

Sygn. akt: KIO 1510/23

WYROK
z dnia 14 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2023 r. przez Odwołującego –

wykonawcę A. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą INELTECH A. B. w miejscowości Schodnia, działającego w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą INELTECH A. B. w miejscowości Schodnia, R. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KRZ R. Z. w miejscowości Sokołowice oraz D. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą VOLT-TIM D. R. w miejscowości Księginice

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gminę Ozimek**

przy udziale wykonawcy **K. Electric S. A. z siedzibą w Wolsztynie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego i występującego w postępowaniu w charakterze Uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu oznaczonego w uzasadnieniu odwołania jako zarzut nr 6 w związku z cofnięciem odwołania w przedmiotowym zakresie;
2. Oddala odwołanie w części dotyczącej zarzutu oznaczonego w uzasadnieniu odwołania jako zarzut nr 1
3. Uwzględnia odwołanie w pozostałej części i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie z postępowania wykonawcy K. Electric S. A. z siedzibą w Wolsztynie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych i odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) ww. ustawy, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
4. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego w części 1/6 oraz Uczestnika postępowania w części 5/6 i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania uiszczonego,
 - 4.2. zasądza od Uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu na rzecz wykonawcy Odwołującego kwotę w wysokości 10 733 zł (słownie: dziesięć tysięcy siedemset trzydzieści trzy złote) stanowiącą różnicę pomiędzy wysokością uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego poniesionymi przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) 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 1510/23

Uzasadnienie

Gmina Ozimek (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”) w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Modernizacja oświetlenia ulicznego z zastosowaniem opraw ledowych oraz montaż instalacji fotowoltaicznych” Część nr 1 Modernizacja oświetlenia ulicznego z zastosowaniem opraw ledowych. Część nr 2 Montaż instalacji fotowoltaicznych; Numer referencyjny: ZPP.271.3.2023.AK (dalej „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2023/BZP 00098783/01 z dnia 16 lutego 2023 roku.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp

Dnia 29 maja 2023 r. wykonawca A. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą INELTECH A. B. w miejscowości Schodnia, działając w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą INELTECH A. B. w miejscowości Schodnia, R. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KRZ R. Z. w miejscowości Sokołowice oraz D. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą VOLT-TIM D. R. w miejscowości Księginice (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołania wobec niezgodnych z przepisami prawa czynności i zaniechań Zamawiającego w ww. zamówieniu, polegających na:

- a) wyborze przez Zamawiającego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w ramach części 1 oferty wykonawcy K. Electric S.A., ul. Gajewskich 32, 64-200 Wolsztyn, zwanego dalej „K. Electric” i zaniechaniu wykluczenia tego wykonawcy oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy,
- b) ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutów dotyczących - braku wezwania do uzupełnienia i/lub wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów, a więc wadliwą ocenę spełnienia warunku udziału w Postępowaniu przez tego wykonawcę oraz braku podstaw do wykluczenia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów.

1) art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy K. Electric z Postępowania, pomimo faktu, że K. Electric w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził

Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu i nie podlega wykluczeniu;

2)art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy K. Electric z Postępowania, pomimo faktu, że K. Electric w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu o udzielenie zamówienia;

3)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty K. Electric pomimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu lub w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd w tym zakresie, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie,

4)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 ustawy Pzp w zw. z art.16 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy K. Electric z Postępowania, pomimo faktu, że K. Electric nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy, a nie zachodzi możliwość uzupełnienia wykazu robót;

5)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp i art. 266 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę uzupełnionych dokumentów i zaniechanie wykluczenia K. Electric z uwagi na niewykazanie braku podstaw wykluczenia z Postępowania w zakresie, w jakim nie wykazał on, że podmiot, na którego zasobach polegał - W. H. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Elektrycznych H., ul. Chopina 2, 47-330 Zdzeszowice, (zwany dalej „ZUE”), nie podlega wykluczeniu, ponieważ złożone przez K. Electric na wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 25 kwietnia 2023 r. oświadczenie na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp dotyczące braku podstaw do wykluczenia z Postępowania zostało złożone na niewłaściwym wzorze załącznika nr 3 do SWZ i nie zawiera wymaganej SWZ treści;

6)art. 128 ust. 1 ustawy Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zakresie bezzasadnego wezwania do uzupełnienia dokumentów dotyczących ZUE w zakresie oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej i zaniechania odrzucenia oferty ZUE z uwagi na niewykazanie spełnienia tej przesłanki wykluczenia;

7)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp – poprzez wybór oferty wykonawcy K. Electric, pomimo faktu, że wykonawca powinien zostać wykluczony z Postępowania, a jego oferta powinna zostać odrzucona, w związku z czym Zamawiający naruszył obowiązek udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a tym samym naruszył fundamentalną zasadę uczciwej konkurencji. ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów dotyczących odrzucenia oferty K. Electric;

8)art. 128 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ponownego zwrócenia się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (Tauron Nowe Technologie S.A.) o przedstawienie takich informacji lub dokumentów w celu dodatkowego potwierdzenia, czy zakres przedmiotowy robót wskazanych w wykazie jest zgodny z warunkiem udziału w Postępowaniu, tj. obejmuje także konserwację i serwis – na wypadek, gdyby korespondencja mailowa pomiędzy Zamawiającym a Tauron Nowe Technologie S.A. z dnia 15 i 16 maja 2023 roku, z której wynika brak objęcia zakresem przedmiotowym konserwacji i serwisu została uznana przez KIO za niewystarczającą. Złożone przez wykonawcę K. Electric podmiotowe środki dowodowe budziły i powinny budzić wątpliwości Zamawiającego, zatem zobowiązany jest on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu o przedstawienie takich informacji lub dokumentów, jeżeli zostaną one uznane za konieczne;

9)art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania K. Electric do uzupełnienia wykazu robót wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie obejmującego roboty budowlane spełniające warunek udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy określony w rozdziale XI ust. 4 SWZ;

10)art. 119 ustawy Pzp w zw. z art. 266 i art. 274 ustawy Pzp poprzez zaniechanie weryfikacji braku podstaw do wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby K. Electric w odniesieniu do warunku udziału w Postępowania dotyczącego potencjału kadrowego (ZUE) na takich samych zasadach jak wykonawcę składającego ofertę (rozdział X SWZ), tj. żądania od niego dokumentów/oświadczeń określonych w rozdziale XV ust. 1 pkt 1-4 SWZ;

11)art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ponownego wezwania K. Electric do uzupełnienia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie braku podstaw wykluczenia z Postępowania w zakresie w jakim nie wykazał on, że ZUE nie podlega wykluczeniu, ponieważ złożone przez K. Electric na wezwanie do uzupełnienia z dnia 25 kwietnia 2023 r. oświadczenie na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp dotyczące braku podstaw do wykluczenia zostało złożone na niewłaściwym wzorze załącznika nr 3 do SWZ i nie zawiera wymaganej SWZ treści – ze wskazaniem wad złożonego oświadczenia – na wypadek nieuwznania, że spełniona została przesłanka do odrzucenia oferty wskazana w zarzucie 5 powyżej, jak również zaniechanie takiego wezwania wobec K. Electric, który także złożył oświadczenie na wadliwym wzorze;

12)art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia i/lub wyjaśnienia dokumentu składanego na potwierdzenie posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie związanym z przedmiotem zamówienia, ponieważ K. Electric nie załączył dowodu opłacenia składki, zatem nie potwierdził istnienia ochrony ubezpieczeniowej w wymaganym zakresie.

13)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp – poprzez wybór oferty wykonawcy K. Electric, który nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia z Postępowania wymaganych ustawą Pzp i SWZ

W związku z powyższym podstawowe żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2.ponowienia czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenia K. Electrici odrzucenia oferty K. Electric na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 lit a) i b) ustawy Pzp, ewentualnie – w związku z zarzutami ewentualnymi odwołania – zależnie od rozstrzygnięcia
- 3.skierowana dodatkowego zapytania do Tauron Nowe Technologie S.A. w trybie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp w przypadku uznania, że dotychczasowa korespondencja jest niewystarczająca;
- 4.wezwania wykonawcy K. Electric do uzupełnienia wykazu robót budowlanych wraz z dowodami potwierdzającymi

należyte wykonanie robót obejmującego roboty budowlane spełniające warunek udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy określony w rozdziale XI ust. 4 SWZ;

5.uzupełnienia oświadczeń na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia oraz uzupełnienia i/lub wyjaśnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu wymaganych ustawą Pzp i SWZ dotyczącego zdolności finansowej i ekonomicznej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, złożył w Postępowaniu w części 1 ofertę, która w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp i zaniechania odrzucenia oferty K. Electric zajęła drugie miejsce w rankingu oceny ofert, chociaż powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą, a tym samym interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku i szkody w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym zysku z tytułu jego wykonania.

W uzasadnieniu zarzutów podniesionych w odwołaniu Odwołujący wskazał, że w ramach Postępowania w części 1, w rozdziale XI ust. 4 SWZ Zamawiający postawił następujący warunek udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy (zdolności technicznej i zawodowej):

„4. zdolności technicznej lub zawodowej

Dla cz. nr 1

1) Wykonawca musi wykazać, iż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert,

a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie

(w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył): co najmniej

1 robotę budowlaną polegającą na montażu, konserwacji i serwisie oświetlenia ulicznego

o wartości co najmniej 1 000 000,00 zł netto lub 2 roboty budowlane polegające na montażu, konserwacji i serwisie oświetlenia ulicznego o wartości co najmniej 600 000,00 zł netto każda.”

Na potwierdzenie powyższego warunku każdy wykonawca składał wraz z ofertą oświadczenie wstępne dotyczące spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, a następnie wykonawca, którego oferta została najwyższej oceniona, składał wykaz robót budowlanych wykonanych 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, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone – załącznik nr 4 (rozdział XI SWZ).

Okolicznością bezsporną jest, że w przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający przewidział oprócz obligatoryjnych przesłanek wykluczenia przewidzianych w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp, także przesłanki fakultatywne, w tym określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp (rozdział X ust. 2 SWZ pkt 3 i 5). Odwołujący podkreślił przy tym, że zgodnie z aktualną linią orzecznictwem, nawet brak wskazania ww. podstaw fakultatywnych wykluczenia, uniemożliwia zastąpienie informacji nieprawdziwej prawdziwą, co wyłącza możliwość uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący opisując okoliczności faktyczne sprawy wskazał w dalszej kolejności, że wykonawca K. Electric złożył wraz z ofertą oświadczenie wstępne dotyczące spełniania warunków udziału w Postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu. W dniu 25 kwietnia 2023 r. Zamawiający wezwał K. Electric m.in. do uzupełnienia złożonych dokumentów, w tym oświadczenia ZUE potwierdzającego m.in. brak podstaw do wykluczenia z Postępowania wymagane w świetle art. 125 ust. 1 ustawy Pzp na podstawie rozdziału VII ust. 4 pkt 4 SWZ. K. Electric złożył w odpowiedzi ponownie to samo oświadczenie, które było złożone wraz z ofertą. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że wykonawca K. Electric nie zaskarżył wezwania do uzupełnienia dokumentów.

W dniu 28 kwietnia 2023 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy K. Electric z wezwaniem do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu robót budowlanych wykonanych 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, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone – załącznik nr 4, wyznaczając mu termin do 5 maja 2023 r. do godz. 14.00. Wykonawca K. Electric jako wykonawca, którego oferta została najwyższej oceniona na wezwanie Zamawiającego - w zakresie warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale X ust. 4 - złożył wykaz robót budowlanych obejmujący jedną pozycję, gdzie jako rodzaj robót wskazał: „Modernizacja, konserwacji i serwis oświetlenia ulicznego, polegający na wymianie opraw sodowych na oprawy LED – wynikające z umowy. Gmina Pietrowice” o wartości 1 094 000,00 zł netto. Podmiotem, na rzecz którego roboty zostały wykonane, wskazanym w wykazie robót budowlanych był „Tauron Nowe Technologie 40-389 Katowice, ul. Lwowska 23”. Jako miejsce wykonania wskazano Gminę Pietrowice, a datę wykonania 31.07.2022 r. Wykonawca K. Electric oświadczył zatem w wykazie robót budowlanych, że wykazane przez niego roboty obejmowały konserwację i serwis oświetlenia ulicznego.

Wraz z ww. wykazem robót budowlanych wykonawca K. Electric złożył referencje z 30 stycznia 2023 r., w których spółka Tauron Nowe Technologie S.A. stwierdziła m.in., że K. Electric w 2022 r.:

„Wykonał: Zadanie na podstawie umowy nr UM/TNT/03784/05251/2022

Zakres prac: Modernizacja oświetlenia na terenie gminy Pietrowice Wielkie.

Termin wykonania prac: 31.07.2022 r.

Wartość wykonanych prac: 1 094 000 zł netto”

Zamawiający w dniu 16 maja 2023 r. wystosował do wykonawcy K. Electric wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, w którym zwrócił się o wyjaśnienie, jaki był zakres wykonanych robót budowlanych oraz czy obejmował swoim zakresem wymogi SWZ dotyczące montażu, konserwacji i serwisu oświetlenia ulicznego, wyznaczając wykonawcy K. Electric termin na złożenie wyjaśnień do 19 maja 2023 r. godz. 10.00.

Wykonawca K. Electric w złożonych wyjaśnieniach wskazał m.in.:

„Analizując postawiony warunek udziału w postępowaniu przez pryzmat złożonego wykazu robót budowlanych/usług należy wskazać, iż wykonawca wykazał spełnienie warunku. Zamawiający bowiem żądał 1 roboty budowlanej – jak wskazano powyżej modernizacja jest robotą budowlaną. Wykazane przez wykonawcę czynności polegające między innymi na wymianie opraw sodowych na oprawy LED jest montażem. Dodatkowo ramach całego przedmiotu umowy modernizacji dokonano także innego rodzaju montażu. **Wykonawca wskazał także, że w ramach przedmiotowych prac wykonał konserwację i serwis.”**

W świetle powyższego zdaniem Odwołującego Wykonawca K. Electric potwierdził zatem po raz kolejny, że w ramach roboty wskazanej w wykazie robót wykonywał nie tylko montaż (z montażem zrównał modernizację), ale także

konserwację i serwis.

Z udostępnionych w dniu 26 maja 2023 r. na dodatkowe zapytanie Odwołującego dokumentów wynika, że Zamawiający zwrócił się do wystawcy referencji - Tauron Nowe Technologie S.A. o potwierdzenie referencji złożonych przez K. Electric (przesyłając Tauron Nowe Technologie S.A. te referencje) oraz o wskazanie zakresu prac. 16 maja 2023 r. Zamawiający otrzymał odpowiedź, że zamówienie polegało na dostawie i wymianie opraw oraz rozbudowie fragmentów sieci oświetleniowej. Zamawiający w dalszej korespondencji pytał, czy w zakres zadania wchodził serwis gwarancyjny, na co Zamawiający otrzymał odpowiedź negatywną. Przedstawiciel Tauron Nowe Technologie S.A. wskazał, że serwis nie wchodził w zadanie, a jedynie gwarancja na warunkach ogólnych (co zdaniem Odwołującego sprowadza się do wymiany urządzeń co do których zgłoszono wady).

Tym samym zdaniem Odwołującego Zamawiający otrzymał potwierdzenie, że oświadczenie wykonawcy K. Electric zawarte zarówno w oświadczeniu wstępnym, jak i w wykazie robót budowlanych, gdzie wskazano, że rodzaj robót obejmował konserwację i serwis, nie odpowiadało stanowi rzeczywistemu, ponieważ zadanie realizowane na rzecz Tauron Nowe Technologie S.A. „Modernizacja oświetlenia na terenie gminy Pietrowice Wielkie” obejmowało wyłącznie dostawę i wymianę opraw oświetleniowych, co mieści się w pojęciu montażu użytym w warunku udziału w Postępowaniu. Wbrew oświadczeniu K. Electric w wykazie robót, nie obejmowało ono natomiast ani konserwacji ani serwisu oświetlenia ulicznego, co było wymagane treścią warunku udziału w Postępowaniu. Wykonawca K. Electric, składając sprzeczne ze stanem rzeczywistym oświadczenie w wykazie robót budowlanych, że rodzaj robót obejmował modernizację (czyli montaż), konserwację i serwis, złożył oświadczenie niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, wprowadzające w błąd Zamawiającego co do spełnienia przez niego warunku udziału w Postępowaniu w zakresie części 1 dotyczącego wymaganego doświadczenia. Gdyby złożył oświadczenie prawdziwe, zgodne z rzeczywistym zakresem wykonanego zadania, nie spełniłby warunku udziału w Postępowaniu, który obejmował nie tylko montaż, ale także konserwację i serwis oświetlenia ulicznego. Należy wskazać, że sam wykonawca K. Electric, podobnie jak w treści warunku udziału w Postępowaniu, wyróżniał montaż (modernizację), konserwację i serwis. Pojęcia te nie są bowiem tożsame. Montaż oświetlenia drogowego odnosi się do procesu instalacji nowych systemów oświetleniowych na drogach lub modernizacji istniejących instalacji (jak w przypadku wskazanym przez K. Electric) i może obejmować montaż słupów oświetleniowych, lamp, przewodów elektrycznych, sterowników oraz innych niezbędnych komponentów. Natomiast konserwacja oświetlenia ulicznego odnosi się do działań podejmowanych w celu utrzymania i zapewnienia odpowiedniej wydajności zamontowanych systemów. Prace konserwacyjne obejmują regularne inspekcje, czyszczenie lamp, wymianę uszkodzonych żarówek, sprawdzanie stanu słupów, naprawy uszkodzeń mechanicznych lub elektrycznych, a także regulację ustawień oświetlenia. Konserwacja ma na celu zapewnienie ciągłości działania oświetlenia drogowego, aby zapewnić bezpieczeństwo i odpowiednie warunki oświetleniowe dla użytkowników dróg. Z kolei serwis oświetlenia ulicznego dotyczy działań podejmowanych w odpowiedzi na awarie, zgłoszenia użytkowników lub inne problemy związane z funkcjonowaniem oświetlenia ulicznego. Może obejmować diagnozowanie usterek, lokalizację problemów w instalacji, naprawy uszkodzeń mechanicznych lub elektrycznych, wymianę uszkodzonych komponentów, a także udzielanie wsparcia technicznego w zakresie oświetlenia ulicznego. Serwis ma na celu jak najszybsze przywrócenie prawidłowego działania oświetlenia, minimalizację zakłóceń i zapewnienie bezpiecznych warunków oświetleniowych dla użytkowników dróg.

W świetle powyższego Odwołujący wskazał, że dokonana przez Zamawiającego w dniu 22 maja 2023 r. Zamawiający czynność wyboru oferty K. Electric jako najkorzystniejszej w części 1 przedmiotowego Postępowania jest więc czynnością wadliwą, ponieważ wykonawca podlegał wykluczeniu, a jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) i b) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 ustawy Pzp. K. Electric wprowadził bowiem Zamawiającego w błąd co do spełniania przez niego warunku udziału w Postępowaniu, co spowodowało zaniechanie odrzucenia jego oferty i wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

W ocenie Odwołującego działanie K. Electric mieści się w podstawie wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, tj. wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, co nie mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający jest wykluczony wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. W warunkach przedmiotowej sprawy spełnione zostały wszystkie przesłanki wykluczenia wykonawcy K. Electric określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, ponieważ wykonawca ten podał niezgodne z rzeczywistością informacje dotyczące zakresu przedmiotowego zamówienia wykonywanego na rzecz Tauron Nowe Technologie S.A., działając ze świadomością ich niezgodności ze stanem rzeczywistym, lub co najmniej dopuszczając się rażącego niedbalstwa. Wskazał bowiem, że zamówienie obejmowało nie tylko montaż, ale także konserwację i serwis pomimo że taki zakres prac nie był wykonywany. Tym samym stwierdzenie, że wykonawca K. Electric w roku 2022 (data zakończenia 31 lipca 2022 r.) wykonał robotę budowlaną na rzecz Tauron Nowe Technologie S.A. polegającą na montażu, konserwacji i serwisie oświetlenia drogowego było niezgodne z rzeczywistością.

Odwołujący uważa, że w powyższym zakresie K. Electric można przypisać działanie ze świadomością lub co najmniej rażąco niedbalstwo. Zgodnie z warunkiem udziału w Postępowaniu robota obejmująca wyłącznie montaż nie zapewniała wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, zatem wskazanie przez K. Electric w wykazie robót na szerszy zakres robót niż wynikał z opisu zakresu zamówienia wskazanego literalnie w referencjach, był świadomą decyzją wykonawcy K. Electric lub co najmniej działaniem z dopuszczeniem się rażącego niedbalstwa, gdyż wykonawca ten zdawał sobie niewątpliwie sprawę, że dane te podaje w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który obejmuje montaż, konserwację i serwis oświetlenia ulicznego. Swoje twierdzenia wykonawca K. Electric potwierdził także w korespondencji z Zamawiającym, zarzucając mu nawet, że powołuje się na referencje, pomimo że referencje nie służą potwierdzeniu zakresu i rodzaju wykonywanych robót, gdyż temu celowi służy wykaz. Referencje, jakie załączono do wykazu nie wskazywały jednoznacznie zakresu robót zgodnego z wymaganym warunkiem, a w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 16 maja 2023 roku K. Electric wyraźnie wskazał na szerszy zakres i rodzaj zamówienia niż został rzeczywiście zrealizowany, a nawet zanegował uwagę Zamawiającego że na podstawie referencji nie jest on w stanie potwierdzić, czy wykonawca faktycznie zrealizował zamówienia spełniające warunek udziału w Postępowaniu. Wykonawca K. Electric zrobił zatem wszystko, aby wytworzyć w Zamawiającym wrażenie, że pozycja 1 w wykazie robót/usług istotnie spełniała warunek udziału w Postępowaniu i obejmowała montaż, konserwację i serwis oświetlenia

ulicznego, podczas gdy ani konserwacji ani serwisu w rzeczywistości nie obejmowała.

Nie sposób według Odwołującego uznać, aby wykonawca K. Electric działał w jakikolwiek inny sposób niż ze świadomością, że wprowadza Zamawiającego w błąd lub co najmniej dopuszczając się rażącego niedbalstwa, skoro celem podania informacji było wykazanie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, bez czego nie był w stanie uzyskać zamówienia oraz zagrażała mu utrata wadium. Swoje twierdzenia K. Electric powtórzył także w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie Zamawiającego, gdzie Zamawiający wprost zapytał go o zakres przedmiotowy zamówienia, co dodatkowo potwierdza jego intencje i zamiar. W złożonych wyjaśnieniach zaprzeczył także uwadze Zamawiającego że na podstawie referencji Zamawiający nie jest w stanie ustalić zakresu zamówienia. Wykonawca K. Electric wskazał bowiem, że referencje służą innym celom niż potwierdzanie zakresu referencyjnego zamówienia (temu służy wykaz, gdzie podał zakres szerszy niż w referencjach) i ponownie stanowczo zapewnił Zamawiającego, że zakres prac zrealizowanych na rzecz Tauron Nowe Technologie S.A. obejmował montaż, konserwację i serwis oświetlenia ulicznego, pomimo że w rzeczywistości taki zakres nie był wykonywany. Wykonawca K. Electric zdołał zatem wytworzyć w Zamawiającym tak silne przekonanie, że referencyjne roboty były zgodne z warunkiem udziału w Postępowaniu, że Zamawiający dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. W tym zakresie Zamawiający pominął nawet informację otrzymaną od Tauron Nowe Technologie S.A., która wskazywała, że zakres wykonanych prac był jednak inny niż w złożonym przez K. Electric wykazie robót/usług i nie obejmował ani konserwacji ani serwisu. Z pewnością zatem mogło to więc mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu o udzielenie zamówienia, skoro skutkowało wyborem K. Electric jako oferty najkorzystniejszej. Informacje nie tylko mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale wręcz taki wpływ miały skoro oferta K. Electric uzyskała status oferty najkorzystniejszej, a Zamawiający uznał, że wykonawca spełnia warunki udziału w Postępowaniu.

W ocenie Odwołującego powyższe wpisuje się także w hipotezę art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Zatem nawet w przypadku powstania jakiegokolwiek wątpliwości, czy wobec K. Electric zachodzi podstawa wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (które to wątpliwości – zdaniem Odwołującego nie są zasadne), to z pewnością znajdzie zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp znajduje bowiem zastosowanie do wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. By Zamawiający mógł zastosować art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp konieczne było ustalenie, czy: 1) Odwołujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, 2) informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, 3) przedstawienie tych informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

Zgodnie z wyrokiem KIO 2282/21: „Stosownie do treści art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania lub niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, iż wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej możliwe jest w przypadku łącznego wystąpienia okoliczności, o których mowa w tej regulacji. Powyższa podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania znajdzie zatem zastosowanie, jeżeli wykonawcy będzie można przypisać lekkomyślność lub niedbalstwo w zależności od stanu jego świadomości. Przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzi do naruszenia przez niego zobowiązania. Z kolei pod pojęciem „informacje wprowadzające w błąd zamawiającego”, o których mowa w ww. przepisie należy rozumieć takie informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy są to informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. Istotna jest zatem treść informacji podanych przez wykonawcę, jak również to jaki skutek mogły one wywołać w świadomości danego zamawiającego. Jednocześnie podkreślić należy, iż w świetle ww. przepisu wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać na działania zamawiającego, ale wystarczy, że mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Ponadto do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, można zaliczyć informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty”.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, Odwołujący podniósł w pierwszej kolejności iż niezgodne ze stanem rzeczywistym, a więc nieprawdziwe było wskazanie wykonawcy K. Electric, że prace na rzecz Tauron Nowe Technologie S.A polegające na modernizacji oświetlenia w gminie Pietrowice Wielkie polegały na montażu, konserwacji i serwisie oświetlenia ulicznego. Wykonawca ten przedstawił zatem informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego. W powyższym zakresie K. Electric można przypisać niedbalstwo lub lekkomyślność wpisującą się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. W zakresie przesłanki winy art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp podstawa wykluczenia określona w tym przepisie może być więc zastosowana wtedy, gdy działanie wykonawcy cechuje nawet wina nieumyślna. Należy brać pod uwagę obydwie postaci wina nieumyślnej, czyli niedbalstwo i lekkomyślność. Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 4 maja 2021 r. KIO 839/21: *„Z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy i mogła je przewidzieć. Natomiast lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie. Przy wykazaniu wykonawcy niedbalstwa czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji należy mieć na uwadze art. 355 § 1 k.c., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać,*

co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Podkreślić należy, że pojęcie należytej staranności implikuje element działania, podejmowania pewnych czynności, jakich można się spodziewać od uczestnika obrotu profesjonalnego.”

W niniejszej sprawie doświadczenie K. Electric dotyczy jego własnej działalności, zatem nie sposób uznać, aby przy dochowaniu należytej profesjonalnej staranności wykonawca nie był w stanie zweryfikować jego zgodności z warunkiem udziału w Postępowaniu. Ponadto Zamawiający zwrócił się do wykonawcy K. Electric o wyjaśnienia zakresu przedmiotowego wykazanych robót, a wykonawca potwierdził okoliczności, które nie były zgodne z rzeczywistością. Nie tylko zapewnił on Zamawiającego, że roboty obejmują konserwację i serwis oświetlenia drogowego, ale wręcz zarzucił Zamawiającemu nadmierną oczekiwań co do treści referencji, które takich informacji nie zawierały. Zamawiający miał zatem uzasadnione wątpliwości co do przedmiotu robót, a wykonawca K. Electric zapewnił go, że jest on zgodny z treścią warunku udziału w Postępowaniu, pomimo że zgodny nie był. Oświadczenia zawarte w wykazie robót/usług zostały złożone przez K. Electric w celu wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu, tym samym wykonawca był świadom w jakim celu są one składane i szczególnej dbałości o ich zgodność z prawdą i rzetelność.

Spełniona została także w ocenie Odwołującego przesłanka, o której mowa w dalszej części ww. przepisu, tj. potencjalna możliwość wywierania istotnego wpływu na decyzje Zamawiającego, gdyż niezgodne z rzeczywistością oświadczenie dotyczyło informacji, którymi wykonawca wykazywał się w celu wykazania warunku udziału w Postępowaniu, zatem wpływającymi na wybór oferty najkorzystniejszej. Potencjalnie mogło to wypaczać wynik Postępowania o udzielenie zamówienia (a w warunkach przedmiotowego zamówienia doprowadziło do faktycznego wypaczenia wyniku Postępowania, ponieważ oferta K. Electric została wybrana jako najkorzystniejsza).

Mając na uwadze powyższe Odwołujący stwierdził, iż wykonawca K. Electric winien zostać wykluczony z udziału w przedmiotowym Postępowaniu o udzielenie zamówienia także na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp lub co najmniej na tej podstawie prawnej, ponieważ jego działanie miało z pewnością charakter zawiniony, przynajmniej w postaci winy nieumyślnej.

W konsekwencji potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) i b) ustawy Pzp 2), zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, gdy została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu

gdyż Zamawiający dokonał błędnej oceny, że wobec wykonawcy K. Electric nie zachodzą podstawy do wykluczenia z Postępowania w świetle art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub pkt 10 ustawy Pzp oraz odrzucenia jego oferty, przez co naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę, że spełnienie przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub pkt 10 ustawy Pzp skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania bez możliwości uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, oferta wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, podlega także odrzuceniu z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, czyli na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp.

Zamawiający naruszył także zdaniem Odwołującego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia K. Electric z uwagi na niewykazanie braku podstaw wykluczenia z Postępowania w zakresie w jakim nie wykazał on, że ZUE nie podlega wykluczeniu, ponieważ złożone przez K. Electric na wezwanie do uzupełnienia z dnia 25 kwietnia 2023 r. oświadczenie składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp dotyczące braku podstaw do wykluczenia z Postępowania zostało złożone na niewłaściwym wzorze załącznika nr 3 do SWZ i nie zawiera wymaganej SWZ treści.

Zamawiający w dniu 7 marca 2023 r. dokonał bowiem modyfikacji oświadczenia o braku podstaw wykluczenia – zał. nr 3 do SWZ, co nie zostało uwzględnione w oświadczeniu ZUE. ZUE złożyło oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp o braku podstaw do wykluczenia na niewłaściwym wzorze, zatem nie odnosi się ono do treści wymaganej przez Zamawiającego w zmodyfikowanej SWZ. W dniu 25 kwietnia 2023 r. K. Electric został wezwany do uzupełnienia tego oświadczenia i uzupełnił je, składając ponownie to samo oświadczenie, które zostało załączone do oferty. Odwołujący podkreślił, że K. Electric wobec wezwania nie złożył odwołania, zatem złożenie wadliwego oświadczenia skutkuje uznaniem, że nie wykazał on podstaw do wykluczenia ZUE w sposób wymagany w SWZ. Wykonawcę obowiązuje bowiem rzetelna weryfikacja prawdziwości dokumentów składanych Zamawiającemu, a gdy nie zgadza się z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, powinien wnieść stosowne środki ochrony prawnej. Jego oferta powinna zatem zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, ponieważ nie wykazał on braku podstaw do wykluczenia pomimo takiego obowiązku wynikającego z ustawy Pzp oraz wezwania do uzupełnienia tego oświadczenia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający naruszył także art. 128 ust. 1 ustawy Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zakresie bezzasadnego wezwania do uzupełnienia dokumentów dotyczących ZUE w zakresie oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej i zaniechania odrzucenia oferty ZUE z uwagi na niewykazanie spełnienia tej przesłanki wykluczenia. Wykonawca ten już był wzywany w tym zakresie do uzupełnienia oświadczenia, zatem ponowne wezwanie jest bezprawne.

W konsekwencji powyższe zdaniem Odwołującego potwierdza także zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty K. Electric, pomimo faktu, że wykonawca powinien zostać wykluczony z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub pkt 10 ustawy Pzp, a co najmniej na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, a jego oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) ustawy Pzp. Konsekwencją działania Zamawiającego, wyrażającego się w niewykluczeniu K. Electric z przedmiotowego Postępowania, było wybranie oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, w związku z czym należy uznać, że Zamawiający przeprowadził Postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Gdyby Zamawiający w sposób należyty ocenił złożony wykaz robót oraz wyjaśnienia dotyczące treści wykazu robót, w tym uwzględnił stanowisko podmiotu, na rzecz którego roboty były wykonywane co do zakresu przedmiotowego zamówienia, z którego wynika brak konserwacji i serwisu, to K. Electric zostałby wykluczony z Postępowania, a oferta Odwołującego uznana zostałaby za najkorzystniejszą. Celem postępowania jest bowiem wyłonienie wykonawcy i udzielenie zamówienia publicznego każdemu z wykonawców, który ma możliwość zrealizowania danego zamówienia z jednoczesnym uwzględnieniem stosownych przepisów ustawy Pzp. Przejawem dyskryminacji bez wątplenia jest każda czynność Zamawiającego niezgodna z ustawą Pzp, w szczególności utrudniająca wykonawcom uzyskanie zamówienia publicznego. Naruszenie to jest tym bardziej istotne, że Zamawiający uzyskał wiedzę o zakresie

zamówienia od podmiotu, na rzecz którego zamówienie było wykonywane i całkowicie je pominął. Zamawiający naruszył ww. przepisy także poprzez wadliwe badanie braku podstaw do wykluczenia i zaniechanie odrzucenia oferty K. Electric na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ pomimo wezwania do uzupełnienia nie złożył on prawidłowego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia dla ZUE. Ocenaoferty K. Electric była zatem błędna i błędny był wybór oferty najkorzystniejszej.

W zakresie podniesionego zarzutu ewentualnego Odwołujący wskazał, że zasadny jest zarzut naruszenia art. 128 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ponownego zwrócenia się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych dla oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (Tauron Nowe Technologie S.A.) o przedstawienie takich informacji lub dokumentów w celu dodatkowego potwierdzenia, czy zakres przedmiotowy robót wskazanych w wykazie jest zgodny z warunkiem udziału w Postępowaniu, tj. obejmuje także konserwację i serwis. Oczywistym jest bowiem, że złożone przez wykonawcę K. Electric podmiotowe środki dowodowe budziły wątpliwości, skoro Zamawiający zwrócił się z zapytaniem do Tauron Nowe Technologie S.A. o zakres przedmiotowy zamówienia. Oczywistym jest, że takie wątpliwości powinny one budzić, ponieważ informacje zawarte w wykazie pozostawały w sprzeczności z treścią referencji. Zdaniem Odwołującego – w razie uznania ww. korespondencji z niewystarczającą – konieczne jest dodatkowe zwrócenie się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. Okoliczność, że wykonawca K. Electric wskazał takie zamówienie w wykazie nie może być pominięta, a elementem rzetelnego badania musi być wyczerpanie dostępnych Zamawiającemu środków prawnych prawdziwości złożonych informacji.

Zamawiający bezzasadnie przyjął, że K. Electric wykazał spełnienie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącego doświadczenia wykonawcy. Pozycja 1 w wykazie robót opisana powyżej nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale XI ust. 4 SWZ, ponieważ nie obejmuje wymaganego zakresu przedmiotowego, tj. nie obejmuje konserwacji i serwisu oświetlenia ulicznego. Zamawiający jest związany treścią postawionego warunku udziału w Postępowaniu i nie może odstępować od weryfikacji i potwierdzenia jego spełnienia w stosunku do niektórych wykonawców. W konsekwencji Zamawiający, bezzasadnie uznając spełnienie warunku udziału w Postępowaniu przez K. Electric, naruszył art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 266 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania K. Electric do uzupełnienia wykazu robót wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie robót budowlanych o roboty budowlane zgodne z treścią warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy określony w rozdziale XI ust. 4 SWZ.

Odwołujący podniósł ponadto, że Zamawiający naruszył także art. 119 ustawy Pzp

w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez zaniechanie weryfikacji braku podstaw do wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby K. Electric w odniesieniu do warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego ZUE na takich samych zasadach jak wykonawcę składającego ofertę, tj. żądania od niego dokumentów określonych w rozdziale XV ust. 1 pkt 1-4 SWZ. Zgodnie z przepisem art. 119 ustawy Pzp Zamawiający bada, czy wobec podmiotu udostępniającego zasoby w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu nie zachodzą podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. Zgodnie z rozdziałem X SWZ Zamawiający wskazał podstawy wykluczenia z Postępowania obejmujące art. 108 ust. 1 ustawy Pzp (obligatoryjne) oraz podstawy fakultatywne odpowiadające art. 109 ust. 1 pkt 1, 4, 8, 9 i 10 ustawy Pzp, jak również przewidział wykluczenie na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2022 r. poz. 835). Zamawiający przewidział z rozdziału XV podmiotowe środki dowodowe służące ich weryfikacji, jednak zaniechał takiej weryfikacji wobec podmiotu udostępniającego zasoby. Na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych z 28 kwietnia 2023 r. dotyczących podstaw wykluczenia (ust. 1 wezwania) Zamawiający nie otrzymał oświadczeń od podmiotu trzeciego, pomimo że K. Electric powinien je złożyć. Zamawiający zamiast dokonać wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej pomimo że nie zweryfikował braku podstaw do wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby.

Na wypadek uznania, że odrzucenie oferty K. Electric wskazane w zarzucie 5 odwołania ma charakter przedwczesny, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający naruszył art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ponownego wezwania K. Electric do uzupełnienia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie braku podstaw wykluczenia z Postępowania w zakresie w jakim nie wykazał on, że ZUE nie podlega wykluczeniu. Złożone przez K. Electric na wezwanie do uzupełnienia z dnia 25 kwietnia 2023 r. oświadczenie ZUE na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp dotyczące braku podstaw do wykluczenia zostało złożone na niewłaściwym wzorze załącznika nr 3 do SWZ i nie zawiera wymaganej SWZ treści. Zamawiający powinien dokonać stosownego wezwania ze wskazaniem wad złożonego oświadczenia. Należy nadto zwrócić uwagę, że także oświadczenie K. Electric jest złożone na niewłaściwym formularzu, a Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający naruszył także zdaniem Odwołującego art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia i/lub wyjaśnienia dokumentu składanego na potwierdzenie posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie związanym z przedmiotem zamówienia, ponieważ K. Electric nie załączył dowodu opłacenia składki, zatem nie potwierdził istnienia ochrony ubezpieczeniowej w wymaganym zakresie. Zamawiający okoliczność tę zupełnie pominął, pomimo że obowiązkiem wykonawcy K. Electric było wykazanie, że jest objęty ochroną ubezpieczeniową, a na podstawie złożonych dokumentów było to niemożliwe do ustalenia choćby z uwagi na regulację art. 814 par. 1 kc. Zamawiający bezzasadnie zatem przyjął, że wykonawca K. Electric wykazał spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, ponieważ nie otrzymał dokumentów potwierdzających fakt obowiązywania ubezpieczenia.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego w dniu 2 czerwca 2023 r. zgłosił wykonawca K. Electric S. A. z siedzibą w Wolsztynie, który wniósł o oddalenie odwołania jako w całości.

W dniu 6 czerwca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości.

W dniu 11 czerwca 2023 r. wykonawca K. Electric S. A. z siedzibą w Wolsztynie zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości oraz przedstawił stanowisko na poparcie wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody,

ustaliła, co następuje.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę K. Electric S. A. z siedzibą w Wolsztynie (dalej „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników Odwołujący oświadczył, że wycofuje zarzut określony w treści odwołania jako zarzut nr 6.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Modernizacja oświetlenia ulicznego z zastosowaniem opraw ledowych oraz montaż instalacji fotowoltaicznych” Część nr 1 Modernizacja oświetlenia ulicznego z zastosowaniem opraw ledowych. Część nr 2 Montaż instalacji fotowoltaicznych; Numer referencyjny: ZPP.271.3.2023.AK).

Zgodnie z zapisami rozdziału X ust. 2 pkt 3 SWZ Zamawiający wskazał, że na podstawie art. 109 ust. 1 ustawy PZP wyklucza się Wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych; z kolei w rozdziale X ust. 2 pkt 5 SWZ Zamawiający przewidział, że na podstawie art. 109 ust. 1 ustawy PZP wyklucza się Wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z zapisami rozdziału XI ust. 4 SWZ Zamawiający postawił warunek udziału w Postępowaniu dla części 1 w zakresie zdolności technicznej i zawodowej o następującej treści:

1) Wykonawca musi wykazać, iż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie (w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył): co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na montażu, konserwacji i serwisie oświetlenia ulicznego o wartości co najmniej 1 000 000,00 zł netto lub 2 roboty budowlane polegające na montażu, konserwacji i serwisie oświetlenia ulicznego o wartości co najmniej 600 000,00 zł netto każda.”

Na potwierdzenie powyższego warunku każdy wykonawca składał wraz z ofertą oświadczenie wstępne dotyczące spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, a następnie wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona - wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 latach przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone stanowiący załącznik nr 4.

W dniu 25 kwietnia 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia złożonych dokumentów, w tym m. in. oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby Wykonawcy – Pana W. H., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Elektrycznych W. H., ul. Chopina 2, 47-330 Zdzieszowice, NIP: 749-175-65-43, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby - aktualne na dzień składania ofert, zgodnie z zapisami SWZ rozdział VII ust. 4 pkt 4 SWZ.

Przystępujący w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie z dnia 27.04.2023 r. wskazał *W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów wykonawca wskazuje w pierwszej kolejności, iż wezwanie jest dla niego niezrozumiałe w zakresie pkt 1 oraz 2, gdyż oba dokumenty zostały już złożone. Przepis art.128 ust.1 ustawy Pzp, który był podstawą wezwania stanowi, iż jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.*

Jak wskazuje zatem przepis zamawiający może wezwać wykonawcę na podstawie tego przepisu, jeśli wykonawca nie złożył oświadczenia lub są one niekompletne lub zawierają błędy.

Oświadczenie z punktu 2) zostało złożone dnia 9.03.2023 roku.

Zamawiający w żadnym swoim piśmie nie wskazywał, iż oświadczenie to zawiera błędy lub jest niekompletne, także w wezwaniu z dnia 25.04.2023 roku.

Wykonawca zatem nie wie jaki jest cel wezwania Zamawiającego w tym zakresie. Zgodnie z obowiązującym orzecnictwem treść wezwania obciąża zamawiającego. Powinno być ono precyzyjne i wskazywać wykonawcy z jakiego powodu ma uzupełnić dokumenty, szczególnie dokumenty, które zostały złożone.

Z ostrożności procesowej jednakże wykonawca składa jeszcze raz te same dokumenty, wskazując, iż są one aktualne zarówno w dacie składania ofert jak i aktualne w momencie złożenia tego oświadczenia.

W dniu 28 kwietnia 2023 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy K. Electric z wezwaniem do złożenia

podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. wykazu robót stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie. Przystępujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego - w zakresie warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale XI ust. 4 - złożył wykaz robót budowlanych obejmujący jedną pozycję, gdzie wskazał roboty: „Modernizacja, konserwacji i serwis oświetlenia ulicznego, polegający na wymianie opraw sodowych na oprawy LED – wynikające z umowy. Gmina Pietrowice” o wartości 1 094 000,00 zł netto. Podmiotem, na rzecz którego roboty zostały wykonane, wskazanym w wykazie robót budowlanych był „Tauron Nowe Technologie 40-389 Katowice, ul. Lwowska 23”, jako miejsce wykonania wskazano Gminę Pietrowice, a datę wykonania robót - 31.07.2022 r. Wraz z ww. wykazem robót budowlanych Przystępujący złożył referencje z 30 stycznia 2023 r. o treści:

Tauron Nowe Technologie S.A. stwierdza, że K. Electric S. A. ul. Młyńska 4, 47-224 Kędzierzyn-Koźle w roku 2022 r.:

„Wykonał: Zadanie na podstawie umowy nr UM/TNT/03784/05251/2022

Zakres prac: Modernizacja oświetlenia na terenie gminy Pietrowice Wielkie.

Termin wykonania prac: 31.07.2022 r.

Wartość wykonanych prac: 1 094 000 zł netto

Z zadań powierzonych do realizacji firma K. Electric S. A. wywiązała się terminowo i z należytą starannością, zgodnie z ustaleniami warunków handlowych i technicznych zawartych w umowie. Prace zostały wykonane sprawnie i na dobrym poziomie jakościowym.”

Zamawiający w dniu 16 maja 2023 r. wystosował do Przystępującego wezwanie do wyjaśnienia ww. dokumentów w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, w którym zwrócił się o wyjaśnienie, jaki był zakres wykonanych robót budowlanych oraz czy obejmował swoim zakresem wymogi SWZ dotyczące montażu, konserwacji i serwisu oświetlenia ulicznego, gdyż na podstawie złożonych referencji Zamawiający nie jest w stanie potwierdzić spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Przystępujący w odpowiedzi udzielonej dnia 18 maja 2023 r. wskazał, że przedstawił wykaz robót budowlanych, zaś w wykazie wskazał, że wykonał modernizację, konserwację i serwis oświetlenia ulicznego. Ponadto Przystępujący w odpowiedzi przedstawił analizę pojęcia „modernizacja” w świetle brzmienia przepisów prawa budowlanego oraz pojęcia „montaż” w świetle słownikowej definicji tego słowa. W świetle tych rozważań Przystępujący wskazał, że

Analizując postawiony warunek udziału w postępowaniu przez pryzmat złożonego wykazu robót budowlanych/usług należy wskazać, iż wykonawca wykazał spełnienie warunku.

Zamawiający bowiem żądał 1 roboty budowlanej – jak wskazano powyżej modernizacja jest robotą budowlaną. Wykazane przez wykonawcę czynności polegające między innymi na wymianie opraw sodowych na oprawy LED jest montażem. Dodatkowo ramach całego przedmiotu umowy modernizacji dokonano także innego rodzaju montażu. Wykonawca wskazał także, że w ramach przedmiotowych prac wykonał konserwację i serwis.

Jak zatem z powyższego wynika – Wykonawca w wykazie robót budowlanych złożonych zgodnie z żądaniem zamawiającego wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto Przystępujący odnosząc się do treści wezwania Zamawiającego wskazał – powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej – że referencje nie służą potwierdzaniu warunków udziału w postępowaniu, lecz służą tylko temu, aby określić, czy roboty budowlane zostały wykazane należycie w szczególności, czy zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego oraz prawidłowo ukończone. Wobec powyższego Przystępujący udzielając odpowiedzi wskazywał, że żądanie Zamawiającego by z referencji wynikało spełnienie warunku udziału w postępowaniu jest żądaniem nadmiernym, nie znajdującym oparcia w przepisach prawa i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Przystępujący ponownie podkreślił, że bezsprzecznie w wykazie robót budowlanych/usług wskazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Niemniej jednak z ostrożności procesowej Przystępujący dołączył do odpowiedzi następujące dokumenty potwierdzające :

Załącznik nr 1: Zakres Prac w Gminie Pietrowice

Załącznik nr 2: Protokół NR TNT/NMG/2022-228

Zamawiający w dniu 15 maja 2023 r. zwrócił się do podmiotu na rzecz którego Przystępujący wykonywał roboty wskazane w wykazie (tj. Tauron Nowe Technologie S. A.; dalej „TNT”) z prośbą o potwierdzenie referencji oraz wskazanie zakresu prac realizowanych przez Przystępującego. W odpowiedzi z dnia 16 maja 2023 r. TNT wskazało, że zadanie polegało na dostawie i wymianie opraw oraz rozbudowie fragmentów sieci oświetleniowej. W kolejnej wiadomości z dnia 16 maja 2023 r. Zamawiający zwrócił się do TNT o wskazanie czy serwis gwarancyjny wchodził w zakres zadania, na co tego samego dnia TNT udzieliło odpowiedzi o treści „Serwis nie tylko gwarancja na warunkach ogólnych.”

Oferta Przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza w dniu 22 maja 2023 roku, kiedy to Zamawiający opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, w której wskazano, że oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu i uzyskała największą ilość punktów obliczoną na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SWZ, a Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania i spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu wymagane przez Zamawiającego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

Art. 16 ustawy pzp – „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny”.

Art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp – „Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę,

który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych”

Art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp – „Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”

Art. 226 ust. 1 pkt 2 pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę:*

- a) *podlegającego wykluczeniu z postępowania lub*
- b) *niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;*

Art. 239 ust. 1 pzp – *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie zakresie wynikającym z zarzutu dotyczącego przedstawienia w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Obowiązek wykluczenia wykonawcy z powodu zaistnienia fakultatywnych przesłanek wykluczenia pojawia się wyłącznie wtedy, gdy zamawiający w danym postępowaniu zdecyduje się na ich wprowadzenie. O tym, w jaki sposób taka decyzja ma zostać wyrażona w postępowaniu, decyduje art. 109 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Zgodnie z postanowieniami rozdziału X ust. 2 pkt 3 i 5 SWZ Zamawiający wskazał, że z postępowania wyklucza się Wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych (tj. art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp), a także który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp).

Izba na początku chce wskazać, że stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 8 PrZamPubl, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 10 PrZamPubl, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wymaga zaznaczenia, że lekkomyślność będzie polegać na tym, że wykonawca przedstawia informacje, przewidując możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, ale bezpodstawnie sądzi, że skutku tego uniknie, świadomie łamiąc zasady ostrożności. Natomiast niedbalstwo zachodzi, jeżeli wykonawca nie ma w ogóle wyobrażenia co do możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, choć przy dołożeniu należytej staranności powinien był skutek ten sobie wyobrazić. Przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp nie przewiduje ograniczenia do rażącego niedbalstwa, zatem wystarczy zwykłe niedbalstwo.

W ocenie Izby czynności wyjaśniające, jakie podjął Zamawiający doprowadziły do ustalenia, że w złożonym w przedmiotowym postępowaniu Przystępujący wykazie robót stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ złożył oświadczenie niezgodne ze stanem faktycznym, co w konsekwencji winno skutkować zastosowaniem fakultatywnych przesłanek przewidzianych w rozdziale X ust. 2 pkt 5 SWZ. Zgodnie z oświadczeniem zawartym w wykazie robót, Przystępujący wskazał bowiem, że robota przedstawiona na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż obejmowała modernizację, konserwację i serwis oświetlenia ulicznego. Tymczasem jak wynika z informacji przekazanej przez podmiot na rzecz którego realizowana była przedmiotowa robota (Tauron Nowe Technologie), nie obejmowała ona wymaganego w warunku elementu serwisu oświetlenia.

Na potwierdzenie powyższego, jak również braku w realizacji przedstawianej na potwierdzenie warunku czynności konserwacji oświetlenia, wskazuje treść przedłożonego przez Przystępującego na etapie wyjaśnień dokumentu *Opis Przedmiotu Zamówienia zadanie pn.: „Modernizacja oświetlenia drogowego na terenie gminy Pietrowice Wielkie wraz z rozbudową sieci oświetleniowej”*. W treści tego dokumentu nie znajduje się bowiem jakiegokolwiek wskazanie, aby przedmiot referencyjnej roboty obejmował konserwację czy serwis oświetlenia. Potwierdzeniem powyższej okoliczności jest również treść przedstawionego przez Odwołującego w charakterze dowodu wzoru umowy z firmą Tauron Nowe Technologie S. A. na realizację zadania pn.: *„Modernizacja oświetlenia drogowego na terenie gminy Pietrowice Wielkie wraz z rozbudową sieci oświetleniowej”*, zgodnie z którą, zadanie obejmowało wymianę istniejącej i zabudowę nowej infrastruktury oświetleniowej (§ 1 ust. 1 wzoru umowy z Tauron). Wzór umowy z Tauron w żadnym punkcie nie wskazywał na realizację czynności z zakresu konserwacji oraz serwisu, zaś Przystępujący nie wskazał zapisów które by o tym świadczyły. Przystępujący nie podważał również treści wzoru umowy czy jego zapisów, w związku z czym Izba uznała go za wiarygodny i istotny dla rozstrzygnięcia.

Przystępujący twierdzenie, że ww. zadanie wskazane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu obejmowało czynności konserwacji, wywodził z faktu, że *pracował podczas realizacji tejże umowy na sieciach Tauron, które nie są nowymi sieciami. Podczas wymiany 817 opraw, a także po ich wymianie niejednokrotnie wykonywał czynności naprawcze – konserwacyjne, których trzeba było dokonać, bo np. były uszkodzenia gniazd bezpiecznikowych, urwał się kabel do gniazda lub zacisku itd. Nie była to zatem prosta wymiana opraw, ale również prace konserwacyjne sieci, tam gdzie tego stan danej sieci wymagał; po to by wykonawca po konserwacji mógł dokonać*

wymiany opraw. W opinii K. Electric S.A. są to właśnie prace konserwacyjne. Stanowisko takie nie może zasługiwać na akceptację. Powyższe czynności nie wchodziły bowiem w ocenę Izby – w świetle postanowień wzoru umowy z Tauron oraz OPZ – w zakres odrębnych czynności konserwacyjnych, lecz stanowiły element wykonywanych czynności w zakresie wymiany istniejącej i zabudowy nowej infrastruktury oświetleniowej. Świadczy o tym brzmienie § 1 ust. 4 wzoru umowy z Tauron, zgodnie z którym *ust. 3 (roboty dodatkowe i zamiennie) nie ma zastosowania do robót niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu umowy, których potrzeba wykonania powinna być przewidziana przez działającego w obrocie profesjonalnym wykonawcę już na etapie złożenia oferty lub podpisania umowy w oparciu o przekazane przez Zamawiającego dane, przy uwzględnieniu obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych i administracyjnych, jak również wiedzy technicznej i doświadczenia wykonawcy.* W ocenie Izby przywoływane przez Przystępującego jako czynności z zakresu konserwacji działania stanowiły zatem element prac niezbędnych do wykonania wymiany i montażu nowych elementów oświetleniowych zgodnie z właściwymi przepisami, wiedzą techniczną i doświadczeniem, nie zaś odrębny zakres obejmujący konserwację oświetlenia ulicznego. Izba pragnie w tym miejscu przywołać orzecznictwo sądowe dot. art. 3 pkt 8 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawa Budowlane, które wskazuje, że przez pojęcie bieżącej konserwacji należy rozumieć wykonanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót nie polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, ale mających na celu utrzymanie obiektu budowlanego w dobrym stanie, w celu jego zabezpieczenia przed szybkim zużyciem się, czy też zniszczeniem i dla utrzymania go w celu użytkowania w stanie zgodnym z przeznaczeniem tegoż obiektu. Tak więc bieżącą konserwacją będą prace budowlane wykonywane na bieżąco w węższym zakresie niż roboty budowlane określone jako remont (zob. np. wyrok WSA w Bydgoszczy z 25.02.2020 r., II SA/Bd 941/19, LEX nr 2973873). W świetle powyższego Izba doszła do przekonania, że zadanie wskazane przez Przystępującego w wykazie robót, nie jest obejmowało swoim zakresem – tak jak wymagał warunek postawiony przez Zamawiającego – konserwacji oświetlenia ulicznego.

Izba w świetle analogicznych jak powyżej dowodów uznała także, że zadanie wskazane przez Przystępującego w wykazie robót, nie jest obejmowało swoim zakresem serwisu oświetlenia ulicznego. Zgodnie ze stanowiskiem Przystępującego udzielona w ramach zrealizowanej na rzecz Tauron umowy gwarancja na warunkach ogólnych podczas realizacji zadania pn.: „*Modernizacja oświetlenia drogowego na terenie gminy Pietrowice Wielkie wraz z rozbudową sieci oświetleniowej*” była właśnie serwisem, w ramach której Przystępujący wykonywał wszystkie czynności, które mają na celu wymianę czy też naprawę urządzeń tj. wymieniał wadliwe nie działające oprawy, ale także naprawiał oprawy dostarczając części zamiennie. Zgodnie ze stanowiskiem Przystępującego przy takim przedmiocie zamówienia jak modernizacja oświetlenia/wymiana opraw nie ma dodatkowych czynności podlegających serwisowaniu, a jest to po prostu naprawa urządzeń czy też wymiana urządzeń, które Przystępujący utożsamiał ze sobą. Przedstawione przez Przystępującego stanowisko należy uznać w ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowego postępowania za błędne. W pierwszej kolejności przeczy temu brzmienie wzoru umowy z Tauron oraz OPZ, które nie wskazują na tożsamość serwisu oraz gwarancji. Zaprzeczył tej tożsamości również przedstawiciel podmiotu na rzecz którego Przystępujący realizował referencyjne zadanie. Również składane w tym zakresie przez Przystępującego oświadczenia należy uznać za wewnętrznie sprzeczne. W przedłożonym wykazie wskazał on bowiem, że realizacja zadania zakończona została dnia 31 lipca 2022 r., jednocześnie zaś Przystępujący wskazał, że udzielił gwarancji w zakresie materiałów na okres 96 miesięcy, a tym samym że wykonywał serwis urządzeń w ramach gwarancji przez 96 miesięcy, co oznaczałoby, że zadanie to nadal jest realizowane. Za niepotwierdzające przywoływanych przez Przystępującego okoliczności Izba uznała ponadto przedłożony przez ten podmiot dowód w postaci korespondencji mailowej z przedstawicielami Tauron Nowe Technologie, która ma charakter typowych zgłoszeń gwarancyjnych, natomiast w żadnym stopniu nie potwierdzają wykonania jakichkolwiek czynności, które należałoby zakwalifikować jako serwisu oświetlenia ulicznego. Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby zadanie wskazane przez Przystępującego w wykazie robót, nie jest obejmowało swoim zakresem serwisu oświetlenia ulicznego.

Przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp dopuszcza wykluczenie wykonawcy w sytuacji wprowadzenia w błąd zamawiającego w wyniku zachowań nieumyślnych wykonawcy, tj. lekkomyślności lub niedbalstwa. Lekkomyślność to sytuacja, gdy dłużnik zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, że uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania (A. Gawrońska-Baran (w:) E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, 2022, art. 109).

W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy Przystępującemu można przypisać błędne przekonanie o tym, że spełniał warunek udziału w postępowaniu. Natomiast żaden ze środków dowodowych przedłożonych czy to przez Odwołującego, czy wynikających z dokumentacji postępowania, nie pozwala w sposób jednoznaczny stwierdzić, iż działanie Przystępującego było działaniem intencjonalnym, w sposób zamierzony bądź przynajmniej lekkomyślny, celem wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W postępowaniu doszło do przedstawienia nieprawdziwych informacji w warunkach niedbalstwa wynikającego z niezachowania należytej staranności przy sporządzaniu wykazu robót służącego potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a także odczytywania treści warunku oraz oceny dysponowania odpowiednim doświadczeniem bez zachowania staranności wymaganej od profesjonalisty działającego w danej branży. Ta istotna informacja skutkowałą wadliwym przeprowadzeniem przez zamawiającego procesu oceny oferty Wykonawcy, wyrażającego się przyznaniem jej zawyżonej liczby punktów. Tym samym, przedstawienie w wyniku niedbalstwa nieprawdziwych informacji wprowadziło Zamawiającego w błąd i miało istotny wpływ na czynność oceny oferty Wykonawcy jako spełniającego warunki udziału w postępowaniu, skutkując pierwotnie jej wyborem jako najkorzystniejszej zgodnie z art. 239 Pzp. Zatem skutkiem wprowadzenia w błąd były istotne czynności podjęte zamawiającego jako dalej idące, przewidziane w przepisie, a nie tylko potencjalna możliwość podjęcia takich czynności. Wobec dokonanych ustaleń stwierdzić należy, że ziściła się przesłanka odrzucenia oferty, jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Tym samym oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) Pzp.

Odnosnie zarzutu dot. wadliwej oceny uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 27 kwietnia 2023 r. oświadczenia dotyczące braku podstaw do wykluczenia z Postępowania podmiotu, na którego zasobach polegał - W. H. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Elektrycznych H. niesporna jest okoliczność, że w

odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 kwietnia 2023 r. Przystępujący nie złożył oczekiwanego przez Zamawiającego dokumentu o treści zgodnej z załącznikiem nr 3 do SWZ. Wobec powyższego należy stwierdzić, że ze złożonych oświadczeń w części dot. braku podstaw do wykluczenia lub istnienia takich podstaw nie da się wywieść czy wobec podmiotu udostępniającego zasoby zachodzą podstawy do wykluczenia czy też takie podstawy nie zachodzą. Zamawiający wobec stwierdzonych w wad przedłożonego oświadczenia zastosował postępowanie sanacyjne wobec oferty Przystępującego, jednakże Przystępujący – nie kwestionując za pomocą środków ochrony prawnej czynności Zamawiającego – zaniechał udzielenia Zamawiającemu odpowiedzi na wystosowane w tym zakresie wezwanie do uzupełnienia dokumentu. Należy podkreślić, iż Odwołujący jest podmiotem profesjonalnym, wobec którego wymaga się należytej staranności w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, a miernik tej należytej staranności jest w świetle art. 355 § 2 KC określany z uwzględnieniem zawodowego charakteru tej działalności, jest to więc miernik podwyższony. Złożone oświadczenie winno być złożone w sposób umożliwiający Zamawiającemu jednoznaczne dokonanie oceny istnienia lub braku istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Wykonawca decydując się wziąć udział w sformalizowanym postępowaniu jakim jest postępowanie o udzielenie zamówienia winien działać zgodnie z regułami określonymi ustawą oraz postanowieniami SWZ i zgodnie z wezwaniami Zamawiającego (które nie były w odpowiedniej procedurze kwestionowane). W niniejszej sprawie wypełnione zostały przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp, tj. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Jednocześnie wobec wcześniejszych rozważań Izby w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, powyższe pozostaje bez wpływu na wynik sprawy.

Izba nie rozpoznawała zarzutów ewentualnych z uwagi na uwzględnienie zarzutów głównych i skutki dla postępowania wynikające z ich uwzględnienia.

Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 oraz § 7 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 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).

Przewodniczący: