

WYROK

z dnia 17 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2022 r. przez wykonawcę FB-JELCZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chwaszczynie, w

postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Gmina Miasta Gdańska z siedzibą w Gdańsku, działająca również w imieniu i na rzecz:

1. Gdańskiej Infrastruktury Wodociągowo-Kanalizacyjnej Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku,
2. Polskiej Spółki Gazownictwa Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę FB-JELCZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chwaszczynie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę FB-JELCZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chwaszczynie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy FB-JELCZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w

Chwaszczynie na rzecz zamawiającego - Gmina Miasta Gdańska z siedzibą w Gdańsku, działająca również w imieniu i na rzecz: 1. Gdańskiej Infrastruktury Wodociągowo-Kanalizacyjnej Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, 2. Polskiej Spółki Gazownictwa Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w

Tarnowie - kwotę 574 zł 00 gr (słownie: pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z noclegu i dojazdu na

posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 2605/22

#### Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miasta Gdańska z siedzibą w Gdańsku, działająca również w imieniu i na rzecz: 1. Gdańskiej Infrastruktury Wodociągowo-Kanalizacyjnej Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, 2. Polskiej Spółki Gazownictwa Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest przebudowa i rozbudowa dróg i infrastruktury podziemnej wraz z zagospodarowaniem terenu układu drogowego dla obszaru ulic: Chłodna, Sempolowskiej, Królikarnia oraz Reduta Dzik w Gdańsku w ramach projektu pn.: „Rewitalizacja Dolnego Miasta i Placu Wałowego wraz ze Starym Przedmieściem w Gdańsku.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 3 października 2022 r. wykonawca FB-JELCZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chwaszczynie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

1. odrzuceniu oferty odwołującego, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy P.z.p., pomimo że odwołujący:

1) złożył w Standardowym Formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: „JEDZ”) oświadczenie dotyczące braku podstaw do wykluczenia i spełnieniu wymaganych kryteriów kwalifikacji, w tym posiadania zdolności technicznej i zawodowej, a zamawiający pominął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, wezwania odwołującego, jako wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych;

2) spełnił wymagania z ust. VI cz. C pkt 3 lit. e specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) przedkładając zamawiającemu referencje i wykaz robót potwierdzających należyte wykonanie przez odwołującego w okresie ostatnich 6 lat zamówienia na rzecz SANHA Sp. z o.o. obejmującego swoim zakresem budowę lub przebudowę sieci gazowej o długości nie mniejszej niż 100 mb;

3) uzupełnił podmiotowe środki dowodowe, dokumenty i oświadczenia na skutek wezwania zamawiającego z dnia 2 sierpnia 2022 r. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. w postaci przedłożenia oświadczenia wraz z referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie przez odwołującego w okresie ostatnich 6 lat zamówienia na rzecz Przedsiębiorstwa Instalacyjno-Budowlanego „BORSKI” Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni obejmującego swoim zakresem budowę lub przebudowę sieci gazowej o długości nie mniejszej niż 100 mb, zaś elementy i oświadczenia obejmujące wykaz robót znajdowały się w piśmie przewodnim odwołującego, a zamawiający nie wezwał odwołującego do uzupełnienia lub poprawienia przedmiotowego wykazu robót w sytuacji, gdy pierwotne wezwanie zamawiającego było wadliwe i z tego powodu nie umożliwiło odwołującemu uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych zgodnie z wolą zamawiającego;

2. w konsekwencji powyższej czynności - unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy P.z.p., pomimo braku rzeczywistego wystąpienia przesłanek do obligatoryjnego unieważnienia postępowania.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 112 ust. 1 i 2, art. 116 ust. 1 i 2, art. 134 ust. 1 pkt 8 i 9 i art. 16 pkt 1,2, i 3 ustawy P.z.p. w zw. z pkt. VI cz. C pkt 3 lit. e SWZ poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że:

- a. postanowienia SWZ nie odwoływały się w zakresie pojęcia „sieć gazowa” do definicji legalnej zawartej w § 2 pkt 27 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 26 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać sieci gazowe i ich usytuowanie (Dz. U. z 2013 r. poz. 640) - w przeciwieństwie np. do pojęcia "droga" (pkt VI cz. C pkt 3 lit. a SWZ);
- b. złożony przez odwołującego wykaz robót wraz z referencjami wystawionymi przez SANHA sp. z o.o., dołączonymi do oferty, spełniał kryteria podmiotowych środków dowodowych określone w pkt. VI cz. C pkt 3 lit. e SWZ i potwierdzał należyte wykonanie przez odwołującego w okresie ostatnich 6 lat zamówienia obejmującego swoim zakresem budowę lub przebudowę sieci gazowej o długości nie mniejszej niż 100 mb obejmowało swoim zakresem budowę lub przebudowę sieci gazowej, ponieważ objęte nimi instalacje gazowe stanowiły element sieci gazowej;
- c. to zamawiającego obarczają konsekwencje wynikające z nieprecyzyjnego określenia warunków udziału w postępowaniu w SWZ;
- d. sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności jest stosowanie przez zamawiającego innych niż określone w SWZ warunków udziału w postępowaniu, w tym poprzez odnoszenie się do definicji legalnych, do których SWZ nie odsyłało.

Względnie (na wypadek nie uznania przez Izbę wyżej wymienionego zarzutu):

2. art. 226 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 126 ust. 1, art. 127 ust. 2 i art. 139 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że:

- a. zamawiający, naruszając zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania, nie wezwał odwołującego, jako wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, podczas gdy odwołujący złożył w JEDZ oświadczenie dotyczące braku podstaw do wykluczenia i spełnienia wymaganych kryteriów kwalifikacji, w tym posiadania zdolności technicznej i zawodowej - co prowadziło do pozbawienia odwołującego możliwości ponownego złożenia wykazu robót, który mógłby być następnie uzupełniany na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p.;
- b. skutki niezgodnego z prawem działania zamawiającego nie mogą prowadzić do negatywnych konsekwencji dla wykonawcy;

względnie (na wypadek nie uznania przez Izbę wyżej wymienionego zarzutu):

3. art. 226 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 128 ust. 1 i 4 oraz art. 134 ust. 1 pkt 8 i 9 i art. 16 pkt 1 i 3 ustawy P.z.p. w zw. z pkt. VI cz. C pkt 3 lit. e i pkt. XX SWZ poprzez odrzucenie oferty

odwołującego w sytuacji, w której:

- a. odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 2 sierpnia 2022 roku przedstawił dodatkowe podmiotowe środki dowodowe wykazujące spełnianie wymagań z pkt. VI cz. C pkt 3 lit. e SWZ w postaci oświadczenia zawartego w piśmie przewodnim wraz z referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie przez odwołującego w okresie ostatnich 6 lat zamówienia na rzecz Przedsiębiorstwa Instalacyjno-Budowlanego „BORSKI” Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni obejmującego swoim zakresem budowę lub przebudowę sieci gazowej o długości nie mniejszej niż 100 mb;
- b. wykaz robót stanowiący Załącznik nr 6 do SWZ stanowi jedynie wzór oświadczenia, na co wskazuje bezpośrednio nazwa załącznika zawarta w pkt. XX SWZ;
- c. elementy i oświadczenia obejmujące wykaz robót znajdowały się w piśmie przewodnim

odwołującego i w przedłożonych referencjach, stąd działanie zamawiającego stanowi wyłącznie nieuzasadniony formalizm, sprzeczny z zasadą proporcjonalności.

Mając powyższe na uwadze, odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego;
- 2) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 3) wyboru oferty złożonej przez odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej;
- 4) ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia wniosku zawartego w pkt. 3 - dokonania ponownej kwalifikacji podmiotowej odwołującego, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu;

2. Zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego, zgodnie z przepisami lub według wykazu kosztów, jeżeli zostanie złożony podczas rozprawy.

Odwołujący podniósł, że ma interes w uzyskaniu zamówienia. Szczegółowa analiza dokumentów przedłożonych przez odwołującego prowadzi do wniosku, że brak odrzucenia oferty odwołującego skutkowałby uznaniem oferty odwołującego za najkorzystniejszą. W tym przypadku nie byłyby również spełnione przesłanki do unieważnienia postępowania. Powyższe prowadzi do wniosku, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, który wyraża się właśnie w możliwości pozyskania świadczenia, będącego przedmiotem zamówienia w ramach przedmiotowego postępowania.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 października 2022 roku zamawiający wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości.
2. zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 13 kwietnia 2022 r. opublikowane zostało przez zamawiającego ogłoszenie o zamówieniu na roboty budowlane polegające na przebudowie i rozbudowa dróg i infrastruktury podziemnej wraz z zagospodarowaniem terenu układu drogowego dla obszaru ulic: Chłódna, Sempołowskiej, Królikarnia oraz Reduta Dzik w Gdańsku (numer referencyjny: 66/BZP-U.500.21.2022/KW).

Dowód: ogłoszenie o zamówieniu

W pkt. VI cz. C pkt 3 lit. e SWZ wskazano, że:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie wcześniej niż w okresie ostatnich 6 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali należycie: co najmniej jedno zamówienie obejmujące swoim zakresem budowę lub

przebudowę sieci gazowej o długości nie mniejszej niż 100 mb.

Dowód: specyfikacja warunków zamówienia

W postępowaniu wpłynęły 3 oferty:

- 1) odwołującego,
- 2) Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie,
- 3) WODKAN G. Sp. z o.o. w Kartuzach

Dowód: protokół postępowania o udzielenie zamówienia

Wraz z ofertą odwołujący złożył wykaz robót budowlanych, sporządzony na wzorze stanowiącym Załącznik nr 6 do SWZ, z którego wynikał m.in. rodzaj robót (wykonany zakres rzeczowy), oświadczenie czy zamówienie obejmowało swoim zakresem budowę lub przebudowę sieci gazowej, długość sieci gazowej w mb, datę wykonania (zakończenia) wartość zamówienia brutto w zł, data wykonania (zakończenia), miejsce wykonania oraz podmiot, na rzecz którego robota została wykonana. Do wykazu zostały dołączone referencje wystawione przez SANHA sp. z o.o.

Dowód: oferta odwołującego

Pismem z dnia 2 sierpnia 2022 r. zamawiający wskazał, co następuje:

Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska jako Zamawiający, wzywa Państwa do:

1) na podstawie art. 139 ust. 2 ustawy Pzp do złożenia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie wskazanym przez Zamawiającego, na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia JEDZ, wymienionego w ust. VI lit. E pkt 3 ppkt 1) SWZ;

(...)

5) na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień odnośnie treści złożonych przez wykonawcę referencji z dnia 11.05.2022 r. dotyczących robót polegających na wykonaniu instalacji gazowej na rzecz przedsiębiorstwa SANHA Sp. z o.o. i wykazu robót w zakresie dotyczącym warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w ust. VI część C pkt 3 lit. e) SWZ poprzez wskazanie, czy w ramach w/w zadania, o którym mowa w referencjach, Wykonawca wykonał budowę lub przebudowę sieci gazowej o długości nie mniejszej niż 100 mb ewentualnie do złożenia poprawionego wykazu robót wraz z dowodami określającymi, czy roboty wskazane w poprawionym wykazie w zakresie w/w warunku udziału zostały wykonane należycie, przy czym dowodami tymi 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;

Zgodnie z ust. VI cz. "C" pkt 3 lit. e) SWZ, o udzielenie zamówienia może ubiegać się

wykonawca, który nie wcześniej niż w okresie ostatnich 6 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie m.in. co najmniej jedno zamówienie obejmujące swoim zakresem budowę lub przebudowę sieci gazowej o długości

nie mniejszej niż 100 mb.

W celu wykazania spełniania w/w warunku, wykonawca złożył referencje z dnia 11 maja 2022 r. wystawione przez SANHA Sp. z o.o. W treści referencji wskazano, że Wykonawca wykonał „instalację gazową o długości 186 mb”.

Równocześnie w treści złożonego wykazu robót, w zakresie dotyczącym warunku

określonego wyżej, w odpowiedzi na pytanie „Czy zamówienie obejmowało swoim zakresem budowę lub przebudowę sieci gazowej?” Wykonawca udzielił odpowiedzi : „TAK” i w dalszej kolumnie „Długość sieci gazowej w mb” Wykonawca wskazał „186” to jest liczbę wskazaną w treści referencji jako długość instalacji gazowej.

Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 26 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać sieci gazowe i ich usytuowanie (Dz.U. 2013 poz. 640) pojęcie „sieć gazowa” jest odmienne od „instalacja gazowa”. Warunek udziału dotyczy niezbędnego doświadczenia w budowie lub przebudowie sieci gazowej, tym samym doświadczenie w budowie lub przebudowie instalacji gazowej tego warunku nie spełnia.

Mając na uwadze powyższe, koniecznym jest sformułowanie wezwania jak wyżej, przy czym ewentualnie Wykonawca ma możliwość złożenia poprawionego wykaz robót w w/w zakresie wraz z dowodami o których mowa wyżej, wskazując na doświadczenie w zakresie innych robót, które to doświadczenie będzie spełniało wymagania określone w SWZ.

Dowód: pismo z 2 sierpnia 2022 roku

W odpowiedzi na wezwanie odwołujący złożył pismo z dnia 16 sierpnia 2022 roku, w którym stwierdził, co następuje:

Firma FB-JELCZ Sp. z o.o. w odpowiedzi na pismo nr BZP-U/2022/KW z dnia 02.08.2022r., dotyczącego złożenia wyjaśnień, przesyła stosowne dokumenty, w odniesieniu do:

a) punktu 1 pisma: Składamy oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnieniu warunków udziału w postępowaniu - załączamy wypełniony dokument JEDZ,

b) punktu 2 pisma: Składamy wymagany podmiotowy środek dowodowy - załączamy informację z Krajowego Rejestru Karnego dla FB-JELCZ Sp. z o.o. w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 4) ustawy PZP, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego, aktualne na dzień złożenia,

c) punktu 3 pisma: Składamy wymagany aktualny na dzień złożenia podmiotowy środek dowodowy - przekazujemy podpisane elektronicznie zaświadczenie Naczelnika Urzędu Skarbowego, aktualny na dzień jego złożenia,

d) punktu 4 pisma: Załączamy uzupełnione referencje od firmy WODEWIL, zawierające szczegółowe informacje, w tym informacje o budowie sieci wodociągowej z rur PE 160, o długości 228 mb., które stanowią potwierdzenie spełnienia warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu,

e) Punktu 5 pisma: Załączamy referencje od Przedsiębiorstwa Instalacyjno-Budowlanego „BORSKI” (wykonanie przebudowy sieci gazowej), potwierdzające wykonanie należycie m.in. co najmniej jednego zamówienia obejmującego swoim zakresem budowę lub przebudowę sieci gazowej o długości nie mniejszej niż 100 mb.

Odwołujący złożył inne referencje (dotyczące innego zadania - wystawione w dniu 8 grudnia 2021 r. przez Przedsiębiorstwo Instalacyjno - Budowlane „BORSKI” Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni). Odwołujący nie złożył wraz z tymi innymi referencjami poprawionego wykazu robót, który zawierałby oświadczenia wykonawcy dotyczące spełnienia warunku udziału w ww. zakresie w odrębnym dokumencie.

Zgodnie z art. 139 ustawy P.z.p. postępowanie stanowiło tzw. „procedurę odwróconą”,

a kwalifikacja podmiotowa wykonawców miała nastąpić po badaniu i ocenie ofert. W pkt VI cz. C ust. 5 SWZ przewidziano, że wykonawca nie jest obowiązany do złożenia wraz z ofertą oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy (Jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia). Zamawiający przewidział możliwość żądania tego oświadczenia wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.

Dowód: specyfikacja warunków zamówienia

W dniu 16 sierpnia 2022 r. odwołujący złożył JEDZ obejmujący oświadczenia

dotyczące braku podstaw do wykluczenia i spełnienia wymaganych kryteriów kwalifikacji, w tym posiadania zdolności technicznej i zawodowej.

W dniu 21 września 2022 roku, za pośrednictwem strony internetowej, zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy P.z.p. oraz oferty Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p., oraz o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy P.z.p.

Uzasadniając czynność odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający wskazał, co następuje:

Oferta złożona przez Wykonawcę - FB-JELCZ Sp. z o.o., ul. Polna 45, 80-209 Chwaszczyno podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp. Wykonawca wraz z ofertą złożył m.in. wykaz robót oraz referencje celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z ust. VI cz. "C" pkt 3 lit. e) SWZ, o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który nie wcześniej niż w okresie ostatnich 6 lat, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie m.in. co najmniej jedno zamówienie obejmujące swoim zakresem budowę lub przebudowę sieci gazowej o długości nie mniejszej niż 100 mb.

W celu wykazania spełnienia w/w warunku, wykonawca złożył referencje z dnia 11 maja 2022 r. wystawione przez SANHA Sp. z o.o. W treści referencji wskazano, że Wykonawca wykonał

„instalację gazową o długości 186 mb”.

Równocześnie w treści złożonego wykazu robót, w zakresie dotyczącym warunku określonego

wyżej, w odpowiedzi na pytanie „Czy zamówienie obejmowało swoim zakresem budowę lub przebudowę sieci gazowej?” Wykonawca udzielił odpowiedzi : „TAK” i w dalszej kolumnie „Długość sieci gazowej w mb” Wykonawca wskazał „186” to jest liczbę wskazaną w treści referencji jako długości instalacji gazowej.

Zgodnie z przepisami prawa, w tym z §2 pkt 27) rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 26 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać sieci gazowe i ich usytuowanie oraz Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, pojęcie „sieć gazowa” jest odmienne od „instalacja gazowa”. Warunek udziału dotyczy niezbędnego doświadczenia w budowie lub przebudowie sieci gazowej, tym samym doświadczenie w budowie lub przebudowie instalacji gazowej tego warunku nie spełnia.

W świetle powyższego, Wykonawca został wezwany pismem z dnia 02.08.2022r. na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp między innymi do złożenia wyjaśnień odnośnie treści złożonych przez wykonawcę referencji z dnia 11.05.2022 r. dotyczących robót polegających na wykonaniu instalacji gazowej na rzecz przedsiębiorstwa SANHA Sp. z o.o. i wykazu robót w zakresie dotyczącym warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w ust. VI część C pkt 3 lit. e) SWZ poprzez wskazanie, czy w ramach w/w zadania, o którym mowa w referencjach, Wykonawca wykonał budowę lub przebudowę sieci gazowej o długości nie mniejszej niż 100 mb, ewentualnie do złożenia poprawionego wykazu robót wraz z dowodami określającymi, czy roboty wskazane w poprawionym wykazie w zakresie w/w warunku udziału zostały wykonane należycie, przy czym dowodami tymi 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.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca nie udzielił wyjaśnień w zakresie w/w referencji, składając inne referencje (dotyczące innego zadania - wystawione w dniu 8 grudnia 2021 r. przez Przedsiębiorstwo Instalacyjno - Budowlane „BORSKI” w Gdyni), przy czym Wykonawca nie złożył wraz z tymi innymi referencjami poprawionego wykazu robót, który zawierałby oświadczenia wykonawcy dotyczące spełnienia warunku udziału w w/w zakresie. W związku z powyższym, wobec nieprzedłożenia wykazu, Wykonawca nie wykazał spełnienia

wymaganego w SWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej. Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 1) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy:

„W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych:

1) 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;”.

Podobnie w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału wskazuje cz. VI lit. „C” ust. 1 pkt 1 SWZ.

Podmiotowym środkiem dowodowym celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej jest zatem zasadniczo wykaz, a referencje stanowią jedynie potwierdzenie należytego wykonania danego zamówienia (tak: KIO w

uzasadnieniu wyroku z dnia 7 września 2009 r. w sprawie o sygn. KIO/UZP 1092/09). Wezwanie z art. 128 ust. 1 Pzp jest zaś wezwaniem jednokrotnym (tak: KIO w uzasadnieniu

wyroku z dnia 29 czerwca 2021 r. w sprawie KIO 1649/21 jak również w uzasadnieniu wyroku z dnia 1 lipca 2021 r. w sprawie KIO 1676/21).

Wobec powyższego, zachodziła podstawa do odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust.

1 pkt 12 w zw. z art. 112 ust. 1 i 2, art. 116 ust. 1 i 2, art. 134 ust. 1 pkt 8 i 9 i art. 16 pkt 1,2, i 3 p.z.p. w zw. z pkt. VI cz. C pkt 3 lit. e SWZ poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że postanowienia SWZ nie odwoływały się w zakresie pojęcia „sieć gazowa” do definicji legalnej zawartej w § 2 pkt 27 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 26 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać sieci gazowe i ich usytuowanie (Dz. U. z 2013 r. poz. 640) - w przeciwieństwie np. do pojęcia "droga" (pkt VI cz. C pkt 3 lit. a SWZ).

W ocenie Izby wskazany wyżej zarzut należy uznać za spóźniony. Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p., odwołanie wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Czynność zamawiającego,

polegająca na wezwaniu odwołującego do złożenia wyjaśnień treści referencji z dnia 11 maja 2022 r. dotyczących robót polegających na wykonaniu instalacji gazowej na rzecz przedsiębiorstwa SANHA Sp. z o.o. i wykazu robót w zakresie dotyczącym warunku udziału w postępowaniu miała miejsce w dniu 2 sierpnia 2022 roku. W tym też dniu odwołujący mógł zapoznać się z przyjętą przez zamawiającego interpretacją sformułowań „sieć gazowa” i „instalacja gazowa”, która to interpretacja referowała do definicji tych pojęć zawartych w rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 26 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać sieci gazowe i ich usytuowanie (Dz.U. 2013 poz. 640). O ile odwołujący nie zgadzał się z przyjętą przez zamawiającego wykładnią w tym zakresie, winien był wnieść odwołanie na treść otrzymanego wezwania w terminie liczonym od dnia 2 sierpnia 2022 roku. Termin ten, zgodnie z treścią art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p., upłynął bezskutecznie w dniu 12 sierpnia 2022 roku. Podniesienie w tym zakresie zarzutu w odwołaniu z dnia 3 października 2022 roku należy uznać za spóźnione.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust.

1 pkt 12 w zw. z art. 112 ust. 1 i 2, art. 116 ust. 1 i 2, art. 134 ust. 1 pkt 8 i 9 i art. 16 pkt 1,2, i 3 p.z.p. w zw. z pkt. VI cz. C pkt 3 lit. e SWZ złożony przez odwołującego wykaz robót wraz z referencjami wystawionymi przez SANHA sp. z o.o., dołączonymi do oferty, spełniał kryteria podmiotowych środków dowodowych określone w pkt. VI cz. C pkt 3 lit. e SWZ i potwierdzał należyte wykonanie przez odwołującego w okresie ostatnich 6 lat zamówienia obejmującego swoim zakresem budowę lub przebudowę sieci gazowej o długości nie mniejszej niż 100 mb obejmowało swoim zakresem budowę lub przebudowę sieci gazowej, ponieważ objęte nimi instalacje gazowe stanowiły element sieci gazowej.

Izba wskazuje, że odwołujący w sposób bezpodstawny powołuje się na definicję sieci zawartą w ustawie z dnia zawartą w art. 3 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (Dz. U. z 2022 r. poz. 1385). Podkreślić należy, że wskazana regulacja nie zawiera definicji „sieci gazowej” ani „instalacji gazowej”, ale sieci (art. 3 pkt 11) i instalacji (art. 3 pkt 10). W sytuacji, w której odwołujący miał wątpliwości w zakresie rozumienia tych pojęć, zgodnie z art. 135 ust. 1 ustawy P.z.p., służyło mu uprawnienie do zwrócenia się do zamawiającego z wnioskiem z wyjaśnieniem treści SWZ bądź też wniesienie odwołania na jej treść, przy czym wniosek o wyjaśnienie należy złożyć do zamawiającego przed terminem składania ofert, natomiast odwołanie - w terminie liczonym od dnia upublicznienia SWZ, co w rozpoznawanym przypadku miało miejsce w dniu 13 kwietnia 2022 roku. Podnoszenie zastrzeżeń w tym zakresie w odwołaniu, którego zarzuty skupiają się na czynności odrzucenia oferty odwołującego, należy uznać za spóźnione.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut art. 226 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 112 ust. 1 i 2, art. 116 ust. 1 i 2, art. 134 ust. 1 pkt 8 i 9 i art. 16 pkt 1,2, i 3 ustawy P.z.p. w zw. z pkt. VI cz.

C pkt 3 lit. e SWZ poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że to zamawiającego obarczają konsekwencje wynikające z nieprecyzyjnego określenia warunków udziału w postępowaniu w SWZ oraz że sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności jest stosowanie przez zamawiającego innych niż określone w SWZ warunków udziału w postępowaniu, w tym poprzez odnoszenie się do definicji legalnych, do których SWZ nie odsyłało.

Izba nie dostrzega w treści SWZ nieprecyzyjnego określenia warunków udziału w postępowaniu. Izba podkreśla, że przedmiotem zamówienia jest m.in. budowa i przebudowa

sieci gazowej. Jest to materia regulowana przez przepisy rozporządzenia z dnia 28 grudnia 2009 r., nie zaś jakiegokolwiek innego aktu prawnego. Podkreślenia wymaga, że odwołujący, jako profesjonalista przy realizacji robót objętych zamówieniem, nie powinien mieć problemów ze zidentyfikowaniem regulacji mających zastosowanie przy realizacji robót z poszczególnych branż wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. A w sytuacji, gdy takie wątpliwości po jego stronie istniały, mógł - jak to już wyżej wskazano - skorzystać z przysługujących mu uprawnień mających na celu wyjaśnienie postanowień SWZ lub ich zmianę. Zaniechania odwołującego w tym zakresie nie mogą obciążać zamawiającego.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 126 ust. 1, art. 127 ust. 2 i art. 139 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez

odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że zamawiający, naruszając zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania, nie wezwał odwołującego, jako wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10

dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, podczas gdy odwołujący złożył w JEDZ oświadczenie dotyczące braku podstaw do wykluczenia i spełnieniu wymaganych kryteriów kwalifikacji, w tym posiadania zdolności technicznej i zawodowej - co prowadziło do pozbawienia odwołującego możliwości ponownego złożenia

wykazu robót, który mógłby być następnie uzupełniany na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz że skutki niezgodnego z prawem działania zamawiającego nie mogą prowadzić do negatywnych konsekwencji dla wykonawcy.

Zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W myśl art. 128 ust. 1, ustawy P.z.p., 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.

Odwołujący wraz z ofertą złożył podmiotowe środki dowodowe w postaci wykazu robót i referencji na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w ust. VI cz. C pkt 3 lit. e SWZ. Zamawiający odstąpił zatem od obowiązku wzywania wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy P.z.p. Jednocześnie uznał, że złożone środki dowodowe nie potwierdzają, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i wezwał odwołującego, na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy P.z.p., do złożenia wyjaśnień odnośnie treści złożonych przez wykonawcę referencji z dnia 11.05.2022 r. dotyczących robót polegających na wykonaniu instalacji gazowej na rzecz przedsiębiorstwa SANHA Sp. z o.o. i wykazu robót w zakresie dotyczącym warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w ust. VI część C pkt 3 lit. e SWZ.

W ocenie Izby odwołujący bezzasadnie podniósł jako podstawę zarzutu, naruszenie art. 127 ust. 2 ustawy P.z.p. Zamawiający nie zaniechał bowiem wezwania odwołującego do złożenia wykonawców na podstawie art. 127 ust. 2 ustawy P.z.p., zgodnie z którym wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność. W szczególności konstatacja taka nie wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający również w odpowiedzi na odwołanie nie potwierdził, iż korzystał z tego przepisu.

Abstrahując od tego, czy zamawiający był uprawniony do tego, by zaniechać wezwania odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy P.z.p., Izba wskazuje, że informację o tym, że zamawiający odstąpił od tego wezwania odwołujący powziął już w dniu 2 sierpnia 2022 roku. W tym bowiem dniu zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień dotyczących referencji i wykazu, ewentualnie do złożenia poprawionego wykazu i nowych referencji, wskazując - jako podstawę wezwania - art. 128 ust. 1 i 4 ustawy P.z.p. Jeżeli odwołujący kwestionował tę czynność, twierdząc, że zamawiający bezpodstawnie pominął wezwanie na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy P.z.p., winien był w stosownym terminie, liczącym od dnia otrzymania wezwania, wnieść odwołanie na czynności i zaniechania zamawiającego w tym zakresie. Odwołujący takiego odwołania wówczas nie wniósł, natomiast podniósł zarzut w tym zakresie dopiero wówczas, gdy okazało się, że zamawiający odrzucił jego ofertę z powodu niezłożenia wykazu. Wydaje się, że jest to ze strony odwołującego próba przywrócenia terminu na dokonanie czynności, której nie dokonał w sposób prawidłowy. Podniesiony w tym zakresie zarzut i przytoczoną argumentację należy uznać za spóźnione i niezastępujące na uwzględnienie.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 128 ust. 1 i 4 oraz art. 134 ust. 1 pkt 8 i 9 i art. 16 pkt 1 i 3 ustawy P.z.p. w zw. z pkt. VI cz. C pkt 3 lit. e i pkt. XX SWZ poprzez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, w której:

- a. odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 2 sierpnia 2022 roku przedstawił dodatkowe podmiotowe środki dowodowe wykazujące spełnianie wymagań z pkt. VI cz. C pkt 3 lit. e SWZ w postaci oświadczenia zawartego w piśmie przewodnim wraz z referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie przez odwołującego w okresie ostatnich 6 lat zamówienia na rzecz Przedsiębiorstwa Instalacyjno-Budowlanego „BORSKI” Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni obejmującego swoim zakresem budowę lub przebudowę sieci gazowej o długości nie mniejszej niż 100 mb;
- b. wykaz robót stanowiący Załącznik nr 6 do SWZ stanowi jedynie wzór oświadczenia, na co wskazuje bezpośrednio nazwa załącznika zawarta w pkt. XX SWZ;
- c. elementy i oświadczenia obejmujące wykaz robót znajdowały się w piśmie przewodnim odwołującego i w przedłożonych referencjach, stąd działanie zamawiającego stanowi wyłącznie nieuzasadniony formalizm, sprzeczny z zasadą proporcjonalności.

Zgodnie z § 9 pkt 1 ppkt 1 rozporządzenia z dnia 23 grudnia 2020 roku w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415), podmiotowym środkiem dowodowym potwierdzającym spełnianie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, jest „wykaz 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 roboty budowlane zostały wykonane należyście, 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.

Wykaz dostaw jest dokumentem sporządzanym przez wykonawcę. Stanowi jego oświadczenie w zakresie wskazanym rozporządzeniem i uszczegółowionym przez zamawiającego. Izba podziela stanowisko odwołującego, iż informacje, których wymaga zamawiający w wykazie w danym postępowaniu nie muszą być zamieszczone w dokumencie sporządzonym dokładnie według wzoru znajdującego się w dokumentacji postępowania, niemniej jednak złożony dokument winien zawierać wszystkie informacje, jakich podania wymagał zamawiający we wzorze wykazu.

Odwołujący podniósł, że informacje, jakie były wymagane w wykazie, znalazły się w jego piśmie przewodnim z dnia 16 sierpnia 2022 roku oraz w referencjach wystawionych przez Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane „BORSKI”.

Ze stanowiskiem odwołującego nie sposób się zgodzić. W stanowicym jego oświadczenie piśmie z dnia 16 sierpnia 2022 roku nie znalazły się wszystkie informacje, które wykonawcy mieli obowiązek zawrzeć w wykazie. W piśmie nie ma informacji dotyczącej terminu wykonania zamówienia.

Informacja taka jest natomiast w złożonych referencjach. Jednakowoż referencje stanowią inny rodzaj dokumentu i nie mogą zastępować wykazu lub analogicznego dokumentu składanego przez wykonawcę. W szczególności dokument referencji wystawiony jest przez inny podmiot niż wykonawca i nie może zastąpić oświadczenia wykonawcy.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, iż działanie zamawiającego stanowi przykład nadmiernego formalizmu, Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego istotnie cechuje się dość wysokim formalizmem. Niemniej jednak, jak słusznie określa judykatura m. in. w wyroku w Sądzie Okręgowym w Gliwicach z 23 lutego 2007 roku sygn. akt: X Ga 23/07/za, formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad ustawy P.z.p. Zachowanie

formalizmu pozwala przede wszystkim na stosowanie jednakowych zasad wobec wszystkich

uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jest niezbędne dla prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku

postępowania oraz na podstawie § 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: .....