Sygn. akt: KIO 815/20

WYROK

z dnia 1 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę Elemont Sp. z o.o., ul. Dobrzeńska 72b, 45-920 Opole,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, ul. Długa 49, 53-633 Wrocław,

przy udziale wykonawcy ELEKTROTIM S.A., ul. Stargardzka 8, 54-156 Wrocław, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Elemont Sp. z o.o., ul. Dobrzeńska 72b, 45-920 Opole, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Elemont Sp. z o.o., ul. Dobrzeńska 72b, 45-920 Opole, tytułem wpisu od

odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 we Wrocławiu.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 815/20

UZASADNIENIE

Zamawiający - Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, ul. Długa 49, 53-633 Wrocław, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Prowadzenie czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych urządzeń oświetlenia drogowego we Wrocławiu", numer referencyjny: TXU/EEIM/279/2019. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 grudnia 2020 r., nr 624282-N-2019.

Ofertę w postępowaniu złożył m.in. wykonawca Elemont Sp. z o.o., ul. Dobrzeńska

72b, 45-920 Opole (dalej: „odwołujący"). Pismem z dnia 8 kwietnia 2020 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a i art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych

(t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" - w związku z wykluczeniem wykonawcy z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W dniu 14 kwietnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp poprzez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na przyjęciu, iż podstawa odrzucenia oferty zachodzi w przypadku, gdy wykonawca samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą,

2) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na przyjęciu, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

3) art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie może być uznana za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp.

„20. (...) nie zasługuje na aprobatę twierdzenie Zamawiającego jakoby brak dalszego samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą przez Wykonawcę stanowił podstawę do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a PZP.

21. Słuszność zarzutu postawionego przez Odwołującego potwierdza wykładnia organów ochrony prawnej w sprawie skutków prawnych nieprzedłużenia przez wykonawcę terminu związania ofertą ukształtowana od czasu wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE") z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 (Saferoad Grawil sp. z o.o. o Saferoad Kabex Sp. z o.o. przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu). (...)

23. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na okoliczność, iż z literalnego brzmienia przepisu wynika jednoznacznie, iż dotyczy on sytuacji, w której zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wydłużenie terminu związania ofertą zgodnie działając z treścią art. 85 ust. 2 PZP. Co zatem znamienne, sankcją w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a PZP objęty jest tylko i wyłącznie przypadek, gdy w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca nie wyraziłby zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Przepis ten nie dotyczy jednak przypadku, gdy zamawiającemu nie służy już prawo do wzywania wykonawcy do przedłużania terminu związania ofertą, a wykonawca nie przedłuża go samoistnie.

24. (...) Przesłanki odrzucenia ofert wymienione w art. 89 ust. 1 p.z.p. nie zawierają dyspozycji prawnej odnośnie sytuacji braku dokonania przez wykonawcę samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą. Próba wywodzenia z treści art. 89 ust. 1 pkt 7a p.z.p. takiej dyspozycji jest niedopuszczalną interpretacją rozszerzającą przez analogię, z pominięciem wynikającej z dobrych praktyk legislacyjnych zasady, że takie same sformułowania zawarte w jednym akcie prawnym (w tym przypadku w art. 85 ust. 2 p.z.p. i art. 89 ust 1 pkt 7a p.z.p., a poprzednio art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p.) nie mogą być odmienne interpretowane. (...)

28. PZP nie wyraża w żadnym ze swoich przepisów normy prawnej stanowiącej, że na dzień wyboru oferty najkorzystniejszej, wykonawcy muszą być związani własnymi ofertami. Brak jest również przepisu prawnego, na podstawie którego upływ terminu związania ofertą wiązałby się z jej wygaśnięciem czy nieważnością oferty albo by po upływie terminu związania ofertą zamawiający mógł zaniechać oceny i badania takiej oferty. (...)

31. Odwołujący zwraca również uwagę na fakt, iż wadium w Postępowaniu zostało wniesione przez Odwołującego w całości gotówką. (...) Wadium to cały czas znajduje się na rachunku bankowym Zamawiającego, stanowiąc formę zabezpieczenia interesu prawnego Zamawiającego w związku z zawarciem umowy. Wykonawca zatem, nie żądając zwrotu wadium, wykazuje wolę zawarcia umowy.

32. Jak zatem widać na podstawie powyższego, Zamawiający w sposób nieuprawniony odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a PZP".

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

36. Zamawiający pismem z dnia 28 lutego 2020 r. (znak: TXU.71.136.18034.2019.OC), działając na podstawie art. 26 ust. 3 PZP, wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP, tj. spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający w treści wezwania wskazał, iż »W wykazie wykonanych zamówień w nazwie zamówienia wskazali Państwo zadanie pn. „Konserwacja oświetlenia ulicznego, iluminacji oraz punktów poboru energii do celów okazjonalnych na terenie miasta Kielce w latach 2015-2018", w ilości 17 098 punktów świetlnych. Ponadto do przedmiotowego zamówienia załączyli Państwo referencje udzielone przez Traffic Polska Sp. z o.o., z których jednoznacznie wynika, że w ramach w/w zadania wskazany Wykonawca MKKM Firma Usługowo-Handlowa M. K. wymieniła 800 szt. opraw oświetlenia ulicznego. W związku z powyższym Zamawiający wzywa do złożenia przez Państwa dokumentów potwierdzających eksploatację 17 098 sztuk punktów świetlnych lub wskazanie innego zadania potwierdzającego spełnienie w/w warunku«.

37. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 lutego 2020 r. (pismo o nr TXU.71.136.18034.2019,00) Odwołujący zwrócił uwagę, iż zgodnie z judykaturą KIO przedłożone referencje nie muszą korespondować z treścią warunku udziału w postępowaniu. Ponadto Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię wiadomości e-mail z dnia 16 grudnia 2019 r. wysłanej przez p. M. Odwołujący, Kierownika Referatu Oświetlenia i Infrastruktury Teletechnicznej Miejskiego Zarządu Dróg w Kielcach (ul. Prendowskiej 7; 25-395 Kielce) do firmy MKKM, realizującej na rzecz Swarco Traffic (późniejsza nazwa Traffic Polska Sp. z o.o.) zadanie pn. „Konserwacja i eksploatacja oświetlenia ulicznego, iluminacji oraz punktów poboru energii do celów okazjonalnych na terenie miasta Kielce w latach 2015-2018" wraz z zestawieniem punktów świetlnych konserwowanych w ramach tego zadania. (...)

38. Wątpliwości nie powinien budzić fakt, iż to wykaz usług stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia, natomiast referencje stanowią jedynie potwierdzenie należytego wykonania usług. (...)

40. Zamawiający nie zakwestionował jednakże w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego ani przedłożonego wykazu usług, ani referencji potwierdzających wykonanie usług wykazanych w przedmiotowym wykazie.

41. Odwołujący wskazuje, iż firmę MKKM z Swarco Traffic Sp. z o.o. (późniejsza nazwa Traffic Polska Sp. z o.o.) łączyła umowa na realizację zadania pn. „Konserwacja i eksploatacja oświetlenia ulicznego, iluminacji oraz punktów poboru energii do celów okazjonalnych na terenie miasta Kielce w latach 2015-2018" („Umowa Podwykonawcza"). (...)

43. Udział podmiotu trzeciego w wykonywaniu referencyjnego zamówienia potwierdzają również faktury wystawione przez MKKM na rzecz Swarco Traffic Polska Sp. z o.o. oraz protokoły odbioru nr 1/2018, 6/2018, jak również korespondencja e-mail wraz z rejestrem zgłoszeń wymieniana pomiędzy firmą MKKM a inspektorem, który nadzorował prace wykonywane w ramach zamówienia z ramienia Miejskiego Zarządu Dróg w Kielcach, z której wynika, iż osoby zatrudnione przez firmę MKKM Firma Usługowo-Handlowa M. K. wykonywały prace (usuwały awarie oświetlenia ulicznego) na rzecz Swarco Traffic w ramach zadania pn. „Konserwacja i eksploatacja oświetlenia ulicznego, iluminacji oraz punktów poboru energii do celów okazjonalnych na terenie miasta Kielce w latach 2015-2018". (...)

44. (...) W wykazie, jako liczbę punktów świetlnych, których dotyczyło to zadanie wskazano 17 098, czyli wielkość niemal trzykrotnie wyższą niż opisana w warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt IV ppkt 2 lit. cl) SIWZ. Wskazać zatem należy, iż Elemont prawidłowo wykazała spełnianie warunku udziału w postępowaniu już na podstawie

oświadczeń i dokumentów przekazanych Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 2 PZP. (...)

47. W tym zakresie zwrócić należy uwagę, iż Zamawiający ograniczył swoje uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania jedynie do faktu bycia „niezgłoszonym" podwykonawcą. W żaden jednak sposób nie zanegował faktu wykonywania usług przez MKKM w charakterze podwykonawcy Swarco Trafie Sp. z o.o., ani też nie podważył prawdziwości informacji wskazanych w wykazie usług oraz w referencji wystawionej przez Swarco Trafie Sp. z o.o. firmie MKKM. (...)

51. Bez znaczenia dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest więc fakt, iż MKKM było podwykonawcą. Skoro Zamawiający nie kwestionuje zgodności usługi wykonywanej przez MKKM z treścią warunku udziału w postępowaniu, jak również nie podważa wykazu usługi i wystawionych referencji, to okoliczność niezgłoszenia firmy MKKM jako podwykonawcy nie ma żadnego znaczenia dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu."

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,

2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

3) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Pismem z dnia 24 kwietnia 2020 r. wykonawca ELEKTROTIM S.A., ul. Stargardzka 8, 54-156 Wrocław (dalej: „przystępujący") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła prawidłowość przystąpienia ww. wykonawcy do postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 29 czerwca 2020 r. zamawiający złożył wniosek o odrzucenie odwołania z powodu braku po stronie odwołującego interesu w jego wniesieniu. W uzasadnieniu zamawiający wskazał na brak związania ofertą przez odwołującego. Na posiedzeniu zamawiający cofnął wniosek o odrzucenie odwołania i wniósł o jego oddalenie.

Pismem z dnia 30 czerwca 2020 r. odwołujący przedstawił swoje dodatkowe stanowisko w sprawie.

W trakcie rozprawy strony oraz przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest prowadzenie czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych urządzeń oświetlenia drogowego we Wrocławiu.

Pismem z dnia 30.01.2020 r. zamawiający wezwał wykonawców, na podstawie art. 182 ust. 6 ustawy Pzp, o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 18 dni oraz dodatkowo o 60 dni, tj. do dnia 02.04.2020 r. W wyznaczonym przez zamawiającego terminie odwołujący złożył oświadczenie, że jest związany ofertą do dnia 02.04.2020 r.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz") zamawiający wskazał, że wykonawcy spełnią warunek uczestnictwa w postępowaniu, jeżeli wykażą, że wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedno zadanie obejmujące eksploatację 6 000 sztuk punktów świetlnych na drogach publicznych bez ograniczenia w ruchu przez okres co najmniej 12 kolejnych miesięcy. Pod pojęciem „drogi bez ograniczenia w ruchu" zamawiający rozumie prowadzenie eksploatacji urządzeń oświetlenia drogowego poza godzinami szczytu

bez wprowadzania zmian w organizacji ruchu.

Pismem z dnia 10.02.2020 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, do złożenia m.in. wykazu usług wraz z dowodami określającymi, czy usługi te zostały wykonane należycie.

W odpowiedzi odwołujący przedłożył wykaz usług, w którym wskazał zadanie pn. „Konserwacja oświetlenia ulicznego, iluminacji oraz punktów poboru energii do celów okazjonalnych na terenie miasta Kielce w latach 2015-2018". Jako zamawiającego dla wykonania tego zadania wskazał spółkę Swarco Traffic Polska, a ilość punktów świetlnych - 17 098.

Do wykazu odwołujący dołączył referencje wystawione przez Traffic Polska Sp. z o.o. (dawniej: Swarco Traffic Polska Sp. z o.o.) dla MKKM Firma Usługowo-Handlowa M. K., w których stwierdzono, że: „firma MKKM Firma Usługowo-Handlowa M. K. wykonała na rzecz firmy Traffic Polska Sp. z o.o. następujące zadania inwestycyjne zgodnie z umową nr WZP.26.4.40.2015 z dnia 26.06.2015 r.

Zadanie: Konserwacja oświetlenia ulicznego, iluminacji oraz punktów poboru energii do

celów okazjonalnych na terenie miasta Kielce w latach 2015-2018

Wymiana 800 szt. Opraw oświetlenia ulicznego.

Łączna wartość robót: 2799241,38 zł.

Wykonawca robót, tj. MKKM Firma Usługowo-Handlowa M. K. wykazała się sumiennością, stosowaniem i posiadaniem wszechstronnej wiedzy fachowej. (...)"

MKKM Firma Usługowo-Handlowa M. K. jest podmiotem, na którego potencjale polega odwołujący w celu wykazania spełnienia ww. warunku.

Pismem z dnia 28.02.2020 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wezwał odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających eksploatację 17 098 sztuk punktów świetlnych lub wskazania innego zadania potwierdzającego spełnienie ww. warunku. Zamawiający zwrócił uwagę, że w wykazie usług odwołujący wskazał 17 098 punktów świetlnych, natomiast z referencji jednoznacznie wynika, że wykonawca MKKM Firma Usługowo-Handlowa M. K. wymienił 800 sztuk opraw oświetlenia ulicznego.

W odpowiedzi z dnia 03.03.2020 r. odwołujący w pierwszej kolejności zakwestionował zasadność wezwania go do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z orzecznictwem KIO potwierdzeniu spełniania warunku służy wykaz wykonanych zamówień, nie zaś referencje, których celem jest jedynie potwierdzenie należytego wykonania zamówień wskazanych w wykazie. W związku z tym odwołujący uznał, że przedłożone przez niego, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp dokumenty, są wystarczające do potwierdzenia spełnienia warunku.

Mimo to odwołujący dołączył do ww. pisma kopię wiadomości mailowych przesyłanych pomiędzy panem M. K., a panem M. O. - Kierownikiem Referatu Oświetlenia i Infrastruktury Technicznej w Miejskim Zarządzie Dróg w Kielcach oraz wykaz stacji transformatorowych i punktów świetlnych (ilość - 17 098), stanowiący załącznik do maila ww. Kierownika Referatu. W mailu skierowanym do pana M. K. Kierownik Referatu ponadto napisał, że wykonawcą był Swarco Traffic, obecnie Traffic Polska. W załączonym wykazie nie ma wskazanego wykonawcy.

Mailem z dnia 13.03.2020 r. zamawiający zwrócił się do Miejskiego Zarządu Dróg w Kielcach z pytaniem, czy wykonawca Swarco Traffic Polska Sp. z o.o. (obecnie Trraffic Polska Sp. z o.o.) należycie zrealizowało umowę oraz czy obejmowała ona eksploatację 17 098 punktów świetlnych, a także czy podwykonawcą ww. firmy była MKKM Firma Usługowo-Handlowa M.K..

Pismem z dnia 16.03.2020 r. Miejski Zarząd Dróg w Kielcach odpowiedział, że umowa zawarta ze Swarco Traffic Polska Sp. z o.o. obejmowała 17 098 punktów świetlnych.

Wykonawca ten zgłosił pisemnie chęć wprowadzenia podwykonawcy: Drogi Polskie Waldemar Kowalski, zaś pan M. K. posiadał pełnomocnictwo od firmy Drogi Polskie Waldemar Kowalski do jej reprezentowania przy realizacji zadania. Natomiast firma MKKM Firma Usługowo-Handlowa M. K. nie była oficjalnie zgłoszonym podwykonawcą na przedmiotowym zadaniu.

Pismem z dnia 08.04.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego, a także o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp - w związku z wykluczeniem odwołującego z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu (zamawiający nie wskazał wprost art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp). W uzasadnieniu zamawiający wskazał:

„W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 30.01.2020 r. (...) wzywające uczestników postępowania do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 02.04.2020 r., złożyli Państwo oświadczenie o związaniu ofertą. Ponieważ do 02.04.2020 r. do Zamawiającego nie wpłynęło ponowne związanie ofertą wystawione samodzielnie przez Wykonawcę, Państwa oferta podlega odrzuceniu.

Ponadto ofertę uznaje się za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 złożoną przez Wykonawcę wykluczonym na podstawie art. 24 ust. 4 z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ nie wykazali Państwo spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Państwa do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W odpowiedzi Zamawiający otrzymał dokumenty, które nie potwierdziły eksploatacji wskazanej w ofercie ilości punktów świetlnych, tj. 17.098 szt. (...)

Po otrzymaniu odpowiedzi, Zamawiający (...) wystąpił do Miejskiego Zarządu Dróg w Kielcach z prośbą o wyjaśnienie, czy wskazana przez Państwa firma MKKM Firma Usługowo-Handlowa M. K., na doświadczenie której Państwo powołują się w ofercie, była Podwykonawcą firmy SWARCO TRAFFIC POLSKA sp. z o.o. na zadaniu, na które się Państwo powołali.

W odpowiedzi od MZD w Kielcach stwierdzono, iż »Pan M. K. posiadał pełnomocnictwo wystawione przez Drogi Polskie Waldemar Kowalski do reprezentowania firmy przy realizacji przedmiotowego kontraktu. Firma Usługowo-Handlowa MKKM M.K. nie b. oficjalnie zgłoszonym podwykonawcą na przedmiotowym zadaniu«, a co za tym idzie, ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.”

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania w całości, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Odnosząc się do kwestii wykluczenia odwołującego z postępowania, należy w pierwszej kolejności odnieść się do argumentu odwołującego, zgodnie z którym „przedłożone referencje nie muszą korespondować z treścią warunku udziału w postępowaniu”. Co do zasady teza przedstawiona przez odwołującego jest słuszna, jednakże w określonych okolicznościach. Należy zauważyć, że referencje są wystawiane wykonawcy określonego zadania niekoniecznie na potrzeby ubiegania się przez niego o inne konkretne zamówienie i w związku z tym nie muszą obejmować wszystkich tych informacji, które są niezbędne do potwierdzenia konkretnego warunku udziału w postępowaniu. Oznacza to, że referencje mogą być sformułowane ogólnie i nie zawierać określonych informacji, które są wymagane dla spełnienia konkretnego warunku. Przykładowo referencje mogą nie zawierać wskazania wartości konkretnego elementu robót budowlanych, czy konkretnej ilości jakiegoś wyodrębnionego elementu z danego zadania. W takiej sytuacji rzeczywiście uznaje się, że zamawiający powinien oprzeć ocenę spełniania warunku na informacjach zawartych w wykazie robót/usług/dostaw, zaś z referencji czerpać wiedzę

wyłącznie co do tego, czy wykazane zadanie zostało wykonane należycie.

Należy jednakże odróżnić sytuację, gdy referencje nie zawierają w ogóle określonych informacji potrzebnych do potwierdzenia spełniania warunku, od sytuacji gdy referencje zawierają informacje podważające spełnienie przez wykonawcę tegoż warunku. Innymi słowy: od sytuacji wystawienia ogólnych referencji należy odróżnić sytuację, gdy referencje zawierają określone informacje, ale są one sprzeczne z wymaganiami wskazanymi w opisie warunku lub z informacjami zawartymi w wykazie robót/usług/dostaw. Takiej sprzeczności zamawiający nie może ignorować i udając, że jej nie widzi oprzeć ocenę spełniania warunku wyłącznie na treści wykazu. Dostrzegając taką sprzeczność zamawiający powinien, w zależności od konkretnych okoliczności faktycznych, zastosować wezwanie w trybie art. 26 ust. 4 lub art. 26 ust. 3 ustawy Pzp albo zastosować oba te przepisy i najpierw wezwać wykonawcę do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a następnie jeśli zajdzie taka potrzeba - wezwać go jeszcze do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Brak reakcji zamawiającego na sprzeczność pomiędzy treścią referencji a treścią wykazu lub warunku, mógłby doprowadzić do wyboru wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu i tym samym do naruszenia przez zamawiającego m.in. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przewidującego nakaz udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W niniejszej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, w której zachodzi sprzeczność pomiędzy treścią wykazu usług a treścią referencji. W treści wykazu odwołujący wskazał bowiem 17 098 punktów świetlnych, natomiast w treści referencji wskazano: „Wymiana 800 szt. opraw oświetlenia ulicznego". Należy przy tym przypomnieć, że w opisie warunku zamawiający wymagał doświadczenia w eksploatacji 6 000 sztuk punktów świetlnych, co oznacza, że liczba wskazana przez odwołującego w wykazie usług potwierdza spełnienie przez niego warunku, natomiast liczba wynikająca z referencji - nie. Tym samym sprzeczność pomiędzy liczbami wskazanymi w wykazie i referencjach skutkuje koniecznością ustalenia, która z tych liczb jest prawidłowa, a co za tym idzie - czy odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu.

W niniejszej sytuacji zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających eksploatację 17 098 punktów świetlnych lub do wskazania innego zadania potwierdzającego spełnienie warunku. W odpowiedzi odwołujący złożył kopię maili wymienianych pomiędzy panem M. K a Kierownikiem Referatu w MZD w Kielcach oraz wykaz stacji transformatorowych i punktów świetlnych. Należy zauważyć, że ww. Kierownik Referatu stwierdził w mailu, że wykonawcą była Swarco Traffic Polska Sp. z o.o., zaś sam wykaz potwierdza wprawdzie liczbę punktów świetlnych (17 098), ale nie zawiera wskazania wykonawcy usługi. Łącznie z ww.

maili i wykazu wynika zatem, że punktów świetlnych było 17 098, ale nie wynika z nich, że wszystkie te punkty były eksploatowane przez MKKM Firma Usługowo-Handlowa M. K.. W świetle treści referencji wskazujących, że MKKM Firma Usługowo-Handlowa M.K. wykonała zadanie jedynie na 800 sztukach opraw oświetlenia ulicznego, złożone przez odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumenty, w dalszym ciągu zatem nie potwierdzają, że MKKM Firma Usługowo-Handlowa M. K. wykonała zadanie na 17 098 sztukach. Dokumenty te bowiem w dalszym ciągu nie wykluczają, że zadanie w jakiejś części wykonał główny wykonawca, czyli Swarco Traffic Polska Sp. z o.o., który swojemu podwykonawcy, czyli firmie MKKM Firma Usługowo-Handlowa M. K., zlecił pracę jedynie na 800 punktach świetlnych. Pamiętać przy tym należy, że odwołujący wykazując spełnienie warunku polega na zasobach firmy MKKM Firma Usługowo-Handlowa M. K., nie zaś firmy Swarco Traffic Polska Sp. z o.o. (obecnie Traffic Polska Sp. z o.o.). Zatem przedłożone przez odwołującego dokumenty powinny potwierdzać jednoznacznie, że to

MKKM Firma Usługowo-Handlowa M. K. wykonała zadanie na wymaganej ilości punktów świetlnych. Jak wskazano wyżej, wobec:

- sprzeczności liczb wskazanych w wykazie usług i referencjach,
- informacji zawartej w mailu Kierownika Referatu, że wykonawcą była Swarco Traffic Polska Sp. z o.o.,
- braku wskazania w treści wykazu stacji transformatorowych i punktów świetlnych nazwy jakiejkolwiek firmy,

nadal nie można uznać, że odwołujący wykazał, że prace na podanych w wykazie usług 17 098 punktach świetlnych, wykonała właśnie MKKM Firma Usługowo-Handlowa M.K., na której zasoby odwołujący się powołał. W konsekwencji nie można uznać, że z przedłożonych na żądanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentów wynika, że podmiot, na które zasoby powołał się odwołujący, wykonał usługę na więcej niż 800 sztukach oświetlenia, o których mowa w referencjach, a co za tym idzie - że podmiot ten wykonał eksploatację na

min. 6 000 sztuk punktów świetlnych, o których mowa w warunku. W efekcie należy stwierdzić, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku ani w dokumentach złożonych na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp (sprzeczne wykaz i referencje), ani na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (mail Kierownika Referatu wskazujący na wykonawstwo innej firmy i wykaz nie zawierający nazwy żadnej firmy). Również enigmatyczne stwierdzenie w treści referencji, że „wszystkie rodzaje wykonanych robót zostały wykonane rzetelnie" nie dowodzi, że w zakres robót, jakie wykonała MKKM Firma Usługowo-Handlowa M. K., wchodziła właśnie eksploatacja 17.098 punktów świetlnych wskazana w wykazie.

Odnosząc się z kolei do dokumentów dołączonych do odwołania, należy wyraźnie podkreślić, że obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie spełniania warunku udziału w toku postępowania, tj. co do zasady na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp lub w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp. Wykazywanie spełnienia warunku w postępowaniu odwoławczym jest już działaniem spóźnionym i nie może być uwzględnione do oceny spełniania tego warunku. Na marginesie jedynie należy zauważyć, że dołączone do odwołania dokumenty również nie potwierdzają, że MKKM Firma Usługowo-Handlowa M. K. wykonała eksploatację co najmniej 6000 punktów świetlnych: umowa nr 11/2015 nie wskazuje liczby punktów świetlnych, trzy faktury łącznie dotyczą jedynie 3000 sztuk, protokoły odbioru nie wskazują liczby punktów świetlnych, a ponadto pan M. K. występuje w nich jako przedstawiciel spółki Swarco Traffic Polska, nie zaś firmy MKKM Firma Usługowo-Handlowa M. K., dołączone wykazy nie zostały oznaczone, więc nie wiadomo, czy któryś z nich stanowi załącznik nr 4, o którym mowa w § 1 ust. 1 ww. umowy nr 11/2015. W konsekwencji, dołączone do odwołania dokumenty również nie potwierdzają, że odwołujący powołując się na zasoby firmy MKKM Firma Usługowo-Handlowa M. K., spełnia warunek doświadczenia. Przede wszystkim jednak podkreślić należy, że wykazywanie powyższego dopiero w postępowaniu odwoławczym jest spóźnione i nie może być brane pod uwagę przy ocenie spełniania przez odwołującego warunku.

Z kolei faktury dołączone do pisma procesowego odwołującego z dnia 30.06.2020 r. nie wpływają na ocenę, czy odwołujący wykazał spełnienie warunku, gdyż treść tego warunku nie przewidywała wymogu co do wartości usług, zatem uprzednia uwaga przystępującego w tym zakresie nie była zasadna.

W tym miejscu należy też odnieść się do zarzutów odwołującego, że zamawiający „ograniczył swoje uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania jedynie do faktu bycia »niezgłoszonym« podwykonawcą" oraz że zamawiający „nie kwestionuje zgodności usługi wykonywanej przez MKKM z treścią warunku udziału w postępowaniu, jak również nie podważa wykazu usługi i wystawionych referencji". W ocenie Izby uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego sporządzone przez zamawiającego jest skąpe, ogranicza się do opisania stanu faktycznego i podsumowania, że oferta podlega odrzuceniu, bez przedstawienia wniosków wywodzonych z tego stanu faktycznego i ich wpływu na ostateczną decyzję o odrzuceniu oferty, czyli bez przedstawienia całego rozumowania zamawiającego prowadzącego do podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty. Odwołujący nie podniósł jednak tego w treści odwołania, a poza tym prawidłowo zidentyfikował powody odrzucenia swojej oferty. Mimo zatem nie dość starannego uzasadnienia odrzucenia tej oferty, stwierdzić należy, że zamawiający napisał jednak, że „w odpowiedzi [na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 - przyp. KIO] otrzymał dokumenty, które nie potwierdziły eksploatacji wskazanej w ofercie ilości punktów świetlnych, tj. 17 098 szt." i że odwołujący nie spełnił warunku. Z powyższych fragmentów uzasadnienia należy wywieść, że zamawiający poinformował odwołującego, że w jego ocenie, przedłożone w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumenty nie potwierdzają, że MKKM Firma Usługowo-Handlowa M. K. wykonała zadanie na 17 098 sztukach punktów świetlnych, a co za tym idzie - że nie potwierdzają, iż odwołujący, który powołał się na zasoby ww. firmy, spełnił warunek doświadczenia. Tym samym nie można zgodzić się z odwołującym, że zamawiający „nie kwestionuje zgodności usługi wykonywanej przez MKKM z treścią warunku", gdyż w ww. fragmencie uzasadnienia (lakonicznie) zamawiający tę zgodność zakwestionował. Nie można się też zgodzić z odwołującym, że zamawiający „nie podważa wykazu usługi i wystawionych referencji", gdyż przez samo wezwanie do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, prawidłowość tych dokumentów podważył. W efekcie nie można się zgodzić, że zamawiający „ograniczył swoje uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania jedynie do faktu bycia »niezgłoszonym« podwykonawcą", gdyż - jak wskazano wyżej - wskazał jako podstawę odrzucenia oferty także fakt niespełnienia przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu.

Powyższy fakt, tj. niewykazanie przez odwołującego spełnienia warunku doświadczenia zarówno w dokumentach złożonych na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2, jak i w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w niniejszej sprawie jest, w ocenie Izby, samodzielną i wystarczającą podstawą do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp (którą to podstawę zamawiający podał w uzasadnieniu odrzucenia jedynie opisowo) i do uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

W konsekwencji powyższych ustaleń, bez znaczenia pozostaje, czy MKKM Firma Usługowo-Handlowa M. K. była podwykonawcą Swarco Traffic Polska Sp. z o.o. (obecnie Traffic Polska Sp. z o.o.). Zamawiający stwierdził na podstawie pisma MZD w Kielcach, że MKKM Firma Usługowo-Handlowa M. K. nie była ww. podwykonawcą, gdyż nie została oficjalnie zgłoszona do wykonywania zadania, zaś pan M. K. był jedynie pełnomocnikiem innej firmy - Drogi Polskie W. K. . Z kolei odwołujący dołączył do odwołania kopię umowy zawartej między MKKM Firma Usługowo-Handlowa M. K. a Swarco Traffic Polska Sp. z o.o. i dotyczącej realizacji ww. zadania w Kielcach. W niniejszej sprawie należy jednak zauważyć, że zarzucany brak występowania firmy MKKM Firma Usługowo-Handlowa M. K. w roli podwykonawcy na ww. zadaniu w Kielcach, nie był jedyną podstawą wykluczenia odwołującego, gdyż jak wskazano już wyżej, zamawiający uznał też, że odwołujący nie wykazał wykonania przez ww. firmę prac na co najmniej 6000 punktów świetlnych i ten fakt stanowił wystarczającą podstawę do wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą. Zatem wobec niewykazania przez odwołującego, że podmiot, na którego zasobach polegał, wykonał prace na co najmniej 6000 punktach świetlnych, kwestia tego, czy podmiot ten był, czy nie był podwykonawcą na ww. zadaniu w Kielcach, stała się kwestią wtórną, nie mającą - w świetle art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp - znaczenia dla oceny spełniania przez odwołującego warunku doświadczenia.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że odwołujący zasadnie został wykluczony z postępowania, a jego uznana za odrzuconą.

Przechodząc z kolei do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego z powodu nieprzedłużenia samodzielnie terminu związania ofertą, należy przytoczyć treść właściwych w sprawie przepisów. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą. Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Z powyższego wynika, że podstawą odrzucenia oferty jest wyłącznie sytuacja, gdy wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, przy czym Ustawodawca doprecyzował, że chodzi o zgodę, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp.

Po pierwsze, należy zauważyć, że nawet gdyby ww. doprecyzowanie nie miało miejsca, samo sformułowanie „nie wyraził zgody" stanowiłoby podstawę do przyjęcia, że odrzucenie oferty nie może nastąpić w przypadku braku samodzielnego przedłużenia przez wykonawcę terminu związania ofertą, a jedynie w przypadku gdy wykonawca był proszony przez zamawiającego o zgodę i w odpowiedzi na tę prośbę zgody takiej nie wyraził. Zgoda lub jej brak stanowi bowiem ustosunkowanie się do jakiejś prośby/propozycji, która nastąpiła wcześniej. W kontekście art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp oznacza to, że najpierw zamawiający musi wystąpić o zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, aby następnie wykonawca mógł zgodę taką wyrazić albo odmówić jej wyrażenia. Brak wystąpienia zamawiającego o zgodę wyklucza możliwość jej wyrażenia lub niewyrażenia, gdyż brakuje okoliczności, do której wykonawca miałby się ustosunkować.

Po drugie, niezależnie nawet od powyższego znaczenia sformułowania „nie wyraził zgody", należy ponownie zauważyć, że ustawodawca wyraźnie wskazał, że chodzi o zgodę w rozumieniu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. W przepisie tym mowa jest o zgodzie wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający zwraca się tylko raz o jej wyrażenie na przedłużenie terminu związania ofertą o oznaczony okres, nie dłuższy niż 60 dni. W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości, że art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp dotyczy sytuacji, gdy zamawiający zwrócił się do wykonawcy o zgodę na przedłużenie związania ofertą. Doprecyzowanie przez ustawodawcę, że chodzi o zgodę „o której mowa w art. 85 ust. 2", powoduje zatem, że nie sposób dopatrzeć się możliwości odrzucenia oferty wykonawcy, który nie przedłużył terminu związania ofertą nie będąc uprzednio proszonym o wyrażenie zgody na takie przedłużenie. Wywodzenie z treści ww. przepisów możliwości odrzucenia oferty wykonawcy, który nie przedłużył samodzielnie terminu związania ofertą, stanowi w istocie odrzucenie literalnej treści tych przepisów i dokonywanie wykładni contra legem.

Reasumując, zamawiający ma prawo i obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp wyłącznie w sytuacji, gdy najpierw zwrócił się do wykonawcy o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a dopiero w odpowiedzi na taką prośbę wykonawca zgody nie wyraził. Nie stanowi natomiast podstawy odrzucenia oferty sytuacja, w której wykonawca samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą, tj. sytuacja, w której wykonawca ten nie był w ogóle proszony przez zamawiającego o wyrażenie takiej zgody. Przy czym podkreślić należy, że z żadnego przepisu nie wynika, aby oferta takiego wykonawcy miała tracić ważność. Oferta taka podlega zatem ocenie na zasadach ogólnych, zaś w razie uznania jej za najkorzystniejszą wykonawca może zawrzeć

umowę z zamawiającym. Na marginesie jedynie należy zauważyć, że w niniejszej sprawie wadium zostało wniesione w formie pieniężnej i cały czas w wymaganej kwocie znajdowało się na koncie zamawiającego, zatem oferta była zabezpieczona i tym bardziej działanie zamawiającego nie miało żadnych podstaw.

Odnosząc się do powoływanego przez przystępującego orzecznictwa należy zauważyć, że w większości dotyczy ono nieaktualnego stanu prawnego, tj. stanu prawnego sprzed 28.07.2016 r., kiedy to przepis dotyczący wykluczenia wykonawcy z powodu nieprzedłużenia terminu związania ofertą nie odnosił się do treści art. 85 ust. 2 ustawy Pzp (spośród wyroków przytoczonych przez przystępującego tylko dwa wyroki KIO z 2017 r. dotyczą aktualnego stanu prawnego, z czego w jednym z nich przedłużenie terminu związania ofertą rozważane jest w kontekście interesu we wniesieniu odwołania, nie zaś w kontekście odrzucenia oferty). Z kolei w powoływanym przez odwołującego wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 wskazano, że wykluczenie wykonawcy z powodu niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie był wyraźnie wskazany w dokumentacji przetargowej ani w przepisach prawa, a jedynie wynikał z orzecznictwa, zwłaszcza gdy nie było ono jednolite, narusza zasadę równego traktowania i przejrzystości. W ocenie Izby, w obecnym stanie prawnym nie może budzić wątpliwości, że bez uprzedniego wezwania do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, zamawiający nie jest uprawniony do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. Niemniej jednak z ww. wyroku TSUE jednoznacznie wynika, że nawet w przypadku hipotetycznego istnienia wątpliwości interpretacyjnych i ewentualnych rozbieżności w orzecznictwie, oferta wykonawcy tym bardziej nie mogłaby zostać odrzucona, gdyż prowadziłoby to do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień.

Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty odwołującego w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp.

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie potwierdził się zarzut dotyczący bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Potwierdził się natomiast zarzut dotyczący niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, co jednakże nie miało wpływu na wynik postępowania w świetle rozstrzygnięcia Izby w zakresie oceny spełniania warunku. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972). W szczególności Izba wzięła pod uwagę, że pomimo uznania zasadności zarzutu dotyczącego art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, z uwagi na oddalenie drugiego zarzutu, odrzucenie oferty odwołującego zostaje podtrzymane. Dlatego też Izba postanowiła obciążyć odwołującego całością kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodniczący .....