

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant:

Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwiecień 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2024 r. przez Odwołującego – Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Zakład Wykonawstwa Sieci Elektrycznych Kraków Spółka Akcyjna** ul. Krakowska 41, 32-050 Skawina, **P.K.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.K., ul. Brzozowa 11, 33-101 Tarnów, **M.K.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Serwis Elektryczny „Kawik Marek”, ul. Wincentego Rzymowskiego 3, 33-100 Tarnów w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **TAURON Dystrybucja Spółka Akcyjna** ul. Podgórska 25A, 31-035 Kraków, Oddział w Tarnowie, ul. Lwowska 72-96b, 33-100 Tarnów

przy udziale uczestnika przystępującego po stronie Zamawiającego – Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **El-Mag 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Do Huty 17, 33-100 Tarnów, **M.M.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą F.U., ul. Do Huty 14, 33-100 Tarnów

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów od 1 do 3 odwołania, a w pozostałym zakresie oddać odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na zadanie nr 8 oraz nakazuje odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: El-Mag 2 Sp. z o.o., M.M. (F.U.) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp i powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej na zadanie nr 8.
 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i Odwołującego w stosunku do ilości zarzutów uwzględnionych, tj. 1/3 Zamawiający i 2/3 Odwołujący i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.888 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset osiemdziesiąt osiem złotych, zero groszy) stanowiącą koszty pełnomocnika Odwołującego, obejmujące koszty wynagrodzenia i wydatków, koszty dojazdu na rozprawę oraz opłaty skarbowej;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7.962 zł 67 gr (słownie: siedem tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt dwa złotych, sześćdziesiąt siedem groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w wysokości przekraczającej kwotę kosztów przypadającą na stronę Odwołującą.
- 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 1193/24

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Tauron Dystrybucja S.A. z/s w Krakowie, Oddział w Tarnowie, w trybie podstawowym na realizację prac związanych z przyłączeniem odbiorców gr. IV i V na terenie działalności TAURON Dystrybucja S.A. Oddział w Tarnowie (nr postępowania: PZP/TD-OTR/05492/2023), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25.10.2023 r., 2023/S 206-647406 wobec czynności polegających na badaniu i wyborze oferty najkorzystniejszej na zadanie nr 8 i 9 (Konsorcjum EL-Mag) podlegającą odrzuceniu, wniesione zostało w dniu 08.04.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Zakład Wykonawstwa Sieci Elektrycznych Kraków S.A., P.K. (P.K.), M.K. (Serwis Elektryczny „Kawik Marek”) (sygn. akt KIO 1193/24).

Zamawiający poinformował o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 29.03.2024r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 punkt 5) p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum EL-MAG 2 Sp. z o.o. (Lider) oraz Firmę Usługową EL-MAG M.M. (Członek), pomimo iż oferta była sprzeczna z treścią SWZ (punkt 2.2.4 SWZ), gdyż Konsorcjum EL-MAG oświadczyło, że będzie korzystać z podwykonawstwa w obszarach, dla których Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę.
2. art. 223 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 4 p.z.p. poprzez wezwanie Konsorcjum EL-MAG pismem z dnia 10.01.2024r. do wyjaśnienia treści złożonej oferty dotyczącej planowanego zakresu podwykonawstwa, pomimo iż oferta

Konsorcjum EL-MAG i złożone w niej oświadczenia dotyczące prac, które zostaną zlecone podwykonawcom była jednoznaczna, co doprowadziło do wszczęcia przez Zamawiającego niedopuszczalnych negocjacji treści oferty i dokonania przez Konsorcjum EL-MAG zmiany treści złożonej oferty.

- 3.art. 226 ust. 1 punkt 3) p.z.p. w zw. z art. 223 ust.1 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum EL-MAG, pomimo iż była ona sprzeczna z ustawą a to art. 223 ust. 1 p.z.p., z uwagi na dokonanie przez Konsorcjum EL-MAG pismem z dnia 15.01.2024r. niedopuszczalnej zmiany treści złożonej oferty, a to oświadczenia dotyczącego zakresu podwykonawstwa, stanowiącego przedmiotowo istotny element oferty, z uwagi na zastrzeżenie przez Zamawiającego obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia.
- 4.art. 226 ust. 1 punkt 2 lit. b) p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum EL-MAG pomimo, iż wykonawca nie spełniał warunku udziału w postępowaniu opisanego w punkcie 3.1.1.4.2 SWZ to jest dotyczącego doświadczenia w wykonaniu usług projektowych o charakterze zgodnym z przedmiotem zamówienia;
- 5.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a p.z.p. w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz 10 p.z.p. przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum EL-MAG, pomimo iż zmaterializowały się wobec tego wykonawcy przesłanki wykluczenia, o których mowa w przepisach art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz pkt 10 p.z.p., ponieważ wykonawca, w wyniku rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd odnośnie posiadanego doświadczenia, posługując się niezgodnymi z rzeczywistym stanem rzeczy referencjami z dnia 20.11.2023r. wystawionymi przez Pana Tomasza Obłozę, w celu wykazania, że wykonawca spełniał warunek udziału w Postępowaniu określony w pkt 3.1.1.4.1 SWZ. a także oświadczając w sposób niezgodny z rzeczywistym stanem rzeczy iż ukończył przed złożeniem oferty roboty wskazane w punkcie 57 wykazu robót budowlanych, pomimo iż z protokołu odbioru robót wynika, iż roboty zostały odebrane w grudniu 2023r. czyli po złożeniu oferty;
- 6.art.226 ust. 1 punkt 2 lit. b) p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum EL-MAG pomimo iż wykonawca nie spełniał warunku udziału w postępowaniu opisanego w punkcie 3.1.1.4.1 SWZ to jest dotyczącego doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych o rodzaju i łącznej wartości wskazanej w SWZ.
- 7.art. 16 pkt. 1 p.z.p. w zw. z art. 128 ust. 1 i 3 p.z.p., poprzez nieuzasadnione wezwanie Konsorcjum EL-MAG pismem z dnia 21.02.2024r. do złożenia dodatkowych dokumentów mających służyć potwierdzeniu spełniania kryteriów selekcji oraz przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
- 8.art. 17 ust. 2 p.z.p. poprzez udzielenie Zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy, ponieważ jego oferta podlegała odrzuceniu,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania przez nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 8 i 9, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Konsorcjum EL-MAG, względnie wykluczenie Konsorcjum EL-MAG z postępowania zarówno w zadaniu nr 8 i 9, a także dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał na niezgodność treści oferty wybranej z swz w zakresie dotyczącym oświadczenia o korzystaniu z podwykonawstwa w obszarach, dla których Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania. W pkt 2.2.4 Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania kluczowych zadań dotyczących robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia.

Za kluczowe uważa się wszystkie zadania dotyczące robót budowlanych. Nie uważa się za kluczowe opisane w § 3 ust. 2 Projektu Umowy:

1. odbiór odpadów,
2. obsługa geodezyjna,
3. roboty ziemne, odtworzenie nawierzchni, renowacja terenu,
4. wykonanie przepustów, przewiertów,
5. prace projektowe,
6. nadzory specjalistyczne np. nadzór archeologiczny,
7. opracowania specjalistyczne np. dokumentacja geologiczno-inżynierska.”

Konsorcjum EL-MAG wskazało na zakres prac powierzanych podwykonawcy – budowa przyłączy. Zwrócenie się o wyjaśnienie treści oświadczenia stanowiło naruszenie przepisów, które w opisanej sytuacji nakładały obowiązek

odrzućenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy p.z.p. Prowadziło także do naruszenia art. 128 ust. 4 p.z.p. oraz art. 223 ust. 1 p.z.p.

W piśmie z 15.01.2024 r. (wyjaśnienia) Konsorcjum EL-MAG dokonało niedopuszczalnej zmiany treści oferty, zawężając zakres podwykonawstwa, co kreowało nową treść oferty.

Odwolujący zakwestionował ocenę doświadczenia, jakim wykazało się Konsorcjum EL-MAG, jako potwierdzających doświadczenie w wykonaniu co najmniej 10 usług projektowych o charakterze zgodnym z przedmiotem zamówienia, co Odwołujący identyfikuje jako prace projektowe dotyczące robót związanych z przyłączeniem odbiorców do sieci energetycznej. Ze wskazanych w wykazie usług 14 zadań dotyczyło budowy przyłączy sieci elektroenergetycznej nN w celu zasilania oświetlenia na przejściach dla pieszych, a nie budowy przyłączy w celu przyłączenia odbiorców do sieci energetycznej. Projekt przyłączania odbiorców do sieci energetycznej jest projektem dużo bardziej skomplikowanym pod względem technicznym niż projekt zasilania oświetlenia ulicznego, gdyż opiera się na projektowaniu nowej linii energetycznej od istniejącej sieci energetycznej do miejsca przyłączenia odbiorcy. Przedmiot opracowania musi uwzględniać pracę na sieci energetycznej, wymagane są odpowiednie uzgodnienia, zatwierdzenia czy też zgłoszenia. Dodatkowo projektowanie przyłączenia nowych odbiorców do sieci energetycznej może mieć miejsce zarówno w odniesieniu do sieci niskiego napięcia jak i sieci średniego napięcia. Oświetlenie uliczne stanowi natomiast sieć niskiego napięcia i zaprojektowanie jego podłączenia odbywa się w sposób znacznie uproszczony i stanowi prace projektowe o zupełnie odmiennym charakterze niż prace związane z przyłączeniem odbiorców do sieci.

Ponadto, Zamawiający w pkt 3.1.1.4.1 swz wymagał doświadczenia w realizacji co najmniej 20 robót budowlanych w zakresie budowy/przebudowy sieci elektroenergetycznych napowietrznych lub kablowych nN/SN lub oświetleniowych napowietrznych lub kablowych nN lub przyłączy elektroenergetycznych o łącznej wartości netto nie mniejszej niż: dla zadania nr 8: 6 220 000,00 zł netto; dla Zadania nr 9: 10 668 000,00 zł netto. Konsorcjum EL-MAG by wykazać, że spełnia warunek udziału w postępowaniu opisany w punkcie 3.1.1.4.1. SWZ musiało wykazać, że wykonało należycie co najmniej 20 robót budowlanych opisanych w SWZ o łącznej wartości netto nie niższej niż 10 668 000,00 zł (wartość dla Zadania numer 9 - czyli najwyższa wartość netto spośród wszystkich Zadań, na które Konsorcjum EL-MAG złożyło ofertę).

Firma EL-MAG 2 sp. z o.o. nie wykonała żadnej z robót wyszczególnionych w wykazie, a wskazane roboty były realizowane wyłącznie przez oraz Firmę Usługową EL-MAG M.M., która przedstawiła analogiczny wykaz robót wraz z załącznikami. Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a informacje zawierają informacje niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, mające na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Dotyczy to pozycji:

- 41 (Konsorcjum EL-MAG przedstawiło nieprawdziwą informację, wprowadzającą w błąd iż do dnia 01.10.2023r. wykonało roboty budowlane związane z zasilaniem kablem ziemnym urządzeń ITD. oraz budową oświetlenia drogowego w m. Hubienice przedkładając referencje z dnia 20.11.2023r. zawierające informacje niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy oraz mające wyłącznie sprawiać wrażenie, iż zostały wystawione przez podmiot na rzecz, którego realizowano roboty);
- 57 (odbioru końcowego dokonano dopiero 22.12.2023r. czyli już po terminie złożenia ofert w Postępowaniu, który upływał 28.11.2023r);
- 14, 15, 20, 32 (dotyczą również prac nie objętych przedmiotem zamówienia i nie wykazują wykonania robót budowlanych określonych przez Zamawiającego o wymaganych wartościach);
- 56 (Odwolujący nie znalazł informacji by zadanie o wskazanych nazwach było realizowane przez Zamawiającego publicznego, w kompetencjach którego znajduje się zlecenie tego typu prac do realizacji);

Pismem z 01.03.2024 r. Konsorcjum EL-MAG dokonało niedopuszczalnej zmiany pierwotnie złożonego Wykazu Robót Budowlanych przedstawiając zupełnie nowe roboty w pozycjach od 64 do 81, na które pierwotnie nie powoływało się.

Do postępowania odwoławczego przystąpiło po stronie Zamawiającego Konsorcjum EL-MAG. Przystępujący złożył pismo procesowe z 22.04.2024 r., w którym odnosił się do zarzutów podniesionych w odwołaniu, jako bezzasadnych i załączył dodatkowe dowody.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości (pismo z 22.04.2024 r.).

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną

do akt sprawy, w tym swz, ofertę wybraną i dokumenty składane na wezwanie Zamawiającego, a także dowody przeprowadzone na rozprawie i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła.

Przedmiotem zamówienia jest realizacja prac związanych z przyłączeniem odbiorców gr. IV i V na terenie działalności Tauron Dystrybucja S.A. Oddział w Tarnowie zgodnie z zakresem rzeczowym wskazanym w załączniku nr 1 do Umowy pt. „Wykaz stawek nakładów” wraz z Zasadami zlecenia prac związanych z przyłączeniem odbiorców (IV i V grupa przyłączeniowa), na podstawie poszczególnych zleceń. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w projekcie Umowy, który stanowi załącznik nr 12 do swz.

W Projekcie Umowy Zamawiający wskazał, m.in.:

§1

PRZEDMIOT UMOWY

Na mocy niniejszej Umowy i na określonych w niej warunkach Wykonawca zobowiązuje się wykonać na rzecz Zamawiającego zadanie pn. „**Realizacja prac związanych z przyłączeniem odbiorców gr. IV i V na terenie działalności TAURON Dystrybucja S.A. Oddział w Tarnowie**” zgodnie z zakresem rzeczowym wskazanym w Załączniku nr 1 do Umowy pt. „Wykaz stawek nakładów netto”, na podstawie poszczególnych zleceń, o których mowa w ust. 2 poniżej, oraz przekazać obiekt Zamawiającemu do użytkowania (dalej: „**Przedmiot Umowy**”). Zakres prac w ramach Przedmiotu Umowy obejmować może w szczególności (lecz nie wyłącznie): opracowanie dokumentacji projektowej, uzyskanie niezbędnych decyzji administracyjnych, uzyskanie decyzji udzielających pozwolenie na budowę, realizację robót budowlano-montażowych i wypłatę wszelkich odszkodowań wynikających z wykonania tych robót oraz opracowanie dokumentacji powykonawczej zlecanych od podpisania Umowy do 24 miesięcy od daty zawarcia Umowy (termin udzielania zleceń). Zamawiający jest każdorazowo uprawniony do określenia zakresu prac w poszczególnym zleceniu.

Prace, o których mowa w zdaniu poprzedzającym, obejmują:

- 1) infrastrukturę sieciową - stanowiącą własność TD - Zadanie 1,
- 2) infrastrukturę oświetleniową - stanowiącą własność TNT - Zadanie 1.1.

1. Termin realizacji poszczególnych zadań w ramach Przedmiotu Umowy będzie określany każdorazowo przez Zamawiającego w poszczególnych zleceniach.

Zgodnie z par. 3 ust. 2 Projektu Umowy:

Wykonawca wykona własnymi siłami prace, w tym roboty budowlane, stanowiące Przedmiot Umowy, a Podwykonawcom: (Podwykonawcy nie są znani w dniu podpisania umowy / Brak podwykonawców) może powierzyć wyłącznie wykonanie następujących prac i robót budowlanych stanowiących Przedmiot Umowy:

- 1) odbiór odpadów,
- 2) obsługa geodezyjna,
- 3) roboty ziemne, odtworzenie nawierzchni, renowacja terenu,
- 4) wykonanie przepustów, przewiertów,
- 5) prace projektowe,
- 6) nadzory specjalistyczne np. nadzór archeologiczny,
- 7) opracowania specjalistyczne np. dokumentacja geologiczno-inżynierska,

W załączniku nr 1 do Projektu Umowy – tabela nr 1 zawiera pozycje ze wskazaniem stawek na roboty budowlane, w tym opisane w lit. E – Budowa/wymiana przyłączy napowietrznych nN o przekrojach do 35 mm² (włącznie) o długości trasy: 1) do 21m (włącznie), 2) powyżej 21m, 3) wraz z zabudową słupa (bez względu na długość przyłącza); 4) wymiana przyłącza napowietznego nN w związku z wymianą linii napowietrznej nN na przewód AsXS_n (bez względu na długość); 5) wraz z zabudową słupa (bez względu na długość przyłącza) z montażem zestawu na słupie (dostawa inwestorska zestawu złączowo-pomiarowego); 6) demontaż przyłącza napowietznego w przypadku przebudowy przyłącza na przyłączy kablowe lub wymiany na przyłączy izolowane.

Zamawiający podzielił zamówienie na 10 części (zadania). Wykonawcy mogli składać oferty na dowolną liczbę albo wszystkie części (pkt 2.2.3 swz).

Zamawiający w pkt 2.2.4 swz zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań dotyczących robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia. Za kluczowe Zamawiający uważa wszystkie zadania dotyczące robót budowlanych. Nie uważa się za kluczowe opisane w § 3 ust. 2 Projektu Umowy:

1. odbiór odpadów,
2. obsługa geodezyjna,
3. roboty ziemne, odtworzenie nawierzchni, renowacja terenu,
4. wykonanie przepustów, przewiertów,
5. prace projektowe,
6. nadzory specjalistyczne np. nadzór archeologiczny,
7. opracowania specjalistyczne np. dokumentacja geologiczno-inżynierska.

Zamawiający w pkt 2.10 swz wskazał, iż stosować będzie procedurę odwróconą dla badania braku podstaw wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający w pkt 3.1.1.4 swz wskazał:

Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

3.1.1.4.1. *wykonał należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 20 robót budowlanych w zakresie budowy/przebudowy sieci elektroenergetycznych napowietrznych lub kablowych nN/SN lub oświetleniowych napowietrznych lub kablowych nN lub przyłączy elektroenergetycznych o łącznej wartości netto nie mniejszej niż:*

- dla Zadania nr 1: 2 444 000,00 zł netto;
- dla Zadania nr 2: 3 996 000,00 zł netto;
- dla Zadania nr 3: 16 888 000,00 zł netto;
- dla Zadania nr 4: 13 332 000,00 zł netto;
- dla Zadania nr 5: 6 220 000,00 zł netto;
- dla Zadania nr 6: 5 108 000,00 zł netto;
- dla Zadania nr 7: 12 000 000,00 zł netto;
- dla Zadania nr 8: 6 220 000,00 zł netto;
- dla Zadania nr 9: 10 668 000,00 zł netto;
- dla Zadania nr 10: 3 116 000,00 zł netto;

UWAGA:

W przypadku, gdy Wykonawca składa ofertę na więcej niż jedno Zadanie, to musi wykazać, że wykonał należycie co najmniej 20 robót budowlanych w zakresie budowy/przebudowy sieci elektroenergetycznych napowietrznych lub kablowych nN/SN lub oświetleniowych napowietrznych lub kablowych nN lub przyłączy elektroenergetycznych o łącznej wartości netto nie niższej niż najwyższa wartość netto spośród wszystkich Zadań, na które składa ofertę.

3.1.1.4.2. *wykonał należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie o najmniej 10 usług projektowych o charakterze zgodnym z Przedmiotem Zamówienia.*

W pkt 3.3.8 swz Zamawiający wskazał, iż: Zgodnie z art. 126 ust. 1 PZP przed wyborem najkorzystniejszej oferty Zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, a które zostały wskazane w pkt. 3.4, 3.5, 3.6 poniżej, z zastrzeżeniem, że pkt. 3.6 dotyczy tylko Wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

3.4.1 W celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa:

a) w pkt. 3.1.1.4.1 - wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty. Wzór wykazu stanowi Załącznik nr 5 do SWZ. W przypadku, gdy Zamawiający jest podmiotem na rzecz którego roboty wykazane w wykazach zostały wykonane, Wykonawca nie ma obowiązku przedkładania tych dokumentów.

b) w pkt. 3.1.1.4.2 - wykaz wykonanych usług projektowych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane

lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Wzór wykazu stanowi **Załącznik nr 6 do SWZ**

W przypadku, gdy Zamawiający jest podmiotem na rzecz którego usługi wykazane w wykazach, zostały wykonane, Wykonawca nie ma obowiązku przedkładania tych dokumentów.

3.10.1 Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę w Oświadczeniu, będącym **Załącznikiem nr 1 do SWZ** części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania firm tych podwykonawców w JEDZ w miejscu na to przewidzianym.

3.10.2 Przed przystąpieniem do wykonania zamówienia Wykonawca, poda, o ile są już znane, nazwy albo imiona i nazwiska oraz dane kontaktowe podwykonawców i osób do kontaktu z nimi, zaangażowanych w realizację tego zamówienia. Wykonawca zawiadamia Zamawiającego o wszelkich zmianach danych, o których mowa w zdaniu pierwszym, w trakcie realizacji zamówienia, a także przekazuje informacje na temat nowych podwykonawców, którym w późniejszym okresie zamierza powierzyć realizację zamówienia.

W postępowaniu złożonych zostało na wszystkie zadania 17 ofert. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: EI-Mag 2 Sp. z o.o./F.U. złożyli oferty na części nr: 1, 2, 5, 6, 8, 9, 10. (oferta nr 12 – Konsorcjum EI-MAG).

Odwolujący złożył ofertę na części nr 8 (oferta nr 1).

Konsorcjum EI-MAG w formularzu oferty w pkt. 5 oświadczyło, iż powierzy podwykonawcom wykonanie następujących części Przedmiotu Zamówienia – „Budowa przyłączy”, bez wskazania nazw podwykonawców, którzy na moment składania oferty nie byli znani.

Zamawiający pismem z 10.01.2024 r. skierował do Konsorcjum EI-MAG wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy o:

(...) o wyjaśnienie powyższego tj. przedstawienie szczegółowej informacji jaki zakres Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom w związku z pkt. 2.2.4 SWZ, gdzie Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań tj. za kluczowe uważa się wszystkie zadania dotyczące robót budowlanych stanowiących Przedmiot Zamówienia oraz wskazał zakres, który nie obejmuje kluczowych zadań tj. 1. odbiór odpadów, 2. obsługa geodezyjna, 3. roboty ziemne, odtworzenie nawierzchni, renowacja terenu, 4. wykonanie przepustów, przewiertów, 5. prace projektowe, 6. Nadzory specjalistyczne np. nadzór archeologiczny, 7. opracowania specjalistyczne np. dokumentacja geologiczno-inżynierska.

Konsorcjum EI-MAG złożył oświadczenie z 15.01.2024 r., w którym wskazał, na zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług jakie będą realizowane przez konsorcjantów, tj.: prace projektowe i roboty budowlane – EI-MAG 2 Sp. z o.o., oraz prace projektowe i roboty budowlane – F.U. (załącznik nr 10 do swz).

Wykonawca w dodatkowym piśmie z 15.01.2024 r. wyjaśniając oświadczenie z formularza ofertowego dotyczące zakresu podwykonawstwa, jako „Budowa przyłączy” miał na myśli - *chodziło nam o prace towarzyszące związane z budową przyłączy. W skład prac towarzyszących wchodzi: odbiór odpadów, obsługa geodezyjna, roboty ziemne, odtworzenie nawierzchni, renowacja terenu, wykonanie przepustów, przewiertów, prace projektowe, nadzory specjalistyczne np. dokumentacja geologiczno-inżynierska.*

Pismem z 25.01.2024 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 126 ust. 1 Ustawy Konsorcjum EI-MAG, którego ofertę najwyżej ocenił w zadaniach nr 8 i 9 do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w terminie do 05.02.2024 r.

Konsorcjum 02.02.2024 r. przedłożyło podmiotowe środki dowodowe, w tym wykaz robót odnoszony do zadania nr 8 (63 pozycje) wraz z referencjami.

W piśmie z 21.02.2024 r. Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy do uzupełnienia oferty – wykazu robót budowlanych wraz z referencjami w terminie do 01.03.2024 r.

W odpowiedzi z dnia 01.03.2024 r. zaktualizował załącznik nr 5 (wykaz robót) wskazując dodatkowe pozycje od 64-81 wraz z referencjami.

Izba zważyła.

Na wstępie, odnosząc się do wniosku Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 Ustawy, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony, Izba wniosków ten oddaliła. Przystępujący w podstawie wniosku wskazał na

okoliczność mającą odniesienie do interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwości poniesienia szkody, tj. brak złożenia oferty przez Odwołującego na zadanie nr 9, co miałoby czynić go nieuprawnionym do wniesienia odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej na zadanie nr 8 i 9. Odwołujący wprowadził w uzasadnieniu zarzutów i żądaniach odnoszących się do części nr 8 i 9 zamówienia, na które złożona została oferta przez Konsorcjum EI-MAG i wybrana jako najkorzystniejsza, to zakres zaskarżenia ograniczał do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 8. Zostało to wprost potwierdzone na posiedzeniu przez pełnomocnika Odwołującego, który wyjaśniał, iż konieczność wskazania na część 9 zamówienia była podyktowana potrzebą wykazania zarzutów i ich znaczeniem dla czynności wyboru oferty Konsorcjum EI-MAG. Izba uznała, iż ocena legitymacji do wniesienia odwołania musi uwzględniać okoliczność złożenia oferty na część nr 8 zamówienia przez Odwołującego, co potwierdza status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Kwestia badania interesu we wniesieniu odwołania i możliwości poniesienia szkody może mieć znaczenie dla oceny zasadności odwołania, jako przesłanek materialnoprawnych, a tym samym nie dyskwalifikuje od strony formalnej samego odwołania. Ponieważ Odwołujący potwierdził oświadczeniem złożonym na posiedzeniu, iż odwołaniem objęta jest czynność wyboru oferty najkorzystniejszej na zadanie nr 8, Izba w tym zakresie badała spełnienie formalnych przesłanek do wniesienia odwołania, a te nie budziły wątpliwości. Izba rozpoznała odwołanie merytorycznie w zakresie objętym zaskarżeniem, co miało odniesienie do czynności badania i oceny oferty Konsorcjum EI-MAG na część 8 zamówienia.

W ocenie składu orzekającego odwołanie w części było zasadne.

Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów związanych z zaniechaniem odrzucenia oferty Konsorcjum EI-MAG, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w których Zamawiający zastrzegł do osobistego wykonania kluczowe zadania dotyczące robót budowlanych. Odwołujący w zarzutach od 1 do 3 na tej podstawie wskazywał na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy, art. 223 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 4 Ustawy oraz art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 223 ust. 1 Ustawy. W ocenie Odwołującego Zamawiający w drodze wyjaśnienia treści oferty – oświadczenia dotyczącego zlecenia podwykonawcom wykonania „Budowy przyłączy”, faktycznie umożliwił zmianę treści oferty w zakresie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, co stanowiło niedopuszczalną negocjację i doprowadziło do zmiany treści oferty, która pozostawała niezgodna z warunkami zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w tym zakresie wyjaśniał, iż koniecznym było uzyskanie od Wykonawcy dodatkowych informacji dotyczących rozumienia „Budowa przyłączy” z uwagi na brak definicji w dokumentach zamówienia i możliwość dokonania różnej wykładni. Zamawiający uznał, iż zlecenie w zakresie wskazanym w formularzu ofertowym do realizacji podwykonawcom obejmować miało roboty ziemne (dopuszczone w zakresie podwykonawstwa) stanowiące roboty budowlane polegające na wydobywaniu gruntu naturalnego, jego przemieszczaniu na inne miejsce i nadawanie mu kształtu, zgodnie z wymaganiami dokumentacji projektowej. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał, że zlecenie „Budowy przyłączy” to bezsprzecznie tylko roboty budowlane i w ramach realizacji wskazanego zakresu przez Przystępującego, tj. „budowa przyłączy” nie znajdują się czynności odbioru odpadów, obsługi geodezyjnej, robót ziemnych, odtworzenia nawierzchni, renowacji terenu, wykonania przepustów, przewiertów, prac projektowych, nadzorów czy opracowań specjalistycznych, a tylko wykonanie robót budowlanych (str. 10 odpowiedzi na odwołanie).

Przystępujący – Konsorcjum EI-MAG w piśmie procesowym wskazywał również na inny argument dotyczący charakteru oświadczenia, którego dotyczyły wyjaśnienia, które nie mogły prowadzić do zmiany treści oferty, gdyż nie dotyczyły złożonej oferty, lecz dotyczyły oświadczeń podmiotowych dotyczących Wykonawcy (str. 7 pisma procesowego).

Odnosząc się do podstawy zarzutu i znaczenia, jakie z punktu widzenia wymagań Zamawiającego, miało wskazanie w formularzu oferty na udział podwykonawców w realizacji prac, należy zauważyć, iż to Zamawiający sprecyzował w jakim zakresie dopuszcza udział podwykonawców w realizacji prac stanowiących przedmiot zamówienia. Zakres ten został dookreślony w OPZ przez wskazanie na konkretne elementy świadczenia, tj.: *odbiór odpadów, obsługa geodezyjna, roboty ziemne, odtworzenie nawierzchni, renowacja terenu, wykonanie przepustów, przewiertów, prace projektowe, nadzory specjalistyczne np. nadzór archeologiczny, opracowania specjalistyczne np. dokumentacja geologiczno-inżynierska*. Zamawiający w pkt 2.2.4 swz zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań dotyczących robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia. Za kluczowe Zamawiający uważał wszystkie zadania dotyczące robót budowlanych. Nie uważał za kluczowe opisane w § 3 ust. 2 Projektu Umowy prace dopuszczone do powierzenia podwykonawcom (wskazane powyżej).

W tych okolicznościach opisane przez Zamawiającego w dokumentacji zamówienia warunki udziału podwykonawców odnosiły się wprost do sposobu realizacji prac z ich udziałem przez wyłączenie możliwości powierzenia realizacji zadań dotyczących robót budowlanych. Nie ma zatem racji Przystępujący wskazując, iż oświadczenie to odnosiło się do

sytuacji podmiotowej Wykonawcy, a nie treści oferty. Konsorcjum EI-MAG nie powołało się na potencjał podwykonawcy w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a tylko w takiej sytuacji można byłoby rozważać znaczenie wskazania na udział podwykonawców w realizacji zamówienia. Tym samym Zamawiający zobowiązany był ocenić ofertę pod kątem zgodności z warunkami zamówienia, których elementem było zastrzeżenie do osobistego wykonania kluczowych zadań. Jednocześnie, dla ewentualnej zmiany treści oferty, w sytuacji jej niezgodności z warunkami zamówienia, to przepisy art. 223 Ustawy wyznaczać mogły zakres zmian możliwych do wprowadzenia. Zamawiający formalnie nie dokonał zmiany treści oferty na podstawie art. 223 ust 2 Ustawy, natomiast korzystając z procedury wyjaśnienia treści oferty faktycznie doprowadził do zmiany oświadczenia w drodze jego wykładni. Wyjaśnienia Konsorcjum EI-MAG prezentowały zupełnie inną treść, bez żadnego powiązania z oświadczeniem złożonym w ofercie - przez wskazanie innych czynności – robót towarzyszących związanych z budową przyłączy. W ocenie składu orzekającego, w drodze wyjaśnień doszło do uzupełnienia treści oferty, pierwotnie niezgodnej z swz. Tej niezgodności nie dało się usunąć bez zmiany treści oświadczenia Wykonawcy pierwotnie określającego inny sposób realizacji prac. Szeroki zakres zamówienia, opisany w załączniku do umowy wskazuje na rodzaj prac, a tymi są również opisane w tabeli jako „budowa przyłączy”, stanowiące kluczowe zadanie wymagające wykonania robót budowlanych. Nie ma znaczenia określenie czym jest przyłączy, ale istotnym pozostaje fakt, iż wymaga ono wykonania robót budowlanych, co zostało przez Zamawiającego opisane w załączniku nr 1 do Projektu Umowy przez wskazanie pozycji w tabeli opisujących w lit. E zakres prac, jako: *Budowa/wymiana przyłączy napowietrznych nN o przekrojach do 35 mm² (włącznie) o długości trasy: 1) do 21m (włącznie), 2) powyżej 21m, 3) wraz z zabudową słupa (bez względu na długość przyłączy); 4) wymiana przyłączy napowietrznych nN w związku z wymianą linii napowietrznej nN na przewód AsXSn (bez względu na długość); 5) wraz z zabudową słupa (bez względu na długość przyłączy) z montażem zestawu na słupie (dostawa inwestorska zestawu złączowo-pomiarowego); 6) demontaż przyłączy napowietrznych w przypadku przebudowy przyłączy na przyłączy kablowe lub wymiany na przyłączy izolowane.*

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie sam stwierdza, iż „budowa przyłączy” obejmuje nie tylko roboty budowlane, co potwierdza, iż w tym zakresie prace stanowią kluczowy element zamówienia zastrzeżony do osobistego wykonania. Istotnym dla oceny działań Zamawiającego było ustalenie, czy wyjaśnienia Wykonawcy mogły być uznane jako wyjaśnienie oświadczenia, czy też jego zmiana dokonana w zakresie pozwalającym ocenić ofertę jako zgodną w warunkami narzuconymi przez Zamawiającego. Zamawiający nie dokonał korekty treści oferty w oparciu o art. 223 ust. 2 Ustawy, a tym samym wyjaśnienia Wykonawcy miały potwierdzać, iż oświadczenie złożone w ofercie nie wskazuje na niezgodność z warunkami zamówienia. Na tej podstawie Zamawiający wybrał ofertę Konsorcjum EI-MAG, faktycznie akceptując zmienioną treść oferty.

W ocenie składu orzekającego takie działanie nie miało umocowania prawnego i stanowiło o naruszeniu przepisów wskazanych w odwołaniu. W ocenie Izby czynności związane z wyjaśnieniem wskazanego w formularzu ofertowym zakresu podwykonawstwa, jako „Budowa przyłączy”, faktycznie prowadziły do zmiany treści oferty, identyfikującej zakres podwykonawstwa założonego w ofercie do powierzenia, co oznaczało brak osobistego wykonania na etapie realizacji prac budowlanych. Złożone wyjaśnienia z 15.01.2024 r. prowadziły do wskazania innego zakresu prac, które miałyby być towarzyszącymi budowie przyłączy, tj. *odbiór odpadów, obsługa geodezyjna, roboty ziemne, odtworzenie nawierzchni, renowacja terenu, wykonanie przepustów, przewiertów, prace projektowe, nadzory specjalistyczne, np. dokumentacja geologiczno-inżynierska.* Ten sposób „wyjaśnienia” oświadczenia stanowiącego treść oferty w żaden sposób nie pozwalał ocenić, jako wiarygodnego założenia towarzyszącego złożeniu oferty przez przyjęcie, że Wykonawca miał na myśli prace towarzyszące. Odpowiedź sprowadziła się wyłącznie do przepisania zakresu podwykonawstwa, jakie dopuścił Zamawiający, co w żaden sposób nie miało odniesienia do budowy przyłączy, który to zakres został wyodrębniony w ramach załącznika nr 1 do umowy „wykaz stawek nakładów netto”, w pozycji E, która identyfikowała zakres prac opisanych w sześciu wersach („Budowa/wymiana przyłączy napowietrznych nN o przekrojach do 35 mm² (włącznie) o długości trasy: (...).”). Wyjaśnienie w żaden sposób nie pozwalało ocenić w jaki sposób elementy opisane jako towarzyszące mogły być traktowane, jako budowa przyłączy. Nawet w tym elemencie, na jaki wskazał Zamawiający, tj. prace ziemne Wykonawca w żaden sposób nie rozwinął swoich wyjaśnień, tak aby przekonać, że w ten sposób mógł rozumieć zakres wskazany pierwotnie w ofercie.

Należy również zauważyć, wskazane w wyjaśnieniach, jako prace towarzyszące czynności stanowią odrębny od „budowy przyłączy” zakres prac, również wyszczególniony w załączniku nr 1 do umowy, w poz. M (Wykonanie przewiertów i przecisków pod drogami), N (Odbudowa nawierzchni). Zamawiający na rozprawie broniąc decyzji o wyborze oferty odnosił się do elementu jakim są roboty ziemne, co jednak nie zostało w ten sposób przedstawione w wyjaśnieniach, jako wytłumaczenie dla przyjęcia rozumienia „Budowa przyłączy”. Tym samym należało uznać, iż Wykonawca faktycznie zmienił treść oświadczenia co do istotnej treści mającej znaczenie z punktu widzenia zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań, do których Zamawiający zaliczył wszystkie zadania

dotyczące robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia. Istotnym z punktu widzenia tego zastrzeżenia było wskazanie na zakresy, które nie obejmują kluczowych zadań, a te nie mogły być wyinterpretowane bez zmiany oświadczenia złożonego w ofercie.

Powyższe prowadziło do uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu odrzucenie oferty Konsorcjum EI-MAG na część 8 zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy.

Izba nie uwzględniła pozostałych zarzutów dotyczących weryfikacji podmiotowej Konsorcjum EI-MAG, zakwestionowanej pod kątem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanych w rozdziale 3.1.1.4 (zdolność techniczna i zawodowa). Odwołujący odnosił się w tym zakresie do dwóch warunków z pkt 3.1.1.4.1. (doświadczenie w robotach budowlanych) oraz 3.1.1.4.2 (doświadczenie w projektowaniu).

Uzasadnienie dla braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 3.1.1.4.1. Odwołujący opierał na błędnym założeniu wynikającym z przyjęcia, iż dla potwierdzenia wymaganego doświadczenia Wykonawca musiał wykazać się zrealizowanymi co najmniej 20 robotami budowlanymi o łącznej wartości nie mniejszej niż 10.668.000,00 zł, co stanowiło wymaganą wartość dla zadania nr 9 i było najwyższą wartością netto spośród wszystkich zadań, na które Konsorcjum EI-MAG złożyło ofertę.

Już tylko w oparciu o samo założenie, odwołanie nie mogło w tym zakresie odnieść skutku. Odwołujący przyjmował bowiem w sposób nieuprawniony, iż dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wymaganego dla zadania nr 8 koniecznym było wykazanie doświadczenia w realizacji prac o wartości przekraczające określoną dla zadania nr 8, czyli wartość 6.220.000,00 zł netto. *UWAGA* dotycząca składania ofert na więcej niż jedno zadanie miała wyłącznie takie znaczenie, iż wykonawcy mogli jednym wykazem obejmującym co najmniej 20 robót budowlanych *zakresie budowy/przebudowy sieci elektroenergetycznych napowietrznych lub kablowych nN/SN lub oświetleniowych napowietrznych lub kablowych nN lub przyłączy elektroenergetycznych, o łącznej wartości netto nie niższej niż najwyższa wartość netto spośród wszystkich Zadań, na które składa ofertę*, wykazać spełnienie warunku dla każdego z zadań. Nie zmieniało to jednak samego wymagania co do minimalnej wartości robót pozwalającej spełnić warunek udziału w danym zadaniu. Zatem w sytuacji, gdy Zamawiający weryfikował warunek opisany dla zadania nr 8, wystarczającym było wykazanie się doświadczeniem w realizacji co najmniej 20 robót budowlanych opisanych w swz o wartości łącznej nie niższej niż 6.220.000,00 zł netto. Zatem zarzut oparty na tezie o konieczności wykazania doświadczenia o wartości co najmniej 10.668.000,00 zł nie miał podstawy w zapisach swz.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący skupiając się na wybranych pozycjach z wykazu robót, nie odniósł się faktycznie do tego, czy pozostałe wystarczały dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co Izba przyjęła jako okoliczność niesporną. Tym samym, mając na uwadze ilość robót budowlanych ujętych już w pierwszym wykazie i ich wartość, skład orzekający uznał, iż zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum EI-MAG z postępowania nie został wykazany. Dotyczy to zarówno braku rzekomego spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak i wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Aby obie podstawy zaistniały koniecznym było odniesienie się do całego wykazanego doświadczenia, tak aby móc ocenić, jakie znaczenie dla oceny doświadczenia miałyby mieć wybrane pozycje wykazu robót i na tej podstawie ustalić, czy mogły mieć wpływ na decyzje podjęte w postępowaniu.

Odnosząc się natomiast do kwestionowanego doświadczenia Konsorcjum EI-MAG w zakresie projektowania (rozdział 3.1.1.4.2 swz), Odwołujący kwestionował jako zgodne pod względem charakteru z przedmiotem zamówienia doświadczenie w projektowaniu oświetlenia ulicznego (przyłącza), które nie odpowiada charakterem i rodzajem odbiorców indywidualnych, którzy zostaną w wyniku realizacji zamówienia przyłączeni do sieci elektroenergetycznej.

Oddalając w tym zakresie zarzuty i żądania skład orzekający uznał, iż Zamawiający opisując warunek nie dokonał jego zawężenia tak jak rozumiał to Odwołujący. Opis warunku nie zawiera bowiem ograniczenia doświadczenia do projektowania przyłączy elektroenergetycznych na rzecz odbiorców indywidualnych. Ponieważ ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu dokonywana jest na podstawie ustalonych w swz zasad, zmiana polegająca na zaostrożeniu wymagania w stosunku do tego, jak został on opisany w swz, stanowiłaby o naruszeniu zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba przyjmuje jako właściwą ocenę doświadczenia w projektowaniu odpowiadającą treści warunku prezentowaną w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający słusznie uznał, iż usługi projektowe niezależnie czy są realizowane w zakresie przyłączy indywidualnych czy też przyłączy oświetleniowych wykazują podobny lub zbliżony charakter czynności. Pozwalało to ocenić zdolność wykonawcy w przygotowaniu dokumentacji projektowej dla budowy/przebudowy sieci oświetleniowych (dla których potrzebne jest zasilanie elektryczne), jako wystarczającą dla potwierdzenia, iż będzie potrafił wykonać dokumentację projektową dla przyłączy elektrycznych dla odbiorców indywidualnych.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 i ust 3 poz. 2437).

Izba uznała, iż Odwołujący nie zdołał wykazać zasadności zarzutów braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wprowadzenia Zamawiającego w błąd, wynikającego z dwóch niezależnych od siebie podstaw faktycznych, co oznaczało konieczność stosunkowego podziału kosztów pomiędzy stronami.

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 20.000 zł oraz uzasadnione koszty Odwołującego wykazane rachunkiem złożonymi przed zamknięciem rozprawy w łącznej wysokości 3.888,00 zł (bez kosztów noclegu). Łączna wysokość zaliczonych kosztów wyniosła 23.888,00 zł, co po stosunkowym podziale w stosunku Zamawiający 1/3, a Odwołujący 2/3 kosztów oznaczało, iż Zamawiający ponosi koszty w wysokości 7.962,67 zł, a Odwołujący pozostałą część kosztów.

Izba nie uwzględniła kosztów noclegu pełnomocnika Odwołującego, przyjmując, iż limit kosztów jednego pełnomocnika określony w przepisach rozporządzenia, tj. 3.600 zł obejmuje również koszty noclegu. Izba uwzględniła koszty dojazdu pełnomocnika, stanowiące odrębną pozycję kosztów możliwych do zaliczenia na podstawie przepisów rozporządzenia oraz koszty opłaty skarbowej od pełnomocnictwa uiszczonej przez stronę, jako jej uzasadnione koszty.

Przewodnicząca:.....