

**Sygn. akt: KIO 2806/22**

**WYROK**

**z dnia 7 listopada 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Rafał Malinowski**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2022 r. przez wykonawcę PRO-ECO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Lędziny

przy udziale wykonawcy Erato Energy S. A. z siedzibą w Wysokiej zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie w całości.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
3. Zasądza od odwołującego wykonawcy PRO-ECO Sp. z o. o. z siedzibą w Gdyni na rzecz zamawiającego Gminy Lędziny kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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 2806/22

### Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Lędziny, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest „Poprawa efektywności energetycznej poprzez montaż ogniw fotowoltaicznych na budynkach jednorodzinnych w Gminie Lędziny”, numer referencyjny: BZP.271.5.2022.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 czerwca 2022 r. pod numerem 2022/S 111-310671.

W dniu 24 października 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy PRO – ECO Sp. z o. o. z siedzibą w Gdyni, dalej jako: „Odwołujący”, w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ustawy PZP oraz art. 17 ust. 2 i 3 ustawy PZP poprzez niezgodny z obowiązującymi przepisami wybór najkorzystniejszej oferty ERATO ENERGY S.A.,
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ERATO ENERGY S.A. z powodu niespełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu,

W przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 2 Odwołujący podniósł zarzut nr 2A:

2A: art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ERATO ENERGY S.A. z powodu lekkomyślności lub niedbalstwa, skutkującego przedstawieniem przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd, co ostatecznie skutkowało wyborem oferty ERATO ENERGY S.A. jako najkorzystniejszej.

W przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 2A Odwołujący podniósł zarzut nr 2B:

2B: art. 223 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień wykonawcy ERATO ENERGY S.A. z uwagi na fakt, że przedłożone referencje nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, albowiem Gmina Myszyńiec poinformowała, że w czasie realizacji inwestycji nie brał udziału żaden podwykonawca.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także odrzucenie oferty wykonawcy Erato Energy S. A. z na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP, względnie wykluczenie wykonawcy Erato Energy S. A. na podstawie art.

109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, względnie wezwanie wykonawcy Erato Energy S. A. na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP do złożenia wyjaśnień dotyczących przedłożonych referencji.

#### **Stanowisko Odwołującego:**

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący wskazywał, co następuje:

Odwołujący zwrócił uwagę na treść referencji przedłożonych przez Przystępującego, z których wynika, że jako podwykonawca wykonał 100% inwestycji dla Gminy Myszyniec. W związku z powziętymi wątpliwościami Odwołujący skierował zapytanie do Gminy, która poinformowała, że do realizacji inwestycji nie został zgłoszony żaden podwykonawca. Powyższe zdaniem Odwołującego prowadzi do wniosku, że Przystępujący tak naprawdę nie wykonał żadnego zadania na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a tym samym nie wykazał ich spełniania.

Jak kontynuował Odwołujący, nawet w przypadku uznania, że Przystępujący wykonał roboty ujęte w przedłożonych referencjach to i tak powinien zostać wykluczony z postępowania albowiem w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd. Zamawiający uznał bowiem, że Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą. Wykonawca winien zostać wykluczony bez możliwości uzupełnienia i/lub poprawienia dokumentów.

W związku z tym, że Gmina Myszyniec potwierdziła, że żaden podwykonawca nie został zgłoszony, nie ma możliwości wykonania inwestycji jako podwykonawca, tym samym Przystępujący przedstawił (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd.

#### **Stanowisko Zamawiającego:**

Pismem procesowym z dnia 3 listopada 2022 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, stanowisko w sprawie zajął Zamawiający, wnosząc o jego oddalenie.

Zdaniem Zamawiającego postawione w treści odwołania zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie z następujących względów.

Jak wskazywał Zamawiający przedłożone referencje w sposób jednoznaczny potwierdzały spełnienie warunku udziału w postępowaniu poprzez posiadanie odpowiedniego doświadczenia. Zamawiający nie miał również żadnych wątpliwości co do wiarygodności i rzetelności wystawionych przez FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. referencji potwierdzających fakt, iż przystępujący realizował zadania w ramach podwykonawstwa.

Jak kontynuował Zamawiający przedłożone przez Odwołującego informacje i pismo Gminy Myszyniec nie jest żadnym dowodem nieprawdziwości dokumentów przedłożonych przez

Przystępującego. Podkreślił również, że już po wyborze najkorzystniejszej oferty i po złożeniu przez Pro-Eco Sp. z o.o. odwołania w niniejszym postępowaniu, Zamawiający pozyskał dodatkowe wyjaśnienia z firmy FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. i Erato Energy S.A., co do tego, iż przystępujący faktycznie nie był zgłaszany formalnie do postępowania prowadzonego przez Gminę Myszyniec jako podwykonawca, niemniej jednak oba podmioty potwierdzają fakt wykonania zamówienia w gminie Myszyniec przez podwykonawcę Erato Energy S.A.

Zamawiający dodał również, że z uwagi na przedmiot zamówienia powoływanego w referencjach nie było obowiązkiem głównego wykonawcy formalne zgłaszanie podwykonawców, albowiem również sama umowa nie przewidywała takiego obowiązku. Brak zgłoszenia podwykonawcy w trakcie realizacji zamówienia publicznego nie przekreśla możliwości wystawienia referencji przez głównego wykonawcę na podwykonawcę i nie pozbawia doświadczenia jakie nabył podwykonawca Erato Energy S.A. w spornym postępowaniu.

Podsumowując Zamawiający dodał, że również pozostałe zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Erato Energy S. A. z siedzibą w Wysokiej, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystąpienie wpłynęło w terminie, a Przystępujący wskazał na interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpił. Spełnione zostały również pozostałe warunki formalne, a zatem zgłoszone przystąpienie należało uznać za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. przede wszystkim w oparciu o dokumentację przedmiotowego postępowania, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy.

W trakcie postępowania odwoławczego złożone zostały również następujące dowody:

Odwołującego:

- a) wiadomość e-mailowa Odwołującego z dnia 18 października 2022 r. i odpowiedź z tego samego dnia wraz z załącznikiem Gminy Myszyniec,
- b) wiadomość e-mailowa Odwołującego z dnia 2 listopada 2022 r.,
- c) wiadomość e-mailowa Gminy Myszyniec z dnia 3 listopada 2022 r.,
- d) załącznik do wiadomości e-mailowej Gminy Myszyniec z dnia 3 listopada 2022 r.,
- e) informacja z dnia 12 września 2020 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej,

[https://myszyniec.nowoczesnagmina.pl/?p=document&action=show&id=8509&bar\\_id=5470](https://myszyniec.nowoczesnagmina.pl/?p=document&action=show&id=8509&bar_id=5470)

- f) Biuletyn informacyjny Gminy Myszyniec nr 5 (grudzień 2019 roku),
- g) Skonsolidowany raport roczny/kwartalny grupy kapitałowej TECH INVEST GROUP S.A. za rok obrotowy 2019, za III kwartał 2019 r., za I kwartał 2020 r., za II kwartał 2020 r.,
- h) Wydruk ze strony internetowej Gminy Myszyniec nr 1 i nr 2 oraz wydruk ze strony internetowej Powiatu Ostrołęckiego,

<https://www.myszyniec.pl/inwestycje/533-wzrost-udzia%C5%82u-odnawialnych-%C5%BAr%C3%B3de%C5%82-energii-w-og%C3%B3lnej-produkcji-energii-na-terenie-gminy-myszyniec>

[https://myszyniec.nowoczesnagmina.pl/?p=document&action=show&id=8841&bar\\_id=5755](https://myszyniec.nowoczesnagmina.pl/?p=document&action=show&id=8841&bar_id=5755)

<https://powiatostrolecki.pl/1769/wzrost-udzialu-oze-na-terenie-gminy-myszyniec.html>

Dowody przedłożone przez Odwołującego miały potwierdzać następujące okoliczności:

- 1) Realizowanie inwestycji w gminie Myszyniec przez wykonawcę FlexiPower, a nie przez wykonawcę Erato Energy,
- 2) Istnienie nieścisłości w referencjach przedłożonych przez Przystępującego,
- 3) Datę zawarcia umowy pomiędzy FlexiPower a gminą Myszyniec,
- 4) Brak informacji w BIP o wykonywaniu inwestycji przy udziale podwykonawcy,
- 5) Brak wykazania przychodów z inwestycji realizowanej dla gminy Myszyniec w sprawozdaniach finansowych Przystępującego.

Przystępującego:

- a) Faktury wystawiane między poprzednikiem prawnym Przystępującego a podmiotem wystawiającym referencję na okoliczność realizacji inwestycji przez Przystępującego

Izba rozpatrując sprawę oparła się tylko na niektórych dowodach, z uwagi na to, że nie wszystkie z nich były przydatne do wydania rozstrzygnięcia, co znajdzie wyraz w treści uzasadnienia.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Poprawa efektywności energetycznej poprzez montaż ogniw fotowoltaicznych na budynkach jednorodzinnych w Gminie Lędziny”, numer referencyjny: BZP.271.5.2022.

Pismem z dnia 19 września 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Erato Energy S. A. do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym m. in. wykazu dostaw wraz z dowodami określającymi, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący przedłożył niezbędne dokumenty wiadomością e-mailową z dnia 29 września 2022 r. Następnie Zamawiający pismem z dnia 3 października wezwał do wyjaśnień dotyczących wykazu. W wykazie wskazano 270 wykonanych instalacji, a referencje odnosiły się do 269 instalacji, co wzbudziło wątpliwości Zamawiającego. Wiadomością z 4 października 2022 r. Przystępujący przedłożył poprawiony wykaz.

Zgodnie z treścią przedmiotowego wykazu:

Lp.	Rodzaj dostawy (ilość instalacji/moc)	Daty i miejsce wykonywania (od dzień/miesiąc/rok do dzień/miesiąc/rok)	Podmiot, na rzecz którego wykonano dostawę (pełna nazwa i adres podmiotu będącego stroną umowy)	Nr załącznika do Wykazu w postaci dowodu określającego czy te usługi zostały wykonane należycie (np. referencje)
1	2	3	4	5
1.	269 instalacji fotowoltaicznych o mocy od 1,36 kWp do 16,66	02.09.2019-29.02.2020 Gmina Myszyniec	Flexipower Group Sp. z o. o. Sp. k.	Zał. 1

	kWp			
--	-----	--	--	--

W referencjach przedłożonych przez podmiot Flexipower Group Sp. z o. o. Sp. k. wskazano, że „*Erato Energy S. A. ul. Fiołkowa 3, 52-200 Wysoka w okresie od dnia 02.09.2019 r. – 29.02.2020 r. wykonała jako podwykonawca, na nasze zlecenie 269 instalacji fotowoltaicznych na budynkach prywatnych gospodarstw domowych i budynkach użyteczności publicznej w gminie Myszyniec. Zadanie obejmowało przygotowanie dokumentacji projektowej oraz dostawę i montaż kompletnych instalacji fotowoltaicznych: (...).*

*Całkowity koszt inwestycji wyniósł 4 577 920,00 zł brutto.*

*Erato Energy S. A. zrealizowała powyższe zadanie terminowo, z należytą starannością oraz zgodnie ze sztuką budowlaną. Polecamy firmę jako solidnego dostawcę i wykonawcę instalacji fotowoltaicznych”.*

Zgodnie z informacją z 14 października 2022 r. za najkorzystniejszą w postępowaniu została wybrana oferta firmy Erato Energy S. A. otrzymując 100 punktów. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu z 93,30 punktami.

W okresie od 18 października 2022 r. do 3 listopada 2022 r. Odwołujący prowadził z Gminą Myszyniec korespondencję elektroniczną dotyczącą inwestycji, na którą Przystępujący powoływał się w wykazie dostaw oraz referencjach tj. inwestycji pn. „Budowa instalacji OZE na terenie gminy Myszyniec – dostawa i montaż instalacji solarnych oraz instalacji fotowoltaicznych w ramach zadania „Wzrost udziału odnawialnych źródeł energii w ogólnej produkcji energii na terenie gminy Myszyniec z podziałem na część I i II. W ramach kierowanych odpowiedzi Gmina Myszyniec udzieliła Odwołującemu następujących informacji, wskazując że:

*„Wykonawca FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. w formularzu ofertowym złożonym w ramach ww. postępowania oświadczył, iż nie zamierza powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcom. W trakcie realizacji umowy Wykonawca nie zgłosił Zamawiającemu udziału podwykonawcy w realizacji zadania”.* (wiadomość z dnia 18 października 2022 r.)

*„Zakres zamówienia obejmujący dostawę i montaż instalacji fotowoltaicznych realizował wykonawca – FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. Gmina Myszyniec nie zawierała umowy z wykonawcą ERATO ENERGY S. A. na realizację ww. zamówienia. Gmina Myszyniec nie*

wystawiła referencji Wykonawcy – FlexiPower Group Sp. z o. o. Sp. k., dotyczących realizacji ww. zamówienia”. (wiadomość z 3 listopada 2022 r.).

Pismem z dnia 20 października 2022 r. Przystępujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 19 października 2022 r., przekazał Zamawiającemu informację, że był podwykonawcą inwestycji o nazwie „Wzrost udziału odnawialnych źródeł energii w ogólnej produkcji energii na terenie gminy Myszyniec”. Jednocześnie poinformował, że Erato Energy S.A. nie była oficjalnie zgłoszonym podwykonawcą firmy Flexipower Group sp. z o.o. sp.k.

Pismem z tego samego dnia firma FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. poinformowała Zamawiającego, że Firma Erato Energy S.A. nie była oficjalnie zgłoszonym podwykonawcą firmy FlexiPower Group sp. z o.o. Sp. k. przy realizacji inwestycji na terenie gminy Myszyniec. Niemniej firma Erato Energy wykonywała prace montażowe w związku z realizacją wyżej wymienionej inwestycji w zakresie wskazanym w referencjach wystawionych w dniu 22.04.2022 r.

Zgodnie z treścią SWZ:

Rozdział VI punkt 2.2:

*„Zamawiający wykluczy z postępowania Wykonawcę w przypadkach, o których mowa w art. 109 ust.1 ustawy (fakultatywne przesłanki wykluczenia) tj. Wykonawcę:*

*10: 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.”*

Rozdział VI punkt 3.3:

*„Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał zadania polegające na dostawie w raz z montażem minimum 30 instalacji fotowoltaicznych, o mocy min. 2 kWp każda.”*

**Izba zważyła, co następuje:**

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP:

Przedmiotowy zarzut niemal w całości opiera się na informacji uzyskanej przez Odwołującego od Gminy Myszyniec, a dotyczącej braku zgłoszenia jakiegokolwiek podwykonawstwa przy realizacji inwestycji, na którą Przystępujący powoływał się w ramach wykazywania niezbędnego doświadczenia, a której nie był generalnym wykonawcą. Odwołujący wywodzi z powyższej informacji, że skoro Przystępujący nie został zgłoszony jako podwykonawca to należy uznać, że nie wykonał on żadnego zadania w ramach



powoływanej inwestycji, a tym samym nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem Izby powyższe twierdzenie jest nieuprawnione z następujących względów.

Po pierwsze, zdaniem Izby, zaniechanie zgłoszenia podwykonawcy do inwestora (instytucji zamawiającej), nie wyklucza możliwości powoływania się przez takiego niezgłoszonego podwykonawcę na doświadczenie zdobyte w ramach realizacji określonej inwestycji. Zgłoszenie podwykonawcy i akceptacja umowy z podwykonawcą przez zamawiającego nie warunkują ważności umowy podwykonawczej, a doświadczenie zdobyte w ramach tak realizowanej umowy nie może być podważone tylko z tego względu, że podwykonawca nie został zgłoszony zamawiającemu.

Mając zatem na uwadze powyższy pogląd, dla uwzględnienia odwołania Odwołujący musiałby wykazać, że Przystępujący faktycznie nie wykonywał prac, na które powoływał się w wykazie, a tym samym przedstawił Zamawiającemu informacje niezgodne z prawdą. Zdaniem Izby Odwołujący nie sprostął ciężarowi wykazania powyższej okoliczności. Z korespondencji z Gminą Myszyniec, powoływanej przez Odwołującego jako dowód, nie wynika nic więcej niż to, że zadanie realizowane było przez FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k., który to podmiot miał status wykonawcy zadania z uwagi na to, że oferta przez niego złożona została wybrana za najkorzystniejszą, a następnie została podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zdaniem Izby wyciąganie z ww. korespondencji wniosku, że Przystępujący nie wykonywał żadnych prac na inwestycji realizowanej dla Gminy Myszyniec, jest zbyt daleko idące. Skoro bowiem Przystępujący nie był oficjalnie zgłoszonym podwykonawcą – co jest w sprawie bezsporne, to Gmina Myszyniec mogła nie posiadać informacji o podmiocie faktycznie wykonującym prace.

Również pozostałe dowody, zdaniem Izby, nie wykazują okoliczności, na które zostały w szczególności powołane, tj. że Przystępujący nie realizował prac, na które powoływał się w ramach przedkładanego wykazu i referencji. W szczególności za takie nie mogą zostać uznane raporty finansowe, które dotyczą innego podmiotu niż Przystępujący, a zatem są nieprzydatne do wydania rozstrzygnięcia w sprawie. Również informacji ze stron BIP Izba nie uznała za wiarygodne w zakresie ustalenia okoliczności, który podmiot faktycznie wykonywał prace w Gminie Myszyniec. Faktem notoryjnym jest, że w tego typu informacjach z reguły podmioty publiczne podają informacje o wykonawcy zadania, z którym została podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego. Kwestia podwykonawstwa i dalszego podwykonawstwa jest pomijana lub tak jak w niniejszej sprawie, Zamawiający mógł nie mieć wiedzy na temat podwykonawcy prac.

Z powyższych względów, zdaniem Izby, zarzut zasługiwał na oddalenie.

Zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP:

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.

Odwołujący przedmiotowy zarzut opiera na tym, że w przedłożonych przez Przystępującego referencjach wskazane zostało, iż wykonał on jako podwykonawca inwestycję na terenie Gminy Myszyniec, co jednak nie jest prawdą, gdyż żaden podwykonawca nie został zgłoszony, a zatem nie ma możliwości wykonania inwestycji jako podwykonawca. Tym samym, zdaniem Odwołującego, Przystępujący przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż pojęcie „podwykonawcy” nie zostało wprost zdefiniowane w ustawie PZP. W art. 7 pkt 27 ustawy PZP objaśniono jedynie czym jest „umowa o podwykonawstwo”, przez którą należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane innego niż zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia. Można zatem na podstawie ww. definicji wnioskować, że podwykonawcą jest jedna ze stron umowy o podwykonawstwo, tj. podmiot, który zobowiązuje się wykonać odpowiedni zakres zamówienia zamiast wykonawcy.

Przy czym, zdaniem Izby, dla zaistnienia stosunku podwykonawstwa nie jest koniecznym zgłoszenie podwykonawstwa zamawiającemu. Podwykonawcą zamówienia publicznego będzie również podmiot, który nie został zamawiającemu zgłoszony. Jak zostało wskazane wcześniej, zgłoszenie podwykonawcy i akceptacja umowy z podwykonawcą przez zamawiającego nie warunkują ważności umowy podwykonawczej. Dla zaistnienia stosunku podwykonawstwa kluczowym jest zlecenie przez wykonawcę realizacji określonych prac podwykonawcy. Niedokonanie zgłoszenia podwykonawstwa nie warunkuje istnienia tego stosunku, który należy rozpatrywać jedynie na płaszczyźnie zlecający>przyjmujący zlecenie. Z tego względu, podanie informacji o zrealizowaniu określonego zamówienia w formie podwykonawstwa, pomimo braku formalnego zgłoszenia zamawiającemu, nie jest informacją wprowadzającą w błąd. Podwykonawcą jest bowiem także podmiot niezgłoszony zamawiającemu.

Dodatkowo należy mieć na uwadze, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny. Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (art. 534 ust. 1 ustawy PZP). Zdaniem Izby Odwołujący nie przedstawił jednoznacznych dowodów na to, że informacje podawane przez Przystępującego były nieprawdziwe i nie wykonał on inwestycji, na którą powoływał się w wykazie. Z kolei Przystępujący przedstawił dowody przeciwnie, potwierdzające że inwestycję tę realizował – faktury VAT.

Z powyższych względów zarzut zasługiwał na oddalenie.

Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy PZP:

Zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy PZP wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Powyższe oznacza, że podstawą wyroku są okoliczności faktyczne ustalone na dzień wyrokowania. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że pozyskał on dodatkowe wyjaśnienia od Przystępującego i wystawcy referencji co do tego, iż Przystępujący faktycznie nie był zgłaszany formalnie do postępowania prowadzonego przez Gminę Myszyniec jako podwykonawca, niemniej jednak oba podmioty potwierdzają fakt wykonania zamówienia w gminie Myszyniec przez podwykonawcę Erato Energy S.A. Powyższe ma potwierdzenie w dokumentacji postępowania, która jest w dyspozycji Izby (pisma z dnia 20 października 2022 r.). Z tego względu zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy PZP jest bezprzedmiotowy, gdyż Zamawiający uzyskał dodatkowe wyjaśnienia jeszcze przed wniesieniem odwołania w sprawie, potwierdzające ww. okoliczności i de facto spełniające żądanie odwołania w tym zakresie.

Zarzut naruszenia art. 239 ustawy PZP w zw. z art. 17 ust. 2 i 3 ustawy PZP, jako zarzut wynikowy dla pozostałych zarzutów, które zostały oddalone, także podlegał oddaleniu.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 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:** .....