

WYROK

Warszawa, dnia 11 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Osiecka-Baran

Protokolantka:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2025 r. przez wykonawcę - **M.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ECO ENERGY POLAND M.S. z siedzibą w Cieszynie** postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji - działający w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Radomia**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy - **S.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ELEKTRO - PROJEKT S.S. z siedzibą w Rybniku**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Odwolującego** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy)** uiszczoną przez **Odwolującego**, tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.**

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt KIO 1151/25

Uzasadnienie

Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji - działający w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Radomia dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. *Wykonanie inwentaryzacji i audytu oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Miasta Radomia* Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 lutego 2025 r. pod numerem 2025/BZP 00104859.

W dniu 26 marca 2025 r. wykonawca M.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ECO ENERGY POLAND M.S. z siedzibą w Cieszynie, dalej „Odwolujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez przyznanie punktów za doświadczenia audytora, w sytuacji kiedy wykonawca podał nieprawdziwe informacje dotyczące doświadczenia osoby wskazanej jako audytor i tym samym nie powinien otrzymać maksymalnej liczby punktów w kryterium pn. kwalifikacje i doświadczenie zawodowe osoby wyznaczonej na stanowisko audytora efektywności energetycznej instalacji oświetlenia;

2) art. 226 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp przez nieodrzućenie oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na tym, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje dotyczące doświadczenia osoby wskazanej jako audytor celem uzyskania zamówienia;

3) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ze względu na wybór oferty, która podlega odrzuceniu.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, przyznania wykonawcy ELEKTRO - PROJEKT S.S. prawidłowej liczby punktów, ewentualne odrzucenia oferty wykonawcy ELEKTRO - PROJEKT S.S., ponownej czynności badania i ocen ofert w postępowaniu oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca S.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ELEKTRO - PROJEKT S.S. z siedzibą w Rybniku, dak „Przystępujący”.

Pismem z dnia 7 kwietnia 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania, wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący złożył również pismo procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania dokumentację postępowania, w szczególności: postanowienia specyfikacji warunków zamówienia, ofertę Przystępującego, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 9 kwietnia 2025 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie inwentaryzacji i audytu oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Miasta Radomia.

Zamawiający wskazał jako jedno z kryteriów oceny ofert *kwalifikacje i doświadczenie zawodowe osoby wyznaczonej na stanowisko audytora efektywności energetycznej instalacji oświetlenia – 40 % (max 40 pkt).*

Zgodnie z rozdziałem XIX specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ” *Ocena kryterium „kwalifikacje i doświadczenie zawodowe osoby wyznaczonej na stanowisko audytora efektywności energetycznej instalacji oświetlenia” - będzie przeprowadzana na podstawie podanej przez Wykonawcę w formularzu Deklaracja Wykonawcy (załącznik nr 1A do SWZ) ilości usług audytu i inwentaryzacji sieci oświetlenia ulicznego, z okresu ostatnich 5 lat licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, wykonanych przez osobę skierowaną do realizacji zamówienia na stanowisko audytora efektywności energetycznej instalacji oświetlenia.*

P(Da) – liczba punktów za kryterium „kwalifikacje i doświadczenie zawodowe osoby wyznaczonej na stanowisko audytora efektywności energetycznej instalacji oświetlenia”

Wykonawca, za wykazaną w formularzu Deklaracja Wykonawcy (załącznik nr 1A do SWZ) ilość wykonanych przez audytora efektywności energetycznej usług audytu i inwentaryzacji sieci oświetlenia ulicznego, z okresu ostatnich 5 lat licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, otrzyma punkty zgodnie z zasadami określonymi poniżej:

- wykonanie 1 usługi audytu wraz z inwentaryzacją sieci oświetlenia ulicznego (potwierdzenie warunku minimalnego) – otrzyma 0 punktów P(Da)*

- wykonanie 2 usług audytu wraz z inwentaryzacją sieci oświetlenia ulicznego (1 na potwierdzenie warunku minimalnego + 1 dodatkowa) – otrzyma 15 punktów P(Da)*

- wykonanie 3 usług audytu wraz z inwentaryzacją sieci oświetlenia ulicznego (1 na potwierdzenie warunku minimalnego + 2 dodatkowe) – otrzyma 30 punktów P(Da)*

- wykonanie 4 i więcej usług audytu wraz z inwentaryzacją sieci oświetlenia ulicznego (1 na potwierdzenie warunku minimalnego + 3 dodatkowe i więcej) – otrzyma 40 punktów P(Da)*

W tym kryterium można uzyskać maksymalnie 40 punktów.

Przystępujący w ofercie, której wzór stanowi załącznik nr 1A do SWZ, jako audytora efektywności energetycznej instalacji oświetlenia wskazał p. D.M. i jego doświadczenie zawodowe, wymieniając cztery usługi, tj.

1. Nazwa usługi (zadania) obejmującej audyt i inwentaryzację sieci oświetlenia ulicznego: Inwentaryzacja i audyt efektywności energetycznej Gminy Stalowa Wola

miejsce realizacji: Stalowa Wola

nazwa podmiotu, dla którego usługa została wykonana: Urząd Gminy Stalowa Wola

pełniona funkcja na ww. zadaniu: Audytor

data odbioru usługi (zadania): 22.12.2023

2. Nazwa usługi (zadania) obejmującej audyt i inwentaryzację sieci oświetlenia ulicznego: Inwentaryzacja i audyt efektywności energetycznej Gminy Osiek

miejsce realizacji: Osiek

nazwa podmiotu, dla którego usługa została wykonana: Urząd Gminy Osiek

pełniona funkcja na ww. zadaniu: Audytor

data odbioru usługi (zadania): 30.12.2022

3. Nazwa usługi (zadania) obejmującej audyt i inwentaryzację sieci oświetlenia ulicznego: Inwentaryzacja i audyt efektywności energetycznej Gminy Przeworsk

miejsce realizacji: Przeworsk

nazwa podmiotu, dla którego usługa została wykonana: Urząd Gminy Przeworsk

pełniona funkcja na ww. zadaniu: Audytor

data odbioru usługi (zadania): 15.04.2023

4. Nazwa usługi (zadania) obejmującej audyt i inwentaryzację sieci oświetlenia ulicznego: Inwentaryzacja i audyt efektywności energetycznej Gminy Krasnystaw

miejsce realizacji: Krasnystaw

nazwa podmiotu, dla którego usługa została wykonana: Urząd Gminy Krasnystaw

pełniona funkcja na ww. zadaniu: Audytor

data odbioru usługi (zadania): 16.12.2022

W dniu 21 marca 2025 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą uznał ofertę Przystępującego, przyznając wykonawcy 40 punktów w powyższym kryterium.

Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności, Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Następnie, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że niezasadny jest zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Odwołujący podnosił, że z uzyskanych informacji wynika, że p. D.M. nie posiada wykazanego w formularzu 1A doświadczenia, tym samym Przystępujący poświadczył nieprawdę w zakresie doświadczenie osoby p. D.M. i nie powinien za wskazane doświadczenie audytora dotyczące Gminy Krasnystaw i Przeworsk otrzymać punktów.

W pierwszej kolejności Odwołujący kwestionował doświadczenie p. D.M. w zakresie usługi realizowanej dla Gminy Przeworsk podnosząc, że zwrócił się w dniu 21 marca 2025 r. do Gminy Przeworsk o udzielenie informacji publicznej czy p. D.M. sporządzał dla Gminy Przeworsk audyt i inwentaryzację oświetlenia ulicznego. W dniu 24 marca 2025 r. uzyskał następującą odpowiedź: *W związku z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej z dnia 21.03.2025 informujemy, iż Gmina Przeworsk nie zlecała wykonania audytu efektywności energetycznej Panu D.M.* Dodatkowo, Odwołujący powołał się na audyt dla Gminy Przeworsk, w treści którego nie ma słowa o tym, że autorem audytu jest p. D.M., a ponadto na ostatniej stronie audytu z Gminy Przeworsk widnieje podpis Przystępującego.

W drugiej kolejności Odwołujący kwestionował doświadczenie p. D.M. w zakresie usługi realizowanej dla Gminy Krasnystaw wskazując, że wystąpił do Gminy Krasnystaw o udzielenie informacji publicznej i w dniu 25 marca 2025 r. otrzymał na tę okoliczność kopię audytu energetycznego oraz oświadczenie dotyczące faktu wykonania audytu, gdzie Gmina Krasnystaw informuje, że *nie realizowała zadania o nazwie jak podano powyżej.* Odwołujący stwierdzał również, że podobnie jak w przypadku Gminy Przeworsk, w treści audytu nie ma słowa o tym, że autorem audytu jest p. D.M.

Odwołujący w treści odwołania nie kwestionował natomiast ani audytu wykonanego dla Gminy Stalowa Wola ani audytu wykonanego dla Gminy Osiek.

Izba na podstawie dokumentacji zamówienia oraz uwzględniając dowody przedłożone w toku postępowania odwoławczego nie podzieliła stanowiska Odwołującego.

W ocenie Izby procedura wykazania podania nieprawdziwych informacji przez wykonawcę powinna być przeprowadzana indywidualnie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pomiędzy wykonawcą, którego dane okoliczności dotyczą, a zamawiającym. W przypadku gdy zamawiający nie poweźmie takiego przekonania, a spór powstanie na etapie postępowania odwoławczego, obowiązek dowiedzenia tych okoliczności w postępowaniu odwoławczym spoczywa na stronach i uczestnikach postępowania, którzy z danych okoliczności wywodzą skutki prawne, zgodnie z zasadą z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, a także z art. 6 Kodeksu cywilnego.

Odwołujący winien zatem dowieść przede wszystkim, że kwestionowana przez niego decyzja Zamawiającego, tj. przyznanie nieprawidłowej liczby punktów wykonawcy jest błędna. Ze swojej strony zaś Zamawiający winien dowodzić, że jest ona uzasadniona. Tymczasem Odwołujący całą swoją argumentację oparł na przeświadczeniu, że brak w treści audytu nazwiska p. D.M. świadczy o braku wykonania przez niego usługi.

Należy przypomnieć, że nieprawdziwe informacje dotyczą zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Odwołujący powinien więc wykazać, że informacje przedstawione przez Przystępującego były niezgodne z rzeczywistością. Tymczasem zgromadzony w sprawie materiał dowodowy w ocenie Izby nie daje dostatecznych podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący podał nieprawdziwe informacje.

Po pierwsze kryterium pozacenowe odnosiło się do doświadczenia osoby skierowanej do realizacji zamówienia, a nie samego wykonawcy, które to doświadczenie było oceniane w ramach warunku udziału w postępowaniu (Rozdział VII pkt 2.4 lit. a). Ocena spełnienia kryteriów, odbywała się zgodnie z treścią SWZ na podstawie oświadczenia Wykonawcy-deklaracji zawierającej wykaz usług.

Po drugie, Przystępujący przedłożył umowy o dzieło wraz z protokołami zdawczo-odbiorczymi, z których wynika, że p. D.M. posiada doświadczenie audytora. Do pisma procesowego Przystępującego załączono następujące umowy:

- a) Umowa o dzieło z dnia 29 sierpnia 2023 r. pomiędzy Przystępującym a p. D.M. wraz z Protokołem Zdawczo-Odbiorczym z dnia 22 grudnia 2023 r. oraz Rachunkiem do umowy o dzieło,
- b) Umowa o dzieło z dnia 14 listopada 2022 r. pomiędzy Przystępującym a p. D.M. wraz z Protokołem Zdawczo-Odbiorczym z dnia 30 grudnia 2022 r. oraz Rachunkiem do umowy o dzieło,
- c) Umowa o dzieło z dnia 15 marca 2023 r. pomiędzy Przystępującym a p. D.M. wraz z Protokołem Zdawczo-Odbiorczym z dnia 15 kwietnia 2023 r. oraz Rachunkiem do umowy o dzieło,
- d) Umowa o dzieło z dnia 5.10.2022 r. pomiędzy Przystępującym a p. D.M. wraz z Protokołem Zdawczo-Odbiorczym z dnia 16.12.2022 r. oraz Rachunkiem do umowy o dzieło.

Treść powyższych umów jest tożsama i wynika z nich, że przedmiotem umowy było świadczeniu usługi audytora, w skład której wchodziło: 1. Przygotowanie audytu: zebranie danych wejściowych, opracowanie planu audytu i harmonogramu prac terenowych, 2. Wizja lokalna i pomiary terenowe: inwentaryzacja fizyczna punktów świetlnych, pomiary natężenia światła, weryfikacja stanu technicznego, 3. Analiza techniczna i energetyczna: opracowanie bilansu energetycznego, weryfikacja zgodności z normami, 4. Opracowanie wariantów modernizacji: symulacje możliwych rozwiązań, obliczenie oszczędności i ROI, 5. Sporządzenie raportu z audytu: opis stanu istniejącego i wariantów modernizacji, prezentacja danych w formie czytelnych tabel i wykresów, rekomendacje końcowe.

Dodatkowo do ww. umów załączono protokoły zdawczo-odbiorcze na okoliczność przekazania audytu. Każdy z protokołów zawierał wykaz przekazanej dokumentacji, tj. Inwentaryzację istniejącego stanu oświetlenia ulicznego na terenie gminy oraz Audyt efektywności energetycznej instalacji oświetlenia ulicznego na terenie gminy.

Dlatego nie sposób zgodzić się z Odwołującym, który twierdził na rozprawie, że przedmiotem ww. umów było jedynie przygotowanie danych wejściowych niezbędnych, by finalnie opracować audyt. Przeczy temu zarówno przekazana protokołem odbioru dokumentacja (inwentaryzacja oraz audyt) oraz zakres przedmiotowy umowy (analiza techniczna i energetyczna, opracowanie wariantów, rekomendacje). Zakres umów przedłożonych przez Przystępującego wskazuje na określone czynności, które zostały wykonane przez p. D.M. i które zakończyły się finalnie przekazaniem dzieła w postaci audytu.

Po trzecie, fakt, że Odwołujący w sposób odmienny oznacza audyt, wpisując oddzielnie osobę nazwaną twórcą, oddzielnie osobę nazwaną audytorem lub autorem, nie świadczy o tym, że nie ma innej możliwości, praktyki, czy sytemu wypracowanego przez strony. Odwołujący nie wskazał żadnej podstawy prawnej, z której wynikałby obowiązek podawania w audytach (będących przedmiotem sporu) zarówno nazwiska twórcy/wykonawcy, jak i nazwiska autora audytu.

Po czwarte, przedłożona korespondencja z Gminą Przeworsk nie oznacza, że zakres audytu nie był realizowany przez p. D.M.. Stwierdzenie, że *Gmina Przeworsk nie zlecała wykonania audytu efektywności energetycznej panu D.M.* oznacza tylko tyle, że p. D.M. nie był zleceniobiorcą. Wykonawcą był, zgodnie z treścią audytu, Przystępujący. Natomiast p. D.M. był podwykonawcą Przystępującego, zgodnie z oświadczeniem Przystępującego oraz przedłożoną umową o dzieło. Należy przypomnieć, że podwykonawca nie jest odrębnym podmiotem realizującym zamówienie, a doświadczenie uzyskiwane przez niego, w związku z realizowanym zamówieniem, należy traktować zarówno jako doświadczenie własne podwykonawcy, jak i doświadczenie wykonawcy.

Po piąte, rzeczywiście Gmina Krasnystaw oświadczyła, że nie realizowała zadania o nazwie podanej przez Przystępującego w ofercie. Dostrzeżenia jednak wymaga fakt, że w dalszej części pisma wskazała, że *Biorąc jednak pod uwagę pozostałe dane zawarte w złożonych wnioskach w tym datę odbioru usługi, domniemano, iż złożone wnioski dot. zadania pn. „Wykonanie usługi audytu efektywności energii elektrycznej oświetlenia ulicznego wraz z inwentaryzacją z wykorzystaniem elementów GIS oraz opracowaniem dokumentacji technicznej na wykonanie modernizacji oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Krasnystaw”Opracowana dokumentacja techniczna przywołana w nazwie powyżej została opracowana przez wykonawcę ELEKTRO - PROJEKT S.S..*

Zgodzić należy się z Odwołującym, że na gruncie oświadczeń w załączniku nr 1A, złożonych przez Przystępującego, istnieją pewne niespójności mogące sugerować, że Przystępujący podał nieprawidłowe informacje dotyczące doświadczenia osoby wskazanej jako audytor, skoro w załączniku nr 1A wskazał niepełną nazwę zadania realizowanego na rzecz Gminy Krasnystaw. Odwołujący jednak wyprowadził, w ocenie Izby, zbyt daleko idący wniosek uznając, że twierdzenia Przystępującego stanowią nieprawdziwe informacje. Podnoszone w odwołaniu niespójności nie są wystarczające do stwierdzenia, że podano nieprawdziwą nazwę zadania.

Izba nie wzięła pod uwagę argumentacji związanej z Gminą Osiek (a tym samym nie dopuściła następujących dowodów złożonych na rozprawie przez Odwołującego: pism z dnia 28 marca 2025 r. z Gminy Osiek – ul. Główna 125, 32-606 Osiek), bowiem stanowiła ona nieuprawnioną próbą rozszerzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu. W żadnym miejscu treści odwołania nie pojawił się zarzut dotyczący usługi realizowanej na rzecz Gminy Osiek. Przypomnieć w tym miejscu należy, że na zarzut składają się bowiem nie tylko przywołanie podstawy prawnej, ale również wszystkich okoliczności faktycznych, z których Odwołujący wywodzi skutki prawne, dlatego też powoływanie na późniejszym etapie postępowania odwoławczego nowych okoliczności faktycznych nie może być przez Izbę brane pod uwagę przy rozpatrywaniu zarzutów odwołania.

W konsekwencji nie potwierdziły się pozostałe zarzuty odwołania, tj. zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na tym, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje dotyczące doświadczenia osoby wskazanej jako audytor celem uzyskania zamówienia oraz przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ze względu na wybór oferty, która podlega odrzuceniu.

Reasumując, skład orzekający doszedł do przekonania, że nie naruszono przepisów wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca:.....