

**WYROK**

Warszawa, 11 kwietnia 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 marca 2025 r. przez odwołującego: Light On spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Sanok z siedzibą w Sanoku

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: Europol Energo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Korczynie

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

1.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp oferty Przystępującego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Korczynie.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, 338 zł 00 gr (trzysta trzydzieści osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszt dojazdu pełnomocnika odwołującego na rozprawę oraz 17 zł 00 gr (siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

3. Zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego 13 955 zł 00 gr (trzynaście tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt pięć złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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 .....

**Uzasadnienie**

Gmina Sanok z siedzibą w Sanoku (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r.

- Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp) postępowanie

w trybie podstawowym pn. „Poprawa infrastruktury oświetleniowej na terenie Gminy Sanok” (numer referencyjny: GKI.271.15.2024), zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 6 września 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00487920/01.

24 marca 2025 r. wykonawca Light On spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Europol Energo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Korczynie (dalej: Przystępujący), podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 6 ust. 6.1

pkt 6.1.4. podpunkt 1 SWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2.powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Przystępującego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m. in.:

Przystępujący do oferty dołączył zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, tj. Europol spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: Europol sp. z o.o.), przy czym podmiot ten zobowiązał się do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia przez udostępnienie wiedzy i doświadczenia przez nadzór i koordynację prac.

24 grudnia 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej. Po wniesieniu odwołania przez Odwołującego (zarzut naruszenia art. 122 Pzp w związku z art. 119 Pzp w związku z art. 118 ust. 2 Pzp) Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu (bez sprzeciwu ze strony Przystępującego).

28 lutego 2025 r. Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie do wykazania,

że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że podmiot trzeci, który udostępnia swoje doświadczenie, powinien wykonać te roboty budowlane

lub usługi, do realizacji których to doświadczenie jest wymagane. Oznacza to, że podmiot udostępniający zasoby w postaci doświadczenia powinien faktycznie zrealizować te prace, które są objęte warunkiem doświadczenia.

Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że wzywa Przystępującego do wykazania samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie wezwał natomiast

do poprawienia zobowiązania do udostępnienia zasobów, gdyż w wyniku takiego wezwania doszłoby do naruszenia art. 123 Pzp.

Przystępujący odpowiedział na wezwanie 5 marca 2025 r. oświadczył, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, określone w pkt 6.1.4. ppkt 1 SWZ. Złożył też wykaz zamówień, w którym wykazał, że wykonał:

- 1)w terminie od dnia 18.06.2024 r. do dnia 29.08.2024 r. dostawę i montaż 143 szt. Punktów oświetleniowych na rzecz Gminy Miasto Krosno, 38-400 Krosno, ul. Lwowska 28a w ramach zadania pn. „Wymiana opraw oświetleniowych na terenie Gminy Miasto Krosno” – Dostawa i montaż urządzeń;
- 2)w terminie od dnia 03.06.2024 r. do 30.08.2024 r. dostawę i montaż 273 szt. Punktów oświetleniowych na rzecz Gminy Wielopole Skrzyńskie w ramach zadania pn. Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Wielopole Skrzyńskie”, wraz z dowodami określającymi, że ww. dostawy i montaż zostały wykonane należycie, w postaci protokołu odbioru częściowego oraz listu referencyjnego; Przystępujący podkreślił, że wszystkie ww. dostarczone i zamontowane punkty oświetleniowe sukcesywnie każdego dnia po ich wymianie były oddawane do użytku i eksploatowane przez Gminę.

Ponadto Przystępujący wskazał, że nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (co należy rozumieć nie wcześniej niż przed 26.09.2019 r.) ale już po terminie składaniu ofert wykonał dodatkowe dostawy wraz z montażem:

- 1)w terminie od dnia 29.08.2024 do dnia 17.12.2024 r. dostawę i montaż 221 szt. Punktów oświetleniowych na rzecz Gminy Masto Krosno, 38-400 Krosno, ul. Lwowska 28a w ramach zadania pn. „Wymiana opraw oświetleniowych na terenie Gminy Miasto Krosno” – Dostawa i montaż urządzeń.
- 2)w terminie od dnia 30.08.2024 do dnia 08.11.2024 r. dostawę i montaż 88 szt. Punktów oświetleniowych na rzecz Gminy Wielopole Skrzyńskie w ramach zadania pn. Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Wielopole Skrzyńskie”;

Ponadto Przystępujący złożył „Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia” pochodzące od Europol sp. z o.o. Uzupełnione zobowiązanie nie rozszerzało zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu. Zarówno w zobowiązaniu wniesionym wraz z ofertą, jak również w uzupełnionym wraz z niniejszym pismem zobowiązaniu nie zmienił się zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu tj. wiedza i doświadczenie w zakresie wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert zadania polegającego na dostawie i montażu minimum 250 sztuk punktów oświetleniowych.

Zmiana w treści Zobowiązania dotyczy jedynie dookreślenia udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego, w którym podmiot udostępniający dookreśla,

że będzie wykonywał zamówienie w ramach podwykonawstwa.

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie podjął więc dwie równoległe próby:

- 1)Próbie wykazania, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu.
- 2)Próbie poprawy zobowiązania do udostępnienia zasobów.

Odnosnie pozycji zrealizowanej rzecz Gminy Miasto Krosno Odwołujący wskazał, że wystarczy podnieść, że sam Przystępujący w piśmie z wyjaśnieniami przyznał, że do upływu terminu składania ofert wykonał dostawę i montaż zaledwie 143 sztuk punktów oświetleniowych. Natomiast dostawa i montaż pozostałych punktów świetlnych miała miejsce już po upływie terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu. Warunek udziału

w postępowaniu odnosił się natomiast do 250 sztuk punktów oświetleniowych, przez co w sposób oczywisty Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odnosnie pozycji zrealizowanej na rzecz Gminy Wielopole Skrzyńskie - postępowanie o udzielenie zamówienia, którego dotyczy niniejsze odwołanie, zostało sklasyfikowane jako roboty budowlane (nie zostało sklasyfikowane jako dostawy). Zamawiający określając w SWZ wykaz podmiotowych środków dowodowych wymagał przedstawienia wykazu robót budowlanych (a nie wykazu dostaw). Również wcześniejsze przedsięwzięcie zrealizowane przez Przystępującego na rzecz Gminy Wielopole Skrzyńskie to były roboty budowlane (a nie dostawy). W związku z tym na gruncie rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej: rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych) zastosowanie znajdzie

§ 9 ust. 1 pkt 1: „W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału

w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych:

wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty”.

Przepis ten został wiernie przepisany przez Zamawiającego w treści SWZ (rozdział 8 ust. 8.3. pkt 8.3.1. lit. a SWZ).

Natomiast zastosowania nie znajdzie § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych dotyczący wyłącznie dostaw i usług: „wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, 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 lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy”.

Z powyższego wynika więc jednoznacznie, że na gruncie rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych w stosunku do robót budowlanych pod uwagę należy wziąć wyłącznie roboty wykonane (czyli zakończone).

W przypadku przywoływanego przez Przystępującego zamówienia Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Wielopole Skrzyńskie, wykonanej na rzecz Gminy Wielopole Skrzyńskie zostało ono zakończone 8 listopada 2024 r. Wynika to wprost z referencji przedstawionych przez tego wykonawcę. Tymczasem termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu upłynął 26 września 2024 r. Oznacza to, że zamówienie, na które powołał

się Przystępujący, zostało zakończone już po upływie terminu składania ofert. Tymczasem warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień upływu terminu składania ofert. Nie jest dopuszczalne powoływanie się na część wykonanej roboty budowlanej, gdyż zgodnie z rozporządzeniem w sprawie podmiotowych środków dowodowych pod uwagę bierzemy wyłącznie zakończone roboty budowlane (nie jest dopuszczalne branie pod uwagę świadczeń powtarzających się lub ciągłych tak jak w przypadku dostaw i usług).

Odwołujący podkreślił, że realizacja zamówienia na rzecz Gminy Wielopole Skrzyńskie miała charakter łączny. W projekcie umowy nie przewidziano odbiorów częściowych poszczególnych punktów oświetleniowych, lecz wyłącznie jeden odbiór końcowy. Projekt umowy nie przewidywał również płatności częściowych – zamawiający miał zapłacić 5% zaliczki, a reszta należności zostanie uregulowana na sam koniec po dokonaniu odbioru. Tym samym przedmiot zamówienia był traktowany w sposób łączny i nie został w żaden sposób podzielony na etapy, które mogłyby stanowić

przedmiot wyodrębnienia, więc zamówienie zrealizowane na rzecz Gminy Wielopole Skrzyńskie nie może być brane pod uwagę w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W konsekwencji Przystępujący nie wykazał, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu.

4 kwietnia 2025 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego i wskazał m. in.:

Izba wielokrotnie zwracała uwagę na fakt, że możliwe jest wykazanie się doświadczeniem związanych z wykonaniem robót budowlanych niezakończonych w dacie składania ofert o ile odebrane częściowo przez inwestora roboty budowlane potwierdzają, że wykonawca posiada doświadczenie w zakresie określonym w opisie oceny spełniania przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu dotyczącym doświadczenia wykonawcy. Literalna treść warunku udziału w postępowaniu wymaga potwierdzenia doświadczenia polegającego

na zrealizowaniu w okresie 5 lat poprzedzających termin składania ofert dostawy i montażu minimum 250 szt. punktów oświetleniowych (przez punkt oświetleniowy Zamawiający rozumie oprawę oświetleniową). Co więcej, Zamawiający wskazał, że „Wykonawcy mogą się wykazać ww. doświadczeniem zarówno, gdy zrealizowali wymagane zadanie w formie robót budowlanych, jak i dostaw z montażem”. Warunek nie wskazuje na obowiązek wykazania się doświadczeniem polegającym na wykonaniu roboty budowlanej, a na zrealizowaniu dostaw i montażu 250 szt. punktów oświetleniowych. Co więcej, warunek nie wskazuje również, aby Zamawiający ograniczył możliwość wykazania jego spełnienia poprzez odniesienie do jednego zamówienia/umowy.

Powyższe oznacza, że jedyną okolicznością, do weryfikacji której uprawniony jest Zamawiający jest fakt dostarczenia i zamontowania przed 26 września 2024 r. (termin składania ofert) min. 250 szt. opraw oświetleniowych.

Ze złożonego na wezwanie wykazu wynika jednoznacznie, że do wskazanej daty, Przystępujący zrealizował należycie (co potwierdzają protokoły odbioru częściowego) dostawę i montaż następującej ilości punktów oświetleniowych:

- 143 szt. punktów oświetleniowych na rzecz Gminy Miasto Krosno,
- 273 szt. punktów oświetleniowych na rzecz Gminy Wielopole Skrzyńskie. Łącznie jest to 416 szt. opraw oświetleniowych, a więc znacznie powyżej wymaganego minimum określonego warunkiem. Co ważne, dostarczone i zamontowane oprawy od razu podlegały uruchomieniu i eksploatacji przez inwestora.

Z listu referencyjnego wystawionego przez Gminę Wielopole Skrzyńskie jak również

z protokołu odbioru częściowego Gminy Miasto Krosno jednoznacznie wynika,

że Przystępujący przedmiotowe dostawy zrealizował, a realizacja ta była zgodna z umową.

Odwołujący konstruując treść odwołania wykracza poza treść dokumentów zamówienia, interpretując swobodnie sformułowany warunek udziału w postępowaniu twierdząc, że dotyczy tylko robót zakończonych, gdzie nie wynika to w żaden sposób z jego treści. Tezy tej nie wspiera także odniesienie do treści rozporządzenia, o którym mowa w pkt 31 odwołania.

Po pierwsze, to nie podmiotowy środek dowodowy określa treść warunku udziału

w postępowaniu. Po drugie, zwrot „robót budowlanych wykonanych” wcale nie przesądza

o tym, że w wykazie takim nie mogą zostać wskazane roboty wykonane, będące częścią większego zamierzenia. Dla przykładu, gdyby przedmiotem inwestycji była budowa zespołu odrębnych od siebie budynków, oddawanych odrębnie do użytkowania, to teza o braku możliwości wskazania jednego z takich budynków dla wykazania posiadanego doświadczenia byłaby pozbawiona jakiegokolwiek sensu. W ocenie Zamawiającego bez znaczenia pozostaje także argumentacja Odwołującego nawiązująca do treści umowy zawartej pomiędzy Przystępującym a Gminą Wielopole Skrzyńskie. Faktem istotnym jest to, czy Przystępujący dostarczył i zamontował należycie określoną ilość opraw, a nie to czy Gmina Wielopole Skrzyńskie przewidziała w umowie odbiory częściowe i odrębne wynagrodzenie. Odwołujący nie kwestionuje ani treści referencji wystawionych przez tę Gminę ani tego, że Przystępujący określone świadczenie zrealizował.

Zadaniem warunku udziału w postępowaniu jest weryfikacja minimalnych zdolności

do wykonania oczekiwanego przez Zamawiającego świadczenia. Cel ten został w pełni osiągnięty w niniejszym postępowaniu. Argumenty przeciwne są oderwane od tegoż celu

jak i logiki. Jednocześnie należy pamiętać, że treść warunków udziału w postępowaniu musi być interpretowana zgodnie z ich literalnym brzmieniem, gdyż determinuje prawo uczestniczenia w postępowaniu. Dokonywanie interpretacji, która odbiega od tej treści jest nieuprawnione. Izba wielokrotnie wskazywała, że istniejące wątpliwości w dokumentach zamówienia należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy, co jest kolejnym argumentem

za potwierdzeniem zgodności działań Zamawiającego z prawem i ustalonym orzecznictwem (KIO 2249/22, KIO 2250/22,

KIO 2429/24).

W zakresie samego uzupełnienia zobowiązania Zamawiający wyjaśnia, że działanie to pozostaje bez znaczenia dla oceny tego, czy Przystępujący potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Skoro bowiem Przystępujący przedstawił podmiotowe środki dowodowe potwierdzające, że przed terminem składania ofert dostarczył i zamontował ponad 250 szt. opraw oświetleniowych, to okoliczność ewentualnego udziału w realizacji umowy innego podmiotu, jak również zakresu jego świadczeń nie ma znaczenia. Sytuację można porównać do wskazania podwykonawcy, na którego zasoby Przystępujący się nie powołuje wykazując samodzielnie posiadane doświadczenie. Ocena tego, czy podwykonawca taki posiada doświadczenie czy nie, pozostaje poza wpływem na ocenę podmiotową samego wykonawcy, który na jego udział się powołuje. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera tu ograniczeń (poza kwestią 100 % podwykonawstwa) mających wpływ na dokonaną przez Zamawiającego ocenę.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu i pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

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

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem oferty Przystępującego oraz korespondencji między Przystępującym i Zamawiającym w zakresie dotyczącym podmiotowych środków dowodowych.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała zarzuty odwołania, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

W zakresie istotnych dla rozstrzygnięcia postanowień SWZ przytoczyć należy:

Rozdział 6 ust. 6.1. pkt 6.1.4. podpunkt 1 SWZ: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (...) zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie:

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku:

Wykonawca winien wykazać, że wykonał należycie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: dostawę i montaż minimum 250 szt. punktów oświetleniowych (przez punkt oświetleniowy Zamawiający rozumie oprawę oświetleniową)”.  
Podmiotowe środki dowodowe, za pomocą których wykonawca miał wykazać spełnienie tego warunku, zostały określone w rozdziale 8 ust. 8.3. pkt 8.3.1. lit. a SWZ:

„Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie (nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania) następujących podmiotowych środków dowodowych (aktualnych na dzień złożenia): (...)

W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu:

wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów,

na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających,

czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów –inne odpowiednie dokumenty zgodnie z Załącznikiem

na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających,

czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów –inne odpowiednie dokumenty zgodnie z Załącznikiem

Nr 6 do SWZ – w odniesieniu do warunku określonego w pkt. 6.1.4. ppkt 1) SWZ”.

W rozdziale 9 SWZ Zamawiający przewidział następujące postanowienia dotyczące zagadnienia polegania na zasobach innych podmiotów:

„9.1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

Wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby lub inny środek dowodowy, o którym mowa w pkt 9.4 SWZ potwierdza, że stosunek łączący Wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

- 1) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
- 2) sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
- 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Zamawiający oceni, czy udostępniane Wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu a także zbada, czy nie zachodzą, wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem Wykonawcy.

Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą, wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, Zamawiający zażąda, aby Wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w pkt 8.1 SWZ także oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby wg wymogów Załącznika Nr 4a do SWZ.

Zamawiający nie żąda wskazania przez Wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, którzy nie są podmiotami udostępniającymi zasoby oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców.

W przypadku zamówień na roboty budowlane oraz usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi Zamawiającego, Zamawiający będzie żądał, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia Wykonawca podał nazwy, dane kontaktowe oraz przedstawicieli, podwykonawców zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi, jeżeli są już znani.

Wykonawca będzie zobowiązany do zawiadamiania Zamawiającego o wszelkich zmianach w odniesieniu do informacji, o których mowa w pkt 9.1 SWZ, w trakcie realizacji zamówienia, a także przekazać wymagane informacje na temat nowych podwykonawców, którym

w późniejszym okresie zamierza powierzyć realizację robót budowlanych lub usług”.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, Izba uznała, że spór sprowadza się do oceny tego, czy zadania na które powołał się Przystępujący były wystarczające dla uznania,

że Przystępujący wykazał samodzielne spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający potwierdził w toku rozprawy, że w ogóle nie oceniał doświadczenia podmiotu trzeciego, na którego potencjał powołał się Przystępujący.

Tym samym nie było przedmiotem oceny Izby to, czy Przystępujący miał prawo uzupełnić czy poprawić informacje o doświadczeniu podmiotu trzeciego i zakresie udostępnienia potencjału na przez Przystępującego. Zamawiający oceniał zatem następujące zamówienia zrealizowane przez Przystępującego wskazane w odpowiedzi na wezwanie z art. 122 Pzp z 28 lutego 2025 r.

W piśmie tym Przystępujący wskazał:

„(...) w załączeniu przesyłam wykaz zamówień, w którym wykazuje, że Europeł Energo

Sp. z o. o. wykonał:

- 1) w terminie od dnia 18.06.2024 r. do dnia 29.08.2024 r. dostawę i montaż 143 szt. punktów oświetleniowych na

rzecz Gminy Miasto Krosno, 38-400 Krosno, ul. Lwowska 28a w ramach zadania pn. „Wymiana opraw oświetleniowych na terenie Gminy Miasto Krosno” – Dostawa i montaż urządzeń;

2)w terminie od dnia 03.06.2024 r. do 30.08.2024 r. dostawę i montaż 273 szt. punktów oświetleniowych na rzecz Gminy Wielopole Skrzyńskie w ramach zadania

pn. Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Wielopole Skrzyńskie”,

wraz z dowodami określającymi, że ww. dostawy i montaż zostały wykonane należyście,

w postaci protokołu odbioru częściowego oraz listu referencyjnego. W tym miejscu wskazujemy, że wszystkie ww. dostarczone i zamontowane punkty oświetleniowe sukcesywnie każdego dnia po ich wymianie były oddawane do użytku i eksploatowane przez Gminę”.

W oparciu o dowody zgromadzone w sprawie Izba ustaliła:

1.Dostawa i montaż na rzecz Gminy Krosno

Na potwierdzenie należytej realizacji zadania Przystępujący złożył:

1)Protokół odbioru robót - częściowy z 29 sierpnia 2024 r. Protokół potwierdził realizację dostaw i montażu 143 opraw oświetleniowych w terminie do 29 sierpnia 2024 r.

2)Protokół odbioru końcowy z 20 grudnia 2024 r. Protokół potwierdził należyłą realizację przedmiotu zamówienia, w tym dostawę i montaż 364 szt. opraw oświetleniowych (według wykazu robót).

W toku postępowania odwoławczego Odwołujący złożył dowody na potwierdzenie swojego stanowiska, przy czym dowody dotyczące umowy Przystępującego z Gminą Krosno potwierdziły realizację dostawy i montażu 143 opraw oświetleniowych.

Tym samym Izba uznała za niesporny fakt tej realizacji w terminie składania ofert.

2.Dostawa i montaż na rzecz Gminy Wielopole Skrzyńskie

Na potwierdzenie należytej realizacji zadania Przystępujący złożył:

1)List referencyjny z 4 marca 2025 r. o następującej treści:

„Gmina Wielopole Skrzyńskie z siedzibą w Wielopolu Skrzyńskim 200, 39-110 Wielopole Skrzyńskie, ma przyjemność potwierdzić, iż firma EUROPEL ENERGO

Sp. z o.o. z siedzibą w Korczynie, ul. Spółdzielcza 4, 38-420 Korczyn była wykonawcą robót w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Wielopole Skrzyńskie” objętych Umową nr RRz.272.16.2024 z dnia 03.06.2024 r. oraz Aneksem nr 1 z dnia 31.10.2024 r.

Zakres przedmiotowego zadania obejmował dostawę wraz z wymianą 361 sztuk opraw oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Wielopole Skrzyńskie o wartości 532 886,00 zł brutto.

Zgodnie z zawartą umową w terminie od 03.06.2024 do 30.08.2024 firma

EUROPEL ENERGO Sp. z o.o. dostarczyła i wymieniła 273 oprawy oświetlenia ulicznego, natomiast pozostałe 88 sztuk zgodnie z protokołem konieczności z dnia 02.09.2024 r. oraz aneksem nr. 1 do Umowy w terminie do 08.11.2024 r.”.

List referencyjny podpisał pan Ł.D., zastępca wójta Gminy Wielopole Skrzyńskie.

W toku postępowania odwoławczego Odwołujący złożył dowody na potwierdzenie swojego stanowiska, w tym między innymi:

A.Pismo Gminy Wielopole Skrzyńskie (odpowiedź na wniosek o udzielenie informacji publicznej) o treści:

„W odpowiedzi na pismo z dnia 24.03.2025 r. w sprawie udzielenia informacji publicznej dotyczącej wykonania zamówienia pn.: Modernizacji oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Wielopole Skrzyńskie, Gmina Wielopole Skrzyńskie w załączeniu przesyła:

1)Skan umowy z wykonawcą robót Europeł Energo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z/s w Korczynie wraz z aneksem nr 1 do umowy,

2)Skany protokołów odbioru,

3)W zakresie procesu realizacji inwestycji podają:

a)Realizacja inwestycji została zakończona w dniu 08.11.2024 r.,

b)Podczas realizacji inwestycji nie dochodziło do odbiorów częściowych

c)Podczas realizacji umowy nie dochodziło do płatności częściowych.

d)Realizacja inwestycji nastąpiła w sposób należyty”.

Pismo podpisał pan Ł.D., zastępca wójta Gminy Wielopole Skrzyńskie.

B.Protokół odbioru końcowego z 21 listopada 2024 r. potwierdzający zakończenie realizacji zadania i jego odbiór.

Pismo zostało podpisane przez siedem osób,

w tym pana Ł.D.

C.Protokół odbioru końcowego – roboty dodatkowe, z 21 listopada 2024 r. potwierdzający zakończenie realizacji

zadania w zakresie wynikającym z Aneksu nr 1 do Umowy i jego odbiór. Pismo zostało podpisane przez siedem osób, w tym pana Ł.D.

Biorąc pod uwagę treść warunku udziału w postępowaniu, będącego podstawą postępowania odwoławczego, Izba uznała, że wykonawcy mogli powoływać się wyłącznie na zadania, które do upływu terminu składania ofert zostały zakończone. Dopuszczalne przy tym było powołanie się na realizację części zamówienia, pod warunkiem, że do upływu terminu składania ofert

ta część została odebrana przez inwestora.

Na podstawie wymienionych dowodów Izba ustaliła, że nie ulega wątpliwości, że zakończenie realizacji zadania na rzecz Gminy Wielopole Skrzyńskie nastąpiło nie 30 sierpnia 2024 r.,

a 21 listopada 2024 r. Umowa nie zawierała postanowień o odbiorach częściowych, ponadto zastępca wójta, którego podpis figuruje na kilku najważniejszych dokumentach dotyczących realizacji zadania, w odpowiedzi na pytania Odwołującego wprost przyznał okoliczności zgodne z pozostałymi dokumentami, przede wszystkim protokołem odbioru końcowego.

Wobec powyższego Izba uznała, że Odwołujący udowodnił, że treść referencji nie odpowiada stanowi faktycznemu w zakresie zakończenia realizacji zadania na rzecz Gminy Wielopole Skrzyńskie. Umowa nie przewidywała żadnych odbiorów częściowych, stąd Izba uznała, że doszło do jednego odbioru zrealizowanych robót, a w konsekwencji uznała za udowodnione, że zakończenie zadania nastąpiło po upływie terminu składania ofert

– 21 listopada 2024 r. Termin składania ofert w postępowaniu to 23 września 2024 r., więc Przystępujący wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie mógł powołać się skutecznie na realizację umowy na rzecz Wielopola Skrzyńskiego.

W konsekwencji Izba uznała, że do upływu terminu składania ofert w postępowaniu Przystępujący zrealizował dostawę i montaż 143 opraw oświetleniowych, zamiast wymaganego minimum – 250 opraw. Co za tym idzie, Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 6 ust. 6.1 pkt 6.1.4 ppkt 1 SWZ, zatem jego oferta podlegała odrzuceniu z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2

lit. b Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy

na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Przewodniczący .....