Sygn. akt: KIO 434/22

WYROK

z dnia 4 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 marca 2022 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2022 roku przez wykonawcę ELEKTROTIM Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Stargardzka 8, 54-156 Wrocław w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu, ul. Długa 49, 53-633 Wrocław

przy udziale wykonawcy J. Electric Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 1, 02-952 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2.....Ko

sztami postępowania obciąża odwołującego: ELEKTROTIM Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, 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.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (teks jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 434/22

Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu, (dalej: Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), dalej: „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: Prowadzenie czynności eksploatacyjnych urządzeń iluminacji obiektów budowlanych we Wrocławiu, numer referencyjny: TXU.EEIM.243.2021.MK. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2021/S 227-597717

7 lutego 2022 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę J. Electric Sp. z o.o. (dalej: „J."). Z zachowaniem terminu ustawowego wykonawca ELEKTROTIM S.A. (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art.16 pkt.1 w związku z art. 226 pkt. 5 Pzp poprzez nie odrzucenie oferty wykonawcy J., pomimo, że jej treść nie odpowiada specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ";

2) art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy J. z postępowania, pomimo przedłożenia przez tego wykonawcę w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa informacji, które wprowadziły Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie referencji co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego w postępowaniu;

3) art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy J. z postępowania, pomimo przedłożenia przez tego wykonawcę w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji, które wprowadziły Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie referencji co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego w postępowaniu;

4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę J. jako najkorzystniejszej pomimo, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, a złożona przez niego oferta powinna zostać odrzucona;

5) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez J. jako oferty najkorzystniejszej pomimo, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a więc złożona przez niego oferta powinna zostać odrzucona.

6) naruszenie art.16 pkt 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji poprzez zmianę warunków udziału w postepowaniu, przedłużanie terminów a następnie wybór podmiotu, który o taką zmianę wystąpił.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy J.,

2) odrzucenia oferty wykonawcy J. jako niezgodnej z SWZ,

3) powtórzenia czynności badania ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m.in., że Zamawiający w SWZ, rozdział IV ust. 1 pkt 3 lit a określił warunek udziału w postępowaniu, polegający na wykazaniu przez wykonawcę, że: „wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również

wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zadanie lub zadania obejmujące eksploatację iluminacji obiektów budowlanych, w tym na wieżach i/lub dachach i/lub elewacjach i/lub konstrukcjach mostowych, w ilości co najmniej 1000 sztuk opraw (reflektorów, naświetlaczy) przez okres co najmniej 6 kolejnych miesięcy". Wykonawca J. przedstawił 4 referencje, z których 2 zostały odrzucone, a 2 uznane przez Zamawiającego na skutek wezwania z dnia 18.01.2022r., w którym Zamawiający przedstawił również definicję pojęcia „ILUMINACJA" wskazując, że oznacza ono: oświetlenie obiektów architektonicznych mających na celu uczynienie ich widocznych nocą, wyeksponowanie, tworzenie nastroju oraz pokazanie istotnych detali. Do iluminacji obiektów stosuje się specjalne oprawy oświetleniowe i źródła światła. Najczęściej stosowane są lampy metalohalogenkowe o różnych barwach a czasem lampy sodowe oraz diody LED. Niekiedy stosuje się dynamiczne iluminacje zmieniające barwę lub natężenie oświetlenia. W związku z wezwaniem z 18.01.2022r. wykonawca J. przedstawił 2 dodatkowe referencje, które uznał Zamawiający, a z których - według Odwołującego - żadna nie odpowiada warunkom stawianym przez Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że postępowanie dotyczy iluminacji obiektów na terenie całego Wrocławia, obejmując przy tym wiele obiektów zabytkowych.

W ocenie Odwołującego referencja wystawiona przez Creatius sp. z o.o. w żaden sposób nie precyzuje, że spełnione zostały wymogi opisane w SWZ, tzn. że dotyczy eksploatacji iluminacji obiektów budowalnych, a także, że przekracza 1000 sztuk opraw z zakresu iluminacji obiektów budowlanych czego wymagał Zamawiający. W referencji z 15.01.2022 r. wykazano tylko, że w ramach stałej iluminacji serwisowano kilkaset opraw oświetleniowych i naświetlaczy. W referencji wskazano usługi polegające na iluminacji między innymi logo uczelni, tablic pamięci, izby pamięci, ołtarza z kaplicy na terenie Uczelni, podświetlenie portretów Rektorów Uczelni, oświetlenie drzewa, iluminacji okazjonalnych. Wymienione wyżej usługi nie spełniają wymogów SWZ albowiem nie dotyczą iluminacji obiektów budowlanych. Oznacza to, że referencja przedstawiona przez wykonawcę J. nie spełnia wymogów Zamawiającego w zakresie eksploatacji 1000 sztuk opraw iluminacji obiektów budowlanych przez okres co najmniej 6 kolejnych miesięcy. Odwołujący zaznaczył, że podczas wizji lokalnej nie stwierdzono żadnych stałych opraw iluminacji na obiektach opisanych w referencji, jedynie stwierdzono niewielkie dekoracje świąteczne. Zatem obiekt nie jest iluminowany z uwagi na brak opraw iluminacji. Na terenie Uczelni stwierdzono wyłącznie oświetlenie zewnętrzne. (Dowód: Notatka służbowa wraz z dokumentacją zdjęciową nr 1).

Odnośnie referencji wystawionej przez Zintegrowane Systemy Techniczne Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie Odwołujący stwierdził, że na obiekcie nie ma 1000 sztuk opraw iluminacji obiektu budowlanego. Na obiekcie „Marynarska Business Park" jest znacznie mniej opraw iluminacji niż 1000, tj. 410. Skoro przeprowadzona wizja lokalna determinuje twierdzenie, że na obiekcie nie ma opraw iluminacji obiektów budowlanych w liczbie 1000, to referencja nie może się ostać w obrocie i stanowić podstawę uzyskania zamówienia publicznego. Ponadto referencja wskazuje usługi w zakresie iluminacji ponad 1000 sztuk opraw w tym: drzew na terenie obiektu, oświetlenie iluminacji przy użyciu dodatkowych, okazjonalnych dekoracji, oświetlenie pylonów reklamowych i informacyjnych na terenie kompleksu, które nie stanowią iluminacji obiektów budowlanych. W tym obiekcie, w porze wieczorowo - nocnej, iluminacja nie działała - obiekt nie był iluminowany - załączone są jedynie oprawy oświetlenia zewnętrznego zamontowane na słupach oświetleniowych, słupkach (ok. 1 metr) przy chodnikach oraz oświetlenie wjazdu do garaży. Tym samym zdaniem Odwołującego wykonawca J. wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na podejmowanie decyzji. (Dowód: Notatka służbowa wraz z dokumentacją zdjęciową nr 2 i 3).

Odwołujący stwierdził również, że referencja wystawiona przez Zintegrowane Systemy Techniczne nie odpowiada 6 miesięcznemu terminowi eksploatacji iluminacji obiektów budowlanych, jaki zakreślił Zamawiający. W rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415) - dalej r.p.ś.d., w § 9, ustawodawca określił, w jaki sposób należy liczyć okres, z jakiego mają pochodzić wykazane w wykazie usługi, dostawy oraz roboty budowlane. Zgodnie z tym przepisem okresy wyrażone w latach lub miesiącach, o których mowa w § 9 ust. 1 pkt 1 r.p.ś.d. (wykaz wykonanych robót budowalnych), pkt 2 (wykaz wykonanych lub wykonywanych usług lub dostaw) i pkt 9 (oświadczenia na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy oraz liczebności kadry kierowniczej), liczy się wstecz od dnia: w którym upływa termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Powyższe oznacza, że sformułowanie przez „okres co najmniej 6 kolejnych miesięcy" należy analogicznie liczyć wstecz od dnia składania ofert, jeżeli mamy do czynienia z usługami, które nie zostały zakończone. Jeżeli umowa (która jest podstawą referencji) ciągle trwa to w celu wykazania doświadczenia w tym zakresie Wykonawca powinien spełniać warunek 6 miesięcy do dnia składania ofert. Jeżeli po tym terminie spełniony zostanie ten warunek (dopiero po wezwaniu zamawiającego zostanie spełniony warunek „co najmniej 6 kolejnych miesięcy") to na dzień składania ofert Wykonawca składa nieprawdziwe oświadczenie woli i nie ma znaczenia, że dokument jest aktualny na dzień złożenia (art. 126 ust. 2 Pzp). Referencja przedstawiona przez wykonawcę J. wskazuje termin umowny rozpoczęcia - zakończenia w dacie 01.07.2021r. do 01.01.2022r. co oznacza, że do terminu składania ofert wykonawca J. nie wypełnia warunku 6 kolejnych miesięcy albowiem termin składania ofert to 28.12.2021 r. Tym samym wykonawca J. wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu co mogło mieć istotny wpływ na podejmowanie decyzji. Nie zostało udowodnione, że wykonawca J. dysponuje doświadczeniem pozwalającym na wykonanie usług w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie 3.643 opraw iluminacji (załączniku nr 1 do SWZ). Wykonawca przedstawił referencje dotyczące obiektów, które bądź nie mają w ogóle zamontowanych opraw iluminacji obiektów budowlanych bądź w niewielkiej ilości, nie spełniając przy tym terminów wymaganych przez Zamawiającego.

Następnie Odwołujący podał, że 21.12.2021 r. Zamawiający zmienił rozdział IV ust. 1)

pkt 3) lit a) SWZ w następujący sposób: Było pierwotnie: Wykonawca spełni powyższy warunek, jeżeli wykaże, że: a) „wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zadanie lub zadania obejmujące eksploatację iluminacji obiektów budowlanych, w tym na wieżach i/lub dachach i/lub elewacjach i/lub konstrukcjach mostowych, w ilości co najmniej 2000 sztuk opraw (reflektorów, naświetlaczy) przez okres co najmniej 12 kolejnych miesięcy". Zostało to

zmienione na: a)

„wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zadanie lub zadania obejmujące eksploatację iluminacji obiektów budowlanych, w tym na wieżach i/lub dachach i/lub elewacjach i/lub konstrukcjach mostowych, w ilości co najmniej 1000 sztuk opraw (reflektorów, naświetlaczy) przez okres co najmniej 6 kolejnych miesięcy". Z wnioskiem o wyżej opisaną zmianę nie wystąpił Odwołujący (w postępowaniu o udzielenie zamówienia były 2 ważne oferty: Odwołującego i wykonawcy J., trzecia oferta była nieważna), a Zamawiający uwzględnił wniosek Wykonawcy, mimo że postępowanie ma trwać 3 lata i obejmować kilka tysięcy punktów (3.643 opraw iluminacji). Zdaniem Odwołującego pierwotny warunek odpowiadał przedmiotowi zamówienia oraz doświadczeniu, które powinien posiadać wykonawca. Doświadczenie jakiego zażądał Zamawiający po zmianie stanowi mniej niż 1/3 prac jakie ma wykonać w niniejszym postępowaniu, co w żaden sposób nie odpowiada posiadaniu odpowiedniego doświadczenia. Takie działanie wskazuje na nierówne traktowanie wykonawców albowiem dokumentację przetargową zmienia się najprawdopodobniej na wniosek Wykonawcy, który jak się okazuje nie ma referencji co do pierwotnych wymogów Zamawiającego. Jest to zdaniem Odwołującego oczywistym naruszeniem art. 16 Pzp i jako takie nie może ostać się w obrocie prawnym. Nadto Zamawiający przedłużył na wniosek wykonawcy J. termin na złożenie referencji, mimo że w świetle Pzp Wykonawca powinien być przygotowany do złożenia referencji już na etapie składania oferty. Z komentarza: Zasada równego traktowania wymaga od zamawiającego traktowania wszystkich wykonawców, którzy znajdują się w tej samej sytuacji, w identyczny sposób, co przejawia się w obowiązku wyznaczania takich samych terminów na wykonanie poszczególnych czynności, informowanie ich o podjętych przez zamawiającego czynnościach w tym samym czasie. Zamawiający powinien jednakowo traktować wszystkich wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania środków dyskryminujących wykonawców i powinien stosować jedną miarę do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, co nie oznacza obowiązku jednakowej oceny wykonawców, jednakże zasady obowiązujące w ramach badania i oceny wykonawców muszą być takie same. Gawrońska-Baran Andrzela i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany Opublikowano: LEX/el. 2021. Według Odwołującego w postępowaniu zaistniała sytuacją, w której Zamawiający zmienił warunki przetargu w sposób nie odpowiadający przedmiotowi zamówienia, działając w ten sposób na korzyść określonych wykonawców, co jest oczywistym naruszeniem art. 16 Pzp.

Do odwołania zostały załączone: Notatka służbowa wraz z dokumentacją zdjęciową nr 1, Notatka służbowa wraz z dokumentacją zdjęciową nr 2 i 3.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał m.in., że treść referencji nie musi zawierać dokładnych ilości wskazanych w SWZ, a oświadczenie wykonawcy J. w chwili dokonywania oceny ofert nie budziło jego wątpliwości. Po otrzymaniu jednak odwołania Zamawiający zwrócił się do Uczelni Łazarskiego z pytaniem, na które otrzymał potwierdzenie, że okresie kolejnych 6 miesięcy eksploatowane były oprawy w ilości nie mniejszej niż 1000 sztuk. (Dowód: korespondencja mailowa z 23 i 24.02.2022 r.). Zamawiający wskazał także, że zgodnie z art. 3 pkt 1 i 4 Prawa budowlanego za obiekty budowlane uważa się również budowle, bądź obiekty małej architektury. Budowlą są m.in. wolnostojące trwale związane z gruntem tablice reklamowe i urządzenia reklamowe, natomiast za obiekty małej architektury uważa się w szczególności: a) niewielkie obiekty kultu religijnego, jak kapliczki, krzyże przydrożne, figury, b) posagi, wodotryski i inne obiekty architektury ogrodowej, c) obiekty użytkowe służące rekreacji codziennej i utrzymaniu porządku, jak piaskownice, huśtawki, drabinki, śmietniki. Stąd wskazane w referencjach elementy iluminacji elementów architektonicznych i designerskie oraz naświetlacze spełniają wymogi dotyczące iluminacji obiektów budowlanych.

Zamawiający zaznaczył, że biorąc pod uwagę, że w ramach warunku wskazał realizację zadania lub zadań obejmujących eksploatację iluminacji obiektów budowlanych, połączenie zadań wskazanych przez wykonawcę J. wskazuje na spełnienie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. W związku z tym w ocenie Zamawiającego zarzuty odwołania są niezasadne. Ostatni z zarzutów jest natomiast spóźniony. Nadto zmiana warunku nastąpiła na skutek pytania zadanego przez inny podmiot, niż wskazywany

przez Odwołującego, o obniżenie wymagań wynikało z woli stworzenia możliwości udziału w postępowaniu większej liczbie podmiotów.

Do pisma zostały załączone: korespondencja mailowa z Uczelnią Łazarskiego z 23 i

24 lutego 2022 r., mail i pismo z 8 grudnia 2021 r. skierowane do Zamawiającego w przedmiocie treści warunku udziału w postępowaniu, wniosek Przystępującego z 18 stycznia 2022 r. o zmianę terminu na złożenie wyjaśnień wraz z załącznikami.

Wykonawca J. Electric Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej również: „Przystępujący"), wypełniając wymogi ustawowe, skutecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się jego uczestnikiem.

W pisemnym stanowisku Przystępujący podał m.in., że już pierwotnie wskazane przez niego usługi spełniały i spełniają nadal warunek udziału w postępowaniu określony w SWZ. Przedstawiona przez Zamawiającego dopiero w treści wezwania z 18 stycznia 2022 r. interpretacja pojęcia „iluminacja" nie może stanowić podstawy oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym bardziej, że definicja ta odbiega od zawartej w Słowniku Języka Polskiego, zgodnie z którym pojęcie to jest rozumiane jako: 1. oświetlenie; 2. ozdoba rysunkowa książki niezwiązana tematycznie z treścią utworu; 3. wykonana ręcznie artystyczna iluminacja tekstu rękopiśmiennego; 4. uświadomienie sobie czegoś; olśnienie; 5. w filozofii, religii: oświecenie umysłu przez Boga. Przystępujący stwierdził, że w związku z powyższym rozumiał ten termin jako oświetlenie, do czego był uprawniony. Niezależnie od tego, z ostrożności, na wezwanie Zamawiającego przedłożył wykaz usług uzupełniony o dwie kolejne usługi, tj. zrealizowane na rzecz Creatius Sp. z o.o. (finalny odbiorca Uczelnia Łazarskiego) oraz Zintegrowane Systemy Techniczne (usługa zrealizowana dla Marynarska Business Park), odpowiadające warunkowi udziału w postępowaniu określonemu w SWZ. Do wykazu zostały dołączone dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług.

Do pisma Przystępujący załączył referencje wystawione przez Uczelnię Łazarskiego, plik zdjęć kompleksu Marynarska Business Park zawierających iluminację budynków, oraz mapę kompleksu przedstawione na stronie internetowej, jak też z wizji lokalnej

przeprowadzonej 22.02.2022 r.

Na rozprawie Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz złożone w sprawie dowody, w tym załączone do złożonych ww. pism Stron i Przystępującego oraz złożone na rozprawie przez Odwołującego w postaci: notatki służbowej z 2 marca 2022 r. wraz ze zdjęciami z wizji lokalnej obiektów Uczelni Łazarskiego, pisma z 18 lutego 2022 r. skierowanego przez Odwołującego do Prezesa Zarządu Zintegrowanych Systemów Technicznych sp. z o.o. wraz z załącznikiem i odpowiedzi Prezesa Zarządu Zintegrowanych Systemów Technicznych sp. z o.o. z 2 marca 2022 r.

Izba nie uwzględniła zgłoszonego na rozprawie wniosku Odwołującego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego w zakresie referencji dot. Uczelni Łazarskiego, zgodnie z którym- dowód ten miałby być przeprowadzony na okoliczność: 1) czy na obiekcie znajdują się oprawy iluminacji obiektów budowlanych i w jakiej ilości; 2) czy oprawy wymienione w referencji są oprawami iluminacji obiektów budowlanych czy jednak oprawami oświetlenia wewnętrznego i zewnętrznego, niesłużącymi iluminacji w korelacji z przedmiotem zamówienia obecnego postępowania.

W ocenie Izby wniosek ten został zgłoszony dla zwłoki. Zgodnie z wnioskiem biegły (dziedzina którego nie została określona przez Odwołującego) miałby się wypowiadać o okolicznościach faktycznych niewymagających wiadomości specjalnych, oraz dokonywać ustaleń niezwiązanych z literalną treścią warunku udziału w postępowaniu określonego w SWZ, a zatem jest nieprzydatny dla rozpatrzenia odwołania. W ocenie Izby dowody na okoliczności faktyczne związane z zarzutami odwołania mogą i powinny być przedłożone przez Strony postępowania i Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie odwołanie,
uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został

wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to nie wybrałby oferty wykonawcy J., a po jej odrzuceniu i uwzględnieniu żądań Odwołującego, to oferta Odwołującego zdobyłaby największą ilość punktów, a więc byłaby najkorzystniejszą w postępowaniu. Poprzez zaniechanie tych czynności Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem przedmiotowego zamówienia. W tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania miałby szansę uzyskać zamówienie i osiągnąć korzyści z tym związane.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Pismem z 21.12.2021r. Zamawiający w odpowiedzi na pytania wykonawcy podał m.in. Odpowiedź nr 2: Zamawiający, zgodnie z art. 137 ust. 1 ustawy Pzp, zmienia treść Specyfikacji Warunków Zamówienia i jednocześnie anuluje Odpowiedź nr 1 udzieloną pismem nr TXU.71.117.104859.105501.2021.MK w dniu 01.12.2021r.

Zmianie podlega zapis w SWZ rozdz. IV ust. 1 pkt 3) lit. a), który otrzymuje brzmienie:

Wykonawca spełni powyższy warunek, jeżeli wykaże, że:

„a) wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zadanie lub zadania obejmujące eksploatację iluminacji obiektów budowlanych, w tym na wieżach i/lub dachach i/lub elewacjach i/lub konstrukcjach mostowych, w ilości łącznie nie mniej niż 1000 sztuk opraw (reflektorów, naświetlaczy) przez okres co najmniej 6 kolejnych miesięcy;". (...) Niniejsze pismo stanowi integralną cześć SWZ.

Przystępujący złożył wykaz usług zawierający dwie usługi oraz referencje, które Zamawiający uznał za niepotwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Pismem z 18.01.2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę J. do uzupełnienia dokumentów dotyczących potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu tj. wykazu wykonanych usług, stwierdzając: „Przedłożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż wskazane przez Państwo zamówienie t.j.: „Utrzymanie elektroenergetyki nietrakcyjnej 2018-2021" zrealizowane dla PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrala Biuro Energetyki Wydział organizacji utrzymania infrastruktury energetycznej ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, obejmowało swoim zakresem oświetlenie zewnętrzne peronów i przejazdów oraz oświetlenie wewnętrzne, a nie obejmowało eksploatacji iluminacji obiektów budowlanych, w tym na wieżach i/lub dachach i/lub elewacjach i/lub konstrukcjach mostowych”.

Zamawiający określając warunek miał na celu wyłonienie wykonawcy, który posiada doświadczenie w eksploatacji iluminacji zakładając jej specyfikę m.in.: różnorodność opraw (naświetlaczy, reflektorów itp.), różnorodność źródeł światła, doświadczenie w barwach światła i montażu reflektorów, ponieważ iluminacja we Wrocławiu obejmuje obiekty począwszy od obiektów zabytkowych (Ostrów Tumski), przez iluminację wież, budynków kościołów, a skończywszy na iluminacji drzew.

Pojęcie „ILUMINACJA” oznacza oświetlenie obiektów architektonicznych, mających na celu uczynienie ich widocznych nocą, wyeksponowanie, tworzenie nastroju oraz pokazanie istotnych detali. Do iluminacji obiektów stosuje się specjalne oprawy oświetleniowe i źródła światła. Najczęściej stosowane są lampy metalohalogenkowe o różnych barwach a czasem również lampy sodowe oraz diody LED. Niekiedy stosuje się dynamiczne iluminacje zmieniające barwę lub natężenie oświetlenia.

Zgodnie z wymaganiami w SWZ rozdział IV ust. 1 pkt.) lit. a) „Wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykaże, że: a) wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, w

okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zadanie lub zadania obejmujące eksploatację iluminacji obiektów budowlanych, w tym na wieżach i/lub dachach i/lub elewacjach i/lub konstrukcjach mostowych, w ilości łącznie nie mniej niż 1000 sztuk opraw (reflektorów, naświetlaczy) przez okres co najmniej 6 kolejnych miesięcy".

W związku z powyższym Zamawiający wzywa do wskazania nowego (innego) lub nowych (innych) zadań potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu wraz z 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; 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.

Dokumenty należy przesłać do Zamawiającego na adres email: w terminie do dnia 20.01.2022 r.

W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca J. złożył nowy wykaz usług zawierający dodatkowo 2 zadania z opisem:

1) Kompleksowe usługi elektryczne w obiekcie MBM w ilości nie mniejszej niż 1000 szt. w okresie 01.07.2021 do 01.01.2022, podmiot udzielający zamówienia - Zintegrowane Systemy Techniczne Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ze wskazaniem, że szczegółowy zakres prac obejmował: „Prowadzenie czynności eksploatacyjnych urządzeń iluminacji obiektów budowlanych w celu utrzymania ich w należytym stanie technicznym polegającego na świadczeniu usług dotyczących eksploatacji oświetlenia iluminacji budynków w zakresie oświetlenia elewacji budynków oraz obiektów architektonicznych kompleksu budynków MBP w Warszawie";

2) Kompleksowe świadczenie usług serwisowych i konserwacyjnych 2019 - 2021 w ilości nie mniejszej niż 2000 szt. w okresie 01.01.2019 do 31.12.2021, podmiot udzielający zamówienia - Creatius Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ze wskazaniem, że szczegółowy zakres prac obejmował: „Prowadzenie czynności eksploatacyjnych urządzeń iluminacji obiektów budowlanych w celu utrzymania ich w należytym stanie technicznym polegających na świadczeniu usług serwisowych, konserwacji i inwestycje w zakresie instalacji elektrycznych, teletechnicznych i oświetleniowych w tym iluminacji elementów elewacji z logo Uczelni, tablic pamięci, Izby Pamięci, ołtarza w kaplicy na terenie Uczelni Łazarskiego."

Do wykazu zostały załączone referencje potwierdzające należyte wykonanie usług.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty w granicach których, stosownie do art. 555 Pzp, Izba orzeka.

Ad zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp w związku z art. 226 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy J., pomimo, że jej treść nie odpowiada SWZ

Zgodnie z art. 16 pkt 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia

Na wstępie zauważenia wymaga, że warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 29 Pzp, zgodnie z którą przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia,

wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Chodzi zatem o wymagania, w tym co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, które są istotne dla wykonania zamówienia w stopniu zaspokajającym opisane przez zamawiającego oczekiwania, o merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia. Z tych względów dla zastosowania tego przepisu powinno być możliwe wykazanie, jaki element oferty jest niezgodny z opisanymi przez zamawiającego wymaganiami i na czym ta niezgodność polega.

Odwołujący nie wykazał na czym jego zdaniem polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia określonymi w SWZ, tj. w jakim aspekcie oferta ta merytorycznie nie odpowiada wymogom postawionym w SWZ, np. w zakresie przedmiotu, zakresu czy sposobu realizacji zamówienia. Z uzasadnienia odwołania wynika, że Odwołujący kwestionuje wykazanie przez Przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia określonego w rozdziale IV ust. 1 pkt 3 lit a. Nie dotyczy to jednak warunków zamówienia, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, lecz warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, a zatem innej oceny dokonywanej przez Zamawiającego, tj. oceny podmiotowej wykonawcy, jego zdolności do występowania w tym postępowaniu.

W związku z tym zarzut ten należy uznać za nieuzasadniony.

Ad zarzuty naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy J. z postępowania, pomimo przedłożenia przez tego wykonawcę w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, bądź w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji, które wprowadziły Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie referencji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego w postępowaniu.

Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp:

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 109 ust. 2 Pzp: Jeżeli Zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Przepisy powyższe przewidują fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, co oznacza, że Odwołujący, stawiając zarzuty naruszenia przez Zamawiającego tych przepisów, w pierwszej kolejności powinien wykazać, że Zamawiający przewidział powyższe podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania. Tymczasem Odwołujący nie podniósł i nie wykazał, że Zamawiający przewidział ww. fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania. Dokonana przez Izbę analiza przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania, w szczególności treści SWZ i ogłoszenia wskazuje, że Zamawiający nie przewidział ww. przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania. Brak przewidzenia przez Zamawiającego takich przesłanek powoduje, iż Zamawiający nie mógłby dokonać wykluczenia wykonawcy na ich podstawie, a w konsekwencji Odwołujący nie można skutecznie czynić Zamawiającemu zarzutu zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania na ich podstawie.

Zarzuty nie zasługują zatem na uwzględnienie.

Niezależnie od powyższego, zważywszy na dalsze zarzuty odwołania, zauważenia wymaga, że Odwołujący nie wykazał, aby Przystępujący przedstawił nieprawdziwe

informacje dotyczące spełniania przez niego warunku udziału w postępowaniu.

Ad zarzuty naruszenia art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, b i c Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę J. jako najkorzystniejszej pomimo, że oferta ta podlega odrzuceniu

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, b i c Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę: a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Odwołujący powołuje się na przedstawioną przez Zamawiającego w piśmie z 18 stycznia 2022 r., a więc już po otwarciu ofert, definicję pojęcia „iluminacja" i kwestionuje przedłożone przez Przystępującego dodatkowe referencje wystawione przez Creatius sp. z o.o. oraz przez Zintegrowane Systemy Techniczne sp. z o.o., stwierdzając, że żadna z nich nie odpowiada warunkom stawianym przez Zamawiającego, podkreślając przy tym, że postępowanie dotyczy iluminacji obiektów na terenie całego Wrocławia, w tym wielu obiektów zabytkowych.

W związku z tym na wstępie zaznaczenia wymaga, że zarówno Zamawiający i Wykonawcy są związani treścią SWZ, w tym treścią określonego w SWZ warunku udziału w postępowaniu, który należy interpretować ściśle. Nie jest możliwe dokonywanie zmian w tym dokumencie po terminie składania ofert, jak też rozszerzająco traktować opis warunku udziału w postępowaniu poprzez opis przedmiotu zamówienia w danym postępowaniu, gdy sposób określenia przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, jak to ma miejsce w analizowanym postępowaniu, do tego nie upoważnia. Zauważenia również wymaga, że zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem w przypadku ewentualnych niejasności SWZ, uzasadnione wątpliwości w zakresie jej interpretacji nie mogą być rozstrzygane na niekorzyść wykonawcy.

Następnie wskazania wymaga, że Odwołujący nie kwestionuje wykazu usług, złożonego przez Przystępującego, lecz koncentruje uwagę na treści referencji załączonych do tego wykazu, przy czym nie neguje, iż potwierdzają one należyte wykonanie zamówienia, lecz zarzuca, że np. referencja wystawiona przez Creatius sp. z o.o. (dotycząca obiektów Uczelni Łazarskiego) w żaden sposób nie precyzuje, że spełnione zostały wymogi opisane w SWZ, zaś referencja wystawiona przez Zintegrowane Systemy Techniczne sp. z o.o. (dotycząca obiektów Marynarska Business Park) nie odpowiada 6 miesięcznemu terminowi eksploatacji iluminacji obiektów budowlanych, nadto z przeprowadzonej przez niego wizji lokalnej wynika, że na obiekcie nie ma 1000 szt. opraw iluminacji obiektu budowlanego, a w danej dacie (po terminie składania ofert) w porze wieczorowo-nocnej obiekt nie był iluminowany. Tymczasem to, że w określonej dacie (po terminie składania ofert) dany obiekt nie był iluminowany, nie oznacza, że w okresie referencyjnym wymagane w warunku udziału w postępowaniu usługi nie były wykonywane przez Przystępującego.

Wykaz wykonanych usług, stanowiący oświadczenie własne wykonawcy, ma decydujące znaczenie dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Wystawca referencji nie ma bowiem obowiązku każdorazowego nawiązywania w treści dokumentu do warunków udziału w postępowaniach, stawianych przez różnych zamawiających, lecz winien przedstawić ocenę realizacji przez dany podmiot usług na jego rzecz. Rolą referencji wystawianych przez podmiot trzeci jest potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Kwestionowane przez Odwołującego referencje stanowią takir potwierdzenie.

Zaznaczenia również wymaga, że przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu wskazuje na możliwość wykazania się przez wykonawców wykonaniem wymaganych usług nie tylko na jednym zadaniu, lecz dopuszcza wykazanie się wykonaniem lub wykonywaniem więcej niż jednego zadania, które by obejmowało wskazaną w warunku usługę eksploatacji, w tym co do liczby opraw oraz czasu świadczenia. Na potrzeby wykazania się przez wykonawcę wymaganym doświadczeniem, wbrew stanowisku Odwołującego, możliwe jest zatem zsumowanie wielkości przedstawionych w ramach poszczególnych referencyjnych zadań.

W ocenie Izby Odwołujący, chociaż to na nim spoczywał ciężar dowodu, nie wykazał, że oceniane łącznie wykonane przez Przystępującego referencyjne usługi, nie pozwalały na przyjęcie przez Zamawiającego, iż wykonawca ten spełnia przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu, nie wykazał, że przy wykazywaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu ww. wykonawca złożył nieprawdziwe oświadczenia.

W sprawie nie jest sporne, że SWZ nie zawiera definicji „iluminacja". Zgodzić się zatem należy z Przystępującym, że termin ten może być rozumiany zgodnie z definicją zawartą w Słowniku Języka Polskiego, zgodnie z którą przez iluminację należy rozumieć m.in. oświetlenie sztucznym światłem. Natomiast definicja zawężająca sposób rozumienia tego terminu, przedstawiona przez Zamawiającego w piśmie z 18 stycznia 2022 r., jako wprowadzona już po terminie składania ofert, nie może być uznana za wiążącą w analizowanym postępowaniu. Wbrew sugestiom Odwołującego, na obecnym etapie postępowania, tj. po otwarciu ofert, nie ma znaczenia czy bardziej koresponduje ona w opisem przedmiotu zamówienia analizowanego postępowania, zważywszy na jego zakres. Wiążący jest bowiem opis warunku udziału w postępowaniu zawarty w SWZ, w brzmieniu sprzed terminu składania ofert. Ewentualne kwestionowanie określenia tego warunku mogło być dokonane w terminie ustawowym, liczonym od opublikowania ostatecznej treści SWZ w tym zakresie. Po bezskutecznym upływie tego terminu zmiany w tym zakresie są niedopuszczalne. W konsekwencji, zważywszy na sposób określenia analizowanego warunku udziału w postępowaniu, pojawiającą się w kilku miejscach odwołania argumentację, dotyczącą brzmienia warunku udziału w postępowaniu w zestawieniu z opisem przedmiotu zamówienia w analizowanym postępowaniu, należy uznać za chybioną. Jak wyżej zaznaczono określenie warunku udziału w postępowaniu należy interpretować ściśle.

SWZ nie precyzuje także czy objęte eksploatacją oprawy mają być zamontowane na zewnątrz czy wewnątrz obiektu budowlanego. Jest w niej jedynie wskazanie, że ma to być eksploatacja iluminacji obiektów budowlanych i jako przykład znajduje się określenie, że może to być na wieżach, dachach lub elewacjach, konstrukcjach mostowych, oraz wymóg, aby usługa dotyczyła łącznie nie mniej niż 1000 sztuk opraw (reflektorów, naświetlaczy).

Zgodzić się zatem należy z Przystępującym, że w sytuacji, gdy oprawy służące do iluminacji obiektów budowlanych są zamontowane wewnątrz obiektu, tj. w nadprożach okiennych i co potwierdzają złożone przez niego zdjęcia ze strony internetowej Kompleksu Marynarska Business Park, w tym budynków A, B, C, D i łączników, to należy uznać, że odpowiada to określonemu w SWZ warunkowi udziału w postępowaniu.

Nadto zauważenia wymaga, że z dowodów przedłożonych przez Przystępującego wynika, że chodzi o kompleks kilku budynków wraz z łącznikami pomiędzy nimi, również podświetlonymi, gdzie w odniesieniu do najmniejszego z budynków liczba opraw przeznaczonych do jego iluminacji wynosi 450. Odwołujący natomiast, używając liczby pojedynczej w odniesieniu do obiektu wskazuje na liczbę 410 opraw. Jak zauważył w swoim piśmie Przystępujący, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, każdy z tych wykonawców podawaną przez siebie liczbę odnosił do innych opraw. Pokazuje to, że zsumowanie tych liczb w odniesieniu do jednego obiektu budowlanego daje liczbę zbliżoną do 1000. Skoro budynków jest więcej i w każdym są oprawy, na jakie wskazuje Przystępujący, i co wykazuje załączonymi do pisma zdjęciami, to pokazuje, że łączna ich liczba przekracza wymaganą w SWZ wielkość.

Również podniesioną na rozprawie argumentację Odwołującego dotyczącą braku referencji wystawionych przez Zintegrowane Systemy Techniczne sp. z o.o. z uwagi na to, że jak wynika ze złożonego przez Odwołującego oświadczenia Prezesa Zarządu tej spółki z 2 marca 2022 r., osoba która je podpisała tj. p. ŁS - Kierownik Techniczny Obiektu, wystawił je bez zgody i wiedzy Zarządu, należy uznać za nietrafioną. Oświadczenie dotyczące należytego wykonania usług jest oświadczeniem wiedzy, a nie oświadczeniem woli, a osobę zajmującą stanowisko Kierownika Technicznego Obiektu należy uznać, za mającą wiedzę w zakresie opraw iluminacji obiektu i usług ich dotyczących, a zatem za osobę kompetentną do wystawienia referencji. Prezes Zarządu w swoim oświadczeniu nie stwierdził, że ww. osoba nie jest zatrudniana przez spółkę. Przeciwnie, z pisma wynika, że osoba pełni ww. funkcję. W związku z tym stwierdzenie, iż referencje wystawione zostały bez wiedzy i zgody Prezesa Zarządu, bez jednoczesnego stwierdzenia, że zawarte w nich informacje nie odpowiadają rzeczywistości, wbrew stanowisku Odwołującego, nie tylko nie oznacza, że takich referencji nie ma, ale też nie oznacza, że nie mogą one służyć celowi, dla którego zostały wystawione, tj. stwierdzeniu należytego wykonania usług. Zauważenia przy tym wymaga, że z przedmiotowych referencji wynika, że Przystępujący od ponad 3 lat wykonuje usługi w branży elektrycznej Marynarska Business Park przy ul. Taśmowej 7A, 7B, 7C i 7D w Warszawie, że posiada wieloletnie doświadczenie oraz kadrę posiadającą stosowne doświadczenie w eksploatacji oświetlenia iluminacji eksponującego m.in. detale elewacji, elementy małej architektury, czemu w postępowaniu nie przedstawiono przeciwdowodów.

Z kolei w referencjach wystawionych przez Creatius sp. z o.o. zostało stwierdzone należyte wykonanie usług serwisowych, konserwacyjnych i inwestycyjnych w zakresie

instalacji elektrycznych, teletechnicznych i oświetleniowych w tym m.in. iluminacji elementów elewacji z logo Uczelni, tablic pamięci, Izby Pamięci. Łącznie w ramach iluminacji stałej usługi dotyczyły kilkuset opraw oświetleniowych i naświetlaczy, a w cyklicznych i okazjonalnych po kilka tysięcy źródeł światła. Świadczenie usług dotyczy kompleksu budynków użyteczności publicznej o łącznej powierzchni ponad 10 000 m2. Nadto, jak wykazał Zamawiający przedkładając korespondencję mailową z Uczelnią Łazarskiego w okresie kolejnych 6 miesięcy usługi dotyczyły eksploatacji opraw w liczbie nie mniejszej niż 1000 szt.

W odniesieniu do tego zadania za nietrafioną należy uznać również argumentację Odwołującego dotyczącą braku iluminacji obiektów budowlanych. Odwołujący pomija bowiem, że w warunku nie jest mowa o budynkach, lecz o obiektach budowlanych. Wobec braku odrębnej definicji obiektu budowlanego na użytek analizowanego postępowania, za zasadne należy zatem uznać stanowisko Zamawiającego, że zastosowanie znajduje definicja zawarta w ustawie Prawo budowlane. Zgodnie z art. 3 pkt 1, 2, 3 i 4 tej ustawy Ilekroć w ustawie jest mowa o:

1) obiekcie budowlanym - należy przez to rozumieć budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych;

2) budynku - należy przez to rozumieć taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach;

3) budowli - należy przez to rozumieć każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury, jak: obiekty liniowe, lotniska, mosty, wiadukty, estakady, tunele, przepusty, sieci techniczne, wolno stojące maszty antenowe, wolno stojące trwale związane z gruntem tablice reklamowe i urządzenia reklamowe, budowle ziemne, obronne (fortyfikacje), ochronne, hydrotechniczne, zbiorniki, wolno stojące instalacje przemysłowe lub urządzenia techniczne, oczyszczalnie ścieków, składowiska odpadów, stacje uzdatniania wody, konstrukcje oporowe, nadziemne i podziemne przejścia dla pieszych, sieci uzbrojenia terenu, budowle sportowe, cmentarze, pomniki, a także części budowlane urządzeń technicznych (kotłów, pieców przemysłowych, elektrowni jądrowych, elektrowni wiatrowych, morskich turbin wiatrowych i innych urządzeń) oraz fundamenty pod maszyny i urządzenia, jako odrębne pod względem technicznym części przedmiotów składających się na całość użytkową;

4) obiekcie małej architektury - należy przez to rozumieć niewielkie obiekty, a w szczególności:

a) kultu religijnego, jak: kapliczki, krzyże przydrożne, figury,

b) posągi, wodotryski i inne obiekty architektury ogrodowej,

c) użytkowe służące rekreacji codziennej i utrzymaniu porządku, jak: piaskownice, huśtawki, drabinki, śmietniki;

W ocenie Izby Zamawiający słusznie uznał za potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, także usługi dotyczące opraw iluminacji obiektów małej architektury i oceniając łącznie referencyjne zadania uznał, że Przystępujący wykazał spełnianie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający zasadnie ocenił, iż złożony przez Przystępującego wykaz usług wraz z referencjami potwierdza spełnianie przez tego wykonawcę ww. warunku udziału w postępowaniu.

Jak wyżej wskazano nie zostało wykazane, aby wykonawca J. nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, jak też, aby podlegał wykluczeniu. W konsekwencji nie zostało wykazane, aby z tych względów oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, b Pzp.

Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił na czym miałoby polegać naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp. Nie jest zatem wiadomo w czym upatruje naruszenia tego przepisu.

Z tych względów zarzuty te należy uznać za nieuzasadnione.

Ad zarzut naruszenia art.16 pkt 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji poprzez zmianę warunków udziału w postepowaniu, przedłużanie terminów a następnie wybór podmiotu, który o taką zmianę wystąpił

W odniesieniu do tego zarzutu wskazania w szczególności wymaga, iż jest on spóźniony.

Termin na wniesienie odwołania w zakresie wprowadzonych przez Zamawiającego zmian omawianego warunku udziału w postępowaniu rozpoczął swój bieg od powzięcia przez Odwołującego informacji o tej zmianie, co miało miejsce przed terminem składania ofert, a zatem termin na kwestionowanie wprowadzenia tej zmiany upłynął bezskutecznie. Nadto, jak wykazał Zamawiający składając korespondencje w tym zakresie, wbrew twierdzeniom Odwołującego, to nie Przystępujący wystąpił o zmianę omawianego warunku udziału w postępowaniu. Zauważenia przy tym wymaga, że zmiana ta polegała na złagodzeniu wymagań, celem rozszerzenia konkurencji w postępowaniu.

Jeśli chodzi o kolejny aspekt, zauważenia dodatkowo wymaga, że jak wykazał Zamawiający, przedłużanie terminu na złożenie referencji przez wykonawcę J. było uzasadnione okolicznościami leżącymi po stronie podmiotu trzeciego, co zostało wykazane Zamawiającemu przez ww. wykonawcę i co uzasadniało uwzględnienie wniosku.

Powyższe wskazuje, że również ostatni z zarzutów odwołania nie kwalifikuje się do uwzględnienia.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie nie zostało stwierdzone zarzucane przez Odwołującego naruszenie przepisów Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W analizowanej Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący, który został obciążony kosztami postępowania, na które składał się uiszczony przez niego wpis od odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....