

Sygn. akt: KIO 2462/23

WYROK
z dnia 5 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2023 r. przez Odwołującego **R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU BAUMARK R. S.**, ul. Świętojańska 106, 07-202 Wyszaków

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Powiat Ostrołęcki, Zarząd Dróg Powiatowych w Ostrołęce**, ul. Lokalna 2, 07-410 Ostrołęka

przy udziale

Wykonawcy - **SAFEGE S.A.S.**, 15-27 rue du Port. Parc de l'Île 92022 Nanterre CEDEX (Francja), reprezentowany przez **SAFEGE S.A.S. Oddział w Polsce, EUROCENTRUM OFFICE COMPLEX**, Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – R. S. (PHU BAUMARK R. S.) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Powiat Ostrołęcki, Zarząd Dróg Powiatowych w Ostrołęce, w trybie podstawowym na *pełnienie funkcji „Inżyniera Kontraktu” dla inwestycji: Budowa mostu na rzece Narew wraz z dojazdami. Budowa przeprawy mostowej przez rzekę Narew wraz z drogą dojazdową łączącą drogę krajową nr DK 61 w miejscowości Teodorowo. Gmina Rzekuń, Powiat Ostrołęcki z drogą powiatową nr 2539W w miejscowości Łęg Przedmiejski, Gmina Lelis, Powiat Ostrołęcki, Województwo Mazowieckie* (sygn. postępowania: DT.252.I.9.2023), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03.05.2023 r., 2023/S 086-265388, wobec czynności polegających na badaniu, ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej, w tym odrzucenia oferty własnej, wniesione zostało w dniu 21.08.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy R. S. (PHU BAUMARK R. S.).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp poprzez odrzucenie oferty PHU BAUMARK R. S., która nie podlega odrzuceniu, a wszelkie dokumenty zidentyfikowane na podstawie nieprecyzyjnego wezwania od Zamawiającego, zostały przesłane w terminie;
2. art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy SAFEGE S.A.S. do poprawienia lub uzupełnienia środków dowodowych, które są niekompletne;
3. art. 128 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy SAFEGE S.A.S. do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych środków dowodowych;
4. art. 128 ust. 5 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę SAFEGE S.A.S. o przedstawienie takich informacji lub dokumentów;
5. art. 16 Pzp poprzez niezachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie SAFEGE S.A.S. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych - „Wykaz usług” o dokładną datę zakończenia usług oraz dokładną wartość robót elektrycznych wysokiego napięcia 110 kV dla zadania „Nadzór nad budową linii energetycznej

napowietrznej WN o napięciu 110 kV”, dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca SAFEGE S.A.S. W piśmie procesowym i na posiedzeniu wykonawca wniósł o odrzucenie odwołania z uwagi na brak przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, tj. wszystkich wskazanych w odwołaniu załączników, które również nie zostały udostępnione Przystępującemu przez Zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji postępowania i zgodnych oświadczeń stron Izba ustaliła, iż wymienione na końcu odwołania załączniki, których nie otrzymał Zamawiający stanowią wyłącznie element dokumentacji prowadzonego postępowania przetargowego. W związku z powyższym tylko powołanie się na te dokumenty bez ich składania nie miało znaczenia dla ustalenia okoliczności, które stanowią podstawę zarzutów. Znając dokumentację postępowania Zamawiający miał pełen obraz okoliczności, które prowadziły do czynności kwestionowanych w odwołaniu. Wykonawca nie wskazał innych, poza opisanymi w samej treści odwołania podstaw faktycznych, które mogłyby rozszerzać badanie okoliczności, w jakich doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty odwołującego. W tej sytuacji Zamawiający miał pełną treść odwołania. Istotnym dla oceny jego podstaw są ustalone w sprawie okoliczności faktyczne i prawne stanowiące podstawę zarzutów, a te w całości objęte zostały przesłaną do Zamawiającego treścią odwołania. W świetle powyższego odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym ofertę Odwołującego, dokumenty składane na wezwania Zamawiającego, jak również ofertę i dokumenty składane na wezwanie Zamawiającego przez wykonawcę SAFEGE S.A.S. oraz pozostałe dowody przeprowadzone na rozprawie.

Zamawiający w swz przewidział procedurę odwróconą przy badaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W rozdziale VIII swz Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia

wykonawcy oraz osób mających realizować zamówienie). W rozdziale IX swz wskazane zostały podstawy wykluczenia z postępowania, w tym opisane w art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1, 4, 5, 7 Ustawy (tzw. fakultatywne przesłanki), jak również określone na podstawie przepisów ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2023 r., poz. 129,185). W zakresie ostatniej z podstaw wykluczenia wykonawca składa oświadczenie w JEDZ, część III sekcja D „Podstawy wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym”. W rozdziale X swz wskazane zostały oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawców w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw wykluczenia (podmiotowe środki dowodowe). Zgodnie z pkt 2 – *oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ) nie jest podmiotowym środkiem dowodowym i stanowi tymczasowy dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert*. Zgodnie z pkt 3 JEDZ dołączany był do oferty. Zgodnie z pkt 4 – *weryfikacji spełniania konkretnych, określonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający dokona w oparciu o stosowne dokumenty Wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, składane na wezwanie Zamawiającego, w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp*. W przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, wykonawca zobowiązany był przedstawić oświadczenie JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby (pkt 5). Zamawiający wymagał również złożenia aktualnego na dzień składania ofert oświadczenia dotyczącego przepisów sankcyjnych związanych z wojną na Ukrainie – zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do swz składane przez wykonawców i podmiot udostępniający zasoby.

Podmiotowe środki dowodowe wskazane w ust 5 swz były określone oddzielnie w zakresie podstaw wykluczenia (tabela I) oraz w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (tabela II). W tabeli I poz. 6 dotyczy – *oświadczenia Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, o których mowa w: a) art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy; b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczących orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego, c) art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, d) art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy’ e) art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, odnośnie do naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków i opłat lokalnych, o*

których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (tj. Dz. U. z 2023 r., poz. 70), f) art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy (**Załącznik nr 9 do SWZ**).

Zgodnie z rozdziałem XI ust. 4, w przypadku korzystania z potencjału podmiotu trzeciego Zamawiający bada także (poza podstawami wykluczenia wynikającymi z ustawy Pzp), czy wobec tego podmiotu nie zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w rozdziale IX. Ust. 2 i 3 swz. Zgodnie z ust. 8 rozdziału XI *Na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp, zobowiązany jest do przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów **podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w Rozdziale X, ust. 5, I ppkt 1) i 3-6) SWZ potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy do wykluczenia z postępowania.***

Oświadczenie objęte treścią załącznika nr 9 – o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp (składane na wezwanie Zamawiającego), składane miało być przez przedstawicieli wykonawcy ze wskazaniem odpowiedzialności za wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu nieprawdziwych informacji, jak również odpowiedzialności karnej na podstawie art. 297 § 1 ustawy Kodeks Karny.

W postępowaniu złożone zostały trzy oferty.

Zamawiający działając na podstawie art. 126 ust. 2 Ustawy, pismem z dnia 16.06.2023 r. wezwał Odwołującego do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Wezwanie dotyczyło podmiotowych środków dowodowych samego Wykonawcy, jak też podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 118 Ustawy, tj. BAUMARK Sp. z o.o. (zgodnie z zapisami Rozdz. XI. ust. 8 SWZ). Zamawiający wezwał Wykonawcę również do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 Ustawy.

Do wyznaczonego terminu, tj. do dnia 28.06.2023 r. do godz. 10:00 Wykonawca złożył wymagane podmiotowe środki dowodowe oraz wyjaśnienia. Z oświadczeń/dokumentów złożonych przez Wykonawcę, a także informacji wskazanych w odpowiedzi na wezwanie przez samego Wykonawcę – PHU BAUMARK, wynikało, że zdolności techniczne i zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby – tj. firmy BAUMARK Sp. z o.o., nie potwierdzają spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, a Wykonawca w tej sytuacji oczekuje skierowania do niego wezwania do zastąpienia podmiotu trzeciego innym lub samodzielnego potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający pismem z dnia 19.07.2023 r., działając na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy, w związku z art. 122 Ustawy, wezwał Wykonawcę do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych, które są niekompletne lub zawierają błędy, a więc nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Mając na uwadze, że zdolności techniczne i zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby – tj. firmy BAUMARK Sp. z o.o., nie potwierdziły spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający żądał, aby Wykonawca w terminie do dnia 24.07.2023 r., do godz. 8:00 zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Wykonawca w odpowiedzi na powyższe wezwanie, w wyznaczonym terminie, tj. do dnia 24.07.2023 r. do godz. 8:00, przedłożył oświadczenie, z którego wynika, że zastępuje podmiot BAUMARK Sp. z o.o. nowym podmiotem – ENERGOPROJEKT R. L. . Wykonawca załączył następujące oświadczenia/dokumenty podmiotu udostępniającego zasoby – firmy ENERGOPROJEKT R. L.:

1) zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia,

2) oświadczenie JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby;

3) oświadczenie z załącznika nr 4 do swz dotyczące przepisów sankcyjnych związanych z wojną w Ukrainie – tj. niepodleganiu wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie:

– art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie;

– art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego;

oraz podmiotowe środki dowodowe podmiotu udostępniającego zasoby tj.:

1) Informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie:

a) art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej "ustawą",

b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego,

- sporządzoną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem;

2) Zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem;

3) wypis z CEiDG;

4) Zaświadczenie albo inny dokument właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub właściwego oddziału regionalnego lub właściwej placówki terenowej Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem;

5) Wykaz usług;

6) Wykaz osób.

Odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c) Ustawy Zamawiający wskazał w uzasadnieniu (pismo z 10.08.2023 r.) na brak złożenia przez podmiot udostępniający zasoby – ENERGOPROJEKT R. L. w odpowiedzi na wezwanie z 16.06.2023 r. podmiotowego środka dowodowego – oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego.

Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy SAFEGE S.A.S., który również składał podmiotowe środki dowodowe na wezwanie Zamawiającego, w tym na potwierdzenie spełnienia warunku opisanego w rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. a) – zdolności technicznej lub zawodowej: *wykonania (zakończenia) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej:*

- *budowy lub rozbudowy lub przebudowy jednego obiektu mostowego stałego (nie tymczasowego), tj. mostu lub wiaduktu lub estakady (nie kładki) o minimalnej ilości przęseł – 4, w tym min. 1 przęsło o rozpiętości teoretycznej min. 35m;*

- *1 zadania polegającego na budowie lub rozbudowie lub przebudowie drogi publicznej klasy min. G o długości min. 1,0 km (w jednym odcinku) i o wartości nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł brutto;*

- *1 zadania polegającego na budowie lub rozbudowie lub przebudowie linii energetycznej napowietrznej WN o napięciu 110kV lub wyższym o wartości co najmniej 1 000 000,00 zł brutto;*

W załączniku nr 7 – wykaz usług, wykonawca wskazał trzy pozycje na potwierdzenie każdego z elementów warunku, w tym w odniesieniu do ostatniego zadania – realizowanego na rzecz Volkswagen Poznań Sp. z o.o. w okresie od 02.2018 r. do 11.06.2018 r. w zakresie pełnienia nadzoru nad *budową linii energetycznej napowietrznej WN o napięciu 110kV o wartości powyżej 1 000 000,00 zł brutto.*

Na potwierdzenie należytej realizacji prac wykonawca przedstawił fakturę Vat oraz potwierdzenie przelewu opłacenia faktury. W oświadczeniu złożonym Zamawiającemu wskazał, iż: *Wynika to z faktu, że inwestor VOLKSWAGEN POZNAN Sp. z o.o. nie praktykuje wystawiania Potwierdzenia należytego wykonania usługi ani innego tożsamego dokumentu, dlatego też składamy Państwu wspomnianą fakturę i potwierdzenie jej płatności oraz przedmiotowe oświadczenie wypełniając zapisy § 9 ust. 1 pkt. 2 ROZPORZĄDZENIA MINISTRA ROZWOJU, PRACY I TECHNOLOGII z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.*

Na fakturze wystawionej przez Volkswagen Poznań Sp. z o.o. z dnia 11.06.2018 r. wskazane zostało wynagrodzenie za zamówienie 77187786 z dnia 22.02.2018 r. pn.: Inspektor Nadzoru – przesunięcie linii 110, jak również potwierdzony została data wykonania: 11.06.2018 r.

Na rozprawie Zamawiający przedstawił dodatkową korespondencję prowadzoną już po wniesieniu odwołania w celu zweryfikowania okoliczności dotyczących nadzoru nad inwestycją realizowaną dla Volkswagen Poznań Sp. z o.o. – wniosek o informacje z 31.08.2023 r. oraz odpowiedź z 3.09.2023 r. Z uwagi na krótki czas w jakim odpowiedzi oczekiwał Zamawiający odpowiedź potwierdza fakt wystawiania referencji podmiotom świadczącym dostawy, usługi, czy roboty budowlane, jednocześnie podmiot nie jest w stanie potwierdzić, czy z wnioskiem o wystawienie referencji SAFEGE S.A.S. Oddział w Polsce występowało w odniesieniu do wykonanych w 2018 r. prac. W odpowiedzi potwierdzono fakt realizacji w okresie od lutego do maja/czerwca 2018 r. usługi nadzoru dla projektu przesunięcia linii kablowych 110kV, bez możliwości potwierdzenia, czy w projekcie chodziło o linię napowietrzną, jak również wartości zamówienia. Potwierdzono natomiast, iż usługa została wykonana należycie.

Izba ustaliła i zważyła.

W pierwszej kolejności odnosząc się do wniosku Przystępującego o pozostawienie bez rozpoznania zarzutów dotyczących jego oferty i oceny złożonych dokumentów, uzasadnionego tym, że w przypadku oddalenia odwołania w zakresie podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, podmiot ten traciłby interes w uzyskaniu zamówienia, skład orzekający

uznał, iż nie ma on podstaw prawnych. W szczególności, wskazując na interes w uzyskaniu zamówienia, jako przesłankę materialnoprawną rozpoznania odwołania należy zauważyć, iż badanie tej przesłanki poprzedza rozpoznanie zarzutu w tym znaczeniu, że na jej ocenę nie może mieć wpływ to w jaki sposób Izba rozpozna podniesione zarzuty. Brak interesu we wniesieniu odwołania badany jest na moment jego złożenia, co oznacza, iż uwzględnia się stan istniejący w momencie wnoszenia odwołania i to w jakim zakresie formułowane są zarzuty i żądania we wniesionym środku ochrony prawnej. Nie ma natomiast możliwości przesądzenia, badając przesłankę materialnoprawną, jakie będzie rozstrzygnięcie Izby w przedmiocie poszczególnych zarzutów. Traktując odwołanie, jako drogę do podważenia czynności, które kończyły badanie i ocenę ofert, w tym niekorzystną dla Odwołującego decyzję o odrzuceniu jego oferty i wyborze oferty najkorzystniejszej, nie można mieć wątpliwości, iż służy ono ochronie interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia. Tym samym odwołanie w całości podlegało rozpoznaniu.

Odnosząc się ogólnie do zarzutów, należy wyraźnie zastrzec, iż podlegały one rozpoznaniu w zakresie związanym z okolicznościami wskazanymi w podstawie faktycznej. To Odwołujący wskazując nie tylko naruszenie przepisu Ustawy, ale przede wszystkim opisując okoliczności, w jakich miało dojść do jego naruszenia, wyznacza zakres rozpoznania, co ma również znaczenie dla Zamawiającego, przy ocenie zasadności odwołania i może prowadzić do jego uwzględnienia. W odniesieniu do czynności odrzucenia oferty Odwołującego były nimi rzekomy brak precyzji Zamawiającego w zredagowaniu wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dla podmiotu udostępniającego zasoby wykonawcy i powiązany z tym wniosek o zaniechaniu ponownego skierowania wezwania, które należałoby traktować nadal jako pierwsze, gdyż w wezwaniu Zamawiający nie wskazał jakie dokumenty należało złożyć. W odniesieniu natomiast do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zarzuty wobec Zamawiającego opierane były na stwierdzeniu, iż SAFEGE nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie związanym z wykazaniem nadzoru nad co najmniej 1 zadaniem polegającym na budowie lub rozbudowie lub przebudowie linii energetycznej napowietrznej WN o napięciu 110 kV lub wyższym. Świadczyć o tym miały pytania kierowane do treści swz z wnioskami o zmianę warunku. Ponadto, Odwołujący wskazał na różny opis zadania, który był określany jako „Budowa linii” (wykaz usług), a także „Budowa sieci” (wykaz osób), czy też „przesunięcie linii” (faktura VAT). Zamawiający miał zaniechać wyjaśnienia tych wątpliwości, co miałoby pozwolić ustalić wartość robót, jak również termin zakończenia.

Wreszcie zarzut nierównego traktowania wykonawców powiązany został nie tylko z badaniem podstaw odrzucenia oferty Odwołującego i przyjęciem dokumentów złożonych przez SAFAGE, ale również z mającym mieć charakter zażyły kontaktów strony

Zamawiającej z wykonawcą, co obrazować ma fakt skierowania prośby o przekazanie wszelkiej korespondencji z PHU BAUMARK i jej przekazanie już w dniu 14.07.2023 r. (niezgodnie z Ustawą, co powinno mieć miejsce dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej), skierowanie wezwania do SAFEGE o złożenie podmiotowych środków dowodowych już w dniu 13.07.2023 r.

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego po tym jak wykonawca został wezwany pismem z 19.07.2023 r. na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy, w związku z art. 122 Ustawy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych, które są niekompletne lub zawierają błędy, a więc nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Mając na uwadze, że zdolności techniczne i zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby – tj. firmy BAUMARK Sp. z o.o., nie potwierdziły spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający żądał, aby Wykonawca w terminie do dnia 24.07.2023 r., do godz. 8:00 zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. W sprawie należy również wskazać, iż wezwanie to było kolejnym dotyczącym podmiotowych środków dowodowych, a Zamawiający wcześniej w wezwaniu z 16.06.2023 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych podał zakres dokumentów wskazanych w swz, stanowiących podmiotowe środki dowodowe, jakie wykonawca zobowiązany był złożyć w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania i spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający od początku już w dokumentacji swz, wskazywał na odmienne znaczenie oświadczenia składanego w JEDZ, które nie stanowiło podmiotowego środka dowodowego, a co istotne dla badanej sprawy, oświadczenia składane na formularzu JEDZ potwierdzać miały spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jak również brak podstaw do wykluczenia z postępowania na dzień złożenia oferty. Ma to dla rozpoznawanej sprawy istotne znaczenie, gdyż podkreśla odmienny skutek oświadczenia wstępnego i podmiotowego środka dowodowego, jakim było w tej konkretnej sprawie oświadczenie wykonawcy o aktualności oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy.

Dla rozstrzygnięcia znaczenie miało to, czy w sytuacji kiedy Odwołujący składał na wezwanie do uzupełnienia dokumentów oświadczenie JEDZ dla nowego podmiotu udostępniającego zasoby w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia, a jednocześnie nie złożył oświadczenia stanowiącego załącznik nr 9 do swz – podmiotowego środka dowodowego, Zamawiający zobowiązany był ofertę odrzucić, czy też postąpić zgodnie z żądaniem Odwołującego i wezwać ponownie do uzupełnienia brakującego oświadczenia z załącznika nr 9.

Uwzględniając nie tylko fakt, że formalnie JEDZ nie mógł zastępować innego wymaganego w postępowaniu oświadczenia, który to wymóg nie był wcześniej kwestionowany, to również uwzględniając odmienną rolę tych oświadczeń, należało przyjąć, iż Zamawiający w sposób prawidłowy odrębnie traktował oba oświadczenia. Niezależnie bowiem od momentu, w którym oświadczenie w JEDZ było złożone (w ofercie lub w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów) potwierdzało on stan istniejący na dzień złożenia oferty, a w badanej sprawie było to szczególnie widoczne, gdyż JEDZ nowego podmiotu trzeciego został uzupełniony dopiero na wezwanie do zastąpienia podmiotu wcześniej wskazanego w ofercie, dla którego wykonawca załączał podmiotowe środki dowodowe. Tym samym złożenie podmiotowego środka dowodowego, którego celem było potwierdzenie aktualności oświadczeń złożonych w JEDZ na moment składania załącznika nr 9, miało na celu potwierdzenie, iż wykonawca, a w zasadzie podmiot trzeci spełniał warunki udziału w postępowaniu, tak na dzień złożenia oferty, jak i na dzień złożenia podmiotowego środka dowodowego. Ten układ zdarzeń, jaki wystąpił w postępowaniu podkreśla konieczność złożenia obu dokumentów na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia brakujących dokumentów. JEDZ stanowił bowiem podstawę do przyjęcia, iż wskazany dopiero w trakcie procedury badania oferty Odwołującego podmiot udostępniający zasoby, spełniał warunki udziału i nie podlegał wykluczeniu na dzień złożenia oferty przez Odwołującego. Oświadczenie wykonawcy składane na załączniku nr 9 – stanowić miało natomiast podstawę dla przyjęcia, iż stan istniejący na dzień złożenia oferty jest nadal aktualny, a o tym nie mogło przesądzić samo oświadczenie złożone w JEDZ, nawet przyjmując datę jego sporządzenia. Zamawiający wyraźnie wskazał w swz, iż dokument JEDZ potwierdza stan na dzień składania ofert. Tym samym Zamawiający bez oświadczenia składanego na załączniku nr 9 – podmiotowego środka dowodowego, nie mógł pozytywnie zweryfikować podmiotu udostępniającego zasoby w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Było to równoznaczne z przyjęciem, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się natomiast do precyzji wezwania Zamawiającego z dnia 19.07.2023 r. na podstawie, którego Odwołujący przedstawił nowy podmiot trzeci wraz z dokumentami wymaganymi w postępowaniu w sytuacji korzystania z potencjału podmiotów trzecich, należy zwrócić uwagę, iż kierując to wezwanie Zamawiający nie miał czego wskazywać ponad zapisy swz. W szczególności nie zachodził tu przypadek, w którym Zamawiający oceniłby złożone dokumenty, jako błędne lub niekompletne i na tej podstawie żądał uzupełnienia konkretnych oświadczeń i podmiotowych środków dowodowych. Powodem dla którego Zamawiający skierował wezwanie było uznanie, iż wskazany pierwotnie podmiot, na którego zasoby powołał się Odwołujący, nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, co zresztą

przyznał sam Odwołujący we wcześniejszej korespondencji z Zamawiającym (wyjaśnienia z 27.06.2023 r.). W tej sytuacji nie budziło wątpliwości to jakie dokumenty dotyczące tego podmiotu należało złożyć i nawet jeżeli Zamawiający ponownie nie wskazywał zapisów swz, to były one jednoznaczne i wynikały z dokumentacji postępowania. Jeżeli nie na podstawie samej swz, to również na podstawie wezwania z 16.06.2023 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych Odwołujący mógł łatwo ustalić, jakie dokumenty należało złożyć w komplecie dla nowego podmiotu trzeciego. W tej sytuacji kierowanie kolejnego wezwania nie miało podstaw, gdyż Zamawiający już swój obowiązek zrealizował i to po stronie Odwołującego spoczywał odpowiedzialność i konsekwencje za brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia, co wymagało potwierdzenia istnienia takiego samego stanu w okresie od złożenia oferty do momentu, na jaki składane miały być podmiotowe środki dowodowe.

Odnosząc się natomiast do czynności badania i weryfikacji podmiotowej wykonawcy SAFEGE i wskazanej podstawy wątpliwości, jakie miały uzasadniać zarzut zaniechania wezwania do wyjaśnienia doświadczenia wymaganego dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu i dokonania tej oceny wyłącznie w oparciu o oświadczenia wykonawcy, skład orzekający uznał, iż same wątpliwości na jakie wskazał Odwołujący nie mogą prowadzić do wniosków prezentowanych w odwołaniu. Te zasadniczo sprowadzały się do twierdzenia o braku spełniania warunku udziału w postępowaniu (w związku z pytaniami, jakie zadał SAFEGE do swz i jego wnioskami o zmianę), jak również różnym opisem zadania w dokumentach ocenionych przez Zamawiającego, w którym używano określeń: budowa linii, budowa sieci, przesunięcie linii. Odwołujący nie kwestionował w odwołaniu tego, czy zadanie dotyczyło linii energetycznej napowietrznej, a jego wątpliwości zasadniczo były skupione na konieczności potwierdzenia podmiotowym środkiem dowodowym wartości robót, jak również terminu realizacji, jako istotnych z punktu widzenia warunku udziału w postępowaniu.

W pierwszej kolejności należy zatem wskazać, iż wykonawca SAFEGE złożył nie tylko wyjaśnienia dlaczego nie mógł przedstawić referencji, ale również przedłożył dokument wystawiony przez odbiorcę usługi, tj. fakturę za wynagrodzenie, w której podane zostały również dane dotyczące terminu wykonania – 11.06.2018 r. Zatem na tej podstawie Zamawiający mógł potwierdzić termin realizacji wskazany w wykazie usług, a ten został określony prawidłowo, co dodatkowo potwierdza korespondencja przedłożona na rozprawie przez Zamawiającego. Nie była to zatem sytuacja, w której wyłącznie oświadczeniem własnym wykonawca potwierdzać miał należyte wykonanie zamówienia. Tym potwierdzeniem miała być faktura wraz z potwierdzeniem dokonania przelewu wskazanej

kwoty wynagrodzenia. Rzeczywiście na fakturze nie ma adnotacji wskazującej na należyłą realizację usługi, to jednocześnie Odwołujący nie przedstawił kontr dowodu wskazującego na odmienną ocenę, co w zestawieniu z oświadczeniem złożonym Zamawiającemu na potrzebę postępowania odwoławczego przez Volkswagen Poznań, prowadzić musiało do uznania, iż usługa została wykonana należycie. Przyjmując zatem, że okoliczność ta mogła być dodatkowo potwierdzona na etapie badania dokumentów, to uwzględnienie na tej podstawie odwołania nie mogło mieć miejsca, gdyż ostatecznie prowadziłyby do takiego samego ustalenia, jakie zostało poczynione na podstawie złożonego dowodu. Można również wskazać, iż nie tylko referencja jest jedynym dokumentem mogącym potwierdzać prawidłową realizację zamówienia, a w przypadku wątpliwości należy je wyjaśniać w ramach weryfikacji dokumentów przed zakończeniem czynności oceny ofert. W tej sprawie ustalenia poczynione na rozprawie, w zakresie w jakim Izba była uprawniona do rozstrzygnięcia, nie prowadziły do odmiennej oceny zrealizowanej usługi i uznania, że nie była ona należycie wykonana.

Należy w tym miejscu wyraźnie wskazać, iż nie tylko dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia, ale również wykaz usług stanowił podmiotowy środek dowodowy, w którym to wykonawca swoim oświadczeniem ma potwierdzić zakres wykonanych prac i to uczynił. Nie ma podstaw do traktowania wykazu i „referencji”, jako dokumentów mających ten sam cel. W orzecznictwie i doktrynie w sposób utrwalony wskazuje się, że referencje nie mają na celu opisywania szczegółowo zakresu prac, ale wskazanie na ich należyłą realizację i w takim celu są składane. W wykazie usług to właśnie wykonawca zobowiązany jest opisać zakres prac, tak aby zamawiający mógł ustalić, czy spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Takie oświadczenie zostało złożone pod odpowiedzialnością karną za składanie nieprawdziwych informacji w celu uzyskania zamówienia – klauzula na końcu wykazu usług podpisana przez wykonawcę (załącznik nr 7).

Na koniec odnosząc się do zarzutu naruszenia zasady prowadzenia postępowania w sposób uczciwy i równego traktowania wykonawców, skład orzekający uznaje, że czynności Zamawiającego miały wyłącznie na celu weryfikację podmiotową Odwołującego, co odbyło się zgodnie z przepisami i treścią swz. Przekazanie dokumentów złożonych przez Odwołującego Przystępującemu, nawet jeżeli nastąpiło wcześniej nie miało żadnego wpływu na wynik oceny uzupełnionych dokumentów, w zakresie którym Izba również oddaliła zarzuty. Również samo wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych kierowane do konkurującego o zamówienie wykonawcy, nie oznacza, że ocena dokumentów złożonych przez Odwołującego mogła być inna. Na to nie wskazuje korespondencja utrwalona w dokumentacji postępowania, jak również ocena dokumentów, do której Izba odniosła się powyżej.

Powyższe prowadziło do oddalenia odwołania w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 i § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis.

Przewodniczący: