowy gazociągu.

14 lipca 2021 roku Zamawiający zwrócił się do PGNiG o wyjaśnienie odnośnie do wystawionych referencji. Wykonawca złożył referencje dotyczące zadania „Przebudowa tłoczni gazu ziemnego Załęcze oraz modernizacja kotłowni”, wskazując jako zamawiającego Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. Oddział Geologii i Eksploatacji w Warszawie, a które to zamówienie zostało wykonane przez Torpol Oil & Gas Sp. z o.o., (podmiot trzeci, z którego zasobów korzysta Wykonawca w celu spełnienia powyżej podanego warunku udziału w postępowaniu). Wykonawca oświadczył, że zamówienie dotyczyło przebudowy tłoczni gazu ziemnego, a wartość zamówienia wynosiła 14.912.028,00 PLN brutto. Jako dowód potwierdzający realizację zamówienia w sposób należyty Wykonawca przedłożył kopię listu referencyjnego wystawionego przez Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. Oddział Geologii i Eksploatacji w Warszawie - Pion Inwestycji Górniczych, Dział Koordynacji i Nadzoru Inwestycji, podpisanego w oryginale przez Pana A. S., Dyrektora Inwestycji Górniczych. Zamawiający zwrócił się z prośbą o potwierdzenie, że Firma jest wystawcą dokumentu. Jednocześnie, w razie potwierdzenia autentyczności dokumentu, Zamawiający zwrócił się z prośbą o potwierdzenie, że zakres zamówienia „Przebudowa tłoczni gazu ziemnego Załęcze oraz modernizacja kotłowni”, odpowiadał zakresowi wskazanemu przez Wykonawcę w wykazie prac.

PGNiG potwierdził, że jest wystawcą referencji dla firmy Torpol Oil&Gas, która zrealizowała zadanie inwestycyjne w trybie pod klucz w sposób należyty i terminowy.

19 lipca 2021 roku Zamawiający, w trybie art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp wezwał Konsorcjum ROMGOS do wyjaśnienia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, zgodnie z Rozdziałem XII ust. 2 pkt 4) SWZ, Zamawiający żądał przedłożenia zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 Ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem podatków lub opłat wraz z zaświadczeniem zamawiający żąda złożenia dokumentów potwierdzających, że przed upływem terminu składania ofert Wykonawca dokonał płatności należnych podatków lub

opłat wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności.

Wykonawca przedłożył zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że Wykonawca tj. ROMGOS Sp. z o.o. ENGINEERING Sp. k. nie zalega z opłacaniem podatków i opłat w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 Ustawy na dzień 15.06.2021. Zamawiający analizując dokument stwierdził, iż zaświadczenie zostało podpisane przez pracownika Urzędu Skarbowego, Panią K.D., Kierownika Referatu, jednak Wykonawca nie przedłożył pliku z kwalifikowanym podpisem elektronicznym Urzędnika. Zaświadczenie z Urzędu Skarbowego (US), które zostało wystawione w formie elektronicznej musi zostać przekazane w takiej formie do Zamawiającego (zgodnie z § 6 Rozporządzenia o dokumentach). Wobec tego, dokument elektroniczny zawierający zaświadczenie z US należy przekazać w takiej formie, w jakiej otrzymał go Wykonawca wraz z plikiem podpisu (bez podpisu dokument ten nie może być uznany za ważny). Podobne zastrzeżenia Zamawiający miał wobec zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego wystawionego dla ROMGOS G. Sp. z o.o.

Zamawiający zgodnie z Rozdziałem XI pkt 4) SWZ w przypadku polegania na zasobach innych podmiotów, bada czy wobec podmiotu udostępniającego zasoby, na zdolnościach którego polega Wykonawca nie zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w Rozdziale XI ust. 1 SWZ. Ponadto, Zamawiający wskazał w Rozdziale XII ust. 25 SWZ, iż żąda od Wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 118 Ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w Rozdziale XII ust. 2 pkt 1), pkt 3) – pkt 7) SWZ.

Do oferty zostało załączone zobowiązanie do udostępnienia zasobów wystawione przez Zakład Remontowo Budowlany Instalacje Wod.-Kan. C.O. Gaz S.C. J. P. J. J.. Wykonawca przedłożył zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że:

- 1) podmiot trzeci na zasobach, którego polega nie zalega z opłacaniem podatków i opłat w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 Ustawy na dzień 02.06.2021,
- 2) Pan J. J., wspólnik spółki cywilnej nie zalega z opłacaniem podatków i opłat w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 Ustawy na dzień 02.06.2021,
- 3) Pan P. J., wspólnik spółki cywilnej nie zalega z opłacaniem podatków i opłat w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 Ustawy na dzień 04.06.2021.

Zamawiający stwierdził, iż przedłożone zaświadczenia zostały podpisane przez pracownika Urzędu Skarbowego, jednak Wykonawca nie przedłożył plików z kwalifikowanym podpisem elektronicznym Urzędnika. Zaświadczenie z Urzędu Skarbowego (US), które zostało wystawione w formie elektronicznej musi zostać przekazane w takiej formie do Zamawiającego. Podobne zastrzeżenia Zamawiający miał wobec złożonych zaświadczeń ZUS dla podmiotu trzeciego.

Zgodnie z Rozdziałem X ust. 3 i ust. 4 SWZ, Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy m.in:

a) Potwierdzą posiadanie średniorocznego przychodu w okresie ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w wysokości co najmniej 160 000 000,00 złotych (słownie: sto sześćdziesiąt milionów złotych).

b) Potwierdzą, że wskaźnik płynności bieżącej za ostatni zakończony rok obrotowy, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, jest nie mniejszy niż 1,10. Wskaźnik płynności bieżącej zostanie wyliczony zgodnie z następującym wzorem: aktywa obrotowe (bez należności handlowych powyżej 12 miesięcy prezentowanych w aktywach obrotowych, jeżeli występują) / [zobowiązania krótkoterminowe (bez zobowiązań handlowych powyżej 12 miesięcy prezentowanych w zobowiązaniach krótkoterminowych, jeżeli występują) + rezerwy krótkoterminowe prezentowane w zobowiązaniach długoterminowych (jeżeli występują) + bierne rozliczenia międzyokresowe krótkoterminowe (jeżeli występują i nie są już ujęte w zobowiązaniach krótkoterminowych)].

Zamawiający dopuścił, że wskaźnik płynności może być niższy niż 1,10, pod warunkiem, że EBITDA (liczona wg. wzoru zysk na działalności operacyjnej + amortyzacja) za ostatni zakończony rok obrotowy, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, jest większa od zera i że wskaźnik zadłużenia netto do EBITDA za ostatni zakończony rok obrotowy, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, jest nie większy niż 3,80.

Wskaźnik zadłużenia netto do EBITDA zostanie wyliczony zgodnie z następującym wzorem: (długoterminowe i krótkoterminowe kredyty i pożyczki + długoterminowe i krótkoterminowe inne oprocentowane zobowiązania finansowe – środki pieniężne i ich ekwiwalenty) / (zysk na działalności operacyjnej + amortyzacja).

Zgodnie z treścią Rozdziału XII ust. 2 pkt 13) SWZ, w celu potwierdzenia spełnienia warunku Zamawiający żądał przedłożenia części sprawozdania finansowego, tj. w szczególności bilansu oraz rachunku zysków i strat, a jeżeli podlega ono badaniu zgodnie z przepisami o rachunkowości to wraz ze sprawozdaniem z badania przez firmę audytorską o tym sprawozdaniu finansowym, z okresu ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres, potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale X ust. 3 i 4 SWZ. Za ostatni zakończony rok obrotowy rozumie się ostatni zakończony rok obrotowy Wykonawcy, nawet jeśli przepisy prawa nie wymagają na dzień składania ofert dysponowania zatwierdzonymi sprawozdaniami finansowymi. Powyższe dotyczy zarówno Wykonawców jak i podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 Ustawy.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w Rozdziale XII ust. 2 SWZ w dniu 06.07.2021 przedłożył m.in.:

- 1) sprawozdanie finansowe w formacie XML za rok 2018 firmy ROMGOS Sp. z o.o. ENGINEERING Sp. K. Lidera Konsorcjum,
- 2) sprawozdanie finansowe w formacie XML za rok 2019 firmy ROMGOS Sp. z o.o. ENGINEERING Sp. K. Lidera Konsorcjum,
- 3) sprawozdanie finansowe w formacie XML za rok 2020 firmy ROMGOS Sp. z o.o. ENGINEERING Sp. K. Lidera Konsorcjum,
- 4) sprawozdanie finansowe w formacie XML za rok 2018 firmy ROMGOS G. Sp. z o.o. Partnera Konsorcjum,
- 5) sprawozdanie finansowe w formacie XML za rok 2019 firmy ROMGOS G. Sp. z o.o. Partnera Konsorcjum,
- 6) sprawozdanie finansowe w formacie XML za rok 2020 firmy ROMGOS G. Sp. z o.o. Partnera Konsorcjum.

Zamawiający stwierdził, iż przedłożone sprawozdania finansowe nie zawierają podpisów osób upoważnionych, w związku z czym nie odpowiadają one wymaganiom określonym w art. 52 Ustawy o rachunkowości, zgodnie z którym „sprawozdanie finansowe podpisuje – podając zarazem datę podpisu – osoba, której powierzono prowadzenie ksiąg rachunkowych, i kierownik jednostki, a jeżeli jednostką kieruje organ wieloosobowy – wszyscy członkowie tego organu”. Wobec tego Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów finansowych podpisanych przez osoby upoważnione.

Jednocześnie w zakresie warunku Konsorcjum złożyło zobowiązanie podmiotu trzeciego - Zakład Remontowo Budowlany Instalacje Wod.-Kan., C.O., Gaz. S.C. J. P., J. J., w którym podmiot zobowiązuje się do udostępnienia Wykonawcy swoich zasobów w zakresie sytuacji finansowej lub ekonomicznej.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 25.06.2021 do złożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w Rozdziale XII ust. 2 SWZ w dniu 06.07.2021 przedłożył m.in. sprawozdania finansowe za rok 2018 oraz 2020 Podmiotu, tj. Zakład Remontowo Budowlany Instalacje Wod.-Kan., C.O., Gaz. S.C. J. P., J. J..

Zamawiający stwierdził, iż dokumenty nie odpowiadają w pełni wymaganiom SWZ, nie są kompletne: nie przedłożono sprawozdania finansowego za rok 2019, jak również nie przedłożono opinii biegłego z badania sprawozdania finansowego za rok 2018, zatem Zamawiający nie jest w stanie ocenić spełnienia wymogu określonego w SWZ. Zamawiający wezwał do wyjaśnienia poprzez udzielenie jednoznacznej odpowiedzi na pytanie: czy sprawozdanie finansowe Zakładu Remontowo Budowlanego Instalacje Wod.-Kan., C.O.,

Gaz. S.C. J. P., J. J. za rok 2018 podlega badaniu zgodnie z przepisami o rachunkowości, w szczególności poprzez podanie informacji czy średnioroczne zatrudnienie podmiotu w przeliczeniu na pełne etaty wyniosło w tym okresie mniej niż 50 osób. Ponadto, Zamawiający wezwał do uzupełnienia: sprawozdania finansowego podmiotu za rok 2019.

Konsorcjum Romgos złożyło stosowane dokumenty i następujące wyjaśnienia, że sprawozdania finansowe z grupy Romgos zawierają podpisy osób upoważnionych, a tym samym odpowiadają wymaganiom art. 52 ustawy z dnia 29.09.1994 r. o rachunkowości. Autentyczność podpisów złożonych w dokumentach można sprawdzić na stronie internetowej <https://weryfikacjapodpisu.pl/>.

Co do dokumentów podmiotu trzeciego - Zakład Remontowo Budowlany Instalacje Wod.-Kan. C.O., Gaz. S. C. J. P., J. J. dotyczącego średniorocznego zatrudnienia w roku 2018 oraz niepodlegania wymogowi badania sprawozdania finansowego przez biegłego rewidenta w 2018 roku wyjaśniono, że w 2018 r. firma nie podlegała wymogowi badania sprawozdania finansowego przez biegłego rewidenta a średnioroczne zatrudnienie w przeliczeniu na pełne etaty w spółce w roku 2018 przedstawiało wartość poniżej 50 osób. Jednocześnie poinformowano, że spółka zatrudnia pracowników i jest zobowiązana do odprowadzania składki ZUS. Złożono również bilans za rok 2019, korektę bilansu za ten rok wraz z opinią biegłego rewidenta za 2019 rok.

Następnie Zamawiający wezwał konsorcjum Romgos mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy „Potwierdzą posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę nie mniejszą niż 60 000 000,00 złotych (słownie: sześćdziesiąt milionów złotych). Jednocześnie Zamawiający nie dopuszcza możliwości sumowania zdolności kredytowej jednego Wykonawcy potwierdzonych przez różne instytucje (banki). W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum) Zamawiający wskazuje na możliwość sumowania zdolności kredytowej poszczególnych członków konsorcjum.”

Na potwierdzenie spełniania warunku Wykonawca przedstawił ZAŚWIADCZENIE O ZDOLNOŚCI KREDYTOWEJ nr ref 00232263 z banku Santander Bank Polska S.A. Jednocześnie Wykonawca przedstawił to samo zaświadczenie w postępowaniu „Budowa gazociągu wysokiego ciśnienia MOP 8,4 MPa DN 1000 relacji Gustorzyn – Wronów, ETAP II Leśniewice - Rawa Mazowiecka wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi” nr ZP/2021/04/0050/REM. Zamawiający wskazał, że zdolność kredytowa jest badaną przez banki cechą ocenianego podmiotu. Zaświadczenie o zdolności kredytowej informuje całościowo o kondycji finansowej przedsiębiorstwa w ocenie instytucji finansowych, bez dedykowania możliwości wykorzystania wskazanej zdolności kredytowej na potrzeby realizacji konkretnej umowy. Zamawiający podkreślił, że to dwie inwestycje, które

realizowane będą równolegle, a co za tym idzie będą wymagały zaangażowania finansowego Wykonawcy w tym samym okresie. W związku z powyższym Zamawiający prosił o wskazanie w jaki sposób Wykonawca planuje zapewnić finansowanie niezbędne do realizacji obu zamówień równolegle.

Konsorcjum Romgos poprosiło o wskazanie podstawy prawnej, na mocy której Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Jako wskazanie podstawy prawnej Wykonawca rozumie wskazanie konkretnej normy prawnej, z której będzie wynikało, że Zamawiający ma podstawy łączyć dwa niezależne od siebie postępowania o zamówienie publiczne (Etap II i Etap III). Warunek nie został przewidziany przez Zamawiającego, zarówno w SWZ na Etap II, jak i specyfikacji do Etapu III.

Konsorcjum Romgos wskazało, że wezwanie Zamawiającego co do wyjaśnienia odnośnie do warunku zdolności finansowej jest pozbawione podstaw prawnych. Postępowania przywołane przez Zamawiającego są niezależne od siebie i Zamawiający nie ma prawa łączyć warunków udziału w tych postępowaniach, ponieważ nie przewidział tego zarówno w dokumentach przetargowych, jak i nie przewiduje tego żaden powszechnie obowiązujący przepis prawa.

Niemniej Wykonawca wyjaśnił że dysponuje zdolnością kredytową, wskazaną w:

- 1. zaświadczeniu banku Santander Bank Polska S.A. z dnia 17.05.2021 r. wydanym dla ROMGOS G. sp. z o.o. na kwotę 60 000 000,00 zł,*
- 2. opinii bankowa mBank S.A. z dnia 30.07.2021 r. wydanej dla Przedsiębiorstwa Budowlano-Melioracyjnego TOLOS P. W. i wspólnicy (konsorcjanta w postępowaniu „Budowa gazociągu wysokiego ciśnienia MOP 8,4 MPa DN 1000 relacji Gustorzyn – Wronów, Etap II Leśniewice - Rawa Mazowiecka wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi”), na kwotę 72 000 000,00 zł,*
- 3. opinii bankowa ING BANK ŚLĄSKI S.A z dnia 02.08.2021 r. wydanej dla Zakładu Remontowo-Budowlanego Instalacje Wod-Kan, CO, GAZ sc Janicki P. Janicki J, na kwotę 30 000 000,00 zł (na mocy zobowiązania do udostępnienia zasobów, złożonego w postępowaniu nr ZP/2021/04/0027/TAR – Etap III]*

co daje łączną zdolność kredytową do wykorzystania przy obu realizacjach w kwocie 162 000 000,00 zł. Kwota ta dalece przewyższa połączone wymagania co do zdolności finansowych dla obu zadań łącznie (105 000 000,00 zł) – nawet przy założeniu, że Zamawiający ma prawo łączyć wymagania finansowe dla obu postępowań.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę Izba doszła do przekonania, że odwołania podlegają oddaleniu w całości.

Dodatkowo Izba umorzyła w części postępowanie odwoławcze KIO 2501/21 z powodu wycofania jednego z zarzutów przez Odwołującego Budimex.

Zarzuty związane ze wskazaniem danych finansowych za 16 miesięcy przez Konsorcjum Romgos.

Izba rozpoznała zarzuty ujęte w obu odwołaniach łącznie, z uwagi na zbieżność stanowisk i podobną argumentację obu Odwołujących.

Nie była sporna między Stronami treść warunku, która referowała do wykazania się przez wykonawców posiadaniem średniorocznego przychodu w okresie ostatnich trzech lat obrotowych o określonej wysokości. Pozostałe warunki odnoszące się do wskaźników finansowych również odwoływały się do danych za ostatni rok obrotowy.

Nie ulega wątpliwości, że SWZ nie zawierała definicji własnych pojęcia „roku obrotowego” użytego przez Zamawiającego w treści warunku. Wobec powyższego należało odpowiedzieć, czy istnieje ustawowa (czyli legalna) definicja tego pojęcia.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2019 r. poz. 351 ze zm.) za rok obrotowy uważa się 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych, stosowany również do celów podatkowych, niekoniecznie pokrywających się z rokiem kalendarzowym. Rok obrotowy musi być określony w statucie lub umowie. Rok obrotowy powinien być określony w polityce rachunkowości jednostki. Do ustawy o rachunkowości odwoływał się także Zamawiający w SWZ, opisując jakiego rodzaju podmiotowe środki dowodowe należy złożyć celem potwierdzenia warunków udziału odnoszących się do zdolności finansowej i ekonomicznej. Dotyczyło to m.in. obowiązku złożenia sprawozdań finansowych lub innych dokumentów, jeżeli podmiot nie jest zobowiązany do sporządzenia sprawozdania.

Z przepisów prawa podatkowego powszechnie obowiązujących wynika, że z dniem 1 stycznia 2021 r. weszły w życie przepisy ustawy z dnia 28 listopada 2020 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2020 r. poz. 2123), zwanej dalej „ustawą zmieniającą”, według których spółki komandytowe uzyskują status podatnika podatku CIT w terminie - 1 stycznia 2021 r. lub 1 maja 2021 r. Jak już zaznaczono przepisy te obowiązywały od 1 stycznia 2021 roku, a więc na pół roku przed otwarciem ofert w przedmiotowym postępowaniu. Do 31 grudnia 2020 roku każda osoba prawna będąca spółką komandytową musiała podjąć decyzję, czy obowiązek zapłaty podatku dochodowego od osób prawnych spełni w dacie 1 stycznia 2021 roku czy 1 maja 2021 roku.

Jedna ze spółek konsorcjum Romgos działająca w formie spółki komandytovej złożyła w postępowaniu ofertę, w której przedstawiła dane finansowe za okres 16 miesięcy od 1 stycznia 2020 roku do 30 kwietnia 2021 roku.

Zgodnie z art. 12 ust. 3 i 4 ustawy zmieniającej z dniem poprzedzającym dzień uzyskania statusu podatnika CIT spółka komandytowa była zobowiązana zamknąć księgi rachunkowe, a jeżeli ostatni dzień roku obrotowego spółki komandytowej przypadał w okresie od 31 grudnia 2020 r. do 31 marca 2021 r., to wówczas spółka mogła nie zamykać ksiąg rachunkowych na ten dzień i kontynuować rok obrotowy do dnia 30 kwietnia 2021 r. Członek konsorcjum Romgos z tego uprawnienia skorzystał.

Izba w składzie rozpoznającym niniejsze odwołania nie podziela stanowiska Odwoływających, że nie ma znaczenia, iż przepisy prawa podatkowego pozwalają w niektórych sytuacjach na przyjęcie innego okresu rozliczeniowego dla roku obrotowego.

W ocenie Izby definicję pojęcia „rok obrotowy” wynikającą z ustawy o rachunkowości traktować należy jako definicję legalną i wobec braku odrębnych uregulowań w Prawie zamówień publicznych, istniejąca definicja winna znaleźć zastosowanie na gruncie ustawy Pzp, a tym samym należy uwzględnić także inne reguły władające sporządzaniem sprawozdań finansowych, wyliczania wskaźników finansowych i innych elementów odnoszących się do kondycji finansowej i ekonomicznej danego wykonawcy. Ustawa o rachunkowości zawiera także jasne reguły i zasady sporządzania sprawozdań finansowych przez podmioty do tego zobowiązane, sytuacje kiedy sprawozdania podlegają badaniu, określa stosowanie międzynarodowych standardów rachunkowości, zasady przekazywania dokumentów odpowiednim organom podatkowym. Reguły określone w ustawie o rachunkowości stosuje się również do celów podatkowych. Zatem jeżeli przepisy prawa podatkowego wprowadzają pewne regulacje związane ze sposobem ujęcia w danym czasookresie roku obrotowego danej jednostki, to na gruncie ustawy o rachunkowości reguły te stanowią swoiste *lex specialis* wobec zasad pierwotnych i z ujęciem tych wyjątków ustawa jest stosowana.

Jeżeli ustawa zmieniająca status podatnika spółki komandytowej dopuszczała w ściśle określonej i wyjątkowej sytuacji w danym roku możliwość przedłużenia roku obrotowego i zamknięcie ksiąg rachunkowych z dniem 30 kwietnia 2021 roku, to dany podmiot uzyskujący status podatnika podatku dochodowego od osób prawnych w określonej przez ustawodawcę odgórnie dacie, miał prawo z takiego przedłużenia skorzystać. Wykonawcy nie mogą obciążać ekstraordynaryjne okoliczności wynikające ze zmiany przepisów dokonanych przez ustawodawcę, a jednocześnie nie można podmiotowi prowadzącemu działalność gospodarczą odmówić prawa do korzystania z przewidzianych przywilejów.

Absolutnie dlatego nie zasługują na uwzględnienie zarzuty Odwoływającego Stalprofil, że oferta Konsorcjum Romgos jest niezgodna z ustawą o rachunkowości, co oznaczać by miało jej nieważność na podstawie art. 58 § 1 k.c i powinna być odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4) Pzp.

Zgodnie z art. 45 ust. 1 ustawy o rachunkowości sprawozdania finansowe sporządza się na dzień zamknięcia ksiąg rachunkowych. Księgi rachunkowe zamyka się na dzień kończący rok obrotowy lub odpowiednio na dzień albo dzień poprzedzający dzień wystąpienia zdarzeń skutkujących zamknięciem ksiąg rachunkowych, np. zakończenie działalności, likwidacja. Dniem bilansowym jest dzień, na który jednostka sporządza sprawozdanie finansowe. Z kolei z art. 12 ust. 4 ustawy zmieniającej wynika, że dla spółek komandytowych istniała możliwość niezamykania ksiąg rachunkowych na dzień 31 grudnia 2020 roku i kontynuowanie go do 30 kwietnia 2021 roku. Z interpretacji zamieszczonej na stronie internetowej Ministerstwa Finansów (www.podatki.gov.pl) wynika, że jeżeli rok obrotowy spółki komandytowej jest równy kalendarzowemu, to jej rok obrotowy w omawianym przypadku będzie trwał od 1 stycznia 2020 r. do 30 kwietnia 2021 r. i za ten okres będzie sporządzane sprawozdanie finansowe. Kolejny rok obrotowy będzie obejmował okres od 1 maja 2021 r. do 31 grudnia 2021 r. Interpretacją tą kierowali się tak Zamawiający, jak również konsorcjum Romgos.

Błędnie zatem obaj Odwoływający przyjmowali, że rok obrotowy bez żadnych wyjątków musi obejmować okres 12 miesięcy i tylko z takiego okresu podmiot był zobowiązany przedstawić dane. Warto również podkreślić, że zapisy SWZ odwoływały się do zakońzonego roku obrotowego. W przypadku spółki komandytowej rok obrotowy zakończył się z dniem 30 kwietnia 2021 roku i wyjątkowo w latach 2020-2021 obejmował okres 16 miesięcy. Za taki okres podmiot zobowiązany był sporządzić sprawozdanie finansowe. Oznacza to w ocenie Izby, że taki podmiot uprawniony był przedstawić Zamawiającemu dokumenty sporządzone zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa obejmujące rok obrotowy, który obejmował czas dłuższy niż 12 miesięcy.

Odnosząc się do argumentacji Odwoływających związaną z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców poprzez przedstawienie danych z większej liczby miesięcy, Izba podkreśla, że tak przepisy prawa krajowego, jak też przepisy rangi unijnej dopuszczają możliwość badania kondycji finansowej i ekonomicznej wykonawcy. Przestrzeganie zasady równego traktowania wykonawców polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców. Warunek udziału w postępowaniu badać miał kondycję danego podmiotu w okresie ostatnich trzech lat obrotowych. W ocenie Izby różnicowanie spółek komandytowych wobec podmiotów działających w innej formie nie mogło polegać na nałożeniu na takie spółki obowiązku przedstawienia sprawozdania finansowego sporządzonego na dzień 31 grudnia 2020 roku w sytuacji, gdy dany podmiot nie był do takiej czynności zobowiązany. Złożone przez Przystępującego Romgos dokumenty zgodne były z przepisami powszechnie obowiązującymi i to właśnie respektowanie zasad określonych w innych gałęziach prawa wobec braku reguł określonych w ustawie Pzp i SWZ

przez samego Zamawiającego stanowi przejaw stosowania zasady równego traktowania wykonawców. Również przepisy prawa unijnego posługują się pojęciami o charakterze ogólnym, bez wskazywania sposobu rozumienia poszczególnych pojęć, co wiążąc zapewne należy z umożliwieniem państwu członkowskim doszczegółowienia regulacji na poziomie krajowym. Przejawem takich przepisów szczególnych w przypadku polskiego porządku prawnego jest ustawa o rachunkowości, która określa, jak należy rozumieć pojęcie roku obrotowego. Dostrzeżenia wymaga, iż przestrzegania zasady równości upatrywać także można w poszanowaniu reżimu prawnego, w jakim funkcjonuje i działalność prowadzi dana jednostka ubiegająca się o udzielenie zamówienia publicznego.

Ocena Zamawiającego przeprowadzona została w oparciu o reguły opisane w SWZ. To właśnie zastosowanie innych zasad stanowiłoby odstępianie od reguły równego traktowania wykonawców. Wszyscy bowiem wykonawcy przystępujący do przetargu zapoznali się z dokumentami postępowania i do wymaganych zasad dostosowali swoje oferty. Zmiana zasad badania i oceny po złożeniu ofert miałaby charakter niedopuszczalnego przekroczenia uprawnień przez Zamawiającego.

Wykonawcy zobowiązani do sporządzenia sprawozdania finansowego na koniec roku obrotowego mieli przedstawić Zamawiającemu określony dokument, co miało miejsce w prowadzonym postępowaniu. Okoliczność, że rok obrotowy może kończyć się w różnych momentach czasowych dla poszczególnych podmiotów, nie różnicuje sytuacji takich podmiotów, to bowiem od danej jednostki zależy określenie tego parametru dla celów podatkowych i w celu sporządzenia sprawozdania finansowego, natomiast zasady sporządzania sprawozdań finansowych dla wszystkich podmiotów są takie same.

Bez znaczenia zatem pozostaje dowód złożony przez Odwołującego Stalprofil – zestawienie dochodów – opracowanie własne. Nie ma znaczenia, w której części roku obrotowego i w którym z ostatnich trzech lat dany podmiot osiągnął poziom wymagany przez Zamawiającego warunkiem udziału. Podmioty prowadzące działalność gospodarczą mogą w różny sposób dokapitalizować podmioty z grupy i o ile czynią to w sposób dopuszczony przepisami prawa, nie można im z tego czynić zarzutu.

Reasumując, z przedstawionych powodów, w ocenie składu orzekającego Izby zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

Wprowadzenie Zamawiającego w błąd

Twierdzenia Odwołujących o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd nie zasługiwały na uwzględnienie. Dane, które w dokumencie JEDZ, a następnie w podmiotowych środkach dowodowych przedstawiło konsorcjum Romgos, odpowiadały rzeczywistości, były danymi widniejącymi w dokumentach finansowych spółek tworzących konsorcjum. Wykonawca posługiwał się danymi ujętymi w sprawozdaniach finansowych, a z momentem złożenia

oferty dane te nie uległy zmianie. Wykonawca od początku nie ukrywał, że posługuje się danymi obejmującymi okres 16 miesięcy. Wbrew zatem twierdzeniom Odwołujących nie było możliwe wywołanie u Zamawiającego mylnego wrażenia, że podmiot spełnia warunki udziału w postępowaniu w inny sposób, co miało wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Aby tak było, Zamawiający musiałby powziąć przekonanie, że dane finansowe i ekonomiczne obejmują okres 12 miesięcy, dane te potwierdzają wymagany poziom warunków udziału dla tego okresu, co doprowadziło do uznania oferty za najkorzystniejszą. Tymczasem Zamawiający od początku wiedział, że w związku ze zmianą przepisów prawa podatkowego Wykonawca przedstawia dane za okres dłuższy, to jest 16 miesięcy. Przedstawione dane miały charakter obiektywny, informacje o dacie początkowej i końcowej roku obrotowego ujęte były w treści formularza JEDZ, złożenie sprawozdań finansowych je potwierdziło. Odpadła więc jedna z przesłanek, skutkujących uznaniem, że doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd, mianowicie wykonawca przekazał zamawiającemu informacje nieprawdziwe (niezgodne z rzeczywistością). Odwołujący w żaden sposób nie wykazali również kolejnej przesłanki, to jest działania wykonawcy o charakterze umyślnym lub w wyniku rażącego niedbalstwa. Skoro informacje nie były nieprawdziwe i nie wykazano, że Wykonawca działał umyślnie lub w wyniku rażącego niedbalstwa, to okoliczności te nie mogły mieć wpływu na decyzję Zamawiającego. Nie wskazano na czym miałyby polegać rażące niedbalstwo, czy też jakie działania konsorcjum Romgos nosiły cechę umyślnych, skoro konsorcjum jednoznacznie określiło, za jaki czas przedstawia dane finansowe. Jak już podkreślono w poprzednim zarzucie, dane finansowe dotyczyły ostatnich trzech lat obrotowych w ujęciu roku obrotowego. Zamawiający nie mógł zostać wprowadzony w błąd co do rozbieżności między obiektywną rzeczywistą kondycją finansową Konsorcjum Rogmos w latach obrotowych 2018-2020, a wyobrażeniem o niej na podstawie dokumentów finansowych przedłożonych w postępowaniu. Tym samym zarzuty odwołań nie zasługiwały na uwzględnienie.

Zarzuty dotyczące udostępnienia zasobów (zdolności finansowej) przez ZRB J.

Celem potwierdzenia spełniania warunku ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego wykazania się średniorocznym przychodem w okresie ostatnich trzech lat obrotowych w wysokości co najmniej 160.000.000 zł, Konsorcjum Romgos posiłkowało się potencjałem podmiotu trzeciego, P. J. i J. J., prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo Budowlany Instalacje Wod.-Kan., C.C., GAZ.S.C. J. P., J. J. z siedzibą w Gierałtowicach. Wraz z ofertą złożono zobowiązanie tego podmiotu, w którym wskazano, że podmiot udostępnia zasób ekonomiczny i finansowy w postaci średniorocznego przychodu ze sprzedaży w okresie ostatnich trzech lat obrotowych w wysokości 31.464.763,99 zł oraz przychód netto ze sprzedaży w okresie ostatnich trzech

latach obrotowych. Sposobem udostępnienia powyższego potencjału miało być zapewnienie wsparcia finansowego i ekonomicznego w formie pożyczki – współfinansowanie przedmiotowej inwestycji przez cały okres realizacji budowy gazociągu.

Izba nie podzieliła wątpliwości Odwołujących wyrażonych w odwołaniach co do niejasności bądź też braków w treści złożonego zobowiązania. Skład orzekający uważa, że oceniane zobowiązanie wypełnia wszystkie wymogi określone ustawą Pzp.

Przepisy wymagają by zobowiązanie określało zakres dostępnych dla wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego. Z treści złożonego zobowiązania wynika, że zakresem udostępnienia objęto elementy sytuacji finansowej i ekonomicznej podmiotu trzeciego. Następnie określić należy sposób i okres udostępnienia zasobu i jego wykorzystania przy wykonywaniu zamówienia. Nie oceniając w tym miejscu merytorycznie, czy pożyczka jest właściwym i możliwym sposobem przekazania zasobów ekonomicznych, to właśnie ta forma została przez wykonawców wybrana, co także potwierdza treść złożonego zobowiązania. Czas udzielenia zasobu oznaczono jako cały okres realizacji budowy gazociągu, a formą ma być współfinansowanie inwestycji. Wobec takiej treści i formy zobowiązania Izba nie uważa, że udostępnienie potencjału przyjęło postać nierealnego, niemożliwego do wypełnienia. Dodatkowego podkreślenia wymaga, że żaden z Odwołujących de facto nie napisał jakich elementów brakuje w złożonym dokumencie, jakie elementy nie warunkują możliwości korzystania przez Konsorcjum Romgos z udostępnianego potencjału, co powodować będzie, że niemożliwe wydaje się zapewnienie wsparcia finansowego Przystępującemu po stronie Zamawiającego.

Dokonując analizy zagadnienia, czy pożyczka może być formą przekazania potencjału związanego ze zdolnością ekonomiczną, Izba podziela stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego, że w przypadku tego warunku ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego i zasobu wsparcie może przyjąć różne formy. Udostępnienie zasobów ekonomicznych może bowiem przyjąć formę szeroko rozumianego wsparcia finansowego/ kapitałowego, np. w formie pożyczki, co wynika z orzecznictwa i stanowiska doktryny.

Bazując na tym stanowisku dostrzeżenia wymaga, że większego znaczenia dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie miało jaka jest wysokość tej pożyczki oraz warunki jej spłaty, czy też inne elementy charakterystyczne dla tej umowy cywilnej. Wobec tego bez znaczenia pozostawał fakt, że treść umowy pożyczki została udostępniona dopiero na rozprawie przed Izbą. Dla potwierdzenia spełnienia warunku podmiot trzeci udostępniał zasób w postaci średniorocznego przychodu ze sprzedaży okresie ostatnich trzech lat obrotowych. Pożyczka jest formą przekazania/udostępnienia zasobu a nie esencją samego zasobu. Zsumowane przychody wykonawcy udostępniającego zasób i konsorcjum Romgos osiągają wymaganą przez Zamawiającego wartość określoną

warunkiem, a zatem udostępnienie zasobu miało charakter prawidłowy. Uzyskanie zapewnienia od podmiotu trzeciego o udostępnieniu przychodów za poszczególne lata wzmacnia sytuację finansową konsorcjum Romgos, a przekazując swoje przychody podmiot trzeci uczynił to przez zapewnienie udzielenia pożyczki.

Oceniając stosunek złożonego w ramach wyjaśnień do innego warunku udziału w postępowaniu dokumentu w postaci opinii bankowej gwarantującej posiadanie zdolności kredytowej na kwotę 30 000 000 zł do udzielanej pożyczki, Izba pragnie zauważyć, iż wykazanie właśnie przychodów ze sprzedaży z okresu ostatnich 3 lat w określonej wysokości, pozwoliło podmiotowi udostępniającemu zasób ubiegać się o kredyt w określonej wysokości i uzyskać opinię banku potwierdzającą taką możliwość. Sama zaś wysokość pożyczki będzie uzależniona od faktycznych potrzeb Wykonawcy podczas realizacji inwestycji. Może zdarzyć się tak, że potrzeba uruchomienia pożyczki w ogóle nie wystąpi. Natomiast sama możliwość uzyskania wsparcia finansowego od podmiotu trzeciego jest wystarczającą gwarancją należytego wykonania przedmiotu zamówienia dla samego Wykonawcy i Zamawiającego. Za wiarygodne uznano również stanowisko Przystępującego odnoszące się do daty zawarcia umowy pożyczki. Po pierwsze zwrócić uwagę należy, iż umowa ta ma charakter warunkowy. Po drugie zaś zawarta została po uzyskaniu pozytywnej weryfikacji zdolności kredytowej przez bank prowadzący rachunek podmiotu trzeciego.

Rację ma Odwołujący Stalprofil, że sama pożyczka nie stanowi źródła przychodu podmiotu i jako taka kwalifikowana jest po stronie zobowiązań do poniesienia przez dany podmiot. Ale Odwołujący zdaje się zapominać, że to nie kwota pożyczki w określonej wysokości była udostępnianym zasobem, ale sama wysokość osiągniętego, wypracowanego przychodu. Pożyczka to jedynie forma, sposób przekazania zasobu, gwarantujący, że udostępnione zasoby, potwierdzające spełnienie wymagania dotyczącego osiągnięcia określonej wysokości przychodów, są realnie dostępne wykonawcy i możliwe do wykorzystania.

Końcowo Izba pragnie dodać, iż zgodnie z treścią art. 120 ustawy Pzp, podmiot, który zobowiązał się udostępnienia zasobów, odpowiada solidarnie z wykonawcą, który polega na jego sytuacji finansowej lub ekonomicznej, za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów podmiot ten nie ponosi winy.

Konkludując, zarzuty odwołań w tym zakresie podlegały oddaleniu.

Zarzut dotyczący sumowania przychodów oraz obliczenia wskaźników finansowych z uwzględnieniem danych finansowych za rok obrotowy Romgos Engineering 2020 (KIO 2501/21)

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Nie ulega w ocenie Izby wątpliwości, że Zamawiający zapisami SWZ dopuścił, aby spełnianie warunków określonych odnoszących się do zdolności finansowej i ekonomicznej zostało wykazane łącznie przez wszystkie podmioty. Dotyczyło to zarówno Wykonawców, jak i innych podmiotów udostępniających zasoby w rozumieniu art. 118 ustawy Pzp, których przychód za ostatni zakończony rok obrotowy został uwzględniony na potrzeby wykazania spełniania warunku. Takie postanowienia zawierał wprost Rozdział X ust. 3 SWZ. Nie można tym samym czynić zarzutu wykonawcy, który z dopuszczonego uprawnienia skorzystał. Poniekąd można zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego przedstawionymi w odpowiedzi na odwołanie, iż taki zarzut można uznać za spóźniony, dotyczy on bowiem kwestionowania zapisów SWZ. Jeżeli Odwołujący Budimex nie zgadzał się z tymi postanowieniami, mógł zweryfikować ich poprawność korzystając ze środków ochrony prawnej na etapie ogłoszenia postępowania.

W ocenie składu orzekającego Izby nie ulega wątpliwości, że wymaganie posiadania zdolności ekonomicznej w całości przez jednego członka konsorcjum lub podmiot trzeci, nie tylko ograniczałoby swobodę tworzenia konsorcjum oraz korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, ale przede wszystkim sprzeciwiałoby się istocie i celowi zawierania konsorcjum oraz polegania na zdolności ekonomicznej podmiotu trzeciego. W przypadku warunków zdolności finansowej i ekonomicznej, czyli w przypadku warunków, które podlegają matematycznej kumulacji w aspekcie celu ich postawienia nie ulega wątpliwości prawo wykonawców do kumulatywnego wykazania ich spełniania na zasadzie właśnie sumowania matematycznego. Jak zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, warunki te mają wymiar pieniężny, obrazują sytuację finansową danego podmiotu, która ma dawać Zamawiającemu gwarancję prawidłowej realizacji inwestycji. Nie ma więc przeszkód, by takie potencjały sumować, bowiem to całość środków, którymi dysponował będzie dany podmiot daje Zamawiającemu gwarancję zapewnienia finansowania dla inwestycji i zachowania płynności finansowej podmiotu.

Całkowicie nieadekwatny wydaje się przykład Odwołującego Budimex odnoszący się do sumowania doświadczenia nabytego przez dwa podmioty. Bez wątpienia uznać należy, iż zsumowanie kilku mniejszych projektów nie potwierdzi warunku wykazania się doświadczeniem obejmującym jeden duży projekt referencyjny. Jednak z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przypadku zdolności finansowej i ekonomicznej, która jak Izba już zauważyła, przyjmuje zazwyczaj wymiar parametrów mierzalnych, wymiernych, materialnych, które dają się wykorzystać bez względu na okoliczność, który podmiot z grupy podmiotów będzie nimi dysponował. Warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia obejmujący wykonanie przykładowo minimum dwóch robót budowlanych jest warunkiem szczególnym, bowiem doświadczenie zdobywa się przez powtarzalność i ma on

na celu dopuszczenie do wykonywania zamówienia wykonawców doświadczonych, którzy zdołali należycie i prawidłowo wykonać minimum, np. dwie roboty budowlane i nabyć przez ten fakt określone doświadczenie. Jeżeli doświadczenia takowego nie nabył ani jeden, ani drugi konsorcjant, nie ma logicznej i prawnej możliwości sumowania potencjałów dwóch niedoświadczonych podmiotów.

Warto również dodać, iż zgodnie z treścią art. 117 ustawy Pzp zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony sposób spełnienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne. Proporcjonalność warunku należy rozumieć jako opisanie warunku na takim poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o należyte wykonanie zamówienia. W prowadzonym postępowaniu Zamawiający zdecydował wprost w zapisach SWZ, że warunki dotyczące sytuacji finansowej i zdolności ekonomicznej podlegają sumowaniu.

Wobec powyższej argumentacji, Izba uznała, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzuty dotyczące dokumentów potwierdzających brak karalności podmiotów trzecich

Zarzuty te nie znalazły potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Celem rozstrzygnięcia zasadności zarzutów Izba poddała analizie oświadczenie znajdujące się w zobowiązaniach podmiotów trzecich udostępniających zasoby konsorcjum Romgos o następującej treści: *„Ponadto OŚWIADCZAMY, że upoważniamy również rzeczonoego Wykonawcę do przekazywania Zamawiającemu dokumentów (między innymi: dokumentów elektronicznych, dokumentów w postaci elektronicznej, cyfrowych odwzorowań dokumentów) wystawionych na rzecz Podmiotu, przedkładanych w ramach przedmiotowego Postępowania w celu wykazania braku istnienia wobec nas podstaw wykluczenia oraz spełniania przez ww. Wykonawcę warunków udziału w niniejszym Postępowaniu o udzielenie Zamówienia (w tym do udzielania dalszych pełnomocnictw w ww. zakresie)**.*

*** skreślić jeśli nie dotyczy”.*

Stosując literalną wykładnię treści złożonego oświadczenia, z treści zobowiązania wynika upoważnienie do przekazania Zamawiającemu dokumentów. Zatem odpowiedzieć należało na pytanie, czy czynność „przekazania dokumentów” obejmuje również ich poświadczenie za zgodność z oryginałem. Zgodnie z treścią art. 65 kodeksu cywilnego oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Okoliczności złożenia oświadczeń w ocenie składu orzekającego nie budzą wątpliwości, zostały one złożone wobec przedstawiciela konsorcjum Romgos, upoważnionego do reprezentowania konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Izby skoro podmioty trzecie upoważniały przedstawiciela konsorcjum do

przekazania ich dokumentów podmiotowych Zamawiającemu, to upoważniały go również do przekazania ich we właściwej formie, zgodnej z przepisami rozporządzenia o podmiotowych środkach dowodowych. Tym samym Izba wyraża przekonanie, że czynność przekazania obejmowała również czynność poświadczenia dokumentów z oryginałem, w tym poświadczenia cyfrowego odwzorowania zaświadczeń z KRK wystawionych w postaci papierowej, ponieważ wtedy zachowana zostaje forma zgodna z przepisami wykonawczymi do ustawy Pzp. Samo zaś „przekazanie” jest czynnością czysto techniczną i w ocenie składu do wykonania czynności jako takiej nie było wymagane szczególne upoważnienie. Ponadto zauważyć należy, iż w treści oświadczenia woli znajduje się nawiązanie do stosunku pełnomocnictwa, co oznacza, że oświadczenie podmiotu trzeciego miało właśnie taką formę przyjęć. Gdyby podmioty trzecie nie wyrażały zgody na działanie w ich imieniu przedstawiciela konsorcjum, mogły skreślić w formularzu daną klauzulę i samodzielnie podpisywać oraz poświadczać dokumenty.

W konsekwencji, dokumenty objęte zakresem odwołań zostały sporządzone w sposób prawidłowy jako cyfrowe odwzorowanie dokumentów w postaci papierowej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Wykonawcę jako pełnomocnika.

Zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy – gazociąg (KIO 2501/21)

Izba uznała, że stanowisko Odwołującego Budimex nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zamawiający w warunku udziału odnoszącym się do posiadania doświadczenia zawodowego wymagał legitymowania się doświadczeniem zdobytym w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, polegającym na realizacji co najmniej jednego zamówienia polegające na budowie rurociągu do przesyłu paliw płynnych lub gazowych o określonych parametrach spełnionych łącznie.

Konsorcjum Romgos w celu potwierdzenia spełnienia powyższego warunku wskazało na zadanie pn. „Budowa gazociągu Zdieszowice – Wrocław DN 1000 MPO 8,4 MPa wraz z obiektami towarzyszącymi i infrastrukturą niezbędną do jego obsługi, odcinek I – Brzeg – Zębice- Kiełczów, w ramach budowy gazociągu Zdieszowice – Wrocław gazociąg Brzeg – Zębice i Gazociągu Granica Rzeczypospolitej Polskiej (Lasów) – Taczalin – Radakowice – Gałów – Wierzchowice gazociąg Zębice - Kiełczów”, gdzie było podwykonawcą firmy Stalprofil.

W ocenie Izby zarzut zbudowano w oparciu o poczynioną przez Odwołującego 1 interpretację własną treści warunku udziału. Uzasadniając zarzut Odwołujący referował do cech rurociągu ujętych w rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 26 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać sieci gazowe i ich

usytuowanie, gdzie w § 2 pkt 6 zawarta jest definicja gazociągu, za który uważa się: *rurociąg z wyposażeniem, ułożony na zewnątrz stacji gazowej, obiektów wydobywających, wytwarzających, magazynujących lub użytkujących gaz ziemny, służący do transportu gazu ziemnego*. Dostrzeżenia jednak wymaga, że Zamawiający w żadnym miejscu opisu warunku udziału w postępowaniu do tej definicji nie nawiązywał. Zamawiający samodzielnie opisał i wskazał cechy istotne dla niego, by warunek doświadczenia w budowie rurociągu został spełniony. Zamawiający oczekiwał doświadczenia w budowie rurociągu o określonej długości, określonym ciśnieniu roboczym, określonej średnicy rur wykonanych przy użyciu wskazanych technologii. Z przedstawionych przez konsorcjum Romgos dokumentów w postaci wykazu oraz referencji cechy te wynikały. Zamawiający w opisie warunku i zasadach, które ustalił do oceny jego spełnienia nie odnosił się do cech, o których wspominał w odwołaniu Budimex. Nie ma więc powodów, by to właśnie te cechy wskazane przez Odwołującego 1 uznać za najbardziej istotne z punktu widzenia cech funkcjonalnych danego obiektu.

Izba zwraca uwagę, że w przypadku oceny doświadczenia zdobytego w ramach grupy wykonawców lub pełnienia roli podwykonawcy należy każdorazowo podchodzić indywidualnie, biorąc pod uwagę przede wszystkim treść warunku udziału w postępowaniu, konkretne działania wykonawców podejmowane podczas realizacji wskazanej na potwierdzenie spełnienia tego warunku inwestycji oraz faktyczną możliwość wyodrębnienia i podziału zadań pomiędzy poszczególnych wykonawców realizujących zadanie. Istotne jest również w jaki sposób Wykonawca powołujący się na doświadczenie i wiedzę zdobyte w ramach zadania wykonywanego przez grupę wykonawców te okoliczności wykazuje, czy to przez złożenie wymaganych wykazów, referencji, dodatkowe wyjaśnienia, umowy konsorcjum, faktury za wykonanie poszczególnych elementów zamówienia, ustalenia wewnętrzne między konsorcjantami, inne ustalenia. Wydaje się zatem, że dla rozstrzygnięcia zagadnienia, czy dany wykonawca jako członek konsorcjum lub podwykonawca, może powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach takiej grupy najistotniejsze znaczenie będzie miał przedstawiony Zamawiającemu materiał dowodowy potwierdzający rzeczywisty zakres czynności wykonywanych przez dany podmiot i istotność tych czynności dla całego przedmiotu danego zamówienia.

Trybunał Sprawiedliwości UE podkreśla, iż warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum (Wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji, sygn. C-399/05, podobnie wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt*). Trybunał widzi zatem doświadczenie konsorcjanta w postaci czynnego udziału w sprawach konsorcjum będących określonym przedsięwzięciem. Tego rodzaju podejście jest racjonalne i ma głębokie

praktyczne uzasadnienie. Eliminuje bowiem wykonawców próbujących powoływać się na doświadczenie całego konsorcjum w sytuacji, gdy ich rola nie była znacząca dla inwestycji. Wobec takich podmiotów trudno bowiem stwierdzić, iż mają one faktycznie doświadczenie w realizacji przedsięwzięć o określonej skali. A więc, każdy przypadek i każda sprawa, w tym ocena spełniania warunków udziału przez konsorcjum, jako całość oraz jako poszczególni jego członkowie, wymagają indywidualnej analizy. Jak wynika bowiem z orzeczenia Esaprojet „*gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego*”. W ocenie składu orzekającego Izby stanowisko to można również odnieść do doświadczenia zdobywanego jako podwykonawca.

Na zadaniu referencyjnym Przystępujący wykonał szereg prac, które warunkują odebranie gazociągu jako całości, co także oznacza, że gwarantowana jest jego szczelność i możliwość bezpiecznego użytkowania obiektu. Ani Odwołujący Budimex ani przystępujący po stronie Odwołującego wykonawcy nie zakwestionowali prawdziwości twierdzeń konsorcjum Romgos. Nie zaprzeczono, że zgodnie z zapisami umowy podwykonawczej przedstawionej Zamawiającemu oraz złożonej w poczet materiału dowodowego w postępowaniu odwoławczym, jako podwykonawca podmiot odpowiadał za teren budowy od momentu przekazania aż do odbioru eksploatacyjnego obiektu. Jego odpowiedzialność wygasła dopiero po uzyskaniu decyzji na użytkowanie. Z załącznika 1b do umowy wynika, iż podwykonawca dedykował zadaniu personel nadzorujący, techniczny, odpowiadał za wszystkie pozostałe podmioty na budowie, zapewniał kierowników branżowych, koordynował prace podwykonawców, brał udział w odbiorach, rozruchu, odbiorze eksploatacyjnym, koordynował i nadzorował niezbędne prace, czynił wpisy do dziennika budowy, wykonywał roboty budowlane, opracował instrukcję eksploatacji gazociągu. Obowiązki podwykonawcy zostały bardzo szczegółowo rozpisane w złożonej umowie, a treść samej umowy potwierdza czynny udział podwykonawcy w realizacji kontraktu na takim poziomie, który zdaniem Izby jest wystarczający by uznać, że nabyto doświadczenie wymagane warunkiem udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba podziela stanowisko Odwołującego Budimex, że druga z prac inwestycyjnych przedstawiona w Wykazie robót nie może potwierdzać spełniania warunku udziału, ponieważ zadanie referencyjne nie zostało zakończone. Tym niemniej Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że nie brał pod uwagę badając i oceniając ofertę konsorcjum Romgos tego projektu. Potwierdzenie zarzutu nie mogło zatem wpłynąć na treść sentencji niniejszego orzeczenia i nie powodowało możliwości częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania.

Zarzut dotyczący wykonawcy Stalprofil (KIO 2501/21).

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. Zauważyć należy, iż Zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem procedury odwróconej. Oznacza to, że najpierw dokonuje się badania i oceny ofert, a następnie kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w SWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

Najwyżej ocenioną ofertą w postępowaniu została oferta konsorcjum Romgos, oferta Stalprofil została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Zamawiający nie badał więc i nie dokonał kwalifikacji oferty Stalprofil pod względem spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym nie badał także kwestionowanego przez Odwołującego 1 doświadczenia. Tak sformułowany zarzut uznać należy za co najmniej przedwczesny. Dopiero w momencie przystąpienia przez Zamawiającego do oceny spełniania warunków i braku podstaw do wykluczenia wobec kolejnego w rankingu wykonawcy (w tym przypadku Stalprofil), możliwe staje się formułowanie zarzutów. Dostrzeżenia wymaga, iż zarzutem może być objęta czynność zamawiającego albo zaniechanie czynności, do wykonania której zamawiający był zobowiązany. W tym przypadku nie mieliśmy jeszcze do czynienia z jakąkolwiek czynnością Zamawiającego w stosunku do oferty Stalprofil, a z drugiej strony nie można Zamawiającemu zarzucić, że nie wykonał on jakiejś czynności, skoro żadnych kroków wobec drugiej w rankingu oferty nie musiał czynić.

Reasumując, z tych powodów zdaniem Izby zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie. Odwołujący w żaden sposób nie wykazali, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy, samo zaś postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie było prowadzone przy uwzględnieniu zasad przejrzystości, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

O kosztach postępowań odwoławczych orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp2019, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołujących.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca:

.....

.....