Sygn. akt: KIO 3080/24

WYROK

Warszawa, dnia 23 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Elżbieta Dobrenko

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Glimera Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku oraz UAB „Glimera" w Alytus

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Płaska

przy udziale po stronie zamawiającego – wykonawcy Ekodrom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Augustowie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – Gminie Płaska unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności oceny i badania ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Gminę Płaska i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00 groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Glimera Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku oraz UAB Glimera w Alytus, tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł 00 (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy), poniesioną przez ww. wykonawców tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

3. Zasądza od Zamawiającego – Gminy Płaska na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Glimera Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku oraz UAB „Glimera" w Alytus kwotę 13.600,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych 00 groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania oraz 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.

Przewodnicząca: ……..

Sygn. akt KIO 3080/24

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Płaska, dalej: „Zamawiający" prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Budowa drogi gminnej w miejscowości Płaska, gmina Płaska", dalej: „Postępowanie".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 czerwca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00367225.

W dniu 23 sierpnia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Gilmera Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku oraz UAB „Gilmera" w Alytus, dalej: „Odwołujący" wnieśli odwołanie zaskarżając czynności Zamawiającego w postaci niezgodnego z przepisami prawa:

- odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia;

- wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Ekodrom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Augustowie.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez uznanie, iż oferta Odwołującego nie spełnia warunków zamówienia, podczas gdy oferta jest zgodna z treścią SWZ i nie może podlegać odrzuceniu na tej podstawie,

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, podczas gdy Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału zgodnie z brzmieniem treści Specyfikacji Warunków Zamówienia. Z ostrożności procesowej na wypadek nie uwzględnienia wyżej wymienionych zarzutów Odwołujący zarzucił naruszenie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, w przypadku uznania że złożone w odpowiedzi na wezwanie z art. 274 ust. 1 Pzp podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu co doprowadziło do niezgodnego z przepisami ustawy wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu odrzucił ofertę Odwołującego uznając ją za niezgodną z warunkami zamówienia.

Z treści uzasadnienia faktycznego decyzji Zamawiającego wynika:

„Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), Rozdział V. Podstawy wykluczenia oraz warunki udziału w postępowaniu, ust. 2 pkt 4b wskazał na warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, Wykonawcy, tj.

„dysponowanie następującymi osobami skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi:

- min. 1 osobę posiadającą uprawnienia kierownika budowy w specjalności drogowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub zagraniczne uprawnienia uznane w zakresie i na zasadach określonych ustawą z 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2023 r. poz. 334).

Proponowana osoba musi także posiadać doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na minimum dwóch budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ostatnich 5 latach." Odwołujący wskazał, że oferta złożona przez Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgłoszony kierownik robót drogowych M. S., powinien zgodnie z zapisami SWZ posiadać doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na minimum dwóch budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat.

Warunek ten nie został spełniony, gdyż przedstawione jako potwierdzenie doświadczenia inwestycje nie były zakończone w dniu składania oferty.

(..) Wobec tego Zamawiający nie może uznać przedstawionego doświadczenia. Zamawiający uznaje, że konieczne jest dysponowanie doświadczeniami już nabytymi a nie nabywanym w trakcie składania i rozpatrywania oferty."

Odwołujący nie zgodził się z przedstawionym uzasadnieniem Zamawiającego z następujących powodów. Po pierwsze z uwagi na błędne uzasadnienie prawne odrzucenia oferty.

W doktrynie zamówień publicznych przesłanka odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp dotyczy merytorycznego zakresu oferty:

„dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z ust. 1 pkt 5 konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób jest niezgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia. W wyroku KIO 9.09.2021 r., KIO 2520/21, Izba wskazała, że o niezgodności treści oferty z postanowieniami SWZ można mówić w przypadku ominięcia pewnego zakresu świadczenia, zaoferowanie odmiennego zakresu lub braku jego dookreślenia w sposób umożliwiający ocenę, czy wykonawca złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego. Izba podkreśliła, że nie ulega wątpliwości, że każdorazowo

zawarte w ofercie wykonawcy zobowiązanie dotyczące zakresu przedmiotowego oraz sposobu realizacji przedmiotu zamówienia jest elementem treści merytorycznej oferty. W szerszym ujęciu za treść oferty należy uznać zakres zobowiązania wykonawcy, tj. zaoferowany przez wykonawcę zakres świadczenia – sposób realizacji przedmiotu umowy. W przypadku postępowań dotyczących robót budowlanych – w ocenie KIO – należy uznać wszelkie świadczenia dotyczące jakości, ilości, ceny jednostkowej, ceny ogólnej, wielkości poszczególnych narzutów, terminu realizacji, sposobu realizacji robót (zastosowanej organizacji i prac i harmonogramu tychże prac), czyli wszelkich elementów mających bezpośredni wpływ na przedmiot i zakres świadczenia, o ile zostały ujęte i doprecyzowane w treści SWZ.", A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 226.

Odwołujący wskazał, że analiza uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty nie zawierała żadnego wskazania, których warunków zamówienia nie spełniała oferta Odwołującego, stąd odrzucenie oferty na tej podstawie należy uznać za nieprawidłowe.

Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego wskazuje na fakt uznania przez Zamawiającego, iż wykonawca nie spełnia warunku udziału w postaci dysponowania osobą, która posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na minimum dwóch budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ostatnich 5 latach. Zamawiający wskazał, że osoba z wykazu osób kierowała robotami, które na dzień składania ofert nie były zakończone. W ocenie Odwołującego dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu kluczowe znaczenie ma określenie warunku udziału w treści SWZ.

Zamawiający w treści warunku udziału w SWZ wskazał, iż osoba musi posiadać doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na minimum 2 budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat. Zamawiający w treści SWZ nie zawarł wymogu kierowania robotami budowlanymi na dwóch ukończonych inwestycjach (nie wymagał również, aby te inwestycje były prawidłowo ukończone). W istocie Zamawiający warunek udziału co do dysponowania osobami opisał w sposób lakoniczny – doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na 2 budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat. Tak postawiony warunek spełnia m.in. osoba, która pełniła funkcję kierownika budowy przez np. 1 miesiąc na 2 budowach. Zamawiający nie wskazał jak długim doświadczeniem ma się legitymować osoba czy też w zakresie jakich inwestycji/czynności.

Odwołujący wskazał, że w istocie w przedmiotowej sprawie Zamawiający dokonał doprecyzowania warunku udziału dopiero na etapie badania i oceny ofert – co w ocenie Odwołującego jest czynnością niedopuszczalną.

Odwołujący wskazał, że jak wskazuje się w orzecznictwie:

- „Skład orzekający zwrócił uwagę na to rozróżnienie stwierdzając, że o ile w przypadku doświadczenia wykonawcy konieczne jest potwierdzenie należytego wykonania usługi

dotyczącej tego doświadczenia, to w przypadku osób jakimi dysponować ma wykonawca wystarczające jest, co do zasady, samo doświadczenie. Przepisy Pzp czy też odpowiedniego rozporządzenia również nie ograniczają doświadczenia osób do projektów zakończonych i odebranych, ale wskazują po prostu doświadczenie tych osób, co jest zupełnie naturalne”-KIO 557/23.

- „Nie podziela się stanowiska, że skoro wykonawca nie zwracał się wyjaśnienie treści SWZ w zakresie omawianego warunku, to obecnie nie może powoływać się na wątpliwości dotyczące interpretacji tego warunku. Uprawnienie wykonawcy do żądania wyjaśnienia treści SWZ przez Zamawiającego jest uprawnieniem wykonawcy, a nie jego obowiązkiem. Uprawnienie to w żaden sposób nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku precyzyjnego sformułowania postanowień dokumentów zamówienia, tj. tak, aby na etapie badania i oceny ofert nie budziły one wątpliwości i sporów interpretacyjnych. Podkreślić należy, że wszelkie wątpliwości wynikające z treści SWZ należy interpretować na korzyść wykonawcy, ponieważ wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji błędów i nieprecyzyjnych postanowień Zamawiającego popełnionych przy formułowaniu postanowień SWZ”-KIO 4/24. Odwołujący wskazał, że mając na uwadze treść warunków w zakresie dysponowania osobami można uznać, że każda osoba posiadająca doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na minimum 2 budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat, spełnia postawiony w SWZ warunek. W konsekwencji czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego ze względu na brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie jest błędna.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp Odwołujący wskazał, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wystosował do Odwołującego wezwania z art. 128 ust. 1 Pzp. W konsekwencji jego działanie wprost naruszyło przepisy ustawy.

Jak podnosi się w doktrynie i orzecznictwie:

- „Dyspozycja przepisu art. 128 ust. 1 p.z.p. również dotyczy sytuacji, w której złożone formalnie poprawne podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunku. Takie środki dowodowe nie potwierdzające spełnienia warunku należy uznać za niekompletne, błędne, a nawet za niezłożone, w rozumieniu wskazanego przypisu”-KIO 5/24,

- „Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ustęp 1 pkt 2 lit. b p.z.p. z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu dopuszczalne jest dopiero po wyczerpaniu procedury uzupełniającej, uregulowanej w art. 128 ust. 1 p.z.p.”-KIO 3002/23.

W odpowiedzi na odwołanie – piśmie z dnia 10 września 2024 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu pisma Zamawiający zanegował twierdzenia Odwołującego i wskazał, że SWZ wymagało, żeby zgłoszony kierownik robót powinien posiadać doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na minimum dwóch budowach z zakresu infrastruktury drogowej

w ciągu ostatnich 5 lat. Warunek ten nie został spełniony, gdyż druga z wymienionych robót w chwili składania oferty tj. w dniu 2 lipca 2024 r. nie była zakończona.

Odwołujący twierdził, że Zamawiający nie zawarł warunku kierowania robotami budowlanymi na dwóch zakończonych inwestycjach.

Zapis SWZ w rozdziale V. ust. 2 pkt. 4 lit. b zawiera zapis „Proponowana osoba musi także posiadać doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na minimum 2 budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat.”. Zgodnie z definicją słownika języka polskiego przez doświadczenie rozumiemy: „ogół wiadomości i umiejętności zdobytych na podstawie własnych obserwacji i własnych przeżyć”.

Zamawiający wskazał, że w tej sytuacji nie można uznać za doświadczenie inwestycji, która w dniu 2 lipca 2024 r. nie była ukończona. Konieczne jest legitymowanie się doświadczeniem już nabytym, a nie tym które nabędzie się w przyszłości.

Zamawiający podkreślił, że fałszywe jest twierdzenie Odwołującego o naruszeniu art. 128 Pzp, gdyż wskazany w ofercie Pan M. S. był drugą osób a przedstawioną przez Odwołującego się, bo pierwsza osoba Pani A. K. K. nie spełniała warunków SWZ w zakresie doświadczenia (vide: pismo Zamawiającego z dnia 16.07.2024 r. znak ZPP.271.4.4.2024 r.).

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając dokumenty zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła:

Izba stwierdziła, że nie wystąpiła żadna z przesłanek wskazanych w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem jest odrzucenie odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Do postępowania odwoławczego, w terminie przewidzianym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca Ekodrom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Augustowie, dalej: „Przystępujący".

Zgłoszenie spełniało warunki określone w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystępujący w piśmie z 16 września 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie przekazanej dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że Zamawiający – Zamawiający Gmina Płaska prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Budowa drogi gminnej w miejscowości Płaska, gmina Płaska".

Izba ustaliła, że w Rozdziale V. Podstawy wykluczenia oraz warunki udziału w postępowaniu, ust. 2 pkt 4b warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej został sformułowany w następujący sposób:

> „4) Zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykaże: b) dysponowanie następującymi osobami skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi:

> • min. 1 osobę posiadającą uprawnienia kierownika budowy w specjalności drogowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub zagraniczne uprawnienia uznane w zakresie i na zasadach określonych ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2023 r. poz. 334).

Proponowana osoba musi także posiadać doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na minimum 2 budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat. Kierownik budowy powinien posiadać uprawnienia budowlane zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz rozporządzeniem Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

Zgodnie z art. 12a ustawy Prawo budowlane samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, określone w art. 12 ust. 1 ustawy mogą również wykonywać osoby, których odpowiednie kwalifikacje zawodowe zostały uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych. Regulację odrębną stanowią przepisy ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2023 r. poz. 334)."

Zamawiający wezwał Odwołującego – pismo z 5 lipca 2024 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W odpowiedzi na powyższe pismo Odwołujący złożył wykaz osób, wskazując p. A. K. jako osobę posiadającą doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na minimum 2 budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat. Wykaz nie zawierał opisu doświadczenia ww. osoby.

Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia informacji o posiadanym doświadczeniu proponowanej przez Odwołującego osoby.

Odwołujący 16 lipca 2024 r. złożył nowy wykaz osób i wskazał p. M. S. jako osobę posiadającą doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na minimum 2 budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat.

W dniu 20 sierpnia 2024 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na

podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz wybrał ofertę Przystępującego jako najkorzystniejszą. W dniu 23 sierpnia 2024 r. Odwołujący wniósł odwołanie od powyższych czynności.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej.

Po zapoznaniu się z argumentacją stron i uczestnika postępowania odwoławczego, wyrażoną we wniesionych w nim pismach oraz przedstawioną w trakcie rozprawy Izba uznała, że odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 oraz 2 podlegało uwzględnieniu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający obowiązany jest do odrzucenia oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Stosowanie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z brzmieniem art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Izba uznała pierwszy oraz drugi zarzut odwołania za uzasadniony, ponieważ w Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 20 sierpnia 2024 r. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym wskazał, że oferta złożona przez konsorcjum firm Gilmera Sp. z o.o. i UAB Gilmera jest niezgodna z warunkami zamówienia. Jak podstawę prawną odrzucenia oferty ww. wykonawców Zamawiający wskazał art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, który stanowi – cyt.: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (…) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia".

Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wskazał warunków zamówienia, z którymi treść oferty Odwołującego była niezgodna.

A zatem w tym zakresie decyzja Zamawiającego była nieprawidłowa.

Mając na uwadze, że jak wynika z dalszej części uzasadnienia faktycznego, odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło z powodu niespełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, Izba oceniła czynność odrzucenia oferty Odwołującego z punktu widzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w ust. 2 pkt 4 lit. b w Rozdziale V Podstawy wykluczenia oraz warunki udziału w postępowaniu w następujący sposób:

> „4) Zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykaże: b) dysponowanie następującymi osobami skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi:

> • min. 1 osobę posiadającą uprawnienia kierownika budowy w specjalności drogowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub zagraniczne uprawnienia uznane w zakresie i na zasadach

określonych ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2023 r. poz. 334).

Proponowana osoba musi także posiadać doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na minimum 2 budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat. Kierownik budowy powinien posiadać uprawnienia budowlane zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz rozporządzeniem Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

Zgodnie z art. 12a ustawy Prawo budowlane samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, określone w art. 12 ust. 1 ustawy mogą również wykonywać osoby, których odpowiednie kwalifikacje zawodowe zostały uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych. Regulację odrębną stanowią przepisy ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2023 r. poz. 334)."

Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego przez osobę, doświadczenia w sposób ogólnikowy – dysponowanie osobą posiadającą uprawnienia kierownika budowy w specjalności drogowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia oraz posiadanie przez proponowaną osobę doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy na 2 budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat.

W treści warunku dotyczącego doświadczenia proponowanej przez wykonawcę osoby Zamawiający nie sprecyzował, że wymaga doświadczenia nabytego w kontraktach zakończonych. Natomiast z tego powodu odrzucił ofertę Odwołującego.

Co istotne, Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali, że osoby, skierowane przez nich do realizacji zamówienia posiadają doświadczenie, o którym mowa w Rozdziale V, ust. 2 pkt 4b SWZ, które to doświadczenie należy odróżnić od doświadczenia wykonawcy. Jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 14 marca 2023 r., sygn. akt KIO 557/23, że o ile w przypadku doświadczenia wykonawcy konieczne jest potwierdzenie należytego wykonania usługi dotyczącej tego doświadczenia, to w przypadku osób, jakimi dysponować ma wykonawca wystarczające jest, co do zasady, samo doświadczenie. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych czy też odpowiedniego rozporządzenia nie ograniczają doświadczenia osób do projektów (w tym przypadku robót budowalnych) zakończonych i odebranych, ale

wskazują po prostu na doświadczenie tych osób.

Powyższą okoliczność podniósł w odwołaniu również Odwołujący.

W ocenie Izby, Odwołujący wykazał, że dysponuje osobą skierowaną do realizacji zamówienia publicznego, odpowiedzialną za kierowanie robotami budowlanymi, która posiada wymagane

przez Zamawiającego doświadczenie, zgodne z warunkiem udziału w postępowaniu określonym w SWZ.

Wobec powyższego, decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego była nieprawidłowa, a odwołanie w powyższym zakresie podlegało uwzględnieniu.

W związku z uwzględnieniem odwołania we wskazanym powyżej zakresie, Izba nie rozpoznała zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, w przypadku uznania że złożone w odpowiedzi na wezwanie z art. 274 ust. 1 Pzp podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu co doprowadziło do niezgodnego z przepisami ustawy wyboru oferty najkorzystniejszej, ponieważ zarzut ten został podniesiony jako zarzut ewentualny, na wypadek nie uwzględnienia zarzutów sformułowanych w pierwszej kolejności.

Ponadto Izba pominęła przywołane przez Przystępującego okoliczności: inwestycje, w których p. M. S. miał pełnić funkcję kierownika robót drogowych polegały na przebudowie, a nie budowie, informacji, że Powiat Sejneński nie zawierał umowy na przebudowę nawierzchni drogi dla pieszych na ul. Łąkowej w Sejnach z wykonawcą Zakładem Usług Budowlanych Pat-Bud P. N., oświadczenia ww. wykonawcy, iż nie realizował umowy na rzecz Powiatu Sejneńskiego oraz dowody: w postaci oświadczenia p. P. N. z 9 września 2024 r. i informacji od Powiatu Sejneńskiego z 10 września 2024 r. z uwagi na fakt, że Izba rozpoznaje odwołanie w jego granicach odwołania i jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu. Izba nie może przy orzekaniu brać pod uwagę naruszeń przepisów Pzp, które nie były przedmiotem zarzutów, natomiast zostały ujawnione w toku postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła, na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepis § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 oraz pkt 2 lit b 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 ze zm.), mając na uwadze wynik postępowania odwoławczego, obciążyła tymi kosztami Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……