

Sygn. akt: KIO 3030/23

Wyrok
z dnia 8 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2023 r. przez wykonawcę **ML System + Sp. z o.o., Zaczernie 190G, 36-062 Zaczernie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Podkarpackie Centrum Innowacji Sp. z o.o., ul. Teofila Lenartowicza 4, 35-051 Rzeszów**, przy udziale wykonawcy **FIBRAIN Sp. z o.o., Zaczernie 190 F, 36-062 Zaczernie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1 . A. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2b i c w związku z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oraz dokonania wyboru oferty Fibrain Sp. z o.o. z/s w Zaczerniu jako najkorzystniejszej i stwierdza naruszenie wskazanych przepisów ustawy,

B. oddala odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 18 w związku z art. 16 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na brak odbycia wizji lokalnej.

2.1. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ML System + Sp. z o.o. w Zaczerniu** oraz **Podkarpackie Centrum Innowacji Sp. z o.o. w Rzeszowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **ML System + Sp. z o.o. w Zaczerniu** tytułem wpisu od odwołania.

2.2 Zasądza od zamawiającego **Podkarpackie Centrum Innowacji Sp. z o.o. w Rzeszowie** na rzecz wykonawcy **ML System + Sp. z o.o. w Zaczerniu** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu połowy kosztów wpisu od odwołania.

2.3. znosi wzajemnie między stronami pozostałe koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2023 poz. 1605 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**.

.....

Sygn. akt: KIO 3030/23

Uzasadnienie

Zamawiający: Podkarpackie Centrum Innowacji Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego pn. Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznej na potrzeby Podkarpackiego Centrum Innowacji, nr PCI-6DZP.410.42.2023.JB. Ogłoszenie o zamówieniu: Dz.U./S s149 04/08/2023 472476-2023-PL <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:472476-2023:TEXT:PL:HTML>

Odwołujący: ML System+ sp. z o.o. z siedzibą w Zaczerniu wniósł dnia 12 października 2023 r. odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1 . zaniechaniu odrzucenia i wyborze oferty Fibrain Sp. z o.o. z/s w Zaczerniu („Fibrain”) jako najkorzystniejszej,
2. odrzuceniu oferty Odwołującego,

Zamawiającemu zarzuca naruszenie:

- 1 . art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) - c) w zw. z art. 16 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Fibrain i zaniechanie jej odrzucenia, mimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia i nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt VIII ppkt 2.4a) Instrukcji dla Wykonawców („IDW”) stanowiącej rozdział I Specyfikacji Warunków Zamówienia;

2. art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 3 i 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „UZNK”) przez zaniechanie odrzucenia oferty Fibrain pomimo, iż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na złożone przez tego Wykonawcę nieprawdziwe informacje dotyczące spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt VIII ppkt 2.4a) IDW;

3. art. 226 ust. 1 pkt 18 w zw. z art. 16 pkt 3 PZP przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na rzekomy brak odbycia wizji lokalnej, w sytuacji, w której przedstawiciele Odwołującego faktycznie w niej uczestniczyli, a Odwołujący posiadał wszelkie, uzyskane w toku wizji lokalnej informacje niezbędne dla sporządzenia oferty w Postępowaniu;

5. art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 3 Pzp przez odstąpienie od wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczeń i pełnomocnictw przedstawionych w trakcie Postępowania, a dotyczących udziału w wizji lokalnej.

W związku z powyższym wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu, wobec faktu zawarcia umowy z przystępującym dnia 20 października 2023 r., stwierdzenia

naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, ewentualnie nakazanie unieważnienia umowy.

Dnia 2 października 2023 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu „sprostowanie” zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, w którym informacja o wyborze oferty Fibrain i odrzuceniu oferty Solar Office Sp. z o.o. została wzbogacona o informację o odrzuceniu oferty Odwołującego, a dnia następnego dostał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z uzupełnieniem dotyczącym uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego.

Czynność rozstrzygnięcia z dnia 2/3 października 2023 r. jest objęta odwołaniem.

[Zaniechanie odrzucenia oferty Fibrain]

Zgodnie z pkt VIII pkt 2 ppkt 4 a) IDW o udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który wykaże, że należycie wykonał co najmniej 2 dostawy z montażem polegające na zaprojektowaniu, dostarczeniu i zamontowaniu instalacji fotowoltaicznych o wartości każdej z dostaw w wysokości co najmniej 1 000 000 zł brutto każda.

Warunek opatrzone dodatkową uwagą, iż Wykonawca może wykazać się doświadczeniem opisanym powyżej albo w formie dostaw lub w formie robót budowlanych albo w formie mieszanej, tj. jedna robota budowlana i jedna dostawa.

Na wykazanie powyższego Fibrain przedstawił Wykaz dostaw (wg wzoru IDW), wskazując w jego treści, iż posiada poniższe doświadczenie:

1. Fibrain Sp. z o.o. I + Med. Sp. z o.o. Dostawa i montaż. Referencje.

05.2022 08.2023 wartość 16 137 600

2. Fibrain Sp. z o.o. I + Med. Sp. z o.o. Dostawa i montaż 05.2022 08.2023

Wartość 3 620 000

Fibrain przedłożył dwa dokumenty zatytułowane „Referencja” wystawione przez spółkę I + Med. Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku. W treści I + Med wskazał, iż spółka Fibrain w okresie od 05.2022 r. do 08.2023 r. dla inwestycji ZCK w Lublinie wykonała roboty budowlane polegające na:

1/ zaprojektowaniu, wykonaniu oraz dostawie zadaszeń wiat fotowoltaicznych o łącznej mocy 410 kWp o wartości inwestycji netto: 13.120.000,00 PLN; przy czym do zakresu Fibrain należało: wykonanie projektu technicznego modułów fotowoltaicznych szkło-szkło dla zadaszeń peronów autobusowych; produkcja oraz dostawa modułów fotowoltaicznych szkło-szkło; roboty budowlane związane z montażem elektrycznym modułów fotowoltaicznych szkło-szkło dla zadaszeń peronów autobusowych montaż i podłączenie falowników fotowoltaicznych wraz z optymalizatorami mocy;

2/ zaprojektowaniu, wykonaniu oraz dostawie świetlika fotowoltaicznego o łącznej mocy 90 kWp o wartości inwestycji: 3.620.000,00 PLN; przy czym do zakresu Fibrain należało:

wykonanie projektu technicznego modułów fotowoltaicznych szkło-szkło dla świetlika; produkcja oraz dostawa modułów fotowoltaicznych szkło-szkło; roboty budowlane związane z montażem elektrycznym modułów fotowoltaicznych szkło-szkło dla świetlika montaż i podłączenie falowników fotowoltaicznych wraz z optymalizatorami mocy;

Zamawiający po pierwszym wyborze oferty Fibrain jako najkorzystniejszej (informacja z 22 września br.) i otrzymaniu pisma Odwołującego z 29 września 2023 r. wskazującego na wadliwość złożonych przez Fibrain środków dowodowych zwrócił się 29 września 2023 r. do Fibrain o zajęcie stanowiska wobec tych zarzutów. 2 października 2023 r. Fibrain złożył stanowisko, wyjaśniając w szczególności, iż dla przedmiotowego postępowania: (i) przedstawił prawidłowe referencje; (ii) referencje zostały wydane przez podmiot uprawniony; (iii) wykonał zakres prac wskazany w referencjach. Odpowiedź ta nie została opatrzona dodatkowymi dokumentami czy dowodami potwierdzającymi prawidłowość postawionych tez. 2 października br. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Fibrain jako najkorzystniejszej.

Fibrain nie wykazał wymaganego doświadczenia odnoszącego się do dwóch instalacji fotowoltaicznych.

Biorąc pod uwagę treść warunku oraz zamieszczonej pod nim uwagi oczywistym jest, iż:

- 1) wymóg odnosi się do instalacji fotowoltaicznych, a nie modułów fotowoltaicznych lub innych elementów składowych takiej instalacji;
- 2) wymóg odnosi się do wykazania ww. pracami w odniesieniu do co najmniej dwóch instalacji fotowoltaicznych skoro zamawiający posłużył się w treści warunku liczbą mnogą, wskazując na „instalacje fotowoltaiczne” i wskazał na co najmniej 2 dostawy z montażem.

Powyższe potwierdza w formie uwagi pod treścią warunku w której zamawiający odwołał się do formy „dostaw” (liczba mnoga), „robót budowlanych” (liczba mn.) oraz formy mieszanej, tj. jedna robota budowlana i jedna dostawa. Nie ma wątpliwości, że Zamawiający wymagał legitymowania się przez wykonawców doświadczeniem w realizacji prac (dostaw z montażem, z zaprojektowaniem włącznie) dotyczących dwóch odrębnych instalacji.

Tymczasem treści referencji czytanych łącznie z Wykazem dostaw (w którym Fibrain w kolumnie „Charakterystyka zamówienia/Informacje potwierdzające spełnianie warunku” niezwykle lakonicznie wskazał jedynie: „Dostawa i montaż. Referencje”) wskazuje, iż do zakresu Fibrain należało wykonanie określonych w nich prac dotyczących zadaszeń wiat fotowoltaicznych o łącznej mocy 410 kWp oraz świetlika fotowoltaicznego o łącznej mocy 90 kWp dla inwestycji ZCK w Lublinie, zaś zawarty w obu referencjach opis prac należących do Fibrain („Do zakresu FIBRAIN Sp. z o.o. należało... ”) dotyczy modułów fotowoltaicznych - odpowiednio dla zadaszeń oraz świetlika oraz falowników.

Tak opisany zakres udziału Fibrain w pracach w inwestycji ZCK w Lublinie nie spełnia postawionego warunku udziału w postępowaniu, gdyż instalacja fotowoltaiczna jako

instalacja OZE zarówno w świetle definicji legalnych jak i wiedzy technicznej, a nadto rozumienia przyjętego przez Zamawiającego w tym postępowaniu, jest pojęciem szerszym niż moduły fotowoltaiczne (względnie moduły z falownikami), zaś świetlik z zadaszeniem wiat nie stanowi w inwestycji ZCK w Lublinie dwóch odrębnych instalacji fotowoltaicznych.

Na marginesie należy wskazać, że zakres prac objęty referencjami i opisany w Wykazie dostaw Fibrain nie został wykonany w ramach dwóch odrębnych dostaw, lecz w ramach jednego zadania inwestycyjnego, w tym samym okresie (05.2022-08.2023), a wystawcą obu referencji jest ten sam podmiot.

[Brak wymaganego doświadczenia odnoszącego się do prac projektowych

Fibrain nie wykazał doświadczenia w zakresie zaprojektowania instalacji fotowoltaicznej.

Obowiązujący warunek udziału obejmuje bowiem wykonanie co najmniej 2 dostaw z montażem, polegających m.in. na zaprojektowaniu instalacji fotowoltaicznych. Jak wskazano powyżej, wymóg ten należy odnieść do co najmniej dwóch instalacji fotowoltaicznych.

Tymczasem obie referencje przedłożone przez Fibrain wskazują, iż „do zakresu Fibrain należało wykonanie projektu technicznego modułów fotowoltaicznych szkło-szkło” dla: (1) zadaszeń peronów autobusowych oraz (2) świetlika.

Wykonanie projektu technicznego modułów fotowoltaicznych (nawet, gdyby przyjąć, iż miało miejsce nie spełnia wymogu zaprojektowania instalacji fotowoltaicznej. Jak wskazano j, pojęcie „moduły fotowoltaiczne” jest węższe niż „instalacja fotowoltaiczna”, która — jako instalacja energetyczna — obejmuje zespół urządzeń (m. in. panele fotowoltaiczne, falowniki, rozdzielnice, okablowanie itp.) wraz z układami połączeń między nimi. Ponadto zaprojektowanie instalacji fotowoltaicznych nie sprowadza się tylko do projektu technicznego modułów. Dodatkowo, jak wskazano, Fibrain nie wykonał w ogóle prac odnoszących się do co najmniej dwóch instalacji fotowoltaicznych, co oznacza, że nie zaprojektował również co najmniej dwóch takich instalacji.

Wskazany w referencjach zakres prac projektowych dla zadaszeń czy świetlika nie jest wystarczający, aby uznać, iż Fibrain posiada wymagane doświadczenie w zaprojektowaniu instalacji fotowoltaicznych i tego nie udowodnił, a złożone w piśmie z 2 października 2023 r. potwierdzenie, iż posiada wymagane doświadczenie, co miałoby wynikać z dotychczas złożonej Zamawiającemu dokumentacji stanowi informację nieprawdziwą, nie popartą dowodami.

Według wiedzy Odwołującego prace wykazywane w obu referencjach, do których odwołuje ię Wykaz dostaw przedłożony przez Fibrain nie zostały zakończone. Nie sposób zatem uznać, że prace zostały wykonane należycie, a oświadczenia Fibrain w tym zakresie — czy to w Wykazie dostaw o ich wykonaniu, czy w obu referencjach czy też w piśmie Fibrain z 2 października 2023 r. budzą uzasadnione wątpliwości i wprowadzają w błąd.

Wątpliwości te są o tyle istotne, iż pismem z 4 października 2023 r. Zamawiający wezwał wystawcę referencji do udzielenia odpowiedzi w przedmiocie prawdziwości twierdzeń w referencjach oraz do potwierdzenia faktu wykonania dostaw. Zamawiający zażądał przedstawienia dokumentów potwierdzających ww. okoliczność, w tym „faktur, rachunków, protokołów odbioru”. W odpowiedzi 6 października 2023 r. konsorcjant wykonawcy odmówił przedstawienia dowodów. Podobnie, żadnych dowodów nie przedłożył Fibrain oświadczając w piśmie z dnia 2 października 2023 r., iż „składane przez nas dokumenty są wystarczające”. Przedstawione referencje nie są dowodem należytego wykonania wskazanych w nich prac wg § 9 ust. 1 pkt 2) Rozp. w sprawie podmiotowych środków dowodowych.

Jak wynika z pisma z Urzędu Miasta Lublin z 12 października 2021 r, referencje zostały wydane przez podmiot nieuprawniony, tj. nie podmiot, na rzecz którego wykonane zostały wskazane w referencjach prace, a treść przedłożonego Wykazu dostaw z referencjami zawiera w tym zakresie informacje nieprawdziwe.

W treści Wykazu dostaw wystawcą obu referencji na rzecz Fibrain, jest spółka I + Med, określona została jako „Zamawiający/Zlecający”. Powyższe miałyby sugerować, że to ona zleciła firmie Fibrain określony w treści referencji zakres prac, jako gen. wykonawca/ wykonawca referowanej inwestycji. Spółka ta nie mogła jednak powierzyć do wykonania Fibrain prac określonych w treści referencji, gdyż w ramach inwestycji ZCK, której Generalnym Wykonawcą był Budimex S.A., spółki Fibrain oraz I + MED występowały jako konsorcjum, w roli podwykonawcy Budimexu, tym samym były względem Gen. Wykonawcy dłużnikiem solidarnym, zobowiązanym do wykonania określonego świadczenia na jego rzecz. Potwierdza to fragment, przedstawionej do niniejszego odwołania korespondencji, pochodzącej od Inwestora:

Generalny Wykonawca robót budowlanych — BUDIMEX S.A., przedstawił projekt umowy na wykonanie zadania wiat peronowych oraz świetlika budynku głównego, w skład którego wchodzi konstrukcja oraz właściwy dach wykonany ze szkła z modułami PV (fotowoltaika) i systemem automatycznego samoodśnieżania i podświetlania. Zaproponowany Podwykonawca na tym zadaniu to konsorcjum firm: I+MED Sp. z o.o. z/s w Gdańsku oraz FIBRAIN Sp. z o.o. z siedzibą w Zaczerniu.

Zamawiający zaakceptował wzór umowy o podwykonawstwo na wykonanie zadania wiat peronowych oraz wykonanie świetlika z budynku głównym dworca autobusowego, które będą wykonane ze szkła zawierającego również panele fotowoltaiczne. Został więc zaakceptowany podwykonawca zadania, które zawiera również panele fotowoltaiczne.

Z powyższego wynika, iż spółka I + Med w ramach konsorcjum z Fibrain wspólnie wykonywała prace w ramach Inwestycji ZCK na rzecz Budimex- Generalnego Wykonawcy wskazanego w treści zadania. Bezspornym jest zatem fakt, iż rzeczywistym beneficjentem

prac realizowanych w ramach przedmiotowej Inwestycji- tj. podmiotem na rzecz którego prace te zostały zrealizowane - uprawnionym do udzielenia referencji dla Fibrain nie była spółka 1+Med. Tym samym nie sposób uznać, aby przedłożone przez Fibrain referencje odpowiadały warunkom stawianym tym dokumentom w § 9 ust 1. pkt 1) lub 2) ww. Rozporządzenia.

W odniesieniu do złożonego 2 października 2023 r. przez Odwołującego odwołania (KIO 2879/23) na pierwotną czynność wyboru oferty Fibrain z 22 września 2023 r., Wykonawca w odpowiedzi na to odwołanie potwierdza fakt realizacji przedmiotu prac objętych złożonymi Zamawiającemu referencjami wspólnie z wystawcą referencji w ramach konsorcjum.

W ocenie Zamawiającego natomiast przedstawiony przez Fibrain wykaz dostaw i referencje potwierdzały podmiot, na rzecz którego świadczenia zostały wykonane.

Powszechnie przyjmuje się, iż wystawcą referencji może być jedynie osoba, która z racji funkcji pełnionych u inwestora, posiada dostateczną wiedzę na temat realizacji zamówienia, przy czym powinien to być podmiot, który wystawi dokument obiektywny i prawdziwy co do faktów w nim wskazanych. Współwykonawca konsorcjant, takiej rękojmi nie daje.

W obecnym stanie prawnym treść § 9 ust. 1 pkt 1 i 2 Rozp. w sprawie środków dowodowych wskazuje, iż referencje winny być wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane. W świetle ww. przepisu Zamawiający nie powinien zaakceptować referencji wystawionych przez jednego współkonsorcjanta (I + Med.) na rzecz drugiego członka konsorcjum (Fibrain). W oparciu o informacje i zarzuty Odwołującego na etapie przed złożeniem odwołania, przy należytej staranności i rzetelności zamawiający miał możliwość zweryfikowania też wskazanych przez Odwołującego i powzięcia w związku z tym odpowiednich kroków. Zamawiający poprzestał na jednostronnym oświadczeniu przydając temu dokumentowi przymiot wiarygodności.

(Czyn nieuczciwej konkurencji — wprowadzenie w błąd Zamawiającego

Zakres prac realizowanych przez Fibrain w ramach zadania „Budowa ZCK dla Lubelskiego Obszaru Funkcjonalnego, nie obejmuje w ogóle prac projektowych, gdyż przedmiotowe przedsięwzięcie realizowane było w formule „zbuduj”, na podstawie istniejącej dokumentacji projektowej, a nie w formule „zaprojektuj i zbuduj”. Tym samym ani Fibrain, ani jej konsorcjant spółka I + Med, wykonując prace w ramach Zadania ZCK, nie mogła zdobyć doświadczenia w projektowaniu instalacji fotowoltaicznych.

Powyższe wynika z dokumentacji postępowania, w którym jako najkorzystniejszą ofertę wybrano ofertę złożoną przez Budimex SA i z nim zawarto umowę jako Generalnym Wykonawcą.

W szczególności, jak wynika z treści wzoru umowy (por. przykładowo par. 22) stanowiącego Zał. 8 do SIWZ dotyczącej udzielenia zamówienia dla wskazanej w referencjach Fibrain Inwestycji ZCK, projekty budowlane i wykonawcze były dostarczane przez ZDM Lublin jako

Inwestora, a obowiązek realizacji zamówienia w oparciu o dostarczone projekty budowlano-wykonawcze wynika wprost z brzmienia par. 4 ust 1 pkt. 1) wzoru umowy.

Z tego też powodu, informacja wskazana w przedłożonych referencjach celowo miała wprowadzić Zamawiającego w błąd co do rzeczywistego zakresu prac, podczas gdy w ramach Inwestycji ZCK pełna dokumentacja projektowa leżała po stronie Inwestora.

Zgodnie r. 3 SWZ dla Inwestycji ZCK w zakres prac wchodziły wymienione prace /.../, przy czym: 3.8. Szczegółowy zakres robót określa dokumentacja projektowa oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych (zał. nr 1 do SIWZ).

Dokumentacja przetargowa dla objętej referencjami Inwestycji ZCK w ogóle nie wskazuje, by zakres prac mógł obejmować wykonanie projektu instalacji fotowoltaicznej.

Warto podkreślić, iż Inwestor (ZDM Lublin), przygotowując Inwestycję działał pod rządem Prawa budowlanego sprzed nowelizacji z 2020 r., tj. przed wejściem w życie ustawy z 13 lutego 2020 r. o zmianie ustawy - Prawo budowlane (nowelizacja ta weszła w życie w dniu 19 września 2022 r.). W konsekwencji, nie występowało wyodrębnienie projektu technicznego z projektu budowlanego składanego na potrzeby uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę. Jak wynika z dokumentacji przetargowej dot. Inwestycji ZCK, ZDM Lublin udostępnił kompletną dokumentację projektową, w tym projekt wykonawczy, już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, a sam Generalny Wykonawca w oparciu o zapisy tychże dokumentów zobligowany był wykonać przedmiot zamówienia. Tak też określone zostały obowiązki Generalnego Wykonawcy w umowie dotyczącej realizacji zamówienia. Co więcej, § 7 ust 4 umowy między Inwestorem a Gen. Wykonawcą, nakładał obowiązek kształtowania umów z podwykonawcami lub dalszymi podwykonawcami adekwatnie do warunków Umowy Głównej. Tym samym wręcz niemożliwym jest ukształtowanie takiego stosunku prawnego na linii Generalny Wykonawca - Podwykonawca, lub na niższych poziomach, w których możliwym do powierzenia byłoby wykonanie prac wykraczających poza zakres prac wynikających z przedmiotu Zamówienia (np. prace projektowe). Zamawiający był w stanie przy zachowaniu należytej staranności zweryfikować przytaczane przez Odwołującego fakty. Powyższe potwierdza, iż Fibrain, jako uczestnik konsorcjum będącego podwykonawcą, nie ma doświadczenia w zakresie projektowania co najmniej dwóch instalacji fotowoltaicznych, a było to niezbędne dla wyboru oferty. Zakres referowanego doświadczenia (dostawa i montaż) nie pokrywa się zatem z zakresem robót (zaprojektowanie, dostawa i montaż) wymaganych treścią SWZ.

W świetle wszystkich wskazanych okoliczności przedłożone przez Fibrain oświadczenia i dokumenty (Wykaz dostaw, referencje, oświadczenia zawarte w piśmie z 2 października 2023 r.) miały na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do spełniania przez Fibrain przedmiotowego warunku udziału w Postępowaniu, a co najmniej Fibrain przedstawił

nieprawdziwe informacje co do zakresu realizowanych przez Fibrain prac i statusu ich zaawansowania w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa.

Powyższe stanowi o konieczności odrzucenia oferty Fibrainz art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 3 i 14 ust. 1 UZNK, jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na przedstawione przez tego Wykonawcę nieprawdziwe informacje dotyczące spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt VIII ppkt 2.4a) IDW.

Niezależnie od powyższego, jeżeli uznać, iż korespondencja Zamawiającego z wykonawcą Fibrain (pismo Zamawiającego z 29 września 2023 r. i wyjaśnienia Fibrain z 2 października 2023 r.) wyczerpały tryb wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, o którym mowa w art. 128 ust. 1 i 4 Pzp, oferta Fibrain powinna być odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) - c) w zw. z art. 16 Pzp jako złożona przez wykonawcę, który nie wykazał spełnienia i nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt VIII ppkt 2.4a) IDW.

[Odrzucenie oferty Odwołującego]

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, iż w Rozdziale VI IDW, dla sporządzenia oferty, wymagał od Wykonawców wzięcia udziału w wizji lokalnej oraz sprawdzenia dokumentów, a od osób dokonujących wizji lokalnej w imieniu Wykonawców, Zamawiający wymagał stosownych pełnomocnictw. Według Zamawiającego przedstawiciele ML System+ sp. z o.o. nie wzięli udziału w wizji lokalnej. Na wizji obecni byli jedynie trzech przedstawiciele ML System S.A., na co wskazują pełnomocnictwa wystawione przez tę spółkę, którymi się posługiwali i okazali Zamawiającemu.

W związku z powyższym, wg Zamawiającego, oferta ML System+ sp. z o.o. podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 18 Pzp jako złożona bez odbycia wizji lokalnej i sprawdzenia dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia.

Z tego rodzaju stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić. Jakkolwiek stan faktyczny został prawidłowo przedstawiany przez Zamawiającego i nie jest sporny, to jednak Zamawiający błędnie go ocenia oraz wyciąga zeń nieprawidłowe wnioski, w kontekście jego subsumpcji pod normę art. 226 ust. 1 pkt 18 Pzp — co do złożenia przez ML System+ sp. z o.o. oferty bez odbycia wizji lokalnej.

Należy wskazać, iż przepisy nie określają sposobu przeprowadzenia i dokumentowania wizji lokalnej, ale wskazują i eksponują cel jej przeprowadzania. Jak wynika z art. 131 ust. 2 oraz art. 226 ust. 1 pkt 18 Pzp, wizja lokalna jest sposobem na zapoznanie się przez Wykonawców z miejscem wykonywania zamówienia lub znajdującymi się tam dokumentami, gdy jest to konieczne i uzasadnione ze względu na specyfiką przedmiotu zamówienia. Natomiast celem obligatoryjnej wizji lokalnej jest przymuszenie wykonawców do zapoznania

się z ww. informacjami, których posiadanie, wg Zamawiającego, jest warunkiem sine qua non przygotowania sensowej oferty i bezproblemowej realizacji zamówienia.

Ustawodawca nie mnoży w tym zakresie żadnych formalizmów, ale w przywoływanych powyżej przepisach określa warunkowany specyfiką przedmiotu zamówienia cel wizji lokalnej oraz podkreśla jej wagę przez przewidzenie sankcji odrzucenia oferty, która została złożona bez odbycia wizji lokalnej. Ustawodawca nie zakłada wcale konieczności „osobistego” odbycia wizji lokalnej przez wykonawcę — mogą to uczynić w jego imieniu i na jego rzecz inne podmioty — na co wskazuje dyspozycja art. 226 ust. 1 pkt 18 Pzp, która dotyczy złożenia oferty bez odbycia wymaganej wizji lokalnej, ale literalnie nie wymaga, aby była to wizja odbyta osobiście przez wykonawcę. Nie może więc tu chodzić o formalistycznie ujmowaną tożsamość podmiotową wykonawcy i podmiotu dokonującego wizji wyrażającą się w podpisach czy pełnomocnictwach, ale realizację celu jakim jest faktyczne zapoznanie się przez wykonawcę składającego ofertę ze specyfiką wykonania przedmiotu zamówienia na miejscu jego wykonywania.

Istotne jest więc w tym kontekście ustalenie rzeczywistego udziału w wizji lokalnej osób, które następnie mogły brać i brały udział w przygotowaniu oferty, a nie czysto formalistyczne i przedsiębrane pod z góry założoną tezę (w tym przypadku polegającą na konieczności eliminacji z Postępowania wykonawcy, który „ośmielił się” zakwestionować pierwszy wybór oferty Fibrain) działania, które w sposób oczywisty nie liczą się z faktem przygotowania oferty ML System+ sp. o.o. w oparciu o wyniki przedmiotowej wizji lokalnej.

Okolicznością notoryjną i łatwą do ustalenia w oparciu o ogólnie dostępne rejestry handlowe jest fakt, iż spółka ML System S.A. jest stuprocentowym udziałowcem spółki ML System+ sp. z o.o. Obie spółki są członkami tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Na ich powiązania wskazuje również fakt prowadzenia działalności w tej samej siedzibie. Między podmiotami występują silne powiązania gospodarcze, przejawiające się stałą współpracą w prowadzeniu tożsamej lub rzeczowo uzupełniającej się działalności gospodarczej w ramach tego samego rynku zbytu, czy powiązania osobowe, fakt występowania w organach zarządczych i decyzyjnych spółek tych samych osób, zarówno na poziomie organu uprawnionego do reprezentacji podmiotu (Pana D. C., pełniącego funkcję Prezesa Zarządu w obu Spółkach), jak również w odniesieniu do pozostałych osób wchodzących w skład Zarządu Spółki ML System S.A., a posiadających prokurę w Spółce ML System+ Sp. z o.o., czy odwrotnie - pełnienia funkcji Członka Zarządu Spółki ML System+ Sp. z o.o. prokurenta Spółki ML System S.A. - Pani O. S.

Powyższe okoliczności oczywiście nie świadczą o tożsamości podmiotowej spółek pozostających wyodrębnionymi osobami prawnymi, jednakże świadczą o ich ścisłym powiązaniu kapitałowym i organizacyjnym, a także uprawdopodobniają, że w oparciu o udział

wskazanych osób w wizji lokalnej ML System+ sp. z o.o. mogła przygotować swoją ofertę i się nimi posługiwać w Postępowaniu (dla przeprowadzenia wizji jak i przygotowania oferty).

Stałą praktyką w ramach ww. grupy kapitałowej jest wykonywanie pewnych czynności przez pracowników jednej spółki na rzecz drugiej lub udostępnianie efektów ich pracy. Powszechną jest również praktyka udzielania pełnomocnictw (do różnych czynności) przez jedną spółkę z grupy kapitałowej pracownikom drugiej spółki (i vice versa).

Ta sytuacja miała miejsce również w rozpatrywanym przypadku. Wszyscy trzej przedstawiciele ML System S.A., którzy stawili się na wizji lokalnej i przedstawili pełnomocnictwa ML System S.A., której zresztą są pracownikami, posiadali i posiadają również umocowanie do działania na rzecz ML System+ sp. z o.o., co mogłoby być bez problemu wyjaśnione, gdyby o to wyjaśnienie zwrócono się do Odwołującego. Zamawiający w pierwszej ocenie złożonych ofert samodzielnie wywiódł podobne wnioski, skoro uznał ofertę za spełniającą wymogi dotyczące wizji lokalnej, a wobec iście akademickiego i nad wyraz wyczerpującego uzasadnienia odrzucenia oferty Spółki Solar Office, trudno przyjąć, iż mogło dojść po stronie Zamawiającego do przeoczenia spełnienia tego typu, łatwo widocznych kwestii formalnych - w przeciwieństwie do oceny warunków merytorycznych.

Jest to zresztą zgodne z r. VI pkt 3 SWZ, gdzie wymagano, aby osoba biorąca udział w wizji lokalnej, która nie jest Wykonawcą, a jedynie osobą przez niego wyznaczoną, winna posiadać odpowiednie pełnomocnictwo do reprezentowania. Zamawiający nie wymagał więc okazywania pełnomocnictw na wizji lokalnej, ale jedynie ich posiadania. Szczególne wymogi w zakresie sposobu posługiwania się czy przedstawiania pełnomocnictw, Zamawiający sformułował jedynie w odniesieniu do pełnomocnictw wystawionych elektronicznie — prosił o ich przesłanie mailowo.

Oddzielnego komentarza wymaga w tym kontekście waga pełnomocnictw, na które w SWZ wskazywał Zamawiający, i których posiadania wymagał.

Wizja lokalna nie jest czynnością prawną i nie wymaga składania jakichkolwiek oświadczeń woli w imieniu Wykonawcy. Jest czynnością faktyczną sprowadzającą się do zapoznania się z warunkami realizacji zamówienia lub dostępnymi na miejscu dokumentami — uzyskania wiedzy i informacji ten temat. Tym samym brak jest konieczności posiadania pełnomocnictw do jej skutecznego odbycia przez osoby delegowane ze strony wykonawców. W tym kontekście pełnomocnictwa wskazane w SWZ miały w tym przypadku charakter jedynie informacyjny, co nie oznacza, że Zamawiający nie mógł dokonywać ustaleń związanych z wizją w inny sposób. Przede wszystkim jednak osoby biorące w wizji lokalnej faktycznie uczestniczyły w przygotowaniu oferty ML System+ Sp. z o.o.

W świetle powyższego działania Zamawiającego polegające na przyjęciu, iż ML System+ sp. o.o. złożyła swoją ofertę bez odbycia wizji lokalnej należy ocenić jako przejaw skrajnego, nieracjonalnego formalizmu w interpretowaniu i stosowaniu przepisów Pzp oraz

nieprzystającej do rzeczywistości interpretacji dość oczywistego stanu faktycznego. Jak wskazano uprzednio, sam Zamawiający, uznając pierwotnie ofertę Odwołującego za ważną i niepodlegającą odrzuceniu, przyjmował, iż osoby uczestniczące w wizji lokalnej legitymujące się pełnomocnictwami ML System S.A. wykonywały ją również na rzecz ML System+ sp. z o.o.

Również w powoływanym w piśmie Zamawiającego z 9 października 2023 r. (odpowiedź na odwołanie w sprawie KIO 2879/23) wyroku 2411/22, zaprezentowano tego typu podejście nakierowane na dokonanie rzeczywistych ustaleń w kwestii, z czyjego ramienia występowały poszczególne osoby w wizji lokalnej, zamiast opierania się jedynie na adnotacjach, co do reprezentowanej firmy czynionych na liście obecności.

W tym stanie faktycznym, po powzięciu wątpliwości, co do rzeczywistego poprzedzenia złożenia oferty przez ML System+ sp. z o.o. wizją lokalną, Zamawiający mógł i powinien dokonać wyjaśnienia zgromadzonych dokumentów i ustalić rzeczywisty stan rzeczy w kontekście celów wizji lokalnej na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp. Uzyskane wyjaśnienia i dowody potwierdziłyby, iż Odwołujący złożył swoją ofertę po odbyciu wizji lokalnej.

Na poparcie wskazano stanowisko w uzasadnieniu wyroku akt KIO 2321/20): W tym miejscu należy powołać podzielane przez skład orzekający Izby stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażone w wyroku z 23 lutego 2007 r. (sygn. akt X Ga 23/07), iż formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...) ". Zamawiający powinien dołożyć należytej staranności, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a wykonawcy, który ją złożył - powierzyć realizację zamówienia. W realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. stwierdzone nieścisłości.]

Również w wyroku KIO 1537/21 podkreślono konieczność wszechstronnego wyjaśnienia i ustalenia treści oferty. Jeżeli w toku badania oferty zostanie ustalone, że oferta zawiera postanowienia niejasne lub budzące wątpliwości. W takiej sytuacji, gdy oferta miałaby zostać odrzucona jako niezgodna z siwz, wezwanie jest szczególnie istotne. Taka sytuacja miała niewątpliwie miejsce w tym postępowaniu.

Zamawiający tego typu czynności wyjaśniających zaniechał, od razu odrzucił ofertę uznając ją za niepoprzedzoną wizją lokalną. Tego typu działanie należy uznać za niezgodne z powołanymi przepisami oraz zasadami ogólnymi ustawy, zakładającymi racjonalność i proporcjonalność działań zamawiających.

W ocenie Odwołującego fakt poprzedzenia złożenia jego oferty i przygotowanie oferty w wyniku stosownej wizji lokalnej został/zostanie wykazany w trakcie postępowania

odwoławczego, co jest wystarczające do uznania, iż oferta winna być przywrócona jako niepodlegająca odrzuceniu.

Jedynie z ostrożności procesowej, wnoszę o nakazanie Zamawiającemu wystosowania w trybie art. 223 ust. 1 Pzp wezwania do Odwołującego do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy osoby biorące udział w wizji lokalnej legitymujące się pełnomocnictwami ML System S.A. działały również z ramienia ML System+ sp. z o.o.

Uwzględniając powyższe, odwołujący wniósł w petitum załączając dowody powołane w treści pisma.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości;

Wskazał, co następuje.

W treści SWZ oraz ogłoszenia wskazał na obligatoryjność dokonania wizji lokalnej przez Wykonawców biorących udział w postępowaniu, ustalając jej termin i pouczając przy tym, że brak odbycia wizji będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 18) ustawy Pzp. Przed rozpoczęciem wizji lokalnej została sporządzona lista obecności, a na dowód potwierdzenia udziału danego Wykonawcy Zamawiający wymagał złożenia pełnomocnictw, z których jasno miała wynikać informacja w zakresie nazwy Wykonawcy (podmiotu biorącego udział). Powyższe zarówno w treści SWZ, jak i w odpowiedzi na wpływające pytania przed upływem terminu na składanie ofert.

W dniu 28 sierpnia 2023 roku w wizji lokalnej na podstawie listy obecności oraz złożonych pełnomocnictw, w formie elektronicznej, przekazanych poprzez środki komunikacji elektronicznej udział wzięli potencjalny Wykonawca – ML System S.A., oferta zaś została złożona przez Wykonawcę – ML System+ Sp. z o.o – czyli inny podmiot prawny, bez odbycia wizji lokalnej, dlatego też oferta tego podmiotu podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 18 Pzp, o czym Zamawiający poinformował Wykonawców w dniu 2 października 2023 roku. Nie sposób przyjąć, aby Odwołujący oraz potencjalny Wykonawca biorący udział w wizji lokalnej stanowili jeden i ten sam podmiot. W przypadku wskazania w SWZ konieczności odbycia wizji lokalnej, to Zamawiający ustala w jaki sposób będzie badał jej odbycie przez Wykonawców składających oferty.

Jak wskazuje powyższe Odwołujący – ML System+ Sp. z o.o. nie miał interesu w uzyskaniu zamówienia publicznego, gdyż jego oferta już na wstępie podlegała odrzuceniu, ze względu na brak odbycia wizji lokalnej. Termin wniesienia odwołania przez Wykonawcę ML System+ Sp. z o.o. zbiegł się z terminem przekazania sprostowania w zakresie odrzucenia ofert oraz publikacji sprostowania na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Nie znajduje potwierdzenia uzasadnienie Odwołującego jakoby jego oferta nie podlegała odrzuceniu i mógł zostać wybrany do realizacji przedmiotowego zadania. Zamawiający nie dokonał

ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a więc termin wniesienia odwołania na w/w czynność upłynął w dniu 2 października 2023 r. Zamawiający wskazał wprost w SWZ, że konieczność odbycia wizji lokalnej będzie sprawdzał na etapie badania i oceny ofert na podstawie sporządzonej listy obecności oraz pełnomocnictw. Osoby nieumocowane przez potencjalnego Wykonawcę, nie mogłyby wziąć udziału w wizji lokalnej. Pełnomocnictwa dla pracowników ML System S.A. zostały przesłane przez elektroniczną skrzynkę pocztową ML System S.A. Żaden z dokumentów załączonych do dokumentacji w najmniejszym zakresie nie wskazuje na możliwość złożenia oferty przez ML System+ Sp. z o.o. Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone było zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, który określa, iż Zamawiający może najpierw dokonać badania i oceny ofert, a następnie dokonać kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana. Zamawiający przewidział w/w możliwość w treści Specyfikacji, jak i ogłoszenia. Na etapie sprawdzania ofert pod względem formalnym oraz zgodnie z katalogiem przesłanek odrzucenia, nie miał obowiązku badać oferty ML System+ Sp. z o.o. pod względem grupy kapitałowej. Warty zaznaczenia jest również fakt, iż po wizji lokalnej Wykonawcy mieli prawo do przesyłania zapytań powstałych po jej odbyciu. Pytania również wpłynęły od pracownika ML System S.A. entacji, przesłanej operatorem pocztowym, a nie ML System+ Sp. z o.o.

Treść odpisów KRS i fakt, że podmiot ML System S.A. posiada 100 % udziałów w spółce ML System+ Sp. z o.o. nie obliguje do innego stanowiska, a zamawiający nie miał podstaw do badania złożonej oferty pod względem przynależności do grupy kapitałowej. Nawet w przypadku wykazania przez Odwołującego przynależności obu podmiotów do tej samej grupy kapitałowej, ustawa Pzp nie normuje definicji grupy kapitałowej.

Zgodnie ze stanem faktycznym, Odwołujący nie wziął udziału w obligatoryjnej wizji lokalnej, dlatego też opierając się na art., 226 ust. 1 pkt 18) jego oferta na wstępie podlegała odrzuceniu. Zgodnie z listą obecności sporządzoną podczas wizji, pracownicy posługujący się pełnomocnictwem udzielonym przez ML System S.A. byli zobligowani podać pełnioną funkcję w przedsiębiorstwie Wykonawcy biorącego udział w wizji, dlatego też Zamawiający domniemywa, iż byli to pracownicy ML System S.A., a nie składającego ofertę ML System+ Sp. z o.o.

Podczas wizji lokalnej od samego początku wskazywane były osoby pracujące na rzecz ML System S.A., a nie ML System+ Sp. z o.o., o czym świadczą pełnomocnictwa dołączone do dokumentacji postępowania i wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, jak również dołączony do niniejszej odpowiedzi e-mail otrzymany od ML System S.A., a nie podmiotu składającego ofertę. Zamawiający w odpowiedzi na pytania opublikowane na stronie internetowej prowadzonego postępowania jasno wskazał, iż w przypadku Wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia pełnomocnictwa dla osób biorących udział w wizji lokalnej winny być podpisane przez wszystkich wspólników spółki cywilnej lub konsorcjantów. Jest to analogiczne z tym, iż w przypadku składania oferty przez grupę kapitałowa treść pełnomocnictwa powinna zawierać taką informację.

Do dnia odrzucenia oferty Odwołujący się ML System+ Sp. z o.o. nie przedłożył żadnych wyjaśnień, ani nie podejmował żadnych działań zmierzających do potwierdzenia swojej legitymacji, jako Oferenta oraz legitymacji swoich pracowników w procesie zakupowym. Tym samym nie sposób jest uznać, że w toku postępowania Odwołującego reprezentował należycie upoważniony pracownik grupy kapitałowej ML System S.A.

Ponadto ML System+ Sp. z o.o., w dniu 2 października złożył odwołanie – syg akt 2879/23 – i do dnia wydania postanowienia w w/w sprawie nie powziął czynności jego sprostowania, bądź uzupełnienia, a działania takie wskazują na uniemożliwienie zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu oraz przyczynienia się do wystąpienia sytuacji, w której zawarcie umowy będzie zarówno dla Zamawiającego, jak i Wykonawcy nieopłacalne i niemożliwe. Powyższe stanowi o utrudnianiu przez Odwołującego się prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 22 września 2023 roku, publikując zawiadomienie o wyborze na stronie internetowej prowadzonego postępowania oraz przekazując je za pomocą środków komunikacji elektronicznej Wykonawcom biorącym udział w przedmiotowym postępowaniu.

W dniu 29 września 2023 roku Odwołujący poinformował Zamawiającego o rzekomej wadliwości podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Wykonawcę – Fibrain Sp. z o.o., kiedy to Zamawiający poinformował ML System+ Sp. z o.o. o przychyleniu się Zamawiającego do wniosku Wykonawcy wybranego do realizacji przedmiotowego zadania w zakresie wydłużenia terminu na dostarczenie dokumentów wymaganych przed zawarciem umowy z dnia 28 września 2023 roku, na dzień 06 październik 2023 roku.

Odwołujący w swoim piśmie skupił się głównie na założeniu, iż wykaz dostaw przedstawiony przez wybranego do realizacji zadania Wykonawcę zawiera jedynie zapis „dostawa z montażem”, a nie „dostawa z montażem i projektem”. Wykonanie projektu w obu zrealizowanych przedsięwzięciach przez Fibrain Sp. z o.o. jasno wynika z załączonych referencji, które stanowią integralną część złożonego wykazu doświadczenia. Zamawiający wymagał wykazania doświadczenia w zakresie dwóch „dostaw z montażem” polegających na zaprojektowaniu, dostarczeniu i zamontowaniu instalacji fotowoltaicznych, co zostało spełnione przez wybranego Wykonawcę.

Zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązany jest do badania złożonych dokumentów łącznie, tzn. badanie informacji zawartych w jednolitym

dokumencie wraz z informacjami zawartymi w referencjach bądź innych dokumentach załączonych przez Wykonawcę. Nieuprawnionym byłoby dokonywanie oceny tychże dokumentów rozłącznie, tym bardziej, że treść referencji bądź innych dokumentów przedstawionych na wezwanie nie została określona w obowiązujących przepisach, a jej zakres zależy każdorazowo od podmiotu, który tę referencję, bądź inny dokument wystawia. Wykonawca w wykazie dostaw jasno sprecyzował, iż posiada wymagane doświadczenie, a treść referencji je potwierdziła. Dlatego kierowanie wezwania do Wykonawcy – Fibrain Sp. z o.o. – było niezasadne, gdyż Zamawiający posiadał potwierdzenie spełnienia wymogu określonego w SWZ. Wykonawca potwierdził podpisem kwalifikowanym zarówno wykaz dostaw, jak i dodatkowo referencje, które były wystawione w formie elektronicznej przez Wystawcę (referencje zawierały podpis kwalifikowany zarówno Wystawcy, jak i Wykonawcy, a więc dodatkowo Wykonawca potwierdził ich treść, prawdziwość i zasadność).

Wykonawca w oświadczeniu potwierdził spełnianie warunków udziału, zawartych w SWZ. Zamawiający wymagał posiadania doświadczenia w realizacji dwóch dostaw z montażem instalacji fotowoltaicznej.

Nie znajduje potwierdzenia zarzut, jakoby Zamawiający nie zweryfikował spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej i zaniechał wezwania Wykonawcy Fibrain Sp. z o.o. do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu dostaw oraz referencji na spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający nie ma za zadanie wszczynania dochodzenia w zakresie prawdziwości wystawionych referencji, czy złożonego oświadczenia. Wykonawca jest zobligowany poświadczać prawdę, a Zamawiający bazować na złożonych oświadczeniach i dokumentach, a nie jak sugeruje Odwołujący przy każdym dokumencie „wszczynać śledztwo” i przyjmować funkcję „prokuratora lub policjanta”.

Wykaz dostaw, co do zasady miał potwierdzać zakres ich wykonania i go potwierdzał, albowiem zawierał zarówno wartość, przedmiot, datę rozpoczęcia oraz zakończenia, jak i podmiot na rzecz którego dostawy zostały zrealizowane, co więcej należy zaznaczyć, iż te same informacje zawierały przedstawione referencje wraz z charakterystyką zadania wykonanego.

Referencje złożone przez Wykonawcę – Fibrain Sp. z o.o. zostały wystawione przez podmiot I+ Med. Sp. z o.o. z/s w Gdańsku. Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych /.../ winny być wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane.

Wykonawca może posługiwać się doświadczeniem nabytym przy innym zamówieniu, które wykonywał jako podwykonawca. Na gruncie przepisów nie ma podstaw do zakazania Wykonawcy wykazywania się doświadczeniem własnym lub cudzym, ale zdobytym w

ramach podwykonawstwa. Dodatkowo, referencje może wystawić każdy podmiot, który ma wiedzę co do jakości wykonanych prac. W orzecznictwie przyjmuje się więc, że inwestor może wystawić referencje także podwykonawcy, o ile posiada wiedzę co do faktu należytego wykonania przez niego odpowiedniej części zamówienia (KIO 1776/13). Okoliczność, że Generalnym Wykonawcą był inny podmiot, dla którego Wykonawca wykonywał prace jako podwykonawca, nie stoi na przeszkodzie uznaniu, że ostateczny odbiorca wykonanych prac może w sposób miarodajny wystawić referencje w tym zakresie. Biorąc pod uwagę zarzut Odwołującego, jakoby Przystępujący sam sobie wystawił referencje, co jest niezgodne z obowiązującymi przepisami, należy podkreślić fakt, iż KIO niejednokrotnie potwierdziła możliwość wystawienia referencji przez samego Wykonawcę. Zgodnie z treścią wyroku KIO/UZP 1526/10 skład orzekający odwołał się do rozporządzenia w sprawie dokumentów, stwierdzono bowiem wówczas, iż nie ograniczono w nim kręgu podmiotów uprawnionych do wystawiania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług. Podmiotem tym jest ten, który bezpośrednio usługi zlecił i odebrał, tylko on jest bowiem władny ocenić należyte wykonanie zobowiązań. Dlatego też, nawet jeżeli faktycznie podmiot wystawiający referencje był w Konsorcjum z Wykonawcą, to nieznana jest zarówno Zamawiającemu, jak i Odwołującemu umowa sporządzona pomiędzy konsorcjantami, jej treść oraz warunki z niej wynikające, albowiem Fibrain Sp. z o.o. mógł być jedynie zobligowany do wykonania zakresu zamówienia, który zgodnie z powziętymi informacjami przez Zamawiającego wykonał i otrzymał wynagrodzenie. Na uwagę zasługuje również fakt, iż w/w wyroku Izba odniosła się do dyrektywy 2004/ 18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych. Zgodnie z art. 48 ust. 2a, gdy nabywcą był podmiot prywatny, dowodem potwierdzającym wykonanie usług jest zaświadczenie przez niego wystawione, a w przypadku jego braku – oświadczenie wykonawcy. Bezpośrednie odwołanie się do prawa unijnego pozwala z kolei uznać, że wykładnia dokonana przez izbę ma walor uniwersalny i może znajdować zastosowanie we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia.

Ustawa Pzp, ani też rozporządzenie Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów/..., nie stawia ograniczeń w zakresie powiązań kapitałowych czy osobowych pomiędzy podmiotem zlecającym wykonanie prac, a tym, który prace te wykonuje. Tym samym, brak jest przeszkód formalnych, aby dopuścić jako właściwe referencje wystawione przez podmiot powiązany osobowo z Wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia.

Dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bez znaczenia pozostaje to, w ramach jakiego (publicznego/prywatnego) kontraktu wykazywane usługi były wykonywane. Nie ma również zakazu wykazywania się doświadczeniem nabytym w realizacji umów na rzecz spółek związanych kapitałowo lub osobowo z wykonawcą. Co więcej, brak jest obowiązku wyjaśniania tej kwestii w ramach procedury opisanej w art. 26

ust. 4 Pzp. Nie ma zatem podstaw prawnych do zakwestionowania nabytego doświadczenia. Sposób wykazania doświadczenia przez Wykonawcę jest zgodny z stanem prawnym. Zamawiający nie jest upoważniony do dyskryminowania Wykonawcy z uwagi na sposób wykazania doświadczenia.

Przyjmując stanowisko Odwołującego, należałoby dojść do wniosku, że generalną zasadą, niezależną od konkretnego stanu faktycznego, jest zakaz wykazywania się doświadczeniem nabytym w realizacji umów na rzecz spółek związanych kapitałowo z wykonawcą, lub spółek, w których organach działają te same osoby (lub co najmniej zakaz dowodzenia należytego wykonania umowy za pomocą referencji wystawionych przez taką spółkę). W ocenie Izby takie stanowisko nie zasługuje na aprobatę.

„Reasumując, Wykonawca może nawet sam sobie wystawić referencje lub złożyć oświadczenie, zgodnie z orzecznictwem, np.: KIO/UZP 1526/10: Ponadto § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa RM z 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów /.../ nie ograniczył kręgu podmiotów uprawnionych do wystawiania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług i w związku z tym podmiotem uprawnionym do wystawienia dokumentów jest podmiot, który bezpośrednio te usługi zlecił i odebrał, tylko on jest bowiem władny ocenić należyte wykonanie zobowiązań wynikających z umowy - tak KIO/UZP 315/09, gdzie w uzasadnieniu czytamy: W przypadku, gdy odbiorcą jest nabywca prywatny, a taka sytuacja może mieć miejsce w Europie, a ze względu na wdrażanie systemu koncesji, a także partnerstwa publicznoprawnego również coraz częściej w Polsce i taka sytuacja wystąpiła w rozpoznawanym postępowaniu - odbiorca jest tym samym podmiotem co nabywca i wobec tego musi mieć prawo do wystawienia sam sobie referencji. Nie ma podstaw do nadinterpretacji przepisów prawa w tym zakresie co stanowi rażące naruszenie prawa przez naruszenie konstytucyjnej zasady praworządności. Co więcej, dokumentem potwierdzającym omawiany warunek jest, zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 1 ww rozporządzenia "dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty" (KIO 870/21). Powyższe ma zastosowanie na gruncie nowej ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych i niejednokrotnie jest przywoływane przez skład orzekający.

Odwołujący w zarzutach zawarł również domniemanie, jakoby przedstawione przez wybranego Wykonawcę dwie oddzielne dostawy z montażem były realizowane na podstawie jednej umowy, a tym samym jednego zamówienia, i o ile miałyby to być prawdą należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający w żadnym z udostępnionych dokumentów na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie zawarł zapisu, iż każde z zadań wykazanych

w doświadczeniu ma być wykazane w ramach innego postępowania. Zamawiający wprost wskazał w SWZ, iż „o udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który wykaże, że należycie wykonał co najmniej 2 dostawy z montażem polegające na zaprojektowaniu, dostarczeniu i zamontowaniu instalacji fotowoltaicznych o wartości każdej z dostaw w wysokości co najmniej 1 000 000,00 zł brutto każda (UWAGA - Wykonawca może wykazać się doświadczeniem opisanym powyżej albo w formie dostaw lub w formie robót budowlanych albo w formie mieszanej, tj. jedna robota budowlana i jedna dostawa).” Dlatego też nie można oczekiwać, aby Wykonawca przedstawił Zamawiającemu wykonanie tożsamyh dostaw w zakresie dwóch odmiennych postępowań o udzielenie zamówienia, gdyż byłoby to niezgodne z obowiązującymi przepisami i treścią dokumentacji zamówienia. Powyższe zapatrywania znajdują odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby, zgodnie z KIO 282/22 Izba stwierdziła: „(...) Przechodząc do merytorycznego rozpatrzenia zagadnienia rozumienia analizowanego warunku, tj. w pierwszej kolejności do rozumienia określenia „co najmniej jednej roboty budowlanej”. Zamawiający w rozdziale dotyczącym warunków udziału w postępowaniu nie definiuje, ani nie precyzuje tego pojęcia. Zamawiający nie przyjął na potrzeby postępowania definicji pojęcia roboty budowlanej jako wykonania zadania na podstawie jednej umowy, jednego zamówienia czy też jednego projektu. Jeśli zatem takiego zastrzeżenia nie było, zamawiający nie może na etapie badania i oceny ofert zaostriżyć wymagań, a wszelkie nieprecyzyjne postanowienia SWZ nie mogą wywoływać negatywnych skutków wobec podmiotów uczestniczących w przetargu. Interpretacji pojęcia „robota budowlana” należy dokonywać w kontekście konkretnego zamówienia i brzmienia SWZ. Skoro nie istnieje odgórna dyrektywa nakazująca uznawanie roboty budowlanej za jedną umowę czy też jedno zadanie, zasadne jest przyjęcie, że robotą budowlaną może być całość działań dotyczących pewnego obszaru i w ramach tak rozumianego pojęcia można ją wykonać na podstawie kilku umów czy też w ramach kilku zadań. Jednakże, zdaniem Izby, tego rodzaju sumowanie robót z kilku umów nie jest zasadą, lecz wyjątkiem od tej zasady. W szczególności chodzi o przypadki, gdy kilka umów, w sposób istotny powiązanych ze sobą przedmiotowo, wykonywanych jest równocześnie lub w bezpośrednim powiązaniu (KIO 671/20). Wymaga również podkreślenia, że warunek udziału w postępowaniu winien odnosić się do obiektywnych walorów wykonawcy, potwierdzających jego zdolność do realizacji zamówienia.

Odpowiedź z Urzędu Miasta Lublina pochodzi z dnia 12 października 2021 roku, kiedy to trwała realizacja podnoszonego w odwołaniu zadania, co samo w sobie obniża wartość dowodową tego dokumentu, jako obrazującego stan faktyczny w sposób wybiórczy, dostosowany do potrzeb Odwołującego.

Zamawiający w dniu 29 września 2023 roku skierował do wybranego Wykonawcy wezwanie do zajęcia stanowiska w wyniku otrzymania przez Odwołującego zarzutów w zakresie braku posiadanego doświadczenia oraz wadliwości wystawionych referencji, na co Wykonawca udzielił odpowiedzi 2 października 2023 r. podtrzymując przy tym swoje dotychczasowe stanowisko oraz potwierdzając prawdziwość złożonych oświadczeń i dokumentów. Co więcej, 4 października 2023 r., Zamawiający zwrócił się do wystawcy referencji o potwierdzenie ich zgodności, prawidłowości oraz posiadanego doświadczenia przez Fibrain Sp. z o.o., otrzymując odpowiedź potwierdzającą posiadania doświadczenia przez wykonawcę oraz prawidłowości złożonych oświadczeń i dokumentów (załączono).

Odwołujący, przekazując Zamawiającemu pismo w dniu 29 września 2023 r., powoływał się na suche fakty oraz wycinki pisma nieznanego Zamawiającemu, oraz niedołączonego do korespondencji w oryginale, ale przekazanego już do KIO, które stricte dotyczy innego podmiotu – Budimex S.A.

Zamawiający w SWZ jasno określił, iż Wykonawca spełni warunek udziału w zamówieniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w momencie kiedy wykaże, /.../. Wykonawca zgodnie z wezwaniem przedstawił podmiotowy środek dowodowy, jakim jest wykaz dostaw, w którym zawarł zapis, iż wykonał w wymaganym okresie dwie dostawy z montażem o wartości przekraczającej wymaganą kwotę, ze wskazaniem na zapis w referencjach, który miał wyjaśniać charakterystykę zamówienia i zawierać zapis informacji potwierdzających spełnienie warunku opisanego w SWZ. Z treści dołączonych referencji wynika wprost zakres obu dostaw wraz z montażem, które stricte potwierdzają spełnienie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu. Treść załączonych referencji wskazuje datę początkową i końcową wykonania zamówienia, jak również potwierdza należytość wykonania. Wykonawca, co prawda przedstawił referencje w zakresie dwóch różnych zadań, które realizował w tym samym czasie, niemniej jednak nie jest to niedopuszczalne.

W opinii Zamawiającego Odwołujący zmierza wyłącznie do uniemożliwienia zawarcia umowy w postępowaniu.

Jedną z części wykonania zamówienia przez Fibrain Sp. z o.o. na rzecz inwestycji w Lublinie było wykonanie projektu technicznego modułów wykonanych w technologii szkło – szkło dla świetlika. Z kolei Zamawiający w zakresie przedmiotowego postępowania wymagał wykazanie zdolności technicznej lub zawodowej polegającej na wykonaniu co najmniej 2 dostaw z montażem polegającym na zaprojektowaniu dostarczeniu i zamontowaniu instalacji fotowoltaicznej. Należy stwierdzić, iż wówczas Przystępujący wykonał projekt technicznych modułów fotowoltaicznych szkło – szkło. Zaprojektowanie rysunków technicznych przedstawiających rozmiar modułu, liczbę ogniwi, typ ogniwa, zastosowanie materiały wraz z grubością pakietów szkło – szkło, dopasowanych do potrzeb adaptacji na potrzeby realizacji zamówienia. Zgodnie z czym:

1) opis techniczny modułów zawierał: Typ modułu, Moc znamionowa modułu, Napięcie znamionowe modułu, Prąd znamionowy modułu, Wydajność modułu, Wymiary modułu, Waga modułu

2) opis konstrukcji wsporczej zawierał: Rodzaj konstrukcji, Wymiary konstrukcji, Materiał konstrukcji – Sposób mocowania konstrukcji

3) opis okablowania zawierał: Typ kabli, Przekrój kabli, Sposób montażu kabli.

Należy podkreślić, iż projekt techniczny modułów fotowoltaicznych to dokument, który określa wszystkie niezbędne dane techniczne i wytyczne dotyczące wykonania i montażu modułów fotowoltaicznych. Co więcej projekt winien być wykonany przez wykwalifikowanego specjalistę z branży fotowoltaicznej i musi być zgodny z obowiązującymi przepisami i normami.

Na etap montażu elektrycznego modułów PV składało się przygotowanie instalacji elektrycznej, w związku z czym Przystępujący był zobligowany w wykonanym zadaniu, które wykazał w doświadczeniu do:

1) zainstalowania falownika - urządzenia, które zamienia prąd stały wytwarzany przez moduły fotowoltaiczne na prąd zmienny, a tym samym może być wykorzystany do zasilania urządzeń elektrycznych;

2) zainstalowania układu zabezpieczeń – czyli urządzeń, które chronią instalację fotowoltaiczną przed uszkodzeniami w przypadku zwarcia lub przepięcia;

3) zainstalowania okablowania - przewodów, które łączą moduły PV z falownikiem i układem zabezpieczeń.

Ponadto moduły PV zamontowane były na konstrukcji wsporczej, zostały podłączane do falownika za pomocą okablowania, które z kolei podłączone modułów PV za pomocą złączek.

Po podłączeniu modułów PV przeprowadzone zostały testy instalacji, aby sprawdzić jej poprawność działania. Testy obejmowały sprawdzenie napięcia prądu i wydajności instalacji, które wykazały odpowiednie podłączenie modułów PV i zapewniły możliwość uzyskania zakładanych parametrów elektrycznych instalacji fotowoltaicznej, zgodnie z projektem instalacji fotowoltaicznej wykonanym przez Przystępującego.

W związku z powyższym nie sposób zaznaczyć, iż falownik jest urządzeniem, które zamienia prąd stały wytwarzany przez moduły fotowoltaiczne na prąd zmienny, który może być wykorzystany do zasilania urządzeń elektrycznych. Optymalizator mocy to urządzenie, które zwiększa wydajność instalacji fotowoltaicznej, kompensując zacielenia i nierównomierne wytwarzanie energii przez poszczególne moduły.

Treść referencji przedstawionych przez Wykonawcę, a podważanych przez Odwołującego, zawierała zapis: „Do zakresu Fibrain Sp. z o.o. należało: – wykonanie projektu technicznego modułów fotowoltaicznych szkło-szkło dla świetlika; – produkcja oraz

dostawa modułów fotowoltaicznych szkło-szkło; – roboty budowlane związane z montażem elektrycznym modułów fotowoltaicznych szkło-szkło dla świetlika; – montaż i podłączenie falowników fotowoltaicznych wraz z optymalizatorami mocy”.

W świetle powyższych wyjaśnień należy stwierdzić, iż Fibrain Sp. z o.o. wykonał kompleksowy projekt instalacji PV tożsamy z treścią zapisów Wytucznych dla Wykonawców, stanowiących opz w postępowaniu, co wprost wynika z przedłożonego wykazu dostaw oraz referencji.

Tym samym spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Ponadto zamawiający podniósł zastrzeżenia formalne dotyczące kopii otrzymanego odwołania. Wskazał na art. 528 pkt 6 ustawy Pzp).

Załączono: Korespondencja z wybranym Wykonawcą, Korespondencję z podmiotem wystawiającym referencje; Scan przekazanego odwołania.

W toku rozprawy uczestnicy przedstawili stanowiska.

Odwołujący podtrzymał zarzuty odwołania za wyjątkiem cofniętego w piśmie. Przypomniał warunek z pkt VIII.2 SWZ wraz z uwagą wskazującą na liczbę mnogą w wymogu realizacji, w tym zaprojektowania instalacji fotowoltaicznych. Wymóg potwierdza pkt X.5.2 SWZ. Stwierdził, że Przystępujący nie projektował i nie wykonał instalacji. Zauważył, że Fibrain wspólnie realizował w konsorcjum z I+Med. Złożył projekt wykonawczy z erratą dotyczącą realizacji pracy referencyjnej podkreślając, że przedmiotem jest instalacja jako całość czyli jedna realizacja na rzecz Generalnego wykonawcy i inwestora. Złożył warunki przyłączenia na potwierdzenie powyższego. Przystępujący sztucznie rozdzielił tę pracę deklarując dwie instalacje. Wskazał na kosztorys sieci fotowoltaicznej jako potwierdzenie jednej realizacji i brak informacji o zaprojektowaniu instalacji. Złożył opracowanie Analiza techniczna; autor potwierdził że instalacja jest jedna niezależnie od jej wielkości. Odnośnie odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż Zamawiający posługuje się argumentacją opartą na nieobowiązujących przepisach prawa w zakresie orzecznictwa o wystawianiu referencji. Złożył pismo inwestora - miasta Lublin wskazujące na etap prac, w tym pkt 3 pisma obrazujący niezgodność z deklarowanym wcześniej terminem prac deklarowanym przez Fibrain oraz dokumentację fotograficzną na okoliczność niezakończenia prac.

Złożył dokumenty dotyczące osób i podmiotu uczestniczącego w wizji lokalnej opisując przebieg zdarzeń prowadzących do odrzucenia jego oferty nawiązując do protokołu z wizji, oświadczenia i załączników. Wskazał na art. 226 ust. 1 pkt 18 pzp zauważając, że odnosi się on do oferty, a nie podmiotu wykonawcy. Podkreślił, że oferta musi bazować na informacjach z wizji lokalnej. Stwierdził, że ewentualna wada pełnomocnictw jest uzupełnialna.

Podkreślił brak dowodów na twierdzenia dotyczące projektowania i brak zmian w zakresie pozwolenia na budowę omawianej inwestycji. Neguje poprawność referencji wskazując na szczególne okoliczności pozwalające na odmienny sposób potwierdzenia realizacji prac. Podtrzymał zarzuty, w tym co do czynu nieuczciwej konkurencji. Złożył pismo inwestora z 18.10.2023, w którym wskazano na prace polegające na kompleksowym wykonaniu instalacji fotowoltaicznej.

Zamawiający wskazał, że wezwał wykonawcę do przedstawienia dowodów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału. Wskazał że w wymogu SWZ nie ma mowy o przyłączeniu instalacji lecz jej wykonaniu. Dokumentacja pochodzi z 2020 r. natomiast wykonawca pracował w latach 2022-2023. Natenczas warunki przyłączenia ulegały zmianom. Wskazał, że nie ma zakazu wystawiania referencji przez innego wykonawcę. Zauważył, że zamówienia mogą być dzielone na części np. do realizacji przez różnych wykonawców. Wskazuje na oczekiwany cel i treść referencji, które nie muszą być tożsame z opisem prac przedstawianym przez wykonawcę. Wskazał na ustalone warunki dotyczące wizji lokalnej i jej przebieg, w tym następcze sprawdzenie podmiotów, których przedstawiciele brali udział w wizji. Stwierdził, że sprostowanie w informacji o wyniku postępowania jest wynikiem spostrzeżenia, że ofertę złożyła inna firma niż reprezentowana podczas wizji. Stwierdził, że z planowanych do wydatkowania 100 mln zł do końca 2023 pozostało około 3 mln zł. Projekt Podkarpackie Centrum Innowacji jest obecnie kończony. Z pisma inwestora Lublin wnioskuje o zmianie warunków przyłączenia co najmniej dwukrotnie.

Przystępujący potwierdził analizę techniczną przedstawioną przez Odwołującego. Stwierdził, że wykonywał niezbędne prace projektowe w zakresie dokumentacji wykonawczej zarówno w zakresie świetlika, jak i na wiatkach. Nie kwestionuje dokumentacji fotograficznej. Potwierdził, że trwają prace podłączeniowe.

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 do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, jak też po wysłuchaniu oświadczeń i 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. W szczególności zarzut zamawiającego co do

braku otrzymania pełnej kopii odwołania jest niezasadny. Jak zresztą zauważył wnioskujący o odrzucenie, celem przepisu nakazującego przekazanie kopii odwołania jest umożliwienie zamawiającemu zapoznania się z treścią zarzutów i żądań, a nadto stosowne zareagowanie w zakresie czynności podejmowanych w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu. Załączniki do odwołania, które nie zawierają treści merytorycznych, jak np. dowód uiszczenia wpisu, pełnomocnictwa, odpisy CEiDG i KRS, podlegają ocenie formalnej na pierwszym etapie postępowania odwoławczego, przez adresata odwołania tj. Prezesa Izby i skład orzekający.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego oraz dokumenty złożone przez strony do akt postępowania do chwili zamknięcia rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części.

Warunki udziału w postępowaniu określone w pkt VIII pkt 2 ppkt 4 a) IDW stanowiącej część SWZ są niesporne.

Na wykazanie ich spełnienia Fibrain przedstawił Wykaz dostaw, wskazując, iż posiada doświadczenie w zakresie dostaw i montażu w dwóch realizacjach.

Przedłożył dwa dokumenty zatytułowane „Referencja” wystawione przez spółkę I + Med. Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, którego to wystawcy był współkonsorcjantem przy realizacji jako podwykonawcy inwestycji ZCK w Lublinie wykonała. Wskazano na roboty budowlane polegające na:

1/ zaprojektowaniu, wykonaniu oraz dostawie zadaszeń wiat fotowoltaicznych o łącznej mocy 410 kWp o wartości inwestycji netto: 13.120.000,00 PLN; przy czym do zakresu Fibrain należało: wykonanie projektu technicznego modułów fotowoltaicznych szkło-szkło dla zadaszeń peronów autobusowych; produkcja oraz dostawa modułów fotowoltaicznych szkło-szkło; roboty budowlane związane z montażem elektrycznym modułów fotowoltaicznych szkło-szkło dla zadaszeń peronów autobusowych montaż i podłączenie falowników fotowoltaicznych wraz z optymalizatorami mocy;

2/ zaprojektowaniu, wykonaniu oraz dostawie świetlika fotowoltaicznego o łącznej mocy 90 kWp o wartości inwestycji: 3.620.000,00 PLN; przy czym do zakresu Fibrain należało: wykonanie projektu technicznego modułów fotowoltaicznych szkło-szkło dla świetlika; produkcja oraz dostawa modułów fotowoltaicznych szkło-szkło; roboty budowlane związane z montażem elektrycznym modułów fotowoltaicznych szkło-szkło dla świetlika montaż i podłączenie falowników fotowoltaicznych wraz z optymalizatorami mocy.

W toku postępowania w ramach wyjaśnień udzielonych zamawiającemu przystępujący złożył stanowisko, wyjaśniając w szczególności, iż dla przedmiotowego postępowania: przedstawił prawidłowe referencje; referencje zostały wydane przez podmiot uprawniony; wykonał zakres prac wskazany w referencjach.

Skład orzekający podziela stanowisko i argumentację odwołania, że Fibrain nie wykazał wymaganego doświadczenia odnoszącego się do dwóch instalacji fotowoltaicznych, jako że . wymóg odnosi się do instalacji fotowoltaicznych, a nie samych modułów fotowoltaicznych lub innych elementów składowych takiej instalacji. Ponadto wymóg odnosi się do wykazania ww. pracami w odniesieniu do co najmniej dwóch instalacji fotowoltaicznych.

Z treści referencji oraz wykazu dostaw wynika, iż do zakresu Fibrain należało wykonanie określonych w nich prac dotyczących zadaszeń wiat fotowoltaicznych o łącznej mocy 410 kWp oraz świetlika fotowoltaicznego o łącznej mocy 90 kWp dla inwestycji ZCK w Lublinie, zaś zawarty w obu referencjach opis prac należących do Fibrain („Do zakresu FIBRAIN Sp. z o.o. należało... ”) dotyczy modułów fotowoltaicznych - odpowiednio dla zadaszeń oraz świetlika oraz falowników. Instalacja fotowoltaiczna jest niespornie pojęciem szerszym niż moduły fotowoltaiczne (względnie moduły z falownikami), zaś świetlik z zadaszeniem wiat nie stanowi w inwestycji ZCK w Lublinie dwóch odrębnych instalacji fotowoltaicznych. W ocenie Izby również prace zadeklarowane wykonane przez przystępującego nie zostały wykonane w ramach dwóch odrębnych dostaw, lecz w ramach jednego zadania inwestycyjnego, za czym przemawia ich tożsamy okres realizacji i brak jakichkolwiek dowodów na tezę przeciwną.

Znacząco wątpliwe jest także wykazanie doświadczenia w zakresie zaprojektowania instalacji fotowoltaicznej zważywszy, że inwestycja w Lublinie realizowana była na podstawie dostarczonej wykonawcom dokumentacji projektowej, w tym projektu instalacji fotowoltaicznej, jakkolwiek nie wyklucza to ewentualności dokonywania uszczegółowienia projektów wykonawczych w odniesieniu do wymagających tego elementów w toku bieżących prac, np. co do modułów.

Skład orzekający zauważa przy tym, że teza odwołania, iż prace nie zostały zakończone, nie została dowiedziona, w tym względzie wymóg specyfikacji nie jest oczywisty, a zakończenie prac nie musi być tożsame z odbiorem całości inwestycji. Za wiarygodne przyjmuje się zatem stwierdzenie przystępującego o trwających pracach przyłączeniowych.

Za wadliwe należy uznać przedstawione referencje jako wystawione nie przez podmiot, na rzecz którego prace były wykonywane, jako że wymóg taki wynika z § 9 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, natomiast przystępujący nie wskazał okoliczności uniemożliwiających mu pozyskanie takich referencji.

Z powyższych ustaleń wynika, że przystępujący nie wykazał spełnienia przedmiotowego wymogu w szczególności co do realizacji więcej niż jednej dostawy i montażu oraz zaprojektowania instalacji fotowoltaicznej.

Powyższe nie przesądza jednak automatycznie, że złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy. Czynem takim nie jest samo wprowadzenie w błąd, zapewne wskutek niedbalstwa i swoistej agrawacji przy opisie swego doświadczenia ukierunkowane na pozyskanie zamówienia.

W konkluzji należy uznać, iż wobec faktu, że doszło do wyczerpania trybu z art. 128 ustawy Pzp, ocena oferty została dokonana przez zamawiającego z uchybieniem.

W przedmiotowym postępowaniu niesporne jest, iż w treści SWZ oraz ogłoszenia zamawiający wskazał na obligatoryjność dokonania wizji lokalnej przez Wykonawców biorących udział w postępowaniu, ustalając jej termin i pouczając przy tym, że brak odbycia wizji będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 18) ustawy Pzp.

W dniu 28 sierpnia 2023 roku w wizji lokalnej, co potwierdza treść listy obecności oraz złożonych pełnomocnictw, w formie elektronicznej, przekazanych poprzez środki komunikacji elektronicznej udział wzięł, jak stwierdził zamawiający, potencjalny Wykonawca – ML System S.A., który był reprezentowany przez pełnomocników, osoby fizyczne. Podmiot ten nie złożył oferty zamawiającemu. Natomiast oferta zaś została złożona przez Wykonawcę – ML System+ Sp. z o.o – czyli inny podmiot prawny. Podmiot ten nie uczestniczył w wizji lokalnej, tj. nie delegował na wizję swoich przedstawicieli lub pełnomocników.

Odwołujący potwierdził, że stan faktyczny został prawidłowo przedstawiany przez Zamawiającego i nie jest sporny, jednak Zamawiający błędnie go ocenia oraz wyciąga zeń nieprawidłowe wnioski, w kontekście jego subsumpcji pod normę art. 226 ust. 1 pkt 18 Pzp — co do złożenia przez ML System+ sp. z o.o. oferty bez odbycia wizji lokalnej. Odwołujący podkreślił cel przeprowadzania wizji lokalnej jako sposobu na zapoznanie się przez wykonawców z miejscem wykonywania zamówienia lub znajdującymi się tam dokumentami, gdy jest to konieczne i uzasadnione ze względu na specyfiką przedmiotu zamówienia. Natomiast celem obligatoryjnej wizji lokalnej jest przymuszenie wykonawców do zapoznania się z ww. informacjami, których posiadanie, wg Zamawiającego, jest warunkiem sine qua non przygotowania sensowej oferty i bezproblemowej realizacji zamówienia. Odwołujący zauważa nadto, że ustawodawca nie mnoży w tym zakresie formalizmów, ale w przepisach określa warunkowany specyfiką przedmiotu zamówienia cel wizji lokalnej i jej wagę przez przewidzenie sankcji odrzucenia oferty, która została złożona bez odbycia wizji lokalnej. „Ustawodawca nie zakłada wcale konieczności „osobistego” odbycia wizji lokalnej przez wykonawcę — mogą to uczynić w jego imieniu i na jego rzecz inne podmioty — na co wskazuje dyspozycja art. 226 ust. 1 pkt 18 Pzp, która dotyczy złożenia oferty bez odbycia

wymaganej wizji lokalnej, ale literalnie nie wymaga, aby była to wizja odbyta osobiście przez wykonawcę. Nie może więc tu chodzić o formalistycznie ujmowaną tożsamość podmiotową wykonawcy i podmiotu dokonującego wizji wyrażającą się w podpisach czy pełnomocnictwach, ale realizację celu jakim jest faktyczne zapoznanie się przez wykonawcę składającego ofertę ze specyfiką wykonania przedmiotu zamówienia na miejscu jego wykonywania.”

Podkreślił też w toku rozprawy, że z art. 226 ust. 1 pkt 18 ustawy pzp wynika, że przepis ten odnosi się do oferty, a nie podmiotu wykonawcy.

Skład orzekający podzielając stanowisko zamawiającego w tym względzie stwierdza, że sankcja w postaci odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę, który nie odbył obowiązkowej wizji lokalnej jest jednoznaczna. Wykonawca ML System+ sp. z o.o. niespornie w wizji lokalnej nie wziął udziału. Oczywiście nie chodzi o literalnie osobisty udział spółki kapitałowej, co jest fizycznie niemożliwe, lecz udział przez osoby reprezentujące tę osobę prawną, piastujące funkcję organu w postaci zarządu, prokurenta lub pełnomocników. Z przepisu art. 131 ust. 2 pkt 1 wynika, że wizję lokalną przewidzianą przez zamawiającego odbywa wykonawca, a więc podmiot, który zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 7 pkt 30 ustawy pzp, złożył ofertę.

Wobec jednoznaczności przepisów twierdzenie o nadmiernym formalizmie w czynności odrzucenia oferty odwołującego, jest niesłuszne. Odrębność podmiotów, ale i ich powiązania kapitałowe i osobowe pozostają bez znaczenia przy ocenie rozpatrywanego zarzutu. Zatem zamawiający nie naruszył przepisu art. 226 ust 1 pkt 18 przez zastosowanie go w konkretnym stanie faktycznym. Fakt uzyskania przez odwołującego informacji niezbędnych dla sporządzenia oferty uzyskanych od podmiotu trzeciego nie ma w tych okolicznościach sprawy znaczenia dla rozstrzygnięcia.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji uznając zarzut odwołania dotyczący spełnienia warunku udziału w zakresie wymaganego doświadczenia przez przystępującego za uzasadniony.

Ponadto stwierdzono za niezasadny zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 18 w zw. z art. 16 pkt 3 PZP przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na brak uczestnictwa w obowiązkowej wizji lokalnej przedstawicieli Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zm.) i § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania

odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) dokonując stosunkowego rozdziału kosztów wpisu oraz znosząc wzajemnie koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia. Wniosek przystępującego o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania nie został uwzględniony wobec braku ku temu podstaw prawnych.

Przewodniczący: