Sygn. akt KIO 1083/19

WYROK

z dnia 28 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek
Członkowie: Ewa Kisiel

Ernest Klauziński

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2019 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2019 r. przez wykonawcę Energo-Pomiar s.c. P.W., U.W. z siedzibą w Białogardzie w postępowaniu prowadzonym przez Energa-Operator S. A. Oddział w Koszalinie z siedzibą w Koszalinie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Energa-Operator S. A. Oddział w Koszalinie z siedzibą w Koszalinie unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy Energo-Pomiar s.c. P.W., U.W. z siedzibą w Białogardzie z postępowania oraz czynności odrzucenia jego oferty oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Energo-Pomiar s.c. P.W., U.W. z siedzibą w Białogardzie;

2. kosztami postępowania obciąża Energa-Operator S. A. Oddział w Koszalinie z siedzibą w Koszalinie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Energo-Pomiar s.c. P.W., U.W. z siedzibą w Białogardzie tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od Energa-Operator S. A. Oddział w Koszalinie z siedzibą w Koszalinie na rzecz Energo-Pomiar s.c P.W., U.W. z siedzibą w Białogardzie kwotę 18 742 zł (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset czterdzieści dwa złote) stanowiącą zwrot kosztów wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz zwrot kosztów podróży.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Koszalinie.

Przewodniczący:.....

Członkowie: .....

UZASADNIENIE

Zamawiający - ENERGA-OPERATOR S.A. Oddział w Koszalinie z siedzibą w Koszalinie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp"), w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Wykonywanie usług technicznej obsługi odbiorców na terenie Oddziału Koszalin".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 marca 2019 r. pod numerem 2019/S 044-101633.

Zamawiający w dniu 5 czerwca 2019 r. powiadomił wykonawcę - Energo-Pomiar s.c. P.W., U.W. z siedzibą w Białogardzie (dalej: „Odwołujący") o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz pkt 17 Pzp oraz o odrzuceniu w konsekwencji jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp a także o zatrzymaniu wniesionego przez niego wadium.

Na powyższą czynność Zamawiającego, Odwołujący w dniu 13 czerwca 2019 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając naruszenie:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, poprzez bezzasadne przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w Dziale 6 pkt 1.3.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ"), podczas gdy Odwołujący złożył wymagane dokumenty na wezwanie Zamawiającego, zaś Zamawiający błędnie ocenił, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia;

2) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, poprzez uznanie, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, mimo, że Odwołujący rzetelnie przedstawił swoją sytuację i okoliczności wykonania zamówienia zrealizowanego na rzecz Zamawiającego w tym postępowaniu;

3) art. 24 ust. 4 Pzp, w następstwie uznania oferty Odwołującego na część 4 (RD Kołobrzeg) i 5 (RD Białogard) za odrzuconą;

4) art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. przez nieuprawnione wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu i tym samym nieuzasadnione uprzywilejowanie pozycji innego wykonawcy;

5) art. 46 ust. 4a Pzp, poprzez bezpodstawne zatrzymanie wadium wraz z odsetkami.

Odwołujący w oparciu o tak przedstawione zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania w części 4 oraz 5 zamówienia;

2) uznania, że Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;

3) dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że w okresie: od czerwiec 2016 - listopad 2017 wykonał około 680 tys. pomiarów. Wskazane przez Zamawiającego błędy odczytu zidentyfikowane w dniach 13-19 września 2018 r. obejmowały 106 odczytów, z okresu: od sierpnia do listopada 2018 r. Błędy wykryto zatem w około 0,02% liczby pomiarów dokonanych przez Odwołującego. W okresie sierpień - listopad 2018 r. Odwołujący dokonał 125.563 odczytów, czyli stwierdzone przez Zamawiającego nieprawidłowości dotyczyły 0,08% liczby wykonanych odczytów, a zatem Odwołujący poprawnie zrealizował 99,92% odczytów w tym okresie. Trudno zatem uznać, że przy minimalnym poziomie błędu (odnoszącym się do 0,08% liczby wykonanych odczytów) Wykonawca w okresie sierpień - listopad 2017 r. nienależycie wykonał usługę na rzecz Zamawiającego. Nie bez znaczenia jest w tym miejscu także wysokość kary umownej naliczonej w związku ze stwierdzonymi we wrześniu uchybieniami w realizacji kontraktu, wynosząca 8.215,00 zł (wskazywana w piśmie Zamawiającego z 4 kwietnia 2019 r. nota obciążeniowa oraz korekta nr 6200012560 na łączną kwotę 8.215,00 zł.), która stanowi 0,34% kwoty netto umowy.

Odwołujący podkreślił, że wymagana przez Zamawiającego skuteczność odczytu w

przypadku analizowanej umowy wynosiła 98% (wymagane SLA), czyli skala wykrytych nieprawidłowości mieściła się w przyjętej normie. W trzech skontrolowanych miesiącach (sierpień - listopad 2017 r.) Odwołujący wykazywał się nawet znacznie większą skutecznością wynoszącą 99,92%.

Zdaniem Odwołującego nie można uznać, że z powodu wykrytych nieprawidłowości dotyczących okresu sierpień - listopad 2017 r. o minimalnej liczbie (0,08%) Zamawiający miał prawo stwierdzić, że Odwołujący w pozostałych miesiącach także świadczył przedmiotową usługę nienależycie i to pomimo niewskazania jakichkolwiek nieprawidłowości. Wykonawca w okresie realizacji umowy wykonał 99,98% odczytów prawidłowo. Podkreślił, że nawet w przypadku uznania, że świadczenie usługi na poziomie 99,92% oznacza świadczenie jej w okresie sierpień - listopad 2017 w sposób nienależyty to i tak Odwołujący w sposób należyty (w jakimkolwiek zakresie niekwestionowanym przez Zamawiającego) spełnił wskazany w

Dziale 6 pkt 1.3.1. SIWZ warunek, a mianowicie wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (czerwiec 2016 - lipiec 2017), co najmniej jedną usługę z zakresu technicznej obsługi odbiorców, polegającą na wykonywaniu czynności odczytowych liczników energii elektrycznej oraz co najmniej jedną usługę z zakresu technicznej obsługi odbiorców, polegającą na wykonywaniu czynności związanych z montażem i/lub eksploatacją układów pomiarowych energii elektrycznej, o łącznej wartości obu usług 2.002.782,75 zł, czyli nie niższej niż wskazana w odpowiedniej tabeli (dla części nr 4 - łączna wartość brutto wykonywanych usług: 285.000 zł, a dnia części nr 5: 235.000 zł; czyli łącznie 520.000 zł.).

Dodatkowo Odwołujący podkreślił, że Zamawiający odmawiając wydania mu referencji (pismo z dnia 4 kwietnia 2019 r.) argumentował, że nie może ich wystawić, gdyż po stronie Odwołującego istnieje przeterminowana należność, z tytułu realizacji usługi - umowa została wykonana w sposób nienależyty tj. niezgodnie z obowiązującymi Procesami, Procedurami i Instrukcjami, czego potwierdzeniem jest wystawiona nota obciążeniowa oraz korekta nr 6200012560 na łączną kwotę 10600,00 zł. Kwota ta nie dotyczy wskazanych w uzasadnieniu Zamawiającego wyników kontroli przeprowadzonej w dniach 13-19 września 2018 r., której efektem było wystawienie w dniu 14.11.2018 r. noty obciążeniowej na kwotę 2.385,00 zł, ale jest efektem pisma Zamawiającego z dnia 13 grudnia 2018 r., w którym bez uzasadnienia i przeprowadzenia jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego jednostronnie dokonał zmiany kwalifikacji wykrytych nieprawidłowości z „błędnych odczytów" na „błędy w megaprocesie".

Odwołujący wyjaśnił, że pismem z dnia 7 stycznia 2019 r. wskazał, że jego zdaniem korekta dokonana przez Zamawiającego była bezzasadna i odmawiał jej uwzględnienia. Brak było bowiem jakichkolwiek innych dowodów świadczących o tym, że kara umowna ustalona pierwotnie powinna być wymierzona na podstawie umowy w wyższej kwocie, w szczególności, że do naruszeń przy wykonywaniu umowy doszło w odniesieniu do całego megaprocesu, a nie jedynie na etapie dokonywania odczytu układu pomiarowego, gdzie ten fakt został potwierdzony przez Odwołującego w ramach wewnętrznie przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego.

Wskazane, przez Zamawiającego okoliczności odmowy wystawienia referencji dotyczą zatem kwestii, które miały charakter sporny, a nie zidentyfikowanych przez Zamawiającego błędów i to o marginalnej ilości.

W konsekwencji, Odwołujący stał na stanowisku, iż Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

W ocenie Odwołującego, całkowicie nietrafna była ocena Zamawiającego, zgodnie z którą Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wyjaśnił, że świadomie skorzystał z dyspozycji art. 26 ust. 6 Pzp. Odwołujący w Wykazie usług wskazał bowiem usługę wykonaną na rzecz Zamawiającego, stąd nie było potrzeby dodatkowo składania referencji lub innych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie umowy. Zamawiający posiadał w swojej dyspozycji wszelkie informacje dotyczące zadania referencyjnego, zrealizowanego na jego rzecz. Nie sposób zatem mówić o przedstawieniu mu informacji wprowadzających w błąd.

Wskazane powyżej nieprawidłowe działania Zamawiającego stanowiły również naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. przez nieuprawnione wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu i tym samym nieuzasadnione uprzywilejowanie pozycji innych wykonawców.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości. Zdaniem Zamawiającego zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz pkt 17 Pzp jest całkowicie nieuzasadniony. Dokumenty składane przez wykonawcę na potwierdzenie należytego

wykonania usługi potwierdziły jedynie fakt wykonania wskazanej w wykazie usługi. Z uwagi na zaistniałe wątpliwości w powyższym zakresie przeprowadzono dodatkowe czynności, w wyniku których ustalono, iż w dniach 13-19.09.2018 r. po przeprowadzonej kontroli na terenie RD Białogard, polegającej na wykonaniu odczytu profilu obciążenia licznika (historii danych odczytowych) i porównaniu ich z informacjami przekazanymi przez inkasentów wykonawcy, stwierdzono nieprawidłowości dotyczące danych odczytowych. Zdiagnozowany ciągły charakter błędów oraz pojawiające się roszczenia ze strony odbiorców (korekty FVAT za zużycie energii elektrycznej) spowodowały konieczność nałożenia na Odwołującego kar umownych za działania, które zostały zakwalifikowane jako działania pozaprocesowe, czyli niezgodne z realizacją zakresu czynności zgodnie z zapisami załącznika nr 1 pkt 1.1 zawartej w dniu 10.04.2017 r. umowy ramowej o wykonanie usług TOO oraz zdefiniowanymi procedurami w mega procesie Zarządzania Pomiarami u odbiorców DU. Przedmiotowa kara stanowi najdalej idącą sankcję za najpoważniejsze uchybienia w realizacji umowy. W szczególności należy zauważyć, że zgodnie z treścią załącznika nr 5a zatytułowanego „Oświadczenie Wykonawcy dotyczące wykonywania umowy" do umowy ramowej o wykonywanie technicznej obsługi odbiorców z dnia 10 kwietnia 2017 r. niestosowanie się przez Wykonawcę i Personel Wykonawcy do wytycznych znajdujących się w instrukcjach, procesach i procedurach opisanych w załączniku nr 5 poczytywane będzie przez Zamawiającego jako przejaw nienależytego wykonywania umowy.

Zamawiający wskazał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego w przedmiotowej sytuacji nie jest zasadne odwoływanie się do procentowego odsetka dokonywanych czynności. Niezależnie bowiem od ilości zrealizowanych odczytów, czy też sumarycznej wysokości nałożonych kar w stosunku do wartości zamówienia, postanowienia umowy łączącej strony umowy jednoznacznie kwalifikują takie zdarzenie jako nienależyte wykonywanie umowy. Jako podmiot realizujący funkcje publiczne Zamawiający nie może w żaden sposób bagatelizować sygnałów świadczących o takich nieprawidłowościach, albowiem stanowi to bezpośrednie zagrożenie dla bezpieczeństwa zdrowia i życia obywateli.

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku zdolności technicznej i zawodowej do realizacji zamówienia. W jego opinii złożenie oświadczenia było nieuprawnione, ponieważ nie zaistniała uzasadniona przyczyna o obiektywnym charakterze, która uprawniała Odwołującego do skorzystania z wyjątku od reguły i przedłożenia do postepowania oświadczenia własnego w celu potwierdzenia należytego wykonania zamówienia wskazanego w wykazie usług. Wykonawca składając ww. oświadczenie pominął fakt, iż w dniu 4 kwietnia 2019 r. otrzymał od podmiotu, który był uprawniony do wystawienia dowodu potwierdzającego ewentualne należyte wykonanie usługi pismo, w którym wskazano wprost, że Energa-Operator S.A. Oddział Koszalin nie mogła go wystawić z uwagi na przeterminowaną należność z tytułu realizacji usługi - umowa została wykonana w sposób nienależyty tj. niezgodnie z obowiązującymi Procesami, Procedurami i Instrukcjami, czego potwierdzeniem jest wystawiona nota obciążeniowa oraz korekta nr 6200012560 na łączną kwotę 8.215,00 zł.

Zamawiający podkreślił, że dostrzegając uchybienia w zakresie oczekiwanego przez niego potwierdzenia należytego wykonania umowy, w dniu 17 maja 2019 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia w terminie do dnia 23 maja 2019 r. m.in. wykazu usług wraz z dowodami określającymi, czy usługi zostały wykonane należycie. Ponadto wyjaśnił, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nigdy nie uzależniał wystawienia zaświadczenia czy referencji od zapłaty spornej kwoty. Fakt zapłaty świadczy wyłącznie o uznaniu zobowiązania a tym samym o uznaniu swojej odpowiedzialności przez Odwołującego za nienależyte wykonanie zobowiązań. Co istotne i warte podkreślenia to to, że Odwołujący nie dokonał zapłaty spornej kwoty niejako „sam z siebie", co mogłoby wskazywać na rzeczywistą wolę współpracy, lecz dopiero w sytuacji, gdy zależało mu na uzyskaniu zaświadczenia ze strony Zamawiającego. Twierdzenia w tym zakresie, że chodziło tu o uzależnienie wystawienia referencji od zapłaty spornej kwoty są całkowicie bezpodstawne i nie znajdują potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym. Zamawiający wskazał, że konsekwentnie odmawiał wystawienia referencji potwierdzających należyte wykonanie umów przez Odwołującego wyłącznie z tego powodu, że było to sprzeczne ze stanem faktycznym.

Zamawiający podkreślił, iż dowody potwierdzające należyte wykonanie usług nie zostały złożone wraz z oświadczeniem, a z przedłożonych w dniu 30 kwietnia 2019 r. faktur i raportów miesięcznych wynika jedynie wykonanie usługi, natomiast w żaden sposób nie potwierdzają one, czy usługa została wykonana należycie czy też nie.

Odnosząc się do zarzutu polegającego na przywołaniu normy z art. 26 ust. 6 Pzp Zamawiający również wskazał, że jest on bezpodstawny. W jego uznaniu, Odwołujący w sposób nieuzasadniony polegał w zakresie potwierdzenia należytego wykonania usług ujętych w przedstawianych przez siebie wykazach na wiedzy Zamawiającego o fakcie i jakości ich wykonania powołując się w tym wypadku na aft. 26 ust. 6 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających

okoliczności, o których mowa wart. 25 ust. 1 pkt. 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2017 r. poz. 570 oraz z 2018 r. poz. 1000, 1544 i 1669). Art. 26 ust. 6 Pzp należy odczytywać łącznie z § 10 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126; dalej: „rozporządzenie"). Przewiduje on obowiązek wskazania przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Owo wskazanie powinno być na tyle konkretne, aby Zamawiający mógł zidentyfikować postępowanie o udzielenie zamówienia, w którym niezbędne dokumenty zostały przez wykonawcę złożone. Przy czym, wskazanie takie powinno nastąpić w momencie, w którym zaistniała konieczność odwołania się do dokumentów będących w posiadaniu zamawiającego. Momentem takim nie jest postępowanie odwoławcze, w którym Krajowa Izba Odwoławcza bada prawidłowość decyzji zamawiającego, która zapadła w oparciu o wiedzę posiadaną w momencie podejmowania zaskarżonej odwołaniem czynności (Wyrok KIO z dnia 13 lipca 2018 r. KIO 1278/18). Zakres przedmiotowy normy z art. 26 ust. 6 Pzp obejmuje dokumenty, o których mowa w § 2 Rozporządzenia, czyli również dokumenty składane w celu i potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, a więc także doświadczenia uprawniającego do ubiegania się o uzyskanie zamówienia. W celu ograniczenia negatywnych konsekwencji tego zapisu dla zamawiających, nałożono na wykonawców obowiązek wskazania nazwy postępowania, w którym uprzednio wykonawca składał dokumenty, które zamawiający powinien obecnie samodzielnie pozyskać, bądź innych informacji identyfikujących te dokumenty w sposób pozwalający zamawiającemu na ich pozyskanie. Chodziło o to, by instytucje zamawiające nie stanęły w tym kontekście przed nieproporcjonalnym obciążeniem związanym z archiwizowaniem i rejestrowaniem. Istotne jest, że wykonawca w oświadczeniu

JEDZ w żadnym miejscu nie wskazał, że Zamawiający może sam pozyskać jakiekolwiek dokumenty z bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, ani że posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy przechowywane przez zamawiającego zgodnie z art. 97 ust. 1 Pzp (przedmiotowe postępowanie po raz pierwszy procedowane jest w rygorze Pzp).

Ponadto Zamawiający ponownie wskazał, że w jego ocenie Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, mimo że Odwołujący rzetelnie przedstawił swoją sytuację i okoliczności wykonania zamówienia zrealizowanego na rzecz Zamawiającego w tym postępowaniu. Wprowadzenie w błąd Zamawiającego w zakresie potwierdzenia spełniania jednego z warunków udziału w postępowaniu niewątpliwie mogło mieć wpływ na decyzję Zamawiającego co do wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, który wskazywał na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia konkurencję. Jego zdaniem przygotował i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia zgodnie z przepisami prawa. Na każdym etapie postępowania Zamawiający sprawiedliwie traktował uczestników postępowania tj. wykonawcy byli traktowani jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także środków dyskryminujących. Zamawiający w sposób obiektywny przedstawił warunki zamówienia, a więc nie wprowadził żadnej nieuzasadnionej bariery, która mogłaby wyeliminować określoną grupę wykonawców z przetargu lub stwarzać określonej grupie uprzywilejowaną pozycję.

Odnosząc się do kwestii zatrzymania przez Zamawiającego wadium, wskazał, że stan faktyczny sprawy nie uzasadnia odstąpienia od stosowania przez Zamawiającego przepisu art. 46 ust. 4a Pzp. Zgodnie z treścią uzasadnienia uchwały Sądu Najwyższego z 22 czerwca 2017 r. sygn. akt III CZP 27/17, której treść i motywy przedstawione w uzasadnieniu podziela Zamawiający, wadium podlega zatrzymaniu także wtedy, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie złożył dokumenty lub oświadczenia, ale z ich treści nie wynikało potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, oraz oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła:

1. Zgodnie z zapisami Działu 6 pkt 1.3.1. SIWZ Zamawiający postawił w przedmiotowym postępowaniu m.in. warunek zdolności technicznej lub zawodowej, w którym wskazał, że o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonują lub wykonali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: co najmniej jedną usługę z zakresu technicznej obsługi odbiorców polegającą na wykonywaniu czynności odczytowych liczników energii elektrycznej oraz co najmniej jedną usługę z zakresu technicznej obsługi odbiorców polegającą na wykonywaniu czynności związanych z montażem i/lub eksploatacją układów pomiarowych energii elektrycznej, o łącznej wartości obu usług nie niższej niż wskazana w poniższej tabeli. Zamawiający poinformował, iż w przypadku złożenia oferty na kilka części, za wystarczające dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu uzna wykonanie dwóch usług w tej części, w której określono najwyższą kwotę łączną brutto spośród części, na które składana jest oferta. W związku z powyższym złożenie oferty na kilka części nie wiąże się z koniecznością wykazania się realizacją wielokrotności dwóch usług bądź sumie kwot brutto wymienionych w tabeli.

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku, zgodnie z Działem 7 pkt 4.1. SIWZ wykonawcy zobowiązani byli złożyć wykaz usług zgodnie z Załącznikiem nr 6 do SIWZ, o których mowa w Dziale 6 pkt 1.3.1, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy.

2. Odwołujący w „Wykazie usług w zakresie niezbędnym do wykazania zdolności technicznej lub zawodowej" sporządzonym na podstawie wzoru, stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ jako usługę referencyjną wskazał „Realizację zleceń usług TOO w zakresie: 1. Odczyty układów pomiarowych; 2. Wymiany, montaże i demontaże liczników energii elektrycznej" zrealizowaną na rzecz Energa-Operator Techniczna Obsługa Odbiorców sp. z o.o. w okresie 06.2016-11.2017.

3. Odwołujący pismem z dnia 17 marca 2019 r. zwrócił się do Zamawiającego, będącego następcą prawnym Energa-Operator Techniczna Obsługa Odbiorców sp. z o.o. o poświadczenie wykonania usługi.

4. Zamawiający odpowiadając na powyższy wniosek Odwołującego w piśmie z dnia 4 kwietnia 2019 r. poinformował, że: „Spółka nie ma prawnego obowiązku wystawiania Państwu jakichkolwiek referencji, a w tym przypadku, nawet nie mogłaby ich wystawić, gdyż po Państwa

stronie istnieje przeterminowana należność z tytułu realizacji usługi - umowa została wykonana w sposób nienależyty tj. niezgodnie z obowiązującymi Procesami, Procedurami i Instrukcjami, czego potwierdzeniem jest wystawiona nota obciążeniowa

5. Zamawiający w dniu 23 kwietnia 2019 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp.

6. W odpowiedzi na powyższe wezwanie przy piśmie z dnia 30 kwietnia 2019 r. Odwołujący wraz z fakturami oraz raportami miesięcznymi, w celu potwierdzenia należytego wykonania umowy przedłożył oświadczenie własne wykonawcy.

7. Zamawiający w dniu 17 maja 2019 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia w terminie do 23 maja 2019 r. wykazu usług wraz z dowodami, że usługi te zostały wykonane w sposób należyty.

8. W odpowiedzi Odwołujący w dniu 22 maja 2019 r. złożył na Platformie zakupowej oświadczenie, w którym wskazał, że uiścił kwotę wynikającą z wystawionej noty księgowej, o

której mowa oraz wystąpił do Zamawiającego o ponowne wystawienie referencji.

9. Zamawiający w dniu 4 czerwca 2019 r. wydał Odwołującemu potwierdzenie, w którym wskazał, że Odwołujący realizował usługi odczytów wskazań układów kontrolno-pomiarowych energii elektrycznej oraz technicznej obsługi odbiorców związanych z eksploatacją układów pomiarowych energii elektrycznej.

10. Zamawiający w dniu 5 czerwca 2019 r. poinformował Odwołującego, że: „uwzględniając w szczególności okoliczność, iż usługa wskazana w pierwotnym wykazie usług realizowana była na rzecz spółki Energa-Operator Techniczna Obsługa Odbiorców, której następcą prawnym jest Energa-Operator S.A., Zamawiający, którym jest Energa-Operator SA Oddział Koszalin nie potwierdził należytego wykonania usługi z uwagi na fakt, iż w dniach 13-19 września 2019 r., w wyniku przeprowadzonej kontroli na terenie Rejonu Dystrybucji Białogard polegającej na wykonaniu odczytu profilu obciążenia licznika (historii danych odczytowych) i porównaniu ich z informacjami przekazanymi przez inkasentów Wykonawcy stwierdzono nieprawidłowości dotyczące danych odczytowych.

Ze względu na charakter ciągły błędów i roszczenia ze strony Odbiorców (korekty FV za zużycie energii elektrycznej) Zamawiający zastosował karę umowną zakwalifikowaną jako działania poza procesowe, czyli niezgodne z realizacją wymaganego zakresu czynności zgodnie z zapisami Załącznika nr 1 pkt. 1.1 zawartej w dniu 10.04.2017 r. umowy ramowej o wykonywanie usług technicznej obsługi odbiorców oraz zdefiniowanymi Procedurami w megaprocesie „Zarządzania Pomiarami u odbiorców DO. Wspomniana kara stanowi najpoważniejsze uchybienie w realizacji Umowy spośród całego katalogu kar nakładanych przez Spółkę na Wykonawców Zewnętrznych realizujących usługi technicznej obsługi odbiorców. Zgodnie z treścią Załącznika 5a pn. Oświadczenie Wykonawcy dotyczące wykonywania umowy" z umowy ramowej o wykonywanie usług technicznej obsługi odbiorców z dnia 10.04.2017 mówiącego o tym, że: „niestosowanie się przez Wykonawcę i Personel Wykonawcy do wytycznych znajdujących się w instrukcjach, procesach i procedurach szczegółowo opisanych w załączniku nr 5 do wspomnianej umowy poczytywane będzie przez Zamawiającego jako przejaw nienależytego wykonywania umowy". Reasumując, badanie i ocena oferty Wykonawcy Energo-Pomiar S.C. wykazało, że Wykonawca ten: 1) nie wykazał spełnienia warunku zdolności technicznej i zawodowej, polegającego na wykonaniu w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

a) co najmniej jednej usługi z zakresu technicznej obsługi odbiorców polegającej na wykonywaniu czynności odczytowych liczników energii elektrycznej oraz

b) co najmniej jednej usługi z zakresu technicznej obsługi odbiorców polegającej na wykonywaniu czynności związanych z montażem i/lub eksploatacją układów pomiarowych energii elektrycznej o wartości wskazanej w treści SIWZ,

co zobowiązany był udokumentować przedkładając wykaz usług wraz z załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

3) w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił Zamawiającemu oświadczenie, mające na celu potwierdzenie należytego wykonania usługi, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W oświadczeniu tym przedstawione zostały informacje niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania, na skutek czego Zamawiający nabrał mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym. Wprowadzenie w błąd Zamawiającego w zakresie potwierdzenia spełniania jednego z warunków udziału w postępowaniu niewątpliwie mogło mieć wpływ na decyzje Zamawiającego co do wyboru oferty najkorzystniejsze.

Na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp oferty na część nr 4- RD Kołobrzeg i część nr 5 - RD Białogard Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzucona.

Zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a Pzp: „Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3 a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako korzystniejszej".

Izba zważyła:

W rozpoznawanym stanie faktycznym rozstrzygnięcia wymagała kwestia, czy Odwołujący mógł w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu posłużyć się oświadczeniem własnym w zakresie należytej realizacji usługi wskazanej w wykazie usług, czy też Zamawiający postąpił prawidłowo wykluczając Odwołującego z postępowania na skutek uznania, iż w sprawie nie zaistniały obiektywne okoliczności umożliwiające wykonawcy złożenie takiego oświadczenia.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Ponadto stosownie do treści § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Skład orzekający po analizie stanowisk stron oraz dokumentacji postępowania stwierdził, że Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp wykluczając Odwołującego z postępowania w związku z uznaniem, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej na skutek nieprzedłożenia Zamawiającemu referencji potwierdzających należyte wykonanie zadania wskazanego w wykazie usług.

W ocenie Zamawiającego w sprawie nie zaistniały obiektywne okoliczności umożliwiające wykonawcy przedłożenie zamiast referencji oświadczenia własnego. W opinii składu orzekającego, wbrew takiemu stanowisku Zamawiającego, w rozpoznawanym stanie faktycznym zaistniały obiektywne okoliczności, w rozumieniu § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia uprawniające wykonawcę do przedłożenia takiego oświadczenia własnego. Podkreślić bowiem należy, że Odwołujący dołożył należytej staranności dążąc do uzyskania referencji lub potwierdzenia przez Zamawiającego wykonania przez niego usługi referencyjnej wskazanej w wykazie usług. Odwołujący dwukrotnie, tj. w dniu 17 marca 2019 r. oraz w dniu 22 maja 2019r. zwracał się do Zamawiającego z wnioskiem o ich wystawienie. Natomiast Zamawiający w piśmie z dnia 4 kwietnia 2019 r. odmówił Odwołującemu wydania referencji wskazując po pierwsze, że nie ma takiego obowiązku, a po drugie, że po stronie Odwołującego istnieje przeterminowana należność z tytułu nienależytego wykonania umowy. Zamawiający dopiero po uregulowaniu przez Odwołującego należności wynikających z noty obciążeniowej, w dniu 4 czerwca 2019 r., tj. po upływie terminu do złożenia dokumentów, wystawił Odwołującemu poświadczenie realizacji usługi na kwotę 2.207.761,25 zł netto. Zamawiający niemożność wystawienia Odwołującemu referencji wywodził z faktu nienależytego wykonania usługi wskazanej w tym wykazie. Odnosząc się do powyższego to w pierwszej kolejności wskazać należy, że Zamawiający wymagał skuteczności odczytu na poziomie 98%, natomiast jak wskazywał Odwołujący stwierdzone przez Zamawiającego nieprawidłowości dotyczyły 0,08%, a zatem Odwołujący poprawnie zrealizował 99,92%odczytów. Zamawiający nie zdołał natomiast wykazać, że Odwołujący pomimo prezentowanego przez siebie stanowiska, osiągnął SLA na poziomie niższym niż wymagana przez Zamawiającego, co mogłoby potwierdzić stanowisko Zamawiającego, że wykonawca ten nienależycie zrealizował usługę referencyjną.

Reasumując, skoro Zamawiający nie wykazał, że Odwołujący w sposób nienależyty wykonał usługę referencyjną wskazaną w wykazie usług i pomimo tego odmówił wystawienia wykonawcy referencji dotyczącej realizacji tej usługi, to skład orzekający uznał, że w rozpoznawanym stanie faktycznym zaistniały obiektywne okoliczności u poważa ni aj ące wykonawcę do posłużenia się oświadczeniem własnym w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tym samym, skład orzekający stwierdził, że Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób wymagany przez Zamawiającego.

Odnosząc się kolejno do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, to wskazać należy, że skład orzekający ten zarzut także uznał za uzasadniony. Zgodnie z powyższym przepisem Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Na wstępie wyjaśnić należy, że Zamawiający naruszenie powyższego przepisu przez Odwołującego upatrywał w złożeniu przez Odwołującego oświadczenia o należytym wykonaniu usługi wskazanej w wykazie usług, która jak już wyżej wskazano realizowana była na rzecz Zamawiającego. Zamawiający miał więc w swojej dyspozycji wszelkie informacje dotyczące zadania referencyjnego. W konsekwencji skład orzekający stwierdził, że nie można uznać, że Odwołujący wprowadził w błąd Zamawiającego. Skład orzekający popiera stanowisko zaprezentowane w wyroku KIO z dnia 3 sierpnia 2018r., sygn. akt KIO 1429/18, w którym Izba stwierdziła, że: „nie można mówić o przedstawieniu przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, jeśli informacje te dotyczą okoliczności znanych zamawiającemu. W takiej bowiem sytuacji trudno uznać, że są to informacje mające lub mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego (tak KIO w wyroku z dnia 12 maja 2017 r. sygn. akt: KIO 782/17). Inaczej rzecz biorąc podczas oceny, czy dane informacje przedstawione przez wykonawcę wprowadziły w błąd zamawiającego, ponieważ były niezgodne z rzeczywistością należy ustalić i uwzględnić stan wiedzy zamawiającego. Podkreślić należy, iż wprowadzające w błąd informacje nie polegają na błędnej interpretacji, czy też kwalifikacji faktów znanych zamawiającemu.”.

W konsekwencji doszło do naruszenia przez Zamawiającego także art. 24 ust. 4 Pzp. Zamawiający nieprawidłowo zastosował również przepis art. 46 ust. 4a Pzp zatrzymując wadium wniesione przez Odwołującego wraz z odsetkami. Jak już wyżej wskazano fakt niezłożenia referencji przez Odwołującego nie wynikał z przyczyn leżących po stronie tego wykonawcy, lecz był spowodowany nieuzasadnioną odmową ich wystawienia przez Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:.....

Członkowie: .....