Sygn. akt: KIO 609/23

WYROK

z dnia 21 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2023 r. przez wykonawcę: ITEL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Krotoszynie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Twardogóra

przy udziale wykonawcy J. ELECTRIC Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę ITEL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Krotoszynie, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ITEL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Krotoszynie, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: 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 609/23

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

Gmina Twardogóra (dalej: „zamawiający") prowadzi w trybie przetargu

nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Twardogóra", znak sprawy ZP.271.29.2022.AK (dalej „postepowanie" lub „zamówienie"), o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 25 listopada 2022 r. pod nr 2022/S 228-654244.

Wykonawca ITEL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Krotoszynie (dalej „odwołujący") w dniu 6 marca 2023 r. wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań zamawiającego, zarzucając mu naruszenie niżej wymienionych przepisów ustawy Pzp:

1. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b i c oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 128 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty, która polegała odrzuceniu ze względu na niezgodność z warunkami zamówienia oraz z uwagi na brak dołączenia wymaganego wykazu oraz brak potwierdzenia środkami dowodowymi spełnienia warunków udziału, w wyniku niestarannego zbadania oferty wykonawcy J. Electric Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (dalej „J. Electric" lub „przystępujący") oraz zaniechanie żądania ewentualnego uzupełnienia braków tej oferty (przyjęcie oferty podlegającej odrzuceniu);

2. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z kryteriami ustalonymi w SWZ (błędna punktacja);

3. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 240 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustalenie kryteriów oceny (punktacji) w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały, posługiwanie się przy ustaleniu punktacji danymi z ofert podlegających odrzuceniu, a w innym wypadku - tylko ofert zakwalifikowanych do konkursu, co wpływa na zaburzenie wyników oraz poprzez stosowanie przy obliczeniu i przyznaniu punktacji wzoru odmiennego niż wskazany w specyfikacji warunków zamówienia - dalej „SWZ" (niejednoznaczny opis kryterium oceny i niezgodne z wzorem obliczenia

punktów).

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności zamawiającego z dnia 22 lutego 2023 r. - wyboru

najkorzystniejszej oferty.;

2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz: odrzucenia oferty J. Electric

ze względu na niespełnienie warunków opisanych w SWZ;

3. oparcie obliczeń dotyczących kryterium ceny (P1) na prawidłowych danych tj. bez wprowadzenia do wzoru wartości oferty z najniższą ceną spośród wszystkich ofert, a jedynie spośród ofert niepodlegających odrzuceniu oraz wprowadzenie do wzoru dodatkowego miernika (przemnożenie przez 100) celem zachowania prawidłowości matematycznej obliczeń w odniesieniu do założeń wyliczenia wagi opisanych w SWZ (tj. zachowania skali 50 pkt, zamiast 0,50 pkt);

4. wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert;

ewentualnie

5. unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący, uzasadniając podnoszone w odwołaniu zarzuty, w pierwszej kolejności wskazywał, że zamawiający w ust. 7 SWZ opisał warunki udziału w postępowaniu dotyczące m. in. zdolności technicznej lub zawodowej (7.1.4), w tym w zakresie doświadczenia. Warunek ten zamawiający uznać miał za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, wykonawca zrealizował co najmniej jedno szczegółowo określone zadanie, potwierdzając jego wykonanie np. referencjami bądź innymi dokumentami wystawionymi przez podmiot, na rzecz którego zadanie było wykonywane.

Wykonawca J. Electric, dla potwierdzenia swojego doświadczenia (w zał. nr 5 do SWZ) powołał się na zadanie pn. Wykonanie nowych linii kablowych wraz z ustawieniem słupów oświetleniowych wyposażonych w oprawy typu LED, w ramach którego miał dokonać dostawy i montażu 517 sztuk opraw LED wraz z systemem sterowania na stacji kolejowej Lublin Tatary. Dla udokumentowania należytego przeprowadzenia prac wykonawca ten przedłożył protokół nr 1 (zał. nr 6 a do umowy na roboty budowlane nr 21/210/0004/21/Z/I), który miałby potwierdzić odbiór końcowy zadania wykonanego przez J. Electric. W ocenie odwołującego dokument ten jest wadliwy, gdyż z żadnego jego fragmentu nie wynika potwierdzenie wykonania przez wskazanego wykonawcę dostawy i montażu 517 sztuk opraw LED, ani też to, czy osoby wchodzące w skład komisji odbioru były podmiotami uprawnionymi do reprezentowania zamawiającego w tamtym postępowaniu.

Oferta ta nie spełnia zatem warunków opisanych w SWZ, ponieważ wykonawca nie wykazał swojego doświadczenia warunkującego jego udział w postępowaniu (ust. 7 SWZ) i z tego względu podlegała odrzuceniu. Odwołujący argumentował, że oferta wykonawcy, który nie potwierdził spełnienia warunków przedmiotowych, badanych na podstawie wymaganych w postępowaniu przedmiotowych środków dowodowych, jest niezgodna z warunkami zamówienia, co skutkuje jej odrzuceniem na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (tak też w wyroku KIO z 25 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 858/22).

Ponadto zauważył, że zgodnie z ust. 5 SWZ zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących dostaw i prac związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym wymianą opraw i instalacją elektryczną (5.1). W przypadku powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy, zamawiający żądał wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani (5.3). Jednocześnie, stosownie do postanowień ust. 8.4 SWZ, stanowiącego o wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienie publicznego wykonawców należących do poszczególnych kategorii, w tym także wykluczeniu osób fizycznych lub prawnych, podmiotów lub organów działających w imieniu lub pod kierunkiem takiego wykonawcy podlegającego wykluczeniu - zamawiający przewidział obowiązek dołączenia do oferty o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenia odrębnego w stosunku do tych, które są składane na formularzu JEDZ, a wraz z nim wykazu podwykonawców i dostawców oraz podmiotów na zasoby których się powołuje.

Wykonawca J. Electric w złożonej ofercie: (i) nie wskazał danych osoby do reprezentowania podmiotu udostępniającego zasoby (ust. 4 pkt 2 formularza oferty wykonawcy) mimo, że był on znany w czasie składania oferty (w formularzu pozostało puste, wykropkowane miejsce, co oznacza, że formularz nie został wypełniony); (ii) nie uzupełnił części D formularza „JEDZ" o znanego wówczas podwykonawcę; (iii) nie złożył wykazu podwykonawców i dostawców oraz podmiotów, na zasoby których się powołuje mimo, że byli oni znani w czasie składania oferty (co oznacza, że brakuje obowiązkowego załącznika do oferty).

W przypadku prawidłowo dokonanej czynności zbadania oferty zamawiający powinien był dostrzec braki w podmiotowych środkach dowodowych oraz niezgodność oferty z założeniami SWZ. Pole określone w ust. 4 pkt 2 formularza oferty powinno być przez wykonawcę uzupełnione o dane podmiotu udostępniającego zasoby (odwołujący wskazał, że domyśla się skądinąd, że to LUG Light Factory Sp. z o.o.), wraz z podaniem

poszczególnych danych umożliwiających przeprowadzenie weryfikacji podmiotu, a także ze wskazaniem osoby uprawnionej do jego reprezentacji. Pomimo powołania się przez wykonawcę na podmiot udostępniający mu swoje zasoby przy planowanym wykonywaniu zamówienia publicznego (co wynika z oświadczenia stanowiącego załącznik nr 12a - zał. 7 do oferty), wymagane dane w formularzu oferty nie zostały wypełnione.

Podobnie wykonawca J. Electric nie złożył wykazu, o którym mowa w ust. 8.4 SWZ, ani nie uzupełnił części D formularza JEDZ, pomimo tego, że podczas składania oferty podwykonawca był już znany, co wynika z ust. 5.5 formularza oferty, a także z załączniku JEDZ (zał. nr 2 do oferty) złożonego celem spełnienia warunku wynikającego z ust. 9.1.7 SWZ. Jednocześnie zamawiający nie wezwał wykonawcy do stosownego uzupełnienia oferty.

Zdaniem odwołującego zaniechanie przez zamawiającego wnikliwego zbadania oferty J. Electric doprowadziło do udziału w przetargu wykonawcy, który nie spełniał warunków określonych w SWZ, a nadto nie dopełnił wszystkich formalności przez SWZ przewidzianych. Pożądane działanie zamawiającego powinno ewentualnie polegać na żądaniu uzupełnienia oferty o wymagany wykaz, bądź jej odrzucenia i niedopuszczenia wykonawcy do konkursu, gdyż oferta nie odpowiada warunkom SWZ (i w tym zakresie nie podlega już uzupełnieniu). Niewypełnienie formularza ofertowego, który jest załącznikiem SWZ powinno być kwalifikowane jako niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp), co powoduje odrzucenie oferty (tak wyrok ZA przy KIO z 8 marca 2007 r., UZP/ZO/0-205/07).

Z kolei niedołączenie wykazu wymaganego przez SWZ wypełnia także dyspozycję przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b i c ustawy Pzp. Wykonawca, który nie przedłożył wymaganych załączników do oferty, czy też przedmiotowych środków dowodowych nie powinien przejść kwalifikacji podmiotowej (według przepisów uprzednio obowiązujących -podlegałby wykluczeniu). W takim wypadku możliwa jest też kumulatywna kwalifikacja na podstawie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 2 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (por. wyrok KIO z 7 września 2021 r., sygn. akt KIO 1973/21). Niezłożenie wymaganych dokumentów skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co nie stoi na przeszkodzie uznaniu, że oferta taka jest również niezgodna z warunkami zamówienia, co wyczerpuje dyspozycję przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący zaznaczył, że bez względu na wyżej opisane zarzuty, zamawiający dopuścił się także wadliwego zawyżenia punktacji przyznanej wykonawcy J. Electric, w wyniku niedostatecznie skrupulatnej oceny kryterium trwałości strumienia światła oprawy ulicznej, zaproponowanej przez tego wykonawcę w odniesieniu do założeń SWZ. W ust.

> 16.2.3 SWZ zapisano, że trwałość strumienia światła oprawy ulicznej, mierzona parametrem L80B10, zastosowanych w oprawie ulicznej źródeł światła LED, podana powinna być w (h), z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Punkty miały został przyznane proporcjonalnie w taki sposób, że wykonawca oferujący trwałość strumienia światła oprawy ulicznej (źródło światła LED), mierzoną parametrem L80B10, w zakresie: 1) od 100 000 h do 110 000 h otrzyma 2 punkty; 2) od 110 001 h do 120 000 h otrzyma 4 punkty; 3) od 120 001 h do 130 000 h otrzyma 6 punktów; 4) od 130 001 h do 140 000 h otrzyma 8 punktów; w końcu 5) od 140 001 h i więcej otrzyma 10 punktów.

Wykonawca J. Electric w swojej ofercie zaproponował trwałość strumienia światła na poziomie: ponad 140 000 h. Zapis taki, przy odniesieniu do założeń SWZ, zgodnie z którymi wartość ta miała zostać podana z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, oznacza, że wykonawca ten zaproponował trwałość na poziomie powyżej 140 000,00 h. Mogła być to zatem trwałość strumienia światła o parametrze 140 000,01 h; 140 000,12 h, czy nawet 140 000,99 h - jednak wartość ta nie przekraczałaby wskaźnika 140 001,00 h. Tylko zaoferowanie zamawiającemu trwałości strumienia o parametrze równym, bądź wyższym, niż 140 001,00 h mogło skutkować przyznaniem wykonawcy 10 punktów. Prawidłowa ocena oferty przez zamawiającego powinna doprowadzić do przyznania J. Electric jedynie 8 punktów (zamiast 10), gdyż wykonawca ten nie zaoferował zamawiającemu trwałości strumienia na poziomie równym bądź wyższym niż 140 000,00 h. Błędne przyznanie zawyżonej liczby punktów, niezgodnie z kryteriami ustalonymi w SWZ, stanowi naruszenie przepisu art. 239 ust. 1 ustawy Pzp.

Dodatkowo jeszcze odwołujący zarzucił, że wzór przewidziany przez zamawiającego, w celu obliczenia punktów należnych wykonawcom w ramach kryterium ceny, obarczony jest błędem logicznym poprzez uwzględnienie w nim danych dotyczących wszystkich ofert, zamiast tylko tych niepodlegających odrzuceniu, a także algorytm ten jest błędnie stosowany poprzez wyprowadzanie z tego wzoru wartości na poziomie 50,00 punktów; zamiast jak to wynika z algorytmu - na poziomie 0,50 punktów. Zaznaczył, że w jego ocenie wzór przewidziany dla oceny kryterium ceny powinien odnosić się do danych, tak jak w przypadku oceny kryterium mocy zainstalowania, tj. przy wykluczeniu wartości wynikających z ofert podlegających odrzuceniu. Wskazują na to zasady logiki. Gdyby bowiem przyjąć, że każda oferta podlegająca odrzuceniu, nawet taka której cena określona została na 1 zł. brutto, to niemożliwe byłoby przeprowadzenie obliczeń przy zastosowaniu przygotowanego przez zamawiającego wzoru. Przykładowo, wskaźnik P1 dla firmy odwołującego się (przy uwzględnieniu faktycznych obliczeń dokonywanych przez zamawiającego, a nie opartych o wzór wskazany w SWZ) wyniósłby: 8,49 % czyli 8,49 pkt., podczas gdy zamawiający

przygotował skalę do 50 pkt. Z kolei dla oferty wygrywającej otrzymano by wynik równy 9,06% czyli 9,06 pkt.

Uwzględnienie we wzorze ofert podlegających odrzuceniu widocznie wpływa na wynik obliczeń oraz wagę kryterium ceny, przy odniesieniu do założeń przyjętych przez zamawiającego. Wobec tego wzór do obliczeń powinien jako wskaźnik przyjmować w liczniku cenę oferty z najniższą ceną, z tych niepodlegających odrzuceniu oraz w mianowniku - cenę oferty badanej.

Dodatkowo odwołujący zauważył, że przyjęty przez zamawiającego wynik obliczeń różni się od wzoru wskazanego w SWZ. Na przykładzie punktacji przyznanej odwołującemu, przy zastosowaniu wzoru wskazanego w ust. 16.2.1 SWZ -

odwołujący otrzymałby punktację w ramach kryterium ceny na poziomie 0,4108 pkt, zamiast uzyskanych 41,08 pkt. Wynika to z błędu matematycznego, który pojawił się w równaniu przestawionym w przywołanej części SWZ, a polegającego na braku przemnożenia równania przez 100, w celu uzyskania wyniku odpowiadającemu wartości %, która zgodnie z założeniem ma być przeliczana na punkty (w skali do 50).

Dlatego też, jego zdaniem, kryteria oceny ofert nie zostały opisane w sposób jednoznaczny i zrozumiały, skoro w rzeczywistości zamawiający posługuje się kryteriami odmiennymi. Nieprecyzyjne sformułowanie kryteriów ocen stanowi uchybienie przepisom art. 240 ust. 1 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp. Dwa ostatnio opisane zarzuty przemawiają nie tylko za koniecznością ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, ale nawet unieważnienia całego postępowania przetargowego, z uwagi na tak nieprecyzyjny opis kryteriów oceny, iż nie da bezsprzecznie ustalić sposobu wyłonienia oferty najkorzystniejszej. Tego rodzaju wada postępowania jest nieusuwalna, tj. nie może być skorygowana na etapie badania ofert nieodrzuconych. Jedyną metodą skorygowania błędu byłoby ponowne rozpisanie przetargu.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca J. ELECTRIC Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie (pismo z 15 marca 2023 r.), wnosząc o jego oddalenie w całości jako niezasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył swoją ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, wskazanych w treści odwołania, odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, gdyż zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu. W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę, oferta odwołującego, która uplasowała się na drugim miejscu w rankingu, zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, a w konsekwencji odwołujący mógłby zrealizować zamówienie i osiągnąć zysk z tego tytułu.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów innych, niż stanowiące element dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, wnioskowanych przez strony i uczestnika postępowania, na okoliczności przez nich wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, gdyż odwołujący nie wykazał, że doszło do naruszenia przepisów wskazywanych w treści wniesionego odwołania.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b i c oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 jak i art. 128 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty, która polegała odrzuceniu ze względu na niezgodność z warunkami zamówienia oraz z uwagi na brak dołączenia

wymaganego wykazu oraz brak potwierdzenia środkami dowodowymi spełnienia warunków udziału, w wyniku niestarannego zbadania oferty wykonawcy Janaszek Electric oraz zaniechania żądania ewentualnego uzupełnienia braków tej oferty (przyjęcie oferty podlegającej odrzuceniu) Izba uznała, że zarzuty odwołującego nie potwierdziły się.

Odwołujący w pierwszej kolejności zarzucał zamawiającemu, że ten dokonał wadliwej oceny oferty złożonej przez J. Electric z tego powodu, że wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu, opisanego w ust. 7 SWZ. Swój zarzut opierał na tym, że przystępujący w treści złożonego Wykazu dostaw (załącznik nr 5 do SWZ) powołał się na zadanie pn. Wykonanie nowych linii kablowych wraz z ustawieniem słupów oświetleniowych wyposażonych w oprawy typu LED, w ramach którego miał zrealizować dostawę i montaż 517 sztuk opraw LED wraz z systemem sterowania na stacji kolejowej Lublin Tatary. Dla udokumentowania należytej realizacji tych prac, wykonawca przedłożył protokół

nr 1 (zał. nr 6 a do umowy na roboty budowlane nr 21/210/0004/21/Z/I), który miał potwierdzać odbiór końcowy tego zadania. Odwołujący wywodził jednak, że z żadnego fragmentu treści tego dokumentu nie wynika potwierdzenie wykonania przez J. Electric dostawy i montażu 517 sztuk opraw LED, ani też to, czy osoby wchodzące w skład komisji

odbioru były podmiotami uprawnionymi do reprezentowania zamawiającego w tamtym postępowaniu.

W jego ocenie, powyższe braki w dokumencie potwierdzającym należyte wykonanie prac objętych zamówieniem, powinny skutkować odrzuceniem oferty złożonej przez J. Electric.

Z powyższym nie sposób się zgodzić z dwóch powodów. W pierwszej kolejności należy przytoczyć treść warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt 7.1.4 A SWZ. Zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazał się realizacją jednego zadania, polegającego na dostawie i wykonaniu instalacji i/ lub modernizacji oświetlenia zewnętrznego (np. drogi, parki i place), obejmującego minimum 1 000 punktów oświetleniowych wraz z systemem sterowania, lub dwóch zadań polegających na dostawie i wykonaniu instalacji i/ lub modernizacji oświetlenia zewnętrznego (np. drogi, parki i place), obejmujących minimum 500 punktów oświetleniowych (każde zadanie) wraz z systemem sterowania.

Wykonawca J. Electric w złożonym w postępowaniu Wykazie dostaw (Załącznik nr 5 do SWZ) wskazał dwa zamówienia, z których pierwsze polegało na realizacji zadania pn. „Modernizacja oświetlenia ulicznego w Mieście Grajewo", w ramach którego dostarczono i zamontowano 1 788 szt. opraw LED, wraz z systemem sterowania w mieście Grajewo. Na potwierdzenie, że przedmiotowe zadanie zostało wykonane należycie przedłożony został „Protokół odbioru końcowego". Co kluczowe dla oceny zarzutów odwołującego, zadanie to

potwierdza spełnienie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, w postaci wykazania się przez wykonawcę realizacją jednego zadania, polegającego na dostawie i wykonaniu modernizacji oświetlenia zewnętrznego, które to swoim zakresem obejmowało wymagany próg minimum 1 000 punktów oświetleniowych, wraz z systemem sterowania. Odwołujący powyższego nie kwestionował, jak też nie podnosił żadnych zarzutów w zakresie treści dokumentu, który miał potwierdzać należyte jego wykonanie.

Twierdził jednakże, że niezależnie od tego, że zadanie to potwierdza spełnienie warunku w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia, to jednak okoliczność, że wykonawca J. Electric w złożonym Wykazie dostaw zdecydował się wymienić dwa zadania, obliguje zamawiającego do ich należytego zbadania. Już z tym twierdzeniem nie sposób się zgodzić. Zamawiający, badając treść złożonego Wykazu dostaw, poddaje analizie treść złożonego w postępowaniu dokumentu w takim zakresie, w jakim ten służy ocenie w zakresie postawionych w postępowaniu warunków. Jeśli zatem stwierdził, że już pierwsza z wymienionych w treści dokumentu dostaw jest wystarczająca, aby stwierdzić, że warunek ten został spełniony - na tej podstawie zasadnie uznał, że J. Electric warunki te spełnia.

Z kolei drugie z zadań, wymienionych w treści Wykazu dostaw, jakkolwiek samodzielnie nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu i co kluczowe nie ma wpływu na ocenę czy wykonawca spełnia warunek w zakresie wymaganego doświadczenia, to należy stwierdzić, iż także to zostało przez zamawiającego w sposób poprawny zbadane. Przystępujący w wykazie dostaw wprost bowiem wskazał, że zakres zamówienia obejmował: Wykonanie nowych linii kablowych wraz z ustawieniem słupów oświetleniowych wyposażonych w oprawy typu LED, w ramach którego dokonano dostawy i montażu 517 szt. opraw LED wraz z systemem sterowania na stacji kolejowej Lublin Tatary. Dodatkowo, z treści przedłożonego dokumentu protokołu odbioru wprost wynika należyte wykonanie wymienionej w Wykazie dostawy.

Nie sposób podzielić zarzutów odwołującego, że skoro z treści dokumentu poświadczającego należyte wykonanie nie wynika zakres danego zadania - to taki dokument jest niewystarczający. Wielokrotnie bowiem w orzecznictwie zwracano uwagę, że rolą referencji jest potwierdzenie należytego wykonania umowy, co wynika wprost z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 roku poz. 2415). Izba pogląd ten podziela, zwracając uwagę, że treść referencji nie musi w całości potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu, albowiem nie taka jest rola tego dokumentu. Należy podkreślić, że referencje mają za zadanie potwierdzać należyte wykonanie konkretnego zamówienia,

a wykonawcy nie mają wpływu na ich treść, gdyż te wystawiane są przez podmiot od nich niezależny. Wiedzę na temat wykonanych usług może posiadać jedynie sam wykonawca oraz podmiot zlecający prace. Istotny jest zatem zakres wykonanych prac, a nie sposób w jaki zostały one opisane, czy też nazwane w referencjach (tak też Izba w wyroku z 10 czerwca 2022 r., sygn. akt KIO 1322/22, podobnie uznała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 lipca 2021 r. o sygn. akt KIO 1727/21, wyroku KIO z dnia 19 lipca 2021 r. o sygn. akt KIO 1656/21).

Odwołujący kwestionował również przedmiotowy dokument wskazując, iż nie wiadomo czy osoby podpisujące protokół odbioru były podmiotami uprawnionymi do reprezentowania zamawiającego w tamtym postępowaniu.

W tym zakresie Izba również przywołuje prezentowany w orzecznictwie pogląd, że referencje stanowią oświadczenie wiedzy, nie zaś oświadczenie woli, a więc mogą być wystawione przez przedstawiciela zamawiającego, niekoniecznie będącego uprawnionym np. zgodnie z KRS do podpisywania dokumentów w imieniu podmiotu, który taką referencję wystawił. Przykładowo, w wyroku o sygn. akt KIO 695/14 Izba wskazała, że: Podpisanie dokumentu referencji przez osobę nieuprawnioną do reprezentacji AEROEKSPRESS Rosja - co nie zostało przy tym udowodnione przez odwołującego -nie mogło w istocie spowodować odmowy uznania tego pisma, za dowód potwierdzający należyte wykonanie zamówienia. W tym zakresie należy bowiem odróżnić oświadczenia woli, dla których skuteczności konieczne jest zachowanie zasad reprezentacji, od oświadczeń wiedzy. Referencje natomiast to oświadczenie wiedzy podmiotu posiadającego w dyspozycji informacje z zakresu objętego ich przedmiotem, może je zatem wystawić każdy, kto ma wystarczający zasób wiedzy pozwalający uznać o należytej jakości wykonanych robót czy dostaw (por. wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO ).

Odwołujący przy tym kwestionował przedłożony przez przystępującego dokument, nie podając przy tym żadnych argumentów z jakich powodów osoby go podpisujące nie mogły złożyć podpisu pod oświadczeniem określonej w nim treści tj. potwierdzić należyte wykonanie prac objętych zamówieniem. Izba nie miała wobec powyższego podstaw do uznania, by osoby składające swoje podpisy nie dysponowały dostateczną wiedzą dla potwierdzenia należytego wykonania przedmiotu umowy. Odwołujący nie przedstawił bowiem żadnych dowodów na wykazanie przedmiotowej okoliczności.

Dodatkowo, jako rozstrzygające w sprawie, należało uznać dowody przedłożone przez przystępującego na rozprawie w postaci: wyciągu z dokumentacji powykonawczej, złożonej przez J. Electric PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakład Linii Kolejowych w Lublinie

(dowód nr 1); wyciągu z umowy zrealizowanej przez Janaszek Electric na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakład Linii Kolejowych w Lublinie (dowód nr 2); wyciągu z dostawy materiałów zrealizowanej przez Janaszek Electric dla PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakład Linii Kolejowych w Lublinie (dowód nr 3). Ich analiza potwierdza dodatkowo, że zakres zamówienia wykonanego na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakład Linii Kolejowych w Lublinie, jest zbieżny z tym co wskazał przystępujący w treści Wykazu dostaw. Niezależnie zatem, że wykonawca ten na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przedłożył prawidłowo wypełniony wykaz, oraz poparł go dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie dostaw wymienionych w wykazie, w związku z wątpliwościami odwołującego - udokumentował dodatkowo zakres zrealizowanej dostawy, przedkładając powyższe dokumenty. W konsekwencji powyższy zarzut należało uznać za chybiony.

Odwołujący domagał się również odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę J. Electric z tego powodu, że ten: (1) nie wskazał danych osoby do reprezentowania podmiotu udostępniającego zasoby (ust. 4 pkt 2 Formularza oferty) pomimo, że był on znany w czasie składania oferty (w formularzu pozostało puste, wykropkowane miejsce, co oznacza, że formularz nie został wypełniony); (2) nie uzupełnił części D formularza JEDZ o znanego wówczas podwykonawcę; (3) nie złożył wykazu podwykonawców i dostawców oraz podmiotów, na zasoby których się powołuje, mimo że byli oni znani w czasie składania oferty (co oznacza, że brakuje obowiązkowego załącznika do oferty).

Zarzuty powyższe należało oddalić, gdyż nie sposób dopatrzeć się w stwierdzonych brakach przyczyn dla uznania, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z powodu niewypełnienia niektórych punktów Formularza oferty czy też, że niedołączenie wykazu podwykonawców i dostawców oraz podmiotów, na zasoby których się powołuje, mimo że byli oni znani w czasie składania oferty jest brakiem, który powinien skutkować odrzuceniem oferty przystępującego w oparciu o przepisy art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że treść SWZ stanowią merytoryczne wymagania zamawiającego, które odnoszą się do ilości, jakości, terminu lub innych warunków, które mają znaczenie dla wykonania przedmiotu zamówienia. Tym samym odrzucenie oferty niezgodnej z SWZ może nastąpić wyłącznie w przypadku niedopełnienia tych wymogów. Z kolei inne wymagania, które również zawarte są w dokumentach zamówienia, a które to odnoszą się czy to do sposobu zaprezentowania danych w ofercie, mają charakter porządkowy czy ułatwiają dokonanie oceny ofert, ale nie wpływają na ich ocenę - stanowią wymagania co do formy a nie jej treść. Każdorazowo zatem zamawiający musi poddać ocenie, w przypadku jakichkolwiek stwierdzonych w ofercie braków, czy te mają wpływ na ocenę ofert, lub czy możliwa jest takowa bez względu na dostrzeżone braki, czy

też może dopuszczalne jest w danych okolicznościach dokonanie poprawy stwierdzonych błędów.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy braki w wypełnieniu Formularza oferty i brak zamieszczenia informacji odnoszących się do osoby upoważnionej do reprezentowania podmiotu udostępniającego zasoby, jak też dołączenia odpisu z KRS dla tego podmiotu - nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SWZ. Jak trafnie zauważył zamawiający w swoim piśmie procesowym - odpowiedzi na odwołanie, w ust. 4 pkt 2 Formularza oferty zawarto pouczenie, że podmiot udostępniający zasoby nie jest zobowiązany do złożenia dokumentów, o których mowa powyżej (pkt 2) jeżeli zostaną wskazane dane umożliwiające dostęp do tych dokumentów w bezpłatnych i ogólnodostępnych bazach danych. Ponieważ podmiot udostępniający zasoby, którego dane z łatwością można ustalić na podstawie informacji zawartych w ofercie i załączonych dokumentach, jest spółką prawa handlowego jego dane znajdują się pod adresem internetowym, który zamawiający wskazał w ust. 4 pkt. 1 Formularza oferty. Z kolei w Załączniku nr 8 do SWZ zostały wskazane osoby upoważnione do reprezentowania podmiotu udostępniającego zasoby do wykonania zamówienia. Jest to wystarczające do tego, aby możliwe było ustalenie zarówno danych podmiotu udostępniającego zasoby, jak też osób reprezentujących ten podmiot.

Niezrozumiałe są z kolei zarzuty odwołującego dotyczące wypełnienia formularza JEDZ przez przystępującego. Wykonawca ten, wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu, wypełnił sekcję D JEDZ oraz wskazał, że zamierza korzystać z podwykonawcy. Na powyższą okoliczność przedłożył również odrębny dokument JEDZ dla podwykonawcy, z potencjału którego korzysta przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu (LUG Light Factory Sp. z o.o.). Przystępujący przedłożył także Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, w którym to podmiot udostępniający w punkcie 3 oświadcza, że będzie podwykonawcą przy realizacji zamówienia. W konsekwencji nie sposób stwierdzić, że zamawiający nie posiadał informacji na temat podwykonawcy, na potencjale którego przystępujący będzie polegał.

Chybiony jest też zarzut odwołania w zakresie, w jakim odwołujący wskazał, że wykonawca J. Electric nie złożył wykazu podwykonawców i dostawców oraz podmiotów, na zasoby których się powołuje mimo, że byli oni znani w czasie składania oferty (co oznacza, że brakuje obowiązkowego załącznika do oferty). Oświadczenie takie zostało złożone w pkt 5 ppkt 5 Formularza oferty, w którym przystępujący wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcy część

zamówienia. Wprawdzie nie wpisał jaka to będzie część i popełnił błąd w nazwie wpisując w miejsce: LUG Light Factory Sp. z o.o. - LUG Light Factroy Sp. z o.o., ale powyższe uchybienia nie wpływają na ocenę oferty, gdyż dane te wynikają z innych dokumentów, złożonych wraz z ofertą. W szczególności z łatwością można

dostrzec, że popełniono w tym miejscu oczywistą omyłkę w nazwie podmiotu, gdyż z innych dokumentów wynika, że chodzi o Lug Light Factory Sp. z o.o., zaś jak trafnie zauważył przystępujący po wpisaniu nazwy błędnej w wyszukiwarce podmiotów w KRS - nie uzyskamy żadnego wyniku.

Nie potwierdziły się także, w ocenie składu orzekającego, zarzuty naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z kryteriami ustalonymi w SWZ (błędna punktacja). Odwołujący formułując powyższy zarzut argumentował, że zamawiający dokonując oceny ofert w postępowaniu dopuścił się zawyżenia punktacji przyznanej wykonawcy J. Electric w kryterium trwałości strumienia światła oprawy ulicznej, w odniesieniu do założeń SWZ.

Izba nie podziela tych zastrzeżeń z tej przyczyny, że wprawdzie z treści Formularza ofertowego wynika, że przystępujący deklaruje trwałość strumienia światła na poziomie ponad 140 000 h, co samo w sobie nie mogło zdecydować o przyznaniu temu wykonawcy więcej niż 8 pkt w ramach kryteriów oceny ofert, to jednak nie można pomijać treści złożonych wraz z ofertą innych dokumentów przedmiotowych, których złożenia zamawiający żądał, a przystępujący je przedłożył. Ich treść nie budzi żadnych wątpliwości co do dokładnej wartości ocenianego parametru. Wynika z nich wprost, że dokładna wartość źródła trwałości światła wynosi 141.000. Jest to z jednej strony zgodne z treścią oświadczenia, zawartego w Formularzu oferty, z kolei inne dokumenty, które także stanowią treść oferty, potwierdzają dokładną wartość ocenianego parametru na określonym poziomie.

Zasadnie zatem zamawiający, biorąc pod uwagę treść złożonych wraz z ofertą dokumentów przedmiotowych, w szczególności dokumentu pn. Prognoza trwałości strumienia światła oprawy ulicznej, pod nazwą TM 21, która podawała, że wartość parametru L80B 10 wynosi 141 000,00 h, czyli ponad 140 000 h jak to podał wykonawca w ofercie. Jak trafnie zauważył także zamawiający (co wynika także z dowodów nr 4 i nr 5 złożonych przez przystępującego) odwołujący zaproponował identyczne oprawy uliczne i złożył tożsame przedmiotowe środki dowodowe dotyczące trwałości strumienia światła opraw ulicznych TM 21 i otrzymał w tym kryterium 10 pkt. Tym samym niezrozumiały jest zarzut, że oprawy wykonawcy J. Electric pomimo, że mają poświadczone przedmiotowymi środkami dowodowymi identyczne parametry techniczno-użytkowe powinny otrzymać 8 pkt, podczas gdy odwołujący w tym kryterium uzyskał 10 pkt. To zaniżenie liczby punktów wykonawcy J. Electric, który zaoferował identyczne oprawy jak uczynił to odwołujący, stanowiłoby naruszenie wskazywanych przepisów ustawy Pzp.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 240 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustalenie kryteriów oceny (punktacji) w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały,

posługiwanie się przy ustaleniu punktacji danymi z ofert podlegających odrzuceniu, a w innym wypadku - tylko ofert zakwalifikowanych do konkursu, co wpływa na zaburzenie wyników oraz poprzez stosowanie przy obliczeniu i przyznaniu punktacji wzoru odmiennego niż wskazany w SWZ (niejednoznaczny opis kryterium oceny i niezgodne z wzorem obliczenia punktów) - Izba doszła do przekonania, że zarzuty te w części potwierdziły się, jednakże odwołanie w tej części nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak wynika bowiem z opisu zamieszczonego w pkt 16 ppkt 16.1. SWZ, zamawiający zdecydował, że oceniając złożone oferty będzie kierował się następującymi kryteriami: 50% cena, 40% moc zainstalowana, 10% trwałość strumienia światła oprawy ulicznej. Wskazał przy tym (pkt 16.1), że: Oferty niepodlegające odrzuceniu będą oceniane metodą punktową w skali 100-punktowej. Dalej, opisując sposób oceny ofert w kryterium ceny stwierdził: Oferta z najniższą ceną brutto otrzyma maksymalną ilość punktów (50 pkt.), a pozostałe oferty otrzymają punkty obliczone według wzoru: P1 = oferta z najniższą ceną/ cena oferty badanej x 50% (1% = 1 pkt).

Wszystkie powyższe zapisy SWZ w zakresie, w jakim zamawiający opisał w jaki sposób dokona oceny ofert w kryterium cena, w szczególności podanie informacji, że ocena będzie dokonywana w skali 100- punktowej, za cenę można uzyskać 50 pkt, w końcu też zapis we wzorze, że 1% równy jest 1 pkt prowadzi do jednoznacznych wniosków, że uzyskany wynik ze wzoru należało przemnożyć przez 50 pkt. Tylko bowiem taki sposób oceny ofert w tym kryterium pozwoliłby uzyskać wykonawcy, który zaproponował we wszystkich kryteriach najkorzystniejsze z punktu zamawiającego parametry, maksymalnie 100 pkt. Gdyby z kolei przyjąć sposób oceny ofert, który sugeruje odwołujący - żaden wykonawca nie miałby możliwości uzyskania maksymalnej liczby 100 pkt, jak to zostało zdefiniowane w pkt. 16.1 SWZ. Co więcej prezentowany sposób oceny w kryterium cena prowadziłby do całkowitego zaburzenia proporcji przyznawanych punktów, gdyż co sam odwołujący przyznał za cenę wykonawcy uzyskiwaliby ułamkowe części punktów, podczas gdy ta w ocenie ofert miała ważyć w 50%.

Należy też zauważyć, że z dokumentacji postępowania wynika, że na etapie postępowania żaden z wykonawców nie zgłosił zastrzeżeń czy też wątpliwości, zadając pytania i prosząc o wyjaśnienie treści SWZ. Należy zatem rozumieć, że zaprezentowany wzór, w kontekście pozostałych zapisów zamieszczonych w dokumentach zamówienia, był na tyle precyzyjny i jasny, że każdy z wykonawców wiedział w jaki sposób oferty te będą oceniane. Przyjęte przez zamawiającego rozwiązanie, w ocenie Izby, nie budzi wątpliwości co do tego w jaki sposób należało przyznać punkty poszczególnym ofertom w tym kryterium.

Jedyny błąd, którego Izba dopatrzyła się w tym postępowania polega na tym, że zamawiający wbrew zapisom SWZ, do oceny ofert w kryterium cena wziął pod uwagę także ofertę, która podlegała odrzuceniu. W istocie uzyskane wyniki w tym przypadku odbiegały od tych, które zamawiający by otrzymał eliminując cenę oferty podlegającej odrzuceniu, jednakże

pozostaje to bez wpływu na ostateczny wynik postępowania. W dalszym ciągu, jako najkorzystniejsza tj. uzyskująca najwyższy wynik w kryteriach oceny ofert, pozostaje oferta złożona przez J. Electric.

W tym miejscu wskazać należy, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie podlega uwzględnieniu wówczas, gdy naruszenie zamawiającego ma charakter naruszenia kwalifikowanego (takiego, które wpływa na wynik postępowania). W świetle przywołanego ww. przepisu warunkiem uwzględnienia odwołania, obok potwierdzenia zasadności samych zarzutów wobec czynności lub zaniechań zamawiającego, jest stwierdzenie, że naruszenie to ma lub miało istotny wpływ na wynik postępowania. Z kolei wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego tj. jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego. Mając na uwadze, że w przedmiotowym postępowaniu, błąd zamawiającego nie spowoduje zmiany w rankingu ofert - odwołanie należało oddalić.

W konsekwencji powyższej argumentacji, nie sposób również stwierdzić, że opisanie kryteriów oceny ofert w sposób, jak to uczynił zamawiający w SWZ, winno prowadzić do unieważnienia całego postępowania. Izba nie podzieliła bowiem oceny odwołującego, że kryteria oceny ofert zostały zaprezentowane w sposób nieprecyzyjny, niejasny i, że na podstawie tego opisu nie sposób jest wyłonić wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: …….