

WYROK
z dnia 24 kwietnia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 kwietnia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **EKO Energetyka i Ciepłownictwo Sp. z o.o., HEATCO Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Ostrołęce** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych "PEKUM" Sp. z o.o., ILYS Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Olsztynie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - 1.2. wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych "PEKUM" Sp. z o.o., ILYS Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Olsztynie** oraz wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Energoterm Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu** do złożenia przedmiotowego środka dowodowego - wymaganego badania dla rury o średnicy 323,9/450 w części 3 zamówienia;

- 1.3. wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych "PEKUM" Sp. z o.o., ILYS Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Olsztynie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych tj. zastąpienia podmiotu udostępniającego wykonawcy swoje zasoby albo wykazania, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu opisane w pkt. 9.1.4.1 Rozdziału IX SWZ;
- 1.4. powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego w części 1/3 i odwołującego w części 2/3, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5 529 zł 75 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset dwadzieścia dziewięć złotych siedemdziesiąt pięć groszy), stanowiącą część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Przebudowa sieci ciepłych w rejonie ul. Piłsudskiego - Wyszyńskiego - Etap II, w rejonie ul. Piłsudskiego - Wyszyńskiego - Etap III (od komory P8 do punktu Z24a) oraz Etap IV (od punktu Z24A do Z25A, od punktu Z51 do punktu PW1), w rejonie ul. Głowackiego - od punktu PW3 do punktu PW4; znak sprawy: MPEC/PE-EZ/306/21 - dalej jako „postępowanie” lub „zamówienie”. Zamawiający dokonał podziału zamówienia na trzy następujące zadania: Zadanie 1 - w rejonie ul. Piłsudskiego – Wyszyńskiego - Etap II; Zadanie 2 - w rejonie ul. Piłsudskiego - Wyszyńskiego - Etap III (od komory P8 do punktu Z24a) oraz Etap IV (od punktu Z24A do Z25A, od punktu Z51 do punktu PW1); Zadanie 3 - w rejonie ul. Głowackiego, od punktu PW3 do punktu PW4.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 12 stycznia 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 008-016370.

W dniu 4 kwietnia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **EKO Energetyka i Ciepłownictwo Sp. z o.o., HEATCO Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Ostrołęce**, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec zaniechań i czynności zamawiającego podjętych w niniejszym postępowaniu

a polegających na: zaniechaniu odrzucenia oferty (w zakresie zadania nr 1, 2, 3) niżej wymienionych wykonawców: (1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych PEKUM Sp. z o.o., ILYS Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Olsztynie - zwanego dalej „Konsorcjum PEKUM” lub „przystępujący”; (2) wykonawcy: Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Energoterm Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu - dalej zwane „Energoterm” pomimo, że treść ofert ww. wykonawców jest niezgodna z warunkami zamówienia; dokonaniu wyboru, w zakresie zadania nr 1, 2 i 3, oferty Konsorcjum PEKUM pomimo, że oferta tego wykonawcy winna podlegać odrzuceniu; zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Konsorcjum PEKUM w zakresie

zadania nr 1, 2 i 3 pomimo, że wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego. Z ostrożności procesowej, na wypadek uznania zarzutów, o których mowa powyżej w pkt 1, 2 i 3 za bezskuteczne zarzucił także,

że zamawiający zaniechał wezwania Konsorcjum PEKUM w zakresie zadania nr 1, 2 i 3 do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych: potwierdzających spełnienie warunku udziału w sytuacji, w której zdolności techniczne podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdziły spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w pkt. 9.1.4.1. specyfikacji warunków zamówienia - dalej „SWZ” (w zakresie zadania nr 1, 2 i 3) oraz w sytuacji, w której złożone przez wykonawcę zaświadczenie z banku nie potwierdziło spełnienia warunku udziału dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie niżej wymienionych przepisów ustawy Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez: Konsorcjum PEKUM oraz Energoterm pomimo, że treść ofert ww. wykonawców jest niezgodna z warunkami zamówienia, a w konsekwencji także naruszenie art. 218 ust. 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferty ww. wykonawców są zgodne z dokumentami zamówienia;
2. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum PEKUM na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia w sytuacji kiedy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia i jako taka winna zostać odrzucona przez zamawiającego;
3. art. 109 ust 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum PEKUM z przedmiotowego postępowania, w sytuacji kiedy wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
4. w konsekwencji naruszenie art. 226 ust 1 pkt 2 lit a) ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty Konsorcjum PEKUM w sytuacji, w której wykonawca ten podlega wykluczeniu;

ewentualnie:

5. art. 122 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum PEKUM do zastąpienia podmiotu udostępniającego wykonawcy swoje zasoby albo wykazania, że wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu w sytuacji, w której nie wykazał

on spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych poprzez powołanie się na zasoby innego podmiotu, tj. Alu - Centrum W. Sudwoj z siedzibą w Sokołowie;

6. art. 128 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum PEKUM do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w konsekwencji braku potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych oraz sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, (2) odrzucenia ofert (w zakresie zadania nr 1, 2 i 3) złożonych przez wykonawców: Konsorcjum PEKUM ze względu na fakt, że wykonawca podlega wykluczeniu w przedmiotowego postępowania, a ponadto treść jego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia; Energoterm ze względu na fakt, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, ewentualnie (3) wezwanie Konsorcjum PEKUM do zastąpienia podmiotu udostępniającego wykonawcy swoje zasoby albo wykazania, że wykonawca ten samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, poprzez złożenie nowego wykazu robót wraz z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie oraz wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w zakresie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej; (4) dokonania ponownej kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 524 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

Swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy: Konsorcjum PEKUM oraz Energoterm. W dniu 20 kwietnia 2022 r. Energoterm złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym oświadczył, że cofa przystąpienie zgłoszone w dniu 7 kwietnia 2022 r. po stronie zamawiającego. Pismo zostało złożone w formie elektronicznej i podpisane przez osobę upoważnioną, w konsekwencji Izba uznała przedmiotowe oświadczenie za skuteczne.

Zamawiający w dniu 19 kwietnia 2022 r., działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w której oświadczył, że uznaje odwołanie za uzasadnione w zakresie, w jakim z przedstawionej w nim podstawy faktycznej wynika

niewyartykułowany wprost w petitum zarzut zaniechania wezwania Konsorcjum PEKUM oraz Energoterm do przedłożenia brakujących przedmiotowych środków dowodowych, dotyczących rury preizolowanej 323,9mm/ 450 mm, 12 m. Jednocześnie stwierdził, że powyższe oświadczenie nie ma charakteru „częściowego uwzględnienia odwołania” w rozumieniu art. 522 ust. 3 ustawy Pzp. W pozostałym zakresie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający zmodyfikował powyższe stanowisko w piśmie, złożonym do akt sprawy na posiedzeniu w dniu 21 kwietnia 2022 r. wnosząc o oddalenie odwołania w całości, jako niezasadnego.

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w piśmie procesowym z 20 kwietnia 2022 r., wnosząc w pierwszej kolejności o odrzucenie odwołania, a w przypadku nie uwzględnienia przez Izbę tego wniosku, jego oddalenie w całości jako niezasadnego. Ponadto, na posiedzeniu w dniu 21 kwietnia 2022 r. wniósł o przeprowadzenie dowodów, zgodnie z przedstawionym spisem, w związku z postawionym przez odwołującego zarzutem dotyczącym braku zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z warunkami opisanymi w SWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego w wersji elektronicznej, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, stanowiskiem Konsorcjum PEKUM złożonym w formie pisemnej, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że interes odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia w zakresie zadania nr 1, 2 i 3. W zakresie zadania nr 1 oraz zadania nr 2, oferty złożyło trzech wykonawców, w tym odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana przez zamawiającego na trzecim miejscu w oparciu o kryteria oceny ofert opisane w SWZ. W zakresie zadania nr 3, oferty złożyło czterech wykonawców, w tym odwołujący, a jego oferta

została sklasyfikowana przez zamawiającego na drugim miejscu. Gdyby zatem zarzuty odwołującego potwierdziły się i zamawiający odrzucił oferty złożone przez Konsorcjum PEKUM oraz Energoterm, odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie ww. zamówienia i osiągnięcia zysku z jego realizacji.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w Rozdziale IV SWZ jest realizacja zadania pn. „Przebudowa sieci ciepłych w technologii tradycyjnej na sieć w technologii rur preizolowanych: Zadanie 1 - w rejonie ul. Piłsudskiego - Wyszyńskiego - Etap II; Zadanie 2 - w rejonie ul. Piłsudskiego -Wyszyńskiego - Etap III (od komory P8 do punktu Z24a) oraz Etap IV (od punktu Z24A do Z25A, od punktu Z51 do punktu PW1); Zadanie 3 - w rejonie ul. Głowackiego, od punktu PW3 do punktu PW4 tj. wykonanie robót budowlanych polegających na wymianie istniejących sieci ciepłych wykonanych w systemie tradycyjnym na sieć ciepłą w technologii rur preizolowanych w Olsztynie, z materiałów wykonawcy w ramach projektu pn. „Zmniejszenie emisyjności gospodarki poprzez poprawę efektywności dystrybucji ciepła w Olsztynie w wyniku przebudowy sieci i węzłów ciepłowniczych - etap II. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarto: (1) Zadanie nr 1: Załącznik 1.1 - Projekt budowlany ul. Piłsudskiego - Wyszyńskiego - II etap, Załącznik 1.2 - Przedmiar ul. Piłsudskiego – Wyszyńskiego - II etap; (2) Zadanie nr 2: Załącznik 2.1 - Projekt budowlany ul. Piłsudskiego - Wyszyńskiego - III etap, Załącznik 2.2 - Projekt budowlany ul. Piłsudskiego - Wyszyńskiego - IV etap, Załącznik 2.3 - Przedmiar ul. Piłsudskiego - Wyszyńskiego - etap III (od komory P8 do punktu Z24a) oraz etap IV (od punktu Z24A do Z25A, od punktu Z51 do punktu PW1); (3) Zadanie nr 3: Załącznik 3.1 - Projekt budowlany ul. Głowackiego, Załącznik 3.2 - Inwentaryzacja zieleni ul. Głowackiego, Załącznik 3.3 - Przedmiar ul. Głowackiego od PW3 do PW4, Załącznik nr 4 - Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót.

Z kolei w Rozdziale VI SWZ zamawiający przewidział, że wraz z ofertą zażąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie zgodności oferowanych urządzeń z wymaganiami określonymi w STWIOR - Opis przedmiotu zamówienia oraz kryteriami oceny ofert określonymi w opisie kryteriów oceny ofert w Rozdziale XVIII SWZ tj.: 6.1.1.Oświadczenia, że oferowany system preizolowany spełnia wszystkie aktualne

normy oraz wymagania jakościowe wymienione w STWiOR.; 6.1.2. Krajowej oceny technicznej dla oferowanego systemu preizolowanego; 6.1.3. Deklaracji określającej system surowcowy zastosowany do produkcji pianki PUR (system surowcowy powinien zgodny z systemem wpisanym do Krajowej oceny technicznej); 6.1.4. Sprawozdania z badania współczynnika przewodzenia przeprowadzonego przez akredytowane laboratorium badawcze na rurze badanej, zgodnie z normami PN-EN ISO 8497 oraz PN-EN 253. Wartość współczynnika przewodzenia ciepła λ_{50} , W/mK ma być podana razem z wynikami badań gęstości, wielkością komórek i składem gazu w komórkach oraz wytrzymałości na ściskanie pianki PUR, w odniesieniu do zastosowanego systemu surowcowego; 6.1.5. Sprawozdania z badań wytrzymałości na ścinanie osiowe przed starzeniem oraz po starzeniu przeprowadzonych przez akredytowane laboratorium badawcze. Wyniki badań wytrzymałości na ścinanie osiowe przed starzeniem mają być podane razem z gęstością oraz wytrzymałością na ściskanie pianki PUR, w odniesieniu do zastosowanego systemu surowcowego zgodnie PN-EN 253; 6.1.6. Sprawozdania z badań szczelności liniowej zgodnie z PN-EN 253; 6.1.7. Sprawozdania z badań typu wykonanych zgodnie z normą PN-EN 489 oferowanych złączy mufowych zawierającego: a) wyniki badań obciążenia od gruntu, b) badania szczelności wodą po badaniu obciążenia od gruntu, c) badania szczelności wodą przed badaniem korozji naprężeniowej (złącza zgrzewane elektrycznie), d) badania izolacji muf zawierające wyniki badań wytrzymałości na ściskanie, gęstości, chłonności wody pogotowaniu, wymiaru komórek pianki PUR, e) badania korozji naprężeniowej dla złączy zgrzewanych elektrycznie, f) badania MFR korków wtapianych, g) badanie zginania korków wgrzewanych; 6.1.8. Sprawozdania z badań oferowanych muf kolanowych (jeśli wykonawca przewiduje ich użycie), wykonanego zgodnie z PN-EN 489-1, badania muszą być wykonane przez niezależną instytucję; 6.1.9. Oświadczenia o spełnieniu wymogów pkt. 3.8 STWiOR; 6.1.10. Oświadczenia o spełnieniu wymogów pkt. 3.6.5 STWiOR ppkt 2, 3, 4; 6.1.11. Zestawienia materiałów do wykonania sieci wraz z ilością, opisem oferowanych wyrobów, numerami katalogowymi. Zamawiający wskazał również (pkt 6.5.), że jeżeli wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. W dalszej części zastrzegł, że postanowienia pkt 6.5 powyżej nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub gdy pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Jednocześnie w pkt. 3.9 STWiOR zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą następujących dokumentów: 4. Sprawozdanie z badania współczynnika przewodzenia przeprowadzonego przez akredytowane

laboratorium badawcze na rurze badanej, zgodnie z normami PN-EN ISO 8497 oraz PN-EN 253. Wartość współczynnika przewodzenia ciepła λ 50, W/mK ma być podana razem z wynikami badań gęstości, wielkością komórek i składem gazu w komórkach oraz wytrzymałości na ściskanie pianki PUR, w odniesieniu do zastosowanego systemu surowcowego.

5. Sprawozdanie z badań wytrzymałości na ścinanie osiowe przed starzeniem oraz po starzeniu przeprowadzonych przez akredytowane laboratorium badawcze. Wyniki badań wytrzymałości na ścinanie osiowe przed starzeniem mają być podane razem z gęstością oraz wytrzymałością na ściskanie pianki PUR, w odniesieniu do zastosowanego systemu surowcowego zgodnie PN- EN 253. 6. Sprawozdanie z badań szczelności liniowej zgodnie z PN-EN 253.

Izba ustaliła również, że opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert znajdował się w Rozdziale XVIII SWZ. Zgodnie z zawartym tam opisem, przy ocenie ofert zamawiający zamierzał kierować się poniższymi kryteriami i ich wagami dla każdej części oddzielnie: K1 Cena ofertowa brutto - waga kryterium 75,00 punktów; K2 Okres gwarancji - 5,00 punktów; K3 Bariera antydyfuzyjna -10,00 punktów; K4 Metoda ciągła lub półciągła - 10,00 punktów. Zgodnie z postanowieniami pkt 18.3.SWZ, zamawiający zamierzał przyznać punkty, zgodnie z poniższymi zasadami: w zakresie Kryterium K3 zamawiający przyzna punkty tym wykonawcom, którzy zaoferują wykonanie podmiotu zamówienia przy użyciu rur preizolowanych posiadających warstwę antydyfuzyjną w pełnym zakresie średnic objętych dostawą. W zakresie Kryterium K4 zamawiający przyzna 10 punktów tym wykonawcom, którzy zaoferują wykonanie podmiotu przy użyciu rur preizolowanych produkowanych metodą ciągłą lub półciągłą. Przez technologię ciągłą rozumie się wytwarzanie rur preizolowanych polegające na jednoczesnym formowaniu izolacji i wytłaczaniu płaszcza osłonowego. Przez technologię półciągłą rozumie się wytwarzanie rur preizolowanych poprzez wytłaczanie na gotową izolację płaszcza osłonowego z polietylenu.

Informacje na temat spełniania powyższych wymagań tj. w zakresie tego czy wykonawca oferuje (dla każdej części zamówienia) wykonanie przedmiotu zamówienia przy użyciu rur preizolowanych produkowanych metodą ciągłą lub półciągłą oraz przy użyciu rur preizolowanych posiadających warstwę antydyfuzyjną, wykonawcy zobowiązani byli zamieścić w treści formularza ofertowego, wstawiając w odpowiednie miejsce znak „X” przy odpowiedziach „tak” lub „nie”. Jak wynika z akt sprawy, zarówno Konsorcjum PEKUM, jak też wykonawca Energoterm wskazali dla obu zadań, poprzez odpowiednie zadeklarowanie „tak”, że dostarczone rury preizolowane posiadać będą barierę antydyfuzyjną w pełnym

zakresie średnic oraz wykonają przedmiot zamówienia przy użyciu rur preizolowanych produkowanych metodą ciągłą lub półciągłą.

Ponadto, Izba ustaliła, że w Rozdziale VIII SWZ - Podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 i w art. 109 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, opisane w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

Z kolei w Rozdziale IX SWZ opisane zostały warunki, które musi spełnić wykonawca ubiegając się o przedmiotowe zamówienie, w tym zgodnie z treścią 9.1.3 lit a) i b) Rozdziału IX SWZ, zamawiający wymagał aby wykonawca: (a) w Części 1 - Zadanie 1 - w rejonie ul. Piłsudskiego- Wyszyńskiego- Etap II posiadał środki finansowe lub zdolność kredytową co najmniej w wysokości 2 500 000,00 zł (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy złotych); (b) w Części 2 - Zadanie 2 - w rejonie ul. Piłsudskiego- Wyszyńskiego- Etap III (od komory P8 do punktu Z24a) oraz Etap IV (od punktu Z24A do Z25A, od punktu Z51 do punktu PW1) posiadał środki finansowe lub zdolność kredytową co najmniej w wysokości 2 500 000,00 zł. (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy złotych); (c) w Części 3 - Zadanie 3 - w rejonie ul. Głowackiego, od punktu PW3 do punktu PW4 posiadał środki finansowe lub zdolność kredytową co najmniej w wysokości 400 000,00 zł (słownie: czterysta tysięcy złotych). W przypadku składania ofert na więcej niż jedną część, wykonawca winien wykazać się sumą wymagań dla wszystkich części objętych jego ofertą. Z kolei zgodnie z treścią pkt. 9.1.4.1 zamawiający wymagał aby wykonawca zrealizował zgodnie z zasadami sztuki budowlanej

i prawidłowo ukończył w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie minimum 3 roboty budowlane

w zakresie budowy lub przebudowy sieci w technologii rur preizolowanych każda o długości przynajmniej: (a) w Części 1 - Zadanie 1 - w rejonie ul. Piłsudskiego - Wyszyńskiego - Etap II - 0,3 km sieci o średnicy co najmniej Dn 400 mm; (b) w Części 2 - Zadanie 2 - w rejonie ul. Piłsudskiego- Wyszyńskiego- Etap III (od komory P8 do punktu Z24a) oraz Etap IV (od punktu Z24A do Z25A, od punktu Z51 do punktu PW1) - 0,2 km sieci o średnicy co najmniej Dn 400 mm; (c) w Części 3 – Zadanie 3 – w rejonie ul. Głowackiego, od punktu PW3 do punktu PW4 - 0,1 km sieci o średnicy co najmniej Dn 100 mm. Przy tym, zgodnie z opisem zawartym w pkt. 9.1.4.1 lit. d): „W przypadku składania ofert na więcej niż jedną część, wykonawca powinien wykazać się co najmniej trzema robotami o długości sieci będącej sumą wymagań dla części - zadań objętych ofertą i o średnicy co najmniej Dn 400 mm.”

Wykonawca Konsorcjum PEKUM, który ubiegał się o udzielenie zamówienia dla wszystkich części, wezwany przez zamawiającego na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, złożył m.in. zaświadczenie Warmińskiego Banku Spółdzielczego z 28 grudnia 2021 r., w którym wskazano: „(...) PRZEDSIĘBIORSTWO KONSERWACJI URZĄDZEŃ WODNYCH I MELIORACYJNYCH „PEKUM” sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, ul. Lubelska 37, 10-408 Olsztyn, NIP 739-040-55-23, REGON 510043210 współpracuje z Bankiem od marca 2003 r. Posiada czynny rachunek bieżący, poprzez który przeprowadza regularne obroty. Na dzień 28.12.2021 r. posiada na rachunku bankowym własne środki w kwocie siedmiocyfrowej, brak lokat terminowych. Sytuacja ekonomiczno-finansowa Spółki nie budzi obaw. Spółka prowadzi rentowną działalność gospodarczą i posiada dobrą płynność finansową. Spółka jest wiarygodnym Klientem Banku, terminowo wywiązuje się ze wszystkich zobowiązań wobec Banku. Dotychczasowa obsługa udzielonych gwarancji bankowych nie budzi zastrzeżeń. Aktualnie Spółka korzysta w naszym Banku wyłącznie z gwarancji bankowych. Spółka nie jest gwarantem innego kredytu w naszym Banku. Na podstawie dotychczasowej współpracy, Bank wstępnie deklaruje udzielenie kredytu (przy współfinansowaniu z innymi Bankami) w wysokości 13 000 000,00 PLN (słownie złotych: trzynaście milionów złotych, gr. 00/100). Ostateczna decyzja o wysokości kredytu będzie podjęta po przedłożeniu w Banku pełnej dokumentacji oraz zbadaniu zdolności kredytowej i adekwatnego zabezpieczenia. Rachunek Klienta w naszym Banku nie jest objęty egzekucją na podstawie tytułów wykonawczych. Bank nie ponosi odpowiedzialności za decyzje podjęte na podstawie informacji zawartych w zaświadczeniu, które wydaje się na wniosek Klienta, w celu przedłożenia przy postępowaniu przetargowym. Zaświadczenie jest ważne przez okres 90 dni od daty jego wystawienia.”

Ponadto Konsorcjum PEKUM przedłożyło wykaz robót budowlanych, w którego treści wskazało trzy realizacje, w tym w poz. 1 wykazu - zrealizowaną przez podmiot trzeci udostępniający wykonawcy swoje zasoby tj. Alu - Centrum W. Sudwoj z siedzibą w Sokołowie. W pozycji nr 1 wykazu robót, wykonawca wskazał, że na rzecz: LPEC S.A. ul. Puławska 28, 20-822 Lublin, wykonano robotę budowlaną polegającą na budowie sieci preizolowanej 2xdn400/560 L=640,69 m, w ramach zadania pn.: „Rozbudowa sieci ciepłowniczej 2Dn400 od sieci ciepłowniczej 2Dn600 w rejonie komór P19 i P20 zlokalizowanych w pasie drogowym ul. Kompozytorów Polskich i ul. Elsnera”. Ponadto, na potwierdzenie należytego wykonania tych prac załączył List Referencyjny Lubelskiego Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej S.A. w którym wskazano: „Niniejszym pismem informujemy, iż Konsorcjum firm: Alu - Centrum W. Sudwoj Sp. J., 05-806 Komorów/Sokołów, ul. Sokołowska 27 - Lider Konsorcjum; Heatco Sp. z o. o., ul. Zeliwna 43, 40-599 Katowice — Partner Konsorcjum, odpowiedzialne było za

realizację zadania pn. „Rozbudowa sieci ciepłowniczej 2Dn400 od sieci ciepłowniczej 2Dn600 w rejonie komór P19 i P20 zlokalizowanych w pasie drogowym ul. Kompozytorów Polskich

i ul. Elsnera do rejonu Górek Czechowskich i dzielnicy Botanik - rejon ul. Poligonowej w Lublinie". Nr budżetu: 1/00400/TCO/17- II etap, będącego częścią projektu: „Rozbudowa efektywnego systemu ciepłowniczego na terenie miasta Lublin” (Działanie 1.6.) współfinansowanego ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 w związku z podpisaną umową o dofinansowanie o nr POIS.OI .06.02-OO-0028/16-OO z dn. 07.11.2017 r. Całkowita wartość wykonanych robót wyniosła 2 981 591,96 zł brutto (słownie brutto: dwa miliony dziewięćset osiemdziesiąt jeden tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt jeden zł 96/100) i zrealizowana była w okresie od dnia 15.02.2019 r. do dnia 10.09.2019 r. Zakres rzeczowy zamówienia obejmował, m.in.: budowę sieci ciepłowniczej preizolowanej 2xDN400/560 0 łącznej długości L=640,69 mb, budowę komór ciepłowniczych P19A, KI, K2 uzbrojonych w armaturę: odcinającą - przepustnice 2xDN400 w komorach P19A, KI, K2; przepustnice 2xDN600 w komorze K19A; odwadniającą - zasuwę klinowe kołnierzowe fig 043 DN80 PN25 w komorach ciepłowniczych P19A - 6 szt., KI -4 szt., K2 - 4 szt. Konsorcjum firm j.w. wykonało zleczone prace kompleksowo, zgodnie z dokumentacją techniczną oraz warunkami realizacji zadania (budowa była prowadzona w terenie zurbanizowanym). Współpraca układała się dobrze, polecamy w/w firmy jako solidnych partnerów w realizacji inwestycji.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzone w sprawie materiały dowodowe, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części, w jakiej Izba uwzględniła zarzuty i podzieliła żądania odwołującego. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez: Konsorcjum PEKUM oraz Energoterm pomimo, że treść ofert ww. wykonawców jest niezgodna z warunkami zamówienia, a w konsekwencji też naruszenie art. 218 ust. 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferty ww. wykonawców są zgodne z dokumentami zamówienia, jak też zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, oferty złożonej przez Konsorcjum PEKUM na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia w sytuacji kiedy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia i jako taka winna zostać odrzucona przez zamawiającego.

Odwołujący w tym zakresie przywoływał zapisy Rozdziału VI SWZ, w którym zamawiający opisał przedmiotowe środki dowodowe, których złożenia zażąda wraz z ofertą. Zgodnie z cytowanym przez odwołującego pkt 6.6. SWZ w niniejszej sprawie przedmiotowe środki dowodowe winny potwierdzać zarówno oświadczenie wykonawcy złożone na potwierdzenie zgodności oferowanych urządzeń z wymaganiami określonymi w STWiOR, jak też w zakresie kryteriów pozacenowych. Dalej odwołujący wywodził, że jeśli przedmiotowe środki dowodowe służyć miały również potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert - wówczas, zgodnie z zapisami SWZ - nie stosuje się regulacji przewidującej możliwość uzupełnienia takiego środka. Tym samym, w ocenie odwołującego, oferty tych wykonawców podlegały odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Na wstępie przypomnienia wymaga czym są i jaką rolę pełnią przedmiotowe środki dowodowe, zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Dotyczą one oferowanego przedmiotu zamówienia, a ich zadaniem jest potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi czy roboty budowlane spełniają wymagania stawiane przez zamawiającego oraz są zgodne z kryteriami oceny ofert i wszystkimi warunkami odnoszącymi się do realizacji zamówienia. Dokumenty przedmiotowe mają pomóc w weryfikacji poprawności merytorycznej złożonej oferty. Mogą bowiem służyć ocenie zgodności zaoferowanego świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, stanowiąc podstawę weryfikacji poprawności merytorycznej oferty. W każdym przypadku, jeśli zamawiający zażąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca zobowiązany jest złożyć je wraz z ofertą. Ustawodawca przewidział również sytuacje, w których wbrew wymaganiom zamawiającego wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przez niego dokumenty będą niekompletne. Wówczas, stosownie do dyspozycji art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający ma prawo wezwać go do ich złożenia bądź uzupełnienia. Co ważne, może mieć to miejsce tylko wtedy, gdy zamawiający przewidział taką możliwość w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia. Oznacza to, że brak przewidzenia omawianej możliwości, całkowicie uniemożliwia złożenie bądź uzupełnienie tych środków. Z kolei zgodnie z treścią art. 107 ust. 3 ustawy Pzp przepisu ust. 2 nie stosuje się w momencie, gdy przedmiotowy środek służy potwierdzeniu zgodności z kryteriami bądź cechami, które zostały określone w opisie kryteriów oceny ofert. Nie dotyczy on także sytuacji, gdy oferta podlega odrzuceniu lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Konsekwencją braku złożenia przedmiotowych środków dowodowych, z przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy, jest odrzucenie oferty i zatrzymanie wadium.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zamawiający w Rozdziale VI SWZ wskazał, że wraz z ofertą żąda

złożenia szeregu przedmiotowych środków dowodowych. Powyższe miały potwierdzać zarówno zgodność oferowanych urządzeń z wymaganiami określonymi w STWiOR - Opis przedmiotu zamówienia, jak też zgodność z kryteriami oceny ofert, określonymi w opisie kryteriów oceny ofert w Rozdziale XVIII SWZ. Zamawiający powtórzył w treści SWZ, za ustawodawcą, treść cytowanych powyżej przepisów ustawy Pzp, dając wykonawcom możliwość uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w sytuacji, gdy te nie zostały złożone, albo też są niekompletne. Wykluczył jednocześnie możliwość ich uzupełnienia w przypadku, gdy dany środek służy potwierdzeniu zgodności z kryteriami bądź cechami, które zostały określone w opisie kryteriów oceny ofert.

Z treści przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp wynika, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który na wezwanie z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp nie złożył lub nie uzupełnił w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego, o ile zamawiający przewidział wezwanie do złożenia lub uzupełnienia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Przepis ten nie ma jednak zastosowania w sytuacji, gdy wykonawca nie złoży wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego, w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert (w celu oceny ofert). W takim przypadku ustawodawca przewidział sankcję w postaci odrzucenia oferty, o czym przesądza przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Należało zatem rozważyć w pierwszej kolejności czy kwestionowane przez odwołującego dokumenty, złożone przez wykonawców: Konsorcjum PEKUM i Energoterm, składane wraz z ofertą, były zgodne z opisem wymagań, zawartym przez zamawiającego w SWZ, a jeśli nie, to czy podlegały one uzupełnieniu w myśl przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący, na potrzeby odwołania, dokonał podziału przedmiotowych środków dowodowych na trzy następujące grupy: I. Przedmiotowe środki dowodowe dotyczące „współczynnika przewodzenia”; II. Przedmiotowe środki dowodowe dotyczące „wytrzymałości na ścinanie (...); III. Przedmiotowe środki dowodowe dotyczące „szczelności liniowej zgodnie z PN-EN 253 (...).”

W zakresie pierwszej z nich podniósł, że na potwierdzenie spełnienia wymogu opisanego w pkt. 6.1.4 Rozdziału VI SWZ oraz 3.9.4 STWiOR (złożenie wraz z ofertą sprawozdania z badania współczynnika przewodzenia przeprowadzonego przez akredytowane laboratorium badawcze na rurze badanej, zgodnie z normami PN-EN ISO 8497 oraz PN-EN 253. Wartość współczynnika przewodzenia ciepła λ_{50} , W/mK ma być podana razem z wynikami badań gęstości, wielkością komórek i składem gazu w komórkach

oraz wytrzymałości na ściskanie pianki PUR, w odniesieniu do zastosowanego systemu surowcowego) zarówno Konsorcjum PEKUM, jak też wykonawca Energoterm złożyli dokładnie takie same dokumenty. Odwołujący zakwestionował dokument pn. „Protokół z badań V 399/16.2”, który został złożony wraz z tłumaczeniem - dla rur produkowanych metodą opti conti (metoda półciągła) - po starzeniu, a więc protokół dla rur produkowanych przez

Logstor

w zakresie średnic rury stalowej od DN 400. Wskazał w tym przedmiocie, że badanie, którego dotyczy protokół V 399/16.2 nie zostało wykonane zgodnie z normą PN-EN 253, a zatem zostało wykonane niezgodnie z wymaganiami zamawiającego. Swoje stanowisko opierał

na lakonicznym twierdzeniu, że norma PN-EN 253, w pkt. 5.4.4 stanowi, że badanie współczynnika przewodzenia po starzeniu należy wykonać na rurze stalowej DN 50 w płaszczu o średnicy 125 mm.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający twierdził z kolei, że już z treści samego badania wynika, że to zostało wykonane zgodnie z wymaganą przez zamawiającego normą. Niezależnie od tego zamawiający powołał się na korespondencję prowadzoną z akredytowanym laboratorium - IMA Dresden, które wykonało przedmiotowe badanie, celem potwierdzenia wykonania przedmiotowych badań z normą. Izba opierając się na przedłożonych przez zamawiającego dowodach w postaci pisma z 9 marca 2022 r. MPEC/PT-DT-TI/28/61/2022, skierowanego do IMA Dresden, jak też wiadomości mailowej z 10 marca 2022 r. skierowanej przez IMA Dresden do zamawiającego (wraz z tłumaczeniem obydwu wiadomości) doszła do przekonania, że te w sposób jednoznaczny potwierdzają,

że badania te zostały wykonane zgodnie z wymaganiami zamawiającego, tj. zgodnie z normą PN-EN 253. Odwołujący z kolei, oprócz kwestionowania treści tych dokumentów, podkreślając lakoniczność samego pytania, jak też ogólną w swej treści odpowiedź udzieloną przez IMA Dresden - nie przedłożył żadnych dowodów, które potwierdzać miały jego stanowisko. Również sama treść odwołania jest w tym zakresie lakoniczna i oprócz zarzutów formułowanych wobec treści Raportu, odwołujący nie przedstawił nawet żadnej szczegółowej analizy odnoszącej się do treści samej normy, cytując jedynie jej fragment i tylko z tego wywodząc błąd w badaniach, które przedłożyli wykonawcy wraz z ofertą.

Izba zgadza się w tym zakresie z zamawiającym, że kwestionowanie przedmiotowego Raportu z badań, które wykonuje jednostka posiadająca stosowną akredytację, zmierzałoby w istocie do kwestionowania metod badawczych danej jednostki. Zamawiający nie ma ani stosownych uprawnień, ani też podstaw do twierdzenia, że w samym sposobie prowadzenia badania wystąpiły błędy, które mogły prowadzić do wniosku, że zostało ono wykonane

niezgodnie z normą PN-EN 253, a co za tym idzie niezgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Z kolei w zakresie, w jakim odwołujący podnosił, że w zakresie zadania nr 3, Konsorcjum PEKUM i wykonawca Energoterm nie złożyli wymaganego badania dla rury o średnicy 323,9/450, która jest umieszczona w zestawieniu materiałów dla zadania nr 3 (Głowackiego), poz. 2 - Izba podzieliła zastrzeżenia odwołującego w części tj. w zakresie w jakim odwołujący podnosił brak załączenia takiego badania. Sam zamawiający w piśmie z 19 kwietnia 2022 r. przyznał, że nie otrzymał w postępowaniu dokumentu w postaci Sprawozdania z badań rur preizolowanych 323,9mm/450 mm, 12 m, które w przypadku obydwu wykonawców dotyczyły tylko jednej z oferowanych rur preizolowanych, podczas gdy oferta jednego z nich dotyczyła aż 147 rur preizolowanych.

Skład orzekający podzielił jednocześnie stanowisko zamawiającego, zaprezentowane w pierwszym z pism procesowych, że niezależnie od tego, że skala stwierdzonego uchybienia jest niewielka, żądanie w tym zakresie zostało sformułowane w SWZ, a zatem stosując się do sformułowanych przez siebie wymagań - obowiązkiem zamawiającego było zweryfikowanie czy wszystkie żądane dokumenty zostały w toku prowadzonego postępowania

złożone.

Nie można z kolei zgodzić się z oceną zamawiającego, który w piśmie z 21 kwietnia 2022 r. zmodyfikował swoje stanowisko w tym zakresie stwierdzając, że przedmiotowe dokumenty zostały już złożone przez tych wykonawców w równoległym prowadzonym postępowaniu nr MPEC/PE-EZ/304/21, a tym samym skoro zamawiający nimi dysponuje - brak ten nie powinien skutkować uwzględnieniem odwołania w tym zakresie, jako nie mający wpływu na wynik postępowania. Taki wniosek jest błędny z tego powodu, że obowiązek przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych dotyczy danego postępowania i oferowanego przez danego wykonawcę przedmiotu zamówienia. Nie można zatem tego braku konwalidować, powołując się na tożsame wymagania, które zamawiający sformułował w treści innych dokumentów zamówienia, składanych w innej procedurze nawet, jeśli ta dotyczy podobnych czy też tożsamyh materiałów. Należy też podkreślić, że uzupełnić tego braku nie może przystępujący, przedkładając stosowne dokumenty w postępowaniu przed Izbą. Dokumenty takie przedkładane są bowiem na żądanie zamawiającego, w toku postępowania i poddawane stosownej weryfikacji w toku przetargu.

Izba poddała jednocześnie analizie treść zapisów SWZ, w szczególności Rozdziału VI, odnoszących się do kwestii możliwości uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych stwierdzając, że we wskazanym zakresie takie uzupełnienie było możliwe, a wręcz konieczne. Zamawiający bowiem, jak wcześniej zauważono, wprost przewidział taką możliwość

w warunkach przetargowych. Zamieszczenie takiego zastrzeżenia w ogłoszeniu lub SWZ oznacza nie tyle uprawnienie, ile obowiązek zamawiającego do wezwania tych wykonawców, którzy wraz z ofertą nie przedłożyli wymaganych dokumentów, do ich uzupełnienia w wyznaczonym przez niego terminie.

Izba dostrzegła wprawdzie zakaz wprowadzony przez ustawodawcę, który wyklucza możliwość uzupełnienia takiego środka dowodowego, który składany jest w związku z kryteriami oceny ofert, jednakże należało w niniejszej sprawie dostrzec, że żądany dokument miał zostać złożony zarówno po to, by potwierdzić, że urządzenie spełnia wymagania, jak i w celu oceny tych urządzeń w ramach kryteriów oceny ofert. Trafnie zauważył zamawiający, że minimalne parametry wykazywane sprawozdaniami są dokładnie takie same dla rur spełniających dodatkowe kryteria, opisane w SWZ jako K3 i K4, jak i dla rur niespełniających tych wymagań. Skoro zatem żądane sprawozdania z badań, opisane w wymaganiach SWZ, w pkt. 6.1.4-6.1.6. SWZ odnoszą się do minimalnych parametrów STWiORB, które odnoszą się dokładnie w takim samym stopniu do rur spełniających dodatkowe kryteria K3 i K4 jak i do rur niespełniających ich - należało uznać, że podmiotowe środki dowodowe w równym stopniu potwierdzają zgodność oferty z kryteriami, ale też stanowią dowód na spełnienie wymagań zamawiającego opisanych w dokumentach zamówienia i świadczą o zgodności z opisem przedmiotu zamówienia. W takim przypadku, w ocenie Izby, konieczne jest wezwanie do uzupełnienia takich dokumentów na potrzeby potwierdzenia spełniania wymagania opisanego w treści SWZ.

Biorąc pod uwagę, że zarówno Konsorcjum PEKUM, jak i wykonawca Energoterm nie złożyli wymaganego badania dla rury o średnicy 323,9/450, obowiązkiem zamawiającego było wezwanie tych wykonawców do uzupełnienia brakujących przedmiotowych środków dowodowych. Jednocześnie, mając na uwadze, że przedmiotowy brak dotyczy wyłącznie zadania nr 3, gdyż tylko w odniesieniu do tej części zaistniał wskazany przez odwołującego brak - Izba nakazała wezwanie do uzupełnienia tych dokumentów w zakresie części 3 zamówienia.

W dalszej kolejności odwołujący podnosił także braki w zakresie przedmiotowych środków dowodowych dotyczących „szczelności liniowej zgodnie z PN-EN 253”. Przywołując postanowienia pkt. 6.1.6 Rozdziału VI SWZ oraz 3.9.6 SWiOR wskazał, że przedłożone przez obydwu wykonawców, w postaci takiego samego dokumentu VWAW/DT/TB/18/1223/Żory/2, protokoły z badań są nieprawidłowe z uwagi na fakt, że nie zostały wykonane dla rur z barierą antydyfuzyjną, stąd wykonawcy nie spełnili stawianych wymagań.

Izba uznała w tym przypadku za trafne stanowisko zamawiającego, który prawidłowo ocenił te dokumenty, powołując się na dwie okoliczności. W pierwszej kolejności fakt, że wyżej wymieniony protokół badania szczelności liniowej VWAW/DT/TB/18/1223/Żory/2 nie zawiera w swej treści żadnej informacji na temat tego, że badanie to zostało wykonane dla rur bez bariery antydyfuzyjnej, ta kwestia nie jest w nim w ogóle poruszona. Ponadto, jak wynika

ze specjalistycznej wiedzy zamawiającego, która w tym przypadku została dodatkowo potwierdzona przez kierownika akredytowanego laboratorium, które wykonywało badanie, brak danych dotyczących bariery antydyfuzyjnej w treści badania szczelności liniowej jest w tym przypadku bez znaczenia o tyle, iż obecność tej bariery nie ma żadnego znaczenia dla badanego w tym przypadku parametru. Izba uznała za słuszne stanowisko zamawiającego, dodatkowo poparte dowodem w postaci notatki służbowej sporządzonej 8 kwietnia 2022 r., sygn. MPEC/PT-DT-TI/135/2022, zgodnie z którą pracownik zamawiającego skontaktował się w dniu 8 kwietnia 2022 r. telefonicznie z kierownikiem akredytowanego laboratorium Veolia Energia Warszawa S.A. - panią E. K., która potwierdziła, że w przypadku badanych rur wyniki badań szczelności liniowej nie zależą od tego, czy badanie zostanie przeprowadzone na rurze z barierą antydyfuzyjną czy bez bariery.

Powyższe stanowisko potwierdzają także dowody przedłożone na posiedzeniu przez przystępującego w postaci zapytania skierowanego do Veolia Energia Warszawa S.A. z 19 kwietnia 2022 r. w przedmiocie właściwości rur preizolowanych produkowanych metodą tzw. „półciągłą” (OPTI) tj. czy dla metody produkcji rur produkowanych z barierą dyfuzyjną i bez bariery dyfuzyjnej są porównywalne. W odpowiedzi na powyższe laboratorium przedstawiło swoją opinię z 19 kwietnia 2022 r., podpisaną przez kierownika laboratorium badawczego - Panią E. K. oraz kierownika działu badań marketingowych - Panią I. M., w której zaprezentowano analogiczną ocenę do tej, którą prezentował zamawiający.

Izba orzekając wzięła również pod uwagę treść przepisu art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym strony postępowania odwoławczego są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Odwołujący, oprócz kwestionowania treści samego potoku badania szczelności liniowej nie przedstawił żadnych dowodów, które wskazywałyby, że jest to badanie dotyczące materiałów innych, niż zaoferowane przez Konsorcjum PEKUM czy wykonawcę Energoterm. Z kolei brak jednoznacznego

wskazania w treści protokołu kwestii obecności bariery (ale tak samo jej braku) należy, wobec stanowiska zamawiającego, jak też dowodów przedłożonych przez przystępującego, za zrozumiały. Jako element pozbawiony wpływu na wyniki w kwestii szczelności liniowej bariera antydyfuzyjna (mająca zupełnie inną funkcję) może nie być odnotowana w opisie

badanej rury preizolowanej. Tym samym odwołujący nie podolał, ciążącemu na nim obowiązku wykazania, że przedstawione przez wykonawców badania są nieprawidłowe.

Odwołujący podnosił ponadto zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum PEKUM z przedmiotowego postępowania, w sytuacji kiedy wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty Konsorcjum PEKUM w sytuacji, w której wykonawca ten podlega wykluczeniu.

Odwołujący w tym zakresie podnosił, że Konsorcjum PEKUM, składając podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie spełnienia warunku udziału, o którym mowa w pkt. 9.1.4.1 SWZ w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji zaistniała przesłanka wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Wprowadzenie zamawiającego w błąd miało polegać na powołaniu się na doświadczenie podmiotu trzeciego tj. Alu-Centrum, który miał zdobywać to doświadczenie w konsorcjum, podczas gdy według odwołującego w ramach tego konsorcjum ww. podmiot trzeci nie wykonywał robót budowlanych. Na dowód tych twierdzeń odwołujący przedstawił dowody w postaci:

(1) Porozumienia wykonawczego z 5 kwietnia 2019 r. zawartego pomiędzy konsorcjantami realizującymi roboty budowlane; (2) Umowy o roboty budowlane nr NZ/5/19 z 23 stycznia 2019 r. zawartej przez konsorcjum z inwestorem; (3) Umowy o roboty budowlane nr NZ/5/19 z 1 marca 2019 r. zawartej przez konsorcjanta Heatco Sp. z o.o. (dalej „Heatco”) z podwykonawcą robót budowlanych.

Odwołujący w treści odwołania podkreślał, że podmiot udostępniający Konsorcjum PEKUM swoje zasoby tj. Alu - Centrum, jako strona umowy o wykonanie robót budowlanych, jak i porozumienia wykonawczego nie mógł nie znać faktycznego zakresu prac, który wykonał podczas realizacji umowy zadania pn.: „Rozbudowa sieci ciepłowniczej 2Dn400 od sieci ciepłowniczej 2Dn600 w rejonie komór P19 i P20 zlokalizowanych w pasie drogowym ul. Kompozytorów Polskich i ul. Elsnera”. Tym samym podmiot ten udostępnił Konsorcjum PEKUM swoje zasoby (doświadczenie), którym nie mógł i nie miał prawa się legitymować. Z kolei obowiązkiem Konsorcjum PEKUM, jeśli zamierzał skorzystać z potencjału innego podmiotu, było dochowanie należytej staranności i zweryfikowanie zarówno treści

zobowiązania jak i przedłożonych referencji, czego wykonawca ten zaniechał, wykazując się co najmniej lekkomyślnością lub niedbalstwem.

Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że nie były mu znane wcześniej okoliczności i dokumenty, wskazywane wcześniej przez odwołującego. Przyznał jednocześnie, że gdyby otrzymał wskazane informacje o możliwych nieprawidłowościach przed wniesieniem odwołania, to niezwłocznie zażądałby wyjaśnień ze strony Konsorcjum PEKUM w oparciu o art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. W zależności od treści wyjaśnień zamawiający albo uznałby, że warunki udziału w postępowaniu zostały spełnione (co wobec treści dokumentów załączonych do odwołania nie wydaje się wysoce prawdopodobne) albo dokonałby jednej z następujących czynności: wezwania, by Konsorcjum PEKUM, w terminie określonym przez zamawiającego zastąpiło podmiot trzeci innym podmiotem lub podmiotami albo wykazało, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu lub wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Przystępujący, w złożonym piśmie procesowym i na rozprawie wyjaśniał, że w ramach spornego zamówienia prace były wykonywane przez Heatco, jak też przez podwykonawcę tego podmiotu. Powoływał się na treść umowy nr NZ/5/19 z 23 stycznia 2019 r.,
zgodnie z którą stroną umowy było Konsorcjum Alu-Centrum oraz Heatco. Potwierdza to również treść wystawionego listu referencyjnego. Z kolei w porozumieniu wykonawczym, zawartym między konsorcjantami wskazano, że Heatco przyjęło w ramach podziału zadań nadzór nad prawidłowym wykonaniem zamówienia, wykonanie robót montażowo-budowlanych oraz wykonanie dokumentacji powykonawczej, a Alu-Centrum zakup i dostawę materiałów preizolowanych, jak też przepustnic oraz do udzielenia gwarancji zgodnie z wymaganiami SIWZ. Biorąc pod uwagę wysokość wynagrodzenia, jakie miałyby otrzymać podwykonawca Heatco można z powodzeniem przyjąć, że całość robót była faktycznie realizowana przez podwykonawcę tego podmiotu, a w istocie przez podwykonawcę Konsorcjum. Przystępujący twierdził, że mimo umownego podziału zadań w ramach kontraktu podmiotem, jaki jest odpowiedzialny za właściwe zrealizowanie przedmiotu umowy, jest solidarnie odpowiedzialny partner konsorcjum, a nie każdy z nich z osobna. Każdy zatem z partnerów konsorcjum uprawniony jest przy tym do dysponowania doświadczeniem zdobytym w ramach konsorcjum i nie ma przy tym znaczenia, że jeden z konsorcjantów miał być odpowiedzialny za fizyczne wykonanie prac.

Przystępujący przywoływał treść umowy z 23 stycznia 2019 r., z treści której w jego ocenie nie wynika, że Alu-Centrum miał być wyłącznie podmiotem odpowiedzialnym za dostawę rur. Powoływał się w szczególności na §7 ust. 1 pkt 2 umowy, który stanowi, że osoba z ramienia wykonawcy Alu-Centrum była odpowiedzialna za wypełnianie wszelkich

warunków kontraktowych, a w tym za sprawowanie właściwego nadzoru nad prowadzonymi pracami.

W pierwszej kolejności należało zatem rozstrzygnąć czy w świetle wyjaśnień złożonych przez przystępującego, jak też biorąc pod uwagę dowody załączone do odwołania, uznać można, że ten mógł powołać się na doświadczenie zdobyte przez podmiot trzeci tj. Alu-Centrum w ramach spornego zadania.

Na wstępie Izba zauważa, że wbrew twierdzeniom przystępującego, wykonanie zadania przez konsorcjum nie jest równoznaczne z jego faktycznym wykonaniem przez każdego z jego uczestników. Każdy z wykonawców w ramach konsorcjum realizuje przypisane mu zadania, nabywając doświadczenie tylko w powierzony mu części, a nie w zakresie zadań realizowanych przez innych wykonawców. Doświadczenie wykonawcy należy bowiem postrzegać w kategoriach faktycznych, a nie prawnych. Warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia, odnosi się z kolei do rzeczywistego zrealizowania przez wykonawcę części lub całości zamówienia, a nie skutków prawnych powiązań wynikających z wcześniej zawartych przez wykonawcę umów. Tym samym nawet fakt solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum - nie przekłada się na nabycie doświadczenia oczekiwanego przez zamawiającego.

W okolicznościach niniejszej sprawy, w świetle przedłożonych przez odwołującego dowodów niesporne jest, że w ramach zawartego porozumienia wykonawczego z 5 kwietnia 2019 r. (§1 ust. 4) zakres prac powierzony Alu-Centrum, w ramach przedmiotowego zadania sprowadzał się do: zakupu i dostawy materiałów oraz udzielenia gwarancji zgodnie z SIWZ. Z kolei lider konsorcjum – Heatco (§1 ust. 3) przyjął na siebie zarówno wykonanie robót określonych w umowie, wykonanie dokumentacji powykonawczej, jak też nadzór nad prawidłowym wykonaniem zamówienia. Z kolei z treści przywołanego przez przystępującego §7 ust. 1 pkt 2 umowy, wynika jedynie, że osoba z ramienia wykonawcy Alu-Centrum była odpowiedzialna za dokonywanie czynności związanych z realizacją przedmiotu umowy, co nie jest równoznaczne z tym, że członek konsorcjum tj. Alu-Centrum odpowiadał za sprawowanie właściwego nadzoru nad prowadzonymi pracami zwłaszcza, że z treści cytowanego wcześniej §1 ust. 3 umowy wynika, że to lider konsorcjum - Heatco przyjął na siebie kwestie nadzoru.

Należy zauważyć również, w kontekście treści dokumentów złożonych zamawiającemu na wezwanie do złożenia przedmiotowych środków dowodowych tj. Wykazu robót budowlanych i referencji, iż istotnym jest brak możliwości automatycznego podchodzenia do kwestii oceny możliwości powoływania się przez danego wykonawcę na doświadczenie

podmiotu trzeciego, który ten uzyskał w ramach wspólnej realizacji zamówienia w ramach konsorcjum. Na takie doświadczenie Alu - Centrum, zdobyte w ramach konsorcjum, powoływało się Konsorcjum PEKUM. W takich przypadkach wręcz koniecznością staje się badanie przez zamawiającego, w jakim zakresie faktycznie dany wykonawca realizował zadania wskazane w wykazie robót budowlanych, bowiem tylko ten zakres prac jest istotny z punktu widzenia doświadczenia, którym może taki podmiot się wylegitymować. Zamawiający winien zatem dostrzec, że w przedstawionym przez Konsorcjum PEKUM wykazie robót budowlanych jak i w pozostałych dokumentach brak było informacji na temat tego, jaki był udział Alu-Centrum w realizacji wskazywanych robót. W kontekście powyższego nie budzi żadnych wątpliwości konieczność zastosowania przez zamawiającego procedury, opisanej w art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, czego zamawiający jednak zaniechał.

Zarówno treść złożonych przez odwołującego dowodów, jak też wyjaśnienia składane przez przystępującego prowadzą, w ocenie Izby, do wniosku, iż Konsorcjum PEKUM nie mogło powołać się na doświadczenie podmiotu trzeciego tj. Alu-Centrum w realizacji zamówienia, a tym samym uznać należało, że nie potwierdziło spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 9.1.4.1 SWZ.

Jednocześnie jednak Izba nie podzieliła oceny odwołującego, że w niniejszej sprawie zaszła przesłanka skutkująca wykluczeniem przystępującego z postępowania, gdyż przekazał informacje wprowadzające w błąd zamawiającego co do faktycznego udziału podmiotu trzeciego w realizacji wskazanego zamówienia, w wyniku czego jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Dla wypełnienia się przesłanki opisanej w tym przepisie konieczne jest bowiem, aby wszystkie wymienione w nim elementy występowały łącznie, zaś niewykazanie zaistnienia chociażby jednego z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że zamawiający nie może wykluczyć takiego wykonawcy z postępowania.

W niniejszej sprawie brak jest, w ocenie Izby, elementu w postaci wprowadzenia w błąd zamawiającego, ta bowiem polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim. Tymczasem z treści dokumentów przedłożonych przez Konsorcjum PEKUM w toku postępowania nie wynika, że doszło do podania danych niezgodnych z rzeczywistością. Ani treść wykazu, ani też treść

załączonych referencji nie wskazują, że to podmiot Alu-Centrum nabył samodzielnie stosowne doświadczenie w ramach realizacji zamówienia wymienionego w wykazie. Z kolei treść listu referencyjnego wprost wskazuje, że przedmiot zamówienia był realizowany przez konsorcjum, składające się z dwóch wykonawców. Nie sprecyzowano jednocześnie jaka część w ramach zamówienia została powierzona jednemu i drugiemu podmiotowi. Tym samym, jak wcześniej zaznaczono, obowiązkiem zamawiającego było przede wszystkim wyjaśnić, kierując odpowiednie wezwanie do przystępującego, jaka była faktyczna rola podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji wskazanego zamówienia, a następnie na tej podstawie dokonać stosownej oceny w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie, jednakże konieczne, w świetle wyjaśnień złożonych przez przystępującego jest wezwanie Konsorcjum PEKUM do zastąpienia podmiotu udostępniającego wykonawcy swoje zasoby albo wykazania, że wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, gdyż nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych poprzez powołanie się na zasoby innego podmiotu, tj. Alu - Centrum. Taki też zarzut, jako ewentualny sformułował odwołujący w treści odwołania, na wypadek nie uwzględnienia przez Izbę zarzutu naruszenia cytowanego wyżej przepisu.

Izba rozpoznała także zarzut, sformułowany jako ewentualny tj. naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum PEKUM do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w konsekwencji braku potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych oraz sytuacji ekonomicznej lub finansowej mając na uwadze, że wprawdzie potwierdziły się niektóre z zarzutów wskazywanych przez odwołującego w treści odwołania, to jednak skutkiem tych naruszeń nie jest postulowane przez odwołującego odrzucenie ofert wskazywanych wykonawców.

Odwołujący podnosił, że Konsorcjum PEKUM, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego kierowane do niego na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, złożyło zaświadczenie Warmińskiego Banku Spółdzielczego, z dnia 28 grudnia 2021 r., które nie potwierdza spełnienia warunku udziału dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, który w przedmiotowym przypadku dotyczy posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej łącznie (tj. dla wszystkich trzech części zamówienia) na kwotę 5 400 000,00 zł.

Zamawiający, odnosząc się do powyższego zarzutu stwierdził, że zaświadczenie przedłożone przez przystępującego z całą pewnością jednoznacznie potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do części 3 zamówienia (wymagana kwota 400 000,00 zł.). Z uwagi na to, że przystępujący składał jednak ofertę na wszystkie trzy części zamówienia, a wymagany podmiotowy środek dowodowy miał potwierdzać posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wyższej, łącznej kwocie 5 400 000,00 zł. zamawiający zauważył, że wskazana w oświadczeniu banku „kwota siedmiocyfrowa” oznacza tyle co „1 mln zł lub więcej, lecz mniej niż 10 mln zł” i podobnie jak odwołujący uznał, że na potrzeby badania oferty powinien przyjąć najniższą możliwą kwotę z tego przedziału. Tym samym do wykazania przez przystępującego pozostała kwestia posiadania zdolności kredytowej na kwotę co najmniej 4 400 000,00 zł. Z kolei kwota potencjalnego kredytu podana w zaświadczeniu banku (13 000 000,00 zł.) jest niemal trzykrotnie wyższa od „brakującej” zdolności kredytowej. Podanie tej kwoty wyraźnie wskazuje, że bank w oparciu o posiadane informacje na taką wysokość szacuje realną zdolność przystępującego do wykonania zobowiązań kredytowych, zarówno wobec siebie jak banków współfinansujących. Sama wzmianka o zamiarze udzielenia kredytu „przy współfinansowaniu z innymi bankami” zdaniem zamawiającego powinna być interpretowana w szerszym kontekście rynkowym i prawnym - bank wystawiający przedmiotowe zaświadczenie jest bankiem spółdzielczym, ustawowo zobowiązanym do współdziałania z innymi tego typu bankami w ramach zrzeszenia. Podkreślił także, że zaświadczenie dotyczące zdolności kredytowej nie musi jednak być (i zazwyczaj nie jest) zobowiązaniem do udzielenia kredytu. Nie ma zatem konieczności, by wystawiający je bank spółdzielczy mógł reprezentować inne banki, potencjalnie współfinansujące przedsięwzięcie.

Izba, po analizie treści złożonego zaświadczenia, nie podzieliła zastrzeżeń formułowanych przez odwołującego stwierdzając, że złożony przez przystępującego dokument potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, zdefiniowanego w przedmiotowym postępowaniu.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że w świetle obowiązujących przepisów dopuszczalne jest sumowanie wartości środków finansowych (środków pieniężnych posiadanych przez wykonawcę na rachunku) ze zdolnością kredytową tegoż wykonawcy, tak aby osiągnąć minimalną kwotę na wykazanie sytuacji finansowej wykonawcy, wymaganej przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunków. Z treści złożonego przez Konsorcjum PEKUM zaświadczenia z banku wynikało, że podmiot składający zaświadczenie posiada własne środki w kwocie siedmiocyfrowej, co nie było wprawdzie wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu (przystępujący ubiegał się

o udzielenie zamówienia dla części 1, 2 i 3, zatem wymagany podmiotowy środek dowodowy miał potwierdzać posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w łącznej kwocie 5 400 000,00 zł.), jednakże w pozostałym zakresie wskazywał na możliwość pozyskania kredytu.

Tym samym słusznie zamawiający ocenił, że wskazana w oświadczeniu banku „kwota siedmiocyfrowa” oznacza tyle co „1 mln zł lub więcej, lecz mniej niż 10 mln zł” i stwierdził,

że na potrzeby badania oferty powinien przyjąć najniższą możliwą kwotę z tego przedziału. W konsekwencji do wykazania przez przystępującego pozostała kwestia posiadania zdolności kredytowej na kwotę co najmniej 4 400 000,00 zł., która to kwota winna być wymieniona

w zaświadczeniu, w części odnoszącej się do zdolności kredytowych przystępującego.

Odnosząc się z kolei do informacji przedstawionej przez bank, a odnoszącej się do zdolności kredytowej, Izba uznała, że opinia bankowa potwierdza w sposób jednoznaczny wymaganą w postępowaniu zdolność kredytową. Potwierdzenie zdolności kredytowej wystawiane w informacjach z banku stanowi bowiem ogólną ocenę kondycji wykonawcy, jego zdolności i możliwości kredytowych. W żadnej mierze nie można wymagać, aby opinia taka nosiła cechy wiążącej decyzji kredytowej lub przyrzeczenia udzielenia kredytu. Wydanie takich decyzji jest bowiem uzależnione od spełnienia szeregu, ściśle określonych przez bank wymagań.

Celem złożenia opinii z banku w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest uzyskanie informacji o potencjalnej możliwości uzyskania przez dany podmiot środków finansowych na wymaganym przez zamawiającego poziomie, a nie udzielenie konkretnego kredytu. Złożona przez przystępującego opinia bankowa, wystawiona przez Warmiński Bank Spółdzielczy wymagania te spełnia, bowiem bank oświadcza, że na podstawie dotychczasowej współpracy wstępnie deklaruje udzielenie kredytu w wysokości 13 000 000,00 zł., co w sposób znaczący przewyższa wymagania określone przez zamawiającego dla wszystkich części zamówienia. Użycie słowa „wstępnie” należy odczytywać wyłącznie w kontekście dalszej treści oświadczenia, w którym bank (jak to w praktyce ma miejsce) stwierdza, że ostateczna decyzja zostanie podjęta po przedłożeniu pełnej dokumentacji przez ubiegający się o taki kredyt podmiot.

Również zamieszczenie w treści zaświadczenia informacji o możliwości finansowania kredytu wspólnie z innymi bankami nie tyle odnosi się w tym przypadku do sytuacji majątkowej

przestępującego, ale możliwości uwolnienia przez bank gotówki w wysokości 13.000.000,00 zł. Bank bowiem jednoznacznie wskazał, że przystępujący taką zdolność posiada, a wyłącznie dla wypłaty takiej kwoty bank potrzebuje potencjalnie korzystać z innych podmiotów finansujących, co na rynku finansowym jest jak najbardziej powszechne i dopuszczalne.

Tym samym, na podstawie złożonego zaświadczenia, zamawiający zasadnie uznał, że Konsorcjum PEKUM potwierdziło spełnienie warunku udziału, zdefiniowanego w pkt. 9.1.3 lit a) i b) Rozdziału IX SWZ.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Izba uznała, że zarzuty odwołania potwierdziły się jedynie w części, w szczególności wzięła pod uwagę, że żadne z żądań odwołującego, zmierzające do wyeliminowania wykonawców z postępowania, nie zasługiwało na aprobatę. Mając jednak na uwadze, że w wyniku częściowego uwzględnienia odwołania, zamawiający będzie musiał powtórzyć czynności i wezwać wykonawców do uzupełnienia niektórych dokumentów, Izba uznała, że kosztami postępowania odwoławczego należy obciążyć zarówno odwołującego, jak też zamawiającego, odpowiednio w proporcji 2/3 i 1/3. W poczet kosztów postępowania Izba zaliczyła kwotę 20 000,00 zł., uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania. Następnie wzięła pod uwagę, że oprócz kosztów poniesionych tytułem wpisu, odwołujący poniósł także koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł. oraz koszty dojazdu na rozprawę w wysokości 257,27 zł. Z kolei zamawiający poniósł koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł., wniósł również o zasądzenie kosztów związanych z udzielonym pełnomocnictwem w wysokości 34,00 zł. Tym samym, skoro odwołujący przegrał w części 2/3, zaś zamawiający odpowiadał za koszty w wysokości 1/3, należało zasądzić od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5 529,75 zł, o czym Izba rozstrzygnęła w pkt 2 sentencji.

Przewodniczący: