

WYROK
z dnia 4 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 lipca 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **14 czerwca 2017 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm: 1) Kompano Sp. z o.o. (Lider), 2) ENGIE Services Sp. z o.o. (Partner), 3) INEO Infrastructures idf. (Partner); z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Kijowska 1, 03-738 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Giżycko, Aleja 1 Maja 14,11-500 Giżycko**

orzeka:

1. **umarza postępowanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1221/17 w części dotyczącej zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 25 a ust. 1 w zw. z art. 60 d ust. 2 Prawa zamówień publicznych, z uwagi na jego uwzględnienie przez Zamawiającego,**
2. **oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1221/17, w części dotyczącej zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 Prawa zamówień publicznych**
3. **uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1221/17, w części dotyczącej zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17, a w konsekwencji także art. 60d ust. 2 i art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i nakazuje unieważnienie przez Zamawiającego czynności z 09.06.2017 r., tj. wyników oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez złożone wnioski i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny złożonych wniosków,**

w ramach której nakazuje Zamawiającemu wykluczenie Wykonawcy: Voltea Poland Sp. z o.o. sp. k., ul. Sosnowa 17, 86-065 Łochowo z udziału w postępowaniu, z uwagi na potwierdzenie się zarzutów odwołania opartych na art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 Prawa zamówień publicznych i wyczerpanie trybu z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień Publicznych:

4. **kosztami postępowania obciąża Gminę Miejską Giżycko, Aleja 1 Maja 14,11-500 Giżycko i:**

- 7.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców Konsorcjum Firm: 1) Kompano Sp. z o.o. (Lider), 2) ENGIE Services Sp. z o.o. (Partner), 3) INEO Infrastructures idf. (Partner); z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Kijowska 1, 03-738 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**
- 7.2. **zasądza od Gminy Miejskiej Giżycko, Aleja 1 Maja 14,11-500 Giżycko na rzecz Konsorcjum Firm: 1) Kompano Sp. z o.o. (Lider), 2) ENGIE Services Sp. z o.o. (Partner), 3) INEO Infrastructures idf. (Partner); z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Kijowska 1, 03-738 Warszawa kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Olsztynie**.

Sygn. akt: KIO 1221/17

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie dialogu konkurencyjnego pn. „*Modernizacja i rozwój sieci oświetlenia ulicznego w Giżycku na potrzeby podniesienia jej efektywności w formule Partnerstwa Publiczno - Prywatnego*”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 14756-2017 z 26.01.2017 r., przez Gminę Miejską Giżycko, Aleja 1 Maja 14, 11-500 Giżycko zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 09.06.2017 r. (e-mailem) Zamawiający przekazał informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Punktacja przywołana w odwołaniu.

W dniu 14.06.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Firm: 1) Kompano Sp. z o.o. (Lider), 2) ENGIE Services Sp. z o.o. (Partner), 3) INEO Infrastructures idf. (Partner); z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Kijowska 1, 03-738 Warszawa zwane dalej: „*Konsorcjum Kompano*” albo „*Odwolującym*” wniosła odwołanie na w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 14.06.2016 r. (e-mailem). Zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” poprzez zaniechanie wykluczenia Voltea Poland Sp. z o.o. sp.k., ul. Sosnowa 17, 86-065 Łochowo zwanego dalej: „*Voltea Poland Sp. z o.o. sp.k.*” albo „*Wykonawcą*” z postępowania pomimo, iż nie wykazał się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu,
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z postępowania pomimo, że złożył w Wykazie robót nieprawdziwe informacje co do zakresu doświadczenia podmiotu, na których zasoby się powołuje, tj. spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu,
- 3) art. 25a ust. 1 Pzp w zw. z art. 60d ust. 2 Pzp poprzez przyznanie Wykonawcy punktów (kryterium podstawowe 5 pkt, kryterium dodatkowe 1738 pkt) w ramach kryteriów selekcji wykonawców w sytuacji, gdy Wykonawca ten powinien otrzymać 0 pkt z uwagi na okoliczność, iż doświadczenie, na które się powołuje, stanowi zasób podmiotu trzeciego,
- 4) art. 60d ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie zaproszenia Odwołującego do udziału w dialogu konkurencyjnym,
- 5) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Wnosił o:

3

- Unieważnienie czynności zaproszenia do udziału w dialogu konkurencyjnym oraz informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z 09.06.2017 r.,
 - Dokonanie ponownego badania i oceny wniosków w ramach kryterium selekcji wykonawców,
 - Wykluczenie Wykonawcy z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu lub/i ewentualnie przyznanie Wykonawcy 0 punktów w ramach kryterium selekcji Wykonawców,
 - Skierowanie do Odwołującego zaproszenia do udziału w dialogu konkurencyjnym.
- Odnosnie zarzutu niewykazania się przez Wykonawcę spełnieniem warunków udziału w postępowaniu oraz zarzut przedstawienia w ofercie nieprawdziwych informacji.
- Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający ustanowił w pkt III.1.3 następujący warunek udziału w postępowaniu: „*Wykonawca spełni warunek, jeżeli łącznie wykaze, że:*

a) *w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizował co najmniej:*

- 1 zamówienie, które polegało na zaprojektowaniu (łącznie z systemem sterowania/zarządzania infrastrukturą oświetleniową) modernizacji systemu oświetlenia ulicznego, które zostało wdrożone lub zaprojektowaniu i wdrożeniu, tj. remoncie lub przebudowie, lub modernizacji (wymiana opraw oświetleniowych) systemu oświetlenia ulicznego obejmującego co najmniej 500 sztuk punktów świetlnych oświetlenia ulicznego - łącznie z systemem sterowania/zarządzania infrastrukturą oświetleniową. (...)

b) w efekcie realizacji przedsięwzięcia/przedsięwzięć, o których mowa w pkt a) uzyskano wskaźnik poziomu oszczędności na poziomie minimum 10%.". Wykonawca we wniosku wskazał następujące doświadczenie: Lokalizacja robót budowlanych – Miasto Krasnystaw; Przedmiot robót - Wdrożenia energooszczędne i inteligentnego oświetlenia ulicznego w Krasnymstawie", - wymiana 1738 szt. opraw oświetlenia - modernizacja i budowa 55 szt. szaf sterowniczych SO; Wartość robót budowlanych brutto - 478.465,08; Nazwa i adres Zleceniodawcy - SAG Elbud Gdańsk SA; Data wykonania - 03.2015 - 09.2015. Odwołujący wskazał, iż doświadczenie wskazywane w Wykazie robót nie spełnia warunku w brzmieniu wskazanym w ofercie, gdyż nie obejmowało projektowania (łącznie z systemem sterowania/zarządzania infrastrukturą oświetleniową) modernizacji systemu oświetlenia ulicznego. Celem zobrazowania istoty problemu wskazać należy, iż przedsięwzięcie dotyczące Wdrożenia energooszczędnego i inteligentnego oświetlenia ulicznego

4

w Krasnymstawie było realizowane dwuetapowo na podstawie dwóch odrębnych umów, których podpisanie było poprzedzone przeprowadzeniem dwóch odrębnych postępowań, tj.:

a) „Wdrożenia energooszczędne i inteligentnego oświetlenia ulicznego w Krasnymstawie” - w ramach którego zawarto 27.01.2015 r. umowę o nr ZP 01/02/2015 r. - zamówienie obejmowało m.in. wymianę opraw oraz modernizację szaf, nie obejmowało natomiast usługi projektowania oraz wykonania i uruchomienia systemu sterowania,

b) „Wdrożenia energooszczędne i inteligentnego oświetlenia ulicznego w Krasnymstawie - cz. II” - w ramach którego 14.03.2016 r. zawarto umowę o numerze ZP 03/02/2016 - zamówienie obejmowało opracowanie projektu technicznego i wykonania i uruchomienia systemu sterowania oświetleniem ulicznym, konfigurację oraz uruchomienie oświetlenia.

Wykonawca w swojej ofercie powołał się jedynie na doświadczenie z pkt a) powyżej, które nie wypełnia swoim zakresem warunku wskazanego przez Zamawiającego w ogłoszeniu. Powyższe potwierdzone może zostać następującymi okolicznościami:

1) Wykonawca SAG Elbud Gdańsk SA, który realizował przedmiotowe przedsięwzięcie również złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w dialogu, do którego dołączył dwie referencje pochodzące od Miasta Krasnegostawu potwierdzające fakt należytego wykonania obu zamówień, o którym mowa w pkt a) oraz pkt b). Wykonawca dołączył do wniosku jedynie referencję potwierdzającą wykonanie zamówienia, o którym mowa jedynie w pkt a) powyżej - wyciągi z ofert SAG oraz Wykonawcy potwierdzające ww. okoliczność stanowią załączniki do niniejszego odwołania.

2) W ogłoszeniach dotyczących w/w postępowań w Krasnymstawie:

- w ogłoszeniu dotyczącym zamówienia opisanego w pkt a) powyżej wskazano, że:

„1. Przedmiotem zamówienia jest Wdrożenie energooszczędnego i inteligentnego oświetlenia ulicznego w Krasnymstawie w ramach programu priorytetowego System Zielonych Inwestycji (GIS Green Investment Scheme) część 6) SOWA energooszczędne oświetlenie uliczne, 2. W zakres zadania wchodzi m.in.: 2.1. wymiana 1695 opraw ulicznych na oprawy LED, 2.2. wymiana 43 opraw ozdobnych na oprawy LED, 2.3. wymiana 738 wysięgników, 2.4. malowanie 960 wysięgników, 2.5. montaż zabezpieczeń i przewodowania opraw, 2.6. montaż konwertera transmisji sygnału 1738 szt, 2.7. modernizacja 29 szt. istniejących szaf sterowania na istniejącym fundamencie, 2.8. budowa 17 szt. szaf napowietrznych SON na słupach stacyjnych, 2.9. budowa 9 szt. nowych szaf kablowych na ścianach stacji trafo, 2.10. budowa centrum zarządzania oświetleniem, 2.11. konfiguracja i uruchomienie oświetlenia, 2.12. wykonanie pomiarów fotometrycznych 2.13. przeszkolenie przedstawiciela zamawiającego z zakresu obsługi centrum dyspozytorskiego, 2.14. utylizacja zdemontowanych materiałów, 2.15. wykonanie dokumentacji powykonawczej, 2.16. wykonanie inwentaryzacji 2.17. wykonanie badań i powykonawczej, pomiarów

5

pomontażowych, 2.18. wykonanie badań i pomiarów fotometrycznych po zakończeniu inwestycji."

- w ogłoszeniu dotyczącym zamówienia opisanego w pkt b) powyżej wskazano, że:
„W zakres zadania wchodzi m.in.: 2.1 opracowanie projektu technicznego (5 egz. w wersji papierowej, 1 egz. w wersji elektronicznej PDF, wersja edytowalna doc, dwg) dla wykonania i uruchomienia systemu sterowania oświetleniem ulicznym oraz zamontowania uzupełnienia opraw oświetleniowych typu LED na ulicach Bławatna, Bohaterów Września, Czuby, Gospodarcza, Jabłonkowa, Kacza, Kołwrot, Kościuszki, Kółkowa, Lwowska, Polna, Rejowiecka, Szymonowicza, Tytoniowa, Ułańska, Wąska, Wiśniowa. Opracowanie projektu technicznego obejmuje również specyfikację techniczną wykonania robót, dokumentację kosztorysową, przedmiar robót oraz uzyskanie wymaganych zgód, warunków technicznych, decyzji, uzgodnień i opinii niezbędnych na etapie projektowania oraz na etapie realizacji robót budowlanych, 2.2 zawieszenie ok. 119 opraw ulicznych LED wraz ze sterownikiem (ostateczna ilość będzie wynikała z projektu technicznego)." W związku z powyższym Odwołujący wskazał, iż Wykonawca powołując się jedynie na zamówienie wskazane w pkt a) nie wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał, iż w niniejszym przypadku nie ma możliwości skierowania do Wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia Wykazu robót wraz z dowodami ich należytego wykonania z uwagi na okoliczność, iż Zamawiający wzywał Wykonawcę w toku postępowania uzupełnienia przedmiotowego dokumentu, jak również przedłożył na wezwanie Zamawiającego z 05.05.2017 r. referencję uzupełniającą. W związku z obowiązującą zasadą jednokrotnego wzywania do uzupełnień Odwołujący nie poczynił w stosunku do Zamawiającego zarzutu naruszenia przepisów w związku z ewentualnym zaniechaniem Wykonawcy do wezwania. Analogicznie - bezcelowym było również formułowanie żądania w tym zakresie. Niezasadność wzywania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień wynika również z wyroku wydanego przez Trybunał Sprawiedliwości UE z 04.05.2017 r. w sprawie C-387/14: *„Artykuł 51 (...) należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu wykonawca przekazał instytucji zamawiającej - w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa - dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci"*. Powyższe jednoznacznie dowodzi, iż Wykonawca nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę, iż w referencji przedłożonej przez Wykonawcę nie pada sformułowanie, iż Master Spark należycie zrealizował zamówienie czy też wykonane przez niego roboty zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną. Odwołujący nadmienił, iż taka informacja znajduje się w referencjach przedłożonych przez wykonawcę SAG, które

6

pochodzą od tego samego podmiotu co referencja wystawiona na Master Spark. Wskazał, że zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r., poz. 1126): *„W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów:*

1) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 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 rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty;"

Analogiczna informacja znalazła się w pkt III.5.2) ogłoszenia:

„ W ZAKRESIE KRYTERIÓW SELEKCJI:

Uwaga! Podstawą do oceny kryteriów selekcji będą wyłącznie wybrane dokumenty wymienione w sekcji III.5.1), złożone wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym.tj.:

- wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty;" W ocenie Odwołującego dołączona przez Wykonawcę referencja nie potwierdza, iż robota budowlana przez Master Spark została wykonana należycie.

W konsekwencji przedstawionych powyżej okoliczności, w ocenie Odwołującego w stosunku do Wykonawcy zachodzą również przesłanki wykluczenia z postępowania opisane w pkt 16 i 17 art. 24 ust. 1 Pzp. Odwołujący stoi na stanowisku, iż Wykonawca

7

celowo lub w wyniku niedbalstwa przedstawił informacje, które wprowadziły Zamawiającego w błąd co do tego, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Ubiegając argumentację, która może zostać poczyniona przez Wykonawcę, jakoby nie miał on wiedzy na temat doświadczenia wskazywanego w Wykazie robót, gdyż jest to doświadczenie podmiotu trzeciego, Odwołujący wskazuje, iż Wykonawca jako podmiot profesjonalny powinien dokonać weryfikacji informacji wskazywanej w ofercie oraz powinien ponosić wszelkie konsekwencje niedopełnienia ciążącego na nim obowiązku.

Odnosnie zarzutu nieprawidłowego przyznania punktów w ramach preselekcji wykonawców. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał, iż do udziału w dialogu konkurencyjnym zaprosi 3 wykonawców, którzy zdobędą największą ilość punktów w ramach kryterium selekcji. Badanie i ocena ofert w ramach ww. kryterium została opisana następująco: „W przypadku, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu przekroczy 3, wybór wykonawców zaproszonych do dialogu odbędzie się w oparciu o następujące kryteria selekcji: Zamawiający przyzna następującą punktację za każde wykazane zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu (sekcja III 1.3. lit. a i b) zadanie polegające na zaprojektowaniu modernizacji systemu oświetlenia ulicznego, które zostało wdrożone lub zaprojektowaniu i wdrożeniu, tj. remoncie lub przebudowie, lub modernizacji (wymiana opraw oświetleniowych) systemu oświetlenia ulicznego łącznie z systemem sterowania/zarządzania infrastrukturą oświetleniową:

- a) zadanie obejmujące od 151 do 200 sztuk punktów świetlnych - 1 pkt;
- b) zadanie obejmujące od 201 do 400 sztuk punktów świetlnych - 3 pkt;
- c) zadanie obejmujące 401 sztuk i więcej punktów świetlnych - 5 pkt

W przypadku, gdy w wyniku zastosowania wskazanego powyżej kryterium selekcji, dwa bądź większa liczba podmiotów uzyska tę samą punktację. Zamawiający w celu wyłonienia spośród Wykonawców mających taką samą ilość punktów w celu wyłonienia jednego Wykonawcy zastosuje dodatkowe kryterium polegające na przydziale punktacji w wysokości 1 pkt za każdy punkt świetlny zrealizowany w ramach wykazanego zadania. W przypadku braku dalszego rozstrzygnięcia Zamawiający uwzględni wnioski Wykonawców mających taką samą liczbę punktów i zaprosi do dialogu konkurencyjnego więcej niż 3 Wykonawców". Zamawiający w dniu 09.06.2017 r. poinformował o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Rozkład ocen wyglądał następująco:

Wykonawca: Przyznane punkty: Kryterium dodatkowe*

Konsorcjum ELTAST 73	
SAG Elbud 40	
Wykonawca 5 1.738	
Odwołujący 5 1.106	

8

* mające zastosowanie w przypadku uzyskania takiej samej liczby punktów przez dwóch wykonawców

Z uwagi na okoliczność, iż Odwołujący i Wykonawca osiągnęli taką samą liczbę punktów, Zamawiający dokonał oceny wniosków na podstawie dodatkowego kryterium, w wyniku czego Wykonawca został zaproszony do udziału w dialogu, natomiast Odwołujący został uznany za wykluczonego. Wykonawca w ofercie wskazał doświadczenie przywołane w pierwszej części odwołania: Do wykazu Wykonawca dołączył oświadczenie P.P.H.U „Master - Spark” Usługi Elektryczne i Budowlane S. K. z siedzibą w Sępólnie o udostępnieniu zasobów oraz poświadczenie wykonania robót budowlanych.

Zamawiający na podstawie informacji zawartych w ofercie Wykonawcy dokonał preselekcji wykonawców. Odwołujący wskazał, iż doświadczenie wskazane w ww. Wykazie nie jest doświadczeniem własnym wykonawcy, co uniemożliwia mu przyznanie punktów w ramach selekcji wykonawców. Jak wynika z dyspozycji przepisów doświadczenie podmiotów trzecich nie może być brane pod uwagę w ramach kryterium oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Postępowanie zostało wszczęte po wejściu w życie ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2016 r., poz. 1920). Zawarty w niej przepis art. 62 ust. pkt 5 stanowi, że: „W ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm. wprowadza się następujące zmiany: w art. 25a w ust. 3 we wprowadzeniu do wyliczenia oraz w art. 36b w ust. 2 skreśla się wyrazy „lub kryteriów selekcji”; Zgodnie z art. 25a ust. 3 Pzp na kanwie aktualnie obowiązujących przepisów brzmi następująco: „Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu:

1) składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.

8;

2) zamieszcza informacje o tych podmiotach w oświadczeniu, o którym mowa w ust. 1 - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.”. Przepis art. 22a Pzp stanowi, że: „Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.”

Oznacza to, że w postępowaniach dwuetapowych wykonawcy mogą polegać za zasobach podmiotów trzecich wyłącznie w celu wykazania spełniania minimalnych warunków

udziału w postępowaniu - nie mogą korzystać z nich dla zwiększenia liczby punktów w ramach kryteriów selekcji i zakwalifikowania się na krótką listę. UZP w opinii pn.

„Kwalifikacja podmiotowa wykonawców” (dostępna na stronie: www.uzp.gov.pl) akcentuje, że: „Zobowiązanie podmiotu trzeciego albo inny dokument, służący wykazaniu udostępnienia wykonawcy potencjału przez podmiot trzeci w zakresie określonym w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, stanowi potwierdzenie, że określony potencjał dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu został wykonawcy faktycznie udostępniony.”. W Informatorze UZP nr 11/2011 w publikacji: „Zagadnienie dysponowania przez wykonawców zasobami podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w świetle nieprawidłowości stwierdzonych w świetle wyników kontroli oraz ustaleń postępowań wyjaśniających przeprowadzonych przez Prezesa UZP”, gdzie na str. 23 wskazano, że: „Ponadto, jak już wcześniej wskazano, zgodnie z ww. przepisem wykonawca powołuje się jedynie na niezbędne do realizacji zamówienia zasoby podmiotu trzeciego. Powyższe prowadzi do wniosku, że zarówno na gruncie wykładni literalnej, jak też celowościowej powoływanie się przez wykonawcę na potencjał podmiotu trzeciego jedynie w celu zwiększenia swoich szans na zakwalifikowanie się do kolejnego etapu w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Innymi słowy, zamawiający - w przypadku, gdy wykonawca w postępowaniu prowadzonym np. w trybie przetargu ograniczonego, powołuje się na potencjał (np. doświadczenie) wielu podmiotów, wykazując w ten sposób spełnianie warunków udziału w postępowaniu w stopniu wyższym, niż wynika to z minimalnych wymogów określonych w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu - nie powinien uwzględniać takiego potencjału w punktacji przyznanej w ramach ocen spełniania warunków udziału w postępowaniu (nie powinien

przyznawać dodatkowych punktów).". Publikacja została wydana w oparciu o brzmienie nieobowiązujących już przepisów, ale w świetle zaistniałego stanu faktycznego należy uznać, iż pozostaje ona aktualna. W piśmiennictwie prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym:

„wykonawca nie może korzystać z podwykonawcy, czy też raczej z zasobu podmiotu • trzeciego, który będzie brał udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca w zakresie kryteriów oceny ofert w celu otrzymania wyższej liczby punktów.” [yide: M. Mikulska - Nowacka, "Czy wykonawca może korzystać z zasobów podmiotu trzeciego w zakresie kryterium oceny ofert w celu otrzymania największej liczby punktów?", QA 807703, LEX 2017).

• „*Nowy art. 22a p.z.p. wskazujący na możliwość powołania się na potencjał podmiotu trzeciego mówi o powołaniu się na taki potencjał wyłącznie w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu.*” (Monitor Zamówień Publicznych nr 2016/10, s. 36-38).

10

W świetle powyższego nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że Zamawiający dokonując oceny doświadczenia Wykonawcy w ramach kryterium selekcji dokonał naruszenia przepisów Pzp. Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności kwalifikacji wykonawców z 09.06.2017 r. oraz dokonanie ponownej oceny i badania ofert w ramach ww. kryterium oraz przyznanie Wykonawcy 0 pkt. Powyższe powinno skutkować zaproszeniem Odwołującego do złożenia oferty.

Zamawiający w dniu 14.06.2017 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 22.06.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) przez Voltea Poland Sp. z o.o. sp.k. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Izba nie uznała skuteczności zgłoszonego przystąpienia z uwagi na upływ 3 dniowego terminu – art. 185 ust. 2 Pzp. W tym zakresie liczy się data wpływu zgłoszenia co miało miejsca dopiero 22.06.2017 r., nadto nie wykazano w terminie 3 dniowym umocowania osoby podpisującej zgłoszenie. Dodatkowe uzasadnienie w dalszej części uzasadnienia.

W dniu 03.07.2017 r. (e-mailem), a w dniu 04.07.2017 r. (oryginał na posiedzeniu) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił, jak oświadczył w piśmie, że częściowo uwzględnił zarzuty. Stwierdził, że: 1. uwzględnił część zarzutów postawionych w odwołaniu w zakresie nieprawidłowej oceny ofert wykonawców w ramach kryterium selekcji wykonawców; 2. wnosil o odrzucenie w trybie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp odwołania w zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Voltea Poland Spółka z o.o. Sp. k. a w sytuacji nieuwzględnienia wniosku określonego w pkt 2, wnosil o: a) oddalenie odwołania w części dot. zarzutu zaniechania wykluczenia Wykonawcy Voltea Poland Sp. z o.o. Sp. k.

Stanowisko Zamawiającego w przedmiocie zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Voltea Poland Sp. z o.o. Sp. k. - pkt 1, 2 i 3. Procedowane postępowanie prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego o wartość zamówienia niższej od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Tym samym odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności enumeratywnie wskazanych w art. 180 ust. 2 pkt 1-6 Pzp. Odwołujący wskazał jako podstawę złożenia odwołania art. 180 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. podniósł, iż został wykluczony z postępowania w efekcie nieprawidłowo dokonanej preselekcji wykonawców spełniających warunki udziału

11

w postępowaniu, która została dokonana z powodu większej liczby uczestniczących w postępowaniu wykonawców (ponad trzech), którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu (art. 60d ust. 3 Pzp). Odwołanie w tej części dotyczy czynności zaniechania wykluczenia wykonawcy Voltea Poland Sp. z o.o. Sp. k., który zdaniem Odwołującego nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i winien zostać wykluczony przy uwzględnieniu przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp. Zatem w uszczegółowieniu

zarzutu nieuzasadnionego wykluczenia, Odwołujący wskazał dodatkowo - oprócz nieprawidłowo dokonanej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w ramach kryterium selekcji - również dokonanie niezgodnych z Pzp czynności Zamawiającego polegających na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Voltea Poland Sp. o. o. Sp. k. z siedzibą w Łochowie, które to czynności zdaniem Zamawiającego nie są tożsame z czynnościami wykluczenia Odwołującego, o których mowa w art 60d ust. 3 Pzp, i nie mogą być uwzględniane w kontekście art. 180 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający wskazuje, że wyłączną podstawą wykluczenia Odwołującego była dokonana ocena złożonych wniosków przez Wykonawców w oparciu o wskazane przez Zamawiającego kryteria selekcji i w tym wyłącznie zakresie należałoby rozpatrywać odwołanie, pomimo, że zasadnicza treść odwołania skupia się na zarzucie zaniechania wykluczenia wykonawcy Voltea Poland Sp. z o.o. Sp. k. Zdaniem Zamawiającego tak sformułowane zarzuty, przy uwzględnieniu zapisów art. 180 ust 2 Pzp, nie mogły stanowić podstaw do złożenia odwołania, a tym samym podlega ono odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp w brzmieniu ustalonym nowelizacją z 22 czerwca 2016 r. (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Izba odrzuca odwołanie, jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 Pzp. W powołanym art. 180 ust. 2 Pzp wskazano wyraźnie, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności enumeratywnie wymienionych, mianowicie:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołanie dotyczy zaniechania wykluczenia innego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17. Tego typu czynności nie ma w przywołanym katalogu, tym samym należy stwierdzić, że Pzp nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie

12

takiego rozstrzygnięcia. Takie stanowisko zostało kilkakrotnie wskazywane przez KIO, chociażby w uzasadnieniu postanowienia z 15.09.2016 r., sygn. akt: KIO 1674/16, gdzie Izba wskazała, co następuje: „*Analiza treści obowiązującego przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp i użycia w nim sformułowania "czynność wyboru najkorzystniejszej oferty" prowadzi zdaniem Izby do wniosku, że pod pojęciem tym nie kryje się zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania i zaniechanie czynności odrzucenia oferty, a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.*”. Biorąc pod uwagę, iż zdaniem Zamawiającego zarzuty przedstawione w odwołaniu nie mieszczą się w katalogu z art. 180 ust. 2 Pzp, - odwołanie winno zostać w tym zakresie odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp. Konkludując, w sytuacji, gdy Zamawiający uwzględnił w całości zarzut dot. nieprawidłowej oceny wniosków Wykonawców w ramach kryteriów selekcji, co skutkuje unieważnieniem czynności zaproszenia do udziału w dialogu konkurencyjnym i powtórzeniem czynności w tym zakresie - należy uznać, że wyłączna przesłanka stanowiąca podstawę do złożenia odwołania, na którą powołuje się Odwołujący, tj. art. 180 ust. 2 pkt 3 Pzp ustąpiła. Nadto - zdaniem Zamawiającego - Odwołujący w sposób nieuprawniony zarzucając wykluczenie wskazuje i zarzuca czynności, na które Odwołującemu nie przysługuje odwołanie.

Stanowisko Zamawiającego w przedmiocie wniosku o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Voltea Poland Sp. z o.o. Sp. k. uwzględniając zapisy art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp. Zamawiający w prowadzonym postępowaniu w zakresie postawionych warunków udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej określił m.in. następujący warunek udziału w postępowaniu, którego na podstawie posiadanych przez Zamawiającego środków dowodowych - zdaniem Odwołującego - Voltea Poland Sp. z o.o. Sp. k. nie spełnia, tj.:

a) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie

zrealizował co najmniej:

- 1 zamówienie, które polegało na zaprojektowaniu (łącznie z systemem sterowania/zarządzania infrastrukturą oświetleniową) modernizacji systemu oświetlenia ulicznego, które zostało wdrożone lub zaprojektowaniu i wdrożeniu, tj. remoncie lub lub modernizacji (wymiana opraw oświetleniowych) systemu oświetlenia przebudowie, ulicznego obejmującego co najmniej 500 sztuk punktów świetlnych oświetlenia ulicznego - łącznie z systemem sterowania/zarządzania infrastrukturą oświetleniową, lub:
- 3 zamówienia, które polegały na zaprojektowaniu (łącznie z systemem sterowania/zarządzania infrastrukturą oświetleniową) modernizacji systemu oświetlenia

13

ulicznego, które zostało wdrożone lub zaprojektowaniu i wdrożeniu, tj. remoncie lub przebudowie, lub modernizacji (wymiana opraw oświetleniowych) systemu oświetlenia ulicznego obejmującego łącznie 500 sztuk punktów świetlnych oświetlenia ulicznego (przy czym poszczególne zamówienia powinny bezwzględnie obejmować nie mniej niż 150 sztuk punktów świetlnych każde) - łącznie z systemem sterowania/zarządzania infrastrukturą oświetleniową;

b) w efekcie realizacji przedsięwzięcia/przedsięwzięć, o których mowa w pkt a) uzyskano wskaźnik poziomu oszczędności na poziomie minimum 10%;

Odwolujący podniósł, że Wykonawca - Voltea Poland Sp. z o.o. Sp. k. nie spełnia postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Voltea Poland Sp. z o.o. Sp. k. wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na wybór partnera dla przedsięwzięcia wskazał - polegając na udostępnionych zasobach podmiotu trzeciego - doświadczenie PPHU Master-Spark Usługi Elektryczne i Budowlane S. K., ul. Świerczewskiego 1, 11-210 Sępólno:

Wykaz wskazanych robót budowlanych obejmuje zadanie: Wdrożenia energooszczędnego i inteligentnego oświetlenia ulicznego w Krasnystawie", tj. wymianę 1738 szt. opraw oświetleniowych i modernizację oraz budowę 55 szt. szaf sterowniczych. Wartość robót budowlanych brutto wynosi 478 465,08zł. Za błędny uznał zarzut Odwołującego wskazujący, że wskazany przez Wykonawcę wykaz robót: „nie spełnia warunku w brzmieniu wskazanym w ofercie, gdyż nie obejmowało projektowania (łącznie z systemem sterowania / zarządzania infrastrukturą oświetleniową) modernizacji systemu oświetlenia ulicznego". Wskazał pełne brzmienie postawionego warunku w tym zakresie zawiera: „wykonanie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizował co najmniej: - 1 zamówienie, które polegało na zaprojektowaniu (łącznie z systemem sterowania/zarządzania infrastrukturą oświetleniową) modernizacji systemu oświetlenia ulicznego, które zostało wdrożone lub zaprojektowaniu i wdrożeniu, **tj. remoncie lub przebudowie, lub modernizacji (wymiana opraw oświetleniowych)** systemu oświetlenia ulicznego obejmującego co najmniej 500 sztuk punktów świetlnych oświetlenia ulicznego - łącznie z systemem sterowania/zarządzania infrastrukturą oświetleniową".

Stawianie kryteriów podmiotowych służyć ma Zamawiającemu przede wszystkim w wyłonieniu podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia, a tym samym ograniczeniu do minimum możliwości powstania sytuacji, w której wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia z należytą starannością.

14

Za wyrokiem KIO z 17.11.2014 r., sygn. akt: KIO 2254/14 oraz uchwałą KIO z 11.03.2014 r. KIO/KU 18/14 - Celem stawiania warunków udziału w postępowaniu jest zbadanie potencjału wykonawcy pod kątem udźwignięcia obowiązku realizacji przedmiotu zamówienia i to w sposób należyty. Stąd też nieuprawnione są próby interpretacji warunku udziału w postępowaniu w sposób całkowicie oderwany od przyczyn, dla których warunki są formułowane.

1. Dokonany przez zamawiającego opis warunków udziału może ograniczać udział w postępowaniu tylko takich wykonawców, którzy nie spełniając wymaganych warunków podmiotowych nie dają rękojmi należytej realizacji zamówienia. Tym samym zamawiający winien określić niezbędny poziom spełniania warunków podmiotowych odnosząc je do zakresu, wartości i stopnia skomplikowania przedmiotu zamówienia.

2. Opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może powodować wyłączenia z udziału wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Nieprawidłowe jest na tyle rygorystyczne opisanie warunków udziału w postępowaniu, iż nie można ich uzasadnić potrzebami danego zamówienia i zamawiającego.

3. Przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Użyte przez ustawodawcę sformułowanie oznacza, że dostęp do zamówienia powinni mieć zapewniony wszyscy wykonawcy, którzy spełniają podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia niekoniecznie zaś wymogi wygórowane, tj. takie, których spełnienie nie jest konieczne do wykazania zdolności do realizacji zamówienia.

4. Poranek proporcjonalny to taki, który w najmniejszym stopniu ogranicza prawa i interesy innych podmiotów, wg słownika języka polskiego "proporcjonalny" oznacza "określony stosunek części do całości lub jakiejś wielkości". W zamówieniach tą całością jest wartość zamówienia. Zamawiający w sposób świadomy dokonał wyboru, a następnie uszczegółowienia i doprecyzowania rodzaju oraz zakresu prac, poprzez ich wytypowanie w sposób rozszerzający, a nie zawężający krąg podmiotów potencjalnie zainteresowanych przystąpieniem do postępowania. W kontekście przedmiotu postępowania tak doprecyzowany wymóg wiedzy i doświadczenia przy jego spełnieniu przez Wykonawcę daje na tym etapie Zamawiającemu gwarancję efektywnego i profesjonalnego przeprowadzenia dialogu, a następnie złożenia ofert Zdaniem Zamawiającego niedopuszczalnym byłoby - w kontekście przedmiotu zamówienia i charakterystyki postępowania - wyłącznie literalne i zbyt rygorystyczne interpretowanie postawionych warunków. Powodowałoby to nieuzasadnione wykluczenie Wykonawców z postępowania i taka wykładnia została zastosowana w odniesieniu do wszystkich jego uczestników. Zamawiający uznał podejście „prowykonawcze” przy zachowaniu równości wszystkich podmiotów za priorytetowe. Warto

15

zaznaczyć, że wybór trybu postępowania z uwagi na jego charakter nie był przypadkowy i celem wyłonienia podmiotów biorących udział w dialogu konkurencyjnym było przede wszystkim posiadane doświadczenie w realizacji przedsięwzięć, które swoim zakresem, charakterem odpowiadają przedmiotowi postępowania, a postawione i wykazane warunki udziału są minimalne (art. 22d ust. 1 Pzp). W postawionych warunkach Zamawiający nigdzie nie sformułował wymogu uprzedniego wykonania np.: projektu technicznego (na co powołuje się w uzasadnieniu Odwołujący, przytaczający poświadczenie wykonania robót przez SAG Elbud Gdańsk S.A.). Wskazana w warunkach udziału, jak i w zakresie prac wykonanych przez wykonawcę Voltea Poland Sp. z o.o. Sp. k. modernizacja *wymiana jako unowocześnienie, ulepszenie, trwałe ulepszenie, prowadzące do zwiększenia jego wartości użytkowej czy też parametrów technicznych* wypełnia postawiony przez Zamawiającego warunek, który jest adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Tym bardziej, że warunek ten powiązany był z warunkiem osiągnięcia minimum 10% oszczędności, co już samo w sobie potwierdza konieczność przeprowadzenia szeroko rozumianych prac projektowych o chociażby analitycznym i koncepcyjnym charakterze.

Stanowisko Zamawiającego.

Voltea Poland Sp. z o.o. Sp. k. wraz z wykazem robót przedstawił poświadczenie ich wykonania wystawione przez Zamawiającego - Miasto Krasnystaw. Zamawiający wskazuje, że wystawiony dokument potwierdza, że PPHU Master-Spark Usługi Elektryczne i Budowlane S. K., ul. Świerczewskiego 1, 11-210 Sępólno jako podwykonawca dla SAG Elbud Gdańsk S.A., ul. Marynarki Polskiej 87, 80-577 Gdańsk wykonało w ramach umowy nr ZP 01/02/2015 z 27.01.2015r. w ramach przedsięwzięcia „Wdrożenia energooszczędnego i inteligentnego oświetlenia ulicznego w Krasnystawie” następujące prace budowlane:

- wymianę 1695 opraw ulicznych na oprawy LED,
- wymianę 43 opraw ozdobnych na oprawy LED,
- wymianę 738 wysięgników,
- malowanie 960 wysięgników,
- montaż zabezpieczeń i oprzewodowania opraw,
- modernizację 29 szt. istniejących szaf sterowania na istniejącym fundamencie,
- budowę 17 szt. szaf napowietrznych SON na słupach stacyjnych,
- budowę 9 szt. nowych szaf kablowych na ścianach stacji trafo;

- uruchomienie oświetlenia,
- utylizację zdemontowanych materiałów,
- wykonanie dokumentacji powykonawczej,
- wykonanie inwentaryzacji powykonawczej.

16

Nadto, Wykonawca przedstawił w konsekwencji wezwania Zamawiającego z 05.04.2017r. - poświadczenie Miasta Krasnystaw z 11.04.2017r., że w wyniku realizacji przedsięwzięcia „*Wdrożenia energooszczędnego i inteligentnego oświetlenia ulicznego w Krasnystawie*” zużycie energii zmniejszyło się o około 40%. Tym samym Zamawiający uznał, że warunki udziału w postępowaniu w tym zakresie zostały spełnione. Dodatkowo, wskazał, że przywołane i wskazane przez Wykonawcę zadanie „*Wdrożenia energooszczędnego i inteligentnego oświetlenia ulicznego w Krasnystawie*” realizowane było na podstawie umowy ZP 01/02/2015 z 27.01.2015 r., zawartej pomiędzy Miastem Krasnystaw a SAG Elbud Gdańsk S.A., poprzedzonej postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego (nr ogłoszenia 232265-2014 z 05.11.2014.), którego przedmiot obejmował również budowę centrum zarządzania oświetleniem, a tym samym wypełnia to wymóg realizacji zadania łącznie z systemem sterowania/zarządzania infrastrukturą oświetleniową, jaki został postawiony przez Zamawiającego. Odwołujący przyjął, zdaniem Zamawiającego, błędne założenie konstruując uzasadnienie zarzutu braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Voltea Poland Sp. z o.o. Sp. k. opierając je w głównej mierze na treści wniosku i dokumentach oraz oświadczeniach złożonych przez innego Wykonawcę, tj. SAG ELBUD Gdańsk S.A., który wykazał w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu dwa zadania zrealizowane na rzecz Miasta Krasnystaw. Zamawiający przy poszanowaniu zasady równego traktowania wykonawców i przyjętej identycznej interpretacji wobec wszystkich Wykonawców uznał, że dwa zadania wskazane przez SAG ELBUD Gdańsk S.A. odpowiadały postawionym przez Zamawiającego warunkom, zostały uwzględnione i tym samym spełnione zostały warunki udziału Wykonawcy w tym zakresie. Wobec czego podniesiona przez Odwołującego (zarzut nr 5) argumentacja odpowiednio nie znajduje podstaw do jej uwzględnienia - w odniesieniu do Voltea Poland Sp. z o.o. Sp. k.

Zasygnalizowania również wymaga Odwołującemu fakt, że Zamawiający posiadał w dokumentacji postępowania poświadczenie należytego wykonania robót budowlanych w ramach umowy ZP 01/02/2015 z 27.01.2015 wystawione na rzecz głównego Wykonawcy ELBUD Gdańsk S.A., z którego wynika, że roboty stanowiące również przedmiot podwykonawstwa realizowanego przez PPHU Master-Spark Usługi Elektryczne i Budowlane S. K., ul. Świerczewskiego 1, 11-210 Sępólno zostały wykonane należyście i zgodnie ze sztuką budowlaną. Wobec czego Zamawiający nie zgadza się z argumentacją Odwołującego, jakoby Zamawiający nie posiadał wystarczających środków dowodowych potwierdzających, że wskazane roboty zostały wykonane należyście i zgodnie ze sztuką budowlaną. Zamawiający winien uwzględniać wszystkie posiadane i powzięte informacje, a z uwagi na fakt, że Zamawiający Miasto Krasnystaw potwierdził, że roboty zostały

17

wykonane należyście i zgodnie ze sztuką budowlaną. Zamawiający mógł potwierdzić na podstawie posiadanych środków dowodowych, okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp. Pamiętać bowiem należy, że celem znolizowanych przepisów jest m.in. ograniczenie obowiązków formalnych ze strony wykonawcy. Nadmierne i nieuzasadnione żądanie dokumentów od wykonawców może stanowić utrudnienie dostępu do zamówienia publicznego wykonawcom. Z tego względu ustawodawca wskazuje, iż zamawiający może żądać dokumentów i oświadczeń dla niego niezbędnych (art. 25 ust. 1). O tym, jaki dokument jest niezbędny co do zasady decyduje zamawiający (<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/dokumenty-potwierdzajace-speelnianie-warunkow-udzialu-w-postepowaniu-o-udzielenie-zamowienia-publicznego>).

Stanowisko Zamawiającego w przedmiocie uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu w zakresie nieprawidłowej oceny ofert wykonawców w ramach kryterium selekcji wykonawców. Odwołujący zarzucił, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny Wykonawców w ramach kryterium selekcji jako, że uwzględnił przy ocenie Wykonawcy

Voltea Poland Sp. z o.o. Sp. k. doświadczenie podmiotu trzeciego, na którego potencjał powołuje się Wykonawca. Poleganie na potencjale podmiotów trzecich w postępowaniach wieloetapowych budzi od lat szereg kontrowersji. Jednym z kluczowych elementów tego typu postępowań (w tym dialogu konkurencyjnego) jest ograniczenie liczby potencjalnych wykonawców, którzy zostaną dopuszczeni do właściwego etapu, czyli wyłonienie podmiotów z uwagi na swoją wiedzę i doświadczenie będą najlepiej przygotowane do realizacji zamówienia. W myśl znowelizowanych przepisów Pzp (art 62 ustawy z 21 października 2016r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi - Dz.U. z 2016, poz. 1920 ze zm) - pomimo wcześniejszej ich niejednoznaczności - obecnie wykreślenie w art. 25a ust. 3 i 36a ust. 2 Pzp odwołań do „*kryteriów selekcji*” wskazuje na celowe wykluczenie przez ustawodawcę możliwości powoływania się na potencjał obcy w celu uzyskania wyższej pozycji w rankingu wykonawców, choć aktualna redakcja tych przepisów nadal nie usuwa wszystkich wątpliwości we wskazanym zakresie. Istnieje bowiem nadal szereg wątpliwości przede wszystkim w odniesieniu do zachowania Zamawiającego w sytuacji, kiedy selekcja wykonawców zostaje oparta wyłącznie na kryteriach tożsamyh z warunkami udziału w postępowaniu. Takich wątpliwości nie rozstrzygają również przepisy dyrektywy 2014/24/UE, które nie wykluczają wprost możliwości powoływania się na potencjał podmiotów trzecich. Zgodnie z Jednolitym Europejskim Dokumentem Zamówienia, poleganie na potencjale podmiotu trzeciego może odnosić się zarówno do warunków udziału w postępowaniu, jak i do kryteriów selekcji. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE, w tym w szczególności wyrokiem TSUE z 7 kwietnia 2016r. w sprawie C-324/14 (wydany na gruncie dyrektywy 2004/18/WE) poleganie na potencjale podmiotów

18

trzecich ma służyć przede wszystkim otwarciu zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję. Zamawiający może jednak w szczególnych okolicznościach do celów prawidłowego wykonania tego zamówienia wskazać szczegółowe zasady, zgodnie z którymi wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów pod warunkiem, że takie zasady są związane z przedmiotem i celami danego zamówienia oraz proporcjonalne.

Znowelizowane przepisy Pzp wprost wskazują obowiązek realnego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Zatem można przyjąć również za słuszny pogląd, iż sytuacji kiedy warunki udziału i kryteria selekcji są tożsame, a jednocześnie zagwarantowany jest faktyczny udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia - może to być dopuszczalne w kontekście np. preselekcji wykonawców w postępowaniach wieloetapowych. Takie podejście wydaje się być szczególnie uzasadnione np. w projektach realizowanych w partnerstwie publiczno-prywatnym, które z uwagi na swoją specyfikę, zasady finansowania, okres obowiązywania realizowane są przy udziale spółek celowych, utworzonych w związku z konkretnym przedsięwzięciem, a tym samym nieposiadające własnych doświadczeń (za: Tomasz Michalczy, Michał Wojciechowski, senior associate w Praktyce Infrastruktury i Energetyki, kancelaria Domański Zakrzewski Palinka, Rzeczpospolita, 13.12.2016r.). Voltea Poland SP. z o.o. Sp. k. wyłącznie powołał się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu na potencjał podmiotu trzeciego, tj. PPHU Master-Spark Usługi Elektryczne i Budowlane S. K., ul. Świerczewskiego 1, 11-210 Sępólno, który nie może zostać jednocześnie uwzględniony przy prekwalifikacji w ramach kryteriów selekcji i zakwalifikowania w konsekwencji Wykonawcy na „krótką listę” uczestników dialogu. Pomimo przedstawionych wątpliwości, kierując się zasadą racjonalnego ustawodawcy, który dokonał zmiany przepisów w konkretnym celu, tj. wykreślając z art. 25 ust. 3 i 36a ust. 2 Pzp zwrot „*lub kryteriów selekcji*” wskazał, że doświadczenie podmiotu trzeciego nie powinno być w ramach tych kryteriów uwzględniane.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Należy zauważyć, że kwestia braku interesu w kontekście częściowego uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego była przedmiotem analizy ze

doraźnych interesów jakiegokolwiek ze stron, lecz całości okoliczności w sprawie. Nie można oceniać aktualnego stanu rzeczy w kontekście nowej przyszłej czynności, którą wykona Zamawiający. Izba wskazuje także, że niejednokrotnie ma miejsce sytuacja, że Zamawiający w ostatecznym rozrachunku nie wykonuje dokonanego uwzględnienia (liczne odwołania na niewykonanie uwzględnienia dokonanego przez Zamawiającego lub wykonanie niezgodnie z żądaniami), tudzież w między czasie wykonuje inne czynności które w ostateczności mogą wpłynąć negatywnie na sytuację Odwołującego w postępowaniu (nie zostać zaproszony do kolejnego etapu), stąd Izba uznała, że Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę, jeśli nie uzyska czynności Zamawiającego skutkującej wykluczeniem Voltea Poland Sp. z o.o. Sp. k. z udziału w postępowaniu.

Dodatkowo, Izba podnosi, że przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp stanowią samodzielne przesłanki dopuszczalności odwołania o charakterze mawierialno - prawnym. Ich brak oznacza oddalenie odwołania, bez konieczności odnoszenia się do zarzutów podniesionych w odwołaniu (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Lublinie z 05.05.2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08 - Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze - M. Stręciwilk red. Zeszyt nr 4, str.122, teza 197) /za wyrokiem KIO z 30.12.2014 r., sygn. akt: KIO 2640/14, sygn. akt: KIO 2651/14, sygn. akt: KIO 2652/14, czy też wyrokiem KIO z 23.03.2017 r., sygn. akt: KIO 450/17, sygn. akt: KIO 462/17/. Przy czym, Izba kierując się zawartym w tym orzeczeniu sądu okręgowego stanowiskiem - "może, ale nie musi" - odnieść się merytorycznie do zarzutów. Z uwagi na charakter tych zarzutów Izba byłaby zmuszona to uczynić w tym stanie faktycznym, co jednakże wobec uznania zaistnienia interesu nie było konieczne w tym trybie.

Odnosnie zaś kwestii, czy podstawą wniesionego odwołania był art. 180 ust. 2 pkt 3 Pzp, czyli czynność wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, czy też art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp, Izba wskazuje jednoznacznie na art. 60 d ust. 3 Pzp. Powyższe wskazuje, że formalnego punktu widzenia racje ma Odwołujący w zakresie uznania, że podstawą była czynność wykluczenia Odwołującego. Odnosnie, zaś kwestii zaniechania wykluczenia innego wykonawcy na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12, 16 i 17 Pzp, Izba stwierdza, że jako sąd I instancji w rozumieniu prawa europejskiego /sąd krajowy w rozumieniu art. 267 TFUE - wyrok ETS z dnia 13.12.2012 r., sygn. sprawy C-465/11 Forposta i ABC Direct Contact/ przyjęła jako wiążące większościowe stanowisko sądów powszechnych II instancji wyrażone, co do sposobu rozumienia wyboru oferty najkorzystniejszej (art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp).

Izba nie dopuściła zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego - Voltea Poland Sp. z o.o. Sp. k. Nie załączono do zgłoszonego przystąpienia dokumentu rejestrowego dla osoby podpisującej, w tym wypadku udzielającej pełnomocnictwa. W konsekwencji, z uwagi na brak wykazania w terminie na

zgłoszenie przystąpienia umocowania do reprezentacji dla osoby podpisującej zgłoszone przystąpienie było nieskuteczne. Należy zauważyć w kontekście umocowania, że w odróżnieniu od odwołania, przystąpienie nie podlega uzupełnieniu. Podobnie w wyroku KIO z dnia 08.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1286/14, wyroku KIO z dnia 15.04.2014 r., sygn. akt: KIO 518/14, wyroku KIO z dnia 10.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2716/13, postanowienie z dnia 05.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2703/13, czy też wyroku KIO z dnia 08.11.2013 r., sygn. akt: KIO 2525/13. (za wyrokiem KIO z 15.10.2014 r., sygn. akt: 2013/14), jak i w wyroku KIO z 27.04.2015 r., sygn. akt: 721/15, sygn. akt: KIO 741/15, czy też w wyroku KIO z 12.04.2017 r., sygn. akt: 567/17, sygn. akt: KIO 660/17. Jednocześnie Izba wskazuje, że wbrew twierdzeniom Voltea Poland Sp. z o.o. Sp. k., zgłoszone przystąpienie jest nieskuteczne także z uwagi na przekroczenie terminu wynikającego z art. 185 ust. 2 Pzp, zgodnie bowiem z informacją od Zamawiającego Konsorcjum zostało poinformowane 14.06.2017 r. zaś, zgłoszenie wpłynęło do Prezesa Izby 22.06.2017 r. (czwartek), czyli po upływie terminu 3 dniowego od otrzymania kopii odwołania, w przedmiotowym zakresie ma zastosowanie teoria doręczenia, nie ma zaś znaczenia data nadania - stempla na kopercie. Twierdzenia, Voltea Poland Sp. z o.o. Sp. k. z posiedzenia, że miało to miejsce w poniedziałek 19.06.2017 r. jest niezgodne z stanem faktycznym. (podobnie w wyroku

z 26.01.2017 r., sygn. akt: KIO 98/17).

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, wniosku Voltea Poland Sp. z o.o. Sp. k., wezwania z 05.04.2017 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, treść dokonanego uzupełnienia - poświadczenie z 11.04.2017 r., wniosku SAG Elbud S.A. (oryginał), jak i informacji o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu z 09.06.2017 r.

Nadto, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego przekazany przez Zamawiającego na rozprawie na okres wydania orzeczenia i sporządzenia uzasadnienia oryginalny wniosek firmy SAG Elbud S.A.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego:

- 1) wyciąg z wniosku SAG Elbud Gdańsk Sp. z o.o.;
- 2) wyciąg z wniosku Voltea Poland Sp. z o.o. Sp. k.;
- 3) ogłoszenie o zamówieniu pn. „Wdrożenia energooszczędne i inteligentnego oświetlenia ulicznego w Krasnymstawie” – 1 etap;

21

4) ogłoszenie o zamówieniu pn. „Wdrożenia energooszczędne i inteligentnego oświetlenia ulicznego w Krasnymstawie” – 2 etap.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, odpowiedź na odwołanie zawierające m.in. uwzględnienie częściowe, a nadto stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie w części zarzutów, w innej części zarzuty są zasadne.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z postępowania pomimo, iż nie wykazał się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu,
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z postępowania pomimo, że złożył w Wykazie robót nieprawdziwe informacje co do zakresu doświadczenia podmiotu, na których zasoby się powołuje, tj. spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu,
- 3) art. 25a ust. 1 Pzp w zw. z art. 60d ust. 2 Pzp poprzez przyznanie Wykonawcy punktów (kryterium podstawowe 5 pkt, kryterium dodatkowe 1738 pkt) w ramach kryteriów selekcji wykonawców w sytuacji, gdy Wykonawca ten powinien otrzymać 0 pkt z uwagi na okoliczność, iż doświadczenie, na które się powołuje, stanowi zasób podmiotu trzeciego,
- 4) art. 60d ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie zaproszenia Odwołującego do udziału w dialogu konkurencyjnym,
- 5) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. Istotna jest przywołana w obu pismach treść ogłoszenia o zamówieniu w Sekcji III w pkt III.1.3) lit. a) i b) co do koniecznej do wykazania zdolności technicznej lub zawodowej oraz w Sekcji III w pkt III. 5.1 co do dokumentów koniecznych do składania przez wykonawcę w postępowaniu w celu potwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Następnie treść wniosku Voltea Poland Sp. z o.o. Sp. k. – wykaz robót (str. 14) oraz potwierdzenie z 12.08.2016 r. (str. 15). Powyższe dokumenty były złożone w oparciu o oświadczenie o udostępnieniu Voltea Poland Sp. z o.o. Sp. k. zasobów firmy S. K. prowadzący działalność

22

r. wezwał w pkt 3 do uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 Pzp m.in. co do wykazu robót budowlanych. Stwierdził, że wykaz z wniosku oraz załączone potwierdzenie nie potwierdzają spełnienia postawionego warunku w zakresie zaprojektowania modernizacji oświetlenia ulicznego lub zaprojektowania i wdrożenia lub modernizacji systemu oświetlenia ulicznego. Nadto, nie wskazano w efekcie realizacji przedsięwzięcia/przedsięwzięć uzyskanego wskaźnika poziomu oszczędności na poziomie 10%. W odpowiedzi dostarczono w tym zakresie poświadczenie z 11.04.2017 r. zawierające wskazanie co do zmniejszenia zużycia energii o ok. 40%. Nadto, znajdowała się tam informacja, że PPHU Master-Spark Usługi Elektryczne i Budowlane S. K. realizowała wykazywane zadanie jako podwykonawca SAG Elbud Gdańsk S.A. Odesłano też tam co do zakresu prac wykonanych do umowy nr 32/15/2938 PDW z 09.03.2015 r. między tymi podmiotami. Dodatkowo istotna jest treść wniosku SAG Elbud Gdańsk S.A. – wykaz robót (str. 10-11) oraz dwa poświadczenia ze str. 12 wniosku.

W zakresie zarzutu uwzględnionej informacji znajdują się także w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie.

Izba odnieść się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania kolejnych zarzutów w zakresie podtrzymanym na posiedzeniu przez Odwołującego.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zaś pozostałych zarzutów, Izba stwierdził co następuje:

Zamawiający uwzględnił w odpowiedzi na odwołanie zarzut trzeci i związane z nim wnioski, a w postępowaniu nie było Przysępującego po stronie Zamawiającego – art. 186 ust. 3a, 4 i 4a Pzp.

W konsekwencji wobec uwzględnienia w tym zakresie zarzutów odwołania przez Zamawiającego i zobowiązania się do działania zgodnie z wnioskami Odwołującego, jak i wobec braku Przysępującego po stronie Zamawiającego, Izba umorzyła postępowania w tym zakresie, jak w sentencji.

Względem zarzutu pierwszego, Izba uznała że w/w zarzut został potwierdzony.

Izba po analizie złożonego w postępowaniu materiału dowodowego uznała, że Voltea Poland Sp. z o.o. Sp. k. nie spełnia wymogu w zakresie oczekiwanego przez Zamawiającego

23

doświadczenia. Należy podkreślić (skupiając się na elementach spornych), iż konieczne było wykazanie się:

- zaprojektowaniem (łącznie z systemem sterowania/zarządzania infrastrukturą oświetleniową) modernizacji systemu oświetlenia ulicznego lub
- zaprojektowaniem i wdrożeniem, tj. remoncie lub przebudowie, lub modernizacji (wymiana opraw oświetleniowych) systemu oświetlenia ulicznego – łącznie z systemem sterowania/zarządzania infrastrukturą oświetleniową). Inaczej mówiąc konieczny był element projektowy dotyczący modernizacji systemu oświetlenia ulicznego łącznie z systemem sterowania/zarządzania infrastrukturą oświetleniową albo projektowy i realizacyjny wymiana opraw oświetleniowych) systemu oświetlenia ulicznego – łącznie z systemem sterowania/zarządzania infrastrukturą oświetleniową.

W przedmiotowym stanie faktycznym, Voltea Poland Sp. z o.o. Sp. k. nie sprostала temu obowiązkowi, wykazane doświadczenie nie zawiera elementu projektowego, a jedynie wdrożeniowy. Przy czym ponownie Izba podkreśla, że konieczne było wykazanie się albo samym zaprojektowaniem albo alternatywnie zaprojektowaniem i wdrożeniem modernizacji oświetlenia razem (łącznie) z systemem sterowania/zarządzania infrastrukturą oświetleniową. Kwestia projektowa była z całą pewnością realizowana dopiero w ramach II etapu, w którym Voltea Poland Sp. z o.o. Sp. k. nie uczestniczył, a uczestniczył SAG Elbud Poland S.A. Podobnie, kwestia modernizacji oświetlenia, ale z systemem sterowania. W etapie w którym uczestniczył Voltea Poland Sp. z o.o. Sp. k. miała miejsce jedynie modernizacja oświetlenia, ale nie systemu sterowania/zarządzania infrastrukturą oświetleniową.

Należy wskazać, że Wykonawca nic nowego nie przedstawił w wyniku wezwania do uzupełnienia za wyjątkiem informacji odnośnie zmniejszenia zużycia energii elektrycznej o 40 %. Przy czym, Izba pragnie zwrócić uwagę, iż nie znana jest treść „wniosku z dnia

11.04.2017 r.”, w konsekwencji nie wiadomo w sposób niebudzący żadnych wątpliwości, którego etapu dotyczyła przywołana informacja, a dokładnie czy ta informacja nie jest efektem końcowym obu etapów.

Z dokumentów zawartych we wniosku SAG Elbud Poland S.A., który był generalnym wykonawcą dla obu etapów wynika, że wbrew temu co wywodził wskazując Zamawiający budowa centrum zarządzania oświetleniem nie została zrealizowana w ramach I etapu. Pierwotnie była ona co prawda przewidziana w opisie przedmiotu zamówienia w ogłoszeniu dotyczącym I etapu (takie ogłoszenie została załączona do odwołania przez Odwołującego) – II.1.4) – pkt 2.10, jednakże nie ma o tej budowie wzmianki w poświadczeniu tak Voltea Poland Sp. z o.o. Sp. k., jak i SAG Elbud Poland S.A. Znajduje się natomiast ponownie w opisie przedmiotu zamówienia ogłoszenia o zamówieniu dotyczącym II etapu (takie

24

ogłoszenie została załączona do odwołania przez Odwołującego) - II.1.4) – pkt 2.9 oraz poświadczeniu za ten etap przedstawionym przez SAG Elbud Poland S.A. – tiret dziewiąty. Izba analizowała całość dokumentacji, mimo iż Zamawiający dokumenty SAG Elbud Poland S.A. analizował pod kątem dokumentów Voltea Poland Sp. z o.o. Sp. k., uznając że w tym wypadku nadmierny formalizm byłby nieuzasadniony. Nadto, art. 26 ust. 6 Pzp stwierdza, że jeśli Zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy nie jest obowiązany wykonawcę do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3.

Izba stoi na stanowisku, że dopiero z poświadczenia SAG Elbud Poland S.A. za 2 etap wynika, że system sterowania oświetlania był realizowany. Nie tylko dlatego, że dopiero wtedy, faktycznie zbudowano centrum zarządzania oświetleniem (tiret dziewiąty), ale miało miejsce wykonanie i uruchomienie systemu sterowania (tiret drugi). W ramach 1 etapu miało miejsce jedynie uruchomienie oświetlania, które zostało zmodernizowane, ale sam system powstał w 2 etapie (wtedy opracowano kompleksowy projekt techniczny – tiret pierwszy, zaś samo oświetlenie zostało skonfigurowane, czyli dostosowane do systemu pod kątem projektu technicznego – tiret dziesiąty). Sama modernizacja szaf sterowania i uruchomienie oświetlania (tiret szósty i dziewiąty poświadczenia za 1 etap) to za mało, aby uznać argumentację Zamawiającego. Wymóg odnosił się do systemu sterowania/zarządzania infrastrukturą oświetleniową, a nie jedynie do modernizacji szaf sterowniczych. Ewidentnie miał ten 1 etap charakter sprzętowy, ale nie odnosił się do kompleksowego systemu sterowania. Istotne też jest że tak też odczytywał to SAG Elbud Poland S.A. prezentując w ten sposób zadanie realizowane dla Miasta Krasnystaw w swoim wniosku (wykaz – str. 10).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu drugiego, Izba uwzględniła jedynie ten zarzut odnośnie naruszenia art. 24 ust.1 pkt 17 Pzp, a odnośnie art. 24 ust.1 pkt 16 Pzp oddalając zarzut. W tym zakresie, Izba uznała, że Voltea Poland Sp. z o.o. Sp. k. bazował na doświadczeniu podmiotu trzeciego i jego działanie nie miało charakteru celowego, mógł bowiem działać w zaufaniu do podmiotu z którym współpracował.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Jednocześnie wobec potwierdzenia się zarzutu pierwszego oraz częściowo drugiego, Izba uwzględniła również zarzut czwarty oraz piąty, jako konsekwencje tego stanu rzeczy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby,

25

o którym mowa w pkt 2-3 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 4 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia postępowania odwoławczego oraz kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze

merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Z kolei, jak wynika z art. 186 ust. 6 pkt 4 Pzp, koszty postępowania odwoławczego, w okolicznościach, o których mowa w ust. 4a, ponosi:

- a) odwołujący, jeżeli odwołanie, w części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało oddalone przez Izbę,
- b) zamawiający, jeżeli odwołanie, w części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało uwzględnione przez Izbę.

W analizowanej sprawie, jak wynika z pkt 2-3 sentencji, w zakresie zarzutów, których Zamawiający nie uwzględnił, zostały one uwzględnione. Wypełniona została zatem dyspozycja przepisu art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. b Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika

26

w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....

27