

Sygn. akt: KIO 3453/24

WYROK

Warszawa, dnia 9 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2024 r. przez wykonawcę: CERTA Trzemeszno Sp. z o.o., ul. Wrzosowa 20, 62-240 Trzemeszno w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Klecko, ul. Dworcowa 14, 62-270 Klecko

uczestnik po stronie zamawiającego – AGROBEX Sp. z o.o., ul. Kochanowskiego 7, 60 – 845 Poznań

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 odwołania dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego: Gminę Klecko, ul. Dworcowa 14, 62-270 Klecko art. 128 ustawy Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechania precyzyjnego wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego i brak sprzeciwu.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę CERTA Trzemeszno Sp. z o.o., ul. Wrzosowa 20, 62-240 Trzemeszno i
  - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000, 00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) wniesioną przez wykonawcę CERTA Trzemeszno Sp. z o.o., ul. Wrzosowa 20, 62-240 Trzemeszno tytułem uiszczonego wpisu, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez CERTA Trzemeszno Sp. z o.o., ul. Wrzosowa 20, 62-240 Trzemeszno tytułem wydatków pełnomocnika Odwołującego, kwotę 852 zł 50 gr (słownie: osiemset pięćdziesiąt dwa złotych pięćdziesiąt groszy) poniesioną przez CERTA Trzemeszno Sp. z o.o., ul. Wrzosowa 20, 62-240 Trzemeszno tytułem dojazdu na rozprawę Odwołującego, jak i kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
  - 3.2. zasądza od wykonawcy CERTA Trzemeszno Sp. z o.o., ul. Wrzosowa 20, 62-240 Trzemeszno na rzecz Gminy Klecko, ul. Dworcowa 14, 62-270 Klecko kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika Zamawiającego.

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 3453/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Budowa mieszkań komunalnych w gminie Klecko Wewnętrzny”, identyfikator: RFZ.271.18.2024, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 05.07.2024 r. pod nr OJ S 130/2024 403364-2024 przez: Gminę Klecko, ul. Dworcowa 14, 62270 Klecko zwana 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: „Pzp” albo „PZP” albo „ppz”.

Dnia 18.09.2024 r. (za pośrednictwem strony na której było prowadzone postępowanie tj. ) Zamawiający wystosował na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych do CERTA Trzemeszno Sp. z o.o., ul. Wrzosowa 20, 62-240 Trzemeszno zwana dalej: „CERTA Trzemeszno Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”. Stwierdził, że: „(...) Zamawiający wymagał złożenia podmiotowych środków dowodowych w ogłoszeniu o zamówieniu, a także w Rozdziale XIV SWZ. Zamawiający zwrócił szczególną uwagę na warunki wspomniane w Rozdziale XV SWZ: pkt. 1 ppkt. 4) lit. a), który mówił:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie minimum trzech budynków/budynków mieszkalnych lub/i budynków zbiorowego zamieszkania, o kubaturze min. 2700,00 m<sup>3</sup> każdy budynek z osobna.(...)

pkt 1 ppkt 4 lit. b), który mówił:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował następującą osobą niezbędną do wykonania zamówienia:

- co najmniej jedną osobą pełniącą funkcję Kierownika budowy, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno - budowlanej posiadającą co najmniej 5 letnie doświadczenie w kierowaniu i nadzorowaniu robót w budownictwie kubaturowym, w tym w kierowaniu co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na budowie minimum trzech budynków/budynków mieszkalnych lub/i budynków zbiorowego zamieszkania, o kubaturze min. 2700,00 m<sup>3</sup> każdy budynek z osobna, (...).

W ocenie Zamawiającego, z przedłożonych w dniu 04.09.2024 r. podmiotowych środków dowodowych, tj. wykaz robót oraz wykaz osób w pozycji dot. kierownika budowy, nie wynika, żeby Wykonawca spełniał warunki przedstawione w Rozdziale V pkt. 1 ppkt. 4) lit. a) oraz lit. b) tiret 1.

Zamawiający wzywa Państwa do uzupełnienia wskazanych niżej podmiotowych środków dowodowych do dnia 23.09.2024r. godz. 12:00 we wskazanym wyżej zakresie, tj.:

a) 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 6a do SWZ;

oraz

b) wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrole 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 6b do SWZ.

Podmiotowe środki dowodowe należy przekazać Zamawiającemu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonych w Rozdziale IX SWZ, w zakresie i w sposób określony w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 r. poz. 2452). (...).

Dnia 23.09.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 18.09.2024 r. złożyło CERTA Trzemeszno Sp. z o.o.

Powyższym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1) art. 128 PZP w zw. z art. 16 i 17 PZP poprzez:

a) bezzasadne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych bez wskazania jakich dokładnie wymagań wynikających z Rozdziału V pkt. 1 ppkt 4) lit. a) oraz b) tiret 1 nie spełniają dotychczas przedstawione podmiotowe środki dowodowe;

b) bezpodstawne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w sytuacji, gdy przedłożone podmiotowe środki dowodowe potwierdzają spełnienie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu

2) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1) art. 128 PZP poprzez zaniechania precyzyjnego wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych

3) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1-2) art. 286 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez próbę dokonania zmiany SWZ już po terminie składania ofert poprzez twierdzenie, że wykonawcy byli zobowiązani do złożenia podmiotowych środków dowodowych w zakresie innym niż złożone przez Odwołującego.

W związku z powyższym wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych;

b) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

(ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia, któregośkolwiek z wniosków wskazanych w lit. ab)

c) precyzyjne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych; 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika oraz kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, a także kosztów dojazdu do KIO zgodnie z przedstawionym zestawieniem kosztów i załącznikami do niego.

3) dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

a) SWZ, OPZ i dokumentacja projektowa (w aktach postępowania)

b) Wezwanie Zamawiającego z dnia 18.09.2024 r.

[elementy stanu faktycznego]

W Rozdz. V pkt 1 ppkt 4 lit a Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do doświadczenia wykonawców:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie minimum trzech budynków/budynków mieszkalnych lub/i budynków zbiorowego zamieszkania, o kubaturze min. 2700,00 m<sup>3</sup> każdy budynek z osobna.

Z kolei w Rozdz. V pkt 1 ppkt 4 lit. b tiret pierwszy Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do wiedzy i doświadczenia, którymi powinni dysponować wykonawcy przy realizacji przedmiotu zamówienia:

co najmniej jedną osobą pełniącą funkcję Kierownika budowy, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno - budowlanej posiadającą co najmniej 5 letnie doświadczenie w kierowaniu i nadzorowaniu robót w budownictwie kubaturowym, w tym w kierowaniu co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na budowie minimum trzech budynków/budynków mieszkalnych lub/i budynków zbiorowego zamieszkania, o kubaturze min. 2700,00 m<sup>3</sup> każdy budynek z osobna.

Zgodnie z Rozdziałem XIV SWZ w celu wykazania spełnienia ww. warunków Odwołujący zobowiązany był złożyć wykaz wykonanych robót zgodny z Załącznikiem nr 6a do SWZ oraz wykaz osób zgodny z Załącznikiem nr 6b do SWZ. Oba wykazy zostały złożone przez Odwołującego w terminie w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów z 22.08.2024 r.

Pomimo tego w dniu 18.09.2024 r. Zamawiający w lakoniczny sposób wezwał Odwołującego do uzupełnienia tych podmiotowych środków dowodowych.

[spełnienie warunków udziału w postępowaniu i poprawność złożonych podmiotowych środków dowodowych]

Z Rozdz. V pkt 1 ppkt 4 lit a oraz Rozdz. V pkt 1 ppkt 4 lit. b tiret pierwszy wynika, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu Odwołujący winien wykazać, że wykonał i prawidłowo ukończył:

1) co najmniej dwie roboty budowlane - warunek ten został wykazany - w złożonym wykazie Odwołujący wskazał trzy roboty budowlane (1) „Budowa budynku komunalnego w gminie Pakość”, (2) „Budowa budynku komunalnego mieszkalnego w Leszczach”, (3) Rewitalizacja zdegradowanego obszaru miejscowości Węgierce w Gminie Pakość” - w systemie zaprojektuj i wybuduj)

2) polegające na budowie minimum trzech budynków/budynków mieszkalnych lub/i budynków zbiorowego zamieszkania - warunek ten został wykazany - wybudowane zostały trzy budynki 3) o kubaturze min. 2700,00 m<sup>3</sup> każdy budynek z osobna - warunek ten został wykazany - każdy w budynków posiada kubaturę min. 2700,00 m<sup>3</sup> (1) 3010,00 m<sup>3</sup>, (2) 11 819,42 m<sup>3</sup>, (3) 3 658,15 m<sup>3</sup>

W odniesieniu do wymogów dotyczących kierownika budowy warunki te zostały spełnione w następujący sposób:

1) co najmniej dwie roboty budowlane - warunek ten został wykazany - w złożonym wykazie Odwołujący wskazał trzy roboty budowlane (1) Budowa Zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z rozbiórką istniejących obiektów i nowym zagospodarowaniem terenu działki nr 644, 647/1, 647/2. 647/3, obręb 17, j. ew. 320801\_1 etap 1 budowa zespołu 4 bloków mieszkalnych o łącznej liczbie mieszkań 120 „Budowa budynku komunalnego

w gminie Pakość”, (2) Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego wraz z podziemną halą garażową, budynek 96 mieszkaniowy (3) „Budowa budynku komunalnego mieszkalnego w Leszczach”

2) polegające na budowie minimum trzech budynków/budynków mieszkalnych lub/i budynków zbiorowego zamieszkania - warunek ten został wykazany - wybudowanych zostało sześć budynków

3) o kubaturze min. 2700,00 m<sup>3</sup> każdy budynek z osobna - warunek ten został wykazany -każdy w budynków posiada kubaturę min. 2700,00 m<sup>3</sup> (1) cztery budynku po 4 188 m<sup>3</sup> każdy, (2) 29 789,78 m<sup>3</sup> (3) 11 819,42 m<sup>3</sup>,

Z powyższego wynika zatem, że przedłożone podmiotowe środki dowodowe spełniają wszystkie wynikające z postanowień SWZ warunki udziału w postępowaniu. Tym samym całkowicie bezzasadne i chybione jest wzywanie

Odwołującego na podstawie art. 128 PZP do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, gdyż Odwołujący nie ma czego poprawiać lub uzupełniać.

[zaniechanie należytego wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych]

Kolejnym naruszeniem ze strony Zamawiającego jest niedochowanie obowiązków ustawowych nałożonych na niego przez art. 128 PZP, gdzie w ust. 1 wskazano, iż Zamawiający musi wskazać w wezwaniu do uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych jakimi dokładnie uchybieniami obarczone są dotychczas złożone przez Odwołującego dokumenty.

Tymczasem w wezwaniu z dnia 18.09.2024 r. Zamawiający jedynie lakonicznie wskazał, że

W ocenie Zamawiającego, z przedłożonych w dniu 04.09.2024 r. podmiotowych środków dowodowych, tj. wykaz robót oraz wykaz osób w pozycji dot. kierownika budowy, nie wynika, żeby Wykonawca spełniał warunki przedstawione w Rozdziale V pkt. 1 ppkt. 4) lit. a) oraz lit. b) tiret 1.

Z tak sformułowanego wezwania nie wynika nic. Odwołujący nie może bowiem na jego podstawie stwierdzić, które ze złożonych przez niego dokumentów i w jakim zakresie są wadliwe i czego miałyby dotyczyć ewentualne uzupełnienie dokumentów.

Taki stan rzecz po raz kolejny wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Powyższe stanowisko znajduje poparcie w orzecznictwie KIO oraz sądów powszechnych, gdzie podkreśla się, że

- 1) w przypadku niewykazania w ofercie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zamawiający powinien określić, jakiego dokumentu brakuje, na potwierdzenie, którego

z warunków, bądź w jakim dokumencie jest błąd, względnie czy dokument nie potwierdza spełnienia danego warunku. Zamawiający powinien wskazać, czy błąd (nieścisłość, brak) upatruje w wykazie prac, czy w dokumentach go poświadczających (wyrok KIO z 02.07. 2014 r., sygn. akt: KIO 1208/14).

- 2) Jedynie precyzyjne wezwanie, w razie braku satysfakcjonującej odpowiedzi, może prowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Precyzyjnym wezwaniem nie jest przytoczenie opisu spełnienia warunków udziału z SIWZ czy opis formy dokumentów, które zamawiający uzna za dowody na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Niedopuszczalne jest, aby odwołujący się wykonawca samodzielnie identyfikował przyczyny odrzucenia jego oferty i w oparciu o te założenia przedstawiał argumenty przemawiające za nietrafnością domniemyanych przyczyn decyzji zamawiającego (wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 31.10.2019 r., sygn. akt: X Ga 757/19 oraz wyrok KIO

z 18.09.2017 r., sygn. akt: KIO1857/17)

[próba zmiany SWZ]

Jak już wskazano powyżej Zamawiający w jednoznaczny sposób wskazał co jest przedmiotem zamówienia, a co nim nie jest, a także jakie warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione przez wykonawców, a w konsekwencji jakie podmiotowe środki dowodowe zobowiązani są oni złożyć w celu wykazania, że spełniają te warunki.

Zgodnie z orzecznictwem KIO wszelkie nieścisłości i niejednoznaczności zawarte w SWZ oraz OPZ powinny być tłumaczone na korzyść wykonawcy biorącego udział w postępowaniu.

W orzecznictwie KIO podkreśla się, że:

- 1) „podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione oraz również jednoznacznie podane. Pamiętać bowiem należy, że to opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom, którzy zamierzają złożyć w postępowaniu oferty, na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią.” (Wyrok KIO z 09.01.2023 r., sygn. akt: KIO 3439/22)
- 2) „wszelkie niejasności zapisów SWZ tłumaczyć należy na korzyść wykonawców. Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji działań Zamawiającego

związanych z niedoskonałością konstrukcji dokumentów przetargowych. Zgodnie

z ugruntowanym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa niejasne, niejednoznaczne zapisy SWZ nie mogą obciążać Wykonawców bazujących na tych zapisach podczas składania oferty 8

czy przedstawiania przedmiotowych środków dowodowych. Jeżeli możliwa była co najmniej dwutorowa interpretacja opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu, to w ocenie Izby wszelkie niejasności SWZ należy odczytywać na

korzystać wykonawców. (Wyrok KIO z 10.06.2022 r., sygn. akt: KIO 1419/22, podobnie wyrok KIO z 03.02.2023 r., sygn. akt: KIO 182/23, oraz wyrok KIO z 01.02.2022 r., sygn. akt: KIO 133/22).

Przenosząc powyższe na okoliczności niniejszej sprawy należy uznać, że użycie w Rozdz. V pkt 1 ppkt 4 lit a sformułowania

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie minimum trzech budynków/budynków mieszkalnych lub/i budynków zbiorowego zamieszkania, o kubaturze min. 2700,00 m3 każdy budynek z osobna.

oraz w Rozdz. V pkt 1 ppky 4 lit. b tiret pierwsz sformułowania

co najmniej jedną osobą pełniącą funkcję Kierownika budowy, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno - budowlanej posiadającą co najmniej 5 letnie doświadczenie w kierowaniu i nadzorowaniu robót w budownictwie kubaturowym, w tym w kierowaniu co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na budowie minimum trzech budynków/budynków mieszkalnych lub/i budynków zbiorowego zamieszkania, o kubaturze min. 2700,00 m3 każdy budynek z osobna

są jednoznaczne i wykazania ich spełnienia jest możliwe poprzez złożenie podmiotowych środków dowodowych w formie i zakresie w jakiej zostało to uczynione dotychczas przez Odwołującego.

Sformułowaniom tym Zamawiający w żadnym miejscu SWZ lub OPZ nie nadał innego znaczenia niż wynikającego wprost jego literalnego brzmienia. Tym samym obecne próby podejmowania przez Zamawiającego czynności mających modyfikować to znaczenie i próba obarczania nimi Odwołującego stanowi próbę zmiany SWZ po terminie składania ofert, co jest działaniem niedopuszczalnym.

[wnioski końcowe]

Mając powyższe na uwadze należy uznać, że Zamawiający bezpodstawnie wezwał Odwołującego do uzupełnienia lub zmiany podmiotowych środków dowodowych, gdyż złożone przez Odwołującego dotychczas dokumenty wykazują, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Ponadto wezwanie z dnia 18.09.2024 r. jest nieprecyzyjne i nie pozwala Odwołującemu chociażby na domyślenie się jakie uwagi do dotychczas złożonych dokumentów na Zamawiający.

Zamawiający w dniu 24.09.2024 r. (za pośrednictwem strony na której było prowadzone postępowanie tj. ) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 26.09.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) AGROBEX Sp. z o.o., ul. Kochanowskiego 7, 60 – 845 Poznań zwany dalej: „AGROBEX Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: AGROBEX Sp. z o.o.

W dniu 04.10.2024 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu pierwszego i trzeciego, a uwzględnił zarzut drugi. Odwołanie wniesione przez odwołującego dotyczy czynności zamawiającego polegającej na wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, gdy tymczasem dotychczas złożone przez odwołującego podmiotowe środki dowodowe, tj. wykaz robót oraz wykaz osób nie potwierdzały spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale V ust. 1 pkt 4 lit. a) oraz pkt b) tiret 1 SWZ, a zatem czynność zamawiającego była w pełni zasadna i konieczna. Zamawiający niniejszym uwzględnia zarzut dot. braku precyzyjnego wezwania odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych i w tym celu dokonana powtórzenia czynności wezwania, natomiast w pozostałym zakresie wnosi o oddalenie odwołania z przyczyn wskazanych poniżej.

Jak słusznie wskazał odwołujący, zamawiający określił w rozdziale V ust. 4 pkt 1 lit. a) oraz pkt b) tiret 1 SWZ następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej:

„a) Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie minimum trzech budynków/budynków mieszkalnych lub/i budynków zbiorowego zamieszkania, o kubaturze min. 2700,00 m3 każdy budynek z osobna” oraz

b) Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował następującą osobą niezbędną do wykonania zamówienia:

- co najmniej jedną osobą pełniącą funkcję Kierownika budowy, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno 10

– budowlanej posiadającą co najmniej 5 letnie doświadczenie w kierowaniu i nadzorowaniu robót w budownictwie kubaturowym, w tym w kierowaniu co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na budowie minimum trzech budynków /budynków mieszkalnych lub/i budynków zbiorowego zamieszkania, o kubaturze min. 2700 m3 każdy budynek

z osobna”.

W celu wykazania spełnienia ww. warunków odwołujący zobowiązany był złożyć wykaz wykonanych robót budowlanych zgodnie z załącznik nr 6a do SWZ oraz wykaz osób zgodny z załącznik nr 6b do SWZ. Oba wykazy zostały złożone przez odwołującego w terminie, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych z 22.08.2024 r., jednakże ich treść nie potwierdzała spełnienia przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu określonych powyżej. Odwołujący bowiem w przedłożonym wykazie robót budowlanych wykazał, iż co prawda wykonał co najmniej dwie roboty budowlane, ale każda z nich obejmowała budowę wyłącznie jednego budynku o wymaganej kubaturze. Analogiczna sytuacja zachodzi w stosunku do doświadczenia posiadanego przez osobę skierowaną przez odwołującego do pełnienia funkcji kierownika budowy. Tymczasem zamawiający wymagał, aby wykonawca oraz osoba skierowana do pełnienia funkcji kierownika budowy wykazała się doświadczeniem w zakresie wykonania/kierowania i nadzorowania co najmniej dwóch robót budowlanych, z których każda będzie obejmować budowę minimum trzech budynków o wskazanych parametrach. Ww. warunki zostały określone przez zamawiającego w sposób jednoznaczny i nie budzący żadnych wątpliwości, a ponadto ich treść nie ulegała zmianie w toku prowadzonego postępowania, a co najważniejsze – ich treści w pełni odzwierciedla zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 16 pkt 3 Pzp.

Zgodnie z art. 126 ust. 1 Pzp w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Przepis ten potwierdza zatem zasadę, że warunki udziału w postępowaniu mają za zadanie zapewnić zamawiającym wybór podmiotu rzetelnego i profesjonalnego, który zapewni rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego. Ocena zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia została zaś opisana w wyroku KIO z 18.4.2018 r. (KIO 630/18), w którym wyjaśniono, iż rolą zamawiającego opisującego warunki udziału w postępowaniu jest z jednej strony określenie ich na poziomie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i minimalnym, tak aby zapewnić w postępowaniu jak najszerszą konkurencję, z drugiej zaś strony – na poziomie umożliwiającym ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Zamawiający w tym miejscu wskazuje, iż przedmiotem 11

niniejszego postępowania jest budowa 84 lokali mieszkalnych wchodzących w skład mieszkaniowego zasobu gminy. Inwestycja zakłada budowę 7 budynków po 12 mieszkań w każdym wraz z infrastrukturą towarzyszącą i zagospodarowaniem terenu, w tym m.in. drogą wewnętrzną, parkingami, placem zabaw i oświetleniem terenu.

Mając zatem na uwadze zakres ww. inwestycji dostrzeżenia wymaga, iż w wyroku z dnia 6 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2180/16) Izba odwołała się do orzecznictwa TSUE wskazując, że proporcjonalność polega na określeniu przez zamawiającego wyłącznie takich wymagań, które są konieczne do osiągnięcia zakładanego celu. Wyrażono również pogląd w zakresie rozkładu ciężaru dowodu przy tak rozumianej zasadzie proporcjonalności. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że to od odwołującego się wykonawcy należy oczekiwać argumentacji wskazującej, że postawione przez zamawiającego wymagania są oderwane od zasadniczego celu prowadzenia postępowania i w konsekwencji realizacji zamierzenia inwestycyjnego, stanowiącego jego przedmiot, jak również że nie są one konieczne do osiągnięcia zakładanych celów lub pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji.

Nie ulega wątpliwości, iż wykonawca CERTA Trzemeszno Sp. z o.o. w złożonym odwołaniu nie przywołał żadnej argumentacji w przytoczonym zakresie, prowadząc wyłącznie dywagacje co do sposobu rozumienia zapisów SWZ w zakresie określonych warunków udziału w postępowaniu. Przyjęcie interpretacji przedstawionej przez odwołującego, który wywodzi ją tylko wyłącznie na potrzeby własnego interesu, tj. wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, prowadziłoby do przejęcia przez zamawiającego ryzyka wykonania zamówienia przez wykonawcę nieposiadającego doświadczenia w budowie takiej ilości budynków (7) w ramach jednej roboty budowlanej w określonym terminie.

Z powyższych względów, zamawiający z pełnym przekonaniem potwierdza, iż warunki udziału w postępowaniu zostały przez niego opisane na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Zamawiający zachował bowiem równowagę pomiędzy swoim interesem w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Stąd skierowanie przez zamawiającego w dniu 18.09.2024 r. do odwołującego wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, w świetle przedstawionej argumentacji, było konieczne i w pełni uzasadnione.

W dniu 04.10.2024 r. Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego został wezwany do złożenia, w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania, oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu wobec uwzględnienia w części odwołania przez zamawiającego.

W dniu 07.10.2024 r. (e-mailem) Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym nie wnosił sprzeciwu co do uwzględnionego zarzutu i wnosił o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie. W myśl postanowień rozdz. IV Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) przedmiot zamówienia obejmuje budowę 84 lokali mieszkalnych wchodzących w skład mieszkaniowego zasobu gminy. Inwestycja polegać będzie na budowie siedmiu budynków mieszkalnych wielorodzinnych po 12 mieszkań w każdym budynku, wraz z placem zabaw, drogami manewrowymi, chodnikami, miejscami postojowymi i infrastrukturą techniczną (przyłącza energetyczne, przyłącza wodociągowe, przyłącza kanalizacji sanitarnej, budowa oświetlenia ulicznego, budowa wiat śmietnikowych).

Korzystając w uprawnienia, jakie wynika z przepisu art. 112 Pzp, Zamawiający określił warunki, jakie musiał spełnić każdy wykonawca, aby skutecznie ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Warunki te dotyczyły zdolności

ekonomicznej lub finansowej wykonawcy i jego zdolności technicznej lub zawodowej. Jeśli chodzi o warunki w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, to Zamawiający wymagał między innymi (rozd. V ust. 1 pkt 4 Pzp):

- a) Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie minimum trzech budynków/ budynków mieszkalnych lub/i budynków zbiorowego zamieszkania o kubaturze min. 2700,00 m<sup>3</sup> każdy budynek z osobna. [...]
- b) Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował następującą osobą niezbędną do wykonania zamówienia:
  - co najmniej jedną osobą pełniącą funkcję Kierownika budowy, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno- budowlanej posiadającą co najmniej 5 letnie doświadczenie w kierowaniu i nadzorowaniu robót w budownictwie kubaturowym, w tym w kierowaniu co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na budowie minimum trzech budynków/ budynków mieszkalnych lub/i budynków zbiorowego zamieszkania, o kubaturze min. 2700,00m<sup>3</sup> każdy budynek z osobna, [...]

Następnie, w rozdz. XIV SWZ, Zamawiający wskazał, że wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (określonych przez Zamawiającego w rozdz. VI SWZ),

na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp zostanie wezwany do złożenia między innymi następujących podmiotowych środków dowodowych:

- 1) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty - Załącznik nr 6a do SWZ,
- 2) wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrole 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 6b do SWZ.

W zakresie określonym przez Zamawiającego terminie oferty złożyło łącznie sześciu wykonawców, w tym Odwołujący i Przystępujący. Z uwagi na to, że oferta Odwołującego obejmowała niższą cenę, a tym samym uplasowała się wyżej we wstępnym rankingu ofert Zamawiającego, to właśnie Odwołujący został wezwany do przedłożenia dokumentów podmiotowych. Dokumenty te zostały co prawda złożone, ale nie potwierdzają spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. W związku z tym Zamawiający, powołując się na przepis art. 128 ust. 1 Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Czynność tą kwestionuje obecnie Odwołujący.

Odwołujący w swoim odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 128 Pzp w zw. z art. 16 i 17 Pzp poprzez: a) bezzasadne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych bez wskazania jakich wymagań wynikających z rozdz. V pkt 1 ppkt 4) lit. a) oraz b) tiret 1 nie spełniają dotychczas podmiotowe środki dowodowe, b) bezpodstawne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w sytuacji, gdy przedłożone podmiotowe środki dowodowe potwierdzają spełnienie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu.

Następnie Odwołujący formułuje dwa zarzuty ewentualne:

- 1) pierwszy z nich (postawiony wyłącznie na wypadek nieuwzględnienia pierwszego zarzutu): zarzut naruszenia art. 128 Pzp poprzez zaniechanie precyzyjnego wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych;
- 2) drugi zarzut ewentualny (postawiony na wypadek nieuwzględnienia dwóch poprzednich zarzutów): naruszenie przepisu art. 286 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez próbę dokonania zmiany SWZ już po terminie składania ofert poprzez twierdzenie, że wykonawcy 14

byli zobowiązani do złożenia podmiotowych środków dowodowych w zakresie innym niż złożone przez Odwołującego.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący domaga się:

- 1) unieważnienia czynności wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych; 2) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej; (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia któregośkolwiek w żądań wskazanych w pkt 1 lub 2):

3) precyzyjnego wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Mając na uwadze zarzuty postawione w odwołaniu, Przystępujący wskazuje, że odwołanie jest bezzasadne, a działania Zamawiającego były zgodne prawem i w pełni uzasadnione. Odwołanie jest wewnętrznie sprzeczne, a częściowo także blankietowe. Sposób postawienia zarzutów, ich gradacja i żądania jakie postawił Odwołujący, a także uzasadnienie odwołania, nie pozwalają na ustalenie, co tak naprawdę Odwołujący zarzuca Zamawiającemu i dlaczego, co czyni odwołanie wadliwie skonstruowanym. Szczegółowa argumentacja w tym zakresie zostanie przedstawiona w kolejnych punktach pisma, niemniej już na wstępie podnieść należy, że odwołanie powinno podlegać oddaleniu.

Przystępujący zwraca przy tym uwagę, że z uwagi na gradację zarzutów i sformułowanie ich jako zarzutów ewentualnych, uwzględnienie odwołania w części dotyczącej nieprecyzyjności wezwania w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, pozostaje bez wpływu na możliwość rozpoznania przez Izbę zarzutu dotyczącego podstaw do skierowania do Odwołującego wezwania, który postawiony jest w ramach zarzutu z pkt 1 odwołania, zwłaszcza że Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko w tym zakresie i wnosił o oddalenie odwołania, podobnie jak zarzutu z pkt 3. Istota tego zarzutu sprowadza się bowiem do tego, czy Odwołujący uprzednio wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. W tym więc zakresie odwołanie powinno być nadal rozpoznawane.

Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W swoim Odwołaniu odwołujący podejmuje próbę podważania podstaw do skierowania wobec niego wezwania w trybie art. 128 ust. 1 Pzp z uwagi na rzekome uprzednie wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zarówno w zakresie doświadczenia Odwołującego, jak i osoby dedykowanej przez niego do pełnienia funkcji Kierownika Budowy. Przystępujący kategorycznie zaprzecza temu twierdzeniu i wskazuje, że Odwołujący nie wykazał się doświadczeniem, które spełniałoby wymogi postawione przez Zamawiającego.

I tak, mając na uwadze argumentację przedstawioną przez Odwołującego w odwołaniu, doświadczenie to miało być przez niego wykazane trzema(!) zadaniami:

- 1) „Budowa budynku komunalnego w gminie Pakość”;
- 2) „Budowa budynku komunalnego mieszkalnego w Leszczach”;
- 3) „Rewitalizacja zdegradowanego obszaru miejscowości Węgierce w Gminie Pakość”.

Przystępujący, na podstawie ogólnodostępnych danych, zweryfikował zakres inwestycji, jakie powołał Odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu i stwierdza, że Odwołujący nie wykazał się doświadczeniem w realizacji dwóch robót budowlanych polegających na budowie minimum trzech budynków/ budynków mieszkalnych lub/i budynków zbiorowego zamieszkania o kubaturze min. 2700 m<sup>3</sup> każdy budynek z osobna, co oznacza, że nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

I tak, zadanie: „Budowa budynku komunalnego w gminie Pakość” obejmowało wykonanie robót budowlanych polegających na budowie jednego budynku komunalnego na działce nr 105/54 położonej w miejscowości Rybitwy, gm. Pakość. Budynek miał się składać z 12 lokali mieszkalnych oraz pomieszczeń pomocniczych. Do pomieszczeń pomocniczych wliczają się pomieszczenie techniczne, pomieszczenie wózkowni oraz 12 komórek lokatorskich przynależnych do lokali mieszkalnych. Zamówienie obejmowało również zagospodarowanie terenu w skład, którego wchodzi budowa altany śmietnikowej, oraz budowa parkingu na 12 miejsc postojowych.

- Dowód: SWZ zadania „Budowa budynku komunalnego w gminie Pakość”, nr postępowania: ZP.271.1.9.2021.MG, na fakt objęcia przedmiotem tego zamówienia budowy wyłącznie jednego budynku mieszkalnego, a tym samym na fakt niespełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu (w zakresie doświadczenia wykonawcy i personelu - osoby dedykowanej do pełnienia funkcji Kierownika budowy)

Następnie, jeśli chodzi o zadanie realizowane w Leszczach, to obejmowało ono wykonanie robót budowlanych polegających na budowie jednego budynku mieszkalnego wielorodzinnego zlokalizowanego na działce nr 13/4, 13/7 położonej w miejscowości Leszcze, gm. Żłotniki Kujawskie. Wybudowany w ramach tego zadania budynek miał składać się z 34 lokali mieszkalnych, w tym 2 mieszkań dla osób niepełnosprawnych z funkcją pomocniczą przeznaczoną na pomieszczenia techniczne przyłączy.

- Dowód: SWZ zadania „Budowa budynku komunalnego mieszkalnego w Leszczach”, nr postępowania: 271.1.10.2022, na fakt objęcia przedmiotem tego zamówienia budowy wyłącznie jednego budynku mieszkalnego, a tym samym na fakt niespełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu (w zakresie doświadczenia wykonawcy i personelu - osoby dedykowanej do pełnienia funkcji Kierownika budowy)

I dalej, jeśli chodzi o zadanie: „Rewitalizacja zdegradowanego obszaru miejscowości Węgierce w Gminie Pakość”, to zadanie również obejmowało opracowanie pełnoprojektowej dokumentacji projektowo- kosztorysowej oraz wykonanie robót budowlanych w formule zaprojektuj i wybuduj, na podstawie miała być możliwa realizacja budowy zarówno pod względem formalnoprawnym jak i technicznym oraz wykonanie robót zgodnie z tą 16

dokumentacją dla zadania pn.: „Rewitalizacja zdegradowanego obszaru miejscowości Węgierce w Gminie Pakość”. Zadanie zakładało rewitalizację zdegradowanego obszaru w miejscowości Węgierce w Gminie Pakość poprzez rozbudowę istniejącego budynku socjalnego wraz z wykonaniem infrastruktury towarzyszącej i zagospodarowaniem terenu.

- Dowód: SWZ zadania „Rewitalizacja zdegradowanego obszaru miejscowości Węgierce w Gminie Pakość”, nr postępowania: ZP.271.1.17.2022.MG, na fakt objęcia przedmiotem tego zamówienia budowy wyłącznie 1 budynku mieszkalnego, a tym samym na fakt niespełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu (w zakresie doświadczenia wykonawcy i personelu - osoby dedykowanej do pełnienia funkcji Kierownika budowy)

Z powyższego, w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że żadna z trzech referencyjnych inwestycji nie obejmowała budowy trzech budynków/ budynków mieszkalnych lub budynków zbiorowego zamieszkania, których wymagał Zamawiający w ramach przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Powyższe oznacza, że Odwołujący nie mógł spełnić warunku udziału w postępowaniu, który zakładał realizację dwóch takich inwestycji, z których każda obejmowała budowę trzech budynków, co wynika wprost z literalnego brzmienia warunku udziału w Postępowaniu (szerszą argumentację w tym zakresie Przystępujący przedstawił ustosunkowując się do trzeciego zarzutu z odwołania, którą podtrzymuje także w odniesieniu do zarzutu nr 1).

Innymi słowy, Odwołujący mógł więc co najwyżej wykazać się doświadczeniem w wykonaniu trzech robót budowlanych polegających na budowie jednego budynku/ budynku mieszkalnego lub budynku zbiorowego zamieszkania, o kubaturze min. 2700,00m<sup>3</sup> każdy z budynków z osobna, ale nie legitymuje się doświadczeniem w wykonaniu dwóch robót budowlanych polegających na budowie trzech budynków/ budynków mieszkalnych lub budynków zbiorowego zamieszkania, o kubaturze min. 2700,00m<sup>3</sup> każdy z budynków z osobna. Tymczasem to tego drugiego zakresu doświadczenia wymagał Zamawiający od wykonawców, aby mogli oni skutecznie ubiegać się o realizację zamówienia.

Skoro warunek udziału w postępowaniu nie został spełniony przez Odwołującego (z tych samych powodów nie został też spełniony drugi warunek - dotyczący doświadczenia osoby dedykowanej do pełnienia funkcji Kierownika budowy, bowiem jego doświadczenie oparte było na tych samych referencyjnych robotach budowlanych), to Zamawiający słusznie skierował do Odwołującego wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 Pzp. Jak bowiem podkreśla się w orzecznictwie Izby: „Nie ma racji pogląd, że wzywanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych byłoby dopuszczalne tylko w sytuacji, gdy wykonawca w ogóle nie złożył takich środków, lub gdy są one formalnie niepoprawne, natomiast nie jest dopuszczalne w sytuacji, gdy wykonawca złożył formalnie poprawne środki dowodowe, a tylko nie 17

potwierdzają one spełniania warunku udziału w postępowaniu. Jak wynika ze wskazanego przepisu zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 tej ustawy, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, w której złożone formalnie poprawne podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełniania warunku, również objęta jest dyspozycją tego przepisu. Takie środki dowodowe nie potwierdzające spełniania warunku należy uznać za niekompletne, błędne, a nawet za niezłożone, w rozumieniu omawianego przepisu” (wyrok KIO z 20.04.2023 r., sygn. akt: KIO 886/23). Wbrew zatem twierdzeniom Odwołującego „miał on co poprawiać lub uzupełniać”, a kierując do Odwołującego wezwanie Zamawiający dał wykonawcy jeszcze jedną szansę, aby wykazał on, że spełnia minimalne warunki udziału w postępowaniu, a tym samym na to, aby uniknąć sankcji odrzucenia oferty z postępowania. Według najlepszej wiedzy Przystępującego Odwołujący nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, co powinno skutkować odrzuceniem jego oferty. Mając na uwadze powyższe, pierwszy z zarzutów zawartych w petitum odwołania należy uznać za niezasadny.

Sposób redakcji przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Jak wskazuje w dalszej części swojego odwołania Odwołujący kolejnym naruszeniem ze strony Zamawiającego miało być niedochowanie obowiązków ustawowych nałożonych na niego przez art. 128 PZP, gdzie w ust. 1 wskazano, iż Zamawiający musi wskazać w wezwaniu do uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych jakimi uchybieniami obarczone są dotychczas złożone przez Odwołującego dokumenty.

W tym miejscu Przystępujący wskazuje jedynie hasłowo, że:

- 1) wbrew twierdzeniom Odwołującego z przepisu art. 128 Pzp nie wynikają żadne szczególne obowiązki po stronie Zamawiającego co do sposobu konstrukcji wezwania kierowanego do wykonawcy w trybie art. 128 Pzp, co oznacza, że Zamawiający ma w tym zakresie swobodę;
- 2) za absolutnie niewiarygodne należy uznać twierdzenia Odwołującego, że nie jest on w stanie stwierdzić, zakresu wadliwości uprzednio złożonych dokumentów i czego miałyby dotyczyć ewentualne uzupełnienie dokumentów, czego najlepszym dowodem jest zakres zarzutu nr 3 z petitum odwołania, tj. próba zarzucenia Zamawiającemu następnie zmiany treści warunku udziału w postępowaniu. Tym samym oczywistym jest, że Odwołujący ma pełną świadomość tego, na czym polega jego uchybienie, a na obecnym etapie próbuje on jedynie wywrzeć wrażenie wątpliwości w tym zakresie, przy czym całe odwołanie stanowi tak naprawdę próbę przeforsowania przez niego korzystnej dla siebie wykładni treści warunku udziału w postępowaniu, która to próba pozostaje w całkowitej sprzeczności z jego literalnym brzmieniem. Niemniej jednak, z uwagi na to, że Zamawiający uwzględnił przedmiotowy zarzut, 18

deklarując gotowość rozbudowania treści wezwania, a Przystępujący nie wniósł sprzeciwu od tej czynności, to bardziej pogłębione rozważania w tym zakresie zdają się być bezprzedmiotowe.

Zarzut dot. próby zmiany SWZ przez Zamawiającego.

W ramach ostatniego zarzutu zawartego w odwołaniu, Odwołujący zarzuca Zamawiającego naruszenie przepisu art. 286

ust. 1 Pzp, zgodnie z którym: „w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ”. Przystępujący już na wstępie zwraca uwagę na kwestię formalną, tj. postawienie tego zarzutu, jako zarzutu ewentualnego wobec zarzutów nr 1 i 2 z petitum odwołania i sprecyzowanie przez niego, że zarzut ten powinien być rozpoznany wyłącznie wtedy, kiedy nie zostanie uwzględniony zarzut z pkt 1 lub 2. W związku z tym, że Zamawiający uwzględnił zarzut dotyczący nieprecyzyjności wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, zarzut nr 3 w ogóle nie powinien być przez Izbę rozpoznawany merytorycznie. Niemniej jednak, w celach porządkowych Przystępujący wskazuje, że Zamawiający i tak nie mógł naruszyć przepisu art. 286 ust. 1 Pzp, ponieważ w żadnym momencie nie dokonywał zmiany treści przedmiotowych warunków udziału w postępowaniu.

Co więcej, w ocenie Przystępującego uzasadnienie tego zarzutu jest wewnętrznie sprzeczne, bowiem w jednym akapicie Odwołujący wraża pogląd, że:

- 1) „Zamawiający w jednoznaczny sposób wskazał co jest przedmiotem zamówienia, a co nim nie jest, a także jakie warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione przez wykonawców, a w konsekwencji jakie podmiotowe środki dowodowe zobowiązani są oni złożyć w celu wykazania, że spełniają te warunki”, a w następnym akapicie wskazuje, że:
- 2) „Zgodnie z orzecznictwem KIO wszelkie nieścisłości i niejednoznaczności zawarte w SWZ oraz OPZ powinny być tłumaczone na korzyść wykonawcy biorącego udział w postępowaniu”.

Tym samym Odwołujący w ramach tego samego zarzutu Odwołujący twierdzi, że warunek jest równocześnie jednoznaczny i precyzyjny oraz że budzi wątpliwości, które powinny być zinterpretowane na korzyść Odwołującego. Taka sytuacja na gruncie zasad logiki niemożliwa - ten sam zapis nie może być równocześnie jednoznaczny i niejednoznaczny, co niejako z góry oznacza wadliwość postawionego przez Odwołującego zarzutu. Co więcej, nie jest przy tym możliwe ustalenie, co tak naprawdę jest przedmiotem tego zarzutu, co powinno być poczytywane przez Izbę za zarzut blankietowy.

Przystępujący nie dostrzega przy tym najmniejszych wątpliwości co do interpretacji warunku, który w jego ocenie jest i od początku był odczytywany przez wszystkich wykonawców tak, jak to zostało wyłożone na początku, tj. że każde z dwóch zadań obejmować 19

miało budowę minimum trzech budynków/ budynków mieszkalnych lub budynków zbiorowego zamieszkania.

Jak podkreśla się w orzecznictwie: „Zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Określenie przez zamawiającego warunków udziału w danym postępowaniu przetargowym ma na celu ocenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia tak, aby zminimalizować ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku formułowania warunków w taki sposób, który odzwierciedla przedmiot zamówienia, lecz pozostawił zamawiającym swobodę w tym zakresie stwierdzając jedynie, że warunki udziału w postępowaniu muszą być określone przez zamawiającego w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności wykładni językowej, która polega na ustalaniu znaczenia tekstu przez odwołanie się do kontekstu językowego terminów, zwrotów czy wyrażeń zawartych SWZ. Innymi słowy, ocena wymagań określonych przez zamawiającego w SWZ dokonywana jest poprzez ustalenie językowego znaczenia, sensu postanowień opisujących warunki udziału w postępowaniu. Jeżeli na gruncie języka potocznego można przypisać wyrażeniom użytym w SWZ kilka znaczeń, to należy wybrać takie, które jest najbardziej oczywiste. W przypadku jednak, gdy wykładnia językowa nie daje podstaw do ustalenia jednoznacznego znaczenia postanowień SWZ, ustalenie znaczenia zakresu wymagań zamawiającego odbywa się z uwzględnieniem kontekstu systemowego i funkcjonalnego, jako subsydiarnych narzędzi służących odcodowaniu treści zawartej w SWZ. Kontekst systemowy oznacza zakaz przypisywania postanowieniom SWZ znaczenia, które prowadziłoby do sprzeczności z zasadami systemu zamówień publicznych określonymi m. in. w art. 16 Pzp. Kontekst zaś funkcjonalny oznacza ustalenie funkcji, jaką dane postanowienie ma pełnić w procesie udzielania zamówienia publicznego.” (wyrok KIO z 27.04.2023 r., sygn. akt: KIO 1041/23).

W niniejszym stanie faktycznym, niezależnie od zastosowanej wykładni treści warunku udziału w postępowaniu - konkluzja jest jedna, tj. Zamawiający wymagał, aby wykonawca oraz osoba wskazana przez niego do pełnienia funkcji Kierownika budowy posiadała doświadczenie w zakresie realizacji co najmniej dwóch robót budowlanych, z których każda miała obejmować budowę minimum trzech budynków o określonej przez Zamawiającego kubaturze.

W ocenie Przystępującego wynika to wprost z literalnego brzmienia warunku udziału w postępowaniu, gdzie czasownik „polegać na”, którego użył Zamawiający, definiował zakres każdej z referencyjnych robót budowlanych. Zgodnie z definicją zawartą w Słowniku Języka 20

Polskiego PWN () „polegać” znaczy tyle co: „mieć przyczynę w czymś”. Co więcej, posłużenie się przez Zamawiającego sformułowaniem „co najmniej dwie roboty” służyło temu, aby dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy mają także większe doświadczenie i jest typowy zapis występujący w warunkach udziału formułowanych przez zamawiających, przy czym oznacza to tyle, że należy legitymować się doświadczeniem w realizacji minimum dwóch inwestycji o określonych parametrach (tu: min. 3 budynki). Oczywiście można takich inwestycji wykonać więcej, przy czym każda z tych inwestycji miała obejmować budowę min. 3 budynków. Po drugie, tak rozumiany warunek jest zgodny z celem, jakemu służyć ma warunek udziału w postępowaniu, tj. weryfikacji, czy wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Skoro przedmiotowe zamówienie ma obejmować budowę aż 7 budynków, to oczywistym jest, że Zamawiający miał prawo wymagać od wykonawców doświadczenia w realizacji inwestycji, które swoim zakresem

obejmowały budowę nie jednego a kilku budynków. Jak przy tym podkreśla się w orzecznictwie: „Zamawiający ma prawo określić warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do przedmiotu zamówienia w sposób, który uwzględni obiektywne potrzeby zamawiającego, pomimo, że wyklucza on możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem Zamawiającego jest takie opisanie warunków udziału w postępowaniu, które zaspokoi potrzeby i oczekiwania Zamawiającego w ramach realizacji danego przedmiotu zamówienia.” (wyrok KIO z 28.03.2023 r., sygn. akt: KIO 703/23).

Co więcej, podkreślił, że z uwagi na rozbudowany zakres zamówienia, warunek ten, który nie wymaga od wykonawców doświadczenia w realizacji siedmiu tylko trzech budynków w ramach jednego zadania referencyjnego, uznać należy za proporcjonalny. Jak podkreśla się w orzecznictwie: „Skoro zgodnie z art. 112 ust. 1 Prawa zamówień publicznych warunki udziału w postępowaniu mają być określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz wyznaczają minimalny poziom zdolności wykonawcy, to przepis ten jest nie tylko zasadą, według której warunki mają być formułowane na etapie publikacji SWZ lub Ogłoszenia o zamówieniu, ale stanowi także dyrektywę interpretacyjną, która ma zastosowanie do oceny zdolności wykonawcy.” (wyrok KIO z 22.11.2022 r., sygn. akt: KIO 2959/22). W niniejszym przypadku Zamawiający nie sformułował nadmiernie obciążającego warunku udziału w postępowaniu, a jego zakres był zdecydowanie niższy niż zakres zamówienia. Fakt, że Zamawiający domagał się doświadczenia w realizacji dwóch zadań jest również zasadny, bowiem pozwalała to na rzeczywistą ocenę rzetelności wykonawcy na podstawie jego wcześniejszych realizacji i pozwala na zweryfikowanie pewnej powtarzalności po stronie wykonawcy, co do należytego realizowania tego typu zadań o bardziej kompleksowych zakresie.

Tym samym, to nie Zamawiający, a właśnie Odwołujący próbuje modyfikować treść warunku udziału w postępowaniu, przy czym koncepcja ta opiera się wyłącznie na przedstawieniu własnego poglądu w sprawie, bez najmniejszej próby przeprowadzenia rzetelnej analizy treści tego warunku, zgodnie z regułami wykładni treści SWZ. Odwołujący domaga się bowiem akceptacji niedozwolonego sumowania doświadczeń - sumuje 3 inwestycje, gdzie każda obejmowała budowę jednego budynku, zamiast wykazać się doświadczeniem w realizacji 2 inwestycji, gdzie w ramach każdej wykonane zostały trzy budynki. Odwołujący jednoznacznie próbuje stworzyć pozory spełniania warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy jego faktyczne doświadczenie jest zdecydowanie mniejsze niż to, którego wymagał Zamawiający. Przede wszystkim doświadczenie to nie pozwala na zweryfikowanie, czy Odwołujący jest faktycznie w stanie w ramach jednej inwestycji zrealizować i skoordynować budowę aż siedmiu budynków mieszkalnych. Z powyższych względów również zarzut z pkt 3 petitum odwołania uznać należy za niezasadny.

Podsumowując, Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym wezwania go do wyjaśnień, co oznacza, że Zamawiający w sposób prawidłowy, kierując się wprost treścią przepisu art. 128 ust. 1 Pzp, skierował do Odwołującego wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, a tym samym odwołanie jest całkowicie bezzasadne, a jako takie powinno zostać oddalone.

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 najwyżej oceniona, w przypadku potwierdzenia się zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuszczył 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”, oferty Odwołującego, wezwania z 22.08.2024 r. wystosowanego przez Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych przez Odwołującego, podmiotowych środków dowodowych (przedłożonych przez Odwołującego z 04.09.2024 r.) 22

oraz wezwania z 18.09.2024 r. wystosowanego przez Zamawiającego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych przez Odwołującego.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Zamawiającego:

- pytanie z 07.08.2024 r. zadane przez Odwołującego Zamawiającemu na okoliczność jego treści.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę argumentację wynikającą z odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego, 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 w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego zasługuje na oddalenie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 128 PZP w zw. z art. 16 i 17 PZP poprzez:

- a) bezzasadne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych bez wskazania jakich dokładnie wymagań wynikających z Rozdziału V pkt. 1 ppkt 4) lit. a) oraz b) tiret 1 nie spełniają dotychczas przedstawione podmiotowe środki dowodowe;

b) bezpodstawne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w sytuacji, gdy przedłożone podmiotowe środki dowodowe potwierdzają spełnienie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu

2) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1) art. 128 PZP poprzez zaniechania precyzyjnego wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych

3) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1-2) art. 286 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez próbę dokonania zmiany SWZ już po terminie składania ofert poprzez twierdzenie, że wykonawcy byli zobowiązani do złożenia podmiotowych środków dowodowych w zakresie innym niż złożone przez Odwołującego.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego.

W tym w szczególności Rozdziału V pkt. 1 ppkt. 4) lit. a) oraz pkt 1 ppkt 4 lit. b) SWZ, jak i Rozdziału XIV pkt 1 ppkt 2 i 3 SWZ, jak i treści wykazu robót budowlanych i wykazu osób, czyli podmiotowych środków dowodowych (wskazane w odwołaniu na str. 5 i 6). Nadto, 23

wezwania z 18.09.2024 r. wystosowanego przez Zamawiającego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych przez Odwołującego (przytoczone w pełnym zakresie na wstępie uzasadnienia).

Jednocześnie, podkreślając, że nie było sporu co do stanu faktycznego, ale oceny tego stanu przez Zamawiającego.

Izba wskazuje na pismo procesowe Przystępującego, gdzie Przystępujący po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu drugiego. W konsekwencji wobec uwzględnienia tego zarzutu przez Zamawiającego i braku sprzeciwu, postępowanie odwoławcze w zakresie tego zarzutu zostało umorzone. 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.

Odnośnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W ocenie Izby, stanowisko Odwołującego, jak i przyjęta wykładnia warunków, tak w zakresie wymaganego doświadczenia od Wykonawców, tj. warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, jak i potencjału kadrowego, tj. warunku dysponowania osobą niezbędną do wykonania zamówienia, jest błędna. Należy bowiem przyjąć, że nie chodziło o wykazanie się co najmniej dwoma robotami budowlanymi w ramach których (de facto w sumie – dopisek autora) zrealizowano minimum trzy budynki/budynki mieszkalne lub budynki zbiorowego zamieszkania każdy o kubaturze minimum 2700 m<sup>3</sup>, jak twierdził na rozprawie Odwołujący. Nadto, nie chodziło o wykazanie się co najmniej dwiema robotami budowlanymi (Odwołujący wykazał trzy roboty budowlane) polegającymi na budowie jednego budynku/budynku mieszkalnego lub budynku zbiorowego zamieszkania o kubaturze minimum 2700 m<sup>3</sup> każdy z budynków z osobną, jak de facto twierdził Odwołujący na stronie 5 odwołania.

Właściwe rozumienie warunku jest takie, że chodziło o doświadczenie w wykonaniu co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na budowie trzech budynków/budynków mieszkalnych lub/i budynków zbiorowego zamieszkania, o kubaturze minimum 2700 m<sup>3</sup> każdy z budynków z osobną. Inaczej mówiąc chodziło o wykazanie się co najmniej dwóch robót, z których każda (dopisek autora) miała obejmować budowę minimum trzech budynków/budynków mieszkalnych lub/i budynków zbiorowego zamieszkania, o kubaturze minimum 2700 m<sup>3</sup>.

Izba podzieliła argumentację Przystępującego z rozprawy, że Zamawiający chciał zapewnić sobie powtarzalność wykazanego doświadczenia w obu warunkach, czyli każda

robotą budowlaną po trzy budynki/budynki mieszkalne lub/ i budynki zbiorowego zamieszkania, a wymogi dotyczyły co najmniej dwóch robót budowlanych z których każda obejmowała budowę trzech budynków (których rodzaj był wskazany przez Zamawiającego) o określonej kubaturze. Należy wskazać, że za zasadnością przyjętej wykładni świadczą sformułowanie: „każdy budynek z osobną”, który należy odnieść nie tylko do kubatury, ale także do zakresu referencyjnego robót budowlanych (na czym miały polegać), jakimi należało się wykazać: „polegające na budowie minimum trzech budynków/budynków mieszkalnych lub/i budynków zbiorowego zamieszkania” o kubaturze minimum 2700 m<sup>3</sup>.

Jednocześnie, należy stwierdzić, że Odwołujący wcale nie był pewny swojej wykładni warunków, skoro chciał się w niej utwierdzić zadając pytanie (choć po terminie na ich zadawanie): „(...) czy warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej zostanie spełniony jeśli Wykonawca przedstawi: trzy odrębne referencje polegające na: budowie jednego budynku zbiorowego zamieszkania oraz kubaturze minimum 2700 m<sup>3</sup> każdy z budynków (...)”. Zdawał więc sobie sprawę, że może nie spełniać warunków. W efekcie wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych było i nadal jest uzasadnione.

Izba także przychyliła się do stanowiska Przystępującego, że warunek w wykładni przyjętej przez niego i Zamawiającego był proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, gdyż chodziło o to aby każda z wykazanych robót budowlanych obejmowała co najmniej trzy budynki/ budynki mieszkalne lub/ i budynki zbiorowego zamieszkania o kubaturze minimum 2700 m<sup>3</sup>.

Dodatkowo, stanowisko Odwołującego z rozprawy, co do wykazania się doświadczeniem w zakresie roboty budowlanej obejmującej budowę budynku o kubaturze niecałych 12 tys. m<sup>3</sup> nie zamienia stanowiska Izby w spornym zakresie, gdyż kontekst zarzutów był zgoła inny. Jeśli, zaś uznać, że mamy tutaj do czynienia, z nowym zarzutem, to jest on spóźniony i wykraczał poza zarzut zawarty w odwołaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu trzeciego, Izba uznała w/w zarzut za niepodlegający rozpoznaniu. Należy zauważyć, że zarzut ten miał charakter ewentualny i był uzależniony (jego rozpoznanie) od oddalenia zarzutu pierwszego i drugiego. Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu drugiego i braku sprzeciwu ze strony Przystępującego po stronie Zamawiającego, zarzut trzeci nie podlega rozpoznaniu, zgodnie z dyspozycją Odwołującego zawartą w odwołaniu (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1-2).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z uwzględnieniem przywołanych poniżej przepisów, w tym także w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego poniżej. Jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień 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: