Sygn. akt KIO 3231/20

WYROK
z dnia 23 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 23 grudnia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2020 r. przez odwołującego: **Arenella Sp. z o.o. z siedzibą w Strawczynku**(ul. Turystyczna 78, 26-067 Strawczynek) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Godziszów (**Godziszów Trzeci 121A, 23-302 Godziszów),
przy udziale:
A.wykonawcy **FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Kudrowicach** (Kudrowice 12, 95-200 Kudrowice;
B.wykonawcy **Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa),
- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.Oddala odwołanie;
2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Arenella Sp. z o.o. z siedzibą w Strawczynku**(ul. Turystyczna 78, 26-067 Strawczynek) i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **Gmina Godziszów (**Godziszów Trzeci 121A, 23-302 Godziszów) kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Zamościu.**

……

Sygn. akt KIO 3231/20

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę: Arenella Sp. z o.o. ze Strawczynka (Odwołujący) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Gminę Godziszów, wyznaczoną na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy Pzp do przeprowadzenia Postępowania w imieniu i na rzecz następujących zamawiających: Gmina Godziszów i Gmina Batorzw przedmiocie zamówienia publicznego na: „Dostawę nowych opraw oświetleniowych w technologii LED". Numer referencyjny: ZDM/UM/DZP/61/PN/53/200. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE 2020/S 170-410908 w dniu 2 września 2020 r. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie w Postępowaniu przepisów ustawy Pzp wobec czynności badania, oceny oraz wyboru w Postępowaniu w zakresie części 1 jako najkorzystniejszej oferty polegających na:
1)czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w Postępowaniu i uznaniu jego oferty za odrzuconą,
2)zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
W związku z powyższym Odwołujący wskazał na naruszenie przepisów ustawy Pzp:
1)art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenia Odwołującego z Postępowania w zakresie części 1 i uznanie jego ofert za odrzuconą błędnie uznając, że nie spełnił on warunku udziału w postępowaniu określonych w pkt. 6.2.3. lit. a SIWZ tj. nie wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonuje) należycie: w zakresie części 1 zamówienia: zamówienie polegające na dostawie wraz z montażem instalacji fotowoltaicznych na budynkach w ilości min. 200 instalacji - w ramach maksymalnie trzech kontraktów, pomimo, że Odwołujący spełnia powyżej wskazany warunek udziału w postępowaniu i złożył na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wszystkie wymagane oświadczenia i dokumenty określone w pkt. 8.7.1 SIWZ, które potwierdzają spełnienie przez Odwołującego warunki udziału w Postępowaniu dotyczące zdolności technicznych i zawodowych określonych w pkt. 6.2.3. lit. a SIWZ;
2)§ 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zmawiający od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2020, poz. 1282 z poźn. zm.), zwanego dalej Rozporządzeniem w sprawie dokumentów, polegające na nieuwzględnieniu przez Zamawiającego przedłożonych przez Odwołującego: wykazu wykonanych dostaw wraz z montażem 134 mikroinstalacji fotowoltanicznych w budynkach realizowanych na rzecz EKO PRIME H.S i EKO PRIME Inwestyc sp. z o.o. oraz referencji w ww. zakresie wystawionych przez EKO PRIME H.S i EKO PRIME Inwestycje sp. z o.o podczas gdy ww. oświadczenia i dokumenty są zgodne z wymogami określonymi w ww. przepisach Rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Wskazując na powyższe, wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
1.unieważnienie czynności: oceny spełnienia warunków udziału w Postępowaniu i wykluczenia Odwołującego z udziału w Postępowaniu w zakresie części 1 oraz uznania jego oferty za odrzuconą;
2.powtórzenie czynności oceny spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu w zakresie części 1;
3.wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego w zakresie części 1 Postępowania.

Odwołujący stwierdził, że jego interes prawny został naruszony przez Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu, ponieważ Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu i złożona przez Odwołującego prawidłowa oferta powinna być uznana za najkorzystniejszą według określonych w SIWZ kryteriów oceny ofert, a tylko wskutek naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Odwołujący został nieprawidłowo wykluczony z Postępowania i w związku z tym nie może uzyskać zamówienia. Szkoda, którą poniesie Odwołujący polega na utraceniu korzyści, jakie mógłby osiągnąć z realizacji zamówienia.

W uzasadnieniu wskazał w szczególności:
Odwołujący został wezwany w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności spełnienia warunku udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia

określonych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).
Postanowienie pkt. 6.2.3.lit. a) SIWZ stanowi, że (…)*o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają m.in. warunki dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej, jeśli Wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonuje) należycie: w zakresie części 1 zamówienia: zamówienie polegające na dostawie wraz z montażem instalacji fotowoltaicznych na budynkach w ilości min. 200 instalacji - w ramach maksymalnie trzech kontraktów*".
Zgodnie z pkt. 8.7.1. SIWZ na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca zobowiązany był złożyć w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę ww. warunku udziału w Postępowaniu (…) *wykaz dostaw wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy 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*."
Mając na uwadze ww. postanowienia SIWZ, Odwołujący złożył wymagany wykaz trzech kontraktów wykonywanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wraz z referencjami. W ww. wykazie zostały wskazane informacje dotyczące kontraktów, w ramach których wykonano budowę:
1)18 mikroinstalacji fotowoltaicznych na terenie gminy Łubianka z datą wykonania 17 września 2020 r. na rzecz Gminy Łubianka;
2)56 mikroinstalacji fotowoltaicznych na terenie Gminy Orla z datą wykonania 11 lipca 2019 r. na rzecz Gminy Orla;
3)134 mikroinstalacji fotowoltaicznych na terenie Polski z datą wykonania 08.09.2020 r. na rzecz Eko Prime H. S. oraz Eko Prime Inwestycje sp. z o.o..
Zamawiający podjął bezpodstawne wątpliwości co do informacji dotyczących kontraktu nr 3, albowiem z treści referencji wystawionych przez Eko Prime H. S. oraz Eko Prime Inwestycje sp. z o.o. wynika, że umowa w dniu ich wystawienia była nadal realizowana, przez co zdaniem Zamawiającego nie pozwala to na stwierdzenie spełnienia warunku należytego wykonania dostaw. Ponadto Zamawiający stwierdził, że z ww. wykazu i referencji nie wynika, aby przedmiotem umowy z Eko Prime H. S. oraz Eko Prime Inwestycje sp. z o.o. było świadczenie okresowe lub ciągłe.
Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do:
1)wyjaśnienia, czy umowa zawarta pomiędzy Odwołującym a Eko Prime H.S oraz Eko Prime Inwestycje sp. z o.o. jest umową o świadczenie ciągłe lub okresowe;
2)jeżeli umowa zawarta pomiędzy Odwołującym a Eko Prime H.S oraz Eko Prime Inwestycje sp. z o.o. miała charakter zamknięty czasowo i dotyczyła określonej liczby instalacji - wówczas szczegółowego wyjaśnienia jej charakteru, wskazania zakresu obowiązków stron, wskazania sposobu zlecenia wykonania i rozliczania wykonania poszczególnych instalacji oraz wskazania jej obowiązywania (zgodnie z jej treścią) oraz przedstawienia dowodów należytego wykonania tej umowy zgodnie z wymaganiami SIWZ;
3)w przypadku, gdyby dostawy realizowane na rzecz Eko Prime H.S oraz Eko Prime Inwestycje sp. z o.o. nie będą mogły stanowić podstawy potwierdzenia doświadczenia Odwołującego zgodnie z wymogami SIWZ, Wykonawca może wykazać inne dostawy potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu wraz z dowodami, o których mowa w pkt. 8.7.1 SIWZ.
Odwołujący, mając na uwadze, że wezwanie do wyjaśnień nie dotyczy treści przedstawionych referencji, a dotyczy jedynie treści kontraktu, którego żądanie nie jest dopuszczalne w świetle przepisów ustawy Pzp, w odpowiedzi na ww. wezwanie wyjaśnił, że wskazała w wykazie usług wszystkie niezbędne informacje pozwalające na weryfikację spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazane w § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia o dokumentach tj. przedmiot, daty wykonania i podmioty, na rzecz których zostały zrealizowane dostawy. Ponadto do wykazu zostały dołączone referencje potwierdzające ww. informacje z wykazu oraz dodatkowe informacje nt. zakresu wykonanych dostaw oraz oświadczanie potwierdzające należyte wykonanie prac. Dochowując należytej staranności, mając na uwadze, że kontrakt na rzecz EKO Prime H.S oraz Eko Prime Inwestycje sp. z o.o., Odwołujący poinformował Zamawiającego, że wskazany w wykazie dostaw kontrakt nie został jeszcze zakończony, dlatego też list referencyjny został wydany nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający nie uwzględnił wykazu i referencji w zakresie zrealizowanych przez Odwołującego dostaw w ramach kontrakt na rzecz EKO Prime H.S oraz Eko Prime Inwestycje sp. z o.o. oraz złożonych wyjaśnień i w związku z tym wykluczył Odwołującego z Postępowania.
I. Zarzut bezpodstawnego wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu i uznaniu jego oferty za odrzuconą
Zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie instalacji wykonanych w ramach kontraktu realizowanego na rzecz EKO Prime H.S oraz Eko Prime Inwestycje sp. z o.o.. Odwołujący bowiem spełnił warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 6.2.3. lit. a) SIWZ ponieważ wykazał zgodnie z ustawą Pzp i postanowieniami SIWZ,że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), należycie wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonuje) należycie: w zakresie części 1 zamówienia: zamówienie polegające na dostawie wraz z montażem instalacji fotowoltaicznych na budynkach w ilości min. 200 instalacji - w ramach maksymalnie trzech kontraktów. O spełnieniu ww. warunku świadczą następujące okoliczności faktyczne i prawne.
W zakresie zakwestionowanego przez Zamawiającego kontraktu realizowanego na rzecz EKO Prime H.S oraz Eko Prime Inwestycje sp. z o.o., Odwołujący wskazał w wykazie dostaw, że do 8 września 2020 r. wykonał 134 mikroinstalacje fotowoltaiczne. Co istotne w niniejszej sprawie, Odwołujący do wykazu dostaw załączył list referencyjny wystawiony w dniu 8 września 2020 r. przez zleceniodawców ww. dostaw tj. EKO Prime H.S oraz Eko Prime Inwestycje sp. z o.o., który zawierał następujące informacje:
1.istnienie trójstronnej umowy o współpracy, w ramach której zlecającymi są EKO Prime H.S oraz Eko Prime Inwestycje sp. z o.o. a Odwołujący jest podwykonawcą;
2.ww. umowa jest realizowana od dnia jej zawarcia, tj. od dnia 1 października 2018 r.;
3.w ramach ww. umowy Zlecający zlecają Odwołującemu prace, polegające na budowie mikroinstalacji fotowoltaicznych na dachach prywatnych budynków mieszkalnych, a Odwołujący je realizuje;
4.w okresie obowiązywania ww. umowy współpracy, tj. od 1 października 2018 r. do dnia 8 września 2020 r. Odwołujący

zrealizował 134 mikroinstalacje fotowoltaiczne;
5.w ramach zleceń Odwołujący wykonywał szczegółowo określony zakres prac, w tym kompleksową dostawę i montaż mikroinstalacji fotowoltaicznych;
6.Zlecający potwierdzają, że prace zostały wykonane należycie.
7.Innymi słowy przedstawione referencje od EKO Prime H.S oraz Eko Prime Inwestycje sp. z o.o. jednoznacznie wskazują, że:
–Odwołujący, przed upływem 5 lat od dnia upływu składania ofert, wykonał dla EKO Prime H.S oraz Eko Prime Inwestycje sp. z o.o. 134 mikroinstalacje fotowoltaiczne (patrz ww. pkt. 2 i 4);
–łącząca Odwołującego umowa ma charakter bezterminowy i okresowy albowiem w ramach umowy EKO Prime H.S oraz Eko Prime Inwestycje sp. z o.o. zlecają prace polegających na budowie i montażu mikroinstalacje fotowoltaiczne na dachach prywatnych budynków mieszkalnych, tym samym łączący Odwołującego i Zlecających stosunek prawny ma charakter okresowy albowiem nie dotyczył określonej z góry liczby mikroinstalacji fotowoltaicznych ale polega na realizacji instalacji na podstawie sukcesywnych zleceń (patrz ww. pkt 1 i 3);
–Odwołujący należycie wykonał w ramach sukcesywnych zleceń prace, które obejmowały m.in. dostawę wraz z montażem 134 mikroinstalacji fotowoltaicznych na budynkach (patrz ww. pkt. 3, 4, 5, 6).
Dowody (znajdujące się w aktach Postępowania): 1) złożony przez Odwołującego Wykaz dostaw wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert; 2) list referencyjny EKO Prime H.S oraz Eko Prime Inwestycje sp. z o.o. z dnia 8 września 2020 r..
W ocenie Odwołującego powołanie się w Postępowaniu na doświadczenie zdobyte w ramach kontraktu z EKO Prime H.S oraz Eko Prime Inwestycje sp. z o.o. jest zgodne z postanowieniami SIWZ i ustawy Pzp albowiem dotyczy umowy okresowej wykonywanej przed upływem 5 lat od dnia składania ofert oraz dotyczy już zrealizowanych instalacji fotowoltaicznych. Tym samym Odwołujący posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie, o którym mowa w pkt. 6.2.3. lit. a SIWZ. Stwierdził, że powyższe stanowisko
znajduje potwierdzenie w stanowisku KIO wyrażonym w wyrokuKIO 942/11, który wskazuje, że wydaje się, że w przypadku zamówień publicznych definicja świadczenia okresowego powinna być rozpatrywana raczej podobnie do „dostaw i usług powtarzających się okresowo" i usługi/ dostawy powtarzające się stale, lecz z przerwami (np. 3 godziny dziennie od poniedziałku do piątku), należałoby nadal nazywać okresowymi, a trwające nieprzerwanie - ciągłymi. KIO w tym wyroku potwierdza, że świadczenia okresowe nie odnoszą się jedynie do pieniędzy lub innych rzeczy zamiennych, jak renty i świadczenia alimentacyjne, czynsze, odsetki od kapitału, czy wynagrodzenie w stosunku pracy, więc co do zasady nie dotyczą tego rodzaju usług i dostaw, które są przedmiotem zamówień publicznych.
Podał, że kontrakt Odwołującego z EKO Prime H.S oraz Eko Prime Inwestycje sp. z o.o. ma charakter okresowych zleceń, co jednoznacznie wynika z przedłożonego Zamawiającemu listu referencyjnego. Tym samym w celu spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, Odwołujący jest uprawniony wykazać się doświadczeniem już wykonanych 134 mikroinstalacji fotowoltaicznych na rzecz EKO Prime H.S oraz Eko Prime Inwestycje sp. z o.o. Podniósł, że umowa, łącząca Odwołującego z EKO Prime H.S oraz Eko Prime Inwestycje sp. z o.o., nie ma charakteru zamkniętego czasowo i ograniczonego do określonej liczby instalacji, to tym samym zgodnie z literalnym brzmieniem wezwania do wyjaśnień, Odwołujący nie był zobowiązany wskazywać szczegółowego charakteru umowy z EKO Prime H.S oraz Eko Prime Inwestycje sp. z o.o. Zaznaczył, że konieczne informacje wskazujące na okresowy charakteru dostaw realizowanych na rzecz EKO Prime H.S oraz Eko Prime Inwestycje sp. z o.o. zostały przedstawione w liście referencyjnym, o czym poinformował Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach. Natomiast szczegółowe informacje i wyjaśnienia dotyczące samej umowy nie powinny być przedmiotem badań Zamawiającego albowiem nie są niezbędne do przeprowadzenia Postępowania, a w szczególności nie były potrzebne do wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu. Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego wyjaśnienia udzielone Zamawiającemu odpowiadają merytorycznie treści wezwania, a Odwołujący nie był zobowiązany do przedstawienia innych referencji niż te złożone na wezwanie z art. 26 ust. 1ustawy Pzp.
II. Zarzut dotyczący złożonego Wykazu dostaw i referencji
W ocenie Odwołującego, informacje wskazane: w wykazie usług i liście referencyjnym wystawionym przez EKO Prime H.S oraz Eko Prime Inwestycje sp. z o.o., spełniają wszystkie wymogi przewidziane w: § 2 ust. 4 pkt Rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz pkt. 8.7.1. SIWZ ipotwierdzają spełnienie warunku udziału w Postępowaniu. Świadczą o tym następujące okoliczności:
–kontrakt na rzecz EKO Prime H.S oraz Eko Prime Inwestycje sp. z o.o. wskazany w wykazie dostaw nie został jeszcze zakończony, a tym samym Odwołujący posłużył się listem referencyjnym, który został wydany nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.
–treść referencji wystawionych przez EKO Prime H.S oraz Eko Prime Inwestycje sp. z o.o. jednoznacznie wskazuje, na fakt wystawienia takiego dokumentu jeszcze przed zakończeniem realizacji umowy oraz jednocześnie wskazuje jaka ilość instalacji została już należycie zrealizowana w ramach okresowych zleceń realizowanych w ramach kontraktu.
Tym samym przedstawione w liście referencyjnym informacje wykazują spełnienie warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 6.2.3. lit. a SIWZ. Odwołujący wskazał na stanowisko KIO wyrażone w wyroku 2379/12, że referencje służą udokumentowaniu doświadczenia wykonawcy. Zaś posiadanie przez wykonawcę niezbędnego doświadczenia należy rozumieć jako praktyczną umiejętność zdobytą i ugruntowaną w tracie realizacji podobnego zamówienia. Doświadczenie jest to zbiór niewyuczonych, automatycznych reakcji wynikających z już nabytych praktycznych umiejętności. Proces zdobywania praktycznych umiejętności kształtowany jest przez czynnik czasu czego efektem jest biegłość i wprawa przy wykonywaniu określonych czynności wynikająca z uprzedniego wykonywania analogicznych prac. Jego zdaniem, Zamawiający powinien uznać, że Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu na podstawie złożonego wykazu dostawa i referencji albowiem Odwołujący wykazał się doświadczeniem w wykonaniu min. 200 instalacji fotowoltaicznych, które stanowią odrębną i zamkniętą całość.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie wskazując w szczególności, że Odwołujący nie potwierdził warunku z pkt 6.2.3. lit. a) SIWZ z następujących powodów:

1. zgodnie z dyspozycją wymagania o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają m.in. warunki dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej jeśli Wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonuje) należycie w zakresie części 1 zamówienia: zamówienie polegające na dostawie wraz z montażem instalacji fotowoltaicznych na budynkach w ilości min. 200 instalacji - w ramach maksymalnie trzech kontraktów;

2. zgodnie z pkt 8.7.1. SIWZ na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1 Pzp wykonawca zobowiązany był

złożyć w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę ww. warunku udziału w Postępowaniu wykaz dostaw wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wraz z podaniem przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane oraz załączenie dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (. . .),

3. Odwołujący na potwierdzenie warunku przedstawił dokumenty wymienione w pkt 1-3 str. 5 odwołania, jednakże Zamawiający powziął wątpliwości co do spełnienia wymogu zdolności technicznej lub zawodowej w stosunku do budowy 134 mikroinstalacji fotowoltaicznych na rzecz dwóch podmiotów: EKO PRIME H.S oraz EKO PRIME Inwestycje Sp. o.o.;

4. zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, zatem, Zamawiający dokonał pogłębionej analizy referencji przedstawionych przez Odwołującego;

5. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp pismem z dnia 16.11.2020 r., wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści wykazu dostaw w zakresie części 1 oraz referencji wystawionych przez EKO PRIME H.S oraz EKO PRIME Inwestycje Sp. z o.o. wskutek powzięcia następujących wątpliwości:

a) z treści referencji wynikało, że umowa w dniu ich wystawienia była nadal realizowana, zatem dostawa i montaż instalacji nie zostały zakończone (wykonane);

b) z treści wykazu i referencji nie wynikało, że przedmiotem umowy z EKO PRIME H.S oraz EKO PRIME Inwestycje S z o.o. były świadczenia okresowe lub ciągłe;

6. wezwanie Zamawiającego było precyzyjne oraz jasno sprecyzowane i dotyczyło tylko jednej kwestii z zakresu niezgodności oświadczenia Odwołującego z treścią SIWZ;

7. wyjaśnienia Odwołującego ograniczyły się jedynie do podtrzymania stanowiska jakoby w sposób wystarczający wykazał spełnienie warunków świadczenia i potwierdzenia, że dostawy te nie zostały jeszcze zakończone, bez odniesienia się do wątpliwości Zamawiającego i odpowiedzi na postawione pytania i wymogi:

a) czy urnowa zawarta pomiędzy Odwołującym a EKO PRIME H.S oraz EKO PRIME Inwestycje Sp. z o.o. jest umową o świadczenie ciągłe lub okresowe?

b) Jeżeli odpowiedź na powyższe byłaby przecząca, to Zamawiający wezwał Odwołującego do szczegółowego wyjaśnienia charakteru umowy, wskazania zakresu obowiązków stron, sposobu zlecania wykonania i obowiązywania (zgodnie z jej treścią) oraz przedstawienia dowodów należytego wykonania te umowy zgodnie z wymaganiami sIwz;

c) nadto, Zamawiający pouczył Odwołującego, iż w przypadku gdyby powyższe dostawy nie mogły stanowić podstawy potwierdzenia doświadczenia Odwołującego zgodnie z wymogami SIWZ, może on wykazać inne dostawy potwierdzające spełnienie warunku udziału w Postępowaniu wraz z dowodami, o których mowa w pkt 8.7.1. lit a) SIWZ;

8. wydaje się, że odpowiedź na zadane przez Zamawiającego pytania nie stanowiłaby trudności gdyby przedmiotem opisanej przez Odwołującego umowy były świadczenia okresowe lub ciągłe, co znalazłoby potwierdzenie w treści tejże umowy, a nawet więcej gdyby Odwołujący powołał się na treść umowy w samym odwołaniu (czego również nie uczynił) - tymczasem Odwołujący przedstawił jedynie lakoniczne informacje (powtarzające treść z wykazu dostaw);

9. Odwołujący zatem nie skorzystał, ani z możliwości udzielenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, ani także z możliwości potwierdzenia doświadczenia za pomocą wykazu innych dostaw, ignorując tym samym konsekwencje niezastosowania się do wezwania Zamawiającego;

10. Zamawiający stał się nie tylko uprawniony, ale wręcz zobowiązany do uznania, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku należytego „wykonania" dostaw i montażu instalacji fotowoltaicznych, a w konsekwencji do wykluczenia Odwołującego z Postępowania i odrzucenia jego oferty;

11. przyjęcie odmiennego stanowiska mogłoby stanowić nie tylko podstawę pociągnięcia Zamawiającego do odpowiedzialności, ale także mogłoby naruszyć zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż pozycja Odwołującego byłaby uprzywilejowana względem innych wykonawców.

Podkreślił, że brak udzielenia odpowiedzi na pytania Zamawiającego nie pozwalało na uznanie, że Odwołujący wykazał posiadanie doświadczenia. SIWZ co prawda nie zabraniaspełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez powoływanie się na kontrakty jeszcze niezakończone, jednakże dotyczy to wyłącznie umów, których przedmiotem jest świadczenie okresowe lub ciągle. Jeżeli zaś kontrakt nie dotyczy stosunku prawnego o takim charakterze, to wykazanie w oparciu o niego niezbędnego doświadczenia jest możliwe jedynie w przypadku wypełnienia kontraktu w pełni (wykonawca musi wykazać, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonuje należycie zamówienie). Powyższe wynika nie tylko z literalnego brzmienia pkt 6.2.3. lit. a) SIWZ, ale również z samej istoty świadczenia okresowego lub ciągłego. Albowiem, świadczenie ciągłe polega na określonym, stałym zachowaniu się dłużnika przez czas trwania stosunku prawnego. Jego cechą charakterystyczną jest to, że nie da się w nim wyodrębnić poszczególnych zachowań się dłużnika, które mogłyby być potraktowane jako samoistne świadczenia albo części świadczenia (...). Do uznania świadczenia za ciągłe wystarcza, jeżeli składa się ono z pewnych powtarzających się stale, następujących po sobie psychofizycznych aktów dłużnika tworzących razem funkcjonalną całość, a interes wierzyciela jest zaspokajany dlatego właśnie, że odpowiednie zachowanie się dłużnika ma charakter trwały. Z kolei, świadczenia okresowe polegają na stałym dawaniu przez czas trwania prawnego„ w określonych regularnych odstępach czasu, pewnej ilości pieniędzy lub innych rzeczy zamiennych, jak renty i świadczenia alimentacyjne, czynsze, odsetki od kapitału, wynagrodzenie w stosunku pracy. Niekiedy za cechę charakterystyczną świadczeń okresowych uznaje się to, iż świadczenia te nie składają się na całość określoną z góry co do wielkości, przynajmniej przy umowach zawartych na czas nieoznaczony. Ze względu na następstwo w czasie świadczenia okresowe mogą być podobne do świadczeń ratalnych, jednakże w przeciwieństwie do rat świadczenie okresowe jest samodzielnym świadczeniem, a nie częścią jednego większego świadczenia, którego wielkość została oznaczona bez udziału czynnika czasu. Samoistny charakter poszczególnego świadczenia okresowego nie oznacza jednak, że jest ono świadczeniem jednorazowym. Świadczenia okresowe są bowiem usytuowane względem siebie swoistym układzie strukturalnym, wyznaczonym przez czynnik czasu. Obowiązek spełniania powtarzających się świadczeń jest rozłożony w czasie i istnieje przez okres trwania stosunku zobowiązaniowego. To z kolei sprawia, że osłateczny rozmiar świadczeń otrzymanych przez wierzyciela zależy od długości okresu, częstotliwości spełniania świadczeń w tym okresie oraz wysokości poszczególnych świadczeń (vide: KIO 942/11 oraz KIO 866/20). Innymi słowy, istotną cechą tak ukształtowanego świadczenia jest to, że rozmiar świadczenia nie jest od razu z góry określony, wobec czego skutek w postaci jego spełnienia nie może zostać osiągnięty jednorazowo, od razu. Spełnienie świadczenia następuje po określonym upływie czasu lub ciągu wykonanych świadczeń. W konsekwencji świadczenie ciągle lub okresowe nie jest wykonane aż do upływu określonych w umowie

zdarzeń.
Podkreślił, że Zamawiający jest zobowiązany do rzetelnego zbadania treści oferty. Jeśli budzi ona wątpliwości - powinny zostać wyjaśnione jednakże zastosowany przez Zamawiającego przepis art. 26 ust. 3 Pzp należy traktować jako wyjątek i dlatego trzeba interpretować go ściśle dopuszczając możliwość jego jednokrotnego zastosowania w określonym przypadku (wyrok KIO 1980/20). Odwołujący jako podmiot profesjonalny winien liczyć się z konsekwencjami nieudzielania odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Powyższa zasada znajduje odzwierciedlenie w ugruntowanej już linii orzeczniczej, Dla przykładu: „przepis art. 26 ust. 3 Pzp przewiduje możliwość jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia danych dokumentów. Jeśli zatem wykonawca, na wezwanie zamawiającego, nie składa dokumentów lub składa dokumenty w dalszym ciągu nie potwierdzające spełniania warunków lub wymagań zamawiającego określonych w SIWZ wówczas, w zależności od rodzaju dokumentów, obowiązkiem zamawiającego jest wykluczenie takiego wykonawcy lub odrzucenie jego oferty. Izba wielokrotnie w swoich orzeczeniach podkreślała, że przyjęcie kolejnej wersji dokumentów, które wcześniej zostały uzupełnione na wezwanie zamawiającego, w toku postępowania odwoławczego, mogłoby naruszać zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż pozycja tego wykonawcy byłaby uprzywilejowana względem innych wykonawców ” (vide: wyrok KIO 1598/20 i KIO1621/20).
Co istotne, Zamawiający nie może domyślać się treści wyjaśnień, ani też istnienia dowodów potwierdzających prawidłowość oferty. Wykonawca, który nie składa zamawiającemu wyjaśnień wykazujących poważny charakter jego oferty, ani posiadanych dowodów, czyni to na własne ryzyko i ponosi konsekwencje takiego zaniechania (tak wyrok KIO 1212/13).
Reasumując, Zamawiający nie mógł postąpić inaczej jak wykluczyć Odwołującego z postępowania, skoro ten — przy uwzględnieniu formalizmu Postępowania i zasady równego traktowania wykonawców — nie pokusił się nawet o wyjaśnienie wątpliwości Zamawiającego.
Podał także, że przedstawione argumenty znajdują zastosowanie również do uzasadnienia braku naruszenia przez Zamawiającego 2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia oraz pkt 8.7. 1 SIWZ. Podkreślił, że:
1)z referencji wystawionych przez EKO PRIME H.S oraz EKO PRIME Inwestycje Sp. z o.o. wynika, iż kontrakt nie zost jeszcze zakończony (co wskazuje na brak wykazania „wykonania” zamówienia);
2)z ww. referencji nie wynika aby świadczenie będące przedmiotem umowy miało charakter okresowy lub ciągły, a ilość rzekomo zrealizowanych przez Odwołującego zleceń nie może zostać zakwalifikowana jako ich „wykonanie”;
3)uznając nawet pomocniczy charakter referencji w stosunku do wykazu dostaw złożonego przez Odwołującego, nie sposób przyjąć aby Odwołujący — przy braku udzielenia wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego wykazał w sposób prawidłowy warunek doświadczenia.
Zamawiający posiada zarówno obowiązek dokładnego zbadania oferty, jak również możliwości zbadania lub potwierdzenia prawdziwości oświadczeń w niej złożonych, co też Zamawiający uczynił w przedmiotowym postępowaniu. Brak reakcji ze strony Odwołującego nie pozostawił Zamawiającemu innej możliwości, aniżeli wykluczenie wykonawcy z Postępowania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. z Kudrowic oraz wykonawca Sanito Sp. z o.o. z Warszawy wnosząc o oddalenie odwołania.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Stosownie do decyzji Zamawiającego według pisma z dnia 26 listopada 2020 r. Odwołujący Aranella sp. z o.o. został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp, albowiem (…) *Wykonawca nie wykazał doświadczenia niezbędnego do uznania, że spełnia warunek polegający na wykonaniu (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonywaniu) należycie zamówienia polegającego na dostawie wraz z montażem instalacji*”. Powyższy warunek dotyczy postanowienia z punktu 6.2.3.lit.a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, że „*Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie wyjaśnił, czy umowa łącząca go z EKO Prime H.S i Eko Prime Inwestycje sp. z o.o. jest umową o świadczenie ciągłe lub okresowe. Wykonawca nie wskazał również, czy jest to świadczenie o charakterze jednorazowym oraz nie wskazał innych dostaw, które potwierdziłyby jednoznacznie posiadane przez niego doświadczenie. Zamawiający zauważa, że w przypadku jednorazowego stosunku prawnego łączącego Wykonawcę z ww. podmiotami, wykonanie wymaganej ilości pojedynczych dostaw nie może stanowić podstawy wykazania tego doświadczenia, gdyż nie stanowi wykonania kontraktu jako całości. Za bezzasadne Zamawiający uznaje również powołanie się Wykonawcy na tajemnicę przedsiębiorstwa jaką rzekomo objęte są informacje na temat kontraktu łączącego go z EKO Prime H.S i Eko Prime Inwestycje sp. z o.o.. W przypadku objęcia tych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa któregokolwiek z podmiotów, Wykonawca powinien przekazać te dokumenty Zamawiającemu korzystając jednocześnie z uprawnienia jakie daje mu art. 8 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych*”.

Zgodnie ze wskazywanym punktem 6.2.3.lit.a) SIWZ (cytowanym w odwołaniu) potwierdzeniem warunku realizacji instalacji było wykazanie przez wykonawcę należytego wykonania (dostawa wraz z montażem instalacji fotowoltaicznych), a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych – należytego wykonywania nadal - w ramach maksymalnie trzech kontraktów - minimum 200 instalacji w wymaganym 5-letnim okresie. Na potwierdzenie tego wymagania wykonawca złożył (zgodnie z punktem 8.7.1. SIWZ) Wykaz dostaw. W kolumnie 2 tego wykazu wymagano: „*Przedmiot dostawy (podanie nazwy zadania i miejsca jego realizacji z opisem pozwalającym na ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu)*”. W tym przypadku wykonawca wskazał na liczbę wykonanych (jako budowa) instalacji oraz teren ich budowy; w pozycji 1 - gmina Łubianka, w pozycji 2 - gmina Orla, a w pozycji 3 (której dotyczy spór) – cała Polska. W kolejnej kolumnie (Daty wykonania dostawy (dd-mm-rrrr)) wskazał jedną datę dla każdej z pozycji: odpowiednio: 17 września 2020 r.; 11 lipca 2019 r.; 8 września 2020 r. Z referencji przedłożonych od podmiotów wskazanych jako (zgodnie z opisem kolumny) „Podmiot, na rzecz którego dostawa została wykonana” wynika, że w przypadku wymienionych w pozycjach 1 i 2 listów referencyjnych, których wystawcą są gminy wskazana w Wykazie data dotyczy zakończenia realizacji zadań. W odniesieniu do pozycji 3, w przypadku której Odwołujący jako Podmiot, na rzecz którego dostawa została wykonana wskazał EKO PRIME H.S oraz EKO PRIME Inwestycje Sp. z o.o. wynika, że: (.*w*) *ramach trójstronnej umowy o współpracy, w której EKO PRIME H.S oraz EKO Prime Inwestycje sp. z o.o. są Zlecającymi („Zlecający"), zawartej z Arenella spółka z ograniczoną odpowiedzialnością („Podwykonawca"), Podwykonawca realizuje od dnia zawarcia umowy (tj. od dnia 1 października 2018 r.), zlecane przez Zlecających prace, polegające na budowie mikroinstalacji fotowoltaicznych na dachach prywatnych budynków mieszkalnych zlokalizowanych na obszarze prowadzenia działalności gospodarczej przez Zlecających. W okresie obowiązywania umowy do dnia 8 września 2020 r. Podwykonawca zrealizował budowę 134 mikroinstalacji fotowoltaicznych*”.

W wezwaniu z dnia 18 listopada 2020 r. Zamawiający wskazał na dwa kluczowe zagadnienia wymagające

wyjaśnienia:
1) str 2: (…) *czy umowa zawarta pomiędzy Wykonawcą a EKO PRIME H.S i EKO PRIME Inwestycje sp. z o.o. je umową o świadczenie ciągłe lub okresowe*".
2) str 4: „*Jeżeli umowa zawarta z EKO PRIME H.S i EKO PRIME Inwestycje sp. z o.o. miała charakter zamknię czasowo i dotyczyła określonej liczby instalacji wówczas wzywa się wykonawcy do szczegółowego wyjaśnienia jej charakteru, wskazania zakresu obowiązków stron, wskazania sposobu zlecania wykonania i rozliczania wykonania poszczególnych instalacji oraz wskazania dat jej obowiązywania (zgodnie z jej treścią) oraz przedstawienia dowodów należytego wykonania tej umowy zgodnie z wymaganiami SIWZ*".

Odwołujący w odpowiedzi z dnia 18 listopada 2020 r. nie odniósł się do tych zagadnień. Stwierdził przede wszystkim, że: **„***W szczególności, Arenella sp. z o.o. wskazała w wykazie usług wszystkie niezbędne informacje pozwalające na weryfikację spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazane w § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia o dokumentach tj. przedmiotu, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których zostały zrealizowane dostawy. Ponadto do wykazu zostały dołączone referencje potwierdzające ww. informacje z wykazu oraz dodatkowe informacje nt. zakresu wykonanych dostaw oraz oświadczanie potwierdzające należyte wykonanie prac. Dochowując należytej staranności, mając na uwadze, że kontrakt na rzecz EKO Prime H.S oraz Eko Prime Inwestycje sp. z o.o. wskazany w wykazie dostaw nie został jeszcze zakończony, list referencyjny został wydany nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert***".**

Zatem Zamawiający podejmując decyzję z dnia 26 listopada 2020 r. o wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania zgodnie z ustaleniami prawidłowo podał, że wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie wyjaśnił, czy umowa łącząca go z EKO Prime H.S i Eko Prime Inwestycje sp. z o.o. jest umową o świadczenie ciągłe lub okresowe. Wykonawca nie wskazał również, czy jest to świadczenie o charakterze jednorazowym oraz nie wskazał innych dostaw, które potwierdziłyby jednoznacznie posiadane przez niego doświadczenie". Tym samym Zamawiający nie mógł uznać, że wykonawca potwierdził warunek wskazany w punkcie 6.2.3.lit.a) SIWZ. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że w odwołaniu powołano się na doświadczenie zdobyte w ramach kontraktu z EKO Prime H.S oraz Eko Prime Inwestycje sp. z o.o. jako umowy okresowej, jednakże m.in. takiej klasyfikacji charakteru tej umowy trójstronnej nie potwierdzano w toku rozprawy klasyfikując realizację każdej budowy instalacji ze 134, jako samodzielną realizację. Izba stwierdza, że za prawidłowe należy uznać konkluzje Zamawiającego, że z referencji nie wynika aby świadczenie będące przedmiotem umowy miało charakter okresowy lub ciągły, a podana ilość zrealizowanych przez Odwołującego zleceń – opisana jako „*zlecane przez Zlecających prace, polegające na budowie mikroinstalacji fotowoltaicznych na dachach prywatnych budynków mieszkalnych zlokalizowanych na obszarze prowadzenia działalności gospodarczej przez Zlecających" (czytaj: cała Polska – według Wykazu)*nie może zostać zakwalifikowana jako jego „wykonanie". Izba dodatkowo zwraca uwagę, że przedmiotem tego zamówienia jest: "*Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych na terenie Gmin Godziszów i Batorz", obejmująca:dostawę i montaż w oparciu o posiadaną przez Zamawiającego dokumentację techniczną 287 zestawów instalacji fotowoltaicznych, każdy o mocy min, 3,1 kWp wraz z konstrukcją dostosowaną do miejsca montażu (….).* Zatem wskazany warunek w kontekście tego przedmiotu zamówienia, miał niewątpliwie na celu wykazanie doświadczenia wykonawcy w realizacji dostawy wraz z montażem instalacji fotowoltaicznych na rzecz większych odbiorców aniżeli doświadczenie w pojedynczych dostawach, których odbiorcami – jak wskazuje referencja) – są właściciele prywatnych budynków mieszkalnych zlokalizowanych na obszarze prowadzenia działalności gospodarczej w całej Polsce. Stąd wprowadzone w warunku ograniczenie do trzech kontraktów na podstawie których realizowana była dostawa i montaż 200 instalacji.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

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

……