

Sygn. akt: KIO 3392/24

WYROK

Warszawa, dnia 2 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2024 r. przez wykonawcę: M. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.L. M. L., ul. Okrężna 5, 64-2012 Siedlec w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Siedlec, ul. Zbąszyńska 17, 64-212 Siedlec

uczestnik po stronie zamawiającego – BikeUniverse Sp. z o.o. w Myślenicach, ul. Zdrojowa 160A, 32-400 Myślenice

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: Gminę Siedlec, ul. Zbąszyńska 17, 64-212 Siedlec unieważnienie czynności z 10 września 2024 r. odrzucenia w części II oferty Odwołującego: M. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.L. M. L., ul. Okrężna 5, 64-2012 Siedlec, jak i nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego

badania i oceny ofert w części II z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Siedlec, ul. Zbąszyńska 17, 64-212 Siedlec i

- 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) wniesioną przez wykonawcę M. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.L. M. L., ul. Okrężna 5, 64-2012 Siedlec tytułem

uiszczonego wpisu, jak i kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero

groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

- 2.2. zasądza od Gminy Siedlec, ul. Zbąszyńska 17, 64-212 Siedlec na rzecz M. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.L. M. L., ul. Okrężna 5, 64-2012 Siedlec kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 3392/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: „Budowa infrastruktury sportowej na terenie gminy Siedlec cz.II: Budowa toru rowerowego pumtruck, skateparku z oświetleniem, stref sprawnościowych i zabawowych”, znak postępowania GKOS. 7013.47.14.2024, opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28.06.2024 r. pod nr 2024/BZP 00387460 przez: Gminę Siedlec, ul. Zbąszyńska 17, 64-212 Siedlec zwany dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. -Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwana dalej: „ustawy Pzp” albo „PZP” albo „Pzp”.

W dniu 10.09.2024 r. (poprzez Platformę e-Zamówienia) Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty w cz. II na podstawie art. 226 ust.1 pkt 2 pkt b Pzp M. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.L. M. L., ul. Okrężna 5, 64-2012 Siedlec zwane dalej: „M.L. M. L.” albo „Odwołującym”. Stwierdził: „(...) Zamawiający pismem nr GKOS.7013.47.14.2024 z dnia 04.09.2024 r., zgodnie z oceną ofert, w której Pana oferta zdobyła najwyższą ilość punktów, wezwał Pana do złożenia podmiotowych środków dowodowych dotyczących powyższego zadania, w terminie 5 dni od otrzymania pisma.

W dniu 09.09.2024 r. na powyższe wezwanie, złożył Pan podmiotowe środki dowodowe, które potwierdzać miały spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzać brak podstaw do wykluczenia, które to warunki zostały określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednym z warunków udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej było cyt. „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał jedno zadanie, które odpowiadają swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. polegające na kształtowaniu terenów sportowych, rekreacyjnych itp. (np. skateparki, boiska

sportowe, place zabaw itp.) o wartości minimum łącznie: brutto 200.000,00 zł”.

W złożonych przez Pana dokumentach na potwierdzenie powyższego warunku złożył Pan „Wykaz robót budowlanych”, w którym wskazał jedno zadanie tj. „Rozwój ogólnodostępnej infrastruktury turystycznej i rekreacyjnej w miejscowości Siedlec poprzez utwardzenie powierzchni gruntu”, dołączając List referencyjny, potwierdzający wykonanie tego zadania.

Zadanie, które Pan wymienił w „Wykazie robót budowlanych” realizowane było przez Gminę Siedlec i obejmowało wykonanie utwardzenia powierzchni gruntu przygotowane pod

budowę skateparku a nie wykonanie skateparku jako całości, tym samym nie spełnił Pan jednego z warunków udziału w postępowaniu. (...)”.

Dnia 16.09.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 10.09.2024 r. odnośnie części II złożył M.L. M. L.. Zarzucił naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty z uwagi na niespełnienie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy w omawianym stanie faktycznym nie zaistniały podstawy do odrzucenia oferty, a Odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu i jego oferta nie podlegała odrzuceniu;
- 2) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego - Wykazu Robót Budowlanych (z uwagi na negowanie przez Zamawiającego prawidłowości złożonego załącznika nr 4 do SWZ), podczas gdy Zamawiający ma taki obowiązek w przypadku kwestionowania dokumentu złożonego na wezwanie, względnie naruszenie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp tj. zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie Wykazu Robót Budowlanych przedłożonego przez tego Wykonawcę, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z 10.09.2024 r.;

- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
- 3) ewentualnie, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wezwanie Odwołującego do uzupełnienia lub poprawienia podmiotowego środka dowodowego - Wykazu Robót Budowlanych, celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale 17 SWZ, względnie także wezwania Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia przedłożonych przez tego Wykonawcę podmiotowych środków dowodowych celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu,
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionej na rozprawie fakturze,
- 5) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

W dniu 28.06.2024 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu dotyczące przedmiotowego zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest Budowa infrastruktury sportowej na terenie gminy Siedlec cz. II tj. Budowa toru rowerowego pumtrack, skateparku z oświetleniem, stref sprawnościowych i zabawowych. Zakres zamówienia obejmuje: pumtrack: roboty przygotowawcze i ziemne, podbudowa, nawierzchnia, obiekty

małej architektury i oświetlenie; skatepark z oświetleniem, flowpark do streepworkoutu, plac sprawnościowy, plac zabaw, plac trampolin, strefa relaksu, stojak do rowerów i altana ogrodowa.

W postępowaniu dla tej części złożono 3 oferty, z których oferta Odwołującego została oceniona najwyżej. Oferta Odwołującego obejmuje najkorzystniejsze warunki realizacji zamówienia, jej treść pozostaje zgodna z warunkami zamówienia i nie podlega odrzuceniu.

Dnia 04.09.2024r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący na ww. wezwanie złożył podmiotowy środek dowodowy-Wykaz Robót Budowlanych (zał. nr 4 do SWZ). Pismem z dnia 10.09.2024r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale 17 SWZ. Z uzasadnienia wynika, że Zamawiający kwestionuje wykaz robót wskazany przez Odwołującego.

W pierwszym rzędzie podkreślić należy, że Zamawiający ma prawo sformułowania warunków udziału w postępowaniu. Wynika to wprost z przepisu art. 57 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Zamawiający w tym przypadku określił warunki dot. zdolności technicznej lub zawodowej.

Zgodnie z zapisami rozdziału 17 SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej tj. (Część II): „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonął jedno zadanie, które odpowiada swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. polegające na kształtowaniu terenów sportowych, rekreacyjnych itp. (np. skateparki, boiska sportowe, place zabaw itp.) o wartości minimum łącznie: brutto

200.000,00 zł.”.

W dalszej części SWZ tj. w Rozdziale 18 Informacjach o podmiotowych środkach dowodowych wskazano: „W celu potwierdzenia spełnienia warunku, o którym mowa w Rozdziale 17 pkt 1 ust. 1 swz, Wykonawca złoży: wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, (załącznik nr 4 do swz), z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy 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”.

Zauważył, iż na wezwanie Zamawiającego Odwołujący złożył podmiotowy środek dowodowy, w którym wskazał robotę pn.: „Rozwój ogólnodostępnej infrastruktury turystycznej i rekreacyjnej w miejscowości Siedlec poprzez utwardzenie powierzchni gruntu”. Zadanie to zostało w całości wykonane przez Odwołującego, o czym Zamawiający miał pełną wiedzę, bowiem realizowane było również dla tego samego Zamawiającego. Koniecznym jest w tym miejscu wyjaśnienie specyfiki całego zamówienia, które wykazał Odwołujący w wykazie robót. W ramach realizacji ww. zamówienia (na które powołał się Odwołujący) było wykonanie pierwszej części inwestycji, na której obecnie montowane jest oświetlenie i urządzenia skateparku. Należy podkreślić, iż zamówienie które wskazał Odwołujący w wykazie robót budowlanych polegało na utwardzeniu gruntu o wymiarach 20x30m. Zakres prac obejmował m.in.:

- roboty ziemne,
- prace brukarskie,
- zbrojenie konstrukcji żelbetowych,
- wykonanie posadzki,
- uporządkowanie terenu po zakończeniu prac.

Dowód: SWZ postępowania pn. „Rozwój ogólnodostępnej infrastruktury turystycznej i rekreacyjnej w miejscowości Siedlec poprzez utwardzenie powierzchni gruntu

Tym samym w ramach przedsięwzięcia, na które powołał się Odwołujący, było właśnie przygotowaniu gruntu pod montaż urządzeń skateparku, z czego Zamawiający zdaje sobie doskonale sprawę, bowiem jest to 1 zamówienie realizowane na tym samym terenie dla tego samego Zamawiającego. Prace wykonywane obecnie w skateparku polegają jedynie na umieszczeniu urządzeń, co oznacza, że grunt musiał zostać wcześniej specjalnie przygotowany do takiego posadowienia tj. został ukształtowany przez Odwołującego w ramach wcześniejszego zadania. Potwierdzają to dokumenty dołączone do postępowania m.in. w kosztorysie ślepy m na str. 2 wskazano zestawy urządzeń do umieszczenia, czy też w opisie technicznym do zgłoszenia wskazano zakres robót, z których wynika, że zestawy mają być postawione na wykonanych już płycie betonowej czy też przygotowanych wcześniej powierzchniach.

Dowód: Kosztorys ślepy, opis techniczny do zgłoszenia

Na marginesie zauważył, że zgodnie z art. 127 ust. 2 ustawy Pzp „2. Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.”.

Przywołał wyroku KIO z 08.04.2022 r., sygn. akt: KIO 777/22.

Mimo treści ww. przepisu Odwołujący w niniejszym postępowaniu zdecydował się złożyć podmiotowy środek dowodowy. Nie zmienia to jednak faktu, że Zamawiający miał pełną

wiedzę dotyczącą zakresu prac w zadaniu wskazanym przez Odwołującego i nie miał podstaw do kwestionowania spełnienia warunku w postępowaniu. Całkowicie niezasadnym jest obecne twierdzenie Zamawiającego, iż Odwołujący nie spełnił warunku skoro poprzednie postępowanie miało właśnie na celu dalsze zamocowanie urządzeń na wcześniej przygotowanym terenie. Tym samym twierdzenie, iż wykaz jest nieprawidłowy jest całkowicie niezasadne.

Odwołujący nie może zgodzić się z odrzuceniem jego oferty. W piśmie Zamawiający wskazał bowiem: „Zadanie, które Pan wymienił w „Wykazie robót budowlanych” realizowane było przez Gminę Siedlec i obejmowało wykonanie utwardzenia powierzchni gruntu przygotowane pod budowę skateparku, a nie wykonanie skateparku jako całości, tym samym nie spełnił Pan jednego z warunków udziału w postępowaniu.”

Zamawiający stwierdzeniem tym popada w wewnętrzną sprzeczność, z jednej strony bowiem twierdzi, że zadanie wymienione przez Odwołującego „obejmowało wykonanie utwardzenia powierzchni gruntu przygotowane pod budowę skateparku” (czyli de facto przyznaje, że obejmowało kształtowanie powierzchni gruntu pod skatepark!) z drugiej zaś strony go nie akceptuje. Wskazuje jednocześnie, że warunek udziału w postępowaniu dotyczył wykonania skateparku jako całości.

Zamawiający jest jednak w błędzie, bowiem nie sformułował takiego warunku (wykonania skateparku jako całości), lecz

warunek ten polegał na wykonaniu prac polegających na kształtowaniu terenów sportowych, rekreacyjnych itp. (np. skateparki, boiska sportowe, place zabaw itp.). Tym samym Zamawiający nie ma racji twierdząc na obecnym etapie, że wymagał wykonania skateparku jako całości., bowiem w żadnym miejscu SWZu nie sformułował takiego warunku.

Zgodnie ze Słownikiem języka polskiego słowo kształtować oznacza „nadawać określony kształt rzeczom materialnym.” Zadanie wymienione w Wykazie Robót polegało właśnie na kształtowaniu specyficznego terenu pod skatepark. Nie ma wątpliwości także, iż teren ten był terenem sportowym, rekreacyjnym itd. bowiem zadanie na które powołał się Odwołujący dotyczyło powierzchni gruntu pod grunty sportowe, rekreacyjne. Należy wskazać, że sam sposób wykonania zadania wymagał zastosowania szczególnej technologii, aby umożliwić dalszą realizację zadań dotyczących infrastruktury rekreacyjnej na tym terenie, z czego Zamawiający doskonale zdawał sobie sprawę.

Jedynie pobocznie należy wskazać, że sam teren (uksztalowany przez Odwołującego w ramach zadania Rozwój ogólnodostępnej infrastruktury turystycznej i rekreacyjnej w miejscowości Siedlec poprzez utwardzenie powierzchni gruntu) już obecnie jest wykorzystywany przez Zamawiającego, bowiem odbywają się na nim różnego rodzaju aktywności sportowe i rekreacyjne. Jako przykład Odwołujący wskazuje np.:

- 1) „Święto Smaków” organizowane przez Wójta Gminy Siedlec w sierpniu 2023r
- 2) Piknik Rodzinny organizowany przez Radę Rodziców Szkoły Podstawowej z Siedlca pod patronatem Wójta Gminy Siedlec mający miejsce w maju br.
- 3) Festyn z okazji zakończenia sezonu piłkarskiego klubu „Gwiazda Siedlec” pod patronatem Wójta Gminy Siedlec oraz Powiatu Wolsztyńskiego w lipcu br.

Dowód: Zdjęcia i informacje o wydarzeniach rekreacyjnych/sportowych odbywających się na terenie realizacji zadania

Nie ulega wątpliwości, że grunt nie tylko był wykonany (uksztalowany) specjalnie jako teren dla zadań rekreacyjnych i sportowych, ale również jest w ten sposób wykorzystywany. Z tego względu w opinii Odwołującego wykazane zadanie w pełni wykazywało spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Ponownie podkreślił, że Zamawiający sformułował inne warunki udziału w postępowaniu niż wskazał w podstawie odrzucenia oferty. Zapisy te powinny być skorelowane ze sobą, natomiast Zamawiający na etapie odrzucenia oferty informuje Wykonawcę, że wymagał „wykonania skateparku jako całości”. Takie działanie jest całkowicie niedopuszczalne.

Na marginesie wskazał, że gdyby Zamawiający wymagał wybudowania konkretnego obiektu sportowego powinien w inny sposób zredagować warunek udziału w postępowaniu. Podkreślić należy, że Zamawiający miał tę wiedzę, bowiem w tym samym postępowaniu dla części I zadania wymagał przedstawienia wykazu robót, polegającego na wykazaniu Jednej roboty budowlanej” (wybudowaniu obiektu sportowego kubaturowego). Odwołujący posiada duże doświadczenie i na tę okoliczność przedstawił wykonanie odpowiedniej roboty budowlanej (Budowę Sali gimnastycznej), która została zaakceptowana przez Zamawiającego. Gdyby Zamawiający zawarł również w niniejszej części zapis, iż Wykonawcy mają wykazać „budowę/rozbudowę” całego obiektu Odwołujący również złożyłby taki wykaz. Warunek został ukształtowany jednak zupełnie inaczej - miał on na celu wykazanie jednego zadania polegającego na kształtowaniu terenów sportowych, rekreacyjnych itp. nie zaś Jedną robotę budowlaną” polegającą na wybudowaniu/ przebudowaniu konkretnego obiektu. Tym samym przy tak sformułowanym warunku przedłożony wykaz jest prawidłowy i w pełni spełniający wszelkie wymagania określone w SWZ. Warunek został zapisany w sposób precyzyjny i jasny, w pełni zrozumiały dla Wykonawców składających oferty. Należy bowiem podkreślić, iż nie kwestionowali oni zapisów SWZ w tym zakresie, nie zadawano również pytań mających na celu jego doprecyzowanie. Zamawiający jako podmiot profesjonalny ukształtował warunki udziału w postępowaniu w sposób zgodny z zasadami, przy czym podnieść należy, że nie było to ukształtowanie nieprzemysłane czy automatyczne, bowiem w inny sposób określił warunki dla części I jak i dla części II. Powyższe oznacza, że Zamawiający przed 8

określeniem warunku dokonał analizy i uznał, że dla części II postępowania zasadnym będzie ukształtowanie warunku w taki sposób jaki zostało to zapisane. Staranność redakcji warunku obciąża bowiem Zamawiającego. Przerzucanie na wykonawców, na tym etapie, kwestii innej interpretacji warunku jest niedopuszczalne. Należy bowiem mieć na względzie zasadę in dubio pro reo. Nie ma wątpliwości, że zgodnie z utrwalonym orzecnictwem sądów i Krajowej Izby Odwoławczej, wszelkie wątpliwości na gruncie dokumentacji postępowania interpretowane powinny być na korzyść wykonawcy.

Przywołał wyrok Sądu Najwyższego, z 04.07.2019 r., sygn. akt: IV CSK 363/18, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 07.03.2017 r., sygn. akt: VIII Ga 102/18, wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 10.05.2017 r., sygn. akt: VIII Ga 43/17, czy też wyrok KIO z 03.07.2023 r, sygn. akt: KIO 1730/23.

Tym samym w opinii Odwołującego nie ma najmniejszych wątpliwości, iż jego oferta nie powinna podlegać odrzuceniu, a działanie Zamawiającego było sprzeczne z przepisami a także utartą wykładnią przepisów.

Należy zauważyć, iż nawet jeżeli Zamawiający kwestionowałby ww. okoliczności tj. fakt, iż wskazane przez Odwołującego w wykazie zamówienie spełnia warunek udziału w postępowaniu to w takiej sytuacji zobligowany był do wezwania Wykonawcy do poprawienia wykazu bądź do złożenia wyjaśnień. Podkreślił, że nie jest to uprawnienie Zamawiającego lecz jego obowiązek.

M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień

publicznych. Komentarz, W-wa 2021 wskazuje: „W określonych okolicznościach zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów i oświadczeń. Pojęcie uzupełnienia należy rozumieć szeroko - nie tylko zgodnie z definicją słownikową jako stanie się dopełnieniem czegoś, uczynienie kompletnym przez dodanie tego, czego brakuje. W wyniku zastosowania omawianej instytucji wykonawca może złożyć dokument brakujący, uzupełnić informacje lub poprawić dokument. Celem instytucji uzupełnienia dokumentów jest stworzenie możliwości usunięcia braków lub uchybień w złożonych na wezwanie zamawiającego oświadczeniach i dokumentach, tak aby wykonawca faktycznie zdolny do wykonania zamówienia nie był eliminowany z postępowania jedynie ze względów formalnych, nie zaś merytorycznych.”

Wynika to bezpośrednio z treści art. 128 Ustawy pzp:

„1. 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.
2. Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia.
3. Złożenie, uzupełnienie lub poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowych środków dowodowych nie może służyć potwierdzeniu spełnienia kryteriów selekcji.
4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.(...)”

Ustawa nakazuje tym samym wezwanie Wykonawcy nawet w sytuacji, kiedy nie złożył on podmiotowego środka dowodowego. Zamawiający natomiast potraktował Wykonawcę w sposób jeszcze bardziej rygorystyczny tj. zupełnie pominał swój obowiązek i nie tylko nie wezwał Wykonawcy, ale od razu odrzucił jego ofertę. Takie działanie jest całkowicie sprzeczne z procedurą prowadzenia zamówień publicznych.

M.in. A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska- Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024 wskazuje w komentarzu: „W odniesieniu do ustalenia jak rozumieć użyte w art. 128 ust. 1 p.z.p. sformułowanie „zawierające błędy” w wyroku KIO z 20.09.2021 r., KIO 2263/21, podkreślono, że z dokumentem lub oświadczeniem zawierającym błędy mamy do czynienia, w sytuacji gdy ich treść nie potwierdza spełnienia określonych przez zamawiającego w SWZ wymagań. Zatem gdy złożone przez wykonawcę podmiotowe środki dowodowe, np. wykaz robót budowlanych, wykaz usług, referencje itp., nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to po stronie zamawiającego co do zasady aktualizuje się obowiązek wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia.”

Szerokie orzecznictwo potwierdza ww. okoliczności m.in. w wyroku KIO z 13.02. 2024 r., sygn. akt: KIO 189/24, czy też wyrok KIO z 25.01.2024 r., sygn. akt: KIO 5/24.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy wskazał, że Zamawiający kwestionując podmiotowy środek dowodowy miał obowiązek wezwać Odwołującego do jego złożenia, uzupełnienia ewentualnie do wyjaśnienia czego Zamawiający zaniechał.

Zamawiający w dniu 17.09.2024 r. (poprzez Platformę e-Zamówienia) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 20.09.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej – ePUAP) BikeUniverse Sp. z o.o. w Myślenicach, ul. Zdrojowa 160A, 32-400 Myślenice zwany dalej: „BikeUniverse Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: BikeUniverse Sp. z o.o.

Stwierdził, że w dniu 10.09.2024 r. Zamawiający Gmina Siedlec odrzucił ofertę Odwołującego M. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.L. M. L. . Czynność odrzucenia była uzasadniona, ponieważ po analizie złożonych podmiotowych środków dowodowych bezsprzecznym jest, iż Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Jednym z warunków udziału w postępowaniu było „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, wykonał jedno zadanie, które odpowiada swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. polegające na kształtowaniu terenów sportowych, rekreacyjnych itp. (np. skateparki, boiska sportowe, place zabaw itp.) o wartości minimum łącznie: brutto 200.000,00 zł. Tymczasem w przedłożonych dokumentach, Odwołujący na potwierdzenie powyższego warunku, wykazał wykonanie jednego zadania pod nazwą „Rozwój ogólnodostępnej infrastruktury turystycznej i rekreacyjnej w miejscowości Siedlec poprzez utwardzenie powierzchni gruntu”. Co istotne, Odwołujący realizował to zadanie dla tego samego Zamawiającego - Gminy Siedlec.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego o odrzuceniu oferty i skierował do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej Odwołanie z dnia 14 września 2024 r. Po pierwsze Odwołujący zarzucił naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp twierdząc, iż odrzucenie jego oferty było błędem, bo rzekomo doświadczenie Odwołującego pozwala na spełnienie kryteriów udziału w postępowaniu. Po drugie, Odwołujący zarzucił naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania do złożenia poprawienia lub uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego. Ewentualnie zarzucono również naruszenie art. 128 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie przedłożonego przez Odwołującego Wykazu Robot Budowlanych. Tak sformułowane zarzuty są bezpodstawne, a Odwołanie podlega oddaleniu.

Oczywiste niespełnienie warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego

Brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego jest w niniejszym przypadku widoczny już na pierwszy rzut oka. Odwołujący podejmując próbę wykazania spełnienia warunku wykazał, iż wykonał roboty polegające na utwardzeniu fragmentu gruntu i wylaniu płyty betonowej. Twierdzi, iż dzięki wykonaniu tych prac posiada 11

doświadczenie w tworzeniu terenów sportowych i rekreacyjnych, dlatego że na przywołanym utwardzonym terenie, inny wykonawca miał następnie stworzyć skatepark. Podkreślam, iż utwardzenie gruntu pozwoliło na budowę w tamtym miejscu tak samo obiektów sportowych jak i obiektów każdej innej kategorii. Równie dobrze na gruncie utwardzonym przez Odwołującego mogłoby powstać laboratorium chemiczne lub wieża o konstrukcji stalowej i w żadnym wypadku nie oznaczałoby to, że Odwołujący posiada doświadczenie w tworzeniu laboratoriów czy konstrukcji stalowych.

Wymóg posiadania doświadczenia odpowiadającego swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia

Odwołujący pomija w swojej argumentacji fakt, iż Zamawiający określając warunek udziału w postępowaniu posłużył się określeniem „jedno zadanie, które odpowiada swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. polegające na kształtowaniu terenów sportowych, rekreacyjnych itp. (np. skateparki, boiska sportowe, place zabaw itp.)...”. Jeśli więc w Odwołaniu podjęto próbę interpretacji pojęcia „kształtowanie terenów sportowych”, to powinna ona obejmować, zawarty wprost w SWZ, wymóg zachowania tożsamości pomiędzy robotami wykazanymi jako doświadczenie a robotami stanowiącymi przedmiot Zamówienia. Jeśli Zamawiający określił, iż wymaga posiadania doświadczenia odpowiadającego swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia - a przedmiotem Zamówienia jest kompletne, pełne wybudowanie funkcjonalnego, konkretnego obiektu sportowego - to oczywistym pozostaje, że posiadanie doświadczenia w samym utwardzeniu płaskiego gruntu, nie jest wystarczające.

Nieposiadanie cech obiektu rekreacyjnego lub sportowego przez teren utwardzony w ramach prac wykazanych przez Odwołującego w podmiotowym środku dowodowym

Odwołujący podjął próbę przeforsowania tezy, iż posiada on doświadczenie w kształtowaniu terenów rekreacyjnych lub sportowych, z tej racji, iż na utwardzonym przez niego gruncie odbył się festyn i piknik. Na potwierdzenie tych wydarzeń do Odwołania dołączono zdjęcia dokumentujące rzeczzone imprezy. Z fotografii jasno wynika, iż rezultatem prac Odwołującego jest po prostu utwardzony płaski grunt i płyta betonowa. W żadnym wypadku na skutek prac Odwołującego nie powstał teren rekreacyjny ani sportowy.

Kuriozalne są twierdzenia jakoby za rekreacyjnym charakterem „obiektu” miało przemawiać to, że odbyły się tam pikniki i festyny. Imprezy tego typu mogą odbyć się niemal w każdym miejscu. Idąc tokiem rozumowania Odwołującego, należałoby przyjąć, iż każdy wykonawca bruku (a raczej samej podbudowy pod bruk) na rynku miejskim na którym odbył się koncert/piknik/festyn, posiada doświadczenie w budowaniu terenów rekreacyjnych lub sportowych.

To jakie doświadczenie posiada dany wykonawca wynika ze specyfiki zrealizowanych przez niego konkretnych czynności. Zrealizowanie utwardzenia gruntu i płyty betonowej dowodzi jedynie temu, że Odwołujący posiada doświadczenie w utwardzeniu gruntu i wykonaniu płyty betonowej - nic ponadto.

Odwołujący nie posiada doświadczenia w kształtowaniu terenu rekreacyjnego lub sportowego, a jedynie w utwardzeniu terenu. Nawet jeśli przyjąć, iż w ramach prowadzonych prac w przeszłości Odwołujący kształtował teren, to błędne jest jego przeświadczenie, że prace polegające na niwelowaniu czy zagęszczaniu (a nawet wykonaniu płyty betonowej) stanowią kształtowanie terenów rekreacyjnych. Aby ukształtować teren rekreacyjny należy posadzić na danym gruncie odpowiednie obiekty i urządzenia służące właśnie rekreacji. Oczywistym jest, iż w przypadku kształtowania terenów rekreacyjnych i sportowych nie chodzi więc o samą wąską czynność zmiany kształtu gruntu.

Konieczność posiadania specjalistycznego doświadczenia z uwagi na specyfikę Przedmiotu Zamówienia

Jak wykazano powyżej, Zamawiający określił, iż warunkiem udziału w postępowaniu jest posiadanie doświadczenia odpowiadającego swoim rodzajem Przedmiotowi Zamówienia. Jest to szczególnie istotne w niniejszym przypadku, ponieważ w zakresie Przedmiotu Zamówienia znajdują się specjalistyczne obiekty sportowe takie jak pumtrack. Określenie Przedmiotu Zamówienia w SWZ:

Część II: pumtrack: roboty przygotowawcze i ziemne, podbudowa, nawierzchnia, obiekty małej architektury i oświetlenie; skatepark z oświetleniem, flowpark do Streep workoutu, plac sprawnościowy, plac zabaw, plac trampolin, strefa relaksu, stojak do rowerów i altana ogrodowa.

Tory rowerowe typu pumptrack są specyficznymi obiektami sportowymi, których budowanie wymaga doświadczenia, specjalistycznej wiedzy, konsultacji sportowej oraz sprzętu. Taki tor charakteryzuje się nieprzeciętnie wysoką częstotliwością występowania muld i zakrętów. Realizacja pumptracku o nawierzchni mineralno-asfaltowej wiąże się z koniecznością ręcznego wykonania warstwy ścieralnej. Toru o prawidłowych parametrach nie jest w stanie wykonać nawet ogromna większość brygad bitumicznych (które z reguły wykonują warstwę ścieralną z wykorzystaniem rozścielacza i tworzą ją na stosunkowo płaskim terenie, ponieważ dopuszczalne parametry dróg przewidują ograniczoną ostrość zakrętów i dynamiczność wzniesień).

Przystępujący posiada wieloletnie doświadczenie w tworzeniu pumptrack'ów o nawierzchni mineralno-asfaltowej. Korzysta w tym zakresie z wiedzy konsultantów sportowych będących wyczynowymi zawodnikami.

Mając na względzie powyższe, z całą pewnością należy uznać, iż Zamawiający stawiając wymóg posiadania doświadczenia w wykonaniu robót odpowiadających rodzajem Przedmiotowi Zamówienia, wykluczył możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia przez podmiot posiadający doświadczenie jedynie w utwardzeniu gruntu i wykonaniu płyty betonowej. Jeśli Zamawiający postawił wymóg posiadania doświadczenia tożsamego z Przedmiotem Zamówienia, to w tym przypadku wykonawcy muszą wykazać się doświadczeniem w wykonaniu specjalistycznych robót takich jak opisano w niniejszym punkcie.

Idąc dalej - pomijając specjalistyczność konkretnych elementów Przedmiotu Zamówienia - zwracam uwagę również na ilość tychże elementów. Na Przedmiot Zamówienia składa się pumptrack, oświetlenie, obiekty małej architektury, skatepark, flowpark, plac sprawnościowy, plac zabaw, plac trampolin, strefa relaksu, altana, stojak na rowery. Z całą pewnością wykonanie utwardzenia gruntu i jednej płyty betonowej nie odpowiada rodzajem tak rozległemu Przedmiotowi Zamówienia.

Bezpodstawność zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 Pzp - Brak konieczności wezwania

W Odwołaniu znajdują się twierdzenia jakoby Zamawiający naruszył przepisy ustawy w ten sposób, że nie wezwał Odwołującego do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, a także do złożenia wyjaśnień w zakresie przedłożonego Wykazu Robót Budowlanych. Odwołujący swoją retorykę zbudował na przekonaniu, iż wystosowanie takich wezwań jest bezwzględnym obowiązkiem Zamawiającego. Brak jest jednak podstaw dla takich twierdzeń. Odwołujący powołał się na art. 128 ust. 1 Pzp, według którego zamawiający wzywa wykonawcę jeśli ten nie przedłożył podmiotowego środka dowodowego lub jeśli środek ten jest niekompletny lub zawiera błędy. Warto odnotować, iż Zamawiający wezwał Odwołującego się do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych Pismem z dnia 04.09.2024 r. Odwołujący złożył Zamawiającemu podmiotowy środek dowodowy, który nie miał cech niekompletności lub błędności. Zawierał on wszystkie potrzebne informacje potrzebne do rzetelnej oceny posiadanego przez Odwołującego doświadczenia. Chybiony jest argument Odwołującego o bezwzględności obowiązku kierowania przez zamawiających wezwania. Jest to obowiązek jeśli dokumenty przez niekompletność lub błędy nie pozwalają na ocenę doświadczenia. W niniejszym przypadku - jak podkreśla również Odwołujący - wykazywane przez niego doświadczenie zostało zdobyte w ramach realizacji innego zamówienia na rzecz Zamawiającego. Stąd też wiadomym jest, że wszelkie informacje oraz dokumenty dotyczące zdobycia doświadczenia w tym zakresie przez Odwołującego, były w posiadaniu Zamawiającego. Zamawiający posiadając pełną wiedzę na temat doświadczenia Odwołującego wskazanego w podmiotowych środkach dowodowych mógł bez przeszkód w sposób rzetelny ocenić czy Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Podsumowanie

Jak wykazano powyżej, Odwołujący w żadnym wypadku nie posiada doświadczenia pozwalającego na spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Co istotne, nawet w Odwołaniu nie próbuje powoływać się posiadanie doświadczenia w zakresie realizacji robót odpowiadających rodzajem Przedmiotowi Zamówienia. Stara się jedynie przeforsować koncepcję, iż mimo braku tożsamości realizowanych robót, sam fakt uczestnictwa (utwardzenia gruntu) w przedsięwzięciu związanym z rozwojem infrastruktury turystycznej i rekreacyjnej powinien pozwalać mu na udział w postępowaniu. Tymczasem Zamawiający mając pełną wiedzę na temat charakteru wykonanych poprzedniego przez Odwołującego prac, był uprawniony do odrzuceniu jego oferty wobec niespełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W dniu 30.09.2024 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający w pełni podziela stanowisko BikeUniverse Sp. z o.o. iż: „Brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego jest w niniejszym przypadku widoczny już na pierwszy rzut oka”. W żadnym wypadku nie można podzielić stanowiska Odwołującego, iż wykonanie nawierzchni, na której odbył się festyn i piknik można uznać za wykonanie zadania: „które odpowiada swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia”. Pominięcie (str. 8 odwołania) tego fragmentu opisu warunku udziału w postępowaniu powoduje że dokonana dalej wykładnia językowa tej części specyfikacji warunków zamówienia jest wadliwa. Nie można bowiem poprzestać na interpretowaniu jedynie części zapisu SWZ, która ma znaczenie normatywne.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, w stanowisku Zamawiającego nie ma żadnej „wewnętrznej sprzeczności”, Gmina Siedlec odwołuje się do całego fragmentu dotyczącego omawianego tu warunku udziału w postępowaniu a nie do jego części jak uczynił to Odwołujący. Inaczej mówiąc: „kształtowanie terenów sportowych i rekreacyjnych” powinno: „odpowiadać swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia” a nadto powinno dotyczyć wykonania całej inwestycji o charakterze sportowym i rekreacyjnym co wynika z przykładów przywołanych w specyfikacji warunków zamówienia: „np. skateparku, boiska sportowe, place zabaw itp.”. Nie ma więc wątpliwości, że czytelnym i jasnym zamiarem

Zamawiającego było aby Wykonawcy wykazali się doświadczeniem w realizacji obiektu wraz z infrastrukturą, w tym dostawą i montażem urządzeń niezbędnych do korzystania z tej infrastruktury jako skończonej całości. Zamawiający określił przedmiot zamówienia jako: „Część II. Pumptrack: roboty przygotowawcze i ziemne, podbudowa, nawierzchnia, obiekty małej architektury, skateparku z oświetleniem, flowpair do streep workoutu, plac sprawnościowy, plac zabaw, plac trampolin, strefa relaksu, stojak do rowerów i altana ogrodowa”. Można zatem stwierdzić, że 15

Odwołujący pominął w swojej interpretacji wszystko, co w opisie przedmiotu zamówienia znalazło się po słowie: „nawierzchnia”. Podkreślił że mowa tu o specyficznych urządzeniach i ich montażu i to w sposób skutkujący koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa wszystkim użytkownikom w tym dzieciom. Nie sposób przyjąć, że wykonanie nawierzchni, na co powołuje się Odwołujący, może być choćby w przybliżeniu uznane za spełnienie warunku doświadczenia a brak doświadczenia może w tym przypadku skutkować niebezpieczeństwem dla użytkowników

Przyjęcie interpretacji Odwołującego, iż Zamawiającemu chodziło jedynie o: „nadanie określonego kształtu rzeczom materialnym” prowadzi do wniosku, że także założenie trawnika a nawet wyrównanie terenu i zmiana jego kształtu w ten sposób spełniają wymogi Zamawiającego w zakresie warunku doświadczenia.

Zamawiający w pełni podziela stanowisko Przystępującego do postępowania odwoławczego, który na stronie 5 zgłoszenia przystąpienia w sposób precyzyjny wskazał na specyfikę przedmiotu zamówienia i złożoność zadania.

Prezentowane tu stanowisko Zamawiającego odpowiada doktrynalnej zasadzie proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu i celowi formułowania warunków. „Warunki udziału w postępowaniu nie muszą być tożsame i identyczne z przedmiotem zamówienia. Warunki mają jedynie pozostawać w odpowiedniej proporcji do opisu przedmiotu zamówienia. Istotny jest także cel formułowania warunków, służą one jedynie weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia.” Prawo zamówień publicznych. Komentarz. ” red. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, wyd. C.H.BECK, Wwa 2021, s. 342). „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do zamówienia, którego zamierza udzielić. Ich treść jest względna, dopasowana do danego zamówienia publicznego i bezpośrednio zależy od zamawianych robót budowlanych, usług czy dostaw, czyli od przedmiotu zamówienia, jego cech charakterystycznych w tym wartości. Dopiero adaptacja przez zamawiającego warunków do potrzeb danego zamówienia nadaje im treść odpowiednią do tego, aby mogły się stać przedmiotem weryfikacji z punktu widzenia zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. (...) Określenie warunków powinno być dokonane w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Po pierwsze więc punktem odniesienia dla ustalenia prawidłowej konkretyzacji warunku jest przedmiot zamówienia. Nie będzie dozwolone takie formułowanie warunku, które nie wykazuje związku z przedmiotem zamówienia.” („ Prawo zamówień publicznych. Komentarz” red. W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel. M Stachowiak. wyd. Wolters Kluwer, W-wa 2021, s. 364 i 365).

Nawiązując do ostatniego z cytatów, zauważyć należy, że także interpretacja warunku w oderwaniu od jego całościowego brzmienia i w oderwaniu od rzeczywistego przedmiotu zamówienia co czyni Odwołujący jest niedopuszczalna.

Odwołać się można także do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym: „Minimalne poziomy zdolności należy rozumieć natomiast jako poziomy niezbędne do ochrony interesów zamawiającego, a jednocześnie zapewniające uczciwą konkurencję.” (wyrok KIO z 14.03.2024. r., sygn. akt: KIO 588/24). Zawężająca interpretacja warunku udziału w postępowaniu dokonana przez Odwołującego nie tylko nie chroni interesu Zamawiającego lecz jest temu interesowi przeciwna, podobnie jak i interesowi osób, które z przedmiotu zamówienia będą korzystać.

W orzecznictwie KIO wskazuje się na cel ustalenia warunków udziału w postępowaniu. Izba w wyroku z 08.02.2024 r. w sprawie sygn. akt: 163/2024 wskazała, iż: „Warunki udziału w postępowaniu wobec opisu przedmiotu zamówienia mają być proporcjonalne i pozwolić na wybór wykonawcy, który dysponuje adekwatnym do zakresu zamówienia doświadczeniem zawodowym. Zasadą podstawową w zamówieniach publicznych jest ustalenie warunków udziału w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w sposób umożliwiający ocenę zdolności danego wykonawcy do należytego wykonania zobowiązania umownego. ”.

Ze względu na powyższe stanowisko Odwołującego co do spełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu jest całkowicie niezasadne.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 128 Pzp, zwrócić należy uwagę na fakt, iż Odwołujący nie wskazał (także w odwołaniu) na wykonanie jakiegokolwiek zadania, które odpowiadałoby przedmiotowi zamówienia. Z tej też przyczyny wezwanie Wykonawcy do złożenia dodatkowych dokumentów jest - w ocenie Zamawiającego bezprzedmiotowe i oznaczać będzie przewlekłość postępowania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta została odrzucona, w wypadku więc potwierdzenia zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności Specyfikacji Warunków

Zamówienia zwana dalej: „SWZ”.

Izba dodatkowo zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączony do odwołania przez Odwołującego na okoliczności wskazane w odwołaniu:

- 1) zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego,
- 2) wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych,
- 3) odpowiedź na wezwanie wraz z załącznikiem nr 4 do SWZ (Środ._dow._II_Pumptrack_0001),
- 4) SWZ postępowania pn. „Rozwój ogólnodostępnej infrastruktury turystycznej i rekreacyjnej w miejscowości Siedlec poprzez utwardzenie powierzchni gruntu”

(SWZ_Rozw._ogul._infr._turust._i_rekreacyjnej...1_0001, SWZ_Rozw._ogul._infr._turust._i_rekreacyjnej...2_0001 swz_rozw._ogul._infr._turust._i_rekreacyjnej...3_0001),

- 5) Kosztorys ślepy, opis techniczny do zgłoszenia (szczeg._specyf._techn._pumptrack1, Szczeg._specyf._techn._pumptrack2, Szczeg._specyf._techn._pumptrack3, Opis_techiczny_do_zgloszenia__skatepark, kosztorys_ofertowy__place, kosztorys_ofertowy__pumptrack),
- 6) zdjęcia oraz informacje dotyczące sposobu wykorzystywania gruntu,

/1) „Święto Smaków” organizowane przez Wójta Gminy Siedlec w sierpniu 2023r (Święto_Smaków_2023), 2) Piknik Rodzinny organizowany przez Radę Rodziców Szkoły Podstawowej z Siedlca pod patronatem Wójta Gminy Siedlec mający miejsce w maju br. (Piknik1 -6), 3) Festyn z okazji zakończenia sezonu piłkarskiego klubu „Gwiazda Siedlec” pod patronatem Wójta Gminy Siedlec oraz Powiatu Wolsztyńskiego w lipcu br. (Festyn_Gwiazda_Siedlec, Festyn_Gwiazda_Siedlec2)/.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę argumentację wynikającą z odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie, jak i stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp poprzez odrzucenie oferty z uwagi na niespełnienie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy w omawianym stanie faktycznym nie zaistniały podstawy do odrzucenia oferty, a Odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu i jego oferta nie podlegała odrzuceniu;
- 2) art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego - Wykazu Robót Budowlanych(z uwagi

na negocjowanie przez Zamawiającego prawidłowości złożonego załącznika nr 4 do SWZ), podczas gdy Zamawiający ma taki obowiązek w przypadku kwestionowania dokumentu złożonego na wezwanie, względnie naruszenie art. 128 ust.4 Pzp tj. zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie Wykazu Robót Budowlanych przedłożonego przez tego Wykonawcę, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, przystąpienia oraz odpowiedzi na odwołanie. Jednocześnie, podkreślając, że nie było sporu co do stanu faktycznego, ale oceny tego stanu przez Zamawiającego.

Zgodnie z rozdziału 17 SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej tj. (Część II): „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał jedno zadanie, które odpowiadają swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. polegające na kształtowaniu terenów sportowych, rekreacyjnych itp. (np. skateparki, boiska sportowe, place zabaw itp.) o wartości minimum łącznie: brutto 200.000,00 zł.”. Z kolei, w Rozdziale 18 Informacjach o podmiotowych środkach dowodowych wskazano: „W celu potwierdzenia spełniania warunku, o którym mowa w Rozdziale 17 pkt 1 ust. 1 swz, Wykonawca złoży: wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, (załącznik nr 4 do swz), z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy 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”. W odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych Odwołujący złożył wykaz robót budowlanych w ramach którego wykazał realizowane na rzecz Zamawiającego zadanie: „Rozwój ogólnodostępnej infrastruktury turystycznej i

rekreacyjnej w miejscowości Siedlec poprzez utwardzenie powierzchni gruntu". Realizowane od 10 do 12.2022 r. o wartości brutto 209.085, 03 zł. Załączył też list referencyjny z 13.08.2024 r.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu pierwszy, Izba uznała w/w zarzut za podlegający uwzględnieniu.

Na wstępie wymaga podkreślenia, że oceny warunku udziału w postępowaniu należy dokonać przez pryzmat przedmiotu zamówienia, a nie indywidualnych możliwości danego Wykonawcy zainteresowanego realizacją usługi, gdyż to nie interes Wykonawcy powinien w tym zakresie determinować ocenę warunku, ale cel któremu służyć ma postawiony warunek udziału w postępowaniu. Natomiast zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Należy zatem odróżnić określenie przedmiotu zamówienia od warunków udziału w postępowaniu, które zawsze muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i umożliwiać ocenę wykonawcy, pod kątem jego zdolności do należytego wykonania zamówienia. Nie oznacza to jednak, iż warunek udziału w postępowaniu musi być tożsamy z przedmiotem zamówienia, istotne jest aby był on proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i umożliwiał ocenę zdolności wykonawcy do jego należytej realizacji. Wskazuje się w orzecznictwie, że: „(...)roboty budowlane stanowiące przedmiot zamówienia z punktu widzenia doświadczenia życiowego i logiki klasycznej, nie mogą być ściśle tożsame z pracami referencyjnymi.(...)” (za wyrokiem z 18.02.2022 r., sygn. akt: KIO 211/22). Opis warunku powinien być związany z przedmiotem zamówienia, jednak nie musi, a nawet nie powinien z nim być tożsamy (za wyrokiem KIO z 12.04.2017 r., sygn. akt: KIO 595/17). Za nieproporcjonalny należałoby uznać warunek udziału w postępowaniu, który jest tożsamy z przedmiotem zamówienia. (za uchwałą KIO z 05.06.2018 r., sygn. akt: KIO/KD 20/18). Domaganie się doświadczenia identycznego z przedmiotem zamówienia jest z mocy ustawy wyłączone (za uchwałą KIO z 28.08.2012 r., sygn. akt: KIO/KD 76/12 oraz za uchwałą KIO z 18.12.2015 r., sygn. akt: KIO/KD 66/15).

Decyzja w zakresie ustanowienia warunku, jego rodzaju, rozmiaru czy zakresu, należy do Zamawiającego. To na Zamawiającym spoczywa odpowiedzialność, za ukształtowanie warunku udziału w postępowaniu w taki sposób, aby każdy wykonawca, który wykaże się spełnieniem warunku, mógł być jednocześnie zdolny do wykonania przedmiotu zamówienia (wyrok z 23.06.2020 r. sygn. akt: KIO 550/20). Ponadto, jak wskazano w wyroku KIO z 16.08.2019 r., sygn. akt: KIO 1500/19, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania 20

zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Obowiązkiem Zamawiającego jest zatem, określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia wyrażonych poprzez ich minimalny poziom. Zachowanie zasady proporcjonalności jest równoznaczne z ograniczeniem gwarantowanej konkurencji, w jak najmniejszym stopniu, tj. tylko w takim, jaki jest niezbędny do osiągnięcia celu. Podobnie, Izba stwierdziła w wyroku z 01.08.2019 r., sygn. akt: KIO 1342/19 gdzie wskazała, iż zachowanie zasady proporcjonalności przy określaniu warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału w postępowaniu opisane przez Zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do konkretnych warunków danego zamówienia, w tym w szczególności - wartości zamówienia, charakterystyki i specyfiki przedmiotu zamówienia, zakresu zamówienia, stopnia jego złożoności oraz warunków realizacji. Warunki udziału w postępowaniu powinny być określone na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie, tj. w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ (obecnie SWZ). W kwestii konieczności przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę TSUE w wyroku z 23.12.2009 r., C-376/08, Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl v. Comune di Milano, ECLI:EU:C: 2009:808, w którym wskazał, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczenia konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z 27.10.2005 r., C-234/03, Contse S.A., Vivisol Srl, Oxigen Salud SA v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingresa), ECLI:EU:C:2005:644, TSUE orzekł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności Wykonawcy do wykonania zamówienia. Niemniej Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych Wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu.

W przedmiotowym stanie faktycznym należy po pierwsze zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że przedmiotem wymogu nie było wykonanie skateparku jako całości. Po drugie, chodziło o wykonanie jednego zadania, które odpowiadało swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. polegające na kształtowaniu terenów sportowych, rekreacyjnych itp. (np.: skateparku, boiska sportowe, place zabaw itp.) o wartości minimum łącznie: brutto 21

200.000,00 zł. Z tego wymogu wynika, że określono zadanie, jako odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. polegające na kształtowaniu terenów sportowych, rekreacyjnych itp. (np.: skateparku, boiska sportowe, place zabaw itp.). W żadnym wypadku nie chodziło o zbudowanie np.: skateparku od podstaw jako całości. W tym kontekście należy wyraźnie stwierdzić, że uznanie stanowiska Przystępującego z przystąpienia, że chodziło o warunek

tożsamy z przedmiotem zamówienia dla części II jest błędne, nadto gdyby tak było byłby to warunek nieproporcjonalny, gdyż warunek nie może być tożsamy, z uwagi na stanowisko wyrażone powyżej, a wynikające z orzecznictwa, a co najwyżej podobny (zbliżony) do przedmiotu zamówienia.

W następnej kolejności, Izba zauważa, że chodziło o kształtowanie terenów sportowych, rekreacyjnych itp. (np. skateparku, boiska sportowe, place zabaw itp.). Niewątpliwie wykazane zadanie: „Rozwój ogólnodostępnej infrastruktury turystycznej i rekreacyjnej w miejscowości Siedlec poprzez utwardzenie powierzchni gruntu” spełniało sformułowany wymóg oczekiwanego doświadczenia. Wykonane bowiem utwardzenie gruntu obejmowało wykonanie utwardzenia powierzchni gruntu przygotowane pod budowę skateparku, co sam przyznał Zamawiający w odrzuceniu oferty Odwołującego. Wynika więc z tego, że przeznaczenie wykonanego utwardzenia powierzchni gruntu od początku miało cel sportowy, czy też rekreacyjny. Nadto, Zamawiający nie zaprzeczył podczas rozprawy, że wykonanie utwardzenia powierzchni gruntu miało miejsce na terenie stadionu gminnego. W konsekwencji mamy tutaj do czynienia z kształtowaniem terenu sportowo- rekreacyjnego, nie było to utwardzenie gruntu pod wieżę o konstrukcji stalowej, lecz pod budowę skateparku (okoliczność przyznana przez Zamawiającego). Późniejsze organizowanie na jego obszarze imprez sportowo-rekreacyjnych (okoliczność udowodniona przez Odwołującego: zdjęcia oraz informacje dotyczące sposobu wykorzystywania gruntu) stanowi jedynie okoliczność dodatkową potwierdzającą wcześniejsze stanowisko.

Izba dodatkowo wskazuje, że kształtowanie terenów sportowych, rekreacyjnych itp. (np. skateparku, boiska sportowe, place zabaw itp.) nie ma charakteru katalogu zamkniętego, ale stanowi katalog otwarty o czym świadczą takie sformułowania jak „itp.”, czy też np.”, w efekcie należy stwierdzić, że wykonanie utwardzenia powierzchni gruntu (mieści się w tym katalogu), tym bardziej że przeznaczenie było od początku planowane jako teren sportowo-rekreacyjny (pod budowę skateparku, na stadionie gminnym, późniejsze organizowanie imprez sportowo-rekreacyjnych).

Dodatkowo, Izba podkreśla, że ewentualne wątpliwości wynikające z redakcji przywołanego warunku należy rozparzyć na korzyść Odwołującego. Takie stanowisko wynika, z tzw. swoistej „świętej zasady”, że wszelkie niejednoznaczności należy rozpatrywać na korzyść Wykonawców. Zostało to celnie wskazane przykładowo w wyroku KIO z 16.04. 22

2015 r. sygn. akt: KIO 660/15: "Należy wskazać, że obowiązuje swoista "święta" zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców". Podkreślono także w uchwale KIO z 03.08.2017 r., sygn. akt: KIO/KD 38/17, że: "Reguła ta wynika z prawniczej paremii »In dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim »Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi«. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które zostały zredagowane przez Zamawiającego.". Podobnie w wyroku SO w Nowym Sączu z 18.03.2015 r., sygn. akt: III Ca 70/15: "Zapisy w SIWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny; a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego sformułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu (...)" oraz w wyroku SO w Szczecinie z 07.03.2018 r. (sygn. akt. VIII Ga 102/18) wskazujący, że: "Wyrażona w art. 7 ust 1 p.z.p. zasada, obecnie formułowana jako zasada przejrzystości, oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk [por. postanowienie TSUE z 13.07.2017 r. w sprawie C-35/17, Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o. v. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu; wyrok TSUE z 2.06.2016 r. w sprawie C-27/15, Pizzo v. CRGT Srl; wyrok TSUE z 7.04.2016 r. w sprawie C-324/14, Partner A. D. v. Zarządowi Oczyszczania Miasta, Monitor Prawniczy z 2016 r., Nr 11, s. 570; oraz wyrok TSUE z 10.05.2012 r. w sprawie C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów". Podobnie w wyroku KIO z 11.10.2019 r., sygn. akt: KIO 1905/19.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu drugi, Izba uznała w/w zarzut za podlegający uwzględnieniu.

Należy zauważyć, że w odniesieniu do podmiotowych środków dowodowych będących przedmiotem sporu, to zgodnie z art. 128 Pzp, w przypadku gdy wykonawca nie złoży podmiotowych środków dowodowych, są one niekompletne lub zawierają błędy zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Ustawodawca nałożył zatem na Zamawiającego obowiązek skierowania do wykonawcy wezwania w przypadkach określonym dyspozycją ww. przepisu na co wskazuje użycie sformułowania „wzywa”. Wezwanie ma więc charakter obligatoryjny, a zaniechania wezwania w przypadkach wskazanych w art. 128 ust. 1 Pzp stanowiłoby naruszenie ustawy. Wezwanie w trybie powyższego przepisu jest wezwaniem jednokrotnym

i stanowi dodatkową „szansę” dla wykonawcy m.in. na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jeśli więc Zamawiający uznałby, że referencyjne zadanie przedstawione przez Odwołującego nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to jego obowiązkiem jest wezwanie do uzupełnienia wykazu robót. „(...)Nie ulega wątpliwości, w świetle zasady równego traktowania wykonawców, iż dyspozycją powyższego przepisu objęta jest zarówno sytuacja gdy wykonawca nie złoży w ogóle podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale również gdy złożone środki dowodowe nie wykazują spełnienia warunków, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie. Zamawiający uznając, iż referencyjna robota budowlana z poz. 2 wykazu nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu prawidłowo wezwał Przystępującego do uzupełnienia wykazu robót. (...)” (za wyrokiem KIO z 07.07.2022 r., sygn. akt: KIO 1642/22). Podobnie w Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Warszawa 2021, str. 478 (wersja papierowa), str. 442 (wersja elektroniczna): "Dokument (oświadczenie) należy zakwalifikować jako niezłożony, jeżeli nie został fizycznie dostarczony. Natomiast dokument (oświadczenie) jest niekompletny, jeżeli wprawdzie został fizycznie przedłożony, ale nie spełnia określonych

przez zamawiającego wymagań formalnych (np. nie został 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 odpowiednich wymagań".

Inaczej mówiąc, nawet w wypadku oddalenia pierwszego zarzutu, co nie miało miejsca i tak Zamawiający byłby zobowiązany do wezwania Odwołującego do uzupełnienia wykazu robót. Dopiero po wyczerpaniu instytucji wezwania istnieje możliwość odrzucenia oferty, co nie miało miejsca w przedmiotowym stanie faktycznym. Podobnie, Izba stoi na stanowisku, że konieczne jest wyczerpanie instytucji wezwania do wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 Pzp przed ewentualnym odrzuceniem oferty (za wyrokiem KIO 25.01.2024 r., sygn. akt: KIO 5/24).

Należy dodatkowo wskazać, że inna jest sytuacja w zakresie uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. W ocenie Izby art. 107 ust. 2 Pzp jest instrumentem dopuszczającym możliwość konwalidowania nieprawidłowego działania wykonawcy, ale w ograniczonym zakresie. Tutaj ustawodawca nie dopuścił do szerokiego umożliwienia uzupełnienia dokumentów, tak jak dla podmiotowych środków dowodowych (zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp, zamawiający wzywa do złożenia/poprawienia/uzupełnienia dowodów, które są niekompletne lub zawierają błędy). Tryb z art. 107 ust. 2 Pzp, przeciwieństwo do art. 128 ust. 1 Pzp, nie dopuszcza uzupełnienia dokumentów zawierających błędy, co należy rozumieć jako

błędy merytoryczne. Nie ma więc możliwości dokonania istotnej merytorycznej zmiany treści przedmiotowego środka dowodowego. Na podstawie art. 107 ust. 2 Pzp zamawiający jest uprawniony do: 1) sanowania działania wykonawcy, który nie złożył wykazu urządzeń wraz z ofertą (zamawiający wzywa do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli wykonawca ich nie złożył z ofertą), 2) wezwania do uzupełnienia wykazu urządzeń, który jest niekompletny (zamawiający wzywa do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli złożone dokumenty są niekompletne) (za wyrokiem KIO z 28.03.2022 r., sygn. akt: KIO 663/22).

Izba nie nakazywała w sentencji wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych z uwagi na uwzględnienie pierwszego zarzutu, jak i ewentualny charakter wniosku Odwołującego w tym zakresie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a i b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji. Jednocześnie obciążając kosztami Zamawiającego i zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwotę 10 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu - na podstawie dowodu uiszczenia wpisu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: