

WYROK
z dnia 15 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lutego 2022 r. przez odwołującego: **ELES-BUD E. K.-S. z siedzibą w Kobyłce** (ul. Powstańców 4A/2, 05-230 Kobyłka) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto i Gmina Piaseczno** (ul. Kościuszki 5 05-500 Piaseczno),

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Zakład Usług Elektrycznych „Elprzem” M. P. z Konstancina-Jeziorna oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności odrzucenie oferty tego wykonawcy; W pozostałym zakresie odwołanie podlega oddaleniu;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Miasto i Gmina Piaseczno ul. (Kościuszki 5 05-500 Piaseczno)** i:
 - 2.1. 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;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: **Miasto i Gmina Piaseczno ul. (Kościuszki 5 05-500 Piaseczno)** na rzecz odwołującego: **ELES-BUD E. K.-S. z siedzibą w Kobyłce** (ul. Powstańców 4A/2, 05-230 Kobyłka) kwotę 13.600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wpisu od odwołania w kwocie 10.000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 23 lutego 2022 r. przez odwołującego: ELES-BUD E. K.-S. z siedzibą w Kobyłce w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto i Gmina Piaseczno w trybie podstawowym, którego przedmiotem jest „*Naprawa uszkodzonych elementów i urządzeń oświetlenia ulicznego*”. Numer referencyjny: spr.142/2021. Ogłoszenie zostało opublikowane w BZP pod nr 2022/BZP Nr pozycji: 09334614/01 z dnia 2021-12-29.

Odwołujący podał, że wnosi odwołanie wobec podjętych czynności i zaniechań czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu polegających na:

- a) niezgodnym z przepisami ustawy Pzp wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Zakład Usług Elektrycznych „Elprzem” M. P. z Konstancina-Jeziorna (wykonawca Elprzem),
- b) zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy Elprzem” z postępowania, pomimo iż Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
- c) zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy „Elprzem” z postępowania, pomimo iż Zamawiający przewidział w SWZ przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt. 10 ustawy Pzp, a Wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje w zakresie wykazu robót, zaniechaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

II. Wykonawca zarzucił, że czynności podjęte i zaniechane naruszają:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp - zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy „Elprzem” z postępowania, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku z części II pkt. 1 ppkt 2 lit. dl SWZ — co zostało potwierdzone również uzupełnionymi przez Wykonawcę dokumentami na wezwanie Zamawiającego,
- 2) art. 109 ust. 1 pkt. 8 oraz pkt. 10 ustawy Pzp - w związku z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd w zakresie informacji dotyczących realizacji wskazanych w wykazie robót, co ma istotny wpływ na ocenę w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy „Elprzem” jako najkorzystniejszej,
- b) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności nakazanie Zamawiającemu, aby (1) odrzucił ofertę Wykonawcy „Elprzem” z

postępowania, jak również (2) wykluczył tego Wykonawcę z postępowania oraz (3) aby dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu
Także wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

III. Odwołujący wskazał, że *„Z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 18 lutego 2022 roku wynika, że w niniejszym postępowaniu oferty złożyło czterech Wykonawców — przy czym oferta Odwołującego znajduje się na drugim miejscu w zestawieniu złożonych ofert. Zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Zakład Usług Elektrycznych „Elprzem” M. P. (05-520 Konstancin-Jeziorna, ul. Słoneczna 10), a w konsekwencji wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, doprowadziło do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, w tym poprzez narażenie go na szkodę związaną z utratą uzyskania przedmiotowego zamówienia, gdyż to Odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu, zaś oferta aktualnie zwycięskiego Wykonawcy zawiera w sobie błędy skutkujące koniecznością jej odrzucenia z postępowania.”.*

(...)

W uzasadnieniu zarzutów wskazał w szczególności na następujące okoliczności:

Zamawiający w dniu 29 grudnia 2021 roku wszczął przedmiotowe postępowanie publikując ogłoszenie i specyfikację warunków zamówienia. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 18 stycznia 2022 roku. Do wyznaczonego terminu oferty złożyło czterech Wykonawców. W dniu 25 stycznia 2022 roku Zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy „Elprzem”. W dniu 31 stycznia 2022 roku wykonawca ELES-BUD E. K.-S. wniósł odwołanie na powyższą czynność zarzucając Wykonawcy niespełnienie warunku udziału w postępowaniu - które to odwołanie zostało uwzględnione przez Zamawiającego w dniu 10 lutego 2022 roku. Po uwzględnieniu odwołania Zamawiający w ramach ponownego badania i oceny ofert wezwał Wykonawcę „Zakład Usług Elektrycznych „Elprzem” M. P. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Na wezwanie Zamawiającego Wykonawca nie zmienił wykazu robót, a wyłącznie uzupełnił złożone referencje poprzez przedłożenie uzupełnień tych referencji (oba dokumenty z dnia 14 lutego 2022 roku). Powyższe jednakże w żadnym stopniu nie potwierdza, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Mimo tego, Zamawiający w dniu 18 lutego 2022 roku dokonał ponownego wyboru tego Wykonawcy, jako najkorzystniejszej - z czym nie można się zgodzić. Tym samym Zamawiający po raz kolejny dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, mimo że już raz Zamawiający otrzymał odwołanie, w którym wprost wskazano szereg uchybień, i które to odwołanie Zamawiający uwzględnił. Mimo to aktualnie powtórzono analogiczne błędy doprowadzając do niezgodnego z przepisami ustawy wyboru oferty Wykonawcy „Zakład Usług Elektrycznych „Elprzem” M. P..

Zgodnie z treścią SWZ, Zamawiający w niniejszym postępowaniu postawił m.in. następujący warunek (część II pkt. I ppkt 2 lit. d) SWZ): d) *zdolności technicznej lub zawodowej d. I)*

„W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający żąda następujących podmiotowych środków dowodowych:

„Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat wykonał minimum 3 zadania polegające na konserwacji oświetlenia zewnętrznego

•o wartości minimum 200.000,00 zł brutto każde potwierdzone referencjami, protokołami odbioru lub poświadczeniami wykonania, co zostanie wykazane zgodnie ze wzorem stanowiącym zał. nr 4 do SWZ”.

Tym samym, zgodnie z treścią specyfikacji Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat wykonał minimum 3 zadania polegające na konserwacji oświetlenia zewnętrznego wartości minimum 200.000 zł brutto każde potwierdzone referencjami, protokołami odbioru lub poświadczeniami wykonania.

Wykonawca Zakład Usług Elektrycznych „Elprzem” M. P. przedłożył tylko jedną referencję, z której wynika, iż wykonał on usługę w zakresie konserwacji oświetlenia drogowego (referencja z dnia 19 sierpnia 2020 roku).

Pozostałe złożone referencje poświadczają wyłącznie, że Wykonawca ma doświadczenie w budowie czy przebudowie oświetlenia ulicznego - nie zaś w jego konserwacji. Postawiony przez Zamawiającego warunek jest jasny - Wykonawca musi posiadać doświadczenie w konserwacji oświetlenia zewnętrznego. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego konserwacja to „zabiegi mające na celu utrzymanie czegoś w dobrym stanie”, podczas gdy budowa to „tworzenie, organizowanie czegoś”. Czym innym jest zatem wybudowanie, stworzenie czegoś od nowa, a czym innym świadczenie usług utrzymania tego w dobrym stanie — a to właśnie jest przedmiotem niniejszego postępowania przez co również warunek udziału w postępowaniu został skonstruowany w ten właśnie sposób.

Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza nie wykazał, iż posiada doświadczenie w minimum 3 zadaniach polegających na konserwacji oświetlenia zewnętrznego o określonej wartości, przez co Zamawiający nie powinien wybierać jego oferty jako najkorzystniejszej.

Treść warunku nie wzbudzała żadnych wątpliwości Wykonawców, bowiem nie zadano do treści specyfikacji żadnych pytań. Jest to o tyle istotne, że w ramach równolegle prowadzonego postępowania pod numerem 141/2021, w którym oferty złożył zarówno Odwołujący, jak i Wykonawca Zakład Usług Elektrycznych „Elprzem” M. P., ten sam Zamawiający postawił analogiczny, tj. identyczny warunek, o treści: d) zdolności technicznej

lub zawodowej d. l) W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający żąda następujących podmiotowych środków dowodowych:

„Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat wykonał minimum 3 zadania polegające na konserwacji oświetlenia zewnętrznego o wartości minimum 200.000,00 zł brutto każde potwierdzone referencjami, protokołami odbioru lub poświadczeniami wykonania, co zostanie wykazane zgodnie ze wzorem stanowiącym zał. nr 4 do SWZ”.

W postępowaniu tym wpłynęły pytania — w tym pytanie właśnie o treść powyższego warunku. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

Pytanie 2: Czy Zamawiający uzna za spełnienie warunku jeżeli Oferent złoży trzy dowody konserwacja oświetlenia w tym roboty budowlane a między innymi (modernizacja, dobudowa, budowa oraz wymiana oświetlenia) na łączną kwotę w wysokości 300 000,00 tys. zł brutto.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody. Postanowienia SWZ w tym zakresie pozostają bez zmian.

Ten sam Zamawiający, wykonawca stwierdził, w odniesieniu do warunku brzmiącego identycznie, wprost wskazał, że nie dopuści robót na modernizację, dobudowę, budowę oraz wymianę oświetlenia. Stanowi to więc również istotną wskazówkę do niniejszego postępowania, w którym treść postawionego warunku jest tożsama, jak również przystąpili do niego ci sami Wykonawcy (Odwołujący oraz Wykonawca Zakład Usług Elektrycznych „Elprzem” M. P.). Skoro Zamawiający również w niniejszym postępowaniu postawił warunek w którym wskazał, że oczekuje doświadczenia w konserwacji oświetlenia zewnętrznego (a nie w budowie czy przebudowie) to nie może na etapie oceny ofert dopuszczać doświadczenia niebędącego konserwacją. Czym innym jest bowiem doświadczenie w tworzeniu nowej instalacji oświetlenia, gdzie Wykonawca ma projekt, z którego wie gdzie dokładnie i jakie prace będą wykonywane — w tym też wie jaki ma czas na wykonanie określonej realizacji i jakie otrzyma za nią wynagrodzenie. W przypadku niniejszego przedmiotu zamówienia jednak Wykonawca ma działać na istniejącej już infrastrukturze, przy czym dopiero jak pojawi się awaria to wówczas otrzyma on zlecenie na naprawę. Trudno określić jakie prace będą do wykonania, bo to dopiero wyjdzie w trakcie realizacji umowy, w której Wykonawca będzie musiał na bieżąco reagować na awarie i w ramach tego przywracać istniejącą instalację do stanu pierwotnego, nie zaś tworzyć jakąkolwiek instalację od nowa. Ta powtarzająca się usługa i gotowość do jej realizacji jest ponadto rozciągnięta w czasie aż do 31 grudnia 2022 roku. Bezsprzecznie widać więc, że jest to zupełnie innego rodzaju usługa niż budowa nowego oświetlenia — a co za tym idzie zupełnie innego typu doświadczenie.

W konsekwencji Odwołujący już w pierwszym odwołaniu z dnia 31 stycznia 2022 roku wskazał, że trzy z czterech przedłożonych przez Wykonawcę Zakład Usług Elektrycznych „Elprzem” M. P. referencji nie odpowiada treści postawionego w sprawie warunku, bowiem:

1. Poświadczenie z dnia 12 lutego 2018 roku (nr DG.272. I .26.2017) dotyczy budowy; dobudowy, przebudowy i modernizacji oświetlenia - a nie konserwacji tego oświetlenia, a co za tym idzie powołana realizacja nie odpowiada treści postawionego warunku. Dodatkowo przywołana realizacja — jak wynika z treści dokumentu — została wykonana w ramach dwóch różnych Umów (umowa nr DG.272. I .26.2017 oraz umowa nr DG.272. I .27.2017), z których obie umowy dotyczą przebudowy drogi, a wykonanie oświetlenia jest tylko jednym z jej elementów. Tym samym, nawet przy przyjęciu, że przebudowa odpowiadałaby treści warunku (czemu Odwołujący jednakże zaprzecza) to Zamawiający nawet nie wie czy w ramach którejkolwiek z tych umów Wykonawca wykonał oświetlenie na kwotę co najmniej 200 tys. zł brutto. Warunek postawiony przez Zamawiającego wymaga, aby każda usługa była wykonana na kwotę minimum 200 tys. zł brutto — nie zaś dwie umowy łącznie jak wskazano w dokumencie z dnia 12/02/ 2018 roku.

Dodatkowo Zamawiający nie wie również, jaką wartość w ramach poszczególnej umowy przebudowy drogi stanowiło oświetlenie, bowiem dopiero ta wartość będzie odpowiadała treści postawionego warunku w zakresie wartości zadania.

2. Poświadczenie z dnia 12 lutego 2018 roku (nr DG.272.I .28.2017) analogicznie jak powyżej dotyczy budowy, dobudowy, przebudowy i modernizacji oświetlenia - a nie konserwacji tego oświetlenia, a co za tym idzie powołana realizacja nie odpowiada treści postawionego warunku. Dodatkowo przywołana realizacja dotyczy przebudowy drogi, a wykonanie oświetlenia jest tylko jednym z jej elementów, w konsekwencji czego Zamawiający nie wie również, jaką wartość w ramach całej umowy przebudowy drogi stanowiło oświetlenie, bowiem dopiero ta wartość będzie ewentualnie odpowiadała treści postawionego warunku w zakresie wymaganej wartości zadania.

3. Poświadczenie z dnia 22 stycznia 2022 roku dotyczy trzech różnych usług:

- budowy oświetlenia na podstawie umowy nr DG.272.I .20.2021 na kwotę 71.955,00 zł brutto,
- budowy oświetlenia na podstawie umowy nr DG.Ż72.1.13.2021 na kwotę 121 .770,00 zł brutto, wymiany opraw Oświetlenia drogowego na podstawie umowy nr DG.272.2.49.2021.AR na kwotę 87.800,00 zł brutto.

Z powyższego wynika więc, że nie tylko żadna z powyższych realizacji nie jest konserwacją, ale i że żadna z realizacji nie spełnia postawionego warunku w zakresie wartości — bowiem są to trzy różne zadania, na podstawie trzech różnych umów z których żadna nie spełnia

warunku wartości min. 200 tys. zł brutto. Nie ma żadnej podstawy do tego, aby realizacje w ramach trzech powyższych umów sumować w celu wykazania jednego zadania o wartości 295.055,00 zł brutto.

Przedstawiając takie informacje Wykonawca wprowadza Zamawiającego błąd co do tego, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Z powyższego wynikało więc (i jak wskazano w odwołaniu z dnia 31 stycznia 2022 roku) Wykonawca Zakład Usług Elektrycznych „Elprzem” M. P. przedłożył tylko jedną referencję, z której wynika, iż wykonał on usługę w zakresie konserwacji oświetlenia drogowego (referencja z dnia 19 sierpnia 2020 roku).

Pozostałe złożone referencje poświadczają wyłącznie, że Wykonawca ma doświadczenie w budowie czy przebudowie oświetlenia ulicznego — nie zaś w jego konserwacji. W konsekwencji trzy z czterech przedłożonych przez Wykonawcę Zakład Usług Elektrycznych „Elprzem” M. P. referencji nie odpowiadało treści postawionego w sprawie warunku.

Zamawiający uwzględnił złożone odwołanie, unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty oraz wezwał Wykonawcę do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Na wezwanie Zamawiającego Wykonawca przedłożył dwa dokumenty — uzupełnienia poświadczenia, z których wynika, że Wykonawca „w ramach gwarancji dokonywał napraw i konserwacji urządzeń będących przedmiotem gwarancji”. Powyższe jednakże potwierdza, że Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w konsekwencji niezrozumiałym jest ponowy wybór oferty tego Wykonawcy, jako najkorzystniejszej.

Odwołując się do złożonych referencji oraz ich uzupełnienia wskazał, że:

1 . Nadal poświadczenie z dnia 12 lutego 2018 roku (nr DG.272.I .26.2017) dotyczy budowy, dobudowy, przebudowy i modernizacji oświetlenia - a nie konserwacji tego oświetlenia, a co za tym idzie powołana realizacja nie odpowiada treści postawionego warunku. Uzupełnienie powyższej referencji o wskazanie, że Wykonawca realizuje naprawy i konserwacje w zakresie gwarancji nie stanowi o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu. Gwarancja to wyłącznie zobowiązanie do bezpłatnej napraw" lub wymiany wadliwego towaru czy usługi. Konserwacja zaś to zabiegi mające na celu utrzymanie czegoś w dobrym stanie. Nie można utożsamiać tych dwóch pojęć. Idąc tym tokiem rozumowania Zamawiającego do każdej umowy na roboty budowlane można „podpiąć” konserwację i posiadać doświadczenie na ogromne kwoty w zakresie konserwacji (bowiem liczone łącznie w ramach całej umowy, tj. z samą budową) — podczas gdy na rynku istnieją podmioty, które znają się stricte na konserwacji, którą wykonują w ramach umów o wartości co najmniej 200 tys. zł każda (tj. jak w postawionym warunku). Na pierwsza rzut oka wiadomo, że czym innym jest świadczenie sporadycznych napraw w ramach gwarancji na nowo wybudowanym obiekcie, a czym innym

konserwacja wieloletniej infrastruktury. Dodatkowo przywołana realizacja — jak wynika z treści dokumentu i co wskazano już w odwołaniu - została wykonana w ramach dwóch różnych umów (umowa nr DG.272. I .26.2017 oraz umowa nr DG.272. I .27.2017), z których obie umowy dotyczą przebudowy drogi, a wykonanie oświetlenia jest tylko jednym z jej elementów. Tym samym, nawet przy przyjęciu, że naprawy w ramach gwarancji odpowiadają treści warunku to Zamawiający nadal nie wie czy w ramach którejkolwiek z tych umów Wykonawca wykonał konserwację oświetlenia na kwotę co najmniej 200 tys. zł brutto. Warunek postawiony przez Zamawiającego wymaga, aby każda usługa konserwacji była wykonana na kwotę minimum 200 tys. zł brutto, a zatem nie można łączyć kwot wynikających z obu umów, jak również nie można łączyć ich z wartością samej budowy. Zgodnie z warunkiem, 200 tys. zł brutto ma wynosić usługa konserwacji, a nie przebudowy oświetlenia. W uzupełnieniu poświadczenia nie wskazano jaką wartość ma domniemana naprawa i konserwacja urządzeń w ramach gwarancji — a to dopiero to kwota mogłaby stanowić odniesienie do treści postawionego warunku.

2. Poświadczenie z dnia 12 lutego 2018 roku (nr DG.272.I .28.2017) analogicznie jak powyżej dotyczy budowy, dobudowy, przebudowy i modernizacji oświetlenia - a nie konserwacji tego oświetlenia, a co za tym idzie powołana realizacja nie odpowiada treści postawionego warunku. Uzupełnienie powyższej referencji o wskazanie, że Wykonawca realizuje naprawy i konserwacje w zakresie gwarancji nie stanowi o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu. Gwarancja to wyłącznie zobowiązanie do bezpłatnej naprawy lub wymiany wadliwego towaru czy usługi. Konserwacja zaś to zabiegi mające na celu utrzymanie czegoś w dobrym stanie. Nie można utożsamiać tych dwóch pojęć. Dodatkowo przywołana realizacja — jak wynika z treści dokumentu i co wskazano już w odwołaniu - dotyczy przebudowy drogi, a wykonanie oświetlenia jest tylko jednym z jej elementów. Tym samym, nawet przy przyjęciu, że naprawy w ramach gwarancji odpowiadają treści warunku to Zamawiający nadal nie wie czy w ramach tej umowy Wykonawca wykonał konserwację oświetlenia na kwotę co najmniej 200 tys. zł brutto. Warunek postawiony przez Zamawiającego "maga, aby każda usługa konserwacji była wykonana na kwotę minimum 200 tys. zł brutto, a zatem nie można łączyć kwoty wynikania przebudowy z kwotą konserwacji.

3. Analogicznie jak wskazano w odwołaniu, również poświadczenie z dnia 22 stycznia 2022 roku dotyczy trzech różnych usług: • budowy oświetlenia na podstawie umowy nr DG.272.1.20.2021 na kwotę 71.955,00 zł brutto, • budowy oświetlenia na podstawie umowy nr DG.272. I . 13.2021 na kwotę 121.770,00 zł brutto, • wymiany opraw oświetlenia drogowego na podstawie umowy nr DG.272.2.49.2021 .AR na kwotę 87.800,00 zł brutto. Z powyższego wynika więc, że nie tylko żadna z powyższych realizacji nie jest konserwacją, ale i że żadna z realizacji nie spełnia postawionego warunku w zakresie wartości — bowiem

są to trzy różne zadania, na podstawie trzech różnych umów z których żadna nie spełnia warunku wartości min. 200 tys. zł brutto. Nie ma żadnej podstawy do tego, aby realizacje w ramach trzech powyższych umów sumować w celu wykazania jednego zadania o wartości 295.055,00 zł brutto, a zatem niezrozumiałe jest uznanie, że Zamawiający uznaje powyższą usługę jako spełniającą warunek, skoro uwzględnił odwołanie, w którym podnoszony był również ten zarzut. Z powyższego wynika więc, że Wykonawca posiada doświadczenie w najwyżej jednej realizacji zgodnej z treścią warunku (poświadczenie z dnia 19 sierpnia 2020 roku), podczas gdy Zamawiający wymagał co najmniej trzech takich realizacji — i mimo uzupełnienia referencji Wykonawca nadal nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający — mimo iż otrzymał obszerne odwołanie, w którym wskazano szereg uchybień wraz z uzasadnieniem i mimo że odwołanie to uznał (tj. nie dał możliwości, aby zostało rozpoznane przez Krajową Izbę Odwoławczą) w chwili obecnej po raz drugi powtarza te same błędy dopuszczając się świadomego i rażącego naruszenia przepisów ustawy Pzp. Z uwagi na powyższe, wnoszę jak we wstępie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 10. 03.22) wniósł o jego oddalenie. Stwierdził w szczególności, co następuje (cyt.):

Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego udziału w postępowaniu. Wbrew twierdzeniom odwołania, w niniejszej sprawie brak było podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usług Elektrycznych Elprzem M. P..

Bezspornie, Zamawiający uwzględnił odwołanie z dnia 31 stycznia 2022 r. i powtórzył czynności związane z wyborem najkorzystniejszej oferty. Pismem z dnia 10 lutego 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Zakład Usług Elektrycznych Elprzem M. P. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie kryterium udziału w Postępowaniu.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 15 lutego 2022 r. wykonawca Zakład Usług Elektrycznych Elprzem M. P. uzupełnił referencje, przedkładając w załączeniu dwa dokumenty pt. „Uzupełnienie poświadczenia nr DG.272.1.26.2017 z dnia 12 lutego 2018 r.” oraz „Uzupełnienie poświadczenia nr DG.272.1.28.2017 z dnia 12 lutego 2018 r.” sporządzone przez Burmistrza Gminy Konstancin Jeziorna, w treści których wskazano, że w zakresie wymienionym w powołanym poświadczeniu z dnia 12 lutego 2018r. podmiot ten dokonywał napraw i konserwacji urządzeń będących przedmiotem gwarancji. Co ważne, jak wynika z przedłożonych poświadczeń:

- z dnia 12 lutego 2018 r. przedmiotem wskazanych tam zamówień była przebudowa drogi w zakresie urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego poprzez doświetlenie przejść dla pieszych. Dodatkowo, wykonawca ten przedłożył następujące referencje:
- Poświadczenie z dnia 21 stycznia 2022 r. potwierdzające wykonanie przez niego prac polegających na budowie, rozbudowie, konserwacji i modernizacji oświetlenia ulicznego.
- Poświadczenie należytego wykonania zamówienia z dnia 19 sierpnia 2020 r..

Zatem łącznie wykonawca powołał się na cztery referencje (z wymaganych trzech). Zamawiający, po powyższym uzupełnieniu, prawidłowo uznał, że wykonawca Zakład Usług Elektrycznych Elprzem M. P. spełnił warunek udziału w Postępowaniu.

Podał, że twierdzenia odwołania dotyczące treści odpowiedzi udzielonej w odrębnym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, dotyczącego innego przedmiotu, pozostają bez znaczenia dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie. Na marginesie zwracam uwagę, że wnioskowana zmiana zapisu SWZ, której nie uwzględnił Zamawiający w postępowaniu 141/2021, odnosiła się również do zmniejszenia kwoty wartości zamówienia będącego przedmiotem referencji (łącznie 300 tys. brutto a nie 200 tys. każde z nich), co Odwołujący pomija. Niezależnie, postępowanie to zostało unieważnione przez Zamawiającego.

Zdaniem Zamawiającego, wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający w prawidłowy sposób dokonał oceny spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Zwrócić należy uwagę, że zgodnie z treścią art. 112 st. 1 ustawy PZP zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Co do zasady brak jest ustawowej definicji pojęcia „konserwacja oświetlenia”. Ustanowiony w części II pkt 1 ppkt 2 lit. dI SWZ warunek udziału w postępowaniu należy odczytywać z uwzględnieniem specyfiki przedmiotu Zamówienia (wymogów OPZ) i możliwości faktycznego wykazania zdolności wykonawcy do należytego wykonania umowy. Z załączonych dokumentów w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że wybrany wykonawca świadczył na rzecz Gminy Konstancin — Jeziorna usługi z zakresu objętego przedmiotem Zamówienia, co więcej, należycie się z nich wywiązał, brak było zatem podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Przedmiotem zamówienia w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia jest - tak jak stanowi w części I. punkt 3.1) SWZ: (...) *naprawa uszkodzonych elementów i urządzeń oświetlenia ulicznego na terenie Miasta i Gminy Piaseczno, w przypadku uszkodzeń wynikających ze zdarzeń losowych, powodowanych przez żywioły (wichura, pożar, wyładowania atmosferyczne, silne opady deszczu lub śniegu), kolizje drogowe, akty wandalizmu, naturalne zużycie wieloletnią eksploatacją lub jej warunkami. Zadanie IT35, D900 / R90015 / P427*".

Zgodnie z pkt 1. 2) lit. d1 w części II SWZ): (...)

„d) zdolności technicznej lub zawodowej

„d. 1) W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający żąda następujących podmiotowych środków dowodowych:

„Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat wykonał minimum 3 zadania polegające na konserwacji oświetlenia zewnętrznego

• o wartości minimum 200.000,00 zł brutto każde potwierdzone referencjami, protokołami odbioru lub poświadczeniami wykonania, co zostanie wykazane zgodnie ze wzorem stanowiącym zał. nr 4 do SWZ”.

Wykonawca Zakład Usług Elektrycznych „Elprzem” M. P. z Konstancina-Jeziorna (wykonawca Elprzem) w Wykazie robót budowlanych Doświadczenie wykonawcy (zał. Nr 4 do SWZ) wskazał na cztery referencyjne prace: (...)

Roboty na spełnienie warunków określonych	Miejsce, nazwa przedmiotu zamówienia i opis z wyłączeniem zakresu rzeczowego usług (dotyczy spełniania warunku DOŚWIADCZENIE ZAWODOWE)	Nazwa i adres Zamawiającego, dla którego wykonano roboty	Data wykonania robót od* - do*	Wartość brutto robót w zł	Nazwa i adres Wykonawcy robót
	konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie miasta i gminy Konstancin - Jeziora	Urząd Miasta i Gminy Konstancin-Jeziorna ul. Piaseczyńska 77 05-520 Konstancin - Jeziora	01.03.2017 - 31.12.2019	367 744,00 zł	Z.U.E. "ELPRZEM" [redacted] ul. Słoneczna 10 05-520 Konstancin - Jeziora
	budowa, dobudowa, przebudowa i modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie gminy Konstancin Jeziora w 2017 r. - Etap III : doświetlenia 14 przęsk dla pieszych wzdłuż ulicy J.	Urząd Miasta i Gminy Konstancin-Jeziorna ul. Piaseczyńska 77 05-520 Konstancin -	08.09.2017 - 15.12.2017	514 755,00 zł	Z.U.E. "ELPRZEM" [redacted] ul. Słoneczna 10 05-520 Konstancin -

	<i>Piśsudskiego ; doświetlenia 13 przejść dla pieszych wzdłuż ulicy Prusa i Chylińskiej</i>	Jeziorna			Jeziorna
	<i>budowa , dobudowa , przebudowa i modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie gminy Konstancin Jeziorna w 2017 r. – Etap III : doświetlenia 15 przejść dla pieszych wzdłuż ulicy Długiej</i>	Urząd Miasta i Gminy Konstancin-Jeziorna ul. Piaseczyńska 77 05 – 520 Konstancin – Jeziorna	08.09.2017 - 08.02.2018	285 975,00 zł.	Z.U.E. "ELPRZEM" [REDAKTOR] ul. Stoneczna 10 05 – 520 Konstancin - Jeziorna
	<i>budowa , dobudowa , przebudowa , konserwacja i modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie gminy Konstancin Jeziorna - budowa oświetlenia ulicznego , ul. Szpitalna i Graniczna ; budowa oświetlenia ulicznego , ul. Wesoła ; ul. Piaseczyńska 77</i>	Urząd Miasta i Gminy Konstancin-Jeziorna ul. Piaseczyńska 77 05 – 520 Konstancin – Jeziorna	24.08.2021 - 13.12.2021	295 055,00 zł.	Z.U.E. "ELPRZEM" [REDAKTOR] ul. Stoneczna 10 05 – 520 Konstancin - Jeziorna

(...)

W piśmie z dnia 10 lutego 2022 r. skierowanym do wykonawcy: Zakład Usług Elektrycznych „Elprzem” M. P. z Konstancina-Jeziorna w związku z uwzględnieniem odwołania wniesionym przez tego Odwołującego w dniu 31.01.2022 r. Zamawiający podał, że (...) *podjął decyzję o powtórzeniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Z uwagi na uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza zniósła termin posiedzenia wyznaczonego na dzień 10.02.2022r i wyda w przedmiotowej sprawie p stanowienie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron. W wyniku powtórzenia czynności boru oferty najkorzystniejszej Zamawiający postanowił na podstawie art. 274 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych wezwać Państwa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, ponieważ wymagał ich złożenia w ogłoszeniu i dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia, tj.*

Zgodnie z częścią II pkt 1 ust 2 podpunkt dl) W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowe zamawiający żąda następujących podmiotowych środków dowodowych:

Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat wykonał minimum 3 zadania polegające na konserwacji oświetlenia zewnętrznego o wartości minimum 200.000,00 zł brutto każde potwierdzone referencjami, protokołami odbioru lub poświadczeniami wykonania, co zostanie wykazane zgodnie ze wzorem stanowiącym zał. nr 4 do SWZ.

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

Zamawiający uznał 2 referencje przedstawione w załączniku nr 4. tj.

1. Konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie Miasta i Gminy Konstancin-Jeziorna (pozycja 1).

2. Budowa, dobudowa, przebudowa, konserwacja i modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Konstancin Jeziorna (pozycja 4).

Dla spełnienia warunku brakuje 1 zadania polegającego na konserwacji oświetlenia zewnętrznego o wartości minimum 200.000,00 zł brutto. Odwołanie podlega oddaleniu w całości.”

Izba, na marginesie podaje, że podkreślenia i wyboldowanie zamieścił Zamawiający we wskazanym wezwaniu.

W odpowiedzi, wykonawca ELprzem - tak jak wskazał Odwołujący, pomimo wezwania (...) *nie zmienił wykazu robót, a wyłącznie uzupełnił złożone referencje poprzez przedłożenie uzupełnień tych referencji (oba dokumenty z dnia 14 lutego 2022 roku)*. W uzupełnieniach poświadczeń z dnia 14.02.2022 r. do pozycji 2 i 3 Wykazu ich wystawca (Burmistrz Miasta i Gminy Konstancin-Jeziorna) podał: *„że wymieniony w poświadczeniu podmiot w zakresie robót budowlanych wymienionych w przedmiotowym poświadczeniu, w ramach gwarancji, dokonywał napraw i konserwacji urządzeń będących przedmiotem gwarancji”*. Wykonawca w piśmie przewodnim przekazującym te uzupełnienia podał:

„W odpowiedzi na ww. pismo przesyłam uzupełnienie do referencji :

• nr DG.272.1.26.2017 — Budowa, dobudowa, przebudowa i modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie gminy Konstancin — Jeziorna w 2017 r. — etap III : doświetlenie przejść dla pieszych wzdłuż ulicy J. Piłsudskiego, Prusa i Chylickiej za kwotę brutto 514 755,00 zł uzupełniono o konserwację i dokonywanie napraw.

• nr DG.272.1.28.2017 - Budowa , dobudowa , przebudowa i modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie gminy Konstancin Jeziorna w 2017 r. — etap III : doświetlenie przejść dla pieszych wzdłuż ulicy Długiej za kwotę brutto 285 975,00 zł. uzupełniono o konserwację i dokonywanie napraw”.

Izba zgodziła się z Odwołującym, że Zamówień referencyjnych podanych w Wykazie w pozycji 2 i 3 nie można uznać za potwierdzające wymaganie, także po Uzupełnieniu referencji (poświadczeń). Warunek dotyczył bowiem doświadczenia w konserwacji oświetlenia zewnętrznego (na co zwracał uwagę Zamawiający w wezwaniu podkreślając wymaganie) oraz wartości tych prac na kwotę 200 tys. zł każda.

W tym przypadku należało zgodzić się z Odwołującym, że opis warunku nie pozwala na jego rozszerzającą interpretację podaną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Niewątpliwie warunek dotyczył konserwacji oświetlenia zewnętrznego, a nie jego budowy czy rozbudowy. Z uwagi na kontekst tej sprawy, także równoległe prowadzone postępowanie pod numerem 141/2021, w którym oferty złożył zarówno Odwołujący, jak i Wykonawca Zakład Usług Elektrycznych „Elprzem” M. P. z analogicznie sformułowanym warunkiem, co do zdolności technicznej lub zawodowej i postawione co do tego warunku pytanie może stanowić istotną wskazówkę interpretacyjną tego wymagania. Tak jak podnosi Odwołujący zgodnie z odpowiedzią Zamawiający oczekiwał doświadczenia w konserwacji oświetlenia zewnętrznego, a nie w budowie czy przebudowie dróg i tego oświetlenia. Ty samym nie może na etapie oceny ofert rozszerzać warunku i dopuszczać doświadczenia niebędącego konserwacją. Trudno nie zgodzić się z argumentacją Odwołującego, że czym innym jest doświadczenie w tworzeniu nowej instalacji oświetlenia, gdzie wykonawca ma projekt, który dokładnie określa gdzie i jakie prace będą wykonywane — w tym też wie jaki ma czas na wykonanie określonej realizacji i jakie otrzyma za nią wynagrodzenie. W przypadku tego przedmiotu zamówienia wykonawca ma działać na istniejącej już infrastrukturze na zlecenie, gdy pojawi się awaria. W tym przypadku to wykonawca ma zdiagnozować jakie prace będą do wykonania, a ich zakres – zazwyczaj - może być możliwy do ustalenia w trakcie realizacji umowy, w której wykonawca będzie bieżąco reagował na awarie i w ramach tego przywracał istniejącą instalację do stanu pierwotnego, nie zaś tworzył (budował) nową instalację. Izba zgadza się ze stanowiskiem, że pojęcie konserwacja („bieżąca konserwacja”) nie posiada definicji legalnej na gruncie ustawy - Prawo budowlane. Jednakże konstruując taką definicję – jak wskazuje się w doktrynie i w opiniach - w oparciu o powszechnie przyjęte znaczenie tego pojęcia z uwzględnieniem definicji zawartej w Słowniku Języka Polskiego Wydawnictwo Naukowe PWN oraz orzecznictwie – tak: I SA/Po 157/18 - Wyrok WSA w Poznaniu - zbliżone znaczenie zostało nadane pojęciu „naprawa bieżąca” oraz „konserwacja” ze wskazaniem na § 3 pkt 3 i 4 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 16 sierpnia 1999 r. w sprawie warunków technicznych użytkowania budynków mieszkalnych (Dz. U. Nr 74, poz. 836). I tak: *„bieżąca konserwacja – wykonywanie czynności niezbędnych do utrzymania obiektu budowlanego lub jego części w odpowiednim stanie technicznym, tak aby nie ulegał pogorszeniu z powodu codziennej eksploatacji; bieżącą konserwacją można określić roboty*

polegające na wymianie jednych elementów na inne - nowe, bez konieczności odtwarzania stanu pierwotnego, co jest warunkiem koniecznym przy kwalifikowaniu robót budowlanych jako remontu". Z kolei remont został zdefiniowany w ustawie Prawo budowlane (art. 3 pkt 8) jako: (...) wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym".

Wobec powyższych ustaleń i wobec uprzedniego wezwania z dnia 10.02.2022 r. skierowanego do wykonawcy ELprzem uzasadniony jest tym samym wskazywany w odwołaniu zarzut zaniechania odrzucenia tej oferty z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp z powodu nie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie warunku z części II pkt. 1 ppkt 2 lit. dI SWZ — co zostało potwierdzone również uzupełnionymi przez Wykonawcę dokumentami na wezwanie Zamawiającego,

Także według Izby zamówienia referencyjnego z pozycji 4 nie można uznać za potwierdzające wymagany warunek. Poświadczenie z dnia 22 stycznia 2022 r. złożone w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19/01/2022 r. na podstawie art. 274 ust.1 ustawy Pzp - dotyczy trzech różnych usług: (1) budowy oświetlenia na podstawie umowy nr DG.272.1.20.2021 na kwotę 71.955,00 zł brutto; (2) budowy oświetlenia na podstawie umowy nr DG.Ż72.1.13.2021 na kwotę 121 .770,00 zł brutto; (3) wymiany opraw Oświetlenia drogowego na podstawie umowy nr DG.272.2.49.2021.AR na kwotę 87.800,00 zł brutto.

Z powyższego – jak wskazał Odwołujący - wynika, że żadna z powyższych realizacji nie jest konserwacją i żadna z realizacji nie spełnia postawionego warunku w zakresie wartości — bowiem są to trzy różne zadania, na podstawie trzech różnych umów z których żadna nie spełnia warunku wartości min. 200 tys. zł brutto. Opis warunku nie pozwalał, aby realizacje w ramach trzech powyższych umów sumować w celu wykazania jednego zadania o wartości 295.055,00 zł brutto.

Jednakże Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt. 8 oraz pkt. 10 ustawy Pzp - wprowadzenia Zamawiającego w błąd w zakresie informacji dotyczących realizacji wskazanych w wykazie robót, co miało mieć istotny wpływ na ocenę w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. W tym przypadku Izba stwierdza, że według Wykazu oraz dokumentów referencyjnych przedłożonych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19 stycznia 2022 r. jednoznacznie wskazano, jakiego zakresu prac

dotyczy zamówienie referencyjne, a zatem nie można przypisać wykonawcy zamiaru wprowadzenia Zamawiającego w błąd w zakresie informacji dotyczących realizacji wskazanych w Wykazie robót.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437)

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....