Sygn. akt: KIO 2539/23

WYROK

z dnia 12 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Zarząd Dróg Miasta Krakowa

przy udziale wykonawcy Instal Sool Electric sp. z o.o. z siedzibą w Krakowiezgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2539/23 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od wykonawcy ZUE S.A. z siedzibą w Krakowiena rzecz Zamawiającego: Zarządu Dróg Miasta Krakowa kwotę 3 769 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący……

Sygn. akt: KIO 2539/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: Zarząd Dróg Miasta Krakowa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Utrzymanie, konserwacja i naprawy urządzeń elektroenergetycznych w tunelu KST oraz parkingu podziemnym przy Muzeum Narodowym w latach 2023-2026”, znak postępowania: 13/VII/2023.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26.07.2023 r., pod numerem: 2023/BZP 00326276/01.

W dniu 23 sierpnia 2023r. Zamawiający poinformował Odwołującego: ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Instal Sool Electric sp. z o.o., zwanego dalej Przystępującym.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 28 sierpnia 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnego z przepisami ustawy działania oraz zaniechania podjęcia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do których Zamawiający był zobowiązany, polegających na:

a)wyborze oferty Instal Sool Electric sp. z o.o. (wykonawcy) jako najkorzystniejszej,

b)zaniechaniu wezwania Intel Sool Electric sp. z o.o., w trybie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej PZP lub ustawą Pzp, do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego (wykazu usług stanowiącego załącznik nr 6 wraz z dowodami) celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Części 3 pkt 3 lit. d ppkt. 1 SWZ, a wiec warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w postaci posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia.

c)zaniechaniu wezwania Instal Sool Electric sp. z o.o., w trybie art. 128 ust. 1 PZP, do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego (wykazu osób stanowiącego załącznik nr 7) celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w części 3 punkcie 3 literze d) podpunkcie 2 SWZ, a więc warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Zaskarżonemu działaniu i zaniechaniu zarzucił naruszenie:

1.Artykułu 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP oraz w zw. Częścią 3 pkt. 3 lit. d ppkt. 1 i Częścią 4 pkt. 1 lit. b SWZ przez zaniechanie wezwania wykonawcy Inter Sool Electric sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego – wykazu usług (stanowiącego załącznik nr 6 wraz z dowodami), podczas gdy przedłożony dokument zawiera błędy, gdyż nie potwierdza on spełnienia przez ww. Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Części 3 pkt 3 lit. d, ppkt. 1 SWZ, co wynika z faktu, że:

a)w odniesieniu do pierwszej pozycji w załączniku nr 6 (Konserwacja i obsługa 4 stacji transformatorowych w tunelu KST – umowa zawarta z ZDKM w Krakowie) – wykonawca nie wykazał że spełnił warunek wskazany przez Zamawiającego w Części 3 pkt 3 lit. d podpunkt 1) SWZ polegający na tym że w okresie trzech lat liczonych przed terminem składania oferty wykonawca zrealizował zadanie, za które otrzymał wynagrodzenie w kwocie 100 000,00 zł brutto. Usługa ta była bowiem realizowana od 10.09.2019 r. do 09.09.2020 r. – tj. jedynie część sierpnia i początek września nie wykracza poza przedział czasowy wyznaczony 3 letnim okresem liczonym wstecz od dnia składania ofert tj. do 09.08.2020r., a w związku z tym jedynie dla tego okresu należy ustalić czy Wykonawca uzyskał wynagrodzenie za wykonanie zadania w ramach świadczonych usług co najmniej 100 000,00 zł brutto. Ponadto z uwagi na wprowadzenie w umowie z ZDMK z dnia 10.09.2019 (§6 ust. 2 – umowy dołączonej jako dowód potwierdzający wykonanie należycie wskazanych w wykazie Usług załącznik nr 6 do SWZ)- miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego w wysokości 12 890,40 złotych brutto – nie można uznać, że w sierpniu oraz wrześniu 2020 r. wykonawca wykonał zadanie polegające na konserwacji co najmniej 1 stacji transformatorowej SN w tunelu tramwajowym o wartości zadania 100.000,00 zł brutto. Zadanie to opiewało bowiem na kwotę 13 320,08 zł brutto (22 dni sierpnia 2020 r. oraz 9 dni września 2020 r.) – i to w stosunku do czterech stacji – a nie jednej jak wymaga Zamawiający w SWZ.

Dodatkowo wykonawca – czego wymaga Część 4 pkt. 1 lit. b SWZ – nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, że usługi realizowane na rzecz ZDMK w Krakowie zostały wykonane należycie;

b)w odniesieniu do drugiej pozycji w załączniku nr 6 (Konserwacja i obsługa 4 stacji transformatorowych w tym jedna 2-transformatorowa – umowa zawarta z Akademią Wychowania Fizycznego w Krakowie) – wykonawca nie wykonał w tym zakresie zadania o wartości co najmniej 100.000,00 zł brutto. Wskazał, że umowa podana w załączniku nr 6 przez wykonawcę jako pozycja druga w kolejności (umowa zawarta z AWF w Krakowie z 26.11.2021r) - odnośnie zadania realizowanego w okresie (jak wskazuje wykonawca) od 1.12.2022 do 30.11.2022 - opiewa na kwotę niższą niż 100.000,00 zł brutto – tj. 82.410,00 zł brutto co wynika z załączonej jako dowód do wykazu usług, umowy nr 215/2021. Co więcej – Wykonawca w wykazie usług błędnie przypisał przedmiotowej umowie z AWF z 2021 roku, sumaryczną wartość wszystkich umów jakie posiadał w okresie od 01.12.2019 roku jednocześnie robiąc błąd zsumowania umów a mianowicie, z przedłożonych jako dowód umów z AWF wartość 3 umów wynosi: 48 806,40 zł umowa z roku 2019, 73 431 zł brutto umowa z 2020 r, oraz 82 40 00 zł brutto umowa z 2021r. co łącznie daje 204 647,40 zł brutto a nie jak wskazał wykonawca 203 647,40 zł. Jak wynika z powyższego - żadna z umów zawartych z AWF w Krakowie przez wykonawcę (gdzie każda dotyczy odrębnego zamówienia) nie potwierdza realizacji zadania o wartości co najmniej 100.000,00 zł brutto (jako odrębne, „każde" zadanie), a wymagane przez Cześć 3 pkt. 3 lit. d ppkt. 1 SWZ. Dodatkowo wykonawca – czego wymaga Część 4 pkt. 1 lit. b SWZ – nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających że usługi zrealizowane na rzecz AWF w Krakowie zostały wykonane należycie.;

c)w odniesieniu do trzeciej pozycji w załączniku nr 6 (Utrzymanie i obsługa stacji transformatorowych w tunelu – referencje wystawione przez Webuild S.p.A.) – wykonawca sprzecznie z treścią Części 3 pkt. 3 lit. d ppkt. 1 nie wykazał wykonania zadania wymaganego przez SWZ. W treści referencji wskazano bowiem, że prace trwają obecnie (tj. nie zostały wykonane a nie są świadczeniem ciągłym lub powtarzającym się, a tylko w tych przypadkach zamawiający dopuścił aby zadanie nie było ukończone). Co więcej – referencje odnoszą się jedynie do prac utrzymaniowych, a nie konserwacyjnych wymaganych przez Część 3 pkt. 3 lit. d ppkt. 1 SWZ. Ponadto referencje zaprezentowane przez wykonawcę zawierają w swojej treści oczywiste sprzeczności – które nie pozwalają na stwierdzenie do kiedy prace miały być rzekomo wykonywane. W referencjach wskazano bowiem, że wykonawca realizuje prace obecnie – tj. do 17.07.2022 r. – gdzie same referencje pochodzą z natomiast z daty 4.08.2023 r. Na podstawie takich referencji nie można stwierdzić, czy wykonawca rzeczywiście realizował zadanie w wymaganym przez SWZ okresie – tj. podmiotowy środek dowodowy jest błędny.

Odnośnie trzeciej pozycji w załączniku nr 6 również wskazał, że i tak realizowane zadanie wykracza poza przedział czasowy wyznaczony 3 letnim okresem liczonym od dnia składania ofert (prace rozpoczęte w 2016 roku). W

związku z przedmiotowym, znaczącym wykroczeniem poza rzeczony 3 letni przedział czasowy – w ocenie Odwołującego - nie sposób też uznać, że w okresie 3 lat poprzedzających termin złożenia ofert (09.08.2023) wykonawca mógł wykonać jakiekolwiek zadanie opiewające na 100.000,00 zł brutto. Skoro referencje wskazują, że w okresie prac trwających od 2016 r. ich wartość to 160.000,00 zł brutto – to nie jest możliwe aby w okresie od 09.08.2020 do 09.08.2023 wykonawca wykonał zadanie o wartości co najmniej 100.000,00 zł brutto (jako „każde" zadanie wymagane przez SWZ). Mamy bowiem do czynienia z co najmniej okresem 6 letnim – gdzie już proste podzielenie kwoty 160.000,00 zł brutto na 6 lat - daje kwotę tylko niecałych 27 tys. zł brutto w skali roku – co za trzy lata daje kwotę jedynie 81 tys. zł brutto.

Podniósł w ramach zarzutu, że prace dla Webuild – dotyczą budowy trasy drogowej – tzw. „S7". Referencja nie dotyczy więc tunelu tramwajowego, metra lub kolejowego – co wyklucza wymóg postawiony przez Zamawiającego polegający na konserwacji stacji transformatorowej w wyżej wskazanych typach tuneli. Nadto – w 2016 r. prace dotyczące budowy tunelu były dopiero w fazie początkowej. Nie można więc stwierdzić, że już w 2016 r. doszło do powstania tunelu , które nie powstają przecież z dnia na dzień. W konsekwencji referencje nie mogą potwierdzać wykonywania prac utrzymaniowych w tunelu od 2016 r. ponieważ w 2016 r. takiego tunelu po prostu jeszcze nie było. Nie można także pominąć okoliczności, iż w 05.07.2022 r. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad ogłosiła przetarg pn. „Kompleksowe utrzymanie systemów bezpieczeństwa i urządzeń obsługi tunelu wraz z przynależną infrastrukturą i obsługą Centrum Zarządzania Tunelem (Numer referencyjny: O.KR.D-3.2421.11.2022)" – gdzie w ramach SWZ wskazano, że mają zostać stworzone tylko dwie stacje transformatorowe – natomiast referencje przedstawione przez wykonawcę wskazują aż na sześć stacji transformatorowych w tunelu – co jest sprzeczne z tym co podaje GDDKiA.

Zdaniem Odwołującego - przedmiotowe zaniechanie wezwania jednocześnie świadczy o niedochowaniu przez Zamawiającego zasad równego traktowania wykonawców, jak i świadczy o prowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, które to zasady wymagają, aby w wypadku takiej sytuacji jak opisanej w odwołaniu zwrócić się do wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 PZP o uzupełnienie podmiotowego środka dowodowego – wykazu usług (załącznik nr 6 wraz z dowodami).

2.Artykułu 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP oraz w zw. z częścią 3 punktem 3 literą d) ppkt. 2 SWZ przez zaniechanie wezwania wykonawcy Instal Sool Electric sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego – wykazu osób (stanowiącego załącznik nr 7), podczas gdy przedłożony dokument jest niekompletny oraz zawiera błędy, a tym samym nie potwierdza on spełnienia przez ww. Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w części 3 punkcie 3 literze d) podpunkcie 2 SWZ, ponieważ złożony przez Wykonawcę wykaz osób jest błędny bowiem nie podano w nim informacji o wykształceniu i doświadczeniu zawodowym osób w nim wymienionych jak również nie wskazano dat wydania uprawnień osób wymielonych w Załączniku nr 7 do SWZ.

Wykonawca, miał wykazać ze osoby skierowane do realizacji zamówienia są zdolne do jego wykonania i w tym celu miał podać informacje o kwalifikacjach zawodowych, uprawnieniach, doświadczeniu, wykształceniu tych osób oraz wskazać zakres przewidzianych do wykonania czynności w realizacji zamówienia oraz informacje o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wykonawca natomiast nie spełnił tego warunku bowiem pomimo wypełnienia Załącznika nr 7 zrobił to niekompletnie i błędnie i pominął informacje o wykształceniu i doświadczeniu zawodowym osób wskazanych w tym dokumencie jak również nie podał informacji o terminach wydania uprawnień tych osób. W takiej sytuacji, gdzie wykaz zawiera błędy Zamawiający winien był wezwać wykonawcę do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego czego jednak nie zrobił i co jednocześnie świadczy o niedochowaniu przez Zamawiającego zasad równego traktowania wykonawców, jak i świadczy o prowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, które to zasady wymagają, aby w wypadku takiej sytuacji jak opisanej w odwołaniu zwrócić się do wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 PZP o uzupełnienie podmiotowego środka dowodowego – wykazu osób.

Wskazując na powyższe naruszenia, wnosił o:

1)uwzględnienie odwołania,

2)unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty Instal Sool Electric sp. z o.o., jako najkorzystniejszej,

3)nakazanie Zamawiającemu wezwania Instal Sool Electric sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego – wykazu usług (stanowiącego załącznik nr 6 wraz z dowodami) celem wykazania spełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Części 3 pkt. 3 lit. d ppkt. 1 SWZ,

4)nakazanie Zamawiającemu wezwania Instal Sool Electric sp. z o.o., do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego – wykazu osób (stanowiącego załącznik nr 7) celem wykazania spełnienia przez niego warunku udziału w

postępowaniu, o którym mowa w Części 3 pkt. 3 lit. d ppkt. 2 SWZ,

5)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego,

6)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania.

Odnośnie zarzutu nr 1 Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający wymagał aby Wykonawca który będzie realizował usługę objętą zamówieniem dysponował określonym doświadczeniem. Z tego Powodu w Części 3 pkt 3 lit. d podpunkt 1) SWZ wskazał warunek który musiał spełniać każdy Wykonawca chcący otrzymać to zamówienie, a mianowicie wskazał że: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj.: Posiadają wiedzę i doświadczenie, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonali co najmniej 2 zadania polegające na konserwacji co najmniej 2 stacji transformatorowych SN, w tym jedno zadanie polegające na konserwacji co najmniej 1 stacji transformatorowej SN w tunelu tramwajowym, metra lub kolejowym, o wartości zadania co najmniej 100 000,00 złotych brutto każde.

W ocenie Odwołującego - powyższy zapis należy intepretować w następujący sposób:

1)w ciągu trzech lat liczonych od terminu składania ofert wykonawca miał wykonać co najmniej dwa zadania.

2)zadania polegały na konserwacji stacji transformatorowych SN przy czym jedno z zadań miało dotyczyć konserwacji stacji transformatorowej SN w tunelu - po którym poruszają się pojazdy szynowe.

3)za realizacje każdego z osobna z dwóch zadań w okresie trzech lat liczonych od dnia złożenia oferty (tj. terminu składania ofert), wykonawca miał otrzymać wynagrodzenie w kwocie co najmniej 100 000,00 złotych brutto.

Argumentował, że aby spełnić warunek Zamawiającego wyrażony w Części 3 pkt 3 lit. d podpunkt 1) SWZ należało wykazać że w niedalekiej przeszłości wykonawca wykonał konkretne dwa zadania i za te zadania w tej niedalekiej przeszłości otrzymał konkretną kwotę (za każde zadanie osobno). Celem Zamawiającego było zatem uzyskanie takiego wykonawcy który w niedalekiej przeszłości wykonał zadania polegające na konserwacji stacji transformatorowej SN i za które to zadania (każde odrębnie) otrzymał w tym okresie (3 lat wstecz) wynagrodzenie w kwocie 100 000,00 zł brutto, nie zaś wykonanie zadania kiedykolwiek byleby swoim okresem „zahaczało" trzy lata wstecz od terminu składania ofert. Z pewnością zaś intencją Zamawiającego nie było także aby za te zadania wykonawca otrzymał kiedykolwiek wynagrodzenie w kwocie 100 000,00 zł brutto, lecz jego intencja było aby wykonawca szczycił się tym że otrzymał w tym okresie 3 lat wstecz liczonych od terminu składania oferty wynagrodzenie w kwocie 100 000,00 zł brutto.

Wywodził, że w przeciwnym wypadku zapis z Części 3 pkt 3 lit. d podpunkt 1) SWZ brzmiałby inaczej, a już z pewnością nie znalazłoby się w nim sformułowanie „w tym okresie", które właśnie wskazuje na to że celem Zamawiającego było, aby wykonawca wykazał że w ciągu ostatnich trzech lat wykonał konkretne zadania i otrzymał za każde z nich konkretne wynagrodzenie.

Według Odwołującego - informacje podane przez Instal Sool Electric sp. z o.o. w załączniku nr 6 (wykaz usług) nie wykazują spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej o którym mowa w Części 3 pkt 3 lit. d podpunkt 1) SWZ.

W zakresie zarzutu 1a wskazał, że w odniesieniu do pierwszej pozycji w załączniku nr 6 (Konserwacja i obsługa 4 stacji transformatorowych w tunelu KST – umowa zawarta z ZDKM w Krakowie) – wykonawca nie wykazał że spełnił warunek wskazany przez Zamawiającego w Części 3 pkt 3 lit. d podpunkt 1) SWZ polegający na tym że w okresie trzech lat liczonych przed terminem składania oferty, wykonawca zrealizował zadanie, za które otrzymał wynagrodzenie w kwocie 100 000,00 zł brutto. Zadanie to było realizowane od 10.09.2019 r. do 09.09.2020 r. – czyli jedynie część sierpnia i początek września 2020 r. nie wykracza poza przedział czasowy wyznaczony 3 letnim okresem liczonym wstecz od dnia składania ofert, a w związku z tym jedynie dla tego okresu należy ustalić, czy Wykonawca uzyskał wynagrodzenie równe co najmniej 100 000,00 zł brutto. Jak wynika z umowy z ZDMK z 10.09.2019 roku (§6 ust. 2 – umowy dołączonej jako dowód potwierdzający wykonanie należycie wskazanych w wykazie Usług - załącznik nr 6 do SWZ) miesięczne wynagrodzenie wykonawcy wynosiło 12 890,40 zł brutto. Biorąc pod uwagę te informacje Odwołujący obliczył jakie wynagrodzenie otrzymał wykonawca za realizację tego zadania w okresie wchodzącym w skład okresu wymaganego przez Zamawiającego tj. od 09.08.2020 roku do 09.09.2020 roku.

Podniósł, że zgodnie z przedłożoną umową par 6 ust. 3 w przypadku świadczenia Usługi przez niepełny miesiąc kalendarzowy, wynagrodzenie oblicza się proporcjonalnie do wykonanej część (liczby dni). Odwołujący przeliczył kwotę

miesięczną brutto 12.890,40 zł brutto/30 x 22 dni dla sierpnia = 9.452,95 zł brutto, oraz 12.890,40 zł brutto /30 x 9 dni września = 3.867,12 zł brutto , co łącznie dało kwotę 13 320,07 zł brutto. Zatem w okresie wymaganym przez Zmawiającego wykonawca wykonał zadanie za wynagrodzenie w kwocie 13 320,07 zł brutto, co jest kwotą znacznie poniżej wymaganego minimalnego progu 100 000,00 zł brutto.

Zauważył, że dokumenty złożone przez Wykonawcę na wykazanie wymaganego doświadczenia nie wykazują jaką w rzeczywistości kwotę wykonawca otrzymał na realizację usług polegających na konserwacji stacji SN. Zgodnie z umową o świadczenie usług z ZDMK par 1 ust. 1 – Usługa łączy w sobie czynność obsługi i konserwacji urządzeń elektroenergetycznych, czyli za wykonanie usługi (obu czynności – oddzielnie obsługa i oddzielnie konserwacja) na urządzeniach wymienionych w załączniku nr 1 tj. 4 stacji transformatorowych wykonawca otrzymywał miesięczne wynagrodzenie w kwocie 12 890,40 zł brutto. Z kolei Zamawiający wymagał aby wykonawca wykazał jakie wynagrodzenie otrzymał na wykonanie konkretnego zadania polegającego na konserwacji co najmniej jednej stacji transformatorowej. Gdyby Zamawiający dopuścił na spełnienie warunku udziału w postepowaniu sumowanie świadczenia tj. wykonywanej usługi obsługi i konserwacji urządzeń (kilku) to warunek brzmiałby: „w tym okresie wykonali co najmniej 2 usługi polegające na konserwacji co najmniej 2 stacji transformatorowych SN, w tym jedna usługa polegająca na konserwacji co najmniej 1 stacji transformatorowej SN w tunelu tramwajowym, metra lub kolejowym, o wartości usługi co najmniej 100 000,00 złotych brutto każda,”. Natomiast Zamawiający oczekiwał zadania polegającego na konserwacji jednej stacji transformatorowej. Co oznacza, że wartość 154 684,80 brutto z umowy z ZDMK dotyczyobsługi 4 stacji transformatorowych w tym tylko jedna z nich znajduje się w tunelu. Licząc, iż na każdą stacje wykonawca przyjął tą samą wartość ryczałtu to na jedną stację przypada 38.671,20 zł brutto w całym okresie trwania umowy co jest wartością niższą niż 100 000 zł brutto wymaganego przez Zamawiającego.

Dodatkowo, Odwołujący zarzucił, że wykonawca – czego wymaga Część 4 pkt. 1 lit. b SWZ – nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających że usługi realizowane na rzecz ZDMK w Krakowie zostały wykonane należycie. Wykonawca jako referencje przedstawił kserokopię umowy zawartej między nim a ZDKM w Krakowie. Z samej jednak treści umowy nie wynika że usługa została wykonana należycie czy też może nie – tj. wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Skoro więc wykonawca nie wykazał że spełnia warunek wskazany w Części 3 pkt 3 lit. d podpunkt 1) SWZ oraz czy warunek ten spełnił należycie – czego wymagał Zmawiający w Część 4 pkt. 1 lit. b SWZ, to Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty winien był Wykonawcę wezwać do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, czego jednak nie uczynił.

W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 1 b podkreślił, że w odniesieniu do drugiej pozycji w załączniku nr 6 (Konserwacja i obsługa 4 stacji transformatorowych w tym jedna 2 transformatorowa – umowa zawarta z Akademią Wychowania Fizycznego w Krakowie) – wykonawca również nie wykazał że spełnił warunek polegający na wykonaniu zadania za kwotę co najmniej 100 000,00 zł każde.

W zakresie tej pozycji Odwołujący podniósł, że Wykonawca stara się (nieudolnie) wykreować rzeczywistość, w której wszystkie umowy zawarte z AWF w Krakowie były wykonywane ciągle i stanowiły w rzeczywistości jedno zadanie za które łącznie wykonawca otrzymał kwotę co najmniej 100 000,00 zł brutto.

Według Odwołującego - tak jednak nie jest, gdyż każda z umów z AWF w Krakowie była odrębnym i indywidualnym zadaniem - za które wykonawca otrzymał odrębne wynagrodzenia. Fakt że były to odrębne zadania wynika z tego że były zawarte trzy odrębne umowy, a każda z tych umów była zawierana po przeprowadzeniu odrębnych postępowań przetargowych (dysponujących przykładowo swoim własnym, odrębnym numerem). Zatem nie można w tym przypadku zasadnie twierdzić że było to jedno zadanie wykonywane od 1.12.2019 roku (początkowa data realizacji pierwszej z umów) do 30.11.2022 roku (końcowa data realizacji ostatniej z umów) za które wykonawca otrzymał łączne wynagrodzenie w kwocie 204 647,40.

W konsekwencji - każda z umów zawartych z AWF jest odrębnym zadaniem realizowanym w odrębnym terminie na podstawie odrębnie zwartej umowy z odrębnym wynagrodzeniem, którego kwoty nie przekraczają wymaganej przez Zamawiającego wartości co najmniej 100 000,00 zł brutto. Za realizację pierwszej z umów (pierwszego zadania) wykonawca otrzymał wynagrodzenie w kwocie 43 806,40 zł brutto, za realizację drugiej z umów (drugiego zadania) – 73 431,00 zł brutto, a za realizację trzeciej z umów (trzeciego zadania) – 82 410,00 zł brutto. W żadnym z tych przypadków wynagrodzenie nie przekroczyło minimalnego pułapu wymaganego przez Zamawiającego a mianowicie 100 000,00 zł brutto za każde zadanie.

W opinii Odwołującego - wykonawca nie wykazał również w tym przypadku że spełnił warunek wskazany przez Zamawiającego w Części 3 pkt 3 lit. d podpunkt 1) SWZ.

Dodatkowo, Odwołujący zaznaczył, że tak jak w zakresie zarzutu nr 1a wykonawca – czego wymaga Część 4 pkt. 1 lit. b SWZ – nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających że usługi zrealizowane na rzecz AWF w Krakowie zostały wykonane należycie. Również i w tym przypadku złożono tylko kserokopie umów zawartych z AWF w Krakowie, które nie potwierdzają jednak że zadanie wykonano należycie i prawidłowo.

Wobec tych braków i błędów leżących po stronie wykonawcy, Zamawiający winien był przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwać wykonawcę do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 1 c, Odwołujący zwrócił uwagę, że to w odniesieniu do trzeciej pozycji w załączniku nr 6 (Utrzymanie i obsługa stacji transformatorowych w tunelu – referencje wystawione przez Webuild S.P.A.) – wykonawca sprzecznie z treścią Części 3 pkt. 3 lit. d ppkt. 1 nie wykazał wykonania zadania wymaganego przez SWZ.

Według Odwołującego - referencje przedstawione przez wykonawcę wzbudzają uzasadnione wątpliwości co do ich rzetelności – tj. posiadają liczne błędy, które nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę – co aktualizuje stosowanie art. 128 ust. 1 PZP przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego - błędy, o których mowa w akapicie powyżej przejawiają się w tym, iż z referencji nie wynika w jakim okresie były realizowane prace przez wykonawcę.

Zwrócił uwagę na następujący zapis: „Termin realizacji prac: od roku 2016 – do chwili obecnej 17.07.2022".

Zaznaczył, że z kolei jak wynika z prawej górnej strony referencji zostały one wystawione 04.08.2023 roku. Czy więc rzeczywiście wykonawca nadal realizuje te prace na co wskazuje zwrot „do chwili obecnej", czy może jednak zostały one zrealizowane do 17.07.2022 roku.

Na to pytanie, na podstawie tego dokumentu Odwołujący wyraził wątpliwość, że nie wiadomo, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Wskazał również, że uzasadnione obawy budzi także data początkowa realizacji usługi. Czy rzeczywiście zamawiający (Webuild) nie wiedział kiedy dokładnie wykonawca realizował usługi, że wpisał tylko rok 2016 bez podania konkretnej daty dziennej i miesięcznej.

Ponadto zwrócił uwagę że wykonawca zgodnie z wpisem do KRS – który korzysta z przywileju jakim jest domniemanie legalne polegające na tym że każdy wpis ujawniony w KRS korzysta z domniemania prawdziwości – rozpoczął działalność dopiero od 04.01.2018 roku. Zatem nie mógł on w okresie od 2016 roku do 03.01.2018 roku wykonywać usług na rzecz WEBUILD S.P.A.

Dodatkowo, nie jest także zrozumiałe dla Odwołującego dlaczego wystawiający referencje nie podał konkretnie kwoty jaką wykonawca od niego otrzymał z tytułu realizacji usługi.

W referencji posłużono się sformułowaniem: „łączna wartość prac w okresie współpracy powyżej 160 000,00 zł brutto". Czy zatem naprawdę wystawiający referencje nie znał dokładnej kwoty wypłaconego wynagrodzenia, czy jednak ta referencja została przygotowana na przysłowiowym „kolanie" i nie oddaje rzeczywistości - czyli nie potwierdza że prace zostały wykonane należycie.

Zwrócił także uwagę, że z referencji nigdzie nie wynika aby wykonawca wykonywał zadanie polegające na konserwacji stacji, bowiem w referencjach posłużono się wyłącznie stwierdzeniem o utrzymaniu stacji transformatorowych - ale nigdzie nie wskazano na ich konserwacji.

Z kolei Zamawiający wyraźnie w Części 3 pkt 3 lit. d podpunkt 1) SWZ wskazał, że zadanie polegać ma na konserwacji, a nie na utrzymaniu stacji.

Według Odwołującego - konserwacja a utrzymanie są natomiast zupełnie odrębnymi pojęciami, która to odrębność wynika z samych definicji zwartych w słowniku PWN: konserwacja oznacza zabiegi mające na celu utrzymanie czegoś w dobrym stanie; zaś utrzymanie oznacza zachować w stanie niezmienionym, należytym. Rozróżnienie przedmiotowych definicji wynika także z orzecznictwa.

Zatem z samych treści referencji złożonych przez wykonawcę wynika – zdaniem Odwołującego, że nie spełnia on warunku wymaganego przez Zamawiającego wskazanego w Części 3 pkt 3 lit. d podpunkt 1) SWZ.

Ponadto, w opinii Odwołującego - realizowane zadanie wykracza poza przedział czasowy wyznaczony 3 letnim okresem liczonym od dnia składania ofert (prace rozpoczęte rzekomo w 2016 roku). W związku z przedmiotowym, znaczącym wykroczeniem poza rzeczony 3 letni przedział czasowy - nie sposób też uznać, że w okresie 3 lat poprzedzających termin złożenia ofert (09.08.2023) wykonawca mógł wykonać jakiekolwiek zadanie opiewające na

100.000,00 zł brutto. Skoro referencje wskazują, że w okresie prac trwających od 2016 r. ich wartość to 160.000,00 zł brutto – to nie jest możliwe aby w okresie od 09.08.2020 do 09.08.2023 wykonawca wykonał zadanie o wartości co najmniej 100.000,00 zł brutto (jako „każde" zadanie wymagane przez SWZ). Mamy bowiem do czynienia z co najmniej okresem 6 letnim – gdzie już proste podzielenie kwoty 160.000,00 zł brutto na 6 lat - daje kwotę tylko niecałych 27 tys. zł brutto w skali roku – co za trzy lata daje kwotę jedynie 81 tys. zł brutto.

Podniósł, że prace dla Webuild – dotyczą budowy trasy drogowej – tzw. „S7", a referencja nie dotyczy więc tunelu tramwajowego, metra lub kolejowego (czyli tunelu przeznaczonego do obsługi pojazdów szynowych) – co wyklucza wymóg postawiony przez Zamawiającego polegający na konserwacji stacji transformatorowej w wyżej wskazanych typach tuneli.

Nadto, Odwołujący wyjaśnił, że w 2016 r. prace dotyczące budowy tunelu były dopiero w fazie początkowej. Nie można więc stwierdzić, że już w 2016 r. doszło do powstania tunelu, które nie powstają przecież z dnia na dzień.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że referencje nie mogą potwierdzać wykonywania prac utrzymaniowych w tunelu od 2016 r. ponieważ w 2016 r. takich tuneli po prostu jeszcze nie było. Zgodnie z prowadzonym harmonogramem robót przez GDDKiA na stronie internetowejumowa została podpisana pomiędzy GDDKiA a Alstaldi (od 2021 Webuild) 29.06.2016r. Pomiędzy 21.12.2020 - 24.12.2020 dopiero wykonywano betonowanie ścian, nisz, wnęk, oraz wykonywano zbrojenie i szalunek ścian w budynkach stacji transformatorowej ST 1 i ST 2. W tym okresie natomiast nie było urządzeń, które wykonawca mógłby utrzymywać. Oznacza to że w 2020 roku ani tunel ani budynki stacji nie istniały. W tygodniu 18.07.2022 - 25.07.2022 r. wykonawca wykonał wyposażenie stacji transformatorowej ST 1 w 90% a St 2 - 95%. Co oznacza że przedmiot „utrzymania", a nie konserwacji, nie był w pełni wyposażony a więc nie był przedmiotem kompletnym. Nie da się konserwować urządzenia niekompletnego. Nie ma „stanu" skoro nie został on usankcjonowany poprzez wytworzenie. Celem konserwacji jest pełne zapewnienie ciągłej i nieograniczonej sprawności urządzenia.

Zwrócił uwagę, że w dniu 5.07.2022 r. GDDKiA ogłosiła przetarg pn. Kompleksowe utrzymanie systemów bezpieczeństwa i urządzeń obsługi tunelu wraz z przynależną infrastrukturą i obsługą Centrum Zarządzania Tunelem (nr. ref. O.KR.D-3.2421.11.2022). Zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia (Tom III) – miały zostać stworzone tylko dwie stacje transformatorowe. Natomiast w referencjach Webuild wskazuje, aż na sześć stacji – co jest sprzeczne z informacjami podanymi przez GDDKiA. Ta okoliczność tylko dobitnie ukazuje, że referencje zawierają błędy – który nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę – co bezsprzecznie uzasadnia stosowanie art. 128 ust. 1 PZP w niniejszym postępowaniu.

W części dotyczącej zarzutu nr 2 Odwołujący wskazał, że z uwagi na fakt że przedmiotem Zamówienia jest wykonanie określonych usług, Zamawiający wymagał aby Wykonawca dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w związku z tym w części 3, punkcie 3 litera d) podpunkt 2 SWZ wskazał że: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj.: dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. osobami posiadającymi wykształcenie i kwalifikacje zawodowe (co najmniej 1 osoba) z uprawnieniami SEP w zakresie eksploatacji i dozoru.

Następnie w części 4 punkcie 1 litera c) SWZ wskazał że: Zamawiający przed udzieleniem zamówienia wzywa Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych wymienionych poniżej: wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (załącznik nr 7 do SWZ).

Zatem, zdaniem Odwołującego - Wykonawca winien wykazać że osoby które będą skierowane do realizacji zamówienia publicznego są zdolne do jego wykonania. Ta zdolność miała zostać wykazana poprzez wypełnienie (prawidłowe) „Wykazu osób", tj. Załącznika nr 7 i podanie w nim informacji dotyczących:

1.Kwalifikacji zawodowych

2.Uprawnień

3.Doświadczenia

4.Wykształcenia

5.Zakresu przewidzianych do wykonania czynności w realizacji zamówienia

6.Podstawy do dysponowania tymi osobami.

Wykonawca natomiast wypełnił Załącznik nr 7, ale wypełnił go w sposób błędny poprzez niepodanie informacji dotyczących doświadczenia zawodowego oraz wykształcenia, a w zakresie uprawnień pominął wskazanie daty otrzymania uprawnień.

Z tego fragmentu Załącznika nr 7 dla Odwołującego wynika że Instal Sool Electric sp. z o.o. w zakresie uprawnień podał tylko ich numer, ale nie podał (choć była to informacja wymagana co wynika z nagłówka kolumny drugiej) daty wydania uprawnień.

W takim wypadku – błędnego wypełnienia załącznika – Zamawiający winien był wezwać wykonawcę do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego poprzez prawidłowe wypełnienie „Wykazu osób".

Zarzucił, że w zakresie zaś doświadczenia zawodowego Instal Sool Electric sp. z o.o. podał tylko ilość lat tego doświadczenia bez wskazania jakie doświadczenia zawodowe każda z wymienionych osób posiada. Z kolei jak wynika z art. 2 pkt 9a z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy - doświadczenie zawodowe oznacza to doświadczenie uzyskane w trakcie zatrudnienia, wykonywania innej pracy zarobkowej lub prowadzenia działalności gospodarczej przez okres co najmniej 6 miesięcy. Zatem prawidłowe wypełnienie „Wykazu osób" przez Instal Sool Electric sp. z o.o. wymagało podania informacji o doświadczeniu zawodowym, czyli podanie informacji o zatrudnieniu nie zaś o ilości lat doświadczenia zawodowego. W sytuacji braku informacji o doświadczeniu zawodowym Zamawiający winien był wezwać Instal Sool Electric sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, czego jednak nie uczynił.

Wskazał, że Zamawiający również nie wezwał Instal Sool Electric sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowych środków diodowych mimo, że wykonawca nie podał informacji o wykształceniu osób wymienionych w „Wykazie osób". Jak wynika z części 4 punkcie 1 litera c) SWZ informacja o wykształceniu miała zostać podana celem wykazania spełnienia warunku wskazanego w części 3, punkcie 3 litera d) podpunkt 2 SWZ.

Podsumowując – w przypadku gdy wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu – Zamawiający – stosując art. 128 ust. 1 PZP powinien wezwać go do uzupełnienia złożonego przedmiotowego środka dowodowego, celem wykazania, że dany podmiot spełnia warunek udziału w postępowaniu wskazany w części 3, punkcie 3 litera d) podpunkt 2 SWZ.

Zauważył przy tym, że w sytuacji, gdy przedłożony wykaz nie pozwala na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu mówimy o tym, iż „zawiera on błędy". W takiej sytuacji, zgodnie z treścią art. 128 ust. 1 PZP, konieczne jest zwrócenie się o uzupełnienie przedmiotowego dokumentu.

W związku z powyższym – wybór oferty Instal Sool Electric sp. z o.o. – bez zastosowania procedury z art. 128 ust. 1 PZP – w obliczu, gdy wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu – jest – zdaniem Odwołującego - ewidentnym naruszeniem prawa przez Zamawiającego – skutkującym koniecznością uwzględnieniem odwołania.

W przedmiotowej sprawie wykonawca Instal Sool Electric sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłosił swoje przystąpienie do postepowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 7 września 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, oferty Przystępującego wraz z podmiotowymi środkami dowodowymi, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 23 sierpnia 2023 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 7 września 2023 r., odpowiedzi Przystępującego na odwołanie z dnia 7 września 2023 r., pisma procesowego Odwołującego z dnia 7 września 2023 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Przechodząc do rozpoznania odwołania w przedmiotowej sprawy, należy wskazać, że po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.128 ust.1 w związku z art.16 ust.1 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do żądania uzupełnienia przez Przystępującego

podmiotowych środków dowodowych.

Izba ustaliła, że Zamawiający w części 3 SWZ przewidział warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, gdzie w pkt 3 lit. d postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj.:

1)Posiadają wiedzę i doświadczenie, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonali co najmniej 2 zadania polegające na konserwacji co najmniej 2 stacji transformatorowych SN, w tym jedno zadanie polegające na konserwacji co najmniej 1 stacji transformatorowej SN w tunelu tramwajowym, metra lub kolejowym, o wartości zadania co najmniej 100 000 złotych brutto każde,(…)

2)Dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. osobami posiadającymi wykształcenie i kwalifikacje zawodowe (co najmniej 1 osoba) z uprawnieniami SEP w zakresie eksploatacji i dozoru.

Ponadto, Izba stwierdziła, ze części 4 pkt 1 SWZ Zamawiający opisał oświadczenia i dokumenty składane na wezwanie Zamawiającego ustalając, że wykaz oświadczeń i dokumentów jakie Wykonawca musi przedłożyć na wezwanie Zamawiającego.

Zamawiający postanowił, że przed udzieleniem zamówienia wzywa Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych wymienionych poniżej.(…)

b)Wykaz 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 usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego 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 (załącznik nr 6 do SWZ),(…)

c)Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (załącznik nr 7 do swz).

Na tle powyższych postanowień SWZ powstał spór interpretacyjny pomiędzy stronami dotyczący złożonego przez Przystępującego wykazu usług – załącznik nr 6 do SWZ i wykazu osób – załącznik nr 7 do SWZ dotyczący oceny ich zawartości pod kątem możliwości wystąpienia błędów w tych dokumentach.

Według Izby – rozumienie cyt. wyżej warunku w zakresie zarzutu nr 1a przez Odwołującego jest niewłaściwe z tego powodu, że wykonawcy mieli wykazać się wykonaniem 2 zadań zgodnie z pkt 3 lit. d pkt.1) części III SWZ, które należało tłumaczyć jako wykonanie usług w ramach umowy, a nie wykonaniem poszczególnych usług w rozliczeniu miesięcznym.

W takim przypadku Zamawiający musiałby dodatkowo opisać warunek wskazując, że w przypadku świadczeń powtarzających się będą to miesięczne usługi o określonej wartości referencyjnej.

Zamawiający zaś w pkt 3 lit. d pkt.1) części III SWZ posłużył się zwrotem o wykonaniu zadania w czasie dokonanym, co oznacza, że istotny jest moment końcowy realizacji zamówienia wraz z końcową oceną należytego wykonania tego zadania (umowy).

W odniesieniu do potwierdzenia należytego wykonania tej umowy przez Przystępującego (umowa konserwacji i obsługi 4 stacji transformatorowych w tunelu KST stacje nr 1766, 1779, 1769, 1757), Przystępujący powołał się na umowę z Zamawiającym, co jest równoznaczne – w przekonaniu Izby - ze wskazaniem środka dowodowego oraz potwierdzenia jego prawidłowości i aktualności w myśl art.127 ust.2 ustawy Pzp.

Jeżeli chodzi o drugą referencję (zarzut nr 1b), to - zdaniem Izby - z uwagi na oświadczenie Zamawiającego o zaniechaniu jej badania z uwagi na wykazanie spełniania warunku przez realizacje zadeklarowane w pkt 1 i 3 wykazu, Izba uznała ten zarzut za bezprzedmiotowy i nie mający wpływu na ocenę spełniania powołanego wyżej warunku.

W zakresie odnoszącym się do realizacji usług przez Webuild (zarzut nr 1c) wykazywanych przez

Przystępującego w pozycji 3 wykazu, Izba uznała zarzut z tym związany za bezzasadny z tego powodu, że informacje zawarte zarówno w wykazie, jak i w referencji potwierdzały spełnianie tego warunku.

Natomiast, Odwołujący w istocie podważał wiarygodność tych oświadczeń co do ich prawdziwości, jednak takiego zarzutu na gruncie odwołania nie sformułował.

Stosownie do art.555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Niezależnie od powyższego Izba uznała, że pismo z dnia 11 września 2023 r. GDDKiA zawierające wykaz umów zawartych pomiędzy Astaldi S.p.a. oraz Webuilg S.p.a. z Przystępującym potwierdza fakt ich zawarcia w określonej dacie, z ogólnym zakresem przedmiotu umowy i kwotą umowy netto, lecz nie przesądza o tym czy były realizowane umowy, w jakim zakresie przedmiotowym i o jakiej wartości pomiędzy tymi podmiotami na utrzymanie tych stacji transformatorowych tunelu.

Również referencja z dnia 19 sierpnia 2020 r. wystawiona przez Astaldi S.p.a. przedłożona przez Odwołującego nie podważa wartości dowodowej referencji załączonej przez Przystępującego do podmiotowych środków dowodowych w postępowaniu przetargowym, tym bardziej, że jest treść jest praktycznie taka sama.

Zdaniem Izby – referencja ta z powodu wskazania w zakresie prac - utrzymania stacji transformatorowych, a także wartości referencyjnej w wysokości 160 000 zł brutto może co najwyżej uwiarygadniać treść referencji z dnia 4 sierpnia 2023 r. wystawionej przez następcę prawnego tego podmiotu Webuilt S.p.a., która potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej.

Jednocześnie, według uznania Izby - spór o zakres znaczeniowy pojęć „konserwacja" i „utrzymanie" wobec braku definicji tego pierwszego terminu opisanej przez Zamawiającego na gruncie SWZ, należało rozstrzygnąć korzystnie dla Przystępującego i potraktować te dwie nazwy jako bliskoznaczne.

Co do zarzutu nr 2 dotyczącego wykazu osób, to Przystępujący udowodnił – w przekonaniu Izby, że dysponuje osobami legitymującymi się uprawnieniami SEP w zakresie eksploatacji i dozoru.

Wszystkie osoby stanowiące potencjał osobowy Przystępującego wskazane w wykazie legitymują się uprawnieniami SEP w zakresie eksploatacji i dozoru, co potwierdzają numery tych uprawnień, które są weryfikowane co pięć lat.

Ponadto, wskazanie w Wykazie osób informacji, że doświadczenie zawodowe po uzyskaniu uprawnień jest powyżej 5 lat jest poprawne i wystarczające.

Natomiast, informacja o wykształceniu nie została w ogóle przewidziana w druku załącznika nr 7 do SWZ-Wykaz osób, a także – w ocenie Izby – jest ona irrelewantna wobec faktu, że potwierdzenie wymaganych uprawnień nie jest uzależnione od wykształcenia.

Reasumując, Zamawiający na podstawie złożonych przez Przystępującego aktualnych środków dowodowych nie miał dostatecznej podstawy prawnej do zastosowania przepisu art.128 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , 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.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 .

Przewodniczący:……