Sygn. akt: KIO 2936/24

WYROK

Warszawa, dnia 4 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Remontowo-Budowlane P. S. z siedzibą w Sierpcu przy ul. Targowej 37 (09-200 Sierpc) w postępowaniu prowadzonym przez Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie z siedzibą w Ciechanowie przy ul. Powstańców Wielkopolskich 2 (06-400 Ciechanów)

przy udziale:

A) uczestnika po stronie odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PJM Investment spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach przy ul. Wincentego Witosa 66D (25-561 Kielce) oraz Ł. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą COMFORT-THERM Ł. K. z siedzibą w miejscowości Wróblewo-Osiedle nr 11 lok. 17 (09-152 Naruszewo);

B) uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Top Construction spółki akcyjnej (dawniej Top Construction LTD spółki akcyjnej) z siedzibą w Warszawie przy ul. Grójeckiej 208 (02-390 Warszawa)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Remontowo-Budowlane P. S. z siedzibą w Sierpcu i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty ww. wykonawcy poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od wykonawcy P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Remontowo-Budowlane P. S. z siedzibą w Sierpcu na rzecz zamawiającego Specjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Ciechanowie kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: …….

Sygn. akt: KIO 2936/24

U z a s a d n i e n i e

Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu pn. „Zwiększenie efektywności energetycznej budynków należących do Specjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Ciechanowie”

o numerze referencyjnym: ZP/2501/51/24, zwane dalej jako: „postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 maja 2024 r. pod numerem 320527-2024 (numer wydania Dz.U. S: 104/2024).

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowalne, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 14 sierpnia 2024 r. wykonawca P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Remontowo-Budowlane P. S. z siedzibą w Sierpcu (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie na następujące czynności i

zaniechania zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku postępowania, a polegające na:

a) uznaniu oferty złożonej przez wykonawcę TOP CONSTRUCTION LTD S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: wykonawca TOP CONSTRUCTION LTD S.A.) za najwyżej ocenioną, a następnie uznaniu oferty złożonej przez wykonawcę TOP CONSTRUCTION LTD S.A. za najkorzystniejszą i wyborze oferty złożonej przez wykonawcę TOP CONSTRUCTION LTD S.A.;

b) nieprawidłowym badaniu i ocenie złożonych ofert, w postaci uznania przez zamawiającego, że złożone przez wykonawcę TOP CONSTRUCTION LTD S.A. (na wezwanie zamawiającego) podmiotowe środki dowodowe są prawidłowe, wykazując spełnianie przez ww. wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy:

- złożony przez wykonawcę TOP CONSTRUCTION LTD S.A. wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia według wzoru Załącznika nr 6 do SWZ, nie był prawidłowy, bowiem zawierał braki w zakresie wskazania wszystkich osób objętych wymaganą przez zamawiającego w warunkach zamówienia kadrą kierowniczą wraz ze wskazaniem informacji

o podstawie dysponowania przez wykonawcę tymi osobami, które to braki winny skutkować nieuznaniem złożonego dokumenty przez zamawiającego i odrzuceniem oferty ww. wykonawcy z uwagi na niezłożenie przez wykonawcę TOP CONSTRUCTION LTD S.A. prawidłowych podmiotowych środków dowodowych, a tym samym niewykazanie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu;

- złożony przez wykonawcę TOP CONSTRUCTION LTD S.A. wykaz robót budowlanych wykonanych przez ww. wykonawcę według wzoru Załącznika nr 5 do SWZ w zakresie powołania zrealizowanej roboty budowlanej dla potwierdzenia spełnienia warunku opisanego w rozdziale nr IV ust. 1 pkt 1.3. ppkt 1.3.2. SWZ, zgodnie ze złożoną referencją z dnia 31 marca 2021 r., dotyczył roboty budowlanej wykonanej przez podmiot TOP CONSTRUCTION LTD sp.k., nie zaś TOP CONSTRUCTION LTD S.A., dotycząc tym samym innego podmiotu niż wykonawca TOP CONSTRUCTION LTD S.A., a sam wykonawca TOP CONSTRUCTION LTD S.A. nie wskazał (nie przedkładając wraz z referencjami z dnia 31 marca 2021 r. i Załącznikiem nr 5 do SWZ stosownego dokumentu), iż wstąpił on (na zasadzie sukcesji) w prawa i obowiązki tego podmiotu lub korzysta z doświadczenia tego podmiotu, co winno skutkować nieuznaniem złożonego dokumenty przez zamawiającego i odrzuceniem oferty ww. wykonawcy z uwagi na niezłożenie przez wykonawcę TOP CONSTRUCTION LTD S.A. prawidłowych podmiotowych środków dowodowych, a tym samym niewykazanie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu;

c) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy TOP CONSTRUCTION LTD S.A. z postępowania, z uwagi na fakt, że wykonawca TOP CONSTRUCTION LTD S.A. nie złożył (na wezwanie zamawiającego w zakreślonym terminie i nie uzupełnił na wezwanie zamawiającego) prawidłowych podmiotowych środków dowodowych – w postaci prawidłowego (pełnego) wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia według wzoru Załącznika nr 6 do SWZ (obejmującego wszystkich wymagane w warunkach zamówienia osoby z zakresu kadry kierowniczej), potwierdzających spełnienie przez wykonawcę TOP CONSTRUCTION LTD S.A. wymagań stawianych przez zamawiającego w warunkach zamówienia, składając zamiast żądanego dokumentu – wykazu osób według Załącznika nr 6 do SWZ, inny dokument (który nie mógł być uzupełniony na tym etapie), pozostawiając tym samym złożony wcześniej wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia według wzoru Załącznika nr 6 SWZ z brakami, które winny skutkować odrzuceniem oferty ww. wykonawcy;

d) zaniechaniu uznania oferty odwołującego za najwyżej ocenioną i tym samym zaniechaniu wezwania odwołującego do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp oraz podmiotowych środków dowodowych, a następnie po zweryfikowaniu tych dokumentów zaniechaniu uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą i wyboru oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp w zw. z art. 118 ust. 1 oraz w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę TOP CONSTRUCTION LTD S.A., mimo że wykonawca ten nie złożył

w zakreślonym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu, tj.:

a) warunku wskazanego w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.4. ppkt 1.4.1. i 1.4.2. SWZ, tj. wykazania, że dysponuje lub będzie dysponował:

- co najmniej 1 osobą przewidzianą do pełnienia funkcji kierownika budowy posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, bez ograniczeń (lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów) oraz co najmniej 5-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy, która w okresie ostatnich 5 lat kierowała nieprzerwanie przez okres co najmniej 6 miesięcy minimum jedną robotą budowlaną polegającą na remoncie lub termomodernizacji obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 3 500 m^2;

- co najmniej 1 osobą, która będzie pełnić funkcję kierownika robót posiadającą uprawnienia budowlane do

kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, bez ograniczeń (lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów) oraz co najmniej 5-letnie doświadczenie na stanowiskach kierownika budowy lub kierownika robót, która w okresie ostatnich pięciu lat pełniła funkcję kierownika budowy lub kierownika robót sanitarnych przy realizacji minimum jednej inwestycji budowlanej na czynnym obiekcie polegającej na budowie, przebudowie lub rozbudowie układu wentylacji mechanicznej z klimatyzacją wraz z utrzymaniem parametrów powietrza w zakresie temperatury, wilgotności oraz klasy czystości przez okres nieprzerwanie min. 6 miesięcy;

nie wykazując osób powołanych w Załączniku nr 7 do SWZ – Kryterium Personelu (niepodlegającym uzupełnieniu po upływie terminu składania ofert i wymaganym do złożenia wraz z ofertą wyłącznie w związku z określonymi w rozdziale nr XX SWZ kryteriami oceny ofert, nie zaś warunkami udziału w postępowaniu określonymi w Rozdziale nr IV SWZ) jako kierownik budowy i kierownik robót branży sanitarnej w Załączniku nr 6 do SWZ – Wykazie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, wymaganym przez zamawiającego do przedłożenia przez wykonawcę zgodnie z rozdziałem nr VI ust. 10 pkt

1 0.2 SWZ (w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale nr IV SWZ);

b) nie wykazał, że dysponuje lub będzie dysponował w trakcie realizacji zamówienia kierownikiem budowy i kierownikiem robót branży sanitarnej, nie wskazując tych osób w Wykazie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, według wzoru Załącznika nr 6 do SWZ oraz nie wykazując ich następnie wraz z podstawą do dysponowania tymi osobami w Wykazie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, według wzoru Załącznika nr 6 do SWZ zgodnie z wezwaniem zamawiającego z dnia 5 sierpnia 2024 r. – składając na wezwanie zamawiającego uzupełniony (o podstawę dysponowania) Załącznik nr 7 do SWZ – Kryterium Personelu, który nie podlegał uzupełnieniu po upływie terminu składania ofert i był wymagany do złożenia wraz z ofertą wyłącznie w związku z określonymi w rozdziale nr XX SWZ kryteriami oceny ofert, nie zaś warunkami udziału w postępowaniu określonymi w rozdziale nr IV SWZ co tym samym stanowiło o tym, iż oferta złożona przez wykonawcę TOP CONSTRUCTION LTD S.A., winna zostać odrzucona z uwagi na brak złożenia przez ww. wykonawcę, w przewidzianym przez zamawiającego terminie, prawidłowego (poprawnie wypełnionego) podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

2) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy TOP CONSTRUCTION LTD S.A., mimo że wykonawca ten nie uzupełnił w zakreślonym przez zamawiającego terminie podmiotowych środków dowodowych, złożonych w dniu 2 sierpnia 2024 r., przez uzupełnienie Wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, według wzoru Załącznika nr 6 do SWZ, o informacje o podstawie dysponowania osobami w zakresie warunku określonego pkt 1.4.1. i pkt 1.4.2. SWZ (dotyczyć to miało pani D. W. wskazanej w Załączniku nr 7 do SWZ – Kryterium Personelu złożonym wraz z ofertą, jako kierownik robót branży sanitarnej oraz pana D. Ż. wskazanego w Załączniku nr 7 do SWZ – Kryterium Personelu złożonym wraz z ofertą, jako kierownik budowy) – składając zamiast tego na wezwanie zamawiającego uzupełniony (o podstawę dysponowania) Załącznik nr 7 do SWZ – Kryterium Personelu, który nie podlegał uzupełnieniu po upływie terminu składania ofert i był wymagany do złożenia wraz z ofertą wyłącznie w związku z określonymi w rozdziale nr XX SWZ kryteriami oceny ofert, nie zaś warunkami udziału w postępowaniu określonymi w rozdziale nr IV SWZ;

3) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp w zw. z art. 118 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę TOP CONSTRUCTION LTD S.A., mimo że wykonawca ten nie złożył w zakreślonym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu,

tj.: warunku wskazanego w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.3. ppkt 1.3.2. SWZ poprzez wykazanie, że wykonał w sposób należyty w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia jego działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 3 roboty budowlane w tym co najmniej jedne roboty budowlaną w obiekcie budowlanym polegające na budowie, przebudowie lub rozbudowie układu wentylacji mechanicznej z klimatyzacją wraz

z utrzymaniem parametrów powietrza w zakresie temperatury, wilgotności oraz klasy czystości – powołując się w tym zakresie w złożonym wykazie robót według wzoru Załącznika nr 5 do SWZ na roboty budowlane, które według złożonych referencji z dnia 31 marca 2021 r. zostały wykonane TOP CONSTRUCTION LTD Sp.k., nie zaś przez wykonawcę TOP CONSTRUCTION LTD S.A., bez jednoczesnego przedłożenia innego (właściwego) dokumentu wskazującego, że wykonawca TOP CONSTRUCTION LTD S.A. wstąpił (na zasadzie sukcesji uniwersalnej lub singularnej) w prawa i obowiązki TOP CONSTRUCTION LTD Sp.k. lub że korzysta z doświadczenia (referencji) tego podmiotu, co tym samym stanowiło o tym, iż oferta złożona przez wykonawcę TOP CONSTRUCTION LTD S.A., winna zostać odrzucona z uwagi na brak złożenia przez ww. wykonawcę, w przewidzianym przez zamawiającego terminie, prawidłowego (poprawnie wypełnionego) podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

4) naruszenie art. 252 ust. 1 Pzp przez wybór oferty złożonej przez wykonawcę TOP CONSTRUCTION LTD S.A., mimo że oferta ta podlegała odrzuceniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania równocześnie wnosząc o:

- unieważnienie czynności oceny ofert przez zamawiającego w postaci uznania oferty złożonej przez

wykonawcę TOP CONSTRUCTION LTD S.A. za najwyżej ocenioną oraz w konsekwencji czynności zamawiającego w postaci uznania jej za;

- zobowiązanie zamawiającego do powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę TOP CONSTRUCTION LTD S.A., uznania oferty odwołującego za najwyżej ocenioną i wezwania odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych;

- obciążenie zamawiającego kosztami postępowania poprzez zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego przed Izbą w postaci kosztów poniesionych tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika (zgodnie z dokumentem księgowym, który zostanie złożony na rozprawie) oraz kosztów poniesionych tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania, na poczet wykazania okoliczności w związku z którymi dowody te zostały powołane w treści uzasadnienia.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w złożeniu odwołania ponieważ ma on interes w uzyskaniu zamówienia objętego postępowaniem. Odwołujący wskazał, że w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia złożył ofertę, której treść odpowiada treści warunków zamówienia, spełnia warunki udziału w postępowaniu i tym samym ubiega się o udzielenie mu zamówienia. Odwołujący wskazał ponadto, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp poniósł szkodę. W sytuacji bowiem, w której zamawiający postąpiłby zgodnie z przepisami Pzp, to odrzuciłby ofertę wykonawcy TOP CONSTRUCTION LTD S.A. (z uwagi na niezłożenie przez ww. wykonawcę w sposób prawidłowy, bez braków i błędnych danych podmiotowych środków dowodowych), uznając za najwyżej ocenioną ofertę odwołującego

i w związku z tym wzywając odwołującego do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp oraz podmiotowych środków dowodowych. W ocenie odwołującego przez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności zamawiający doprowadził do sytuacji, w której odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji. Powyższe miało stanowić wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona argumentacja dla wszystkich podniesionych zarzutów.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PJM Investment Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach oraz Ł. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą COMFORT-THERM Ł. K. z siedzibą w miejscowości Wróblewo-Osiedle, natomiast po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca Top Construction S.A. (dawniej Top Construction LTD S.A.) z siedzibą w Warszawie.

W dniu 28 sierpnia 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie zarzutów odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność przystąpień zgłoszonych przez:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PJM Investment Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach oraz Ł. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą COMFORT-THERM Ł. K. z siedzibą w miejscowości Wróblewo-Osiedle, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego;

- wykonawcę Top Construction S.A. (dawniej Top Construction LTD S.A.) z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej jako: „przystępujący po stronie zamawiającego" lub „wykonawca"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

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

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 26 sierpnia 2024 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej jako: „SWZ") wraz z załącznikami;

- ofertę złożoną w postępowaniu przez wykonawcę przystępującego po stronie zamawiającego, w tym wypełniony przez niego załącznik nr 7 do SWZ złożony wraz ofertą;

- wezwanie z dnia 25 lipca 2024 r. skierowane do przystępującego po stronie zamawiającego na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp;

- podmiotowe środki dowodowe złożone przez przystępującego po stronie zamawiającego w tym przede wszystkim wypełnione załączniki nr 5 i 6 do SWZ, czyli wykaz robót i wykaz osób oraz referencje;

- wezwanie z dnia 5 sierpnia 2024 r. skierowane do przystępującego po stronie zamawiającego na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp;

- odpowiedź przystępującego po stronie zamawiającego złożoną na powyżej wskazane wezwanie;

- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 6 sierpnia 2024 r.;

2) dokumenty złożone na rozprawie przez zamawiającego, które zostały wskazane w odpowiedzi na odwołanie:

- odpis pełny KRS (nr 0001030785) Top Construction Ltd. S.A. (obecnie po zmianie firmy spółki Top Construction S.A.);

- odpis pełny KRS (nr 0000912236) Top Construction Ltd. Sp. j.;

- odpis pełny KRS (nr 0000669164) Top Construction Ltd. Sp. k.

Izba ustaliła co następuje

W rozdziale IV ust. 1 pkt 1.3. ppkt 1.3.2. oraz pkt 1.4. ppkt 1.4.1. i 1.4.2. SWZ zamawiający określił następujące warunki udziału w postępowaniu:

IV. Warunki udziału

1. Do udziału w postępowaniu zostanie dopuszczony wykonawca spełniający następujące warunki:

(…)

1. 3. Wykonawca, który wykaże, iż wykonał w sposób należyty w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej 3 roboty budowlane w tym:

(…)

1. 3.2. co najmniej jedna robota budowlana w obiekcie budowlanym polegające na budowie, przebudowie lub rozbudowie układu wentylacji mechanicznej z klimatyzacją wraz z utrzymaniem parametrów powietrza w zakresie temperatury, wilgotności oraz klasy czystości

(…)

1.4. Wykonawca, który wykaże że dysponuje lub będzie dysponował:

1.4.1. co najmniej 1 osobą przewidzianą do pełnienia funkcji kierownika budowy posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, bez ograniczeń (lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów) oraz co najmniej 5-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy, która w okresie ostatnich 5 lat kierowała nieprzerwanie przez okres co najmniej 6 miesięcy minimum jedną robotą budowlaną polegająca na remoncie lub termomodernizacji obiektu użyteczności publicznej1 o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 3 500 m2

1.4.2. co najmniej 1 osobą, która będzie pełnić funkcję kierownika robót posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, bez ograniczeń (lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów) oraz co najmniej 5-letnie doświadczenie na stanowiska kierownika budowy lub kierownika robót, która w okresie ostatnich pięciu lat

pełniła funkcję kierownika budowy lub kierownika robót sanitarnych przy realizacji minimum jednej inwestycji budowlanej na czynnym obiekcie polegającej na budowie, przebudowie lub rozbudowie układu wentylacji mechanicznej z klimatyzacją wraz z utrzymaniem parametrów powietrza w zakresie temperatury, wilgotności oraz klasy czystości przez okres nieprzerwanie min 6 mies.

W rozdziale VI SWZ zostały określone wymogi w zakresie podmiotowych środków dowodowych. W ust. 10 pkt 10.1. i 10.2. ww. rozdziału SWZ zamawiający wskazał:

10. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale IV SWZ, zamawiający żąda następujących podmiotowych środków dowodowych:

10.1. 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; (załącznik nr 5 do SWZ);

10.2. wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami; - załącznik nr 6 do SWZ.

Rozdział XVI SWZ określał opis sposobu przygotowania oferty. W ust. 3 pkt 3.1 ww. rozdziału zamawiający wskazał:

3. Ofertę, a także inne dokumenty składane wraz z ofertą, sporządza się w postaci plików elektronicznych (w formatach pdf, doc,), skatalogowanych w sposób następujący:

3.1. Katalog pn. Formularze ofertowe (RAR lub ZIP), zawierający:

1) . formularz ofertowy – wg. załącznika nr 1,

2) . doświadczenie personelu - dokument sporządzony wg. wzoru załącznika nr 7 do SWZ będący przedmiotem oceny zamawiającego w pozacenowym kryterium oceny ofert (szczegóły w cz. XX SWZ).

W rozdziale XX ust. 1 zamawiający podniósł:

1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami oceny wskazanymi wraz z ofertą Wykonawcy na Załączniku nr 7 do SWZ:

Kryterium	Waga [%]	Liczba punktu	Sposób oceny wg wzoru
Cena C	60%	60	Cena najtańszej oferty C = ---------- x 60 punktów Cena badanej oferty
Dodatkowe doświadczeni e zawodowe Kierownika Robót Sanitarnych KR	20%	20%	Za wykazanie ponadnormatywnego (ponad doświadczenie wymagane wskazane w Rozdziale IV ust 1 pkt 1.4 ppk 1.4.2) doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych polegające na pełnieniu funkcji Kierownika Budowy/Robót Instalacji Sanitarnych inwestycji polegającej na przebudowie, budowie , lub rozbudowę układu wentylacji mechanicznej z klimatyzacją : - za wykazanie doświadczenia, o którym mowa powyżej, przy realizacji 1 inwestycji – 10 pkt - za wykazanie doświadczenia, o którym mowa powyżej, przy realizacji 2 i więcej inwestycji – 20 pkt. Zamawiający określa maksymalną liczbę punktów jaką może uzyskać Wykonawca za to kryterium – 20 punktów

Dodatkowe doświadczeni e zawodowe Kierownika Budowy KB	20%	20%	Za wykazanie ponadnormatywnego (ponad doświadczenie wymagane wskazane w Rozdziale IV ust 1 pkt 1.4 ppk 1.4.1) doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy na inwestycji polegającej na remoncie lub termomodernizacji czynnego obiektu użyteczności publicznej : - za wykazanie doświadczenia, o którym mowa powyżej, przy nadzorowaniu 1 roboty budowlanej – 10 pkt - za wykazanie doświadczenia, o którym mowa powyżej, przy nadzorowaniu 2 i więcej robót budowlanych – 20 pkt. Zamawiający określa maksymalną liczbę punktów jaką może uzyskać Wykonawca za to kryterium – 20 punktów
RAZEM	100 %	100	

Wykaz osób stanowiący załącznik nr 6 do SWZ został skonstruowany przez zamawiającego w ten sposób, że zawartych w nim zostało 5 tabelek. Każda z nich odnosiła się do konkretnego warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.4 SWZ. Przy czym wykaz ten nie obejmował wszystkich warunków wymienionych w ww. postanowieniu SWZ. Określone w nim tabelki odnosiły się do warunków wskazanych w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.4 ppkt 1.4.7., 1.4.3., 1.4.4., 1.4.6. i 1.4.5 (w takiej kolejności). Tym samym wzór wykazu osób przedstawiony w załączniku nr 6 do SWZ nie wskazywał na warunki udziału w postępowaniu wymienione w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.4 ppkt 1.4.1. i 1.4.2.

Załącznik nr 7 do SWZ opisany został jako Kryterium personelu. Posiadał m. in. następującą treść:

Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia

Imię i Nazwisko	
Kierownik robót branzy sanitarnej	
Informacje o doświadczeniu/ nr uprawnień oraz zamówieniu/projekcie/usłudze (nazwa wykonanego zamówienia, nazwa zamawiającego, siedziba zamawiającego, termin wykonania, rola/udział w realizowanym projekcie na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale IV ust 1 pkt 1.4.2 SWZ oraz kryterium oceny ofert -zgodnie z rozdziałem XX SWZ	

(■■■)

Imię i Nazwisko Kierownik budowy	
Informacje o doświadczeniu/ nr uprawnień oraz zamówieniu/projekcie/usłudze (nazwa wykonanego zamówienia, nazwa zamawiającego, siedziba zamawiającego, termin wykonania, rola/udział w realizowanym projekcie na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale IV ust 1 pkt 1.4.1 SWZ oraz kryterium oceny ofert -zgodnie z rozdziałem XX SWZ	

W dniu 15 lipca 2024 r. upłynął termin składania ofert w postępowaniu. Oferty w postępowaniu złożyło trzech wykonawców: odwołujący i obaj przystępujący.

Przystępujący po stronie zamawiającego złożył wraz z ofertą wypełniony załącznik nr 7 do SWZ. Wykonawca ten wypełnił ww. załącznik w ten sposób, że we właściwych tabelkach podał imiona i nazwiska osób wskazanych na stanowiska kierownika robót branży sanitarnej oraz kierownika budowy tj. osób co do których odnosiły się warunki udziału w postepowaniu wskazane w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.4 ppkt 1.4.1. i 1.4.2 SWZ. W dalszej części tabelek dotyczących obu ww. funkcji przystępujący po stronie zamawiającego podał informacje dotyczące ich doświadczenia i uprawnień. Przy czym informacje te co do obu osób zostały ujęte w rozbiciu na informacje dotyczące spełnienia danego warunku udziału w postępowaniu (te zostały oznaczone we właściwej tabelce jako I) oraz informacje dotyczące kryterium pozacenowego (te natomiast w każdej z obu tabelek zawartych w załączniku nr 7 do SWZ zostały oznaczone jako II). Tym samym w przypadku osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót branży sanitarnej, czyli odnoszącej się do warunku udziału w postępowaniu ustanowionego w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.4 ppkt 1.4.2 SWZ w ramach części tabelki oznaczonej jako I (dotyczącej spełnienia tego warunku) przystępujący po stronie zamawiającego wskazał 7 inwestycji (oznaczonych pkt 1-7), natomiast w części tej samej tabelki oznaczonej jako II (dotyczącej kryterium pozacenowego) wykonawca podał dwie inwestycje (oznaczone pkt 1 i 2). Analogicznie została wypełniona przez wykonawcę tabelka dotycząca osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy, czyli odnoszącej się do warunku udziału w postępowaniu ustanowionego w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.4 ppkt 1.4.1 SWZ. W ramach części tabelki oznaczonej jako I (dotyczącej spełnienia warunku udziału w postępowaniu) przystępujący po stronie zamawiającego wskazał 7 inwestycji (oznaczonych pkt 1-7), natomiast w części tej samej tabelki oznaczonej jako II (dotyczącej kryterium pozacenowego) wykonawca podał dwie inwestycje (oznaczone pkt 1 i 2).

Pismem z dnia 25 lipca 2024 r. zamawiający wezwał przystępującego po stronie zamawiającego do złożenia

podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu robót (załącznik nr 5 do SWZ) i wykazu osób (załącznik nr 6 do SWZ).

W odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie wykonawca w dniu 2 sierpnia 2024 r. złożył m. in. wypełniony wykaz robót (na wzorze stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ) wraz z referencjami oraz wypełniony wykaz osób (na wzorze stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ).

Złożony przez przystępującego po stronie zamawiającego wykaz robot wskazywał wykonanie trzech robót budowlanych w tym wykonanie inwestycji pn.: Przebudowa układów wentylacji i klimatyzacji pracujących na potrzeby bloku operacyjnego Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego w Radomiu. Odnośnie tej inwestycji ww. wykonawca złożył referencje opatrzone datą 31 marca 2021 r., które w swojej treści jako wykonawcę wskazywały TOP Construction Ltd. Sp. k.

Wykaz osób przedstawiony przez wykonawcę, złożony został na wzorze określonym w załączniku nr 6 do SWZ i wskazywał osoby, do których odnosiły się warunki udziału w postępowaniu wymienione w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.4 ppkt 1.4.7., 1.4.3., 1.4.4., 1.4.6. i 1.4.5.

Pismem z dnia 5 sierpnia 2024 r. zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, wezwał przystępującego po stronie zamawiającego do uzupełnienia, w terminie do dnia 07.08.2024 r. godz. 10:00, podmiotowych środków dowodowych, złożonych w dniu 02.08.2024 r., poprzez uzupełnienie wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, wg. wzoru załącznika nr 6 do SWZ, o informacje o podstawie dysponowania tymi osobami w zakresie warunku określonego pkt 1.4.1 i pkt 1.4.2 (dotyczy Pani D. W. oraz Pana D. Ż.) Konieczność wskazania tych informacji wynika zarówno z treści SWZ, jak i bezpośrednio z 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 odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie wykonawca złożył poprawiony wykaz na wzorze stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ. Przedmiotowy załącznik tym różnił się do załącznika złożonego wraz z ofertą, że określał podstawy dysponowania przez wykonawcę osobami wskazanymi na funkcje kierownika robót branży sanitarnej oraz kierownika budowy. W obu przypadkach wykonawca wskazał Dysponowanie osobą na podstawie umowy cywilno- prawnej. Pozostałe informacje zawarte w tym dokumencie były tożsame z informacjami złożonymi wraz z ofertą.

Odnośnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w IV ust. 1 pkt 1.3 SWZ wykonawca nie był wzywany do wyjaśnień lub uzupełnień podmiotowych środków dowodowych.

W dniu 7 sierpnia 2024 r. zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Za najkorzystniejszą zamawiający wybrał ofertę złożoną przez przystępującego po stronie zamawiającego (oferta otrzymała 100 pkt). Na drugim miejscu w rankingu została sklasyfikowana oferta odwołującego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (-)

2) została złożona przez wykonawcę:

(■■■)

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;

- art. 118 ust. 1 Pzp – Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.;

- art. 128 ust. 1 Pzp – 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.;

- art. 252 ust. 1 Pzp – Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba skupiła się na dwóch pierwszych zarzutach. Uzasadnienie związane z rozstrzygnięciem tych zarzutów zostało przedstawione łącznie,

ponieważ w ocenie składu orzekającego oba przedmiotowe zarzuty były ze sobą bezpośrednio powiązane.

Przechodząc do meritum Izba stwierdziła, że treść SWZ dotycząca sposobu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.4 ppkt 1.4.1 i 1.4.2 była niejednoznaczna. Powyższe stwierdzenie było bardzo istotne dla rozstrzygnięcia dwóch pierwszych zarzutów ponieważ w konsekwencji prowadziło do ich oddalenia. Niejednoznaczność ta polegała na tym, że jednej strony treść SWZ sugerowała, że spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.4 (w tym ppkt 1.4.1. i 1.4.2.) miała nastąpić na podstawie wypełnionego wykazu osób, którego wzór stanowił załącznik nr 6 do SWZ, a wypełniony załącznik nr 7 do SWZ dotyczył kryteriów pozacenowych, z drugiej jednak strony oba załączniki zostały tak skonstruowane, że pozwalały uznać, że załącznik nr 6 do SWZ dotyczył spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazanych w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.4 ppkt 1.4.7., 1.4.3., 1.4.4., 1.4.6. i 1.4.5. SWZ, natomiast jeśli chodzi o dwa pozostałe warunki co do osób (z ppkt 1.4.1. i 1.4.2.), to ich spełnienie miało być oceniane na podstawie informacji podanych w wypełnionym załączniku nr 7 do SWZ. Niejednoznaczność w powyżej określonym zakresie spowodował oczywiście sam zamawiający, ponieważ to on przygotował treść SWZ w tym opracował wzory załączników nr 6 i 7 do SWZ. W tym miejscu warto było przypomnieć, że załącznik nr 6 do SWZ zgodnie z wzorem opracowanym przez zamawiającego odnosił się do warunków wskazanych w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.4 ppkt 1.4.7., 1.4.3., 1.4.4., 1.4.6. i 1.4.5. Tym samym wzór wykazu osób przedstawiony w załączniku nr 6 do SWZ nie wskazywał na warunki udziału w postępowaniu wymienione w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.4 ppkt 1.4.1. i 1.4.2. Załącznik nr 7 do SWZ natomiast wskazywał na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.4 ppkt 1.4.1. i 1.4.2. SWZ oraz spełnienie kryterium oceny ofert zgodnie z rozdziałem XX SWZ. Skład orzekający po analizie powyżej przedstawionych postanowień uznał, że wykonawcy składający oferty w postępowaniu, w tym także przystępujący po stronie zamawiającego, mogli uznać, że załącznik nr 7 do SWZ powinien zostać złożony zarówno na potwierdzenie kryteriów oceny ofert, jak i na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.4. ppkt 1.4.1. i 1.4.2. SWZ (związanych z tymi kryteriami). Takie rozumienie było dopuszczalne

w związku niejednoznacznym brzmieniem SWZ w zakresie okoliczności wykazania spełnienia ww. warunków udziału w postępowaniu, co nie powinno obciążać przystępującego po stronie zamawiającego. Powyższe stwierdzenie znajduje swoje potwierdzenie w ugruntowanym

i jednolitym orzecznictwie zgodnie, z którym wszelkie niejasności czy też niejednoznaczności treści SWZ powinny być interpretowane na korzyść wykonawcy. W stanie faktycznym

przedmiotowej sprawy powyżej opisana niejednoznaczność powinna być interpretowana na korzyść przystępującego po stronie zamawiającego, co w ostateczności prowadziło do uznania, że dwa pierwsze zarzuty nie mogły zostać uwzględnione.

Działanie zamawiającego nie naruszało również § 9 ust. 1 pkt 3 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 spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 ww. Rozporządzenia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może żądać m.in. wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Jak wynika z powyższego, wskazany dokument może być wymagany zarówno w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak i potwierdzenia kryteriów oceny ofert. Istotnym było, że zarówno załącznik nr 7 do SWZ, jak i załącznik nr 6 do SWZ, pomimo odrębnych nazw nadanych mu przez zamawiającego stanowiły wykazy osób.

W dalszej kolejności skład orzekający zwrócił uwagę, że odwołujący w swojej argumentacji dużą uwagę poświęcił wezwaniu z dnia 5 sierpnia 2024 r., które zostało skierowane przez zamawiającego do wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp. Izba stwierdziła, że odwołujący wyciągnął wobec tego wezwania zbyt daleko idące wnioski. Nie można było nie zauważyć, że wezwanie to odnosiło się do uzupełnienia wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, wg. wzoru załącznika nr 6 do SWZ, jednak nie można było pominąć całej treści tego wezwania. Dopiero po analizie całości wezwania można było ustalić intencję zamawiającego związaną z jego sporządzeniem i wystosowaniem do przystępującego po stronie zamawiającego. Tym samym przedmiotowego wezwania nie można interpretować jako konieczności złożenia uzupełnionego wykazu osób sporządzonego na załączniku nr 6 do SWZ, ale przede wszystkim jako potrzeby uzyskania przez zamawiającego informacji o podstawie dysponowania osobami wskazanymi na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.4 ppkt 1.4.1. i 1.4.2. SWZ. Warto po raz kolejny przypomnieć, że wzór wykazu osób stanowiący załącznik nr 6 do SWZ nie wymieniał w swojej treści tych warunków, a do ich spełnienia referował wprost wzór wykazu stanowiący załącznik nr 7 do SWZ. W ocenie składu orzekającego, zważywszy na opisane

powyżej niejednoznaczności treści SWZ, po stronie wykonawcy mogły zrodzić się uzasadnione wątpliwości, co do

sposobu odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie. Jak słusznie wyjaśnił zamawiający na rozprawie wykonawca mógł to wezwanie zrozumieć co najmniej na trzy sposoby. Po pierwsze jako konieczność złożenia załącznika nr 6 do SWZ poprawionego o informacje dotyczące podstawy dysponowania wskazanymi osobami. Po drugie jako obowiązek złożenia oświadczenia, które dotyczyłoby podstaw dysponowania wymienionymi wcześniej osobami. Po trzecie jako powinność przedłożenia wypełnionego załącznika nr 7 do SWZ, bo przecież jego wzór wskazywał na spełnienie ww. warunków udziału w postępowaniu, poprawionego o informacje odnoszące się do podstawy dysponowania wymienionymi w nim już wcześniej osobami. W okolicznościach przedmiotowej sprawy wszystkie wymienione powyżej sposoby były prawidłowe, mając na uwadze niejednoznaczności treści SWZ. Przystępujący zrealizował wezwanie z dnia 5 sierpnia 2024 r. w sposób opisany powyżej, jako sposób trzeci. Tym samym nie można było zakwestionować odpowiedzi wykonawcy w kontekście wezwania oraz okoliczności sprawy szczególnie, że odpowiedź na to wezwanie precyzowała treść wypełnionego załącznika nr 7 do SWZ wyłącznie o informacje związane z podstawą dysponowania osobami wskazanymi w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wszelkie inne informacje, jakimi dysponował zamawiający od momentu otwarcia oferty w związku ze złożonym przez wykonawcę załącznikiem nr 7 do SWZ pozostały niezmienione. Co najistotniejsze nie zostały tym samym zmienione informacje związane z oceną oferty wykonawcy w ramach kryteriów pozacenowych, które zostały w wykazie nr 7 do SWZ złożonym przez przystępującego po stronie zamawiającego, wyraźnie odseparowane od informacji związanych ze spełnieniem warunków udziału w postępowaniu.

Dodatkowo skład orzekający przyznał rację zamawiającemu, który zasadnie argumentował, że treść obu zarzutów nie korespondowała z ich uzasadnieniem. Z jednej strony główną osią odwołania było to, że oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a z drugiej strony odwołujący nie kwestionował tego, że osoby wskazane przez przystępującego po stronie zamawiającego w załączniku nr 7 do SWZ spełniały warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący domagał się odrzucenia oferty wykonawcy tylko i wyłącznie z przyczyn formalnych dotyczących tego, w którym z dokumentów te osoby zostały przez wykonawcę wskazane. W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy stanowisko odwołującego okazało się niezasadne.

Nietrafiony okazał się również argument odwołującego podniesiony na rozprawie, który odnosił się do okoliczności związanych z wyrokiem Izby z dnia 6 września 2021 r. o sygn. akt KIO 2207/21. Izba uznała, że ww. orzeczenie zapadło w okolicznościach faktycznych, które nie miały przełożenia na rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy. Po pierwsze odwołanie w sprawie KIO 2207/21 dotyczyło zarzutu niezgodności oferty z warunkami zamówienia, a nie

niespełnienia warunków udziału w postępowaniu. Po drugie w przedmiotowej sprawie nie doszło do uzupełnienia treści oferty. Po trzecie w sprawie KIO 2207/21 nie została stwierdzona niejednoznaczność postanowień SWZ.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp w zw. z art. 118 ust. 1 oraz w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju Pracy

i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp.

W zakresie zarzutu podniesionego w pkt 3 petitum odwołania, Izba w znacznej mierze przyjęła i uznała za własną argumentację zamawiającego.

Na wstępie skład orzekający uznał za zasadne jeszcze raz podkreślić, że przystępujący po stronie zamawiającego nie był wzywany do poprawienia, uzupełnienia lub wyjaśnienia wykazu robót budowalnych, który był składany w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.3 SWZ. Mówiąc wprost zamawiający nie zastosował wobec wykonawcy przepisu art. 128 ust. 1 lub ust. 4 Pzp w związku z ww. warunkami udziału w postępowaniu. Tym samym nie mogło zostać uznane za dopuszczalne domaganie się przez odwołującego odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w sytuacji, gdy zamawiający nie przeprowadził postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 128 ust. 1 lub 4 Pzp. Nie było też podstaw do uznania, bez przeprowadzenia tego postępowania, że wykonawca nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp). Biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne sprawy w tym zakresie, jeśliby uznać za zasadne, że wskazane przez odwołującego podmiotowe środki dowodowe (złożone przez wykonawcę) nie potwierdziły spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, to zasadny byłby tu zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 128 ust. 1 Pzp polegający na zaniechaniu wezwania przystępującego po stronie zamawiającego do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie brakujących lub wadliwych podmiotowych środków dowodowych. Odrzucenie oferty wykonawcy z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c Pzp musi być poprzedzone prawidłowym wezwaniem do uzupełniana podmiotowych środków dowodowych, kierowanym w trybie art. 128 ust. 1 Pzp. Przepis art. 128 ust. 1 Pzp wprowadza obligatoryjny wymóg wezwania do uzupełnienia lub uprawnienie do żądania wyjaśnień, o czym stanowi art. 128 ust. 4 Pzp w okolicznościach w nim wskazanych. Nie jest zatem dopuszczalne odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) lub c) Pzp w sytuacji, w której zamawiający nie przeprowadził postępowania wyjaśniającego na podstawie ww. przepisów. Odwołujący nie postawił zarzutu naruszenia

przez zamawiającego artykułu 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego po stronie zamawiającego do złożenia poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, zatem przedmiotowy zarzut już z tego powodu podlegał oddaleniu.

Jednakże nawet po rozpoznaniu ww. zarzutu Izba nie miała wątpliwości, co do jego bezzasadności. W tym zakresie skład orzekający przyjmując stanowisko zamawiającego stwierdził, że jak wynikało z informacji wskazanych w Krajowym

Rejestrze Sądowym (dowody złożone na rozprawie przez zamawiającego) referencje z dnia 31 marca 2021 r. udzielone Top Construction Ltd. Sp.k. były referencjami spółki Top Construction Ltd. S.A. (obecnie po zmianie firmy spółki Top Construction S.A.). Powyższe wynikało z faktu, że spółka Top Construction Ltd. Sp.k. została przekształcona w spółkę Top Construction Ltd. Sp. j., która następnie została przekształcona w spółkę Top Construction Ltd. S.A. (obecnie po zmianie firmy spółki Top Construction S.A.).

Zgodnie z odpisem pełnym KRS Top Construction Ltd. S.A. (obecnie po zmianie firmy spółki Top Construction S.A.) w rubryce 6 „Sposób powstania spółki" wskazano, że w dniu 17 marca 2023 r. doszło do przekształcenia spółki Top Construction Ltd. Sp. j. (KRS: 0000912236)

w spółkę Top Construction Ltd. S.A. Natomiast zgodnie z odpisem pełnym KRS Top Construction Ltd. Sp. j. w rubryce 6 „Sposób powstania spółki" także wskazano przekształcenie, zaś w podrubryce 1 „Podmiot z którego powstała spółka" wskazano: Top Construction Ltd. Spółka komandytowa (numer NIP: 5213772462). W związku z powyższym był to ten sam podmiot działający w różnych formach prawnych na przestrzeni czasu, któremu nie zmienił się NIP ani REGON, a zmianie ulegały tylko nr KRS.

Zgodnie z art. 551 § 1 ksh spółki: jawna, partnerska, komandytowa, komandytowo-akcyjna, z ograniczoną odpowiedzialnością, akcyjna (spółka przekształcana) mogą być przekształcone w inną spółkę handlową (spółkę przekształconą). Zgodnie z art. 552 ksh spółka przekształcana staje się spółką przekształconą z chwilą wpisu spółki przekształconej do rejestru (dzień przekształcenia). Jednocześnie sąd rejestrowy z urzędu wykreśla spółkę przekształcaną. Jak stanowi art. 553 § 1 ksh spółce przekształconej przysługują wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z 29 listopada 2017 r. sygn. akt III CZP 68/17 normatywna konstrukcja przekształcenia spółek handlowych (tzw. przekształcenie sensu stricto) opiera się na realizacji zasady kontynuacji (ciągłości). Z zasady tej, wyrażonej w art. 553 § 1–3 ksh, eksponującej sferę podmiotową przekształcenia wynika, że spółka poddana procesowi przekształcenia jest tym samym podmiotem, a na skutek przekształcenia zmienia się tylko forma prawna prowadzonej działalności. Przekształcenie oznacza zatem zmianę typu spółki przy zachowaniu tożsamości podmiotowej w zakresie praw i obowiązków. W konsekwencji w przypadku przekształcenia nie dochodzi do sukcesji praw i obowiązków.

W wypowiedziach przedstawicieli doktryny podkreśla się, że zarówno przed, jak i po przekształceniu mamy do czynienia z tym samym podmiotem, który w wyniku przekształcenia zmienia jedynie formę prawną (»szatę prawną«) w inny ustawowy typ spółki. (…) Tożsamość podmiotowa spółek oznacza, że spółka przekształcona nie wstępuje w prawa i obowiązki o charakterze cywilnoprawnym przysługujące spółce przekształcanej, lecz z dniem przekształcenia nadal w odniesieniu do tych praw i obowiązków chodzi o wszelkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej (art. 553 §1 ksh.). Innymi słowy, mimo przeprowadzonego przekształcenia nadal w odniesieniu do tych praw i obowiązków chodzi o tę samą spółkę. Wyrażona w art. 553 § 1 ksh. zasada kontynuacji obejmuje zarówno prawa i obowiązki prywatnoprawne (art. 553 § 1 ksh.), jak i publicznoprawne (art. 533 § 2 ksh.) (…)

Izba doszła do przekonania, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie miała miejsce sukcesja uniwersalna czy też syngularna, jak usiłował to uargumentować odwołujący. Co najwyżej można było stwierdzić, że miało miejsce przekształcenie tego samego podmiotu czyli przystępującego po stronie zamawiającego przez co należało uznać, że także referencje zostały wystawione na tego wykonawcę.

Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp w zw. z art. 118 ust. 1 Pzp.

Konsekwencją oddalenia trzech powyżej wskazanych zarzutów było oddalenie ostatniego zarzutu podniesionego w odwołaniu. Zarzut ten w ocenie składu orzekającego był wynikowy w stosunku do pozostałych zarzutów, stąd nie mógł znaleźć potwierdzenia. Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 252 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 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), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, koszty poniesione przez odwołującego i zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika – na podstawie rachunku złożonego na rozprawie.

Przewodniczący: