Sygn. akt: KIO 432/23

WYROK

z dnia 03 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2023 r. przez Odwołującego OPA-ROW Sp. z o.o. (ul. Rymera 40c, 44-270 Rybnik) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Wsparcia Produkcji (ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój)

przy udziale:

A. wykonawcy DMP System Sp. z o.o. (ul. Sądowa 7, 41-605 Świętochłowice) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

B. wykonawcy Energocenter sp. z o.o. (ul. Sienna 7, 40-544 Katowice) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy Energocenter sp. z o.o., odrzucenie oferty tego Wykonawcy oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert także z udziałem oferty Wykonawcy DMP System sp. z o.o., w tym zbadanie spełnienia warunku udziału w postepowaniu (do którego referuje punkt 10.1.5 SWZ) przez tego Wykonawcę,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Wsparcia Produkcji (ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego OPA-ROW Sp. z o.o. (ul. Rymera 40c, 44-270 Rybnik) tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego,

2.2. zasądza od Zamawiającego Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Wsparcia Produkcji (ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój) na rzecz Odwołującego OPA-ROW Sp. z o.o. (ul. Rymera 40c, 44-270 Rybnik) kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, tj. wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..……..

Sygn. akt: KIO 432/23

UZASADNIENIE

Zamawiający Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju Zakład Wsparcia Produkcji prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. modernizacja rozdzielni napowietrznej 110kV „Borynia" w zakresie opracowania dokumentacji dla całego obiektu i wymiany aparatury w polu nr 11 Linii zewnętrznej „Wielopole"

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 07 października 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem S/194 551114-2022-PL.

Odwołujący OPA-ROW sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z lit. b) oraz art. 112 ust. 2 pkt 4) oraz 116 ust. 1 i w związku z art. 128 ust 1

ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Energocenter z o.o., pomimo iż wykonawca ten, mimo wezwania do uzupełnienia dokumentów, nie złożył wymaganych podmiotowych środków dowodowych wskazanych w pkt 10.1.5 oraz 10.1.6 SWZ potwierdzającego posiadanie doświadczenia wykonawcy

2. art. 128 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania na wskazanej podstawie wykonawcy DMP System sp. z o.o. do złożenia podmiotowych środków dowodowych w zakresie ustalonym w SWZ, gdyż te złożone na podstawie art. 126 ust. 2, pomimo że w ocenie zamawiającego są „niezbędne do przeprowadzenia postępowania", nie potwierdzają okoliczności wymaganych od podmiotowych środków dowodowych wskazanych w pkt 10.1.5 oraz 10.1.6 SWZ

3. art. 137 ust. 1 Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie zmiany SWZ po upływie terminu składania ofert i nadanie żądaniu złożenia określonego podmiotowego środka dowodowego innej treści niż wymagał w SWZ przed tym terminem.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty Energocenter sp. z o.o. i odrzucenie tej oferty ze względu na brak złożenia podmiotowych środków dowodowych wymaganych w dokumentach zamówienia

2) wezwanie wykonawcy DMP System sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wymaganych w pkt 10.1.5 SWZ potwierdzających wskazane w tym

punkcie wymagania zamawiającego

3) dokonania ponownie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami Prawo zamówień publicznych oraz SWZ.

W SWZ Zamawiający wskazał w pkt 10.1.5 na obowiązek złożenia Podmiotowego Środka Dowodowego, tj.: wykazu obejmującego co najmniej jedną usługę o wartości co najmniej 1 000.000,00 zł netto, polegającej na wykonaniu projektu modernizacji stacji elektroenergetycznej wysokiego napięcia/średniego napięcia, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotu albo podmiotów, na rzecz którego albo których usługa została wykonana (załącznik nr 3 do SWZ), W pkt 10.1.6 SWZ Zamawiający wymagał złożenia referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego wskazane w wykazie usługi były wykonane, potwierdzających, że zostały one wykonane należycie.

W pkt 10.1 SWZ Zamawiający wskazał, że w oparciu o przepis art. 126 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą podmiotowych środków dowodowych, a następnie w kolejnych podpunktach wymienił, jakie środki z ofertą winny być złożone. Wśród nich znalazł się ten środek dowodowy, którego dotyczy pkt 10.1.5. SWZ.

Jak wskazał Odwołujący, ani Wykonawca Energocenter sp. z o.o. ani Wykonawca DMP System sp. z o.o. nie złożyli dowodów na okoliczność, że wykonali co najmniej jedną usługę o wartości co najmniej 1 000 000,00 zł netto, polegającą na wykonaniu projektu modernizacji stacji elektroenergetycznej wysokiego napięcia/średniego napięcia, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

Ze złożonych przez nich wraz z ofertą wykazów i referencji (a w przypadku Energocenter sp. z o.o. także ze złożonych wyjaśnień i uzupełnień składanych w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego z 19 grudnia i 5 stycznia) wynika, że wykonali szereg usług modernizacji stacji energetycznych wysokiego lub średniego napięcia, jednak żadna z nich nie osiągnęła samodzielnie wartości 1 mln zł netto. Jak podkreślił Odwołujący, ten fakt jest niesporny i przyznany przez Zamawiającego w stosunku do oferty, w której poddał podmiotowe środki dowodowe badaniu tj. Energocenter sp. z o.o.

Odwołujący wskazał na notatkę z 24 stycznia z posiedzenia Komisji Przetargowej, z której wynika, że Zamawiający dokonał interpretacji treści pkt 10.1.5 SWZ w ten sposób, że wymóg wykonania „co najmniej jednej usługi o wartości co najmniej 1 mln zł netto" oznacza, że może to być także wiele usług i ich łączna wartość (a nie wartość choćby jednej pojedynczej usługi) winna osiągnąć 1 mln zł.

Odwołujący nie zgodził się z taką interpretacją. W jego ocenie wykracza ona poza

dopuszczalne zasady wykładni, stanowiąc zmianę warunku udziału w postępowaniu po terminie składania ofert.

Zdaniem Odwołującego z postanowień SWZ nie wynika, aby wykonawca był uprawniony legitymować się niewielkimi co do wartości pojedynczymi realizacjami zadań, które łącznie osiągną wartość wskazaną w pkt 10.1.5. SWZ.

Odwołujący powołał się na oczywistość brzmienia SWZ, które należy odczytywać w ten sposób, że: „Minimum oczekiwań zamawiającego to: 1 usługa o wskazanej wartości 1 mln zł. Oczywiście dopuszczalne jest by była to 1 usługa o wartości wyższej niż 1 mln zł. Dopuszczalne jest także, by było to więcej niż 1 usługa o wartości 1 mln zł każda. Jednakże w żaden sposób nie można wyprowadzić z treści pkt 10.1.5 SWZ, aby wykonawca mógł przedstawić dowody na realizację wielu usług z których żadna nie osiąga wartości 1 mln zł". Odejście od zasad wykładni językowej jest w ocenie Odwołującego niezasadne. W tym zakresie Odwołujący powołał się na orzecznictwo Sądu Najwyższego (wyrok

Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 1998 r., I, uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 1987 r., III PZP 36/87 i in.) oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania.

W treści pisma procesowego w odniesieniu do punktu 10.1.5 SWZ Zamawiający wskazał, że z powyższego postanowienia SWZ w jego ocenie w żaden sposób nie wynika, że wykonawca powinien udowodnić realizację jednej usługi o wartości 1 000 000 zł netto. Nie wynika również, że wykaz ma obejmować jedną usługę lub wiele usług obejmujących wykonanie projektu modernizacji stacji elektroenergetycznej, z których każda powinna opiewać na kwotę nie mniejszą 1 000 000 zł netto. W treści punktu 10.1.5. SWZ nie znalazł się zapis, zgodnie z którym wykonawcy składają wykaz obejmujący co najmniej jedną usługę o wartości co najmniej 1 000 000 zł netto każda lub jakiekolwiek inne stwierdzenie,

wskazujące, że podana wartość odnosi się do jednostkowej, pojedynczej usługi.

Zamawiający dalej wskazał, że gdyby jego intencją było wprowadzenie wymogu dysponowania przez wykonawców doświadczeniem obejmującym jedną usługę o wartości równej lub przekraczającej 1 000 000 zł netto, wówczas wprowadziłby ścisły zapis

zobowiązujący do złożenia wykazu obejmującego jedną i tylko jedną usługę o wartości minimum 1 000 000 zł netto. Zapis brzmiałby wówczas: „1 usługa o wartości 1 mln zł". Jeśli jedna usługa miałaby opiewać na ww. kwotę i wystarczyć do udowodnienia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to poza zainteresowaniem Zamawiającego byłyby inne zrealizowane przez wykonawców projekty modernizacji. W związku z tym Zamawiający nie wprowadziłby wymogu złożenia „wykazu obejmującego co najmniej jedną usługę", a zastosowałby przytoczony powyżej zapis dotyczący jednego tylko projektu. Zwrot „co

najmniej" użyty przed sformułowaniem o „jednej usłudze" w opinii Zamawiającego w zasadniczy sposób zmienia treść i zakres omawianego wymogu. Wprowadza on bowiem możliwość złożenia wykazu zawierającego więcej niż jedną usługę na łączną kwotę minimum 1 000 000 zł netto. Powyższe zdaniem Zamawiającego oznacza, że zaniechanie wprowadzenia wyraźnego wymogu złożenia wykazu zawierającego jeden projekt modernizacji o wartości co najmniej 1 000 000 zł netto oraz wprowadzenie w zamian zapisu o złożeniu wykazu zawierającego „co najmniej jedną usługę" pozwalało wykonawcom przedstawić wiele projektów o wskazanej powyżej łącznej wartości.

Zamawiający wskazał również, że wartość projektu modernizacji przewidziana w przywołanym postanowieniu specyfikacji warunków zamówienia nie może odnosić się do wartości pojedynczej usługi z tego względu, że warunek udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej byłby wówczas nieproporcjonalnie wygórowany w odniesieniu do przedmiotu zamówienia i nie umożliwiałby oceny zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia.

Izba ustaliła co następuje:

W SWZ Zamawiający wskazał w pkt 10.1.5 na obowiązek złożenia Podmiotowego Środka Dowodowego, tj.: wykazu obejmującego co najmniej jedną usługę o wartości co najmniej 1 000.000,00 zł netto, polegającej na wykonaniu projektu modernizacji stacji elektroenergetycznej wysokiego napięcia/średniego napięcia, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotu albo podmiotów, na rzecz którego albo których usługa została wykonana (załącznik nr 3 do SWZ), W pkt 10.1.6 SWZ Zamawiający wymagał złożenia referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego wskazane w wykazie usługi były wykonane, potwierdzających, że zostały one wykonane należycie.

W pkt 10.1 SWZ Zamawiający wskazał, że w oparciu o przepis art. 126 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, żąda złożenia wraz z ofertą podmiotowych środków dowodowych, a następnie w kolejnych podpunktach wymienił, jakie środki winny być złożone wraz z ofertą. Wśród nich znalazł się środek dowodowy, którego dotyczy pkt 10.1.5. SWZ.

Wykonawca Energocenter sp. z o.o. złożył ofertę, do której załączył wykaz usług, w którym wyszczególniono 8 usług wraz z podaniem wartości wykonanego zamówienia.

19 grudnia 2022 roku Zamawiający przesłał pismo do Wykonawcy, w którym wskazał, że: „Z uwagi na fakt, iż z wykazu usług oraz dołączonych referencji nie wynika wartość usługi polegającej na wykonaniu samego projektu modernizacji stacji elektroenergetycznej

wysokiego napięcia/średniego napięcia zamawiający:

- na podstawie art. 128 ust. 4 PZP wzywa wykonawcę do wskazania wartości usług polegających na wykonaniu projektu modernizacji stacji elektroenergetycznej wysokiego napięcia/średniego napięcia dla każdej pozycji wykazu usług, lub

- na podstawie art. 128 ust. 1 PZP wzywa wykonawcę do złożenia nowego wykazu usług oraz referencji potwierdzających spełnienie warunku wskazanego w pkt 10.1.5 SWZ."

22 grudnia 2022 roku Wykonawca (zgodnie z oświadczeniem) złożył nowy wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi spełnienie warunku wskazanego w pkt 10.1.5 SWZ.

Wykaz usług złożony 22 grudnia 2022 roku zawierał 11 usług. W treści wykazu, przy każdej z usług wyszczególniono obok wartości zamówienia, wartość projektu.

05 stycznia 2023 roku Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy z prośbą o wyjaśnienie, w jakich terminach zostały zakończone opracowania dokumentacji projektowej dla zamówień wskazanych w pozycjach 7 i 8 wykazu usług. Wykonawca złożył wyjaśnienia w tym zakresie.

Wykonawca DMP System sp. z o.o. złożył ofertę, do której załączył wykaz usług, w którym wyszczególnił usługę: „Modernizacja stacji 110/6kV „Budryk"", zrealizowaną na rzecz podmiotu: Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Kopalnia Węgla Kamiennego „Budryk," w okresie od 27.09.2018 r do 26.06.2020 r., o wartości 4.210.000,00 zł netto.

Zamawiający w trakcie rozprawy z udziałem stron wyjaśnił, że nie dokonywał badania i oceny oferty tego Wykonawcy.

W notatce z 24 stycznia 2023 roku Komisja Przetargowa wskazała na następujące okoliczności:

- Wykonawca OPA-ROW sp. z o.o. zwrócił się do Zamawiającego z informacją, że wykonawcy nie spełniają warunku dotyczącego zdolności technicznej, bowiem ze złożonych wraz z ofertą wykazów referencji nie wynika, że zrealizowali jedną usługę w zakresie wykonania projektu modernizacji stacji elektroenergetycznej wysokiego/średniego napięcia o wartości co najmniej 1 000 000 zł netto.

- Komisja Przetargowa przeanalizowała zapis sformułowany w pkt 10.1.5 SWZ i uznała, że interpretacja wykonawcy OPA-ROW sp. z o.o. odbiega od założeń zamawiającego, bowiem intencją zamawiającego w tak sformułowanym wymogu było żądanie wykazania się realizacją co najmniej jednej usługi, a więc również kilku usług o wartości łącznej co najmniej 1 000 000,00 zł netto. Podobną interpretację zapisu ujętego w pkt 10.1.5 SWZ przyjęło dwóch pozostałych wykonawców, na co wskazują kwoty zrealizowanych zamówień ujęte w złożonych przez nich wykazach usług. Komisja Przetargowa uznała ponadto, iż sposób interpretacji warunku przez wykonawcę OPA-ROW sp. z o.o. oznaczałby, iż został on

sformułowany niewspółmiernie do przedmiotu zamówienia, bowiem zamówienie zostało oszacowane na kwotę 1 935 000,00 zł netto, a wartość projektu stanowi ok. 3-8% wartości zamówienia, co potwierdził w piśmie z 07.12.2022 r. wykonawca OPA-ROW sp. z o.o., a więc wartość opracowania projektu w przypadku przedmiotowego zamówienia wynosi ok. 150 000,00 zł netto. Stąd żądanie wykazania się realizacją usługi polegającej na sporządzeniu pojedynczego projektu o wartości co najmniej 1 000 000,00 zł netto byłoby złamaniem jednej z podstawowych zasad przygotowania i procedowania postępowania publicznego tj. zasady proporcjonalności (art. 16 PZP).

Dalej Komisja Przetargowa stwierdziła, że Wykonawca Energocenter sp. z o.o. wykazał się wykonaniem 8 usług polegających na wykonaniu projektu modernizacji stacji elektroenergetycznej wysokiego napięcia/średniego napięcia (pozycje 1-2, 4-9 wykazu usług) na łączną kwotę 1 482 010,96 zł netto, wobec wymaganego co najmniej 1 000 000,00 zł netto, a więc spełnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej. Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy Energocenter sp. z o.o.

Izba zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Istotą sporu pomiędzy stronami była treść warunku udziału w postępowaniu, do którego referuje punkt 10.1.5 SWZ i w konsekwencji prawidłowość oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wskazanych Wykonawców.

Sporna treść warunku dotyczyła sformułowania: „co najmniej jedną usługę o wartości co najmniej 1 000.000,00 zł netto".

W niniejszym postępowaniu treść warunku jest jasna. Stwierdzenie (zawarte w treści warunku udziału w postępowaniu, do którego referuje pkt 10.1.5 SWZ) oznacza, że wykonawca, aby wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, był zobowiązany przedstawić w wykazie usług przynajmniej jedną usługę, której wartość wynosi 1 000 000,00 zł netto (lub o wartości wyższej niż 1 000 000,00 zł netto). Zatem minimalny obowiązek wynikający z treści warunku, to przedstawienie w wykazie usług jednej usługi, której wartość wynosi 1 000 000,00 zł netto. Nie jest prawidłowa interpretacja Zamawiającego, że określenie „co najmniej jedną usługę o wartości co najmniej 1 000 000,00 zł netto" oznacza, że wykonawcy mogli legitymować się wykazem wielu usług, których łączna wartość wyniosłaby 1 000 000,00 zł netto.

Zamawiający pomija słowo „jedną" w tym wyrażeniu. Jest ono istotne, bowiem ono właśnie wskazuje, że jedna z usług (w wykazie), musiała mieć wartość 1 000 000,00 zł netto lub

wyższą. Zawarcie określenia „co najmniej jedną usługę" w treści warunku oznacza, że wykonawcy mogli legitymować się wykazem wielu usług, przy czym pełne brzmienie warunku oznacza (jak wskazano powyżej) minimalny obowiązek wynikający z treści warunku przedstawienia w wykazie usług jednej usługi, której wartość wynosi 1 000 000,00 zł netto, lub jest wyższa od tej kwoty.

Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający wystosował do Wykonawcy Energocenter sp. z o.o. pismo z 19 grudnia 2022 roku, w którym wskazał, że: „(…) z wykazu usług oraz dołączonych referencji nie wynika wartość usługi polegającej na wykonaniu samego projektu modernizacji stacji elektroenergetycznej (…)." Zamawiający użył zatem liczby pojedynczej (słowa usługi, a nie usług), co wskazuje, że również w ocenie Zamawiającego wartość pojedynczej usługi miała wynosić

co najmniej 1 000 000,00 zł netto. Treść wezwania Zamawiającego wskazuje również na okoliczność, że Zamawiający oczekiwał, aby wartość samego projektu modernizacji stacji elektroenergetycznej miała wartość nie niższą niż 1 000 000,00 zł netto.

Bez znaczenia dla oceny samej treści warunku pozostaje argumentacja Zamawiającego, że obecne brzmienie warunku może wskazywać, że warunek został sformułowany niewspółmiernie do przedmiotu zamówienia, co nie było intencją Zamawiającego.

Argument ten wskazywać może jedynie na intencje, jakie mógł mieć Zamawiający, jednak decydujące znaczenie dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu ma literalna treść warunku udziału w postępowaniu. Intencje te nie znalazły bowiem odzwierciedlenia w treści warunku.

Bezzasadna jest również argumentacja Zamawiającego dotycząca konieczności zastosowania wykładni celowościowej lub innej dla interpretacji treści przedmiotowego warunku.

Treść warunku jest jasna i nie wymaga dodatkowej interpretacji – zgodnie z zasadą clara non sunt interpretanda. Nie występuje zatem potrzeba odwoływania się do innych interpretacji (jak np. celowościowa, funkcjonalna).

Ponadto pierwszą i podstawową wykładnią treści dokumentów, w tym treści warunków udziału w postępowaniu, jest wykładania językowa (literalna). Sąd Najwyższy wskazał na pierwszeństwo stosowania wykładni językowej.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 08 maja 1998 roku sygn. I CKN 664/97: „W doktrynie i judykaturze sformułowana została reguła określająca następującą kolejność różnych sposobów wykładni: wykładnia językowa, wykładnia systemowa, wykładnia funkcjonalna (celowościowa). W myśl zasady interpretatio cessat in claris nie zawsze zachodzić będzie jednak konieczność użycia kolejno wszystkich tych sposobów, w szczególności nie będzie potrzeby sięgania po dyrektywy celowościowe, jeżeli już po

zastosowaniu dyrektyw językowych, czy też językowych i systemowych, uda się uzyskać właściwy wynik wykładni, to jest ustalić znaczenie interpretowanej normy".

Izba podziela stanowisko, że nie można odchodzić od wykładni językowej na rzecz innych wykładni, bowiem powodowałoby to, że oświadczenia byłyby odczytywane wbrew nadanemu im brzmieniu, powodując brak zaufania niezbędnego w obrocie gospodarczym. Izba podziela również stanowisko, że oświadczenie Zamawiającego zawarte w treści dokumentów postępowania (w tym treść warunku udziału w postępowaniu) było kierowane do nieograniczonego kręgu osób i nadanie mu obecnie innej treści niż ta, która wynika z jego brzmienia zgodnie z zasadami języka polskiego, powoduje pokrzywdzenie innych wykonawców oraz zmianę reguł postępowania przetargowego po terminie składania ofert. Jak trafnie zauważył Odwołujący, inni adresaci SWZ, stosując językową wykładnię, mogli na niej oprzeć decyzję o braku uczestnictwa w postępowaniu przetargowym.

To, co stanowiło wymaganie Zamawiającego, wynika z literalnego brzmienia treści warunku. Bezzasadne jest również twierdzenie Przystępującego Energocenter sp. z o.o. wyrażone w trakcie rozprawy z udziałem stron, iż zastosowanie w niniejszej sprawie ma wykładnia autentyczna – co oznacza, że Zamawiający, jako autor dokumentu SWZ, na etapie rozprawy z udziałem stron (lub na etapie badania i oceny ofert) dokonuje interpretacji treści warunku.

Jak wskazano powyżej, treść warunku powinna być rozumiana/interpretowana zgodnie z jego literalnym brzmieniem. Jakakolwiek zmiana treści warunku, przyjęcie odmiennej interpretacji treści warunku (niż wynika to z jego literalnego brzmienia) po upływie terminu składania ofert (również przez Zamawiającego – jako autora dokumentacji postępowania, w tym SWZ) jest niedopuszczalne.

Za uzasadniony zatem należało uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułu 137 ust. 1 Prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie zmiany SWZ po upływie terminu składania ofert i nadanie żądaniu złożenia określonego podmiotowego środka dowodowego innej treści niż wymagał w SWZ przed tym terminem. Zgodnie ze wskazanym artykułem, w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ. Z treści przywołanego przepisu wynika zatem możliwość zmiany SWZ jedynie w uzasadnionych przypadkach przed upływem terminu składania ofert. Brak jest możliwości zmiany SWZ po upływie terminu składania ofert.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający po upływie terminu składania ofert, przy dokonywaniu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, przyjął inną treść i rozumienie warunku niż ta, która wynikała wprost z dokumentu SWZ.

Skoro zatem Wykonawca Energocenter sp. z o.o. nie przedstawił zarówno w ofercie, jak i na wezwanie Zamawiającego wykazu usług, w którym znalazłaby się chociaż jedna usługa,

której wartość wyniosłaby co najmniej 1 000 000,00 zł netto, to oznacza, że Wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W konsekwencji należało uznać za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułu 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w związku z lit. b) oraz art. 112 ust. 2 pkt 4) oraz 116 ust. 1 i w związku z art. 128 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Energocenter sp. z o.o.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złoży w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub

podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Wykonawca Energocenter sp. z o.o., pomimo wezwania do uzupełnienia dokumentów, nie złożył podmiotowych środków dowodowych wskazanych w pkt. 10.1.5 oraz 10.1.6 SWZ, potwierdzających posiadanie doświadczenia Wykonawcy.

Z powyższych względów, w treści sentencji Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy Energocenter sp. z o.o. oraz odrzucenie oferty tego Wykonawcy.

Odwołujący podniósł również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust 1. ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania na wskazanej podstawie Wykonawcy DMP System sp. z o.o. do złożenia podmiotowych środków dowodowych w zakresie ustalonym w SWZ, gdyż te złożone na podstawie art. 126 ust. 2, mimo że w ocenie Zamawiającego są „niezbędne do przeprowadzenia postępowania", nie potwierdzają okoliczności wymaganych od podmiotowych środków dowodowych wskazanych w pkt. 10.1.5 oraz 10.1.6 SWZ.

Jak wskazano powyżej, Wykonawca DMP System sp. z o.o. złożył ofertę, do której załączył wykaz usług, w którym wyszczególnił usługę: „Modernizacja stacji 110/6kV „Budryk," zrealizowaną na rzecz podmiotu: Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Kopalnia Węgla Kamiennego „Budryk," w okresie od 27.09.2018 r do 26.06.2020 r., o wartości 4.210.000,00 zł netto.

Z treści złożonego wykazu nie wynika, jaką ma wartość usługa polegająca na wykonaniu samego projektu modernizacji stacji elektroenergetycznej wysokiego napięcia/średniego napięcia. W przypadku oferty Wykonawcy Energocenter sp. z o.o., Zamawiający wezwał tego Wykonawcę do wskazania wartości usługi polegającej na wykonaniu samego projektu modernizacji stacji elektroenergetycznej wysokiego napięcia/średniego napięcia. Natomiast w przypadku oferty Wykonawcy DMP Systems sp. z o.o., Zamawiający zaniechał ustalenia

tej okoliczności. Nie sposób zatem jednoznacznie stwierdzić, czy Wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu. W trakcie rozprawy z udziałem stron Zamawiający wyjaśnił, że nie dokonywał badania i oceny ofert tego Wykonawcy.

W pierwszej kolejności zatem konieczne jest ustalenie wartości usługi polegającej na wykonaniu samego projektu modernizacji stacji elektroenergetycznej wysokiego napięcia/średniego napięcia. Dopiero w dalszej kolejności, w zależności od wyniku ustaleń Zamawiającego, możliwe będzie ewentualne zastosowanie dyspozycji art. 128 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i wezwanie wykonawcy DMP System sp. z o.o. do złożenia podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 10.1.5 SWZ.

W treści sentencji zatem Izba nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert także z udziałem oferty Wykonawcy DMP System sp. z o.o., w tym zbadanie spełnienia warunku udziału w postepowaniu (do którego referuje punkt 10.1.5 SWZ) przez tego Wykonawcę.

Izba nie przychyliła się do wniosku Odwołującego dotyczącego przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu języka polskiego, w celu oceny treści warunku opisanego w pkt. 10.1.5 SWZ. Biegły w ocenie Odwołującego powinien ocenić, czy w świetle brzmienia tego warunku, wykonawca powinien przedstawić w wykazie co najmniej jedną usługę o wartości co najmniej 1 000 000,00 zł netto (jako wartość pojedynczej usługi), czy też powinien przedstawić n usług, byleby ich łączna wartość wyniosła 1 000 000,00 zł netto.

Powyższy wniosek podlegał oddaleniu. Przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego nie jest konieczne w sytuacji, gdy treść warunku jest jasna i możliwe jest dokonanie językowej wykładni treści warunku udziału w postępowaniu. Treść warunku nie jest skomplikowana i jest czytelna. Przeprowadzenie zatem dowodu z opinii biegłego nie jest konieczne, a w niniejszej sprawie prowadziłoby jedynie do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania.

Izba nie uwzględniła również wniosku dowodowego Zamawiającego złożonego w trakcie posiedzenia z udziałem stron, w postaci umowy zawartej z Odwołującym (złożonej wraz z pismem procesowym). Dowód w postaci umowy zawartej z Odwołującym pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy z uwagi na okoliczność że odwołanie nie dotyczyło oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2b), §7 ust. 1 pkt 1)

, zaliczając w poczet postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.	kosztów z tytułu

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: