

WYROK

Warszawa, dnia 8 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Bienias**

Członkowie: **Monika Banaszkiewicz**

Anna Chudzik

Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PROENET D. Kuska M. Kuchna Spółka cywilna z siedzibą w Trzcianej, Zakład Instalacji Elektrycznych i Wodno-Kanalizacyjnych J.O., M.O. Spółka cywilna z siedzibą w Zabierzów Bocheński, Zakład Elektromechaniczny S.B. z siedzibą w Staniątki, Firma Usługowa "INSTALSPEC" P.Jz siedzibą w Dąbrowej, F.U.H Elektroinstal T.M., T.M. z siedzibą w Zabierzów Bocheński**, w postępowaniu prowadzonym przez **TAURON Dystrybucja S.A. Oddział w Krakowie** z siedzibą w **Krakowie**,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy **Elektroeco spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ładnej**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PROENET D.**

Kuska M. Kuchna Spółka cywilna z siedzibą w Trzcianej, Zakład Instalacji Elektrycznych i Wodno-Kanalizacyjnych J.O., M.O. Spółka cywilna z siedzibą w Zabierzów Bocheński, Zakład Elektromechaniczny S.B. z siedzibą w Staniątki, Firma Usługowa "INSTALSPEC" P.Jz siedzibą w Dąbrowej, F.U.H Elektroinstal T.M., T.M. z siedzibą w Zabierzów Bocheński i

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PROENET D. Kuska M. Kuchna Spółka cywilna z siedzibą w Trzcianej, Zakład Instalacji Elektrycznych i Wodno-Kanalizacyjnych J.O., M.O. Spółka cywilna z siedzibą w Zabierzów Bocheński, Zakład Elektromechaniczny S.B. z siedzibą w Staniątki, Firma Usługowa "INSTALSPEC" P.J. z siedzibą w Dąbrowej, F.U.H Elektroinstal T.M., T.M. z siedzibą w Zabierzów Bocheński**, tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 524/24

Uzasadnienie

Zamawiający – **TAURON Dystrybucja S.A. Oddział w Krakowie** z siedzibą w **Krakowie** – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne, na zadanie pn. „Realizacja prac związanych z przyłączeniem odbiorców gr. IV i V na terenie działalności **TAURON Dystrybucja S.A. Oddział w Krakowie** – obszar 1 Region Nowa Huta, Region Podgórze i Region Krowodrza”, N referencyjny: PZP/TD-OKR/05965/2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 października 2023 r. pod nr 2023/S 210-663849.

W dniu 19 lutego 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **PROENET D. Kuska M. Kuchna**

Spółka cywilna z siedzibą w Trzciej, Zakład Instalacji Elektrycznych i Wodno-Kanalizacyjnych J.O., M.O. Spółka cywilna z siedzibą w Zabierzów Bocheński, Zakład Elektromechaniczny S.B. z siedzibą w Staniątki, Firma Usługowa "INSTALSPEC" P.J.z siedzibą w Dąbrowej, F.U.H Elektroinstal T.M., T.M. z siedzibą w Zabierzów Bocheński wnieśli odwołanie w zakresie „Zadania nr 3: Jednostka Terenowa Kłaj” wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. na zaniechaniu przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy ELEKTROECO Sp. z o.o. (Ładna 116a, 33-156 Skrzyszów) w trybie art. 226 ust. 1 pkt. 7 ustawy PZP jako oferty Wykonawcy, który przez powiązania osobowe z Zamawiającym może dysponować w toku realizacji przedmiotu Zamówienia dodatkowymi informacjami niedostępnymi innym Wykonawcom oraz może w toku realizacji przedmiotu Zamówienia wpływać na decyzje Zamawiającego a przez co czerpać z tego korzyści finansowe, tj. oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.
2. na zaniechaniu przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy ELEKTROECO Sp. z o.o. (Ładna 116a, 33-156 Skrzyszów) w trybie art. 226 ust. 1 pkt. 2c ustawy PZP jako oferty Wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonej w SWZ,
3. na zaniechaniu przez Zamawiającego wykluczenia Wykonawcy ELEKTROECO Sp. z o.o. (Ładna 116a, 33-156 Skrzyszów) w trybie art. 109 ust. 8 i 9 lub alternatywnie zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy ELEKTROECO Sp. z o.o. (Ładna 116a, 33-156 Skrzyszów) w trybie art. 226 ust. 1 pkt. 2 i 16 jako oferty złożonej przez Wykonawcę mającego pełną świadomość, że nie będzie mógł zrealizować przedmiotu zamówienia, a przez co Zamawiający nie będzie mógł zrealizować obowiązków wynikających z ustawy Prawo energetyczne a co za tym idzie nie będzie mógł zapewnić funkcjonowania podmiotów odpowiedzialnych za bezpieczeństwo publiczne,
4. na zaniechaniu przez Zamawiającego wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt. 7 ustawy PZP poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy ELEKTROECO Sp. z o.o. (Ładna 116a, 33-156 Skrzyszów) jako oferty Wykonawcy, który przez powiązania osobowe z Zamawiającym może dysponować w toku realizacji przedmiotu Zamówienia dodatkowymi informacjami niedostępnymi innym Wykonawcom oraz może w toku realizacji przedmiotu Zamówienia wpływać na decyzje Zamawiającego a przez co czerpać z tego korzyści finansowe tj. oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.
2. art. 226 ust. 1 pkt. 2c ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ELEKTROECO Sp. z o.o. (Ładna 116a, 33-156 Skrzyszów) jako oferty Wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonej w SWZ,
3. art. 109 ust. 8 i 9 oraz art. 226 ust. 1 pkt. 2 i 16 ustawy PZP poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Wykonawcy ELEKTROECO Sp. z o.o. (Ładna 116a, 33-156 Skrzyszów) lub alternatywnie poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ELEKTROECO Sp. z o.o. (Ładna 116a, 33-156 Skrzyszów) jako oferty złożonej przez Wykonawcę mającego pełną świadomość, że nie będzie mógł zrealizować przedmiotu zamówienia, a przez co Zamawiający nie będzie mógł zrealizować obowiązków wynikających z ustawy Prawo energetyczne a co za tym idzie nie będzie mógł zapewnić funkcjonowania podmiotów odpowiedzialnych za bezpieczeństwo publiczne,
4. art. 239 ust.1 ustawy PZP poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosil o:

1. uwzględnienie Odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty ELEKTROECO Sp. z o.o. (Ładna 116a, 33- 156 Skrzyszów) lub alternatywnie (z ostrożności procesowej) wykluczenia Wykonawcy ELEKTROECO Sp. z o.o. (Ładna 116a, 33-156 Skrzyszów) z udziału w Postępowaniu,
4. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert,
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, w wysokości wynikającej z określonych przepisów, co dotyczy w szczególności:
 - a) uiszczonego przez Odwołującego wpisu od odwołania w kwocie 20 000 zł,
 - b) opłaty skarbowej od pełnomocnictw w kwocie 119 zł,
 - c) kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PROENET D. Kuska M. Kuchna Spółka cywilna z siedzibą w Trzciej, Zakład Instalacji Elektrycznych i Wodno-Kanalizacyjnych J.O., M.O. Spółka cywilna z siedzibą w Zabierzów Bocheński, Zakład Elektromechaniczny S.B. z siedzibą w Staniątki, Firma Usługowa "INSTALSPEC" P.J.z siedzibą w Dąbrowej, F.U.H Elektroinstal T.M., T.M. z siedzibą w Zabierzów Bocheński, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 lutego 2024 r. (pismo z dnia 29 lutego 2024 r.) wnosil o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca - Elektroeco spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ładnej.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący przy zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lutego 2024 r. (pismo z dnia 29 lutego 2024 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 16 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej przyjęcie naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, 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.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważyła, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt. 7 ustawy PZP poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy ELEKTROECO Sp. z o.o. (Ładna 116a, 33-156 Skrzyszów) jako oferty Wykonawcy, który przez powiązania osobowe z Zamawiającym może dysponować w toku realizacji przedmiotu Zamówienia dodatkowymi informacjami niedostępnymi innym Wykonawcom oraz może w toku realizacji przedmiotu Zamówienia wpływać na decyzje Zamawiającego a przez co czerpać z tego korzyści finansowe tj. oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, jest zdaniem Izby niezasadny.

W ocenie Izby dążenie Odwołującego do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP oparte jest na twierdzeniach, że Pani G.L. będąca współnikiem spółki ELEKTROECO Sp. z o.o. (t Przystępującego) jest jednocześnie zatrudniona u Zamawiającego na stanowisku Starszego specjalisty ds. reklamacji w Sekcji Obsługi Reklamacji Klienta Dystrybucyjnego, co powoduje zdaniem Odwołującego, że przy rozpatrywaniu reklamacji od klientów Przystępujący ma przewagę nad innymi Wykonawcami, jak również zyskuje przewagę finansową oraz informacyjną.

W ocenie Izby nie sposób się zgodzić z powyższymi twierdzeniami Odwołującego. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący nie wskazał znamiona, którego z czynów określonych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji działanie Przystępującego miałoby wypełniać, co już samo to powoduje, że zarzut ten jest wadliwy pod względem formalnym.

Przechodząc do warstwy merytorycznej, Izba zważa, że w niniejszym postępowaniu Zamawiającym jest TAURON Dystrybucja S.A. Oddział w Krakowie z siedzibą w Krakowie, zaś Pani G.L. jest zatrudniona w spółce TAURON Obsługa Klienta sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w komórce organizacyjnej Biura Obsługi Reklamacji Klientów Rynku Masowego w punkcie w Tarnowie, o czym świadczy dowód w postaci zakresu obowiązków Pani G.L. załączony przez Przystępującego do pisma procesowego.

W związku z powyższym, w ocenie Izby, mamy do czynienia z dwoma odrębnymi podmiotami prawnymi, a tym samym Izba nie zgadza się z Odwołującym, że Pani G.L. jest „zatrudniona u Zamawiającego”. Powyższe potwierdza również dowód wniesiony przez Zamawiającego na rozprawie w postaci oświadczenia z dnia 1 marca 2024 r., z którego jednoznacznie wynika, iż Pani G.L. „nie była i nie jest pracownikiem Tauron Dystrybucja S.A Oddział w Krakowie”.

Należy również zauważyć, że Pani G.L. nie wykonywała żadnych czynności związanych z przygotowaniem i prowadzeniem przedmiotowego postępowania oraz nie miała dostępu do systemu Zamawiającego, na co wskazywał Zamawiający na rozprawie.

Warto w tym miejscu podkreślić, iż świadczona przez Panią G. praca w punkcie TAURON Obsługa Klienta sp. z o.o. w Tarnowie w ogóle nie pokrywa się z obszarem Zadania nr 3 - Jednostki Terenowej Kłaj, co zdaniem Izby już samo to powoduje, że argumentacja Odwołującego co do wpływu rozpatrywania przez Panią G. reklamacji na wykonanie umowy pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym jest nieuzasadniona. Poza tym, podnoszone przez Odwołującego na rozprawie okoliczności dotyczące „wewnętrznych awansów” w grupie TAURON S.A., czy też dowód wniesiony przez Odwołującego na rozprawie, nie mają w ocenie Izby znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego zarzutu.

Izba zważa, że Odwołujący powołuje się na § 14 projektu umowy stanowiącego Załącznik nr 12 do SWZ, w którym przewidziano mechanizm naliczania kar umownych, jednakże w ocenie Izby mechanizm ten, wbrew narracji przedstawionej przez Odwołującego, nie jest w żaden sposób powiązany z faktem kierowania przeciwko Zamawiającemu roszczeń przez podmioty przyłączone.

Nadto Izba wskazuje, iż zarzuty Odwołującego o „zapewnieniu sobie uniknięcia kar finansowych”, „wpływności na innych pracowników”, „przewadze informacyjnej nad innymi osobami” w ocenie Izby nie zostały w żaden sposób udowodnione.

Z kolei powoływanie się przez Odwołującego na zapisy § 2 ust. 3 pkt 1 projektu umowy, zgodnie z którym: „W związku z realizacją Przedmiotu Umowy Wykonawca nie może bez pisemnej zgody Zamawiającego: 1) zatrudniać lub w inny sposób korzystać płatnie lub nieodpłatnie z usług osób będących pracownikami Zamawiającego”, to Izba chciałaby jeszcze raz podkreślić, iż zapis ten nie będzie miał zastosowania w stosunku do Pani G.L., ponieważ, jak już Izba wskazała powyżej, Pani G.L. nie jest pracownikiem Zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

Natomiast patrząc tylko hipotetycznie, w przypadku, gdyby Przystępujący chciał, aby Pani G.L. wykonywała czynności związane z realizacją przedmiotu zamówienia, to oczywistym jest, że Przystępujący musiałby wówczas uzyskać pisemną zgodę Zamawiającego.

W ocenie Izby, nie wolno również tracić z pola widzenia tego, iż obecnie Przystępujący „nie zatrudnia lub w inny sposób nie korzysta w sposób płatny lub nieodpłatny z usług G.L.”.

Biorąc powyższe pod uwagę zarzut ten nie mógł być uwzględniony przez Izbę.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt. 2c ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ELEKTROECO Sp. z o.o. jako oferty Wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonej w SWZ, jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba wskazuje, że zgodnie z postanowieniami pkt. 3.1 SWZ (Warunki udziału w Postępowaniu), pkt 3.1.1.4 SWZ (Zdolność techniczna lub zawodowa) oraz pkt 3.1.1.4.2 SWZ: „Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej 10 usług projektowych o charakterze zgodnym z Przedmiotem Zamówienia”.

Z kolei zgodnie z pkt. 2.1.1 SWZ, Przedmiotem Zamówienia jest realizacja prac związanych z przyłączeniem odbiorców IV i V grupy przyłączeniowej na terenie działalności TAURON Dystrybucja S.A. Oddział w Krakowie, przy czym w świetle

pkt. 2.2.1 SWZ oraz pkt. 2.2.2 SWZ Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych, a zamówienie podzielił na 15 części obejmujących obszar 15 Jednostek Terenowych.

Zdaniem Izby, Odwołujący w sposób nieuprawniony odnosi wymóg określony przez Zamawiającego w pkt 3.1.1.4.2 SWZ, do wykonywania usług projektowych dla co najmniej 10 odrębnych Jednostek Terenowych. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż Zamawiający nie opisał w SWZ, jak rozumie pojęcie „usługi projektowe”, a wszelkie wątpliwości należy rozpatrywać na korzyść Wykonawcy.

W ocenie Izby, gdyby miało być tak, jak sugeruje to Odwołujący, to Zamawiający opisałby wymóg w pkt 3.1.1.4.2 SWZ, na przykład poprzez zapis: „10 zrealizowanych przez wykonawcę umów obejmujących 10 jednostek terenowych”, a nie jak w niniejszym postępowaniu „10 usług projektowych”, na co słusznie zwrócił także uwagę Przystępujący w piśmie procesowym.

Izba zważa, że Przystępujący w Załączniku nr 6 do SWZ (Wykaz usług projektowych) wskazał dwie pozycje, tj. „Realizacja prac związanych z przyłączeniem odbiorców gr. IV i V na terenie działalności TAURON Dystrybucja S.A. Oddział w Krakowie – obszar 1 Region Nowa Huta i Region Nowy Sącz w systemie „pod klucz” – zadanie nr 5 – Jednostka Terenowa Grybów” oraz „Realizacja prac związanych z przyłączeniem odbiorców gr. IV i V na terenie działalności TAURON Dystrybucja S.A. Oddział w Tarnowie na obszarze: J.T. Tarnów”, przy czym, jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, odnoszą się one do zadań zrealizowanych w ramach zawartych tzw. umów obszarowych.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, to że Przystępujący w załączniku nr 6 do SWZ (Wykaz usług projektowych) wskazał dwie pozycje, to nie oznacza jeszcze w ocenie Izby, że Przystępujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonej w pkt 3.1.1.4.2 SWZ. Należy bowiem wziąć pod uwagę również Referencje do Załącznika nr 6 do SWZ przedłożone Zamawiającemu, w których Przystępujący w załączniku nr 6a sprecyzował wykaz faktycznie wykonanych usług projektowych w ramach realizacji wyżej wymienionych umów obszarowych (dwóch realizacji prac przyłączeniowych). Istotne w przedmiotowej sprawie jest także to, na co wskazywał Przystępujący w piśmie procesowym, że w ramach realizacji jednej umowy przyłączeniowej na daną jednostkę terenową Wykonawca wykonuje usługi projektowe osobne dla każdego jednego odbiorcy i jednej lokalizacji. Tym samym, w ocenie Izby ilość wykazanych przez Przystępującego usług projektowych w załączniku nr 6a spełnia wymogi opisane przez Zamawiającego w pkt 3.1.1.4.2 SWZ.

Nadto, Izba zwraca uwagę, że w Załączniku nr 1 do projektu umowy, stanowiącym załącznik nr 12 do SWZ w tabeli nr 2 „wykaz stawek netto za prace projektowe” Zamawiający rozróżnił konkretne usługi projektowe z rozbiem na stawki netto wynagrodzenia w zależności od rodzaju dokumentacji, co zdaniem Izby skutkuje tym, iż w ramach danej umowy na obszarze jednej jednostki terenowej wykonywanych może być wiele usług projektowych, które są wyceniane osobno.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Izby odnośnienie warunku wskazanego w punkcie 3.1.1.4.2. SWZ do obszaru terytorialnego (Jednostki Terenowej) stanowi nieuzasadnioną nadinterpretację ze strony Odwołującego.

Z tego też względu zarzut ten nie mógł być uwzględniony przez Izbę.

Przechodząc do zarzutu nr 3, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 8 i 9 oraz art. 226 ust. 1 pkt. 2 i 16 ustawy PZP poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Wykonawcy ELEKTROECO Sp. z o.o. (Ładna 116a, 33 156 Skrzyszów) lub alternatywnie poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ELEKTROECO Sp. z o.o. (Ładna 116a, 33-156 Skrzyszów) jako oferty złożonej przez Wykonawcę mającego pełną świadomość, że nie będzie mógł zrealizować przedmiotu zamówienia, a przez co Zamawiający nie będzie mógł zrealizować obowiązków wynikających z ustawy Prawo energetyczne a co za tym idzie nie będzie mógł zapewnić funkcjonowania podmiotów odpowiedzialnych za bezpieczeństwo publiczne, jest zdaniem Izby niezasadny.

W pierwszej kolejności Izba zważa, że zgodnie z pkt 2.2.3 SWZ: „Wykonawcy mogą złożyć ofertę na dowolną liczbę albo wszystkie części Przedmiotu Zamówienia. Niedopuszczalne jest złożenie przez Wykonawcę więcej niż jednej oferty w danej części Przedmiotu Zamówienia. Zamawiający dokona odrębnej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w każdej z części”, a sam przedmiot zamówienia został podzielony na 15 części (zadań).

Izba zważa, że w przedmiotowym postępowaniu Przystępujący złożył ofertę na 2 zadania (Zadanie nr 2 - Jednostka Terenowa Proszowice oraz Zadanie nr 3 - Jednostka Terenowa Kłaj).

Biorąc powyższe zapisy pod uwagę, w ocenie Izby, Zamawiający po pierwsze nie ograniczył ilość części (zadań), na które każdy wykonawca mógł składać ofertę, a po drugie w SWZ nie zostały określone wymagania, że w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedno zadanie wykonawca musi wykazać, że dysponuje odpowiednią wielokrotnością potencjału technicznego określonego w pkt 3.1.1.4.4 SWZ oraz wielokrotnością potencjału osobowego określonego w pkt 3.1.1.4.3 SWZ, na co zwrócił również uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Izba zważa, że istota sporu dotyczyła tego, iż zdaniem Odwołującego Przystępujący miał świadomość, że nie będzie w stanie zrealizować samodzielnie prac obejmujących łącznie 8 Jednostek Terenowych, przez co świadomie wprowadził Zamawiającego w błąd.

Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych, z kolei w myśl art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, 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.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, tj. nie udowodnił, iż Przystępujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w pkt 3.1.1.4.3 SWZ oraz w pkt 3.1.1.4.4 SWZ, czy też w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wskazał, jakim potencjałem technicznym lub osobowym Przystępujący nie będzie w stanie wykonać przedmiotu zamówienia w ramach zadania nr 3 - Jednostka Terenowa Kłaj, jedynie gołostownie stwierdzając, iż: „zakres zleceń nawet na obszarze jednej Jednostki Terenowej wykracza poza możliwości techniczno – osobowe pojedynczego wykonawcy”.

Izba wzięła również pod uwagę, iż Przystępujący w ramach zamówienia publicznego realizowanego przez Zamawiającego pod nazwą: „Realizacja prac związanych z przyłączeniem odbiorców gr. IV i V na terenie działalności TAURON Dystrybucja S.A. Oddział w Krakowie – obszar 1 Region Nowa Huta i Region Nowy Sącz w systemie „po klucz” – zadanie nr 5 – Jednostka Terenowa Grybów”, Przystępujący jako jedyny wykonawca wykonywał równolegle również prace dla zadania: „Realizacja prac związanych z przyłączeniem odbiorców gr. IV i V na obszarze JT Tarnów”.

Niezależnie od powyższego, Izba zważa, że nie było sporu, co do tego, iż Przystępujący brał udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Realizacja prac związanych z przyłączeniem odbiorców gr. IV i V na terenie działalności TAURON Dystrybucja S.A. Oddział w Krakowie – obszar 2 Region Nowy Targ, Region Limanowa Region Nowy Sącz, Nr referencyjny: PZP/TD-OKR/07584/2023”, a oferta Przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza dla 4 części (zadań) zamówienia, tj. Zadanie nr 11 - Jednostka Terenowa Krynica, Zadanie nr 6 - Jednostka Terenowa Limanowa Wschód, Zadanie nr 7 - Jednostka Terenowa Limanowa Zachód oraz Zadanie nr 9 - Jednostka Terenowa Gorlice.

Jednakże należy w tym miejscu zauważyć, iż Przystępujący pismem z dnia 21 lutego 2024 r. poinformował Zamawiającego, że: „nie będzie podpisywała umowy na realizację zadania nr 6 tj. Jednostka Terenowa Limanowa Wschód, zadania nr 7 tj. Jednostka Terenowa Limanowa Zachód oraz zadania nr 9 tj. Jednostka Terenowa Gorlice”, o czym świadczy dowód wniesiony przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie.

Izba zważa, że na podstawie dowodów wniesionych przez Przystępującego w postaci umowy nr: UM/TD-OKR/02966/07584/2024 oraz umowy nr UM/TD-OKR/03038/05965/2024 wynika, iż Przystępujący podpisał ww. umowy odpowiednio na Zadanie nr 11 – Jednostka Terenowa Krynica w ramach postępowania o numerze PZP/TD-OKR/07584/2023 oraz na Zadanie nr 2 – Jednostka Terenowa Proszowice w ramach przedmiotowego postępowania.

Tym samym, Przystępujący zdecydował się na realizację trzech z sześciu Zadań, tj. w ramach postępowania o numerze PZP/TD-OKR/07584/2023 na Zadanie nr 11– Jednostka Terenowa Krynica oraz w ramach przedmiotowego postępowania na Zadanie nr 2 - Jednostka Terenowa Proszowice i Zadanie nr 3 – Jednostka Terenowa Kłaj.

Izba chciałaby w tym miejscu powołać się na treść art. 552 ust. 1 ustawy PZP, który podobnie jak w przypadku art. 316 § 1 KPC, w myśl którego podstawą wydania przez sąd wyroku jest stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy - nakazuje uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - o którym mowa jest w przepisie art. 552 ust. 1 ustawy PZP - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 KPC - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z 25.06.2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13.09.2018 r., sygn. akt: I Aga 159/18). Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Niezależnie od powyższego, Izba zważa, że każdy z wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu miał potwierdzić swoją zdolność techniczną i osobową jedynie poprzez podpisanie oświadczeń stanowiących Załączniki nr 7 i nr 8 do SWZ, a które to oświadczenia z dnia 11 grudnia 2023 r. zostały złożone i podpisane przez Przystępującego odpowiednio: „Oświadczamy, że dysponujemy lub będziemy dysponować osobami, które zostaną skierowane i będą uczestniczyć w realizacji Przedmiotu Zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 3.1.1.4.3 SWZ” oraz

„Oświadczamy, że dysponujemy potencjałem technicznym, niezbędnym do realizacji Przedmiotu Zamówienia, określonym w pkt 3.1.1.4.4 SWZ”, przy czym co istotne, jak wskazał Zamawiający, prawo do weryfikacji deklarowanego przez Wykonawcę potencjału poprzez przeprowadzenie audytu wykonawcy zastrzegł sobie dopiero na etapie realizacji umowy.

Poza tym, w ocenie Izby, Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, tj. nie udowodnił, że przyjęcie oferty Przystępującego naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa. Odwołujący w odwołaniu odnosi się do zagrożenia bezpieczeństwa w kontekście epidemii koronawirusa, wojny na Ukrainie oraz kryzysu migracyjnego, w związku z opóźnieniami w zakresie zasilania w energię elektryczną obiektów takich jak: Policja Straży Pożarnej, szpitale, ośrodki zdrowia, szkoły, przedszkola, urzędy, obiekty administracji publicznej, apteki, sklepy, centra logistyczne i inne, przy czym w ocenie Izby mają one wyłącznie charakter hipotetyczny, o czym świadczą słowa: „Opóźnienia te wynikające z wyboru oferty jednego Wykonawcy na szerokim obszarze, mogą również skutkować nawarstwiającymi się opóźnieniami w realizacji prac związanych z przyłączeniem odbiorców energii elektrycznej gr. IV i V”.

Izba zważa, że pozostałe dowody wniesione przez Przystępującego nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, zwłaszcza że Odwołujący w jakikolwiek sposób nie odniósł się w odwołaniu do braku zdolności technicznych czy osobowych Przystępującego opisanych przez Zamawiającego w pkt 3.1.1.4.3 SWZ i w pkt 3.1.1.4.4 SWZ.

Z tego też względu zarzut ten nie mógł być uwzględniony przez Izbę, jak również nie mógł być uwzględniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy PZP, który jest zarzutem wynikowym.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....