

Sygn. akt: KIO 5042/24

WYROK

Warszawa, dnia 21 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2024 r. przez wykonawcę **P.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.K., ul. Brzozowa 11, 33-101 Tarnów,**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Gminę Dąbrowę Tarnowską, Rynek 34, 32-200 Dąbrowa Tarnowska,**
orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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 5042/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Dąbrowa Tarnowska, Rynek 34, 32-200 Dąbrowa Tarnowska, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wymiana nieenergooszczędnych lamp na terenie Gminy Dąbrowa Tarnowska”, numer referencyjny: IZP.271.2.19.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03.09.2024 r., nr 171/2024 528368-2024.

W dniu 30.12.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy P.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.K., ul. Brzozowa 11, 33-101 Tarnów (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez:

- wezwanie Odwołującego do złożenia dodatkowych dokumentów na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, mimo iż Odwołujący w toku postępowania przedłożył podmiotowe środki dowodowe, wykaz dostaw, referencje potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale VII ust. 2 punkt 3 SWZ i brak było podstaw do wzywania go do przedłożenia dodatkowych dokumentów,
- żądanie od Odwołującego wykazania się doświadczeniem polegającym na zrealizowaniu dostawy polegającej na dostarczeniu opraw oświetleniowych oraz ich montażu, pomimo iż warunek udziału w postępowaniu opisany w Rozdziale VII ust. 2 punkt 3 SWZ nie przewidywał konieczności dodatkowego dokonania montażu opraw oświetleniowych,
- dokonanie pod pozorem wezwania Odwołującego do przedstawienia dokumentów, uzupełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale VII ust. 2 punkt 3 SWZ poprzez dodanie dodatkowego wymogu dokonania dostawy oraz montażu opraw oświetlenia ulicznego, a także przedstawienie definicji podjęcia „modernizacja”, która nie została zamieszczona w SWZ,

2)art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 128 ust. 1 i 137 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady przejrzystości postępowania, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez próbę zmiany przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu po złożeniu ofert przez wykonawców oraz żądanie od Odwołującego wykazania się doświadczeniem szerszym niż wskazane w Rozdziale VII ust. 2 punkt 3 SWZ.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności polegającej na wezwaniu Odwołującego do przedłożenia: dokumentów wykazujących posiadane kompetencje, a obejmujących zarówno sprzedaż i dostawę opraw jak i modernizację systemu oświetlenia tj. ich montaż oraz potwierdzenia przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane należytego wykonania dostaw przez KWANT Hurtownie Elektryczne sp. z o.o.,
- 2)uwzględnienia referencji złożonych dotychczas przez Odwołującego w postępowaniu na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale VII ust. 2 pkt 3 SWZ,

3) przeprowadzenia badania i oceny ofert z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W trakcie rozprawy Strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiot zamówienia obejmuje: demontaż opraw oświetleniowych i montaż w ich miejsce nowych opraw energooszczędnych LED w komplecie z nowymi przewodami zasilającymi, nowymi zabezpieczeniami i nowymi urządzeniami automatyki sterującej oświetleniem, przeprowadzenie badań, prób i pomiarów, wykonanie dokumentacji powykonawczej.

W specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) w rozdziale VII pkt 3) dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wskazał:

„Na potwierdzenie niniejszego warunku należy złożyć

a) wykaz dostaw wykonanych w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy:

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w tym okresie wykonał (zakończył): jedną dostawę (wykonaną w ramach jednej umowy/kontraktu) polegającą na modernizacji systemu oświetlenia ulicznego lub drogowego albo jedną robotę budowlaną, której zakresem była modernizacja lub przebudowa lub budowa systemu oświetlenia ulicznego lub drogowego. Dostawa lub obejmowała min. 500 punktów oświetleniowych o wartości min. 500 000,00 zł brutto. (wymagane min. 500 punktów oświetleniowych ma odnosić się do jednej wykonanej modernizacji, przebudowy, budowy w ramach Gminy, miejscowości, terenu ze sobą powiązanego np.: osiedla. Zamawiający nie uzna za spełniony warunek w zakresie wymaganej ilości punktów oświetleniowych, jeżeli Wykonawca osiągnął go w ramach sumowania ilości opraw zamontowanych na terenach ze sobą nie powiązanych np.: różnych gminach)

Przez wykonaną robotę budowlaną Zamawiający rozumie zakończone zadanie inwestycyjne. Do każdej pozycji wykazu należy załączyć dowody określające, czy dostawy te zostały wykonane w sposób należyty.”

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych Odwołujący złożył m.in.:

- 1) wykaz dostaw, w którym wskazano zadanie pn. „Poprawa efektywności energetycznej oświetlenia ulicznego w mieście Łomża – etap II” wykonane na rzecz „INSBUD” S.O.,
- 2) list referencyjny wystawiony przez „INSBUD” S.O. dla KWANT Hurtownie Elektryczne sp. z o.o. potwierdzający należyłą realizację „jednorazowej dostawy opraw oświetlenia ulicznego LED w ilości 700 sztuk”,
- 3) informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty „INSBUD” S.O. w postępowaniu na „Poprawę efektywności energetycznej oświetlenia ulicznego w mieście Łomża – etap II”,
- 4) zobowiązanie podmiotu KWANT Hurtownie Elektryczne sp. z o.o. do udostępnienia Odwołującemu zasobów: *„Sposób udostępnienia zasobów będzie polegał na bezpośrednim udziale przy realizacji zamówienia jako podwykonawca i osobistej realizacji dostaw, w zakresie w którym udostępniono zasoby. Powyższe zasoby zostają udostępnione na cały okres postępowania o udzielenie zamówienia oraz na cały okres realizacji wyżej wskazanego zamówienia”, w zakresie: „Podwykonawstwo w zakresie czynności, których wskazane zdolności dotyczą tj. kompleksowa realizacja dostaw w zakresie w którym udostępniono zasoby”.*

W dniu 18.10.2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia wykazu dostaw, ponieważ nie złożonych dokumentów „nie wynika spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania przez Wykonawcę wymaganych referencji”.

W odpowiedzi z dnia 12.11.2024 r. Odwołujący przedstawił argumentację, zgodnie z którą przedłożone przez niego pierwotnie dokumenty potwierdzają spełnienie warunku, gdyż:

- „Dostawa została zrealizowana w ramach kontraktu polegającego na modernizacji systemu oświetlenia ulicznego, przedmiotem zamówienia w związku z którym dokonano dostawy była bowiem wymiana nieefektywnego energetycznie oświetlenia ulicznego w Łomży na oświetlenie charakteryzujące się zwiększoną sprawnością energetyczną tj. wymiana opraw elektrycznych na oprawy elektryczne ze źródłami światła typu LED. Dostawa została wykonana w związku z modernizacją wykonaną w ramach jednej gminy (Łomża).”
- „dostawę, o której mowa w Liście referencyjnym InsBud S.O. z dnia 11.10.2024r. zrealizowano w związku z realizacją zadania pn.: „Poprawa efektywności energetycznej oświetlenia ulicznego w mieście Łomża – etap II”, a zadanie to obejmowało modernizację systemu oświetlenia ulicznego, na terenie miasta Łomża”,
- „gdy dany podmiot wykonuje zamówienie w charakterze podwykonawcy, również nabywa doświadczenie związane z jego

realizacją. W tym stanie rzeczy podmiot udostępniający zasoby tj. KWANT Hurtownie Elektryczne sp. z o.o. bezsprzecznie nabył doświadczenie wymagane w niniejszym postępowaniu, realizując dostawy na rzecz INSBUD” S.O.”.

Do ww. pisma Odwołujący dołączył m.in.

- skorygowany wykaz dostaw, w którym podkreślono, że wskazane zadanie było dostawą,
- oświadczenie KWANT Hurtownie Elektryczne sp. z o.o., że: *Dostawę zrealizowano w związku z realizacją zadania pn.: „Poprawa efektywności energetycznej oświetlenia ulicznego w mieście Łomża – etap II”, zadanie to obejmowało modernizację systemu oświetlenia ulicznego, na terenie miasta Łomża”,*
- SWZ dla zadania „Poprawa efektywności energetycznej oświetlenia ulicznego w mieście Łomża – etap II”.

W dniu 18.11.2024 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, ponieważ „Z przedłożonych dokumentów nie wynika spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania przez firmę P.K. (...) wymaganych referencji”.

W dniu 29.11.2024 r. Odwołujący wniósł odwołanie (KIO 4489/24).

W dniu 10.12.2024 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego i przystąpieniu do ponownego badania i oceny ofert.

W związku z unieważnieniem przez Zamawiającego zaskarżonej w odwołaniu czynności, postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 4489/24 zostało w dniu 18.12.2024 r. umorzono na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 18.12.2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów wskazując: „Z analizy przedłożonych uprzednio dokumentów i referencji wynika, że podmiot udostępniający zasoby: KWANT Hurtownie Elektryczne Sp. z o.o. wykonał wyłącznie dostawę (sprzedaż) opraw, natomiast nie uczestniczył w montażu opraw tj. modernizacji systemu oświetlenia, o której mowa w SWZ. Ponadto brak jest w stosunku do firmy KWANT wymaganego w SWZ potwierdzenia należytego wykonania dostaw (np. referencje bądź inne dokumenty) sporządzanego przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane. Zamawiający wzywa zatem do przedłożenia dokumentów wykazujących posiadane kompetencje, a obejmujących zarówno sprzedaż i dostawę opraw jak i modernizację systemu oświetlenia, tj. ich montaż oraz potwierdzenia przez podmiot na rzecz którego dostawy zostały wykonane (ówczesnego Zamawiającego) należytego wykonania dostaw przez KWANT Hurtownie Elektryczne Sp. z o.o.”

Pismem z dnia 20.12.2024 r. Odwołujący odpowiedział Zamawiającemu, że ten nie wskazał podstawy prawnej wezwania z 18.12.2024 r. i że bezpodstawnie dokonał rozszerzenia treści warunku udziału w postępowaniu, gdyż „w SWZ nigdzie nie pojawia się stwierdzenie, iż zrealizowana dostawa miała obejmować również montaż oświetlenia ulicznego” oraz ponownie dołączył dokumenty przedkładane Zamawiającemu poprzednio.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 122 ustawy Pzp, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący twierdzi, że niezasadnie został wezwany do uzupełnienia wykazu dostaw w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, ponieważ wykazana przez niego pierwotnie dostawa odpowiada treści tego warunku, zatem Zamawiający bezpodstawnie żąda wykazania dostawy i „montażu opraw tj. modernizacji systemu oświetlenia, o której mowa w SWZ”.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego należy przede wszystkim wskazać, jak ww. warunek został sformułowany. W treści tego warunku (w zakresie, w jakim jest on kwestionowany w odwołaniu) Zamawiający wymagał wykazania:

a) jednej dostawy polegającej na modernizacji systemu oświetlenia ulicznego lub drogowego,
albo

b) jednej roboty budowlanej, której zakresem była modernizacja lub przebudowa lub budowa systemu oświetlenia ulicznego lub drogowego.

W warunku wyraźnie była zatem mowa nie o dostawie, ale o dostawie polegającej na modernizacji systemu oświetlenia. Czytając ww. warunek nie można więc skupiać się wyłącznie na słowie „dostawa” i ignorować dalsze słowa, w których Zamawiający określił, na czym ta dostawa ma polegać. W konsekwencji nie można uznać, że Zamawiający wymagał wykazania wyłącznie dostawy ograniczającej się do sprzedaży oświetlenia jakiemuś podmiotowi, bo samo sprzedanie i dostarczenie komuś opraw oświetleniowych nie polega na zmodernizowaniu tego oświetlenia. Innymi słowy: samo zakupienie przez jakiś podmiot od wykonawcy opraw oświetleniowych nie spowoduje modernizacji tego oświetlenia, jeżeli oprawy te pozostaną zapakowane w pudłach i schowane do magazynu. Aby bowiem doszło do modernizacji oświetlenia, zakupione oprawy muszą jeszcze zostać zamontowane.

W tym miejscu należy stwierdzić, że Zamawiający w opisie warunku rzeczywiście nie zdefiniował słowa „modernizacja” i nie użył słów: „montaż” czy „instalacja”. Nie znaczy to jednak, że istnienie w tym warunku słowa „modernizacja” może być całkiem pomijane. Słowo „modernizacja” jest powszechnie rozumiane jako ulepszenie, unowocześnienie czegoś, podniesienie standardów/parametrów. W omawianym przypadku, jak wskazano już wyżej, samo zakupienie opraw oświetleniowych nie spowoduje unowocześnienia oświetlenia, gdyż niezbędne jest do tego jeszcze zamontowanie / zainstalowanie tych opraw. Dlatego, w ocenie Izby, oczywistym jest, że mimo braku użycia słów „montaż” czy „instalacja”, użycie w opisie warunku słowa „modernizacja” musi oznaczać nie tylko sprzedaż i dostarczenie opraw oświetleniowych, ale także ich zamontowanie przez wykonawcę. Tylko bowiem łącznie: sprzedaż, dostarczenie i zamontowanie opraw oświetleniowych będzie odpowiadało temu, co Zamawiający opisał w warunku jako „dostawa polegająca na modernizacji oświetlenia”.

Sam zresztą Odwołujący wskazywał na rozprawie, że modernizacja jest procesem, którego pierwszym etapem jest zakup odpowiednich materiałów, w tym wypadku – opraw oświetleniowych. Należy zatem zauważyć, że z niczego nie wynika, aby Zamawiający w opisie warunku ograniczył swoje wymagania do wykazania tylko tego pierwszego etapu. Gdyby rozumieć warunek jako wymóg wykonania wyłącznie dostawy, Zamawiający nie użyłby w nim słów: „polegającą na modernizacji systemu oświetlenia”.

Błędna jest też, zdaniem Izby, dokonana przez Odwołującego interpretacja ww. warunku, zgodnie z którą wykonawca miał wykazać wykonanie dostawy „na potrzeby zamówienia polegającego na modernizacji systemu oświetlenia”. Kierując się taką własną interpretacją Odwołujący powoływał się na fakt, że w wyniku zakupu od niego opraw oświetleniowych i zamontowaniu ich przez innego wykonawcę, oświetlenie w Łomży (dostawa wpisana do wykazu) zostało zmodernizowane. Należy podkreślić, że warunek nie został sformułowany jako „dostawa na potrzeby zamówienia polegającego na modernizacji systemu oświetlenia”, tylko jako „dostawa polegająca na modernizacji oświetlenia”. Nie wystarczy zatem wykazanie dostawy, dzięki której ktoś inny zamontował oprawy oświetleniowe i dzięki temu doszło do modernizacji oświetlenia w jakimś miejscu. Zgodnie z treścią warunku to wykonawca miał w całości wykonać dostawę polegającą na modernizacji oświetlenia, czyli na sprzedaży, dostarczeniu oraz zamontowaniu opraw oświetleniowych. Raz jeszcze należy stwierdzić, że takie rozumienie tego warunku wynika wprost z jego treści, tj. ze sformułowania: „dostawa polegająca na modernizacji”.

Już tylko na marginesie należy zauważyć, że również w przywoływanym przez Odwołującego wzorze wykazu dostaw Zamawiający użył sformułowania: „w ramach ww. zadania wykonano dostawę (...) której zakres obejmował modernizację”. Sformułowanie to przesądza, że „dostawa” nie mogła być rozumiana w oderwaniu od „modernizacji”, bo w zakres tej dostawy miała wchodzić „modernizacja”.

Ponadto należy zwrócić uwagę, że w opisie omawianego warunku Zamawiający przewidział dwie możliwości jego wykazania:

a) przez wykazanie jednej dostawy polegającej na modernizacji systemu oświetlenia ulicznego lub drogowego,
albo

b) przez wykazanie jednej roboty budowlanej, której zakresem była modernizacja lub przebudowa lub budowa systemu oświetlenia ulicznego lub drogowego.

W przypadku opisanym wyżej w pkt b) Zamawiający wskazał zatem, że w zakres możliwej do wykazania roboty budowlanej ma wchodzić „modernizacja”. Pomijając możliwość wykazania także innego rodzaju robót (przebudowa/budowa) nie budzi wątpliwości, że skoro w zakres roboty budowlanej miała wchodzić modernizacja, to wykonawca nie może wskazać jakiegokolwiek roboty, ale musi wskazać taką, która obejmowała „modernizację” systemu

oświetlenia. Skoro zatem jasne jest, że wykonawcy decydujący się na wykazanie spełnienia warunku przez wskazanie roboty budowlanej muszą wykazać, że obejmowała ona modernizację oświetlenia, to naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców byłoby dopuszczenie, aby wykonawcy decydujący się na wykazanie spełnienia tego samego warunku, ale przez wskazanie dostawy, mogliby ograniczyć się do wskazania dostawy nie obejmującej modernizacji. Innymi słowy: porównanie dwóch możliwości wykazania spełnienia ww. warunku prowadzi do wniosku, że bez względu na to, którą z nich wykonawca wybierze, w każdym wypadku musi wykazać, że wykonał także modernizację systemu oświetlenia. Przeciwnie rozumienie tego warunku prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Powyższe ponownie potwierdza, że niedopuszczalne było wykazanie ww. warunku jako wyłącznie dostawy w oderwaniu od wykazania modernizacji systemu oświetlenia.

Wreszcie należy zauważyć, że w rozdziale IV SWZ, Zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia *obejmuje modernizację sieci oświetlenia drogowego na terenie gminy Dąbrowa Tarnowska. (...) Przedmiot zamówienia obejmuje:*

•Demontaż opraw oświetleniowych i montaż w ich miejsce nowych opraw energooszczędnych LED w komplecie z nowymi przewodami zasilającymi, nowymi zabezpieczeniami i nowymi urządzeniami automatyki sterującej oświetleniem (...)

Zamawiający posłużył się więc w opisie przedmiotu zamówienia słowem „modernizacja” i dalej wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje demontaż i montaż opraw oświetleniowych, a w dalszych postanowieniach tego rozdziału SWZ używał też słowa „instalacja”. Potwierdza to, że Zamawiający rozumiał „montaż”, czy „instalację” opraw jako prace wchodzące w zakres „modernizacji”. Takie sformułowanie zawarte w opisie przedmiotu zamówienia stanowi kolejne potwierdzenie, że w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca zobowiązany był wskazać dostawę obejmującą modernizację i ta modernizacja miała polegać na „montażu” lub „instalacji” opraw oświetleniowych. Izba nie twierdzi przy tym, że w każdym przypadku treść warunku należy rozumieć przez pryzmat opisu przedmiotu zamówienia, gdyż warunek nie zawsze musi ściśle odpowiadać zakresowi przedmiotu zamówienia. Niemniej jednak w przypadkach wątpliwych można dokonywać wykładni warunku w świetle pojęć użytych w opisie przedmiotu zamówienia i w niniejszej sprawie pojęcie użyte w rozdziale IV SWZ wskazują na rozumienie przez Zamawiającego „modernizacji” jako zadania obejmującego montaż lub instalację opraw oświetleniowych.

Jednocześnie Izba ponownie podkreśla, że wskazany sposób rozumienia ww. warunku wynika przede wszystkim z samej jego treści, a wskazane powyżej sformułowania zawarte we wzorze wykazu dostaw, w drugiej części warunku dotyczącej robót czy w opisie przedmiotu zamówienia, stanowią jedynie potwierdzenie tego rozumienia.

Odnosząc się natomiast do powoływanych przez Odwołującego na rozprawie wyroków, należy zauważyć, że w pierwszym z nich - KIO 1994/17 z 10.10.2017 r. - Izba stwierdziła, że „modernizacja” nie posiada definicji ustawowej, ale zgodnie ze Słownikiem języka polskiego PWN oznacza unowocześnienie i usprawnienie czegoś i w dalszej części wyroku każdorazowo przy ocenie poszczególnych występujących w tej sprawie inwestycji uznawała, że w zakresie „modernizacji” wchodzi „montaż” lub „instalacja”, o czym świadczą następujące fragmenty uzasadnienia tegoż wyroku (poniżej podkreślenia własne Izby orzekającej w niniejszej sprawie KIO 5042/24):

„Modernizacja zgodnie ze Słownikiem języka polskiego PWN oznacza „1. unowocześnienie i usprawnienie czegoś”, należało zatem przyjąć, że czynności (dostawa i montaż/instalacja wyposażenia etc.), na które powoływało się konsorcjum, wypełniają zakres pojęciowy terminologii użytej przez Zamawiającego przy formułowaniu warunku w treści SIWZ”.

„w stosunku do zamówienia, którego przedmiotem była rozbudowa Teatru Muzycznego im. Danuty Baduszkowej w Gdyni (...) gdzie Odwołujący zarzucił, iż podmiot używający zasób - ESM Systems z siedzibą w Gdyni, był jedynie poddostawcą tj. wykonywał dostawę i montaż paneli akustycznych, a nie roboty budowlane, na kanwie powyższych rozważań co do określenia w warunku wyrażenia „modernizacja”, krótko wskazać należy, iż zarzut ten nie potwierdził się”,

„Nie znalazło potwierdzenia również wskazanie, iż trzecia robota z wykazu - aranżacja wnętrza Sali koncertowej (...), która obejmowała dostawę i montaż akustycznych okładzin ściennych i sufitowych – 1500 m² etc., nie potwierdza wykazania spełnienia postawionego warunku”.

Każdorazowo zatem Izba w ww. wyroku KIO 1994/17 wskazywała, że uznaje montaż lub instalację za pojęcie wypełniające pojęcie modernizacji. Tym samym argumentacja przedstawiona przez Izbę w tym wyroku zaprzecza argumentacji Odwołującego, jakoby nie można było rozumieć „modernizacji” jako „montażu” lub „instalacji”.

Z kolei w drugim przywołanym przez Odwołującego wyroku KIO 438/24 z dnia 27.02.2024 r. Izba stwierdziła: *„Przypomnieć należy, że ocena spełniania warunku winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości Zamawiającego na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczalna rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, które nie znalazły wyrazu w formie pisemnej, niezależnie od tego czy dany opis warunku udziału w postępowaniu należałoby uznać za bardziej adekwatny do*

przedmiotu zamówienia. Wskazać należy, iż postanowienia dokumentów zamówienia wiążą zarówno zamawiającego, jak i wykonawców i nie jest dopuszczalne dokonywanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w oparciu o inne kryteria niż podane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ. Przytoczony fragment zawiera stwierdzenia, które zasługują na pełne poparcie i wpisują się w podstawowe zasady udzielania zamówień takie jak zachowanie przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp). Izba w składzie orzekającym w niniejszej sprawie (KIO 5042/24) podziela zatem stanowisko wyrażone w ww. wyroku KIO 438/24 i przez Odwołującego, że po upływie terminu składania ofert treść warunku udziału w postępowaniu nie może być zmieniana lub interpretowana w sposób rozszerzający. Niemniej jednak należy podkreślić, że treść ww. wyroku KIO 438/24 nie ma odniesienia do niniejszej sprawy, bo w niniejszej sprawie nie doszło do zmiany czy rozszerzenia warunku. Jak już wyżej wskazano, od początku w opisie tego warunku była mowa o dostawie polegającej na modernizacji systemu oświetlenia, co biorąc pod uwagę powszechne rozumienie słowa „modernizacja” jako unowocześnienia czy ulepszenia, nie mogło oznaczać wyłącznie dostawy w postaci sprzedaży i dostarczenia jakiemś podmiotowi opraw oświetleniowych, ale musiało oznaczać także zamontowanie czy zainstalowanie tych opraw. Nie jest bowiem możliwa modernizacja systemu oświetlenia bez montażu/instalacji zakupionych opraw oświetleniowych. Dlatego rozumienie „dostawy polegającej na modernizacji systemu oświetlenia” jako dostawy wraz z montażem/instalacją opraw oświetleniowych nie stanowi w tym wypadku zmiany czy rozszerzenia treści warunku.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo uznał, że Odwołujący wykazujący jedynie dostawę jako sprzedaż opraw oświetleniowych, nie spełnił ww. warunku udziału w postępowaniu. Tym samym zasadne było wezwanie Odwołującego do uzupełnienia wykazu dostaw w celu wykazania spełnienia tego warunku (przy czym na marginesie Izba zauważa, że skoro Odwołujący powoływał się na zasoby innego podmiotu, to przysługuje mu możliwość uzupełnienia dokumentów przewidziana w art. 122 ustawy Pzp, który powinien być podstawą wezwania – por. wyrok KIO 981/23 z 20.04.2023 r. lub wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 29.01.2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1920/17 zachowujący swoją aktualność mimo wejścia w życie w 2021 r. nowej ustawy Pzp).

Izba oddaliła zatem odwołanie, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp. Przy czym zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba rozpoznała odwołanie jedynie w zakresie postawionych zarzutów, tj. w zakresie sposobu rozumienia fragmentu warunku: „dostawy polegającej na modernizacji” i związanej z tym fragmentem zasadności wezwania do uzupełnienia dokumentu.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze w zw. z § 5 pkt 1 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