

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2024 r. przez wykonawcę **M.Ż., prowadzącego w Olszewce działalność gospodarczą pod nazwą Zakład BUD-MAR M.Ż.** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Nakło nad Notecią siedzibą w Nakle nad Notecią** działającą w imieniu i na rzecz **Związku Gmin Nakło nad Notecią – Łobżenica z siedzibą w Nakle nad Notecią**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **M.Ż., prowadzącego w Olszewce działalność gospodarczą pod nazwą Zakład BUD-MAR M.Ż.** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **M.Ż., prowadzącego w Olszewce działalność gospodarczą pod nazwą Zakład BUD-MAR M.Ż.** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od wykonawcy **M.Ż., prowadzącego w Olszewce działalność gospodarczą pod nazwą Zakład BUD-MAR M.Ż.** na rzecz **Gminy Nakło nad Notecią siedzibą w Nakle nad Notecią** działającej w imieniu i na rzecz **Związku Gmin Nakło nad Notecią – Łobżenica z siedzibą w Nakle nad Notecią** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 3716/24

Uzasadnienie

Gmina Nakło nad Notecią z siedzibą w Nakle nad Notecią działająca w imieniu i na rzecz Związku Gmin Nakło nad Notecią – Łobżenica z siedzibą w Nakle nad Notecią, zwanego dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest rewitalizacja ośrodka wypoczynkowego w Gródku Krajeńskim.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 9 lipca 2024 r., nr 2024/BZP 00403709.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 8 października 2024 r. do prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca M.Ż., prowadzący w Olszewce działalność gospodarczą pod nazwą Zakład BUD-MAR M.Ż., zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c Pzp przez odrzucenie jego oferty pomimo, że nie zaistniały przesłanki wymienione w tym przepisie warunkujące odrzuceniem oferty tj. spełnił on warunki udziału w postępowaniu i złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o których mowa w art. 125 ust. 1 oraz podmiotowe środki dowodowe, potwierdzające brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c Pzp przez odrzucenie jego oferty pomimo, że zamawiający nie wykazał żadnymi argumentami i dowodami, że zaistniały przesłanki wymienione w tym przepisie warunkujące odrzuceniem oferty;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c w zw. z art. 274 ust. 4 Pzp przez jego niezastosowanie wobec niego poprzez zaniechanie skorzystania z ogólnodostępnych baz danych w celu potwierdzenia czy roboty budowlane wskazane w wykazie zostały wykonane należycie albowiem zamawiający mógł uzyskać takie informacje za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych;
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c w zw. z art. 274 ust. 1 i art. 128 ust. 1 w zw. z art. 127 ust. 2 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie wobec niego w zakresie wymogu złożenia podmiotowych środków dowodowych w zakresie określającym, czy roboty budowlane wskazane w wykazie zostały wykonane należycie tj. do przedłożenia referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a

jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie byłby w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty, albowiem zamawiający był w posiadaniu zarówno wiedzy o wykonanych robotach wskazanych w wykazie i dokumentów potwierdzających te okoliczności, a dodatkowo w tabeli w zał. Nr 5 wykazał de facto środki dowodowe, którymi dysponował Zamawiający;

5) art. 16 oraz art. 17 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp przez ich niewłaściwe zastosowanie skutkujące wyborem jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy BYDGOSTA Sp. z o.o., która w świetle regulacji Pzp oraz postanowień SWZ nie mogła zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą z uwagi na fakt, iż to jego oferta była najkorzystniejsza i nie powinna podlegać odrzuceniu, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem zamówienie zostanie udzielone wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp oraz wymaganiami SWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, oferty wykonawców, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców w toku postępowania, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego, załączniki do pism procesowych stron, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Art. 127 ust. 2 Pzp stanowi, że *Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.*

Art. 128 ust. 1 Pzp stanowi, że *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:*

- 1) *wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub*
- 2) *zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.*

Art. 226 ust. 1 Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

2) *została złożona przez wykonawcę:*

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

Art. 274 ust. 1 Pzp stanowi, że *Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.*

Art. 274 ust. 4 Pzp stanowi, że *Zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, o ile wykonawca wskazał w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1, dane umożliwiające dostęp do tych środków.*

Ustalono, że zamawiającym jest Związek Gmin Nakło nad Notecią – Łobżenica z siedzibą w Nakle nad Notecią.

Ustalono, że zamawiający w SWZ przewidział, co następuje.

I. Informacje o zamawiającym

Na podstawie umowy nr 1/2024 z dnia 5.06.2024 r. Gmina Nakło nad Notecią świadczy w niniejszym postępowaniu pomocnicze działania zakupowe na rzecz Zamawiającego i jest jego pełnomocnikiem, zgodnie z art. 37 ust. 2, 3 i 4 ustawy

z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.)

III. Opis przedmiotu zamówienia oraz termin wykonania zamówienia

2. Opis przedmiotu zamówienia:

2.1. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie zadania inwestycyjnego pn. „Rewitalizacja ośrodka wypoczynkowego w Gródku Krajeńskim”.

IV. Warunki udziału w postępowaniu

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

1) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone.

2) nie podlegają wykluczeniu z postępowania.

1. Na podstawie art. 112 ustawy Pzp, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu.

O udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

1.4. zdolności technicznej lub zawodowej:

Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

1.4.1.

doświadczenia:

O udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca który w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał należycie min. jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, rozbudowie, przebudowie budynku o powierzchni użytkowej min 500m², w której skład wchodziły roboty ogólnobudowlane, sanitarne i elektryczne.

Zamawiający nie dopuszcza aby wskazane w wykazie wykonanych robót prace wykonane były na podstawie odrębnych umów o wykonanie robót budowlanych.

VI. Podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe oraz inne oświadczenia i dokumenty

1. Oświadczenia i dokumenty składane wraz z ofertą.

1.1. Wykonawca dołącza do oferty oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Oświadczenie to stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania ofert, tymczasowo zastępujący wymagane podmiotowe środki dowodowe.

Oświadczenie należy złożyć zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ.

1.4. Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia dokumentów, jeżeli Zamawiający może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, o ile Wykonawca wskazał dane umożliwiające dostęp do tych dokumentów.

2. Oświadczenia i dokumenty składane na wezwanie Zamawiającego.

2.1.

Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu:

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 (Wzór - załącznik nr 5 do SWZ);

Kolejno ustalono, że do upływu terminu składania ofert ofertę zamawiającemu złożył m.in. odwołujący.

(por. informacja z otwarcia ofert, na nośniku elektronicznym przekazany przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że pismem z 2 września 2024 r. zamawiający, działając na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp wezwał odwołującego do złożenia m.in.:

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 (Wzór - załącznik nr 5 do SWZ);

(por. wezwanie zamawiającego, w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazany przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący nie złożył w wyznaczonym terminie ww. dokumentów.

Kolejno ustalono, że pismem z 10 września 2024 r. zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp wezwał odwołującego do uzupełnienia m.in. *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 (Wzór - załącznik nr 5 do SWZ).*

W wezwaniu zamawiający wskazał, że odwołujący w wyznaczonym terminie nie złożył ww. dokumentów w odpowiedzi na wezwanie z dnia 2 września 2024 r.

(por. wezwanie zamawiającego, w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący 13 września 2024 r. złożył wykaz robót. W wykazie tym odwołujący wskazał robotę budowlaną dot. Centrum Rozwoju Społecznego w Nakle Nad Notecią przy ul. Gimnazjalnej 10, wykonaną na rzecz Gminy Nakło Nad Notecią. Odwołujący w wyznaczonym terminie nie złożył dowodów potwierdzających, że te roboty budowlane zostały wykonane należycie.

(por. pismo odwołującego z 13 września 2024 r.).

Kolejno ustalono, że 3 października 2024 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty wykonawcy Bydgosta sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c Pzp, w związku z tym, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, co następuje.

Dnia 02.09.2024r. Wykonawca został wezwany do złożenia dokumentów podmiotowych w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, z terminem złożenia do dnia 9.09.2024r. W wyznaczonej dacie dokumenty nie zostały złożone w związku z czym dnia 10.09.2024r. do Wykonawcy skierowane zostało pismo z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów z terminem ich złożenia do dnia 13.09.2024r.

Dnia 13.09.2024r. wykonawca złożył dokumenty: wykaz osób, informację banku o posiadanej zdolności kredytowej oraz wykaz wykonanych robót budowlanych.

Nie zostały złożone dowody określające, czy roboty budowlane wskazane w wykazie 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 wykazie wykonanych robót wskazana została robota wykonana na rzecz Gminy Nakło nad Notecią, natomiast Zamawiający, tj. Związek Gmin Nakło nad Notecią – Łobżenica, nie jest w dysponowaniu dokumentami, potwierdzającymi należyte wykonanie prac na rzecz Gminy Nakło nad Notecią.

Zgodnie z art. 127 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w sytuacji gdy zamawiający jest w posiadaniu podmiotowych środków. W takiej sytuacji wykonawca powinien wskazać te środki oraz potwierdzić ich prawidłowość i aktualność.

Dyspozycja art. 127 ust. 2 ustawy Pzp. obejmuje przypadki, w których wykonawca, wykazując posiadane zdolności zawodowe, postępuje się zamówieniami wykonanymi na rzecz zamawiającego prowadzącego postępowanie. W takim przypadku zamawiający dysponuje wiedzą dotyczącą tego, jak takie zamówienie zostało wykonane, jak również odpowiednimi dokumentami, pozwalającymi na ocenę jakości jego wykonania (zob. wyr. KIO z 13.3.2020 r., KIO 439/20, Legalis).

Opisana sytuacja dotyczy przypadku, gdy to Zamawiający dysponuje wiedzą dotyczącą tego, jak takie zamówienie zostało wykonane, jak również odpowiednimi dokumentami, pozwalającymi na ocenę jakości jego wykonania. W przedmiotowej zaś sprawie Zamawiającym jest odrębny podmiot - Związek Gmin Nakło nad Notecią – Łobżenica. Zgodnie z art. 65 ustawy o samorządzie gminnym związek gmin posiada odrębną osobowość prawną, nie jest więc tożsamy z gminą wchodzącą w skład takiego związku, gdyż gmina posiada własną osobowość prawną, co wynika z art 2 ust 2 ustawy o samorządzie gminnym. Zasadne jest więc stwierdzenie, że Gmina Nakło ma wiedzę nt. prawidłowego wykonania zamówienia, prowadzi w imieniu Związku Gmin postępowanie, jednak nie jest Zamawiającym, gdyż jest pełnomocnikiem. Zgodnie bowiem z art 37 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych, Zamawiający może powierzyć przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia lub organizację konkursu, w ramach pomocniczych działań zakupowych, własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej. Na mocy art. 37 ust. 4 podmioty, o których mowa w ust. 2, realizując pomocnicze działania zakupowe, o których mowa w ust. 3 pkt 4, działają jako pełnomocnicy zamawiającego.

Wobec faktu tego, że jeden z podmiotów jest tu zamawiającym, a drugi pełnomocnikiem, i są oddzielnymi osobami prawnymi, nie można utożsamiać wprost zamawiającego z pełnomocnikiem, a wiedza zamawiającego nie jest równoznaczna z wiedzą pełnomocnika. Tym samym, wobec literalnego brzmienia przepisu art. 127 ust. 2 ustawy pzp, który wskazuje, że "Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność", w przedmiotowej sytuacji to nie zamawiający – Związek Gmin Nakło nad Notecią – Łobżenica, a inna osoba prawna posiada dane podmiotowe środki dowodowe.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że wykonawca nie złożył wymaganego dokumentu, przez co nie wykazał spełnienia warunku posiadania doświadczenia, wobec czego oferta zostaje odrzucona.

(por. ww. zawiadomienie z 3 października 2024 r., w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazany przez zamawiającego).

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem izby zamawiający prawidłowo uznał, że odwołujący, pomimo wezwania go do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 Pzp nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt IV. 1.4.1 SWZ.

Stosownie do tego warunku, o udzielenie zamówienia mógł się ubiegać wyłącznie Wykonawca który w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał należycie min. jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, rozbudowie, przebudowie budynku o powierzchni użytkowej min 500 m², w której skład wchodziły roboty ogólnobudowlane, sanitarne i elektryczne.

Zamawiający określił także w SWZ, w jaki sposób wykonawca ma obowiązek wykazać spełnienie tego warunku udziału w postępowaniu. W pkt VI. 2.1.1) SWZ zamawiający wskazał, że wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu: 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 (Wzór - załącznik nr 5 do SWZ).

Jak wynikało z ww. postanowienia, celem wykazania warunku wykonawcy zobowiązani byli złożyć dwa rodzaje dokumentów, po pierwsze wykaz robót, a po drugie dowody potwierdzające, że roboty wymienione w wykazie zostały wykonane należycie.

Nie było także sporne, że pomimo wezwania zamawiającego najpierw do złożenia ww. podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku w trybie art. 274 ust. 1 Pzp, a następnie do uzupełnienia ich w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, odwołujący nie złożył zamawiającemu dowodów potwierdzających, że roboty wymienione przez niego w wykazie zostały wykonane należycie.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że pomimo tego jego oferta nie powinna zostać odrzucona przez zamawiającego. Argumentował, że w odpowiedzi na ww. wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych złożył wykaz robót, w którym wskazał na robotę budowlaną dot. Centrum Rozwoju Społecznego w Nakle Nad Notecią przy ul. Gimnazjalnej 10, wykonaną na rzecz Gminy Nakło Nad Notecią, a więc pełnomocnika zamawiającego w tym postępowaniu. Wskazał, że w tej sytuacji w sprawie znajdował zastosowanie przepis art. 127 ust. 2 Pzp, z którego zamawiający bezzasadnie nie skorzystał.

Argumentacja odwołującego okazała się niezasadna. Stosownie do art. 127 ust. 2 Pzp, wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność. Jak wynika z treści tego przepisu, aby powołać się na jego dobrodziejstwo powinny zostać spełnione łącznie trzy przesłanki:

- a) wykonawca musi wskazać podmiotowe środki dowodowe,
- b) wykonawca musi potwierdzać prawidłowość i aktualność podmiotowych środków dowodowych,
- c) zamawiający musi posiadać ww. podmiotowe środki dowodowe.

Uwaga odwołującego w odwołaniu ogniskowała się wyłącznie na trzeciej przesłance. Wykonawca w swej argumentacji całkowicie pominął zaś konieczność spełnienia pozostałych wymogów wynikających z literalnego brzmienia ww. przepisu. Przy dokonywaniu wykładni tego przepisu należy brać pod uwagę także jego cel. Z jednej strony celem tym było niewątpliwie odciążenie wykonawcy od obowiązku składania podmiotowych środków dowodowych, które są w posiadaniu zamawiającego. Jednakże skorzystanie z dobrodziejstwa nieprzypadkowo zostało obwarowane dodatkowymi obowiązkami nałożonymi na wykonawcę. Są to obowiązek wskazania tych środków, a także obowiązek potwierdzenia ich prawidłowości i aktualności. Konieczność spełnienia ww. dodatkowych przesłanek wynika z wymogu przestrzegania w postępowaniu zasady przejrzystości postępowania i zasady równego traktowania wykonawców, opisanych w art. 16 Pzp. Zgodnie z tymi naczelnymi zasadami postępowania, to wykonawca ma obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. To od jego decyzji, a nie od decyzji zamawiającego zależy, czy zamierza skorzystać z dobrodziejstwa art. 127 ust. 2 Pzp, czy też nie. Jeśli wykonawca chce skorzystać z omawianej instytucji, to po pierwsze musi o tym wyraźnie poinformować zamawiającego. Po drugie, to wykonawca musi sprecyzować podmiotowe środki dowodowe, będące w posiadaniu zamawiającego, na które zamierza się powołać. Dostrzeżenia wymagało w tym miejscu, że ustawodawca pozostawił wykonawcy swobodę co do tego, jakie „dowody potwierdzające należyte wykonanie robót” zamierza złożyć zamawiającemu. Katalog środków dowodowych jest otwarty. Mogą to być referencje, protokoły odbioru robót, faktury z dowodami opłacenia, itp. itd. W tej sytuacji kluczowe jest to, aby to wykonawca sprecyzował, na jakie podmiotowe środki dowodowe, będące w posiadaniu zamawiającego, chce się powołać. Aktywność w tym zakresie ustawodawca pozostawił wykonawcy. Uznanie, iż to zamawiający ma sam niejako w zastępstwie za wykonawcę arbitralnie ustalać, które dokumenty, nawet będące w jego posiadaniu, należy wykorzystać celem wykazania warunku, z pewnością godziłoby w zasadę przejrzystości postępowania i zasadę równego traktowania wykonawców. Sprzeczne z tymi zasadami byłoby bowiem wyłączenie jednego z wykonawców w wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Po drugie, gdy już wykonawca wskaże zamawiającemu podmiotowe środki dowodowe, będące w jego posiadaniu, na które zamierza się powołać, ma także obowiązek potwierdzić ich aktualność i prawidłowość, czego odwołujący zaniechał.

Jak wynikało z dokumentacji postępowania odwołujący, po wezwaniu go do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych złożył zamawiającemu jedynie wykaz robót, w którym wskazał na robotę budowlaną dot. Centrum Rozwoju Społecznego w Nakle Nad Notecią przy ul. Gimnazjalnej 10, wykonaną na rzecz Gminy Nakło Nad Notecią, a więc pełnomocnika zamawiającego w tym postępowaniu.

Podkreślenia wymagało, że odwołujący składając wykaz robót, ani w żadnym innym momencie nie wskazał na jakiegokolwiek podmiotowe środki dowodowe, będące w posiadaniu zamawiającego, na jakie zamierza się powołać, ani nie potwierdził ich prawidłowości i aktualności. Nie zostały zatem spełnione obie z opisanych wyżej przesłanek zastosowania art. 127 ust. 2 Pzp.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał także, że chodzi o podmiotowe środki dowodowe, które zamawiający posiada. Po pierwsze dostrzeżenia wymagało, że podmiotowe środki dowodowe – wbrew dyspozycji art. 127 ust. 2 Pzp – nie zostały przez wykonawcę wskazane w toku postępowania o udzielenie zamówienia. W tej sytuacji za spóźnione należało uznać stanowisko odwołującego przedstawione na etapie postępowania odwoławczego w odwołaniu, że chodzi o referencje. Przy czym nawet w odwołaniu odwołujący nie wskazał, o jaki konkretnie dokument referencji chodzi.

Dopiero w trakcie posiedzenia izby odwołujący ujawnił, że chodzi o referencje z 2 marca 2022 r. wystawione odwołującemu przez Gminę Nakło nad Notecią dla zadania „Utworzenie Centrum Rozwoju Społecznego w Nakle nad Notecią”. Co więcej jednak, w trakcie posiedzenia izby odwołujący złożył także inny dokument - protokół końcowego odbioru robót zadania pod nazwą „Utworzenie Centrum Rozwoju Społecznego w Nakle nad Notecią” z 2 marca 2022 r. Już zatem nawet z powyższego wynikało, że istniały co najmniej dwa różne podmiotowe środki dowodowe, które wykonawca mógł, lecz nie wskazał zamawiającemu w toku postępowania w trybie art. 127 ust. 2 Pzp. Przy czym, jak wskazano wcześniej, katalog podmiotowych środków dowodowych służących wykazaniu należytego wykonania robót jest otwarty. Odwołujący nie wyjaśnił dlaczego uważa, że zamawiający powinien się domyślić, o jakie konkretnie podmiotowe środki dowodowe mu chodziło.

Uwaga odwołującego w treści dowołania ogniskowała się na próbie wykazywania, że pomimo, iż zamawiającym w niniejszej sprawie jest Związek Gmin Nakło nad Notecią – Łobżenica z siedzibą w Nakle nad Notecią, to jednak spełniona jest przesłanka posiadania przez niego podmiotowych środków dowodowych, gdyż środki te posiada Gmina Nakło nad Notecią, która w tym postępowaniu pełni funkcję pełnomocnika zamawiającego. Argumentował także, że siedziba zamawiającego mieści się w siedzibie Gminy Nakło nad Notecią. Odwołujący utrzymywał także, że Gmina Nakło nad Notecią de facto jest „współzamawiającym”.

W tym kontekście podkreślenia wymagało, że nie można było utożsamiać zamawiającego z jego pełnomocnikiem. Związek Gmin Nakło nad Notecią – Łobżenica w rozumieniu art. 65 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2024 r. poz.1465) posiadał podmiotowość prawną, odrębną od podmiotowości prawnej Gminy Nakło nad Notecią. Owszem Gmina Nakło nad Notecią była obok Gminy Łobżenica członkiem tego związku. Powyższe wynikało z wydruku ze strony internetowej <https://zgnl.bip.gov.pl/organizacja-zwiazku/organizacja-zwiazku-gmin-naklo-nad-notecia-lobzenica.html>, jaki złożył odwołujący. Jednakże powyższy fakt nie zmieniał okoliczności, że na gruncie prawa zamawiający i Gmina Nakło Nad Notecią to dwie odrębne osoby prawne. Nie zmieniał tego również taki sam adres siedziby zamawiającego i jego pełnomocnika. Jak słusznie wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, taki sam adres siedziby nie oznacza jeszcze, że oba odrębne podmioty mają wspólne dokumenty i wzajemny dostęp do nich. Nie można było też utrzymywać, że Gmina Nakło nad Notecią jest „współzamawiającym”. Jak wynikało z pkt I SWZ Gmina Nakło Nad Notecią była jedynie pełnomocnikiem zamawiającego, a nie „współzamawiającym”.

Kolejno odwołujący podniósł, że Burmistrz Gminy Nakło nad Notecią jest przewodniczącym zarządu zamawiającego. Wskazywał, że Burmistrz Gminy Nakło nad Notecią występuje w podwójnej roli zarówno jako kierownik zamawiającego w dotychczasowych postępowaniach Gminy Nakło nad Notecią oraz jako pełnomocnik zarządu zamawiającego (będąc jednocześnie jego przewodniczącym) tj. zatwierdzający wszelkie dokumenty w niniejszym postępowaniu. Argumentował, że posiada zatem wiedzę i dostęp do rejestrów, dokumentów potwierdzających prawidłowość wykonania usługi wykazanej w wykazie.

Stanowisko to okazało się chybione. Jak wykazał zamawiający, przewodniczący zarządu zamawiającego, a zarazem Burmistrz Gminy Nakło Nad Notecią, Stanisław Napierała w dniu otwarcia ofert, to jest 28 sierpnia 2024 r. złożył oświadczenie o wyłączeniu się z udziału w postępowaniu na podstawie art. 56 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 Pzp. Czynności zastrzeżone dla kierownika zamawiającego w niniejszym postępowaniu pełnił zaś pan Piotr Kalamon, działający na mocy pełnomocnictwa z 6 czerwca 2024 r. udzielonego przez przewodniczącego zarządu zamawiającego do pełnienia czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego (por. ww. oświadczenie i pełnomocnictwo, złożone przez zamawiającego na posiedzeniu izby). Nie można było się zatem zgodzić z twierdzeniem odwołującego, jakoby Burmistrz Gminy Nakło nad Notecią występował w analizowanej sprawie w podwójnej roli zarówno jako kierownik zamawiającego w dotychczasowych postępowaniach Gminy Nakło oraz jako pełnomocnik zarządu zamawiającego w tym postępowaniu.

W trakcie rozprawy odwołujący dodatkowo podniósł, że wiedzę o należyтым wykonaniu roboty wskazanej przez niego w wykazie miał pan Lech Barcz. Argumentował, że pan Lech Barcz podpisał dokument referencji z dnia 2 marca 2022 r. Odwołujący wskazał także, że jednocześnie pan Lech Barcz na mocy zarządzenia nr 164/2024 Burmistrza Miasta i Gminy Nakło Nad Notecią z dnia 8 lipca 2024 r. był członkiem komisji przetargowej w tym postępowaniu. Celem wykazania ww. okoliczności złożył ww. zarządzenie. Argument ten okazał się chybiony. Uszło uwadze odwołującego, że na mocy zarządzenia nr 213/2024 Burmistrza Miasta i Gminy Nakło nad Notecią z dnia 29 sierpnia 2024 r. w sprawie zmiany zarządzenia nr 164/2024 z dnia 8 lipca 2024 r. pan Lech Barcz przestał być członkiem komisji przetargowej w tym postępowaniu. Stanowisko odwołującego okazało się zatem nietrafne.

Dodatkowo w trakcie rozprawy odwołujący podniósł, że wiedzę o należyтым wykonaniu roboty wskazanej przez niego w wykazie miał p.J.. Argumentował, że p.J. był jednym z przedstawicieli Gminy Nakło nad Notecią, którzy podpisali protokół końcowego odbioru robót zadania pod nazwą „Utworzenie Centrum Rozwoju Społecznego w Nakle nad Notecią” z dnia 2 marca 2022 r. Odwołujący wskazał także, że jednocześnie p.J. był członkiem komisji przetargowej w tym postępowaniu ma mocy zarządzenia nr 213/2024 Burmistrza Miasta i Gminy Nakło nad Notecią z dnia 29 sierpnia 2024 r. w sprawie zmiany zarządzenia nr 164/2024 z dnia 8 lipca 2024 r.

Zdaniem izby okoliczność ta nie świadczyła jeszcze, że zamawiający czyli Związek Gmin Nakło Nad Notecią – Łobżenica był w posiadaniu bliżej niesprecyzowanych podmiotowych środków dowodowych. To, że p.J. uczestniczył w podpisaniu dokumentu, który ewentualnie jedynie mógł, ale nie został wskazany przez odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia jako podmiotowy środek dowodowy, nic nie zmieniało w tym, że zamawiający czyli Związek Gmin Nakło Nad Notecią - Łobżenica nie był w posiadaniu ww. dowodu. Samo zatrudnienie jakiejś osoby w ww. instytucjach nie oznaczało jeszcze, że może ona nieformalnie przenosić dokumenty pomiędzy tymi instytucjami. Odwołujący nie wyjaśnił także dlaczego uważa, że p.J. miał się domyślić, iż odwołujący zamierzał się powołać w charakterze podmiotowego środka dowodowego w tym postępowaniu na ww. protokół z dnia 2 marca 2022 r.

Całkowicie chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 274 ust. 4 Pzp. Stosownie do ww. przepisu, *zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, o ile wykonawca wskazał w oświadczeniu, o*

którym mowa w art. 125 ust. 1, dane umożliwiające dostęp do tych środków.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymagało, że odwołujący nie wskazał zamawiającemu w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, na to, iż jakiś bliżej niesprecyzowany podmiotowy środek dowodowy znajduje się w bezpłatnej i ogólnodostępnej bazie danych. Odwołujący nie wskazał także zamawiającemu, o jaką konkretnie bezpłatną i ogólnodostępną bazę chodzi. Co więcej, na taką ogólnodostępną i bezpłatną bazę odwołujący nie wskazał również w odwołaniu, ani nawet na rozprawie. Przykładami ogólnodostępnych i bezpłatnych baz danych, o których mowa w art. 274 ust. 4 Pzp, są takie bazy jak KRS, czy CEIDG. Nie wiadomo było jednak, o jaką konkretnie bezpłatną i ogólnodostępną bazę danych odwołującemu chodziło i w jaki sposób zamawiający miałby z niej pozyskać bliżej niesprecyzowany podmiotowy środek dowodowy. Po drugie zaś, warunkiem koniecznym wynikającym wprost z ww. przepisu jest wskazanie przez wykonawcę danych umożliwiających dostęp do tych środków. Takiej informacji odwołujący przy oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp również nie przedstawił. Wobec powyższego zarzut naruszenia przepisu art. 274 ust. 4 Pzp okazał się chybiony.

Reasumując izba stwierdziła, że odwołujący pomimo wezwania zamawiającego najpierw do złożenia ww. podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku w trybie art. 274 ust. 1 Pzp, a następnie do ich uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, nie złożył zamawiającemu dowodów potwierdzających, że roboty wymienione przez niego w wykazie zostały wykonane należycie. Odwołujący nie wykazał także, aby w analizowanej sprawie zamawiający naruszył przepisy art. 274 ust. 4 Pzp, czy art. 127 ust. 2 Pzp. W konsekwencji izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo uznał, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt IV. 1.4.1 SWZ. W efekcie zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c Pzp i zasadnie wybrał ofertę wykonawcy Bydgosťa jako najkorzystniejszą. Odwołanie okazało się zatem niezasadne.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanych w odwołaniu naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów

postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....