Sygn. akt KIO 3567/24

WYROK

Warszawa, dnia 22 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:**Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2024 r. przez wykonawcę **D.K. i R.K. działający wspólnie w ramach spółki cywilnej TOM-NET s.c. D.K., R.K. z siedzibą w Warszawie, ul. Matuszewska 20, 03-876 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Stary Dzików, ul. Kościuszki 79, 37-632 Stary Dzików**
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **Linter Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, ul. Tadeusza Boya – Żeleńskiego 23, 35-105 Rzeszów**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **D.K. i R.K. działających wspólnie w ramach spółki cywilnej TOM-NET s.c. D.K., R.K. z siedzibą w Warszawie, ul. Matuszewska 20, 03-876 Warszawa** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **D.K. i R.K. działających wspólnie w ramach spółki cywilnej TOM-NET s.c. D.K., R.K. z siedzibą w Warszawie, ul. Matuszewska 20, 03-876 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania i kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Gminę Stary Dzików, ul. Kościuszki 79, 37-632 Stary Dzików** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2.zasądza od wykonawcy **D.K. i R.K. działających wspólnie w ramach spółki cywilnej TOM-NET s.c. D.K., R.K. z siedzibą w Warszawie, ul. Matuszewska 20, 03-876 Warszawa** na rzecz **Gminy Stary Dzików, ul. Kościuszki 79, 37-632 Stary Dzików** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……..……..…….

Sygn. akt KIO 3567/24

Uzasadnienie

Gmina Stary Dzików, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Modernizację oświetlenia zewnętrznego polegającą na wymianie opraw na energooszczędne na terenie Gminy Stary Dzików”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 19 sierpnia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00460709.

W dniu 30 września 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca D.K. i R.K. działający wspólnie w ramach spółki cywilnej TOM-NET s.c. D.K., R.K. z siedzibą w Warszawie, zwani dalej „odwołującym”, wnieśli odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp, tj.:

1)wybór przez zamawiającego oferty wykonawcy Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, zwanego dalej „wykonawcą Linter Energia”, jako najkorzystniejszej, kiedy to wykonawca Linter Energia nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, tj. nie wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, wykonał należycie co najmniej 1 robotę budowlane polegającą na modernizacji/wymianie/dostawie wraz z montażem oświetlenia ulicznego o wartości nie niższej niż 500.000,00 zł

brutto,

2)zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy Linter Energia z postępowania, kiedy to wobec wykonawcy Linter Energia zaistniała przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, a także

3)zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Linter Energia, kiedy to wykonawca Linter Energia nie wykazał spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 1 powyżej,

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1)art. 16 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

2)art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzieleni zamówienia publicznego z naruszeniem zasady legalizmu, jako że zamówienia udziela się wykonawcy wybranego zgodnie z przepisami ustawy Pzp,

3)art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) i b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy Linter Energia, mimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu i jego oferta nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,

4)art. 109 ust. 1 pkt 10) w zw. z art. 109 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy Linter Energia, mimo że wykonawca ten w wyniku swojej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił zamawiającemu w ofercie informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a zamawiający przewidział w Rozdziale VI11. pkt 1) ppkt 2) lit. e) SWZ wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie powyższego przepisu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Linter Energia jako najkorzystniejszej,

2)wykluczenie wykonawcy Linter Energia z postępowania na podstawie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10) w zw. z art. 109 ust. 2 ustawy Pzp,

3)odrzucenie oferty wykonawcy Linter Energia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) i b) ustawy Pzp,

4)ponowne zbadanie i dokonanie oceny ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

5)dokonanie wyboru oferty odwołującego,

oraz

6)zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów na wskazane przy nich okoliczności:

1)Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 25 września 2024 r. - na okoliczność: punktacji przyznanej poszczególnym ofertom wykonawców; wyboru przez zamawiającego oferty wykonawcy Linter Energia jako najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp; drugiego wyniku oferty złożonej przez odwołującego,

2)Ogłoszenie o zamówieniu dotyczącym poz. 1 wykazu robót (i.) Polska-Łańcut: Usługi w zakresie konserwacji oświetlenia ulicznego 2020/S 140-344880 Ogłoszenie o zamówieniu Usługi; Ogłoszenie o zamówieniu dotyczącym poz. 2 wykazu robót (ii.) Polska-Wojaszówka: Lampy i oprawy oświetleniowe 2020/S 145-356475, ogłoszenie o zamówieniu Dostawy; Ogłoszenie o zamówieniu dotyczącym poz. 3 wykazu robót (iii.) Polska-Kańczuga: Lampy i oprawy oświetleniowe 2020/S 066-156896, ogłoszenie o zamówieniu Dostawy - na okoliczność: zrealizowania przez wykonawcę Linter Energia zamówień obejmujących usługę i dostawy; niezrealizowania przez wykonawcę Linter Energia robót budowlanych; niespełnienia przez wykonawcę Linter Energia warunku udziału w postępowaniu; zaistnienia wobec Linter Energia przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp,

3)poświadczenie Burmistrza Miasta Łańcut z dnia 5 sierpnia 2024 r., znak: GKI.7226.3.15.2024 (referencje) wraz z kopią umowy GIA.272.52.2020 z dnia 5 października 2020 r.; referencje udzielone przez Gminę Wojaszówka dnia 12 czerwca 2024 r. wraz z kopią umowy nr IŚ: 271.2.20 z dnia 6 października 2020 r.; referencje udzielone przez Miasto i Gminę Kańczuga dnia 9 września 2024 r. - na okoliczność: zrealizowania przez wykonawcę Linter Energia zamówień obejmujących usługę i dostawy; niezrealizowania przez wykonawcę Linter Energia robót budowlanych; niespełnienia przez wykonawcę Linter Energia warunku udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł m.in., że :

Odnośnie zarzutu dotyczącego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców odwołujący podniósł, że zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów. Jednym z przejawów wskazanej zasady jest przestrzeganie reguł zawartych w SWZ i

stosowanie ich bez wyjątków w stosunku do każdego wykonawcy. W niniejszym stanie faktycznym, wykonawca Linter Energia został potraktowany w sposób uprzywilejowany w stosunku do innych wykonawców, poprzez wybranie jego oferty jako najkorzystniejszej, kiedy to wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Wobec czego wobec wykonawcy Linter Energia zaistniała przesłanka wykluczenia z postępowania.

Odnośnie zarzutu prowadzenia postępowania z naruszeniem zasady legalizmu, jako że zamówienia udziela się wykonawcy wybranego zgodnie z przepisami ustawy Pzp odwołujący wskazał, że zasada ta przejawia się tym, że zamawiający prowadząc dane postępowanie powinien mieć zawsze na uwadze, że zobligowany jest udzielić danego zamówienia wyłącznie takiemu wykonawcy, którego wybór został dochowany z poszanowaniem przepisów ustawy Pzp. Oferta złożona przez wykonawcę Linter Energia podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp. Zamawiający zawarł w Rozdziale VII. pkt 2) ppkt 4) SWZ informacjędotyczącą warunku udziału w postępowaniu, w zakresie doświadczenia jakie Wykonawcy powinni spełnić, aby uzyskać zamówienie, o treści: „Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 1 robotę budowlane polegającą na modernizacji/wymianie/dostawie wraz z montażem oświetlenia ulicznego o wartości nie niższej niż 500 000,00 zł brutto".

Wykonawca Linter Energia w wykazie robót budowlanych (załącznik nr 4 do SWZ) przedstawił 3 realizacje na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku, jednakże żadna ze wskazanych realizacji nie jest robotą budowlaną. Przedstawione przez wykonawcę Linter Energia realizacje to usługa (poz. 1 wykazu robót) i dostawy (poz. 2 i 3 wykazu robót).

Warunki udziału w zamówieniu służą weryfikacji doświadczenia wykonawcy w kontekście zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia. Zatem zakres prac objętych przedmiotem zamówienia jest jedną z wytycznych interpretacyjnych treści warunku udziału w postępowaniu. Przedmiotem zamówienia pn. „Modernizacja oświetlenia zewnętrznego polegająca na wymianie opraw na energooszczędne na terenie Gminy Stary Dzików", nr ref. IGI.271.10.2024 jest robota budowlana (Rozdział IV. pkt 1 i 13 SWZ), a zatem przedkładane przez wykonawcę Linter Energia w wykazie realizacje na wykazanie posiadanego doświadczenia powinny dotyczyć wykonanych robót budowlanych, a nie usługi i dostaw. W związku z powyższym, zamawiający w żadnym razie nie mógł dokonać wyboru oferty wykonawcy Linter Energia w oparciu o realizacje zawarte w wykazie robót i tym samym przyjąć, iż wykonawca Linter Energia spełnił warunki udziału w zamówieniu, tj. wykonał w wymaganym okresie należycie co najmniej 1 robotę budowlaną. Przyjmując, że wykaz robót potwierdza warunek udziału w postępowaniu, zamawiający po terminie składania ofert dokonał takiej interpretacji warunku, która sprzyja wybranemu wykonawcy. Jak bowiem zostało ugruntowane w doktrynie „Warunki SWZ muszą być interpretowane ściśle, bez dokonywania takiej ich wykładni, która w konsekwencji - wbrew brzmieniu warunku - powodowałaby wykluczenie wykonawcy z postępowania. Na etapie postępowania po terminie składania ofert zmiana warunku udziału w postępowaniu, także skutkiem jego interpretacji sprzyjającej określonemu wykonawcy, na gruncie ustawy Pzp nie jest co do zasady możliwa, a za taką zmianę należałoby uznać chociażby dokonanie celowościowej wykładni warunku pozostającej w sprzeczności z literalnym brzmieniem postanowienia SIWZ. ". reasumując odwołujący podniósł, że wykonawca Linter Energia nie wykazał zgodnie z wymogiem SWZ spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Oferta wykonawcy Linter Energia powinna zostać zatem odrzucona, a nie wybrana jako najkorzystniejsza.

Odnośnie zarzutu niewykluczenia wykonawcy Linter Energia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp odwołujący podniósł, że zamawiający przewidział w Rozdziale VIII. pkt 1) ppkt 2) lit. e) SWZ podstawę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przewidziana przesłanka wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp ma charakter fakultatywny. Fakultatywność przejawia się tym, że zamawiający nie ma obowiązku weryfikowania jej wystąpienia, w razie braku przewidzenia stosownych zapisów w ogłoszeniu o zamówieniu bądź dokumentach zamówienia. W sytuacji jednak, gdy zamawiający przewidzi wykluczenie wykonawcy z postępowania, w razie zaistnienia przesłanki fakultatywnej, to ma on obowiązek wykluczenia takiego wykonawcy, wobec którego przesłanka ta zaistnieje. Powyższa przesłanka wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 10) Ustawy Pzp obejmuje nieumyślne wprowadzenie w błąd, które może nastąpić przy przedstawieniu informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Lekkomyślność będzie polegać na tym, że wykonawca przedstawi informacje, przewidując możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, ale bezpodstawnie sądzi, że uniknie tego skutku, świadomie łamiąc zasady ostrożności. Niedbalstwo natomiast zachodzi, jeżeli wykonawca nie ma w ogóle wyobrażenia co do możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, choć przy dołożeniu należytej staranności, skutek ten powinien był sobie wyobrazić. Co istotne, w ramach badania zaistnienia podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, nie mieści się badanie czy wykonawca był już wzywany do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27

stycznia 2023 r. o sygn. akt KIO 84/23.

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca Linter Energia, w zakresie wymaganej warunkiem roboty budowlanej, przedstawił 3 realizacje będące w rzeczywistości usługą i dostawami, a nie zaś wymaganą warunkiem robotą budowlaną. Powyższe realizacje wykonał osobiście, co wynika z przedstawionego wykazu (załącznik nr 4 do SWZ), a zatem miał wiedzę, iż nie stanowią one roboty budowlanej, a usługę i dostawy, co wprost potwierdzają ogłoszenia dotyczące przedmiotowych zamówień, w odpowiedzi, na które złożył oferty i uzyskał zamówienia. Działaniu wykonawcy Linter Energia, w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, można ponad wszelką wątpliwość przypisać co najmniej winę nieumyślną. Przedstawiając informacje zawarte w wykazie, wykonawca Linter Energia powinien przewidzieć możliwość wprowadzenia zamawiającego w błąd, ale bezpodstawnie sądził, że skutku tego uniknie, świadomie łamiąc zasady ostrożności. Jeżeli natomiast wykonawca Linter Energia nie miał w ogólne wyobrażenia co do możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd przekładając wykaz robót, to przy dołożeniu należytej staranności, powinien był ten skutek sobie wyobrazić. Miał bowiem świadomość, że jego realizacje, które zostały przedstawione w wykazie, obejmujące modernizacje oświetlenia, są w istocie usługą i dostawami, a nie robotami budowlanymi. Wobec powyższego, w stosunku do wykonawcy Linter Energia zaistniała przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, a zatem Zamawiający, niezależnie od innych przesłanek wykazanych w niniejszym odwołaniu, zobligowany był do odrzucenia oferty wykonawcy Linter Energia, a to na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 2 października 2024 r. przesłał kopię odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu poprzez platformę przetargową.

W dniu 4 października 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, zwany dalej „przystępującym", zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, zwanego dalej „przystępującym", do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 rokuw sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez strony oraz przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane przez odwołującego i złożone w załączeniu do odwołania dowody, tj.:

1. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 25 września 2024 r.
2. Ogłoszenie o zamówieniu dotyczącym poz. 1 wykazu robót (i.) Polska-Łańcut: Usługi w zakresie konserwacji oświetlenia ulicznego 2020/S 140-344880 Ogłoszenie o zamówieniu Usługi.
3. Ogłoszenie o zamówieniu dotyczącym poz. 2 wykazu robót (ii.) Polska-Wojaszówka: Lampy i oprawy oświetleniowe 2020/S 145-356475, ogłoszenie o zamówieniu Dostawy;
4. Ogłoszenie o zamówieniu dotyczącym poz. 3 wykazu robót (iii.) Polska-Kańczuga: Lampy i oprawy oświetleniowe 2020/S 066-156896, ogłoszenie o zamówieniu Dostawy.
5. Poświadczenie Burmistrza Miasta Łańcut z dnia 5 sierpnia 2024 r., znak: GKI.7226.3.15.2024 (referencje) wraz z kopią umowy GIA.272.52.2020 z dnia 5 października 2020 r.
6. Referencje udzielone przez Gminę Wojaszówka dnia 12 czerwca 2024 r. wraz z kopią umowy nr IŚ: 271.2.20 z

dnia 6 października 2020 r.

7.Referencje udzielone przez Miasto i Gminę Kańczuga dnia 9 września 2024 r.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący faktyczny:

Zamawiający w rozdziale VII SWZ WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU, pkt 2 podał „*O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (…)*

4) zdolności technicznej lub zawodowej:

w zakresie doświadczenia (warunek doświadczenie):

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 1 robotę budowlane polegającą na modernizacji/wymianie oświetlenia ulicznego o wartości nie niższej niż 500 000,00 zł brutto".

Zamawiający w rozdziale IX SWZ OŚWIADCZENIA I DOKUMENTY, JAKIE ZOBOWIĄZANI SĄ DOSTAR WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU WYKAZANIA BRAKU PODSTAW WYKLUCZENIA (PODMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE), pkt 3 pod: „*Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych w postaci*

- wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających, czy roboty zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane, wzór wykazu stanowi Załącznik do SWZ, (….).

Zamawiający, pismem z dnia 16 września 2024 r., wezwał wykonawcę Linter Energia „*do złożenia następujących dokumentów (aktualnych na dzień złożenia) wykazujących brak podstaw do wykluczenia oraz potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu prowadzonym pn.: „Modernizacja oświetlenia zewnętrznego polegająca na wymianie opraw na energooszczędne na terenie Gminy Stary Dzików*"

1) wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat , a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających, czy usługi oraz roboty zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi i roboty zostały wykonane:

- co najmniej 1 robota budowlana polegająca na modernizacji/wymianie/dostawie wraz z montażem oświetlenia ulicznego o wartości nie niższej niż 500 000,00 zł brutto.

Wzór wykazu stanowi Załącznik do SWZ."

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Linter Energia złożył „Wykaz robót' według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ, w treści którego w kolumnie 2 tabeli „Rodzaj zrealizowanych robót (podanie nazwy inwestycji i miejsca jej realizacji z opisem pozwalającym na ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu)" podał:

1)„Zakres robót budowlanych podczas inwestycji pn. "Modernizacja oświetlenia ulicznego w Gminie Miasto Łańcut oraz konserwacja oświetlenia ulicznego wraz z zapewnieniem finansowania w oparciu o model ESCO" (jeśli miała nazwę) polegającej na modernizacji opraw oświetlenia drogowego w ramach jednego zadania inwestycyjnego" o „wartości robót budowlanych (w zł brutto)" 2 874 999,54 zł – wykonane na rzecz Miasta Łańcut.

2)„Zakres robót budowlanych podczas inwestycji pn. "Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Miasta i Gminy Kańczuga polegająca na wymianie istniejących opraw oświetleniowych na oprawy oświetleniowe ze źródłem światła LED wraz z osprzętem." (jeśli miała nazwę) polegającej na modernizacji opraw oświetlenia drogowego w ramach jednego zadania inwestycyjnego" o „wartości robót budowlanych (w zł brutto)" 1 375 657,83 zł – wykonane na rzecz Miasta i Gminy Kańczuga.

3)„Zakres robót budowlanych podczas inwestycji pn. "Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Gmina Wojaszówka polegająca na wymianie istniejących opraw oświetleniowych na oprawy oświetleniowe ze źródłem światła LED wraz z osprzętem" (jeśli miała nazwę) polegającej na modernizacji opraw oświetlenia drogowego w ramach jednego zadania inwestycyjnego" jeśli miała nazwę) polegającej na modernizacji opraw oświetlenia drogowego w ramach jednego zadania inwestycyjnego" o „wartości robót budowlanych (w zł brutto)" 814 092,72 zł – wykonane na rzecz Gminy Wojaszówka.

Do złożonego wykazu wykonawca Linter Energia załączył referencje dotyczące wszystkich wykazanych realizacji

oraz dwie umowy zawarte przez tego wykonawcę (z Miastem Łańcut oraz Gminą Wojaszówka).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) i b) ustawy Pzp stanowi, że *„Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli: (…) została złożona przez wykonawcę:*

a)podlegającego wykluczeniu z postępowania lub

b)*niespełniającego warunków udziału w postępowaniu”*.

Oznacza to, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Warunki udziału w postępowaniu powinny być określone precyzyjnie, a odrzucenie oferty wykonawcy na tej podstawie może nastąpić tylko wtedy, gdy nie zostało wykazane spełnianie wymagań, które zostały wprost i precyzyjnie wyartykułowane w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ. Wszelkie niejasności czy brak precyzji w sformułowaniu warunków udziału w postępowaniu na etapie badania spełniania tych warunków nie mogą być interpretowane w sposób nadający im bardziej restrykcyjne znaczenie, niż to wynika z literalnego brzmienia postawionego warunku.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny sprawy stwierdzić należy, wykonawca Linter Energia na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu złożył wykaz, w którym wyspecyfikował trzy zrealizowane roboty, które miały potwierdzać posiadanie przez niego wymaganego przez zamawiającego doświadczenia. Wartość wykazanych robót przekraczała wartość wymaganą w postawionym warunku a więc była „nie niższa niż 500 000,00 zł brutto”.

Z treści tego wykazu - jak podkreślał zamawiający na rozprawie – jednoznacznie wynika, że wykonawca Linter Energia spełnia warunki udziału w postępowaniu. Na tej też podstawie (treści złożonego wykazu) zamawiający uznał, że faktycznie tak jest. Przykładowo wskazał na realizację wykonaną na rzecz Gminy Wojaszówka (poz. 3 wykazu), w ramach której wykonawca Linter Energia wykonał roboty budowlane, których zakres zamówienia jest zgodny z przedmiotem tego zamówienia i która to robota potwierdza już spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Oceny warunku udziału w postępowaniu należy bowiem dokonać przez pryzmat przedmiotu zamówienia. Nie oznacza to przy tym, iż warunek udziału w postępowaniu ma być tożsamy z przedmiotem zamówienia. Istotne jest tylko aby warunek udziału w postępowaniu był proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i umożliwiał ocenę zdolności wykonawcy do jego należytej realizacji. Tak też warunek udziału w postępowaniu skonstruował zamawiający i tak powinien być on interpretowany.

Każda z referencyjnych robót wykazana przez wykonawcę Linter Energia była zrealizowana w ramach zadania inwestycyjnego składającego się z dwóch etapów i w ramach każdego z tych zadań jeden z etapów obejmował modernizację oświetlenia, którego wartość była „nie niższa niż 500 000,00 zł brutto” i obejmowała roboty budowalne. Potwierdzała więc spełnienie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu.

A ponieważ celem warunku udziału w postępowaniu jest umożliwienie wyboru wykonawcy, który ma doświadczenie w realizacji danego przedmiotu zamówienia, co gwarantuje jego prawidłowe wykonanie to w tym przypadku warunek pozwolił na wybór takiego wykonawcy. Tym samym zarzut ten nie potwierdzi się.

Wobec powyższego nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10) w zw. z art. 109 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy Linter Energia, mimo że wykonawca ten w wyniku swojej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił zamawiającemu w ofercie informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a zamawiający przewidział w Rozdziale VI11. pkt 1) ppkt 2) lit. e) SWZ wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie powyższego przepisu. Wykonawca Linter Energia przedstawił bowiem roboty, które potwierdzały spełnianie warunku udziału w postępowaniu i takie, które prawidłowo mógł przedstawić. Wobec czego nie ma jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu wprowadził zamawiającego w błąd. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten także nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2) lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca: ……