Sygn. akt KIO 2071/22

WYROK

z dnia 23 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 22 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego 8 sierpnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: Doradztwo i Usługi sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie [„Odwołujący”]

w postępowaniu pn. Zarządzanie projektem RPMP.04.01.01-12-1061/17 pn. Odnawialne

źródła energii dla mieszkańców gmin członkowskich klastra energii „Biała - Ropa"

(nr OA.271.66.2022)

prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Moszczenica [„Zamawiający”], również w imieniu i na rzecz zamawiających: Gmina Biecz, Gmina Bobowa, Gmina Gorlice,

Miasto Gorlice, Gmina Lipinki, Gmina Łużna, Gmina Ropa, Gmina Sękowa, Gmina

Uście Gorlickie [„Zamawiający” w lm.]

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w ten sposób, że nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtarzania czynności w prowadzonym postępowaniu - uwzględnienie przy ocenie spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 4 lit. a) Specyfikacji warunków zamówienia z 21 czerwca 2022 r., poz. 2. i 3. Wykazu wykonanych usług z 28 czerwca 2022 r. wraz z załączonymi do niego referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie tych usług oraz wyjaśnień wynikających z pisma Odwołującego z 14 lipca 2022 r.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i Zamawiających po połowie:

1) zalicza w poczet tych kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych

zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza solidarnie od Zamawiających na rzecz Odwołującego kwotę 3750 zł 00

gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) - odpowiadającą połowie kwoty uiszczonej tytułem wpisu,

3) znosi wzajemnie pomiędzy Odwołującym a Zamawiającymi uzasadnione koszty

poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocników.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

U z a s a d n i e n i e

Gmina Moszczenica {dalej: „Zamawiający}, działająca również w imieniu i na rzecz zamawiających: Gminy Biecz, Gminy Bobowa, Gminy Gorlice, Miasta Gorlice, Gminy Lipinki, Gmina Łużna, Gminy Ropa, Gminy Sękowa, Gminy Uście Gorlickie, prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) {dalej również: „ustawa pzp", „ustawa Pzp", „pzp" lub „Pzp"} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. Zarządzanie projektem RPMP.04.01.01-12-1061/17 pn. Odnawialne źródła energii dla mieszkańców gmin członkowskich klastra energii „Biała - Ropa" (nr OA.271.66.2022).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 21 czerwca 2022 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00217104.

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

1 sierpnia 2022 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu powyższego postępowania - wyborze jako najkorzystniejsze oferty złożonej przez Eurogrant sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie {dalej: „Eurogrant"}, a także o odrzuceniu oferty złożonej przez Doradztwo i Usługi sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

8 sierpnia 2022 r. Doradztwo i Usługi sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie {dalej: „DiU" lub „Odwołujący"} wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp [przy czym zarzut z pkt 2. poniżej ma charakter ewentualny w stosunku do zarzutu z pkt 1. poniżej, a zarzut z pkt 3. poniżej ma charakter ewentualny w stosunku do zarzutu z pkt 2. poniżej]:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 16 pkt 1-3 - przez odrzucenie oferty DiU , pomimo wykazania w zakreślonym terminie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, o którym mowa w rozdziale V pkt 4 lit. a) specyfikacji warunków zamówienia {dalej również: „SWZ"}, zdobytego w co najmniej trzech zrealizowanych usługach.

2. Art. 128 ust. 4 i 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 - przez niezażądanie od DiU wyjaśnień dotyczących podmiotowego środka dowodowego - wykazu usług oraz referencji, pomimo powzięcia wątpliwości co do informacji przekazanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowania w zakresie doświadczenia wykonawcy, o którym mowa w rozdziale V pkt 4 lit. a) SWZ.

3. Art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 - przez zaniechanie wezwania do złożenia dowodów potwierdzających rzetelność przedstawionych w wykazie usług informacji co do charakteru wykonanych usług referencyjnych.

4. Art. 127 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 - przez uznanie przekazanych w odpowiedzi na wezwanie z 13 lipca 2022 r. do uzupełnienia wykazu usług informacji odnoszących się do usługi z poz. 1 wykazu za niewskazujące dowodów spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, o którym mowa w rozdziale V pkt 4 lit. a) SWZ, w sytuacji gdy dowody należytego spełnienia świadczenia w ramach tamtego zamówienia znajdowały się w dyspozycji Zamawiającego na którego rzecz było realizowane to zamówienie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty DiU.

2. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

3. Powtórzenia badania i oceny ofert, w tym ewentualnie wezwania DiU do wyjaśnień lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{okoliczności faktyczne}

Zamawiający w rozdziale V pkt 4 lit. a) SWZ następująco określił warunek udziału w postępowaniu:

Wykonawca spełni przedmiotowy warunek, o ile złoży oświadczenie, że posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie zapewniające prawidłową realizację zamówienia oraz wykaże, że: w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał (zakończył) co najmniej 1 usługę z zakresu zarządzania projektem lub rozliczenia projektu z dofinansowaniem zewnętrznym.

Z kolei w rozdziale VII SWZ Zamawiający następująco opisał dokumenty zażądane na potwierdzenie spełniania powyższego warunku i procedurę ich złożenia:

3.1 Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż pięć (5) dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, tj.:

3.1.3 wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów w 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 albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWZ.

7 lipca 2022 r. Zamawiający wezwał DiU do złożenia, aktualnych na dzień złożenia, podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu usług wraz z dowodami określającymi, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W zakreślonym terminie DiU złożył m.in. tabelaryczny wykaz usług obejmujący cztery pozycje, które zostały w szczególności następująco opisane [poniżej w nawiasach zacytowano sposób wypełnienia kolumny nr 5 pn. „Charakterystyka zamówienia / Informacj e potwierdzające spełnianie warunku opisanego w rozdziale V pkt 4 SWZ"]:

1) poz. 1. - usługa na rzecz Gminy Moszczenica o wartości brutto 250 tys. zł [zakres obowiązków między innymi - koordynacja inwestycji, kontrola nad jakością oraz postępem robót/prac, nadzór nad dokumentacją, egzekwowanie zapisów umowy i monitoring realizacji umowy z wykonawcą, nadzór nad zachowaniem procedur unijnych, opracowanie projektów dokumentów przetargowych na wyłonienie wykonawcy inwestycji, rozliczanie inwestycji, przygotowywanie wniosków]

2) poz. 2. - usługa na rzecz Gminy Stoczek o wartości brutto 480 tys. zł [Gmina Stoczek 14.03.2018-10.09.2019 - „Proekologiczne inwestycje w OZE źródłem oszczędności mieszkańców Gmin Stoczek, Strachówka, Długosiodło i Jadów" - wartość projektu 13 962 000,00 zł, zakres obowiązków między innymi - koordynacja inwestycji, kontrola nad jakością oraz postępem robót/prac, nadzór nad dokumentacją, egzekwowanie zapisów umowy i monitoring realizacji umowy z wykonawcą, nadzór nad zachowaniem procedur unijnych, opracowanie projektów dokumentów przetargowych na wyłonienie

wykonawcy inwestycji, rozliczanie inwestycji, przygotowywanie wniosków]

3) poz. 3. - usługa na rzecz Gminy Tłuszcz o wartości brutto 320 tys. zł [Gmina Tłuszcz - „OZE w Zielonce i Tłuszczu" 29.11.2017-06.12.2019 - wartość projektu 12 000 000,00 zł, zakres obowiązków między innymi - koordynacja inwestycji, kontrola nad jakością oraz postępem robót/prac, nadzór nad dokumentacją egzekwowanie zapisów umowy i monitoring realizacji umowy z wykonawcą, nadzór nad zachowaniem procedur unijnych, opracowanie projektów dokumentów przetargowych na wyłonienie wykonawcy

inwestycji, rozliczanie inwestycji]

4) poz. 4. - usługa na rzecz Gminy Zduńska Wola o wartości brutto 117 tys. zł [Gmina Zduńska Wola 27.04.2020-do dnia dzisiejszego - Budowa instalacji odnawialnych źródeł energii na terenie Gmin Zduńska Wola i Zapolice - wartość projektu 5 300 000,00 zł, zakres obowiązków między innymi - koordynacja inwestycji, kontrola nad jakością oraz postępem robót/prac, nadzór nad dokumentacją egzekwowanie zapisów umowy, i monitoring realizacji umowy z wykonawcą, nadzór nad zachowaniem procedur unijnych, opracowanie projektów dokumentów przetargowych na wyłonienie wykonawcy inwestycji, rozliczanie inwestycji]

Przy czym usługi z poz. 2. i 3. powyższego wykazu okazały się wystarczające dla wykazania analogicznego warunku określonego przez Zamawiającego na potrzeby

postępowania, w wyniku którego została zawarta umowa w sprawie zamówienia, o którym

mowa w poz. 1 wykazu.

13 lipca 2022 r. Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 pzp wezwał DiU do uzupełnienia wykazu usług z załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie w zakreślonym terminie.

Zamawiający wskazał jako podstawę wezwania następujące braki złożonych

pierwotnie podmiotowych środków dowodowych:

1) z opisu wykonanych usług nie wynika, czy dotyczyły zarządzania projektem lub rozliczenia projektu z dofinansowaniem zewnętrznym,

2) w przypadku zadania na rzecz Gminy Moszczenica brak dat wykonania oraz referencji,

3) z referencji Gminy Tłuszcz oraz z referencji Gminy Stoczek wynika, że usługa nie dotyczyła zarządzania projektem lub rozliczania projektu,

4) referencje Gminy Zduńska Wola dotyczą usługi niewykonanej.

W odpowiedzi na to wezwanie 14 lipca 2022 r. DiU złożył następujące wyjaśnienia: Wykonawca w wykazie usług wskazał cztery projekty, w których pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu do którego zadań należało między innymi zarządzanie projektem i rozliczenie dofinasowania z funduszy unijnych.

Wykonawca wskazał w wykazie usług pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w projekcie pn. „Odnawialne źródła energii dla mieszkańców gmin członkowskich klastra energii „Biała - Ropa" współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Osi Priorytetowej Oś 4 Regionalna polityka energetyczna, działanie 4.1 Zwiększenie wykorzystania odnawialnych źródeł energii, poddziałanie 4.1.1 Rozwój infrastruktury produkcji energii ze źródeł odnawialnych, Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego na lata 2014-2020 realizowanym na zlecenie Zamawiającego. Uprzejmie informuję, że projekt realizowany był od września 2019 do luty

2022, kiedy został podpisany protokół odbioru końcowego z Wykonawcą Sanito Sp. z o.o. Zarządzanie projektem zakończono 20 czerwca 2022, kiedy to Instytucja Zarządzająca ostatecznie stwierdziła brak uchybień, które mogłyby skutkować nałożeniem kar finansowych na Beneficjenta. W załączeniu przedstawiam referencje wystawione przez Zamawiającego. (...)

Referencje wystawione przez Gminy Stoczek i Tłuszcz potwierdzają, że jakość usług pełnionych przez Spółkę Doradztwo i Usługi jako Inżyniera Kontraktu (Administratora Projektu) były wykonywane prawidłowo.

(...)

W załączeniu przedstawiam skorygowany wykaz usług, w którym Wykonawca wykazuje

zarządzanie projektem „Odnawialne źródła energii dla mieszkańców gmin członkowskich klastra energii „Biała - Ropa".

Wykaz został uzupełniony w ten sposób, że zamieszczono tabelę z poz. 1., w której podano, że usługa była wykonywana w okresie 09.2019-20.06.2022, a w kolumnie 5. zamieszczono informację w następującym brzmieniu: Zarządzanie projektem rozliczanie inwestycji. Załączono również referencje Gminy Moszczenica.

1 sierpnia 2022 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c pzp, podając w szczególności następujące uzasadnienie:

Zamawiający wezwał Wykonawcę w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia w zakreślonym terminie wykazu usług, precyzyjnie wskazując Wykonawcy wątpliwości co do spełniania warunku w zakresie każdej z wykazanych usług.

W odpowiedzi na wezwanie w trybie art 128 ust. 1 pzp Wykonawca przedłożył wykaz usług, w którym wykazał jedną usługę, bez przedstawienia dowodów na jej prawidłowe wykonanie oraz nie zakończoną. Co do pozostałych usług, wcześniej wykazanych, Wykonawca złożył krótkie wyjaśnienia.

{okoliczności prawne}

W świetle ustawy pzp oraz rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oświadczenie wykonawcy zawarte w wykazie usług stanowi dowód posiadania wymaganego doświadczenia i stanowi potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia wykonawcy. Z kolei referencje stanowią jedynie potwierdzenie należytego wykonania zamówienia, a nie dokument, który ma potwierdzać charakterystykę, zakres i rodzaj świadczonej usługi - w odróżnieniu od umowy, protokołów odbioru, raportów czy innych dokumentów źródłowych sporządzonych w trakcie realizacji umowy, których jednak zamawiający nie ma prawa żądać w ramach weryfikacji podmiotowej w trybie art. 128 ust. 1 pzp, gdyż w tym zakresie dowodem jest oświadczenie własne wykonawcy wynikające z wykazu usług. Takie stanowisko należy uznać za utrwalone w orzecznictwie Izby.

Z kolei w uzasadnieniu wyroku w sprawie sygn. akt KIO 439/20 Izba dokonała wykładni art. 26 ust. 6 ówcześnie obowiązującej ustawy pzp z 2004 (odpowiednika art. 127 ust. 2 obowiązującej ustawy pzp), podsumowując, że jeżeli zamawiający dysponuje dokumentami potwierdzającymi spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wykonawca nie ma obowiązku ich składać. Ustawodawca wprowadził rozwiązanie art. 26 ust. 6 pzp w celu ograniczenia ilości dokumentów, których zamawiający musiałby żądać, a wykonawca składać, w sytuacji gdy nie ma takiej potrzeby. Zdaniem Izby skoro wykonawca wskazał usługę wykonywaną na rzecz zamawiającego prowadzącego postępowanie, nie był zobowiązany do złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tej usługi, gdyż zamawiający był w posiadaniu takich dokumentów i nie kwestionował prawidłowość wykonanej usługi.

Zgodnie z art 16 pkt 3 pzp zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób proporcjonalny. Zasada proporcjonalności nabiera szczególnego znaczenia przy czynności odrzucenia oferty, która powinna zostać dokonana w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty oraz proporcjonalny. Z uwagi na zasadę proporcjonalności nie może być mowy o jakimkolwiek automatyzmie w podejmowaniu najdalej idących decyzji takich jak odrzucenie oferty wykonawcy.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak na wstępie odwołania, wywodząc dodatkowo, co następuje.

Według Odwołującego wykazał spełnienie warunku dzięki złożeniu wykazu usług, który następnie sprecyzował w wyjaśnieniach i w uzupełnionym wykazie usług zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego. W szczególności złożone wyjaśnienia były jasne i konkretne, czyniły zadość wezwaniu i usuwały wątpliwości wyrażone przez Zamawiającego. Jednocześnie jako kategoryczne oświadczenie stanowiły dowód potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Przy czym w ocenie Odwołującego zgłoszone w wezwaniu przez Zamawiającego wątpliwości co do poz. 2. i 3. wykazu były nieuzasadnione, gdyż podana w pierwotnie złożonym wykazie charakterystyka referencyjnych projektów wskazuje na „zarządzanie projektem" lub „rozliczenie projektu z dofinansowaniem zewnętrznym", zwłaszcza że

Zamawiający nie zdefiniował, co należy rozumieć przez te pojęcia. Dopuszczalne jest zatem rozumienie przez zarządzanie wszystkich tych czynności, które zostały wskazane w ramach charakterystyki świadczonych usług, jako służących urzeczywistnieniu celu, jakim jest wykonanie projektu. Wykaz usług potwierdzał również nabycie przez DiU w ramach referencyjnych projektów doświadczenia w rozliczaniu inwestycji i przygotowywaniu wniosków, choć dla spełnienia warunku wystarczające było wystąpienie elementu zarządzania projektem lub elementu rozliczania dofinansowania projektu.

Z kolei skoro DiU oświadczył w uzupełnionym wykazie i wyjaśnieniach, że projekt na rzecz Zamawiającego zakończył się 20 czerwca 2022 r., Zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, że ta usługa z poz. 1. wykazu nie została zakończona.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający ma wiedzę o tym, jak ta usługa była wykonywana przez DiU, gdyż posiada źródłowe dokumenty sporządzone w ramach realizacji tego zadania (m.in. protokół odbioru końcowego z wykonawcą Sanito sp. z o.o., raport z wykonania kontraktu na inżyniera projektu, faktury VAT, potwierdzenia przelewów wynagrodzenia, a także informację Instytucji Zarządzającej).

W przekonaniu Odwołującego w tych okolicznościach niecelowe było zwracanie się przez DiU do Zamawiającego o wystawienie referencji dotyczącej tej usługi, tylko po to, aby następnie przedstawić mu ten sam dokument.

W przekonaniu Odwołującego uczynił zadość art. 127 ust. 2 pzp - zgodnie z którym wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność - konkretyzując okoliczności stanowiące o zakończeniu zadania oraz dowody potwierdzające należyte wykonanie (czyli dokumenty, które wymieniono już powyżej oraz referencje wystawione przez Zamawiającego 20 lipca 2020 r.).

W ocenie Odwołującego w tych okolicznościach odrzucenie jego oferty z powodu niezłożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi wykonanej na rzecz Zamawiającego było z jego strony przejawem skrajnego formalizmu, który nie znajduje uzasadnienia w przepisach pzp, gdyż stanowi naruszenie zasady proporcjonalności.

W odpowiedzi na odwołanie z 19 sierpnia 2022 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając w szczególności następujące okoliczności i argumentację.

Zamawiający opisał przebieg badania oferty DiU zasadniczo w sposób zbieżny z odwołaniem aż do momentu odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 pzp.

Zamawiający zaznaczył, że DiU przedłożył wraz z pismem z 14 lipca 2022 r. skorygowany wykaz usług (datowany na 15 lipca 2022 r.), w którym wykazał wyłącznie usługę wykonywaną na rzecz Zamawiającego, jednakże nieprawidłowo wskazał datę 20.06.2022 r. jako termin jej zakończenia.

Zamawiający podkreślił, że usługa ta nie została jeszcze wykonana, gdyż DiU w dalszym ciągu zarządza projektem pn. Odnawialne źródła energii dla mieszkańców gmin członkowskich klastra energii „Biała-Ropa" i jego końcowym rozliczeniem na podstawie

umowy nr 82/2019 z 18.09.2019 [załączonej jako dowód do odpowiedzi na odwołanie], a termin zakończenia tego projektu został przesunięty z 30.06.2020 r. na 30.11.2022 r. [jako dowód załączono do odpowiedzi na odwołanie umowę o dofinansowanie nr RPMP.04.01.01-12-1061/17-OOXVII/442/FE/18 wraz z aneksem nr 7]. Zakończenie zarządzania przedmiotowym projektem zakończy się dopiero z dniem zakończenia, odbioru i rozliczenia wszystkich robót, dostaw i usług realizowanych w ramach tego projektu.

Zamawiający dodał, że załączone do pisma DiU z 14 lipca 2022 r. referencje, które wystawił 30.07.2020 r., siłą rzeczy poświadczają jedynie fakt pełnienia przez DiU funkcji inżyniera tego projektu, czyli należytego wykonywania, a nie wykonania tej usługi.

Natomiast w odniesieniu do pozostałych, wcześniej wykazanych usług (tj. na rzecz gmin Tłuszcz, Stoczek oraz Zduńska Wola), DiU co prawda złożył krótkie wyjaśnienia, ale jednocześnie w poprawionym wykazie wykonanych usług pominął je, co Zamawiający poczytał za rezygnację z wykazywania tych usług w toku prowadzonego postępowania.

Zamawiający podsumował, że DiU nie mógł skutecznie wykazać spełnienia warunku wskazanego w rozdziale V pkt 4 lit. a SWZ, gdyż powołał się na usługę nadal wykonywaną na jego rzecz.

Według Zamawiającego nie naruszył również art. 128 ust. 4 pzp przez jego

niezastosowanie. Skoro DiU w treści pisma z 14 lipca 2022 r. złożył wyjaśnienia odnośnie pierwotnie złożonego wykazu usług oraz referencji, nie było celowe ponowne wzywanie do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Nie było również podstaw do zastosowania art. 128 ust. 5 pzp, czyli do zwrócenia się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, gdyż poprawiony wykaz usług nie obejmował już usług wykonanych na rzecz tych trzech gmin.

Zdaniem Zamawiającego nieuprawniony jest również zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 pzp przez jego niezastosowanie, gdyż DiU został już w trybie tego przepisu wezwany, zarówno do przedłożenia wykazu wykonanych usług, jak i dowodów potwierdzających należyte ich wykonanie. Zamawiający nie może skierować ponownie wezwania na podstawie tego przepisu do uzupełnienia w takim samym zakresie, gdyż naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców. Natomiast w zaistniałej sytuacji był zobligowany wykluczyć DiU.

Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 127 ust. 2 pzp wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność. Zamawiający podkreślił, że DiU w toku prowadzonego postępowania nie wskazał takich środków dowodowych, których zresztą nie ma, gdyż projekt nie jest jeszcze zakończony.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie jego oferty uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Nie ma potrzeby powtarzania okoliczności dotyczących: SWZ w zakresie określonego w rozdziale V pkt 4 lit. a) warunku udziału w postępowaniu, wykazu usług z 28 czerwca 2022 r. i załączonych do niego referencji, wezwania do uzupełnienia tych dokumentów, wyjaśnień z 14 lipca 2022 r. i załączonych do nich wykazu usług (datowanego na 15 lipca 2022 r.) i referencji, zawiadomienia o odrzuceniu oferty DiU, gdyż treść tych dokumentów została adekwatnie zacytowana lub opisana w odwołaniu lub odpowiedzi na odwołanie.

Wystarczające a zarazem konieczne jest jednak wskazanie, co wynika z tak zrelacjonowanego przebiegu badania spełniania przez DiU tego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego, gdyż jest to sporne pomiędzy Stronami.

Po pierwsze - poza wszelkim sporem jest okoliczność, że dla wykazania spełniania warunku wystarczające było wykazanie się należytym wykonaniem jednej usługi obejmującej zarządzanie przedsięwzięciem inwestycyjnym (tzw. projektem) realizowanym przez zamawiającego lub chociaż rozliczanie dofinansowania otrzymanego przez zamawiającego na realizację takiego przedsięwzięcia.

Po drugie - za niesporne należy uznać, że każda z usług z poz. 2. i 3. wykazu usług złożonego pierwotnie przez DiU jest wystarczająca dla wykazania spełniania tego warunku, zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający nie zaprzeczył, że na ich podstawie uznał uprzednio spełnienie przez DiU analogicznego warunku określonego na potrzeby postępowania,

w wyniku którego została zawarta umowa w sprawie zamówienia, o którym mowa w poz. 1 wykazu.

Po trzecie - ponieważ Zamawiający w toku postępowania odwoławczego w żaden sposób nie podważał również, ani prawdziwości oświadczenia DiU co do zakresu tych usług opisanego w ramach ich charakterystyki w kolumnie 5. wykazu, ani tego, że złożone wraz z tym wykazem referencje potwierdzają należyte wykonanie tych usług - wzywanie przez niego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunku było zbędne, gdyż co najwyżej potrzebne było wezwanie do wyjaśnień. Takie wyjaśnienia w odniesieniu do wątpliwości, które Zamawiający wskazał w stosunku do tych usług w wezwaniu, zostały faktycznie złożone przez DiU, a Zamawiający również ich nie kwestionował w toku postępowania odwoławczego. Oznacza to, że pierwotnie złożony wykaz i załączone do niego referencje były wystarczające do pozytywnej weryfikacji spełniania przez DiU warunku udziału. W tych okolicznościach bezcelowe i bezprzedmiotowe jest powoływanie się przez Zamawiającego na fakt, że uzupełniony wykaz obejmował tylko usługę z poz. 1., abstrahując nawet od tego, że pismo z 14 lipca 2022 r. w sposób oczywisty ujawnia wolę DiU podtrzymania poz. 2 i 3. wykazu, skoro istotą złożonych w odniesieniu do tych usług wyjaśnień jest wskazanie Zamawiającemu, że jego wątpliwości są nieuzasadnione.

Po czwarte - w odniesieniu do usługi z poz. 1 wykazu, ani przy składaniu pierwotnego wykazu usług, ani w ramach wyjaśnień jej dotyczących DiU nie tylko nie powołała się na konkretny środek dowodowy będący w posiadaniu Zamawiającego, który stanowiłby dowód potwierdzający, że usługa ta została należycie wykonana, ale było to obiektywnie niemożliwe, gdyż Zamawiający jako strona tej umowy w sprawie zamówienia publicznego nie wystawił takiego dokumentu, uznając, że nie została ona jeszcze w całości wykonana przez DiU. Nie przypadkiem zatem w pierwotnym wykazie nie wskazano daty zakończenia realizacji tej usługi, gdyż co najmniej jest to przedmiotem sporu pomiędzy Gminą Moszczenica a Doradztwem i Usługami, do pisma z 14 lipca 2022 r. została dołączona referencja należytego jej wykonywania z początkowego okresu jej realizacji.

Po piąte - złożone na rozprawie przez Odwołującego dokumenty - zarówno dotyczące dokonania 31 marca 2022 r. protokolarnego odbioru końcowego i przekazania dla prac wykonanych przez Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Sanito”} w okresie od 24.08.2020 do 10.12.2021 r. przez komisję odbiorową, w której skład wchodzili m.in. przedstawiciele Zamawiającego i DiU jako inżyniera kontraktu, jak i pozytywnego wyniku kontroli przeprowadzonej przez Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego w odniesieniu do aneksu nr 5 z 30.03.2022 r. do umowy nr 94/2020 zawartej 24.08.2020

pomiędzy Gminą Moszczenica - obiektywnie nie mogą stanowić środków dowodowych potwierdzających zakończenie wykonywania usługi inżyniera kontraktu, gdyż co najwyżej wynika z nich należyte wykonanie dostawy i montażu instalacji do wytwarzania energii OZE przez Sanito jako wykonawcę tego zamówienia.

Reasumując, o ile każda z usług z poz. 2 i 3. wykazu usług wykonanych przez DiU jest wystarczająca dla wykazania spełniania warunku, o którym mowa w rozdziale V pkt 4 lit. a) SWZ, o tyle nie można tego powiedzieć w odniesieniu do usługi wskazanej w poz. 1. tego wykazu (jak i usługi z poz. 4. wykazu, co było jednak niesporne).

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest częściowo zasadne.

Art. 16 pkt 1-3 pzp (zamieszczony w rozdziale pn. „Zasady zamówień publicznych”) stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców (w pkt 1), przejrzysty (w pkt 2) i proporcjonalny (w pkt 3).

Zgodnie z art. 112 ust. 1 pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. W szczególności, jak wynika z art. 112 ust. 2 pkt 4 pzp, warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.

Przy czym, jak wynika z art. 273 ust. 1 pkt 2 pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości poniżej progów unijnych zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Z kolei według art. 274 ust. 1 pzp Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia

w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Z art. 128 ust. 1 pzp wynika, że jeżeli wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie, lub zachodzą przesłanki unieważnieniapostępowania.

Wreszcie stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b pzp zamawiający odrzuca ofertę złożoną przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Ponieważ w ustalonych powyżej okolicznościach Zamawiający bezpodstawnie uznał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia jednego z warunków udziału w postępowaniu, w tym nie wziął pod uwagę, że wynikało ze złożonych na jego wezwanie w trybie art. 274 ust. 1 pzp wykazu wykonanych usług i załączonych referencji, gdyż nie miało znaczenia, że nie wszystkie usługi wyszczególnione w tym wykazie nadają się do tego celu - czynność odrzucenia oferty Odwołującego była bezprawna i podlega uchyleniu.

Takie działanie Zamawiającego należy również uznać za nie tylko nieodpowiadające zasadzie proporcjonalności, ale i nieprzejrzyste, w sytuacji gdy jedno swoje uchybienie - polegające na bezpodstawnym wzywaniu do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 pzp - usiłował zamaskować skrajnie formalistycznym podejściem, ograniczając się do stwierdzenia, że uzupełniony wykaz obejmuje tylko jedną usługę, która faktycznie nie potwierdzała spełniania warunku.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b zw. z art. 16 ust. 1 miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia - wobec czego - działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

Natomiast wobec bezpodstawności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 127 ust. 2 pzp, Izba - działając na podstawie art. 553 zd. 1 - orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego i Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, orzeczono w pkt 3. sentencji stosownie do jej wyniku - na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 pkt 1 i 2 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. poz. 2437) obciążając po równo Strony kosztami wpisu oraz znosząc wzajemnie między nimi pozostałe koszty.