

WYROK

Warszawa, dnia 7 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:

Elżbieta Dobrenko

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 stycznia 2025 r. przez wykonawcę M.M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.M., PPHU "ANMAX" w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Łaziska przy udziale wykonawcy A.C., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MAC-MAR Energetyka A.C., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 – naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art.

16 pkt 1 i 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawcy A.C., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MAC-Mar Energetyka A.C. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych – wykazu dostaw, stosownie do warunku udziału określonego w pkt VI.1.4a) SWZ wraz z dowodami, ponowne badanie i ocenę ofert.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę M.M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.M., PPHU "ANMAX" w $\frac{3}{4}$ oraz zamawiającego Gminę Łaziska w $\frac{1}{4}$ i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600,00 złotych (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), obejmującą poniesiony przez ww. wykonawcę koszt wynagrodzenia pełnomocnika.

4. Zasądza od zamawiającego Gminy Łaziska na rzecz wykonawcy M.M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.M., PPHU "ANMAX" kwotę 2 775,00 złotych (dwa tysiące siedemset siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy).

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:.....

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Łaziska, dalej: „zamawiający” prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Modernizacja oświetlenia w Gminie Łaziska”, dalej: „postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 sierpnia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00477443.

7 stycznia 2025 r. wykonawca M.M., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.M., PPHU "ANMAX", dalej: „odwołujący” złożył odwołanie od czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Mac-Mar Energetyka A.C., dalej: „Mac-Mar” i czynności oceny i badania ofert, w tym zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Mac-Mar, ewentualnie z ostrożności procesowej wezwania go do uzupełnienia dotyczącego podmiotowych środków dowodowych oraz od zaniechania odrzucenia oferty Michała Studnickiego Przedsiębiorstw Wielobranżowe Ekoel (dalej „Ekoel”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2 b) i c) w zw. z art. 16 pkt 1 i 17 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mac-Mar, mimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia, tj. warunku wskazanego w pkt. VI.1.4) a) specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) oraz nie złożył wymaganych podmiotowych środków dowodowych w tym zakresie, gdyż:

a) wskazane w wierszu drugim wykazu dostaw zamówienie nie zostało wykonane (zamówienie jest wykonywane), a nadto

b) brak wykazania, że zamówienie wskazane w pozycji pierwszej wykazu dostaw zostało wykonane należyście,

bowiem ani Poświadczenie z 1 października 2024 roku, ani jakikolwiek inny dokument (w tym faktury złożone w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów oraz umowa) nie wskazuje na należyte wykonanie tego zamówienia, a także c) brak wykazania odnośnie zamówienia wymienionego w wykazie dostaw w wierszu pierwszym, że dotyczy ono konserwacji minimum 600 opraw wykonanych w technologii LED; z ostrożności na wypadek uznania przez KIO, że odrzucenie oferty z ww. powodów jest przedwczesne lub nieuzasadnione - naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 17 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Mac-Mar do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w powyższym zakresie oraz dodatkowo w zakresie braku wskazania w wykazie dostaw liczby opraw w technologii LED w odniesieniu do zamówienia wymienionego w wierszu drugim wykazu,

2. art. 226 ust. 1 pkt 2c w zw. z art. 16 pkt 1 i 17 ust. 2 w zw. z art. 107 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mac-Mar, mimo że wykonawca nie złożył w wymaganym terminie przedmiotowych środków dowodowych wskazanych w pkt. VIII.8 SWZ, gdyż złożone (na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 107 ust. 2 Pzp z 18 października 2024 roku) przedmiotowe środki dowodowe wskazane w Tabeli 1 nie zostały sporządzone zgodnie z pkt. XV.7 SWZ w zw. z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 roku w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (dalej „Rozporządzenie w sprawie elektroniczności”), a procedura ponownego wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 2 Pzp (pismo Zamawiającego z 17 grudnia 2024 roku) była niedopuszczalna, zatem złożone w jej wyniku ponownie przedmiotowe środki dowodowe bezprawnie zostały uwzględnione przez Zamawiającego przy ocenie oferty Mac-Mar;

3. art. 226 ust. 1 pkt 2c w zw. z art. 16 pkt 1 i 17 ust. 2 w zw. z art. 107 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ekoel, mimo że wykonawca nie złożył w wymaganym terminie przedmiotowych środków dowodowych wskazanych w pkt. VIII.8 SWZ, gdyż złożone (na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 107 ust. 2 Pzp z 18 października 2024 roku) przedmiotowe środki dowodowe wskazane w Tabeli 2 nie zostały sporządzone zgodnie z pkt. XV.7 SWZ Rozporządzenia w sprawie elektroniczności, a procedura ponownego wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 2 Pzp (pismo z 18 grudnia 2024 roku) była niedopuszczalna, a nadto złożone w jej wyniku przedmiotowe środki dowodowe (Tabela 2a) nie potwierdzają wszystkich parametrów wymaganych przez Zamawiającego (por. pkt 23 uzasadnienia), zatem Ekoel nie złożył wymaganych przedmiotowych środków dowodowych co do wszystkich parametrów wymaganych SWZ,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i:

1. odrzucenie oferty wykonawcy Ekoel oraz Mac-Mar, ewentualnie z ostrożności procesowej
2. wezwanie wykonawcy Mac-Mar do uzupełnienia dotyczącego podmiotowych środków dowodowych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących braku wykazania spełniania warunku udziału

w postępowaniu przez Mac-Mar, odwołujący wskazał, że w SWZ został zamieszczony następujący warunek udziału w postępowaniu: o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej dwa (2) zamówienia, obejmujące dostawę z montażem lub konserwację co najmniej 600 szt. opraw oświetlenia drogowego, ulicznego lub opraw parkowych wykonanych w technologii LED (pkt VI.1.4) a) SWZ.

W celu wykazania spełniania tego warunku udziału w postępowaniu wykonawcy na wezwanie

Zamawiającego zobowiązani byli do przedłożenia wykazu wykonanych zamówień (załącznik nr 9 do SWZ). Zgodnie z SWZ wykaz winien przedstawiać, iż wykonawca wykonał należycie co najmniej 2 zamówienia obejmujące dostawę z montażem lub konserwacją co najmniej 600 szt. opraw oświetlenia drogowego, ulicznego lub opraw parkowych wykonanych w technologii LED (pkt VIII.9.1b SWZ). Wykonawca Mac-Mar na wezwanie z 15 listopada 2024 roku, w którym wymagano złożenia wykazu dostaw przedstawiającego wykonanie należycie co najmniej 2 zamówień (przywołano brzmienie ww. warunku udziału w postępowaniu) oraz przedstawienia dowodów określających, czy wykazane roboty zostały wykonane należycie, skierowane w trybie art. 126 ust.1 Pzp, złożył wykaz wykonanych zamówień wskazując:

- wiersz 1 tabeli: Konserwacja infrastruktury oświetleniowej oświetlenia drogowego w mieście Krasnystaw (nie podano liczby punktów świetlnych, w tym liczby punktów świetlnych z oprawami w technologii LED). Jako zamawiającego wskazano Miasto Krasnystaw Miasto Krasnystaw, wartość 95.183,55 zł i daty wykonania: 01.06.2022 do 31.12.2024 roku.
- wiersz 2 tabeli: Konserwacja infrastruktury oświetleniowej oświetlenia drogowego w mieście Krasnystaw, ilość punktów świetlnych: 2349 (nie wskazano liczby opraw w technologii LED). Jako zamawiającego wskazano Miasto Krasnystaw, wartość 162.360,00 zł i daty wykonania: 05.01.2024 do 31.12.2024 roku.

Do wskazanego w pkt. 3 wykazu zostało załączone Poświadczenie z 1 października 2024 roku, w którym nie odniesiono się do zamówienia wskazanego w wierszu 1 tabeli (odniesiono się do zamówienia na konserwację infrastruktury oświetleniowej w okresie od 1.06.2022 roku do 31.12.2022 roku (takie zamówienie – wykonywane w podanym okresie - nie zostało wymienione w tabeli zawierającej wykaz zamówień). Odnosnie zamówienia wskazanego w wierszu 2 tabeli natomiast potwierdzono w Poświadczeniu, że usługa wykonywana jest zgodnie z umową, bez uwag, sumiennie i rzetelnie. Poświadczenie stanowi dokument wystawiony w postaci papierowej i nie zostało opatrzone przez Mac-Mar lub notariusza kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub podpisem zaufanym lub osobistym, poświadczającym zgodność odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

Zamawiający unieważnił pismem z dnia 16 grudnia 2024 r. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z 20 listopada 2024 roku i w ramach ponownej oceny i badania ofert wezwał pismem z 17 grudnia 2024 roku Mac-Mar do wyjaśnień oraz uzupełniania wykazu wykonanych zamówień. Wskazał, że (...) zamawiający w ww. warunku wymagał wykazania, że wykonawca wykonał co najmniej dwa opisane zamówienia. Z przedłożonego wykazu wynika, że zamówienia wciąż są wykonywane (termin zakończenia – koniec 2024 roku). Ponadto w przypadku pierwszej pozycji wykazu brak jest ilości oprav obejmujących zamówienia.

Odnosnie dokumentu mającego potwierdzać należyte wykonanie obu zamówień zamawiający wezwał do złożenia (...) dowodów określających czy te dostawy/usługi zostały wykonane należycie (...).

W odpowiedzi pismem z 23 grudnia 2024 r. Mac-Mar wyjaśnił, że usługę wskazaną w wierszu pierwszym wykonał - umowa obowiązywała do końca 2022 roku, a omyłkowo wskazano w wykazie dostaw koniec roku 2024 oraz uzupełnił informację o liczbie konserwowanych oprav, nie podając liczby oprav wykonanych w technologii LED. Odnosnie zamówienia wskazanego w wierszu drugim wykazu dostaw potwierdził, że umowa dotyczy konserwacji 2349 sztuk oprav świetlnych każdego miesiąca i jest w trakcie realizacji (złożył umowę oraz faktury). Wyjaśnił, że co miesiąc wykonuje konserwację 2349 sztuk oprav, co w jego ocenie potwierdza spełnienie warunku określonego w SWZ. Nie wskazał także, ile z tych oprav wykonano w technologii LED.

Ponownie przedstawił Poświadczenie z 1 października 2024 roku, tym razem podpisane zgodnie z SWZ.

Zamawiający oceniając wyjaśnienia oraz złożone przez Mac-Mar w wyniku uzupełnienia dokumenty i informacje uznał je za wystarczające do wykazania, że Mac-Mar spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia, z czym nie zgodził się odwołujący.

Odwołujący wskazał, że zamawiający jednoznacznie wskazał w SWZ, że wymaga od wykonawców wykazania wykonania co najmniej dwóch zamówień (czyli jak wynika z art. 7 pkt 32 Pzp – umów) obejmujących dostawę z montażem lub konserwację co najmniej 600 szt. oprav oświetlenia drogowego, ulicznego lub oprav parkowych wykonanych w technologii LED (pkt VI.1.4) a) SWZ).

W wezwaniu do złożenia dokumentów podmiotowych z 15 listopada 2024 roku zamawiający str. 5 wymagał zgodnie z SWZ przedstawienia wykazu wykonanych zamówień (pkt 1b wezwania) oraz złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówień (pkt 1c wezwania). W wezwaniu z 17 grudnia 2024 roku w toku ponownej oceny i badania ofert wskazał, że (...) zamawiający w ww. warunku wymagał wykazania, że wykonawcy wykonali co najmniej dwa opisane zamówienia. Tym samym zamówienia (umowy) w toku realizacji nie mogą być brane pod uwagę w celu wykazania spełniania przywołanego warunku udziału w postępowaniu. Finalnie jednak z niezrozumiałych przyczyn zaakceptował doświadczenie Mac-Mar wskazane w wierszu drugim wykazu dostaw mimo, że umowa (zamówienie) na moment upływu terminu składania ofert nie było wykonane.

Po drugie Mac-Mar w wyniku wezwania z 17 grudnia 2024 r. uzupełnił informacje odnośnie liczby oprav konserwowanych w ramach zamówienia wymienionego w wierszu pierwszym wykazu dostaw. Jednak w dalszym ciągu (mimo wezwania do uzupełniania z 17 grudnia 2024 r.) nie podał liczby oprav, o których mowa w warunku udziału w postępowaniu i wezwaniu z 17 grudnia 2024 r., tj. wykonanych w technologii LED. Taka informacja nie wynika z żadnego dokumentu złożonego przez Mac-Mar czy to w odpowiedzi na wezwanie z 15 listopada 2024 roku, czy wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 Pzp z 17 grudnia 2024 roku. Informacja ta nie może być uzupełniona w wyniku ponownego wezwania w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, gdyż wezwanie z 17 grudnia 2024 roku dotyczyło wprost liczby oprav. Zamawiającego nie interesowała ogólna liczba oprav (taka informacja byłaby nieprzydatna zamawiającemu do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu), lecz liczba oprav wymaganych w przywołanym w przedmiotowym wezwaniu warunku, na co wskazuje treść wezwania.

Uszło uwadze zamawiającego, że Poświadczenie z 1 października 2024 rok (ani żaden inny dokument złożony przez Mac-Mar, w tym także faktury) w dalszym ciągu nie potwierdza należytego wykonania zamówienia wykazanego w

wierszu pierwszym wykazu dostaw. Stwierdzenie w Poświadczeniu, że (...) Wyżej wymieniona usługa wykonywana jest bez uwag, sumiennie, rzetelnie i zgodnie z zawartą umową (...) referuje do zamówienia wciąż wykonywanego na dzień 1 października 2024 roku, tj. wymienionego w wierszu drugim, a nie pierwszym wykazu dostaw. Brak jest zatem potwierdzenia należytego wykonania zamówienia wskazanego w wierszu 1 tj. już zakończonego, realizowanego od 1 czerwca 2022 roku do 31 grudnia 2022 roku. Zamawiający jednoznacznie wymagał w SWZ oraz wezwaniu z 15 listopada 2024 roku, a także w wezwaniu z 17 grudnia 2024 roku, przedłożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia. Wezwanie z 17 grudnia 2024 roku wyczerpało możliwość uzupełniania dokumentów w omawianym zakresie, zatem nie jest uprawnione kolejne wezwanie Mac-Mar do złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia wymienionego w wierszu 1 wykazu dostaw.

Odwołujący, z ostrożności procesowej wskazał, na wypadek uznania przez KIO, że procedura wezwania do uzupełnienia w zakresie określonym powyżej nie została wyczerpana, zasadność wezwania Mac-Mar do uzupełnienia dokumentów podmiotowych poprzez wykazanie zamówień spełniających w kwestionowanym w niniejszym odwołaniu zakresie wymagania zamawiającego wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

Z ostrożności procesowej - na wypadek oceny przez KIO, że brak podstaw do odrzucenia oferty Mac-Mar Odwołujący wskazał, odnośnie zamówienia wymienionego w wykazie dostaw w wierszu drugim - na brak informacji o liczbie opraw wykonanych w technologii LED. W tym zakresie zważywszy, że zamawiający (najprawdopodobniej przez przeoczenie) nie wzywał Mac-Mar do uzupełnienia informacji w trybie art. 128 ust. 1 Pzp odwołujący wskazał na bezzasadne zaniechanie takiego wezwania i przedwczesne uznanie, że w tym zakresie zamówienie spełnia wymagania określone w SWZ, co także uzasadnia uwzględnienie odwołania.

W zakresie zarzutów dotyczących przedmiotowych środków dowodowych, odwołujący wskazał:

Zamawiający w pkt. VIII.8 SWZ wymagał złożenia wraz z ofertą przez wykonawców przedmiotowych środków dowodowych, które miały potwierdzać określone w SWZ parametry przedmiotu zamówienia. Dokumenty złożone w języku obcym należało złożyć wraz z tłumaczeniem. Przewidziano uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych.

W pkt. XV.7 SWZ zamawiający uregulował zasady składania dokumentów innych niż oferta, a zatem także przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający wskazał, że (...) Sposób sporządzenia dokumentów elektronicznych musi być zgodny z wymaganiami określonymi w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 roku w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie.

Zgodnie z powołanym Rozporządzeniem w sprawie elektroniczności w przypadku dokumentów będących cyfrowym odwzorowaniem dokumentu wystawionego w postaci papierowej wymagane jest ich opatrzenie przez wykonawcę lub notariusza kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub podpisem zaufanym lub osobistym, poświadczającym zgodność odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

Zamawiający wezwał Mac-Mar do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych pismem z 18 października 2024 roku. Mac-Mar złożył na wezwanie dokumenty wskazane w Tabeli 1 do odwołania (w Tabeli 1a są wymienione dokumenty złożone wraz z ofertą). Złożone na wezwanie zamawiającego z 18 października 2024 roku przedmiotowe środki dowodowe (Tabela 1) nie zostały podpisane zgodnie z przywołanymi wyżej wymaganiami. Odwołujący wskazał, że zważywszy, że zamawiający już zrealizował procedurę uzupełniania dokumentów pismem z 18 października 2024 roku za nieuprawnione należy uznać ponowne wzywanie Mac-Mar do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych.

Zamawiający jednak zamiast - jak wskazano w odwołaniu z 25 listopada 2024 r. - odrzucić ofertę Mac-Mar na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2c Pzp pismem z 17 grudnia 2024 roku wezwał na podstawie art. 107 ust. 2 Pzp Mac-Mar do złożenia przedmiotowych środków dowodowych wskazując, że (...) Po ponownej weryfikacji oferty, zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia/uzupełnienia niepodpisanych (traktując je jako niezłożone) przedmiotowych środków dowodowych:

- 1) Karty katalogowe oferowanych opraw oświetleniowych LED,
- 2) Certyfikat ENEC lub równoważny,
- 3) Certyfikat ENEC+ lub równoważny,
- 4) Certyfikat Zhaga D4i dla oferowanych opraw oświetleniowych LED, który jest do zweryfikowania na stronie ZHAG A CONSORCIUM - www.fagastandard.org aktualny na dzień składania ofert lub równoważny,
- 5) Raport z testów wibracyjnych.

Odwołujący podkreślił, że uszło uwadze zamawiającego, że już pismem z 18 października 2024 roku, skierował do Mac-

Mac-Mar wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. Przedstawione w wyniku powołanego wezwania przedmiotowe środki dowodowe wskazane w Tabeli 1 do odwołania nie były podpisane przez Mac-Mar. Zatem procedura wezwania do uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych została już wyczerpana i brak było podstaw do ponownego wzywania Mac-Mar do złożenia przedmiotowych środków dowodowych.

Mac-Mar w odpowiedzi na ponowne (nieuprawnione) wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych ponownie złożył wskazane w Tabeli 1 dokumenty, tym razem już podpisane zgodnie z SWZ, co w konsekwencji skutkowało wybraniem oferty Mac-Mar jako najkorzystniejszej. Tym czasem oferta ta powinna zostać odrzucona, na co odwołujący wskazywał w odwołaniu z 25 listopada 2024 roku. Przepis art. 107 ust. 2 Pzp nie ustanawia reguły, że w przypadku nie złożenia wraz z ofertą wymaganych przedmiotowych środków dowodowych lub złożenia niekompletnych, zamawiający jest najpierw zobowiązany do wezwania do ich złożenia, a następnie o ich ponowne uzupełnienie. Taka interpretacja przeczy zasadzie jednokrotności wezwania, a tym samym zadzie uczciwej konkurencji

i równego traktowania wykonawców. Zdaniem odwołującego działanie zamawiającego należało zakwalifikować jako naruszające art. 107 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2c oraz art. 16 pkt 1 i 17 ust. 2 Pzp.

Zamawiający wezwał Ekoel do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych pismem z 18 października 2024 roku. Ekoel złożył pierwotnie z ofertą dokumenty wskazane w Tabeli 2a, a na wezwanie do uzupełnienia dokumenty wskazane w Tabeli 2 do odwołania. Złożone na wezwanie zamawiającego z 18 października 2024 roku (Tabela 2) przedmiotowe środki dowodowe nie zostały podpisane zgodnie z przywołanymi wyżej wymaganiami. Zważywszy, że Zamawiający już zrealizował procedurę wezwania do uzupełniania dokumentów przedmiotowych pismem z 18 października 2024 r. zamawiający nie był uprawniony do ponownego wzywania Ekoel pismem z 18 grudnia 2024 r. do uzupełnienia przedmiotowych

środków dowodowych.

Zamawiający jednak zamiast - jak wskazano w odwołaniu z 25 listopada 2024 r. - odrzucić ofertę Ekoel, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2c Pzp, pismem z 18 grudnia 2024 r. wezwał, na podstawie art. 107 ust. 2 Pzp, Ekoel do złożenia przedmiotowych środków dowodowych wskazując, że (...) Po ponownej weryfikacji oferty, zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia/uzupełnienia niepodpisanych (traktując je jako niezłożone) przedmiotowych środków dowodowych:

- 1) Karty katalogowe oferowanych opraw oświetleniowych LED,
- 2) Certyfikat ENEC lub równoważny,
- 3) Certyfikat ENEC+ lub równoważny,
- 4) Certyfikat Zhaga D4i

dla oferowanych opraw oświetleniowych LED, który jest do zweryfikowania na stronie ZHAG A CONSORCIUM www.nagastandard.org aktualny na dzień składania ofert lub równoważny 5) Raport z testów wibracyjnych.

Odwołujący podkreślił, że uszło jednak uwadze zamawiającego, że już pismem

z 18 października 2024 roku, skierował do Ekoel wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych.

Przedstawione w wyniku powołanego wezwania przedmiotowe środki dowodowe nie były podpisane przez Ekoel. Zatem procedura wezwania do uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych została już wyczerpana i brak było podstaw do ponownego wzywania Ekoel do złożenia przedmiotowych środków dowodowych. Należało ofertę Ekoel w ramach ponownego badania i oceny ofert odrzucić, czego zamawiający bezprawnie zaniechał. Działanie zamawiającego, zdaniem odwołującego, zakwalifikować należało jako naruszające art. 107 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2c) oraz art. 16 pkt 1 i 17 ust. 2 Pzp.

Odwołujący ponadto wskazał, że Ekoel - w odpowiedzi na ponowne (nieuprawnione) wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych z 18 grudnia 2024 roku - ponownie złożył wskazane w Tabeli 2a dokumenty, które jednak nie potwierdzały parametrów oferowanego sprzętu w zakresie dotyczącym niżej wymienionych parametrów opisanych

w załączniku nr 1 do SWZ i wyjaśnieniach do SWZ:

- Oprawa wykonana w technologii LED, bryła fotometryczna kształtowana za pomocą płaskiej wielosoczewkowej matrycy LED. Każda z soczewek matrycy emituje taką samą krzywą światłości, a całkowity strumień oprawy jest sumą strumieni poszczególnych soczewek.
- Redukcja mocy (strumienia) musi odbywać się w sposób płynny przez zmniejszenie strumienia świetlnego wszystkich źródeł LED jednocześnie a nie przez wyłączenie poszczególnych paneli LED w jednej oprawie.
- Układ zasilający musi być wyposażony w funkcję umożliwiającą utrzymanie strumienia świetlnego na stałym poziomie.
- Oprawa musi posiadać Deklarację Środowiskową Produktu typu III (EPD) opartą na normie EN 15804+A2.

W odpowiedzi na odwołanie – pismem z 27 stycznia 2025 r. zamawiający wniósł o oddalenie

w całości odwołania, gdyż, w jego ocenie, zarzuty podniesione w odwołaniu są bezzasadne

i wprowadzają w błąd co do okoliczności faktycznych i prawnych Krajową Izbę Odwoławczą oraz wykonawców

biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający wskazał, że wykonawca Mac-Mar wykazał, że wykonał należycie co najmniej dwa zamówienia, obejmujące dostawę z montażem lub konserwację co najmniej 600 szt. opraw oświetlenia drogowego, ulicznego lub opraw parkowych wykonanych w technologii LED i złożył wymagane podmiotowe środki dowodowe, a ponadto wykonawca Mac-Mar i Ekoel złożyli w wyznaczonym terminie przedmiotowe środki dowodowe w wymaganej przez zamawiającego formie.

Powyższe okoliczności potwierdzają dokumenty znajdujące się w aktach postępowania Nr PPI.271.4.2024, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy Mac-Mar z dnia 23 grudnia 2024 r. i załączone do niego dokumenty, oraz dodatkowe informacje udzielone przez Urząd Miasta Krasnystaw na wniosek zamawiającego tj.:

- 1) umowa nr ZP 01/02/2024 z dnia 05 stycznia 2024 r. zawarta z Miastem Krasnystaw na konserwację infrastruktury oświetleniowej oświetlenia ulicznego i parkowego w mieście Krasnystaw w 2024 r.;
- 2) potwierdzenia dokonania zapłaty w miesiącach od marca do sierpnia 2024 r. przez Miasto Krasnystaw na rzecz wykonawcy Mac-Mar wynagrodzenia w kwocie 13.530,00 zł za wykonaną w każdym miesiącu konserwację oświetlenia w ilości 2349 opraw, zgodnie z umową nr ZP 01/02/2024 z dnia 05 stycznia 2024 r.;
- 3) umowa nr ZP 05/02/2022 z dnia 31 maja 2022 r. zawarta z Miastem Krasnystaw na konserwację infrastruktury oświetleniowej oświetlenia ulicznego i parkowego w mieście Krasnystaw w 2022 r.;
- 4) potwierdzenia dokonania zapłaty w miesiącach od lipca do grudnia 2022 r. przez Miasto Krasnystaw na rzecz Wykonawcy Mac-Mar wynagrodzenia w kwocie 13.597,65 zł za wykonaną w każdym miesiącu konserwację oświetlenia w ilości 2349 opraw, zgodnie z umową nr ZP 05/02/2024 z dnia 31 maja 2022 r.;
- 5) pismo z dnia 10 stycznia 2025r. (data wpływu 14.01.2025 r.) przesłane przez Urząd Miasta Krasnystaw w odpowiedzi na wniosek zamawiającego o udzielenie dodatkowych informacji do Poświadczenia z dnia 1 października 2024r. wystawionego przez Gminę Krasnystaw dla Mac-Mar Energetyka A.C..

W uzasadnieniu pisma zamawiający wskazał, że brak jest podstaw do uwzględnienia przez zamawiającego odwołania i zawartych w nim żądań podniesionych przez Odwołującego.

Zarzut braku wykazania przez wykonawcę Mac-Mar, że zamówienie wskazane w pozycji drugiej wykazu dostaw zostało wykonane, gdyż jest wykonywane (do dnia 31 grudnia 2024 r.) w ocenie zamawiającego, nie ma uzasadnienia.

Z wyjaśnień wykonawcy z dnia 23 grudnia 2024 r. i załączonej umowy nr ZP 01/02/2024, zawartej z Miastem Krasnystaw w dniu 5 stycznia 2024 r. na konserwację infrastruktury oświetleniowej oświetlenia ulicznego i parkowego w mieście Krasnystaw wynika, że wykonawca Mac-Mar spełnia w tym zakresie warunek udziału w postępowaniu dotyczący wymaganego doświadczenia, wskazany w pkt VI.1.4 SWZ.

Z powyższej umowy nr ZP 01/02/2024 wynika, że jest ona realizowana przez wykonawcę w okresie od 5 stycznia 2024 r. do dnia 31 grudnia 2024 r., przy czym usługa obejmująca konserwację oświetlenia drogowego w ilości 2349 sztuk wykonywana jest co miesiąc. Zgodnie z § 5 ust. 3 ww. umowy po wykonaniu konserwacji sporządzana jest „karta zadań z faktycznego wykonania zadań”, która stanowi podstawę do wystawienia faktury. Miasto Krasnystaw

w terminie 30 dni od otrzymania faktury dokonuje zapłaty za wykonaną konserwację, przy czym wskazać należy, że nie jest to płatność w formie zaliczki, czy przedpłaty, tylko płatność za usługę zrealizowaną.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z definicją zamówienia zamieszczoną w art. 7 pkt 32 ustawy Prawo zamówień publicznych zamówienie jest umową, w ramach której obie strony powinny wykonać swoje świadczenia, zatem wykonawca powinien wykonać roboty budowlane, dostawy lub usługi, a zamawiający uiścić należne za nie wynagrodzenie. Wydaje się, iż użycie pojęcia umowy zamiast zamówienia (które może być rozumiane wieloznacznie – tak jak to ma miejsce m.in. w kontekście podziału zamówienia na części – przykładowo w art. 24 ww. ustawy) nie jest przypadkowe. „Wykonanie zamówienia” i „wykonanie umowy” nie są pojęciami tożsamymi, na co wskazuje sam ustawodawca posługując się w ustawie Prawo zamówień publicznych oboma pojęciami. Gdyby „wykonanie zamówienia” oznaczało „wykonanie umowy” nie byłoby zapisu w art. 448 ustawy Prawo zamówień publicznych, że „Zamawiający, w terminie 30 dni od wykonania umowy, zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o wykonaniu umowy”. Pojęcie przedmiotu zamówienia nie powinno być zatem zawsze utożsamiane z umową, a ze świadczeniem wykonawcy.

Zamawiający podniósł, że umowa zawarta w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest umową dwustronnie zobowiązującą, do wykonania której dochodzi, gdy obie strony spełnią świadczenie, czyli jedna strona wykona usługę, a druga strona dokona zapłaty wynagrodzenia. Wykonanie zamówienia jest równoznaczne z terminem, w jakim roszczenie Wykonawcy stało się wymagalne, czyli z dniem, w którym zamawiający stał się zobowiązany do uiszczenia wynagrodzenia. Pojęcie wykonania zamówienia jest związane z odebraniem przedmiotu świadczenia

wykonawcy i uznawaniem jego świadczenia za spełnione, skutkujące obowiązkiem zapłaty należności wykonawcy za usługę. Oznacza to, że decyzja zamawiającego o dokonaniu płatności jest równoznaczna ze stwierdzeniem wykonania zamówienia.

Zamawiający stwierdził, że wykonawca Mac-Mar w okresie obowiązywania umowy na konserwację infrastruktury oświetleniowej (urządzeń) oświetlenia ulicznego i parkowego z dnia 5 stycznia 2024 r., wykonał w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, m. in.

w miesiącach od marca 2024 r. do sierpnia 2024 r. konserwację oświetlenia obejmującego 2349 opraw i za wykonanie której to usługi otrzymał za każdy miesiąc wynagrodzenie w kwocie 13.530,00 zł. Usługa została wykonana należycie, co potwierdza poświadczenie wystawione przez Miasto Krasnystaw z dnia 1 października 2024 r., GNiOŚ/7021.62.2024. Powyższe dokumenty, w kontekście warunku postawionego przez zamawiającego, czyli wymogu wykonania zamówienia, a nie całej umowy, stoją zatem w sprzeczności ze stanowiskiem odwołującego, że wykonawca nie wykonał zamówienia, tylko je w dalszym ciągu wykonuje.

Zamawiający wskazał, że z tych przyczyn zamawiający zaakceptował doświadczenie wykonawcy Mac-Mar wskazane w wierszu drugim wykazu dostaw. W ocenie zamawiającego przyczyny te, wbrew temu co twierdzi odwołujący, są jak najbardziej zrozumiałe i uzasadnione.

Zamawiający wskazał, że zarzut braku wykazania przez wykonawcę Mac-Mar, że zamówienie wskazane w pozycji pierwszej wykazu dostaw dotyczy 600 opraw wykonanych w technologii LED jest nieuzasadniony. Odwołujący uznał, że w wykazie dostaw należy określić zakres wykonanego zamówienia ze wskazaniem dokładnej ilości opraw oświetlenia, w tym wykonanych w technologii LED. Zdaniem zamawiającego, w wykazie dostaw wymagał on, aby wykonawca podał ogólny zakres robót (rodzaj), wartość, datę, miejsce wykonania i podmioty. Zamawiający nie wymagał, aby w wykazie dostawy, czy w wezwaniu z dnia 17 grudnia 2024 r. wykonawca wskazał ilość opraw wykonanych w technologii LED. Zamawiający nie mógł zatem odrzucić oferty wykonawcy Mac-Mar z powodu niewykazania przez niego spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia m.in. dlatego, że wykonawca podając ilość opraw, nie podał dokładnej ilości opraw wykonanych w technologii LED, skoro warunek podania takiej ilości nie wynikał jednoznacznie z SWZ.

Zamawiający podkreślił, że w orzecznictwie krajowym konsekwentnie podkreśla się, że stwierdzenie wątpliwości, czy niespójności co do treści dokumentów zamówienia powinno prowadzić do ich interpretacji na korzyść wykonawcy i nie może pociągać za sobą dla niego negatywnych skutków, zwłaszcza skutków polegających na odrzuceniu oferty. Zasadą jest, że

wykonawcy nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z niedochowania przez zamawiającego należytej staranności przy kształtowaniu treści dokumentów zamówienia (por. m.in. wyrok z dnia 12 sierpnia 2021 r., KIO 2020/21, wyrok z dnia 13 maja 2022 r., KIO 1087/22, wyrok z dnia 2 listopada 2022 r., KIO 2721/22).

Niezależnie od powyższego zamawiający podniósł, że ze założonych przez wykonawcę Mac-Mar dokumentów, tj. umowy nr ZP 01/02/2024 z dnia 05 stycznia 2024 r. zawartej z Miastem Krasnystaw, czy z umowy nr ZP 05/02/2022 z dnia 31 maja 2022 r. zawartej z Miastem Krasnystaw wynika, że zakres zrealizowanych zamówień obejmuje „źródła światła typu LED”. Stwierdzenie odwołującego, że z żadnego dokumentu ta okoliczność nie wynika, jest zatem niezrozumiałe i celowo wprowadzające błąd co do rzeczywistego zakresu zamówienia wykonanego przez wykonawcę Mac-Mar.

W odniesieniu do zarzutu braku wykazania przez wykonawcę Mac-Mar, że zamówienie wskazane w pozycji pierwszej wykazu dostaw zostało wykonane należycie, zamawiający wskazał na treść Poświadczenia z 1 października 2024 r. z którego wynikało, że usługa wykonana została bez uwag, sumiennie, rzetelnie i zgodnie z zawartą umową oraz podkreślił, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji „należytego wykonania umowy”. Zgodnie z art. 354 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego dłużnik (wykonawca) powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią, w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współzycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel. Stosownie do art. 355 kodeksu cywilnego dłużnik (wykonawca) obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju. Należyta staranność dłużnika (wykonawcy) w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Umowa co do zasady określa, jaki jest zakres obowiązków wykonawcy i pożądaný sposób ich wykonania. W związku z tym należy zakładać, że zamawiający przed wystawieniem referencji dokonuje oceny wykonania umowy, uwzględniając m.in. cel zawarcia umowy, jej postanowienia i obowiązujące przepisy prawa.

Zdaniem zamawiającego, przy ocenie treści referencji należy mieć zatem na uwadze to, czy według ich wystawcy, który składa oświadczenie wiedzy w tym zakresie, istota, cel, potrzeba gospodarcza realizacji danej umowy, zostały osiągnięte, a zatem czy umowa została wykonana należycie. Użycie w dokumentach, z założenia potwierdzających należyte wykonanie umów, np. referencjach czy poświadczeniach (gdy cel ich wystawienia jest znany), innych określić

dla wyrażenia pozytywnej oceny ich wykonania, np. sformułowania „zgodnie z umową”, „sumiennie”, czy „rzetelnie” nie niweczy takiego dokumentu, jako potwierdzającego należyte wykonanie umowy. Wystawca ma bowiem swobodę w doborze używanych sformułowań dla wyrażenia swojej opinii.

Zgodnie również z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 września 2021 r., KIO 2203/21, brak sformułowania „należyte wykonanie usług” w odpowiedniej formie nie dyskwalifikuje referencji jako dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie przedmiotu umowy. Inne sformułowania np. „wykonane zgodnie z umową”, stanowią także potwierdzenie należytej realizacji przedmiotu zamówienia, wskazują bowiem na to, że cel zamówienia został osiągnięty, zamówienie zostało zrealizowane zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a tym samym należyście.

W związku z powyższym Poświadczenie z 1 października 2024 r., GNIOS.7021.62.2024, wystawione przez Miasto Krasnystaw, w którym stwierdzone zostało, że usługa konserwacji infrastruktury oświetleniowej (urządzeń) oświetlenia ulicznego i parkowego na terenie Miasta Krasnystaw w 2022 r. oraz w 2024 r. wykonana jest bez uwag, sumiennie, rzetelnie i zgodnie z zawartą umową, potwierdza należyte wykonanie zamówienia przez wykonawcę Mac-Mar. Zostało to dodatkowo potwierdzone w piśmie z dnia 10 stycznia 2025r. (data wpływu 14.01.2025 r.) przesłanym przez Urząd Miasta Krasnystaw w odpowiedzi na wniosek Zamawiającego o udzielenie dodatkowych informacji do Poświadczenia z dnia 1 października 2024r. wystawionego przez Gminę Krasnystaw dla Mac-Mar Energetyka A.C..

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawców Mac-Mar oraz oferty Ekoel, gdyż wykonawcy nie złożyli w wymaganym terminie przedmiotowych środków dowodowych (złożone dokumenty nie były opatrzone wymaganym podpisem – kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym, podpisem osobistym), a procedura ponownego wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych była niedopuszczalna, zamawiający wskazał:

Procedura wezwania wykonawców do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych

w trybie art. 107 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zdaniem zamawiającego, nie została wyczerpana wskutek wcześniejszego wezwania z dnia 18 października 2024 r. Zamawiający pismem tym wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień powołując się na art. 107 ust. 4 ww. ustawy, a nie jak wskazał odwołujący się na art. 107 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z treści wezwania z 18 października 2024 r. wynika wprost, że zamawiający wezwał wykonawców do wyjaśnień i uzupełnienia treści oferty. Zamawiający nietrafnie użył słowa „uzupełnienia”, które miało tylko naprowadzić wykonawców na wyjaśnienie brakujących informacji, na potwierdzenie których mogliby złożyć dokumenty potwierdzające wyjaśnienia.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2024 r., KIO 277/24, wyjaśnienia nie mogą prowadzić do uzupełnienia treści oświadczenia lub dokumentu.

W uzasadnieniu ww. wyroku KIO wskazała, że: „Jeżeli chodzi o wezwanie do złożenia wyjaśnień, podkreślić należy, że dodanie treści/złożenie nowego dokumentu jest czynnością zupełnie odmienną od złożenia wyjaśnień. Wyjaśnienie (tłumaczenie) jest jedną z odmian rozumowania, jest zadaniem myślowym, które polega na wskazaniu uzasadnienia dla danej treści, czyni coś zrozumiałym. Wyjaśnienia, w przeciwieństwie do uzupełnienia czy też poprawienia, mają na celu ustalenie rzeczywistej treści dokumentu czy też oświadczenia. Wyjaśnianie treści oferty polega na udzieleniu odpowiedzi na pytanie „dlaczego tak jest jak wykonawca postanowił w treści”, a nie na przedłożeniu nowych dokumentów o nowej treści. Wyjaśnienia nie mogą prowadzić do uzupełnienia treści oświadczenia lub dokumentu.

W przeciwnym razie wezwanie zamawiającego należy uznać za bezpodstawne i nie wywierające skutku dla postępowania.

Zamawiający stwierdził, że czynność wezwania do złożenia wyjaśnień nie była skuteczna

i wiążąca w zakresie, w jakim wykonawcy złożyli zamawiającemu przedmiotowe środki dowodowe, a nie wyjaśnienia i wskazał, że w poprzednim odwołaniu z dnia 25 listopada 2024 r. odwołujący stwierdził, że złożone przez wykonawców Mac-Mar oraz Ekoel przedmiotowe środki dowodowe nie posiadały wymaganych podpisów, co powinno skutkować odrzuceniem oferty ewentualnie wezwaniem ich do uzupełnienia o niezłożone środki dowodowe. Zamawiający stwierdził, że uznał w całości zarzuty podniesione w tym odwołaniu i zgodnie

z art. 522 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonał czynności w postępowaniu

o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający uznając w całości zarzuty odwołania obowiązany był do wykonania w postępowaniu o zamówienie publiczne czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Uwzględnienie zarzutów odwołania należy bowiem postrzegać w kategorii podzielenia przez zamawiającego stanowiska prezentowanego przez odwołującego. To nie jest instytucja prawa pozwalająca zamawiającemu na działania asekuracyjne, lecz postanowienia art. 552 ust. 1 ustawy jednoznacznie przewidują określone skutki czynności procesowej uwzględnienia zarzutów odwołania, jakie obowiązkowo wywołują w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący sformułował w swoim odwołaniu w zakresie zarzutu złożenia przez wykonawców przedmiotowych środków dowodowych bez wymaganych podpisów dwa żądania – odrzucenie oferty wykonawcy Mac-Mar oraz oferty wykonawcy Ekoel, ewentualnie wezwanie wykonawców do uzupełnienia w trybie art. 107 ust. 2 ustawy

Prawo zamówień publicznych. Zamawiający wskazał, że nie mógł uwzględnić żądania odrzucenia oferty dwóch wykonawców, gdyż brak podpisu na przedmiotowych środkach dowodowych, w przypadku gdy dokumenty postępowania takiego podpisu wymagały, należy traktować jak nie złożenie przedmiotowego środka dowodowego, co obliguje zamawiającego do zastosowania trybu określonego w art. 107 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z tego względu zamawiający postąpił zgodnie z żądaniem ewentualnym odwołującego i pismem z dnia

17 grudnia 2024 r. wezwał wykonawców do złożenia podpisanych przedmiotowych środków dowodowych. Tą czynność w odwołaniu z dnia 7 stycznia 2024 r. odwołujący kwestionował uznając ją za niedopuszczalną, gdyż procedura wezwania do uzupełnienia dokumentów została już wyczerpana, chociaż sam odwołujący w pierwszym odwołaniu żądał wykonania przez zamawiającego takiej czynności.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Ekoel, gdyż złożone przedmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają wszystkich parametrów przedmiotu umowy wymaganych przez zamawiającego, zamawiający wskazał:

Zamawiający pismem z dnia 18 października 2024 r. wezwał wykonawcę Ekoel do złożenia wyjaśnień treści oferty, powołując się na art. 107 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca w dniu 22 października 2024 r. złożył wymagane wyjaśnienia potwierdzając parametry oferowanego sprzętu, w zakresie wymaganym w wezwaniu, a podnoszonym

w zarzutach odwołania. Zamawiający nie wymagał dokumentu Deklaracji Środowiskowej Produktu, a jedynie potwierdzenia, że oferowana oprawa musi taką deklarację posiadać. Wykonawca Ekoel w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu potwierdził parametry oferowanego sprzętu i fakt że oferowana oprawa posiada deklarację środowiskową. Przesyłając podpisane wyjaśnienia i dokumenty na potwierdzenie wyjaśnień (nie były podpisane) wykonawca spełnił żądanie zamawiającego, który wymagał udzielenia wyjaśnień a nie uzupełnienia dokumentów.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła również, że odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca A.C., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MAC-MAR Energetyka A.C., dalej: „przystępujący”.

Przystępujący podzielił stanowisko zamawiającego.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej, załączone do odwołania oraz dokument - SWZ, dołączony do pisma odwołującego z 3 lutego 2025 r.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia w pkt VI. Warunki Udziału w Postępowaniu w ppkt wskazał:

„1.4a) O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

4) zdolności technicznej lub zawodowej:

a) o udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej dwa (2) zamówienia, obejmujące dostawę z montażem lub konserwację co najmniej 600 szt. opraw oświetlenia drogowego, ulicznego lub opraw parkowych wykonanych w technologii LED.”

Wzór wykazu wykonanych dostaw stanowił załącznik nr 9 do SWZ.

W pkt. VIII.8 SWZ zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą przez wykonawców przedmiotowych środków dowodowych, które miały potwierdzać określone w SWZ parametry przedmiotu zamówienia. Dokumenty złożone w języku obcym należało złożyć wraz z tłumaczeniem.

Została przewidziana możliwość uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych.

Przystępujący, po wezwaniu z 15 listopada 2024 r., przedstawił wykaz 2 robót:

- konserwacja infrastruktury oświetleniowej oświetlenia drogowego w mieście Krasnystaw o wartości 95.183,55 zł w okresie: 01.06.2022 do 31.12.2024 r.;

- konserwacja infrastruktury oświetleniowej oświetlenia drogowego w mieście Krasnystaw, ilość punktów świetlnych: 2349 o wartości 162.360,00 zł w okresie: 05.01.2024 do 31.12.2024 r.

W pierwszym zadaniu nie została podana liczba punktów świetlnych. Przystępujący wraz

z wykazem złożył Poświadczenie z 1 października 2024 roku, wystawione przez Miasto Krasnystaw, w którym

wskazano, że przystępujący na podstawie zawartej umowy w okresie od 01.06.2022 r. do 31.12.2022 r. wykonywał na rzecz Miasta Krasnystaw usługę - „Konservacja infrastruktury oświetleniowej (urządzeń) oświetlenia ulicznego i parkowego

na terenie Miasta Krasnystaw w 2022 r.” oraz na podstawie zawartej umowy nr ZP 01/02/2024 z dnia 5.01.2024 r. obecnie wykonuje zadanie polegające na konserwacji infrastruktury oświetleniowej (urządzeń) oświetlenia ulicznego i parkowego na terenie Miasta Krasnystaw

w 2024 r. o łącznej ilości 2349 punktów świetlnych.

Wyżej wymieniona usługa wykonywana jest bez uwag, sumiennie, rzetelnie, i zgodnie z zawartą umową.”

Nie została potwierdzona zgodność cyfrowego odwzorowania Poświadczenia z 1 października 2024 r. z dokumentem w postaci papierowej.

Zamawiający 16 grudnia 2024 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwał przystępującego (pismo z 17 grudnia 2024 r.) do wyjaśnień oraz uzupełnianie wykazu

Zamówień oraz przedstawienia dowodów potwierdzające należyte wykonanie zamówień,

a także do złożenia przedmiotowych środków dowodowych:

- 1) Karty katalogowe oferowanych oprav oświetleniowych LED,
- 2) Certyfikat ENEC lub równoważny,
- 3) Certyfikat ENEC+ lub równoważny,
- 4) Certyfikat Zhaga D4i dla oferowanych oprav oświetleniowych LED, który jest do zweryfikowania na stronie ZHAG A CONSORCIUM - www.nagastandard.org aktualny na dzień składania oferty lub równoważny
- 5) Raport z testów wibracyjnych.

Przystępujący wyjaśnił, że usługę wskazaną w wierszu pierwszym wykonał, ponieważ umowa obowiązywała do końca 2022 roku, a omyłkowo została wskazana oraz podał konserwowanych oprav.

Przystępujący w odniesieniu do drugiego zadania wskazał, że umowa dotyczy konserwacji 2349 sztuk oprav świetlnych wykonywanej każdego miesiąca i jest w trakcie realizacji, złożył również umowę oraz faktury. Przystępujący złożył ponownie Poświadczenie z 1 października 2024 roku, potwierdzone, zgodnie z przepisami.

2 stycznia 2025 r. zamawiający ponownie wybrał ofertę przystępującego jako ofertę najkorzystniejszą.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 odwołania Izba wskazuje:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 b oraz c ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub 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. 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.

Stosownie do przepisu art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Na podstawie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W ocenie odwołującego wskazane w wierszu drugim wykazu dostaw przystępującego zamówienie nie zostało wykonane, ponieważ nadal jest wykonywane.

Izba stwierdziła, że z dokumentów złożonych w postępowaniu przez przystępującego: umowy nr ZP 01/02/2024, zawartej z Miastem Krasnystaw w dniu 5 stycznia 2024 r. na konserwację infrastruktury oświetleniowej oświetlenia ulicznego i parkowego w mieście Krasnystaw oraz wyjaśnień przystępującego wynika, że umowa z 5 stycznia 2024 r. realizowana była do końca 2024 r., natomiast przystępujący w jej ramach co miesiąc wykonywał konserwację oświetlenia drogowego w ilości 2349 sztuk.

Stosownie do § 5 ust. 3 umowy z 5 stycznia 2024 r. podstawę do wystawienia faktury stanowiła karta zadań z faktycznego wykonania zadań. Za wykonanie konserwacji oświetlenia drogowego przystępujący otrzymywał comiesięczne wynagrodzenie. Potwierdzenie powyższej okoliczności stanowiły faktury przedstawione przez przystępującego na wezwanie zamawiającego z 17 grudnia 2024 r.

Izba uznała, że powyższe oznaczało, że zamówienie, które w wykazie wskazał przystępujący zostało wykonane i

odpowiadało ono warunkowi sformułowanemu przez zamawiającego – wykonania zamówienia obejmującego dostawę z montażem lub konserwację opraw oświetlenia drogowego, ulicznego lub opraw parkowych.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego dotyczącego braku wykazania, że zamówienie wskazane w pierwszej pozycji wykazu dostaw zostało wykonane należycie, ponieważ ani Poświadczenie z 1 października 2024 r., ani inny dokument (w tym faktury złożone w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów oraz umowa) nie wskazywał na należyte wykonanie tego dokumentu, Izba uznała powyższy zarzut za niezasadny.

W ocenie Izby, błędne jest stanowisko odwołującego, zgodnie z którym Poświadczenie

z 1 października 2024 r., wystawione przez Miasto Krasnystaw potwierdzające, że usługa wykonywana jest bez uwag, sumiennie, rzetelnie i zgodnie z zawartą umową odnosiło się jedynie do zamówienia zrealizowanego na podstawie umowy zawartej w 2022 r.

Izba uznała, że ze sformułowania „wyżej wymieniona usługa wykonywana jest bez uwag, sumiennie, rzetelnie i zgodnie z zawartą umową” nie można wysnuć wniosku, że odnosi się tylko do jednego zamówienia.

Powyższa okoliczność znalazła potwierdzenie w dodatkowej informacji, które zamawiający uzyskał od zamawiającego – Miasta Krasnystaw – pismo z 10 stycznia 2025 r., w której ww. zamawiający potwierdził, że w 2022 r., zgodnie z umową Nr ZP 05/02/20022 z dnia 31.05.2022 r. usłudze konserwacji infrastruktury oświetleniowej podlegało 2334 szt. punktów świetlnych - ww. usługa była wykonywana należycie, w 2024 r. zgodnie z umową Nr ZP 01/02/2024 z dnia 05.01.2024 r. co miesięcznej usłudze konserwacji infrastruktury oświetleniowej przez cały okres obowiązywania umowy (12 miesięcy) podlegało 2349 punktów świetlnych - ww. usługa była wykonywana należycie.

Wobec powyższego odwołanie we wskazanym powyższej zakresie podlegało oddaleniu.

Izba uwzględniła zarzut ewentualny sformułowany w punkcie 1 odwołania, mając na uwadze brzmienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt VI.1.4) a) SWZ:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

- o udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej dwa (2) zamówienia, obejmujące dostawę

z montażem lub konserwację co najmniej 600 szt. opraw oświetlenia drogowego, ulicznego lub opraw parkowych wykonanych w technologii LED.

Przystępujący złożył wykaz wykonanych zamówień, w którym wskazał, że wykonał konserwację infrastruktury oświetleniowej oświetlenia drogowego w mieście Krasnystaw

o wartości 95.183,55 zł i okres wykonania: 01.06.2022 do 31.12.2024 roku oraz konserwację infrastruktury oświetleniowej oświetlenia drogowego w mieście Krasnystaw, ilość punktów świetlnych: 2349 w mieście Krasnystaw o wartości 162.360,00 zł i okres wykonania: 05.01.2024 do 31.12.2024 roku.

Przystępujący nie wskazał jednak, że zamówienia, obejmowały dostawę z montażem lub konserwację co najmniej 600 szt. opraw oświetlenia drogowego, ulicznego lub opraw parkowych wykonanych w technologii LED.

Powyższa okoliczność nie wynikała również z przedstawionych przez przystępującego umów

(w których jest mowa o punktach świetlnych zmodernizowanego oraz niezmodernizowanego oświetlenia ulicznego) ani faktur.

Zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w wierszu pierwszym wykazu, natomiast nie wzywał przystępującego do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego – wykazu dostaw, którego wzór stanowił Załącznik nr

9 do SWZ poprzez wskazanie, że co najmniej 600 szt. opraw oświetlenia drogowego, ulicznego lub opraw parkowych zostało wykonanych w technologii LED.

Izba miała na uwadze także istotną dla rozpoznania zarzutu z pkt 1 odwołania okoliczność, iż zamawiający był przekonany, jak wynikało z odpowiedzi na odwołanie oraz stanowiska prezentowanego na rozprawie, że wymaganie wbrew treści warunku udziału w postępowaniu z pkt VI.1.4) a) SWZ nie obejmowało konieczności wskazania ilości opraw wykonanych

w technologii LED. Wobec powyższego konsekwentnie pomijał powyższą okoliczność

w wezwaniach kierowanych do przystępującego.

Izba wskazuje, że miała na uwadze fakt, iż co do zasady, wezwanie do uzupełnienia dokumentu podmiotowego środka dowodowego może być dokonywane tylko raz, jednak jednokrotność wezwania dotyczy tego samego braku lub błędu podmiotowego środka dowodowego.

W ocenie Izby, aspekt dotyczący konieczności wskazania ilości opraw wykonanych

w technologii LED w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu został przez zamawiającego pominięty w odniesieniu do obu dostaw wskazanych przez przystępującego.

W związku z powyższym Izba uznała zarzut ewentualny z pkt 1 odwołania za zasadny i nakazała zamawiającemu nakazuje zamawiającemu wezwanie, na podstawie art. 128 ust.

1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych – wykazu dostaw, stosownie do warunku udziału określonego w pkt VI.1.4a) SWZ wraz z dowodami.

W zakresie zarzutu nr 2 oraz nr 3 odwołania, Izba wzięła pod uwagę następujące okoliczności:

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

Stosownie do art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to

w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Odpowiednio do przepisu art. 107 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Izba stwierdziła, że wezwania z 18 października 2024 r. skierowane odpowiednio do przystępującego oraz wykonawcy Ecoel nie były precyzyjne. Nosiły tytuł: „Wezwanie do wyjaśnienia i uzupełnienia treści oferty”. Jako podstawę wezwania zamawiający wskazał przepis art. 107 ust. 4 ustawy Pzp, natomiast z treści wezwania wynikało, że zamawiający zwrócił się do wykonawców z wezwaniem do uzupełnienia bądź złożenia wyjaśnień dotyczących przedmiotowych środków dowodowych.

W ocenie Izby, sformułowanie: „uzupełnienie bądź złożenie wyjaśnień dotyczących przedmiotowych środków dowodowych” było na tyle nieprecyzyjne, że mogło wywołać

u wykonawców przekonanie, że samo tylko złożenie wyjaśnień dotyczących przedmiotowych środków dowodowych zadośćuczyniłoby wezwaniu zamawiającego.

W ocenie Izby, wobec powyższych okoliczności nie można uznać, że oferta wykonawcy, który nie uzupełnił przedmiotowego środka dowodowego mogła podlegać odrzuceniu.

Dopiero treść kolejne wezwanie – wezwanie zamawiającego z 18 grudnia 2024 r. nie budziła wątpliwości. Zamawiający wskazał w wezwaniu przepis art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, a z jego treści wynikało, że wykonawca zobowiązany jest złożyć/uzupełnić przedmiotowe środki dowodowe, które nie zostały uprzednio podpisane.

Wobec powyższego, zarzut nr 2 oraz 3 odwołania podlegał oddaleniu.

Izba wskazuje, że oddalenie zarzutu nr 3 odwołania, w zakresie w jakim dotyczyło zaniechania zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Ecoel z uwagi na fakt, iż wykonawca złożył przedmiotowe środki dowodowe (Tabela nr 2a), które nie potwierdzały wszystkich parametrów wymaganych przez zamawiającego, podlegało oddaleniu ze względu na wskazane poniżej okoliczności.

Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu nr 3 odwołania wskazał jedynie, że wykonawca Ekoel – w odpowiedzi na ponowne (nieuprawnione) wezwanie zamawiającego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych z 18 grudnia 2024 roku - ponownie złożył wskazane w Tabeli 2a dokumenty, które jednak nie potwierdzają parametrów oferowanego sprzętu w zakresie dotyczącym niżej wymienionych parametrów opisanych w załączniku nr 1 do SWZ i wyjaśnieniach do SWZ:

- Oprawa wykonana w technologii LED, bryła fotometryczna kształtowana za pomocą płaskiej wielosoczewkowej matrycy LED. Każda z soczewek matrycy emituje taką samą krzywą światłości, a całkowity strumień oprawy jest sumą strumieni poszczególnych soczewek.
- Redukcja mocy (strumienia) musi odbywać się w sposób płynny przez zmniejszenie strumienia świetlnego wszystkich źródeł LED jednocześnie a nie przez wyłączenie poszczególnych paneli LED w jednej oprawie.
- Układ zasilający musi być wyposażony w funkcję umożliwiającą utrzymanie strumienia świetlnego na stałym poziomie.
- Oprawa musi posiadać Deklarację Środowiskową Produktu typu III (EPD) opartą na normie EN 15804+A2.

Odwołujący nie sprecyzował podniesionych w tym zarzucie okoliczności, w taki sposób aby możliwe było rozpoznanie odwołania w powyższym zakresie.

Odwołujący nie przyporządkował odpowiednich dokumentów z Tabeli 2a do parametrów, które w jego ocenie nie spełniały wymienionych w zarzucie parametrów.

Odwołujący dopiero w piśmie z 3 lutego 2025 r. oraz na rozprawie wskazywał na okoliczności uzasadniające zarzut odwołania.

Izba miała na uwadze, że zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, to odwołanie powinno zawierać wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Ogólne lub nieprecyzyjne okoliczności nie tworzą prawidłowego zarzutu.

Wobec powyższego zarzut nr 3 odwołania w powyższym zakresie podlegał oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła, na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepis § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 oraz pkt 2 lit

b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437 ze zm.) i stosunkowo je rozdzieliła pomiędzy odwołującym i zamawiającym, mając na uwadze liczbę zarzutów, które zostały uwzględnione przez Izbę (1) oraz oddalone (3) oraz wagę zarzutów dla rozstrzygnięcia odwołania.

Izba nie zasądziła zwrotu kosztów postępowania odwoławczego na rzecz przystępującego, pomimo jego wniosku, gdyż przepisy 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 nie przewidują zwrotu kosztów na rzecz przystępującego, który nie złożył w postępowaniu sprzeciwu.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....