Sygn. akt: KIO 225/23

WYROK z dnia 8 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2023 r. przez odwołującego: K. L. Przedsiębiorstwo Budowlano Inżynieryjne (ul. Kolejowa 62 34-115 Łączany) w

postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Trasa Łagiewnicka S.A. (ul. Zbrojarzy 78, 30-412 Kraków),

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: K. L. Przedsiębiorstwo Budowlano Inżynieryjne (ul. Kolejowa 62 34-115 Łączany)i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: Trasa Łagiewnicka S.A. (ul. Zbrojarzy 78, 30-412 Kraków) kwotę 796 zł 00 gr (słownie: siedemset dziewięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 225/23

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 24 stycznia 2023 r. przez wykonawcę K. L. Przedsiębiorstwo Budowlano Inżynieryjne (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Trasa Łagiewnicka S.A. z siedzibą w Krakowie na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], którego przedmiotem jest: „Bieżące utrzymanie infrastruktury odwodnienia na odcinku drogowym Trasa Łagiewnicka w Krakowie" Nr sprawy: WP.271.18 .2 2. JJ. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 2022/BZP 00485415 z dnia 2022-12-08.

(…)

V. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców;

2) art. 17 ust. 2 Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady legalizmu, ponieważ zamówienia udziela się wykonawcy wybranego zgodnie przepisami ustawy;

3) art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) i c) Pzp poprzez zaniechanie obowiązku odrzucenia oferty Wykonawcy, mimo że nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożył podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełniania warunków udziału w postępowaniu.

VI. Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

2) Odrzucenia oferty Wykonawcy Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne A. K. na podstawie Art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) i c) Pzp

3) Ponownego zbadania i dokonania oceny ofert złożonych w postępowaniu;

4) Dokonanie wyboru oferty Odwołującego (…)

Odwołujący ponadto wskazał:

„IV. Zgodnie z art. 505 pkt. 1 Pzp przesłanką wniesienia odwołania jest to, by składający odwołanie posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Wskazana przesłanka została spełniona w niniejszym stanie faktycznym.

1) Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów i tym samym posiada legitymację niezbędną do dochodzenia swoich praw, zgodnie z art. 505 Pzp.

2)Odwołujący jest Wykonawcą biorącym udział w przedmiotowym postępowaniu, który ubiega się o udzielenie zamówienia.

3) Naruszenie przepisów Pzp – wybór oferty jako najkorzystniejszej, złożonej przez Wykonawcę: Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne A. K., (…). Odwołujący w toku oceny ofert uzyskał drugi wynik, ustępując wyłącznie Wykonawcy Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne A. K. . □ Dowód Nr 1: Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 19.01.2023 r. Wskutek uznania zarzutów niniejszego odwołania – odrzucenie oferty Wykonawcy Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne A. K. - oferta Odwołującego musiałaby zostać najwyżej oceniona i przy spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, wybrana jako najkorzystniejsza. Szkoda będzie polegać na tym, że Odwołujący pomimo poniesionych kosztów przygotowania oferty i udziału w postępowaniu nie nabędzie nowych zdolności co może utrudnić uzyskanie zamówień w przyszłości. Objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody polegającej m.in. na uniemożliwieniu Odwołującemu uzyskania i realizacji zamówienia. . (…)

W uzasadnieniu zarzutów podał w szczególności:

Uwagi ogólne.

Zgodnie z dyspozycją art. 16 pkt. 1), 2) i 3) Pzp Zamawiający jest zobowiązany do

prowadzenia postępowania w sposób zapewniający konkurencję, proporcjonalnie i przejrzyście.

II. Przebieg postępowania.

1. W terminie wyznaczonym na złożenie ofert, czyli do dnia 16 grudnia 2022 r. złożono dwie oferty.

2. Przed terminem otwarcia ofert Zamawiający oświadczył, iż na sfinansowanie zamówienia przeznaczył 541 200,00 PLN brutto.

3. Ceny ofert przedstawiały się następująco:

Nr oferty	Nazwa Wykonawcy	Cena oferty brutto (PLN)
1.	Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne A. K. Świńczów 15, 32-043 Skała, NIP: 6771066247	492 447,41
2.	K. L. Przedsiębiorstwo Budowlano Inżynieryjne ul. Kolejowa, nr 62, 34-115 Łączany, NIP: 5512505384	503 0,06

4. Wykonawca Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne A. K. Świńczów 15, 32-043 Skała, zwany dalej „Wykonawcą” obok dokumentów wymaganych na etapie składania ofert załączył do oferty podmiotowe środki dowodowe w postaci:

1) wykaz usług 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 usługi zostały wykonane należycie – wg zał. nr 8 do SWZ (wzór);

2) wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – wg zał. nr 9 do SWZ (wzór)

3) wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami – wg zał. nr 10 SWZ

4) oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu (wzór) – wg. zał. nr 13 do SWZ

□ Dowód Nr 3: Oferta Wykonawcy Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne A. K. (…)

5. W dniu 3 stycznia 2023 r. Zamawiający działając na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp wezwał Wykonawcę Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne A. K. do złożenia podmiotowych środków dowodowych w postaci: dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną w kwocie co najmniej 500 000,00 zł.

Jednocześnie Zamawiający, działając na podstawie art. 128 Pzp zwrócił się o wyjaśnienie i uzupełnienie złożonych dokumentów w zakresie załącznika nr 8 do SWZ tj. czy w ramach wskazanych prac realizowany był zakres określony pkt. III.1 SWZ, w zakresie utrzymania infrastruktury odwodnienia wraz z przedłożeniem dokumentów potwierdzających ten zakres (referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego zostały usługi wykonane). Dowód Nr 4: Wezwanie do złożenia dokumentów z dnia 03.01.2023 r.

6. W dniu 8 stycznia 2023 r. (data dokumentu 07.01.2023) w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne A. K., składa:

1) Podmiotowy środek dowodowy w postaci skanu gwarancji bankowej potwierdzający ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia

2) Pismo w zakresie załącznika nr 8 do SWZ tj. referencje potwierdzające realizację prac określonych w pkt. III.1. w obszarze utrzymania infrastruktury odwodnienia. Dowód Nr 5: Pismo Wykonawcy z dnia 08.01.2023 r. (wraz z załącznikami w postaci skanu gwarancji oraz referencji).

7. W dniu 9 stycznia 2023 r. Zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp oraz art. 128 ust. 1 Pzp wzywa do złożenia wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych (referencji) w zakresie rozbieżności czasowych. Dowód Nr 6: Wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 09.01.2023 r.

8. W dniu 12 stycznia 2023 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca składa wyjaśnienia, w których przyznaje do wskazania błędnych informacji w zakresie dat uwzględnionych w treści referencji. Jednocześnie Wykonawca składa, bez uprzedniego wezwania do uzupełnienia dokumentu, nowy wykaz usług wraz z dowodami w postaci referencji

□ Dowód Nr 7: Pismo Wykonawcy z dnia 12.01.2023 r. (wraz z załącznikami w postaci nowego wykazu usług wraz z referencjami odnoszącymi się do złożonego wykazu)

9. Pismem z dnia 19 stycznia 2023 r. działając na podstawie art. 253 ust. 1 i 2Pzp poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej i zamieścił informacje na stronie prowadzonego postępowania. □ Dowód Nr 1: Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 19.01.2023 r.

III. Zarzut dotyczący prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady przejrzystości;

Zamawiający zgodnie z zapisami rozdziału X ust. 1 SWZ wskazał, że przed udzieleniem zamówienia, wzywa Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie - nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania - aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych wymienionych poniżej: a) oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu (wzór) – wg. zał. nr 13 do SWZ

b) wykaz usług 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 usługi zostały wykonane należycie – wg zał. nr 8 do SWZ (wzór);

c) wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – wg zał. nr 9 do SWZ (wzór)

d) wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie

do dysponowania tymi zasobami – wg zał. nr 10 SWZ

e) dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną w kwocie co najmniej 500 000,00 zł.

Wskazany zapis SWZ jest odzwierciedleniem przepisu art. 274 ust. 1 Pzp, który obliguje Zamawiającego do skierowania wezwania do Wykonawcy najwyżej ocenionego o złożenie podmiotowych środków dowodowych, jeżeli były wymagane w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Wbrew zapisom SWZ oraz przepisom Pzp Zamawiający nie skierował do Wykonawcy najwyżej ocenionego - Usługi

Ziemne Wodno-Kanalizacyjne A. K. - wezwania do złożenia wszystkich podmiotowych środków dowodowych jakich wymagał zgodnie z Warunkami Zamówienia, a jedynie do złożenia tych dokumentów jakie Wykonawca Usługi Ziemne WodnoKanalizacyjne A. K. nie załączył wraz z ofertą. Co prawda istnieje pogląd, że kierowanie wezwań do wykonawcy, w sytuacji, gdy zamawiający jest już w posiadaniu wskazanych podmiotowych środków dowodowych, jest zbytnim formalizmem, wydłużającym postępowanie i nie mającym podstawy w obowiązującym stanie prawnym, jednak w przypadku zaistnienia takiej sytuacji Zamawiający powinien wezwać Wykonawcę do potwierdzenia ich aktualności na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp. Powyższe twierdzenie potwierdza dyspozycja art. 127 ust. 2 Pzp (który w myśl art. 266 Pzp. znajduje zastosowanie do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne), który stanowi, iż – cyt: „Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.”. Takie stanowisko prezentuje również Krajowa Izba Odwoławcza, która w wyroku z dnia 9 grudnia 2021 r. wskazuje: „w odniesieniu do dokumentów samodzielnie złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą, które nie były wymagane do złożenia wraz z ofertą, należy odpowiednio zastosować przepis art. 127 ust. 2 p.z.p., w świetle którego wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.” .

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający całkowicie pominął powyższe zasady przejrzystości prowadzenia postępowania, co jak zostanie wykazane w dalszej części odwołania miało doniosłe skutki w postaci wielokrotnego uzupełniania przez Wykonawcę błędnie złożony podmiotowych środków dowodowych.

IV. Zarzut dotyczący prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów. Jednym z przejawów owej zasady jest zasada jednokrotności wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, tj.

jednokrotnego uprawnienia (jak i obowiązku) zamawiającego wystosowania do wykonawcy tego rodzaju wezwania oraz jednokrotnego uprawnienia wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów . Co prawda owa zasada nie została wprost uregulowana w Pzp jednak jej obowiązywanie wynika z ugruntowanego orzecznictwa KIO i sądów okręgowych oraz stanowiska doktryny . „W wyroku z dnia 11 sierpnia 2020 r. sygn. KIO 1621/20, Izba wyjaśniła, że: "przepis ten przewiduje możliwość jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia danych dokumentów. Jeśli zatem wykonawca, na wezwanie zamawiającego, nie składa dokumentów lub składa dokumenty w dalszym ciągu nie potwierdzające spełniania warunków lub wymagań zamawiającego określonych w SIWZ wówczas, w zależności od rodzaju dokumentów, obowiązkiem zamawiającego jest wykluczenie takiego wykonawcy lub odrzucenie jego oferty. Izba wielokrotnie w swoich orzeczeniach podkreślała, że przyjęcie kolejnej wersji dokumentów, które wcześniej zostały uzupełnione na wezwanie zamawiającego, w toku postępowania odwoławczego, mogłoby naruszyć zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż pozycja tego wykonawcy byłaby uprzywilejowana względem innych wykonawców".

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dorowadził do złamania zasady jednokrotności uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu – podmiotowych środków dowodowych. Jak wskazano w pkt. III uzasadnienia niniejszego odwołania Zamawiający dopuścił do oceny podmiotowych środków dowodowych złożonych wraz z ofertą, uznając że zostały prawidłowo złożone i nie jest wymagane wezwanie w tym zakresie. Zamawiający poddał ocenie dokumenty wykaz usług uwzględniający następujące pozycje:

	Rodzaj i przedmiot zamówienia	Wartość w zł	Data wykonania	Nazwa podmiotu na rzecz którego roboty zostały wykonane oraz miejsce wykonania
1	Wykonanie budowy sieci wodociągowej w ul. Myślenickiej w Krakowie	98 2298,38 zł brutto	2018-2019	GW STRABAG
2	Budowa kanalizacji deszczowej na Budowie drogi S7 w Krakowie	6 503 037,43 brutto	2018-2019	GW STRABAG

Wraz z wykazem Wykonawca załączył dowody w postaci:

□ Poz. 1 „Wykonanie budowy sieci wodociągowej w ul. Myślenickiej w Krakowie” – Dowody w postaci Protokół odbioru końcowego robót;

□ Poz. 2 – „Budowa kanalizacji deszczowej na Budowie drogi S7 w Krakowie” – dowód w postaci Referencji

W związku z faktem, że zarówno z załączonego wykazu jaki i dowodów nie wynikało, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale VII ust. 2 pkt. 4 ppkt. 4.1) SWZ o treści: „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że należycie wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - usługę odpowiadającą swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia za kwotę co najmniej 200 000,00 zł.” Zamawiający

skierował pismo o złożenie wyjaśnień w tym zakresie i uzupełnienie dokumentów. W dniu 3 stycznia 2023 r. Zamawiający skierował wezwanie do Wykonawcy, w którym obok wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 274 ust. 1 Pzp (zakresem tym objęto wyłącznie te z podmiotowych środków, które nie znalazły

się w ofercie), wezwał do uzupełnienia dowodów (referencji), odnoszących się do treści wykazu usług. Wezwanie do uzupełnienia jasno wynika z treści pisma jaki z przywołanej podstawy prawnej – art. 128 Pzp. □ Dowód Nr 4: Wezwanie Zamawiającego do złożenia dokumentów z dnia 03.01.2023 r.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Wykonawca w dniu 8 stycznia 2023. uzupełnił treść referencji dotyczących Poz. 2 Wykazu usług – „Budowa kanalizacji deszczowej na Budowie drogi S7 w Krakowie". □ Dowód Nr 5: Pismo Wykonawcy z dnia 08.01.2023 r. (wraz z załącznikami w postaci skanu gwarancji oraz referencji).

Treść referencji wystawionych przez STRABAG Infrastruktura Południ Sp. z o.o. została jednak zakwestionowana przez Zamawiającego z uwagi na fakt, że obejmowała okres realizowany w latach 12.2014 -07.2017. Zgodnie bowiem z treścią warunku udziału w

postępowaniu Wykonawca miał wykazać, że zrealizował usługi odpowiadającego swoim zakresem przedmiotowi zamówienia w okresie ostatnich pięciu lat przed złożeniem ofert. Referencje, które przedłożył w dniu 8 stycznia 2023 r. nie pokrywały się z treścią uprzednio złożonego wykazu.

Mając powyższe na wglądzie, w dniu 9 stycznia 2023 r. Zamawiający skierował wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących rozbieżności czasowych wskazanych w wykazie usług oznaczonych jako – „Budowa kanalizacji deszczowej na Budowie drogi S7 w Krakowie", a Listem Referencyjnym uzupełnionym przez Wykonawcę w dniu 8 stycznia 2023 r. □ Dowód Nr 6: Wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 09.01.2023 r.

W odpowiedzi na wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień Wykonawca po raz drugi w toku prowadzonego postępowania uzupełnił dowody w postaci referencji potwierdzających należytą realizację zamówienia, a także przedłożył nowy wykaz usług. □ Dowód Nr 7: Pismo Wykonawcy z dnia 12.01.2023 r. (wraz z załącznikami w postaci nowego wykazu usług wraz z referencjami odnoszącymi się do złożonego wykazu)

Jak wykazano w powyższym układzie chronologicznym Wykonawca dwukrotnie uzupełniał treść referencji odnoszących się do treści wykazu usług:

1) pierwszy raz w dniu 8 stycznia 2023 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów;

2) drugi raz w dniu 12 stycznia 2023 r. w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie niezgodności względem wykazu i referencji.

Należy również wspomnieć, że w wezwaniu jakie skierowano do Wykonawcy w dniu 9 stycznia 2023 r. Zamawiający całkowicie się pogubił, bowiem o ile tytuł i treść wezwania jasno wskazuje na żądanie złożenia wyjaśnień, o tyle w podstawie prawnej wskazano art. 128 ust. 1 Pzp odnoszący się do uzupełnienia dokumentów. Powyższe również stanowiłoby złamanie zasady jednokrotnego wezwania uzupełnienia dokumentów.

Zamawiający nie powinien dopuścić do sytuacji, kiedy w toku postępowania wykonawca dwukrotnie uzupełnia ten sam dokument. Jest to niedopuszczalne na gruncie przepisów Pzp i łamie zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W jednym z ostatnich wyroków Krajowa Izba Odwoławcza przypomniała o zasadzie jednokrotnego wezwania do złożenia dokumentów, a co za tym idzie możliwości jednokrotnego uzupełnienia dokumentów. „wykonawca był wzywany w trybie art. 128 do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie będącym przedmiotem rozpoznania, zatem zgoda na ponowne wezwanie stanowiłaby naruszenie powszechnie przyjętej zasady jednokrotności poprawienia lub uzupełnienia dokumentów." .

V. Zarzut prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady legalizmu, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranego zgodnie przepisami ustawy.

Zasada legalizmu przejawia się w tym, że Zamawiający prowadząc dane postępowanie powinien mieć zawsze na uwadze, że zobligowany jest udzielić danego zamówienia wyłącznie takiemu wykonawcy, którego wybór został dokonany z poszanowaniem przepisów Prawa zamówień publicznych. „Nie ulega wątpliwości, iż wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych będzie tylko taki podmiot, który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu i który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu."

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył ww. zasadę dopuszczając do wyboru oferty wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych odpowiednio w ogłoszeniu o zamówienie oraz warunkach zamówienia (SWZ).

1) Zgodnie z przywołanym wcześniej w treści odwołania warunkiem udziału odnoszącym się do zdolności technicznej lub zawodowej - „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że należycie wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - usługę odpowiadającą swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia za kwotę co najmniej 200 000,00 zł.".

Tak sformułowany warunek został jasno określony w treści SWZ (rozdział VII ust. 2 pkt. 4 ppkt. 4.1) oraz w Ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja V pkt. 5.4).

Co prawda w treści warunku udziału, Zamawiający nie wskazał wprost co rozumie pod pojęciem „usługi odpowiadającej swoim rodzaje usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, jednak z treści SWZ bez większego problemu można

odczytać o jakie usługi chodzi.

W rozdziale III pkt. 1 SWZ, Zmawiający bardzo precyzyjnie określił, że: Przedmiotem niniejszego zamówienia jest utrzymanie elementów odwodnienia i instalacji odwadniających, których zakres obejmuje:

- utrzymanie w czystości i zapewnienie drożności przepustów /realizacja wg potrzeb/,
- oczyszczać, odmulać, wybierać osady i inny materiał naniesiony, wycinać korzenie i narosty, usuwać elementy obce (gruz, śmieci, gałęzie, liście, skoszoną trawę, roślinność niepożądaną, śnieg, lód itp.), w szczególności dotyczy to krat na wpustów deszczowych, krat na wylotach z piaskowników itp.
- konserwacje i czyszczenie wpustów deszczowych oraz przykanalików wg potrzeb,
- monitorowanie ścieków, wpustów, studni, elementów odwodnień liniowych, rurociągów, zbiorników, ścieków przykrawężników, itd.,
- odbiór, wywóz i zagospodarowanie odpadów z mycia ulic, czyszczenia studni i separatorów (kody odpadów : 20 03 03, 20 03 06, 13 05 08).

W związku z faktem, że treść SWZ winno się czytać całościowo, należy bez wątpienia wskazać, że owo wyliczenie stanowi usługi będące przedmiotem zamówienia.

Wykonawca Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne A. K., na żadnym z etapów prowadzonego postępowania nie wykazał, że spełnia ww. warunek udziału w postępowaniu.

Na etapie złożenia oferty przedłożył bowiem wykaz usług, który obejmował następujące pozycje:

	Rodzaj i przedmiot zamówienia	Wartość w zł	Data wykonania	Nazwa podmiotu na rzecz którego roboty zostały wykonane oraz miejsce wykonania
1	Wykonanie budowy sieci wodociągowej w ul. Myślenickiej w Krakowie	98 2298,38 zł brutto	2018-2019	GW STRABAG
2	Budowa kanalizacji deszczowej na Budowie drogi S7 w Krakowie	6 503 037,43 brutto	2018-2019	GW STRABAG

Zarówno z treści tego wykazu jaki i przedłożonych dowodów (Protokołu odbioru dot. poz. 1 wykazu, jaki Referencji dot. poz. 2 wykazu), nie wynika, że przedłożone dokumentu potwierdzają spełnianie warunku określonego przez Zamawiającego. Przedstawione w wykazie zamówienia odnoszą się bowiem do robót budowlanych, a nie do usług jakie mają być realizowane w związku z wykonywanym zamówieniem publicznym o udzielenie którego ubiega się Wykonawca. Treść złożonego wykazu usług w żadnym stopniu nie potwierdza, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, odnoszący się do zdolności technicznych i zawodowych. Wydaje się, że Zamawiający dostrzegł tą rozbieżność wzywając Wykonawcę w dniu 3 styczna 2023 r. do wyjaśnienia czy w ramach prac realizowany był zakres określony w pkt. III. 1 SWZ w zakresie utrzymania infrastruktury odwodnienia. Wykonawca nie odpowiedział na to wezwanie, a jedynie w dniu 8 stycznia 2023 przedłożył nowe referencje, z których jak twierdził miało wynikać, że zrealizował prace określone w pkt. III.1 SWZ. Treść złożonych referencji jednak nie uwzględniała zakresu wykonywanych usług, ani ich wartości, co zgodnie z treścią warunku było wymagane do spełnienia.

Uzupełniony przez Wykonawcę w dniu 12 stycznia 2023 r. wykaz usług oraz załączone do niego dowody (w postaci referencji), również nie potwierdzają, że Wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W treści uzupełnionego wykazu uwzględniano następujące pozycje:

	Rodzaj i przedmiot zamówienia	Wartość w zł	Data wykonania	Nazwa podmiotu na rzecz którego roboty zostały wykonane oraz miejsce wykonania
1	Wykonanie sieci wodociągowej, kanaliza deszczowej oraz sanitarnej	1 335 000,00 zł netto	16.12.2021 – 01.09.2022	GW STRABAG Przebudowa DK94 na odcinku Modlnica Giebułtów
2	Budowa kanalizacji deszczowej	242 319,00 brutto	03.02.2021 – 09.06.2022	GW STRABAG Przebudowa dróg powiatowych w miejscowości Batowice.

Zarówno pierwsze z zamówień ujętych w wykazie: „Wykonanie sieci wodociągowej, kanalizacji deszczowej oraz sanitarnej" jak i drugie z tych zamówień „Budowa kanalizacji deszczowej", odnoszą się do robót budowlanych, a nie usług jakie Zamawiający wymagał aby wykonawcy zrealizowali jeśli chcą się ubiegać o przedmiotowe zamówienie.

Należy podkreślić, że to z treści wykazu powinno wynikać, że Wykonawca zrealizował usługi odpowiadającą swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia za kwotę co najmniej 200 000,00 zł. Treść wykazu nie uwzględnia jednak w swojej treści ani: □ jakie usługi zrealizował Wykonawca □ jaka jest wartość zrealizowanych usług.

Wykaz obejmuje bowiem wykonane przez Wykonawcę roboty budowlane oraz wskazuje jaka była wartość tych robót. Treść przedłożonych dowodów (referencji) również potwierdza, że chodzi o roboty budowlane oraz wskazuje wartość tych robót. Co prawda w treści złożonej referencji dotyczącej pozycji 1) Wykazu tj. „Wykonanie sieci wodociągowej, kanalizacji deszczowej oraz sanitarnej" wystawionej przez STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. znajduje się krótka adnotacja, że cyt. „Firma Usługi Ziemne Wodno-kanalizacyjne A. K. ze względu na etapowe dopuszczenie do ruchu poszczególnych odcinków drogowych była odpowiedzialna za utrzymanie i konserwacje wykonanej kanalizacji deszczowej wraz z urządzeniami towarzyszącymi do dnia odbioru realizowanej inwestycji", jednak powyższa informacja nie może stanowić podstawy do uznania, że Wykonawca wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII ust. 2 pkt. 4 ppkt. 4.1 SWZ. Z treści przytoczonej referencji nie wynika bowiem:

a) jaki był przedmiot realizowanych usług i czy odpowiada on zakresowi wskazanemu przez Zamawiającego;

b) jaki był okres realizowanej usługi;

c) jaka była wartość usług utrzymania.

Żadna z powyższych informacji nie została również wskazana w wykazie usług, a to ten dokument powinien co do zasady potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Referencje natomiast, co do zasady, powinny jedynie potwierdzić, że zrealizowane usługi były wykonane należycie.

Analiza wykazu złożonego przez Wykonawcę oraz treść referencji jasno wskazują, że Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postepowaniu dotyczącego kwalifikacji technicznych i zawodowych.

2) W treści SWZ oraz Ogłoszeniu o zamówieniu, obok warunku odnoszącego się do zdolności technicznych i zawodowych, Zamawiający uwzględnił również warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej. W rozdziale VII ust. 2 pkt. 3 SWZ oraz w Sekcji V pkt. 5.4. Ogłoszenia o zamówieniu, określono, że: „Wykonawca spełni warunek w ww. zakresie, jeżeli wykaże, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej

działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 500 000,00 zł."

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku Zamawiający żądał, zgodnie z rozdziałem X ust. 1 lit. e) złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną w kwocie co najmniej 500 000,00 zł.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w dniu 8 stycznia 2023 r. Wykonawca złożył skan gwarancji bankowej potwierdzający ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Z treści złożonego dokumentu nie wynika jednak, że Wykonawca spełni warunek w ww. zakresie, jeżeli wykaże, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Przedłożony skan gwarancji bankowej obejmuje bowiem szerokorozumiane roboty budowlane, a nie usługi stanowiące przedmiot zamówienia. Co prawda w orzecznictwie utrwalił się pogląd, że celem żądania przez podmiot zamawiający od wykonawców polisy OC jest wykazanie spełniania warunku w przedmiocie zdolności ekonomicznej i finansowej, tj. wskazanie, iż wykonawca jest w dobrej kondycji finansowej i jest w stanie ponieść ciężar opłaty składki ubezpieczeniowej. Jedocześnie jednak zakres ubezpieczenia winien być związany z przedmiotem zamówienia. Trudno wskazywać, że usługi, które zostały wskazane przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia rozdział III pkt. 1 SWZ są w jakikolwiek sposób związane z robotami budowlanymi. Zakres usług ujęty w warunkach zamówienia – a tym samym w treści przytoczonego warunku udziału w postępowaniu - jest zupełnie inny, a niżeli przedmiot ubezpieczenia jaki wynika z dokumentów przedłożonych przez Wykonawcę.

Podsumowując Wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu zarówno w odniesieniu do kwalifikacji technicznych i zawodowych jaki i w odniesieniu do sytuacji ekonomicznej i finansowej. Oferta Wykonawcy Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne A. K. powinna być zatem odrzucona, a nie wybrana jako najkorzystniejsza. Zgodnie bowiem z zasadą legalizmu wyrażoną w art. 17 ust. 2 Pzp wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych będzie tylko taki podmiot, który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu i który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu. „W przypadku stwierdzenia wystąpienia stosownych, wynikających z Prawa zamówień publicznych, przesłanek przepisy statuują bezwzględny obowiązek zamawiającego podjęcia w takiej sytuacji stosownych działań, które powinny prowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy, którego dotyczą. Wybór oferty wykonawcy, którego oferta podlegać powinna odrzuceniu w związku z wystąpieniem którejś z przesłanek określonych w art. 226 Pzp., należy uznać za

wadliwy. Zamawiający w sposób oczywisty powinien zawsze kierować się, podczas procesu badania i oceny ofert nie tylko przepisami Prawa zamówień publicznych, lecz również zasadami wynikającymi ze sporządzonych dokumentów zamówienia, do których przestrzegania jest tak samo zobowiązany, jak wykonawcy biorący udział w postępowaniu. Z całą stanowczością należy stwierdzić, że wybór wykonawcy z zastosowaniem innych kryteriów oceny lub ocena jego oferty w sposób odmienny od opisanego np. w SWZ stanowić będą naruszenie zasady wynikającej z art. 17 ust. 2 Pzp" .

VI. Zarzut zaniechania obowiązku odrzucenia oferty Wykonawcy, mimo że nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożył podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Jak szczegółowo wykazano w treści pkt. VI uzasadnienia odwołania oferta Wykonawcy: Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne A. K. (…), powinna został odrzucona ze względu na fakt, że nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (dotyczącego zdolności technicznych i zawodowych oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej) oraz nie złożył podmiotowych środków potwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu (wykaz usług i referencje nie potwierdzają spełniania warunków udziału). Brak odrzucenia przez Zamawiającego oferty Wykonawcy jest niewątpliwym naruszeniem przepisów art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) i c) Pzp poprzez zaniechanie obowiązku odrzucenia oferty.

Zamawiając w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 02/02/23) wniósł o:

1) oddalenie Odwołania w całości; 2) zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postepowania odwoławczego; 3) przeprowadzenie dowodów wskazanych w odpowiedzi.

W uzasadnieniu stanowiska wskazał w szczególności:

Ad.1 zarzut naruszenia art.16 Pzp

Ad.1a. Zamawiający w dniu 16.12.2022 r. dokonał otwarcia złożonych w postępowaniu (…) A. K. złożył wraz z ofertą cześć dokumentów i oświadczeń wskazanych w Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym „oświadczenie o aktualności podanych informacji i oświadczeń".

Takie działanie Wykonawcy nie narusza żadnego przepisu ustawy Prawa zamówień publicznych i tym samym nie może wywoływać negatywnych konsekwencji dla Wykonawcy. Zmawiającemu znane są rozbieżne poglądy komentatorów oraz niejednolite orzecznictwo KIO w zakresie możliwości samodzielnego złożenia dokumentów przez wykonawcę wraz z ofertą i konsekwencji tegoż (tak w poprzednio obowiązującym aktualnym stanie prawnym), a

także pojawiający się pogląd dot. potwierdzenia przez wykonawcę aktualności złożonych wraz z ofertą dokumentów. to za komentatorami (…..) warto przywołać stanowisko, że: „W przypadku złożenia wraz z ofertą podmiotowych środków dowodowych. które potwierdzają brak podstaw wykluczenia z postępowania i spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wezwanie wykonawcy do złożenia tych podmiotowych środków dowodowych może wydawać się nieuzasadnione chociażby ze względu na sprawność postępowania, a dopuszczalność żądania potwierdzenia; że złożone wraz z ofertą podmiotowe środki dowodowe są nadal aktualne nie wynika z przepisów ustawy ani rozporządzenia (…) w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (…).

Ad. 1b. Zamawiający dokonał weryfikacji złożonych ofert oraz badania wstępnych oświadczeń. o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp, w stosunku do wszystkich ofert. Następnie w toku procesu badania i oceny ofert Zamawiający uwzględniając zaistniały stan rzeczy: „Wezwał" Wykonawcę Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne A. K. do złożenia dokumentów wymienionych w pkt X ust. I lit e) SWZ we wskazanym w piśmie z dnia 03.01.2023 r. w zakresie dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej. Natomiast w samym piśmie w oddzielnym akapicie Zamawiający skierował do Wykonawcy wystąpienie o wyjaśnienie i uzupełnienie treści załącznika nr 8 do SWZ . Tym samym Zamawiający w treści jednego wystąpienia zrealizował dyspozycje różnych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych regulujących odrębne kwestie -wezwanie do złożenia dokumentów podmiotowych zgodnie z trybem prowadzenia zamówienia publicznego w „trybie podstawowym" od wykonawcy najwyżej ocenionego i wyjaśnienia w zakresie złożonego już dokumentu.

Dowód - pismo Zamawiającego pt. „Wezwanie do złożenia dokumentów- - odpowiedź Wykonawcy pismo z dnia 7.01.2023 r.(złożone w dniu 8.01.2023 r.).

Po uzyskaniu odpowiedzi od wykonawcy pismo z dnia 7.01.2023 r. (złożone w dniu 8.01.2023) Zamawiający skierował w dniu 9.01.2023 r. do Wykonawcy wystąpienie pt. „Wezwanie do złożenia wyjaśnień".

Wykonawca w wykazie, o którym mowa w załączniku nr 8 do SWZ wskazał przedmiot zamówienia „Budowa kanalizacji deszczowej na Budowie drogi S7 w Krakowie, jako datę wykonania wskazał „2019-2019", natomiast dołączony list referencyjny wystawiony przez STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. ze stycznia 2019 r. potwierdzał należyte wykonanie umowy przez Wykonawcę (doświadczenie własne) w okresie 12.2014 r. -07. 2017 r. Dowód - pismo Zamawiającego pt. „Wezwanie do złożenia wyjaśnień"

W dniu 12.01.2023 r. Wykonawca odpowiedział na wezwanie, wyjaśnił, że popełnił błąd w przedłożonych dokumentach dotyczących załącznika nr 8 do SWZ „Wykaz usług" wraz z

dowodami określającymi czy roboty zostały wykonane należycie, dlatego przedłożył nowe dokumenty —Wykaz załącznik nr 8 do SWZ wraz z listami referencyjnym potwierdzającymi należyte wykonanie robót Wskazane w dokumentach prace realizowane były samodzielnie przez Wykonawcę (doświadczenie własne) i zostały zrealizowane przed terminem składania ofert. Dowód - odpowiedź Wykonawcy pismo z dnia 12.01.2023r. (złożone w dniu 12.01.2023r.)

Odnosząc się do treści tego zarzutu stwierdzić należy, że wbrew twierdzeniom Odwołującego:

– czynności „badania i oceny ofert" mają charakter procesu, a nie jednorazowego zdarzenia co wynika już samej treści przepisu art. 223 ust. ustawy Pzp, który posługuje się sfomułowaniem „w toku badania i oceny ofert, co oznacza, że Zamawiający może prowadzić te czynności w pewnym przedziale czasowym (ograniczonym terminem związania ofertą), a kończą się one w momencie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty i poinformowaniu o tym wykonawców i

upublicznieniu tej informacji;

– Zamawiający tylko jednokrotnie zwracał się do Wykonawcy o złożenie dokumentu. Natomiast dwukrotnie o złożenie wyjaśnień, co jest dopuszczalne w świetle przepisów Prawa zamówień publicznych wielokrotnie;

– Przepisy Prawa zamówień publicznych (art. 128) orzecznictwo KIO rozróżnia dokumenty podlegające wyjaśnieniu, uzupełnieniu jak i dokumenty niekompletne i zawierające błędy. bowiem istotne jest ustalenie w jakim zakresie zamawiający zwracał się do wykonawcy o uzupełnienie dokumentów, jaki merytoryczny zakres wezwania ustalił zamawiający, który w jego ocenie budził wątpliwości, bądź stwierdził, że wykonawca złożonymi dokumentami nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu". W Komentarzu do prawa zamówień publicznych red. H. Nowak, M. Winiarz wyd,2021 str. 471 podano, że cyt.: „Natomiast dokument (Oświadczenie) jest niekompletny, jeżeli wprawdzie został fizycznie przedstawiony, ale nie spełnia określonych przez zamawiającego wymagań formalnych (np. nie została podpisany, jest nieczytelny lub jego kopia nie została potwierdzona za zgodność z oryginałem). Od tych dwóch przypadków należy odróżnić dokumenty (oświadczenia) zawierające błędy. Są to dokumenty, które zostały fizycznie złożone oraz są formalnie poprawne, jednak nie potwierdzają spełnienia wymagań".

W powyższym zakresie uwzględniając wyjaśnienia Wykonawcy i złożone dokumenty Zamawiającym kierował się:

– stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku KIO 1581/22, oraz KIO 2263/21 oraz KIO 282/22 w których podkreślono, że „celem zastosowania wezwania, o którym mowa w art 128 ust. 1 P.zp. jest umożliwienie wykonawcy, który nie złożył

podmiotowych środków dowodowych lub przedłożone przez niego środki dowodowe nie potwierdzają swoją treścią spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu, ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia. Przez uzupełnienie czy poprawienie podmiotowych środków dowodowych, należy rozumieć uzupełnienie/poprawienie oświadczenia wykonawcy jakim jest np. wykaz robót. Wykonawca może to uczynić składając odrębne oświadczenie zawierające uzupełnione lub poprawione informacje. Nie jest przy tym konieczne ponowienie treści wykazu w zakresie. którego nie dotyczyło wezwanie. Sam wykaz robót jest bowiem oświadczeniem własnym wykonawcy, składanym w określonej, najczęściej stabelaryzowanej formie, którego celem jest potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Natomiast zamawiający ma w takim wypadku obowiązek łącznej oceny przedłożonych przez wykonawcę dokumentów, tj. wykazu i uzupełniającego go oświadczenia".

Tym samym Zamawiający nie naruszył zasad prowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego określonych w art. 16 ustawy pap.

Ad.2 zarzut naruszenia art.17 ust.2 ustawy PZP

Ad.2a Zamawiający w pkt VII ust. 2 ppkt 4.1 SWZ wymagał wykazania przez Wykonawcę spełnienia warunków określonych w art. 112 ustawy pzp — Zdolności technicznej lub Zawodowej poprzez wykazanie, że należycie wykonał w ostatnich pięciu latach przed upływem terminu składania ofert. a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — usługę odpowiadająca swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia za kwotę. co najmniej 200 000.00 zł. Zamawiający dopuszcza spełnienie warunku w ramach różnych zadań (umów). Wykonawca zgodnie z pkt X ust.1 lit. b SWZ winien złożyć podmiotowy środek dowodowy tj. wykaz usług wykonanych. 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 usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, 0 których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot. na rzecz którego roboty usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — inne odpowiednie dokumenty — wg zał. nr 8 do SWZ (wzór).

Wykonawca wymagany wykaz przedłożył wskazując:

- Wykonanie sieci wodociągowej. kanalizacji deszczowej oraz sanitarnej. o wartości 1335 ooono zł w okresie 1612.2021-01092022 na rzecz GW STRABAG Przebudowa DR 94 na odcinku Modlnica Giebułtów";

- „Budowa kanalizacji deszczowej o wartości 242 319,00 w okresie 03.02.2021-09.062022 na rzecz GW STRABAG Przebudowa dróg powiatowych w miejscowości Batowice".

Na potwierdzenie, że roboty usługi zostały wykonane należycie Wykonawca przedłożył Listy Referencyjne [2 szt.) wystawione przez STRABAG Infrastruktura południe Sp. z o.o. z 11.01.2023 r. potwierdzające wykonanie należycie i terminowo zgodnie z dokumentacją techniczną i sztuką budowalną. W treści Listu Referencyjnego o nr KRA/014537/KP/2023 dotyczącego „Wykonanie sieci wodociągowej. kanalizacji deszczowej oraz sanitarnej „0 wartości 335 000.00 zł w okresie 16.122021-01.09.2022 STRABAG Infrastruktura Południe sp. z wskazał, że Firma Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne A. K. ze względu na etapowe dopuszczanie do ruchu poszczególnych odcinków drogowych była odpowiedzialna za utrzymanie konserwację wykonanej kanalizacji deszczowej wraz z urządzeniami towarzyszącymi do dnia odbioru realizowanej inwestycji.

Celem referencji składanych przez wykonawców na gruncie prawa zamówień publicznych jest potwierdzenie należytego wykonania usługi, dostawy lub roboty budowlanej. Referencje w istocie mają polecać danego wykonawcę. Przy użyciu jakich określeń zostaną sformułowane jest kwestią drugorzędną. całkowicie poddaną woli ich wystawcy Zamawiający' powinien bowiem badać całą treść dokumentu i to w jaki sposób podmiot wystawiający referencje ocenia realizację umowy, Wystawca dokumentu może bowiem potwierdzić należyte wykonanie zamówienia przy użyciu własnych sformułowań i określeń. Istotne, aby z treści wynikała pozytywna ocena realizacji umowy.

Zamawiający uznał, za zasadne przyjęcie referencji w zakresie wynikającym z załączonego wykazu w Oparciu o przepis art. 99 ust.3 ustawy pzp. z uwagi na fakt. że w ramach opisu przedmiotu zamówienia w SWZ wskazano kody CPV 45330000-9 roboty instalacyjne wodnokanalizacyjne i sanitarne: 90640000-5 usługi czyszczenia i opóźniania kanałów ściekowych: 452324552-5 roboty odwadniające.

Wskazał na orzecznictwo podnosząc:

/ Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4 lipca 2019 r. sygn. Akt IV CSK 363 / 18 wskazał, że, cyt.: „to na Zamawiającym spoczywa obowiązek pełnego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia jeszcze przed wszczęciem postępowania o jego udzielenie. Powinien on więc przygotować niezbędną dokumentację. Jeżeli powstaną wątpliwości, co do jednoznaczności postanowień SIWZ (a szerzej: dokumentacji zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty), muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy"

/ KIO w wyroku 1027/22 z dnia 29.04.2022 r. wskazała: „Określenie przez zamawiającego warunków udziału w danym postepowaniu przetargowym ma na celu ocenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, tak aby zminimalizować ryzyko nienależytego jego wykonania. Stąd, określając warunki udziału w postępowaniu zamawiający zawsze

zobowiązany jest przestrzegać zasad wynikających z regulacji art 112 ust. 1 ustawy PZP tj. warunki udziału w postępowaniu muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i być sformułowane w taki sposób, aby zamawiający mógł dokonać właściwej oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Podkreślić przy tym należy, że ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku formułowania warunków w taki sposób, który w pełni odzwierciedla przedmiot zamówienia, lecz pozostawił zamawiającym swobodę w tym zakresie, stwierdzając jedynie, że warunki udziału w postępowaniu muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a zatem opisane w taki sposób, aby niezasadnie nie Ograniczały dostępu wykonawcom do rynku zamówień publicznych.

/ Wyrok KIO 1581/17, w którym Izba, odwołując się do wyroku TSUE z 04.052017 r. (C-387/14 Esaprojekt sp. z o.o. v. (…) wskazała, że: „w powyższym wyroku Trybunał nie wywiódł analizowanych na tle rozstrzyganego stanu faktycznego przepisów generalnego zakazu uzupełniania dokumentów o inne niż wykazane w ofercie zamówienia w każdej sytuacji. gdy okaże się, że nie są one wystarczające dla potwierdzenia spełniania warunku udziału. Wręcz przeciwnie, choć nie było to przedmiotem rozważań Trybunału w powyższej sprawie, możliwość uzupełnienia, na przykładzie warunku doświadczenia, wykazu zrealizowanych zamówień o inne własne realizacje przez wykonawcę wprost dopuszcza rzecznik generalny w swojej opinii C), gdzie po wskazaniu, że wykonawca nie może dopisywać do wykazu nowych przykładów doświadczenia nabytego przez inne podmioty, opatrzono następującym przypisem: pomimo nie jest to przedmiotem sporu w niniejszej sprawie, nie wykluczam możliwości, że oferentowi można by zezwolić na wskazanie innych własnych doświadczeń".(…) „Przy ponownej ocenie spełniania (m) warunków udziału w postępowaniu Zamawiający winien wziąć pod uwagę, że z orzecznictwa Izby nie wynika zakaz brania pod uwagę zawartych w treści dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia ujętego w wykazie dodatkowych informacji odnośnie spełniania warunku, których np. brakuje w samym wykazie. Stanowiłoby to wyraz niczemu nie służącego nadmiernego formalizmu. Natomiast zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą zamawiający nie może oczekiwać i wymagać, oby z treści referencji, pochodzącej od podmiotu trzeciego, zwykle wystawionej wcześniej i nie w związku z postępowaniem. w którym zostaje złożona, wynikało coś więcej niż potwierdzenie należytego wykonania zamówienia scharakteryzowanego pod względem elementów koniecznych dla wykazania warunku w wykazie stanowiącym oświadczenie własne wykonawcy" (…).

Ad.2 b. Zamawiający w pkt VII.2.3) SWZ wymagał wykazania przez Wykonawcę spełnienia warunków określonych w art.: 12 ustawy PZP - Sytuacji ekonomicznej lub finansowej poprzez wykazanie, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę

gwarancyjną co najmniej 500 000.00 zł. Wykonawca zgodnie z pkt X ust. 1 lit. e SWZ winien złożyć podmiotowy środek dowodowy tj. dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjna w kwocie. co najmniej 500 000,00 zł.

Wykonawca przedłożył polisę ubezpieczeniową z Okresem ubezpieczenia od 6.05.2022 r. do 5.05.2023 r. na sumę gwarancyjną 650 000,00 zł oraz dowód opłacenia Składki ubezpieczeniowej. W treści polisy nr 436000280393 wskazano przedmiot ubezpieczenia tj. zakres prowadzonej działalności pokrywający się z zakresem działalności wskazanym Usługi Ziemne Wodno- Kanalizacyjne A. K. w CEID poprzez kody PKD, w tym wskazane jako przeważająca działalność gospodarcza i wykonywania działalność gospodarcza PKO 43,22 -wykonywanie instalacji wodno-kanalizacyjnych, cieplnych, gazowych i klimatyzacyjnych, (60%), W postanowieniach dodatkowych wskazano. Że zakres ochrony obejmuje budowę wszelakiego rodzaju tuneli. wykopów. rowów. rowów kanalizacyjnych, w tym budowa systemu kanalizacji Dowód; polisa nr 436000280393 wystawiona przez ERGO Hestia wraz z dowodem wpłaty.

Zgodnie z dyspozycją przepisu art. 99 ust- 3 ustawy Zamawiający do opisu przedmiotu zamówienia zastosował nazwy i kody Wspólnego Słownika Zamówień. identyfikując przedmiot zamówienia w SWZ wskazał na kody CPV tj. 45330000-9 roboty instalacyjne wodno- kanalizacyjne i sanitarne; 90640000-5 usługi czyszczenia i opóźniania kanałów ściekowych; 452324552-5 roboty odwadniające oraz opisał przedmiot zamówienia w pkt SWZ wskazując między innymi na zakres wymaganych czynności Wykonawcy - załącznik nr 6 do SWZ. Przyjęty sposób opisu przedmiotu zamówienia wynika z faktu, że przedmiot zamówienia objęty jest 132 miesięczną gwarancją dotycząca postępowania na Budowę Trasy Łagiewnickiej w Krakowie od skrzyżowania z ul. Grota Roweckiego do skrzyżowania z ul. Beskidzką i z ul. Halszki wraz z budową odcinka linii tramwajowej, tj. w zakresie min. przeglądów gwarancyjnych. W' okresie Gwarancji Generalnego Wykonawcę (Gwaranta) Obciążają wszelkie koszty serwisu konieczne do zachowania Gwarancji udzielonych przez

producentów maszyn lub urządzeń, i w SWZ określono czynności związane z utrzymanie oraz robotami związanymi wystąpieniem awariami, pracami interwencyjnymi itp.

Zestawienie treści policy OC Wykonawcy z przedmiotem zamówienia wskazanym w SWZ uzasadnia twierdzenie, że Wykonawca Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne A. K. wykazał spełnienie warunku Sytuacji ekonomicznej lub finansowej w sposób określony przez Zamawiającego w pkt VIII ust.2 ppkt3 SWZ. Potwierdzenia, prawidłowej czynności Zamawiającego w przedmiocie badania polisy OC Wykonawcy Usługi Ziemne WodnoKanalizacyjne A. K., jest wyrok KIO 2391/22 w którym stwierdzono, że „Zgodnie z § 8 ust 1

pkt 4 rozporządzenia (…) w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może Żądać, w szczególności, dokumentów potwierdzających, Że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia. Celem Żądania przez zamawiającego Od wykonawców dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, jest wykazanie warunku w przedmiocie zdolności ekonomicznej i finansowej. tj. wykazanie. Że wykonawca jest w dobrej kondycji finansowej i jest w stanie ponieść ciężar opłaty składki ubezpieczeniowej. Zakres ubezpieczenia winien być związany z przedmiotem zamówienia. a nie tożsamy (identyczny, niczym się nie różniący, taki sam) z przedmiotem zamówienia. Dlatego Zamawiający nie naruszył zasad legalizmu działania Określonej w art- 17 ust.2 ustawy

Ad.3 Zarzut naruszenia art.226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i lit. c) ustawy PZP

Zamawiający nie uwzględnia zarzutu Odwołującego i wnosi 0 jego Oddalenie z uwagi na wykazaną wyżej bezpodstawność i niezasadność podnoszonych zarzutów dotyczących naruszenia art. 16 i art. 17 ustawy Pzp i w związku z tym braku podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Usługi Ziemne Wodno- Kanalizacyjne A. K. .

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia uczestniczący w postępowaniu wykonawca. Termin na takie zgłoszenie upływał w dniu 30 stycznia 2023 r. Według informacji podanej przez zamawiającego (pismo z dnia 26/01/23) w punkcie (…) 4) Informacja o wniesieniu odwołania wraz z kopią odwołania K. L. Przedsiębiorstwo Budowlano Inżynieryjne została udostępniona zarówno na stronie internetowej Zamawiającego, jak i przesłana wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dniu 25.01.202 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej oraz platformy miniPortal, za pośrednictwem formularzy do komunikacji.”

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że wnoszący odwołanie wykonawca K. L. Przedsiębiorstwo Budowlano Inżynieryjne (wykonawca PBI lub Odwołujący) posiada legitymację procesową do wniesienia tego odwołania. Tak jak wskazał wykonawca

powołując się na przesłanki z art. 505 pkt. 1 Pzp, że „posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp”. Przede wszystkim podniósł, że jest wykonawcą (…) biorącym udział w przedmiotowym postępowaniu, który ubiega się o udzielenie zamówienia”. Ponadto wskazał, że: „Naruszenie przepisów Pzp – wybór oferty jako najkorzystniejszej, złożonej przez Wykonawcę: Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne A. K., (…). Odwołujący w toku oceny ofert uzyskał drugi wynik, ustępując wyłącznie Wykonawcy Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne A. K.”. Dalej podał, że: „Wskutek uznania zarzutów niniejszego odwołania – odrzucenie oferty Wykonawcy Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne A. K. -oferta Odwołującego musiałaby zostać najwyżej oceniona i przy spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, wybrana jako najkorzystniejsza. Szkoda będzie polegać na tym, że Odwołujący pomimo poniesionych kosztów przygotowania oferty i udziału w postępowaniu nie nabędzie nowych zdolności co może utrudnić uzyskanie zamówień w przyszłości. Objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody polegającej m.in. na uniemożliwieniu Odwołującemu uzyskania i realizacji zamówienia”. Wszystkie okoliczności wymagane przepisem zostały wykazane. Izba – pomimo twierdzeń przeciwnych Zamawiającego – zgodziła się z wnoszącym odwołanie, że szkoda może być również odniesiona do braku nabycia nowych zdolności, które mogą utrudnić uzyskanie danemu podobnych zamówień w przyszłości w innych postępowaniach, dla których wykazanie odpowiedniego doświadczenia będzie wymagane

Odwołujący, podnosząc w odwołaniu zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i lit. c) ustawy Pzp wskazał na zaniechanie obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne A. K. (wykonawca UZW-K lub wykonawca K.), który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu:

a) zdolności technicznej lub zawodowej określonego w pkt VII.2.4.4.1 SWZ oraz

b) nie złożył podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu odnosząc powyższe do warunku z pkt VII.2 3) – sytuacja ekonomiczna lub finansowa.

Podnosząc natomiast zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp z uwagi na prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskazał na:

a) nie skierowanie przez Zamawiającego do wykonawcy najwyżej ocenionego (…) wezwania do złożenia wszystkich podmiotowych środków dowodowych jakich wymagał zgodnie z SWZ dokumentów, a jedynie do

złożenia dokumentów, jakich wykonawca nie załączył wyraz z ofertą;

b) złamanie zasady jednokrotnego wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu — podmiotowych środków dowodowych.

Z kolei zarzut naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Pzp - prowadzenie przez Zamawiającego postępowania z naruszaniem zasady legalizmu - Odwołujący odniósł do wyboru wykonawcy zamówienia, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ.

Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu w Sekcji IV (Przedmiot zamówienia) wskazał:

„4.2.6.) Główny kod CPV: 45330000-9 - Roboty instalacyjne wodno-kanalizacyjne i sanitarne

4.2.7.) Dodatkowy kod CPV:

90640000-5 - Usługi czyszczenia i opróżniania kanałów ściekowych

45232452-5 - Roboty odwadniające”

Następnie w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) na jej stronie tytułowej wskazano także na „CPV:

45330000-9 – roboty instalacyjne wodno-kanalizacyjne i sanitarne;

90640000-5 - usługi oczyszczania i opróżniania kanałów ściekowych;

45232452-5 – roboty odwadniające”

W punkcie III [Opis Przedmiotu zamówienia] podano:

1. Przedmiotem niniejszego zamówienia jest utrzymanie elementów odwodnienia i instalacji odwadniających, których zakres obejmuje:

- utrzymanie w czystości i zapewnienie drożności przepustów /realizacja wg potrzeb/,

- oczyszczać, odmulać, wybierać osady i inny materiał naniesiony, wycinać korzenie i narosty, usuwać elementy obce (gruz, śmieci, gałęzie, liście, skoszoną trawę, roślinność niepożądaną, śnieg, lód itp.), w szczególności dotyczy to krat na wpustów deszczowych, krat na wylotach z piaskowników itp.

- konserwacje i czyszczenie wpustów deszczowych oraz przykanalików wg potrzeb,

- monitorowanie ścieków, wpustów, studni, elementów odwodnień liniowych, rurociągów, zbiorników, ścieków przykrawężników, itd.,

- odbiór, wywóz i zagospodarowanie odpadów w z mycia ulic, czyszczenia studni i separatorów (kody odpadów w: 20 03 03, 20 03 06, 13 05 08). (…)

Dalej w ppkt 2. w zdaniu pierwszym podano: „2. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą załącznika nr 6 do SWZ”. W tym załączniku w jego punkcie III w szczególności podano: „Realizacja czynności (bez względu jakiego rodzaju wynagrodzeniem są

obejmowane) związanych z nadzorem, konserwacją, naprawami i utrzymaniem infrastruktury

odwodnienia wraz z infrastrukturą towarzyszącą, wykonywana będzie poprzez zapewnienie pełnej sprawności technicznej infrastruktury pozwalającej na sprawne i bezpieczne prowadzenie komunikacji. Należy przez to rozumieć jako stałą i systematyczną kontrolę stanu technicznego elementów infrastruktury, która powinna być podstawą do podejmowania czynności konserwacyjno-naprawczych, zapewniających jej bezpieczne użytkowanie”.

W zakresie warunku z punktu VII. 2 .3) SWZ wskazano:

„ 3) Wykonawca spełni warunek w ww. zakresie, jeżeli wykaże, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 500 000,00 zł.”

W zakresie warunku z punktu VII. 2.4.4.1) SWZ podano: Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że należycie wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - usługę odpowiadającą swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia za kwotę có najmniej 200 000,00 zł. Zamawiający dopuszcza spełnienie w/w warunku w ramach różnych zadań (umów)”.

Zamawiający – tak jak podnosił w odpowiedzi na odwołanie i w toku rozprawy -zgodnie z dyspozycją przepisu art. 99 ust. 3 ustawy Pzp do opisu przedmiotu zamówienia zarówno w Ogłoszeniu o zamówieniu jak i w SWZ (co zaznaczył na stronie tytułowej) zastosował nazwy i kody Wspólnego Słownika Zamówień identyfikując przedmiot zamówienia w SWZ poprzez kody CPV (główny i dodatkowe), a mianowicie wskazał: 45330000-9 roboty instalacyjne wodno-kanalizacyjne i

sanitarne (główny) oraz (dodatkowe): 90640000-5 usługi czyszczenia i opóźniania kanałów ściekowych; 452324552-5 roboty odwadniające. Opis przedmiotu zamówienia w SWZ obejmuje między innymi zakres wymaganych od wykonawcy czynności określonych w załączniku nr 6 do SWZ. Tak jak Zamawiający zaznaczył w zdaniu drugim: „Należy wskazać, iż przedmiot niniejszego postępowania objęty jest 132 miesięczną gwarancją dotyczącą postępowania na „Budowę Trasy Łagiewnickiej w Krakowie ód skrzyżowania z ul. Grota Roweckiego do skrzyżowania z ul. Beskidzką i z ul. Halszki wraz z budową odcinka linii tramwajowej", tj. w zakresie min. przeglądów gwarancyjnych. W okresie Gwarancji Generalnego Wykonawca (Gwaranta) obciążają wszelkie koszty serwisu konieczne do zachowania Gwarancji udzielonych przez producentów maszyn lub urządzeń". Także w SWZ i wskazanym załączniku określono

czynności związane z utrzymanie oraz robotami związanymi wystąpieniem awariami, pracami interwencyjnymi itp.

Zatem Zamawiający z uwagi na treść wskazywanych dokumentów i opis warunku oraz uwzględniając art. 99 ust.3 ustawy Pzp miał podstawy uznać usługi z Wykazu usług i referencje w zakresie wynikającym z tego wykazu za potwierdzające spełnienie warunku. Identyfikując bowiem przedmiot zamówienia w Ogłoszeniu o zamówieniu jak w SWZ wskazał na kody CPV. W tym miejscu Izba wskazuje (podobnie jak orzecznictwo powołane przez zamawiającego), że w przypadku wątpliwości, co do jednoznaczności postanowień SWZ (a szerzej: dokumentacji zamówienia na podstawie której wykonawcy składają oferty), powinny być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Ponadto określone przez zamawiającego warunki udziału w danym postepowaniu, w tym w przetargu mają na celu ocenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Zamawiający określając warunki udziału zobowiązany jest przestrzegać zasad wynikających z art 112 ust. 1 ustawy Pzp, a mianowicie warunki udziału w postępowaniu muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i sformułowane w taki sposób, aby zamawiający mógł dokonać właściwej oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Niewątpliwie ustawodawca nie nałożył na zamawiającego obowiązku formułowania warunków w taki sposób, który w pełni odzwierciedla przedmiot zamówienia, lecz pozostawił zamawiającym swobodę w tym zakresie, stwierdzając jedynie, że warunki udziału w postępowaniu muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a zatem opisane w taki sposób, aby niezasadnie nie ograniczały dostępu wykonawcom do rynku zamówień publicznych. Ponadto z przepisów ustawy Pzp nie wynika generalny zakaz uzupełniania dokumentów o inne niż wykazane w ofercie zamówienia. Możliwość uzupełnienia, na przykładzie warunku doświadczenia, wykazu zrealizowanych zamówień o inne własne realizacje przez wykonawcę jest możliwa przy ponownej ocenie spełniania warunku udziału. Oczywiście zamawiający nie może oczekiwać i wymagać, aby z treści referencji podmiotu trzeciego, zwykle wystawionej wcześniej i nie w związku z postępowaniem, w którym zostaje złożona, wynikało coś więcej niż potwierdzenie należytego wykonania zamówienia scharakteryzowanego pod względem elementów koniecznych dla wykazania warunku w wykazie stanowiącym oświadczenie własne wykonawcy.

Odwołujący kluczowy zarzut nie potwierdzenia wymaganego warunku z VII. 2.4.4.1) SWZ odniósł do braku wykazania przez wykonawca UZW-K usługi „Bieżące utrzymanie infrastruktury odwodnienia na odcinku drogowym". Jednakże w tym stanie faktycznym ocena warunku mogła następować nie tyle wyłącznie w odniesieniu stricte do usługi „Bieżące utrzymanie infrastruktury odwodnienia na odcinku drogowym", ale także do usługi (szerzej

rozumianej) z uwzględnieniem podanego w Sekcji IV.4.2.6.) i 7.) Głównego kodu CPV: 45330000-9 - Roboty instalacyjne wodno-kanalizacyjne i sanitarne oraz podanego w IV.4.2.7.) Dodatkowego kodu CPV: 90640000-5 - Usługi czyszczenia i opróżniania kanałów ściekowych i 45232452-5 - Roboty odwadniające"

Analogiczne stanowisko Izba odnosi do drugiego z warunków, dotyczącego polisy uwzględniając opis warunku w kontekście wskazywanych postanowień z dokumentów. Tym samym podobnie uznała, że Zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania treści polisy. Wykonawca przedłożył polisę ubezpieczeniową z Okresem ubezpieczenia od 6.05.2022 r. do 5.05.2023 r. na sumę gwarancyjną 650.000 zł oraz dowód opłacenia składki ubezpieczeniowej. W treści polisy nr 436000280393 wskazano przedmiot ubezpieczenia, zakres prowadzonej działalności pokrywający się z zakresem działalności wskazanym Usługi Ziemne Wodno- Kanalizacyjne A. K. w CEID poprzez kody PKD, w tym wskazane jako przeważająca działalność gospodarcza i wykonywania działalność gospodarcza PKO 43,22 -wykonywanie instalacji wodno- kanalizacyjnych, cieplnych, gazowych i klimatyzacyjnych, (60%), W postanowieniach dodatkowych wskazano, że zakres ochrony obejmuje budowę wszelakiego rodzaju tuneli, wykopów, rowów, rowów kanalizacyjnych, w tym budowa systemu kanalizacji.

Izba uznała także brak podstaw do uznania zarzutu naruszenia art.16 Pzp, albowiem Zamawiający nie kierując do wykonawcy K. - najwyżej ocenionego - wezwania do złożenia wszystkich podmiotowych środków dowodowych jakiego były wymagane w SWZ dokumentów nie złamał zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Wskazany wykonawca złożył wraz z ofertą dokumenty opisane w SWZ z wyłączeniem polisy. Wezwanie z dnia 3 stycznia 2023 r. dotyczyło m.in. złożenia wymaganej polisy. Te okoliczności zostały w odwołaniu przyznane, na nich bowiem został oparty ten zarzut. Treść dokumentów de facto w zakresie tego zarzutu nie była kwestionowana. Zatem wykonawca A. K. złożył wraz z ofertą cześć dokumentów i oświadczeń wskazanych w Specyfikacji, w tym „oświadczenie o aktualności podanych informacji i oświadczeń". Takie działanie wykonawcy nie narusza przepisów ustawy Pzp, a zatem nie może wywoływać negatywnych konsekwencji dla wykonawcy. W tym postępowaniu Zamawiający – jak podnosił – mając na względzie przepisy Pzp oraz sprawność postępowania (jego ekonomikę) i dysponując dokumentami wraz z ofertą - uznał wezwanie wykonawcy do złożenia tych podmiotowych środków dowodowych za nieuzasadnione i ograniczył wezwanie tylko do polisy.

Odnośnie tego zarzutu, w zakresie złamania zasady jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu — podmiotowych środków dowodowych Izba nie uwzględniając również tego zarzutu w podanym zakresie, miała na uwadze następujące okoliczności:

W wezwaniu z 3 stycznia 2023 r. wskazane zostały dwie podstawy prawne tego wezwania, a mianowicie: art. 274 ust. 1

oraz art. 128 ustawy Pzp.

Wskazane wezwanie dotyczyło złożenia – odpowiednio – dokumentu polisy:

/ (...) przedłożenia dokumentów określonych w punkcie X ust. 1 SWZ następujących

podmiotowych środków dowodowych: • dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną w kwocie co najmniej 500 000,00 zł.

- a w oddzielnym akapicie – złożenia wyjaśnień (…):

^„Ponadto Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie i uzupełnienie złożonych dokumentów w zakresie załącznika nr 8 do SWZ, tj. czy w ramach wykazanych prac realizowany był zakres określony w pkt. III. 1 SWZ w zakresie utrzymania infrastruktury odwodnienia wraz z przedłożeniem dokumentów potwierdzających ten zakres (referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane). (…)

Zatem w ramach jednego wezwania – jak wskazywał zamawiający - zrealizował dyspozycje różnych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych regulujących odrębne kwestie - wezwanie do złożenia dokumentów podmiotowych zgodnie z trybem prowadzenia zamówienia publicznego w „trybie podstawowym" od wykonawcy najwyżej ocenionego i wyjaśnienia w zakresie złożonego już dokumentu.

Po uzyskaniu odpowiedzi od wykonawcy (w piśmie z dnia 7.01.2023 r.)

Zamawiający skierował w dniu 9 stycznia 2023 r. do tego wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 oraz art. 223 ust. 1 ustawy wezwanie jak w tytule pisma „Wezwanie do złożenia wyjaśnień". W tym wezwaniu podano: „Zamawiający — Trasa Łagiewnicka S.A. z siedzibą w Krakowie wzywa do złożenia wyjaśnień w zakresie przedłożonych w dniu 08.01.2023 r. na wezwanie Zamawiającego, dokumentów tj. prosimy o wyjaśnienie rozbieżności czasowych wskazanych w wykazie usług załącznika nr 8 do SWZ oznaczonych jako Budowa kanalizacji deszczowej na Budowie drogi S7 w Krakowie (podano datę wykonania „2018-2019"), a Listem Referencyjnym oznaczonym nr ref: S7/S/011823/ND/2020, gdzie wskazano okres realizacji „12.2014 r.-07.2017 r.".

W odpowiedzi (pismo z 12.01.2023 r.) wykonawca, wyjaśnił: (…) podana data wykonania robót (2018-2019) dotycząca Budowy drogi ekspresowej S7 w Krakowie, została nieprawidłowo podana, ponieważ. została automatycznie skopiowana z pozycji powyżej,

dotyczącej wykonania sieci wodociągowej w ul. Myślenickiej. W wyniku naszego niedopatrzenia, przepraszamy za zaistniałą sytuację. W związku z tym. iż w SWZ nie było podane czy data ważności referencji jest rozpatrywana od daty zakończenia robót czy od daty wystawienia referencji, a mając na uwadze ze weszliśmy już w nowy rok 2023 i rozpatrując przedłożone referencje od daty zakończenia robot straciły już ważność. W związku z tym załączamy nowy wykaz usług w pełni aktualny i terminowo ważny. Ponadto załączamy również skan referencji wpisanych do załącznika nr 8".

Odnosząc się do treści tego zarzutu – i rozpoznając zarzut tylko w takich granicach -Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, że czynności „badania i oceny ofert" mają charakter procesu, a nie - wbrew twierdzeniom Odwołującego - jednorazowego zdarzenia, co wynika treści przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem „w toku badania i oceny ofert, Zamawiający może prowadzić czynności w pewnym przedziale czasowym (ograniczonym terminem związania ofertą), który kończy się z dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty (lub jego unieważnieniem) oraz upublicznieniem tej informacji, a mianowicie poinformowaniem o tym uczestniczących w postępowaniu wykonawców.

W tym stanie faktycznym Zamawiający w wezwaniach jednokrotnie zwracał się do wykonawcy o złożenie dokumentu. Natomiast dwukrotnie o złożenie wyjaśnień, co jest dopuszczalne – nawet w uzasadnionych przypadkach wielokrotne - w świetle przepisów Prawa zamówień publicznych. Tak jak zauważał Zamawiający przepisy ustawy Pzp (w tym jej art. 128) rozróżniają dokumenty podlegające wyjaśnieniu, uzupełnieniu jak i dokumenty niekompletne i zawierające błędy, a celem wezwania m.in. na podstawie art 128 ust. 1 Pzp jest umożliwienie wykonawcy, który nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedłożone przez niego środki dowodowe nie potwierdzają w ich treści warunku udziału, ich złożenie, poprawienie lub uzupełnienie. Takie uzupełnienie lub poprawienie podmiotowych środków dowodowych może nastąpić w formie odrębnego oświadczenia (jakim jest przykładowo Wykaz usług) zawierającego uzupełnione lub poprawione informacje i zamawiający ma w takim wypadku obowiązek łącznej oceny przedłożonych przez wykonawcę dokumentów.

W tym stanie rzeczy także nie mógł podlegać uwzględnieniu podnoszony zarzut naruszenia art. 17 ustawy Pzp w zakresie którego Odwołujący kwestionuje wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy UZW-K. W zaskarżonym bowiem zakresie zarzuty skierowane do oferty tego wykonawcy Izba uznała za niezasadne.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz przepisy 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) [dalej: rozporządzenie].

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.