Sygn. akt: KIO 4108/24

WYROK

Warszawa, dnia 26 października 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2024 roku przez *wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie GILMERA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku (pełnomocnik) oraz UAB GILMERA z siedzibą w Litwie*

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego *Gmina Płaska*

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego *wykonawcy EKODROM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Augustowie*

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności zamawiającego z dnia 31 października 2024 roku tj. ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 9 października 2024 roku tj. Wezwania do złożenia, poprawienia, uzupełnienia lub wyjaśnienia JEDZ [art. 128 p.z.p.].

Nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2.Kosztami postępowania obciąża zamawiającego *Gminę Płaska* i:

*2.1*zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez *wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie GILMERA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku (pełnomocnik) oraz UAB GILMERA z siedzibą w Litwie* tytułem wpisu od odwołania,

kwotę 4 920 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące dziewięćset dwadzieścia złotych zero groszy) poniesioną przez *wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie GILMERA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku (pełnomocnik) oraz UAB GILMERA z siedzibą w Litwie* tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

kwotę 664 zł 82 gr (słownie: sześćset sześćdziesiąt dwa złote osiemdziesiąt dwa grosze) poniesioną przez *wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie GILMERA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku (pełnomocnik) oraz UAB GILMERA z siedzibą w Litwie* tytułem stawiennictwa na rozprawie (dojazd) pełnomocnika,

*2.2*zasądza od zamawiającego *Gminy Płaska* na rzecz *wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie GILMERA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku (pełnomocnik) oraz UAB GILMERA z siedzibą w Litwie* kwotę 14 265 zł 00 gr (słownie: czternaście tysięcy dwieście sześćdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez *wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie GILMERA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku (pełnomocnik) oraz UAB GILMERA z siedzibą w Litwie* stosownie do wyniku postępowania.

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 4108/24

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający – *Gmina Płaska* prowadzi postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: *„Budowa drogi gminnej w miejscowości Płaska, gmina Płaska" w ramach Rządowego Funduszu Rozwoju Dróg na 2024 rok.*

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

W dniu 4 listopada 2024 roku Odwołujący działając na podstawie na podstawie art. 505 ust. 1 oraz art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2024r. poz. 1320; dalej: ustawa / ustawa PZP) wniósł odwołanie wobec:

- odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy Odwołującego wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
- wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez EKODROM Sp. z o.o., ul. Mirabelki 25, 16-300 Augustów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 239 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy;

2)art. 128 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy przez nieprecyzyjne wezwanie wykonawcy do poprawienia lub uzupełnienia dokumentów lub JEDZ;

3)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy przez przyjęcie,

że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału zgodnie z brzmieniem treści specyfikacji warunków zamówienia;

4)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy przez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy Odwołujący złożył w terminie dokumenty, do których złożenia został wezwany przez Zamawiającego;

z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutów zarzucam naruszenie:

5)art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy przez zaniechanie wezwania

do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w przypadku uznania,

że złożone w odpowiedzi na wezwanie z art. 274 ust. 1 podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu,

- co doprowadziło do niezgodnego z przepisami ustawy wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał:

Interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. W przypadku braku odrzucenia oferta odwołującego zostałaby uznana
za najkorzystniejszą. W wyniku naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego opisanych w niniejszym odwołaniu, odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co skutkuje szkodą w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby realizując zamówienie.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy

Stan faktyczny.

Kluczowym w ocenie odwołującego jest ocena całokształtu postępowania Zamawiającego
w przedmiotowym postępowaniu, w którym odrzuca ofertę odwołującego po raz drugi
ze względu na brak wykazania warunków udziału w postępowaniu w zakresie osób skierowanych do wykonania zamówienia, pomimo wyroku KIO 3080/2024, w którym Izba jednoznacznie stwierdziła: „W ocenie Izby, Odwołujący wykazał, że dysponuje osobą skierowaną do realizacji zamówienia publicznego, odpowiedzialną za kierowanie robotami budowlanymi, która posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie, zgodne
z warunkiem udziału w postępowaniu określonym w SWZ". (KIO 3080/24)

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu po raz pierwszy odrzucił ofertę oodwołującego uznając, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału
w postępowaniu. Jak wynika z treści uzasadnienia faktycznego decyzji Zamawiającego:

„Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), Rozdział V. Podstawy wykluczenia oraz warunki udziału w postępowaniu, ust. 2 pkt 4b), wskazał na warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej , Wykonawcy tj.: „dysponowanie następującymi osobami skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi:

- min. 1 osobę posiadająca uprawnienia kierownika budowy w specjalności drogowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub zagraniczne uprawnienia uznane w zakresie i na zasadach określonych ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2023 r. poz. 334). Proponowana osoba musi także posiadać doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na minimum dwóch budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat."

*Oferta złożona przez konsorcjum firm Gilmera Sp. z o.o. i UAB Gilmera jest niezgodna
z warunkami zamówienia.*

Zgłoszony kierownik robót drogowych – M.S., powinien zgodnie z zapisami SWZ, posiadaćdoświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na minimum dwóch budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat. Warunek ten nie został spełniony, gdyż przedstawione jako potwierdzenie doświadczenia inwestycje, nie były zakończone w dniu składania oferty. […] Wobec tego Zamawiający nie może uznać przedstawionego doświadczenia. Zamawiający uznaje, że konieczne jest dysponowanie doświadczeniem już nabytym a nie nabywanym w trakcie składania i

rozpatrywania oferty".

Uzasadnienie faktyczne pierwszego odrzucenia oferty Odwołującego wskazuje na fakt uznania przez Zamawiającego, iż wykonawca nie spełnia warunku udziału w postaci dysponowania osobą, która posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na minimum dwóch budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat. Zamawiający wskazał, że osoba z wykazu osób kierowała robotami, które na dzień składania ofert nie były zakończone. Zamawiający nie wskazał żadnych innych nieścisłości czy też błędów w złożonym przez Odwołującego wykazie osób.

Wyrokiem KIO 3080/24 Izba uwzględniła odwołanie, wskazując:*„Zamawiający określił warunek udziały w postepowaniu w zakresie posiadanego przez osobę doświadczenia*

w sposób ogólnikowy – dysponowanie osobą posiadającą uprawnienia kierownika budowy

w specjalności drogowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia oraz posiadanie przez proponowaną osobę doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy na 2 budowach

z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat".

„W ocenie Izby, Odwołujący wykazał, że dysponuje osobą skierowaną do realizacji zamówienia publicznego, odpowiedzialną za kierowanie robotami budowlanymi, która posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie, zgodne z warunkiem udziału

w postępowaniu określonym w SWZ". (KIO 3080/24).

Jednocześnie Izba nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Zamawiający, pomimo pozytywnej oceny spełniania warunku udziału przez KIO wystosował kolejne wezwanie do Odwołującego.

Z treści wezwania w zasadzie nie wynikało, do czego zamawiający wzywa:

- tytuł wezwania: *„Wezwanie do złożenia, poprawienia, uzupełnienia lub wyjaśnienia JEDZ [art. 128 p.z.p.]* W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie żądał złożenia JEDZ.

W treści wezwania Zamawiający wskazał: *„Zgodnie z art. 128 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych […] wzywa do poprawienia lub uzupełnienia dokumentów aktualnych na dzień złożenia: wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych*

za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przeze mnie czynności oraz informacje o podstawie do dysponowania tymi osobami [….

Jako jedyną przyczynę wezwania Zamawiający wskazał, iż w toku postępowania odwoławczego dowiedział się, że Powiat Sejneński nie zawierał umowy na przebudowę nawierzchni drogi dla pieszych i na ulicy Łąkowej w Sejnach z wykonawcą Zakładem Usług Budowlanych Pat-But P.N. i oświadczenie wyżej wymienionego wykonawcy,

że nie realizował umowy na rzecz Powiatu Sejneńskiego.

W odpowiedzi na zasygnalizowaną przez Zamawiającego nieścisłość Wykonawca przedłożył wykaz osób wraz z prawidłowym wskazaniem wykonawcy, na rzecz którego Pan M.S. świadczył usługi (złożył taki sam wykaz osób jednak zamiast omyłkowo wskazanego jako wykonawca Zakładu Usług Budowlanych Pat-But P.N. podał prawidłowo – Mega Kop E.J.).

Na tym etapie – pomimo kolejnego wezwania w tym zakresie Zamawiający nie sygnalizował

jakichkolwiek innych nieprawidłowości co do doświadczenia osoby wskazanej w wykazie jako osoba skierowana do realizacji zamówienia. Reasumując – zamawiający w toku badania i oceny ofert w pierwszej kolejności kwestionował, że inwestycje wskazane jako doświadczenie osoby skierowanej do realizacji w wykazie nie zostały ukończone (KIO 3080/24). Następnie na etapie ponownego badania i oceny ofert zakwestionował jedną

ze wskazanych inwestycji w zakresie podmiotu, który był jej wykonawcą.

Nie kwestionował w wezwaniu z art. 128 pzp faktu, iż doświadczenie osoby z wykazu – Pana M.S. dotyczyło inwestycji polegającej na przebudowie chodników oraz „przebudowie drogi" a nie na „budowie" jak wskazał w informacji o odrzuceniu oferty.

W ocenie Odwołującego, brak kwestionowania spełnienia warunku przez osobę Pana M.S. co do zakresu kierowanych prac na etapie badania i oceny ofert jednoznacznie przesądza o braku wątpliwości zamawiającego co do spełnienia warunku dysponowania osobami. W razie negatywnej oceny spełniania warunku udziału winien zamawiający negatywną ocenę spełnienia warunku w tym zakresie wskazać w treści wezwania z art. 128 ust. 1 pzp (poprzez wskazanie, że osoba z wykazu nie spełnia warunku, bo kierowała pracami polegającymi na „przebudowie"). Zamawiający nie wskazał Odwołującemu w treści wezwania, iż negatywnie ocenia zakres doświadczenia Pana M.S. – jako jedyną przyczynę wezwania podał błędne określenie wykonawcy zadania pn.: „Przebudowa nawierzchni drogi dla pieszych na ul. Łąkowej w Sejnach od czerwca 2024 do sierpnia 2024". W ocenie odwołującego postępowanie Zamawiającego wprost naruszyło art. 16 pkt 1 pzp. Wezwanie winno być precyzyjne

i precyzyjnie wskazywać zakres, w jakim wykonawca winien poprawić dokumenty, aby spełnił warunki udziału, tak aby wykonawca miał szansę poprawić błędy z pierwotnie złożonego wykazu. W przedmiotowym postępowaniu

zzamawiający zdaje się celowo
nie wskazuje Odwołującemu w treści wezwania ewentualnej przyczyny, dla której zamierza odrzucić ofertę, po czym po uzupełnieniu wykazu osób jedynie w zakresie wskazanym
w treści wezwania – odrzuca ofertę ze względu na niespełnienie warunków udziału
w postępowaniu. Odwołujący nie miał żadnej wiedzy, iż zzamawiający zamierza negatywnie ocenić spełnianie warunku udziału w postępowaniu z przyczyn niewskazanych w treści wezwania z art. 128 ust. 1 pzp.
Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy
Z decyzją zamawiającego nie można się również zgodzić biorąc pod uwagę literalne brzmienie warunku udziału w postępowaniu. Jak słusznie wskazała Izba (KIO 3080/24):*„Zamawiający określił warunek udziały w postepowaniu w zakresie posiadanego przez osobę doświadczenia w sposób ogólnikowy – dysponowanie osobą posiadającą uprawnienia kierownika budowy w specjalności drogowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia oraz posiadanie przez proponowaną osobę doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy na 2 budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat".*
Na podstawie tak postawionego warunku Zamawiający w chwili obecnej wskazuje, iż osoba posiadająca doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi na przebudowach dróg
nie spełnia warunku postawionego w postępowaniu. W ocenie Odwołującego warunki udziału w postępowaniu należy interpretować w sposób ścisły. Zgodnie z ich literalnym brzmieniem. W treści SWZ Zamawiający nie wprowadził żadnej definicji czy też odesłania
jak należy rozumieć sformułowanie *„na budowie".* Zamawiający użył w warunku sformułowania *„pełnienie funkcji kierownika budowy na 2 budowach"*.
Wbrew obecnie przytaczanej argumentacji zamawiający nie postawił warunku, który
by brzmiał: „pełnił funkcję kierownika budowy na dwóch inwestycjach polegających
na budowie…", co jest standardowym zapisem spotykanym w specyfikacjach.
W ocenie Odwołującego zdanie *„pełnił funkcje kierownika budowy na 2 budowach"* nie oznacza zawężenia doświadczenia osoby jedynie do inwestycji polegających na budowie drogi. Sformułowanie *„na budowie"* nie jest tożsame ze sformułowaniem *„na inwestycji polegającej na budowie".* W istocie Zamawiający posłużył się do określenia warunku udziału w postępowaniu sformułowaniem potocznym *„na budowach".*
Odwołujący wskazał orzeczenia sygn. akt KIO 4/2004 oraz sygn. akt KIO 3617/24.
Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy.
Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wystosował do odwołującego wezwania
z art. 128 ust. 1 pzp w zakresie braku spełnienia przez Pana M.S. warunku udziału w zakresie jego doświadczenia polegającego na kierowaniu robotami budowlanymi w zakresie zadań polegających na przebudowie drogi. W konsekwencji jego działanie wprost naruszyło przepisy ustawy. Odwołujący wskazał orzeczenia sygn. akt KIO 5/2004 oraz sygn. akt KIO 3002/24.
Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy.
Wykonawca złożył wszystkie dokumenty w terminach wskazanych przez Zamawiającego.
Mając na uwadze powyższe, w ocenie odwołującego zamawiający naruszył przepisy wskazane w treści odwołania, co czyni je koniecznym i uzasadnionym. Wybór oferty najkorzystniejszej narusza art. 239 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zm.; dalej „ustawa", „Pzp") skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 4 listopada 2024 roku od czynności Zamawiającego z dnia 31 października 2024 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu,
co wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku
w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji,
o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Zamawiającego oraz Odwołujacego, a także uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła stanowisko zawarte przez *INVEST EKODROM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Augustowie* w piśmie procesowym z dnia 21 listopada 2024 roku „Pismo Przystępującego".

Izba ustaliła w zakresie zarzutów odwołania:

Izba na wstępie wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 16 pkt 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty,

- art. 17 ust. 2 ustawy – Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

- art. 128 ust. 1 ustawy - Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , 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. 112 ust. 2 ustawy - Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

(…)

4) zdolności technicznej lub zawodowej.

- art. 226 ust. 1 ustawy - 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. 239 ust. 1 ustawy – Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

- art. 239 ust. 2 ustawy - Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

- art. 266 ustawy – Do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy , z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88-90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132-188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej.

W zakresie rozpoznania zarzutów odwołania Izba ustaliła:

- pismem **z dnia 5 lipca 2024 roku zamawiający** wezwał odwołującego:

Zamawiający na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), wzywa Wykonawcę: GILMERA Sp. z o.o ul. Ludwika Zamenhofa nr 29, lok. U3, 15-435 Białystok, do złożenia w terminie do dnia 15.07.2024 r. do godz. 15.30, następujących podmiotowych środków dowodowych (aktualnych na dzień złożenia):

(…)

c) wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za 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 – wzór wykazu stanowi załącznik nr 4 do SWZ.

(…)

- w odpowiedzi na powyższe wezwanie **odwołujący złożył podmiotowe środki dowodowe**, w tym Wykaz osób, w którym wskazał:

	Zakres wykonywanych czynności (funkcja)	*Opis posiadanych kwalifikacji zawodowych i doświadczenia zawodowego*	*Podstawa dysponowania osobą **

Imię nazwisko		*Należy podać informacje w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku, o którym mowa w rozdziale VI SWZ*	*Dysponowanie bezpośrednie (np. umowa o pracę, umowa cywilnoprawna czy samozatrudnienie).*	*Wykonawca dysponuje osobą na podstawie art 118 ustawy pzp (podać nazwę i dane adresowe podmiotu udostępniającego zasób)*
Katarzyna A.K. (Wandzioch)	*Kierownik robót drogowych kierowanie robotami budowlanymi w specjalności drogowej bez ograniczeń*	*Nr uprawnień PDL/0112/PWBD/18 Data ich11/12/2018 Nr ewidencyjny :PDL/BD/0012/19 Uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności: do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej drogowej*	*8 TAK Umowa cywilnoprawna (podać fonnę)*	*O TAK (nazwa i adres podmiotu udostępniającego zasób)*
			O TAK (podaćformę)	*TAK (nazwa i adres podmiotu udostępniającego zasób)*

- **pismem z dnia 16 lipca 2024 roku zamawiający** zwrócił się do wykonawcy odwołującego z następującym pismem:

Żądanie wyjaśnień dotyczących złożonych podmiotowych środków dowodowych

Zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), zwanej dalej „p.z.p.", Zamawiający żąda

od Wykonawcy w terminie do 23.07.2024 r. do godz. 14:00 złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych podmiotowych środków dowodowych:

- wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego,

w szczególności odpowiedzialnych za 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.

Zamawiający podczas badania ofert stwierdził w dokumentach ofertowych Wykonawcy niejasności, które odnosiły się do wyżej wskazanego dokumentu. Dokument był złożony zgodnie z rozdziałem V pkt. 2 SWZ, jednakz dokumentu tego nie wynika, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w § rozdziale V pkt. 2 ppkt. 4b) SWZ

i nie odpowiada w pełni zawartości rozdziału V pkt. 2 SWZ, gdyż brak jest informacji,

że „proponowana osoba musi także posiadać doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na minimum 2 budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat".

W ramach uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, w wykazie osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za 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 (wzór wykazu stanowi załącznik nr 4 do SWZ) – należy uzupełnić informację o posiadanym doświadczeniu proponowanej osoby w pełnieniu funkcji kierownika budowy na minimum 2 budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat".

- w odpowiedzi na powyższe **odwołujący 16 lipca 2024 roku złożył Wykaz osób** wskakując w nim:

			Podstawa dysponowania osobą *	
	Zakres wykonywanych czynności (funkcja)	Opis posiadanych kwalifikacji zawodowych i doświadczenia zawodowego Należy podać informacje w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku, o którym mowa w rozdziale VI SWZ	Dysponowanie bezpośrednie (np. umowa o pracę, umowa cywilnoprawna czy samozatrudnienie).	Wykonawca dysponuje osobą na podstawie art. 118 ustawy pzp (podać nazwę i dane adresowe podmiotu udostępniającego zasób)

Sławomir Sieńkowski	Kierownik robót drogowych kierowanie robotamł budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej	Nr uprawnień PDL/0042/OWOD/12 Data ich wydania 11/06/2012 Nr ewidencyjny :PDL/BD/OOIO/II Uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej. Doświadczenie w latach : 12 Posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na 2 budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat t.j.: 1)Przebudowy chodników przy ul. Nowodworskiej i Szkolnej w Lipsku od marca 2024 do czerwca 2024 Zamawiający. - Gmina Lipsk ul. Żłobikowskiego 4/2 16-315 Lipsk Wykonawca: Zakład Usług Budowlanych Pat-Bud P.N. ul. Borki 23,16-300 Augustów 2)Przebudowa nawierzchni drogi dla pieszych na ul. Łąkowej w Sejnach od czerwca 2024 do sierpnia 2024 Zamawiający - Powiat Sejneński ul. 1 Maja 1, 16-500 Sejny Wykonawca: Zakład Usług Budowlanych Pat-Bud P.N. ul. Borki 23,16-300 Augustów	8 TAK Umowa cywilnoprawna (podać formę)	TAK (nazwa i adres podmiotu udostępniającego zasób)

- **Pismem z dnia 20 sierpnia 2024 roku zamawiający** przekazała informację:

INFORMACJA O WYBORZE NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY

1. Informacja o wyborze oferty wraz z uzasadnieniem

Działając na podstawie art. 253 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą, informuję, że w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym, wariant 1, pod nazwą „Budowa drogi gminnej w miejscowości Płaska, gmina Płaska", zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy, jako najkorzystniejsza została wybrana:

oferta nr 2 Wykonawcy: EKODROM Sp. z o.o., ul. Mirabelki 25, 16-300 Augustów.

Uzasadnienie:

Wybrany Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie zachodzi wobec niego podstawa do wykluczenia z udziału w postępowaniu. Oferta jest ważna i nie podlega odrzuceniu. Wybrana oferta uzyskała najwyższą liczbę punktów, zgodnie z kryteriami i wymaganiami określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia.

W postępowaniu zostały odrzucone trzy oferty.

2. Informacje i zestawienie złożonych ofert

Informacje i zestawienie złożonych ofert z podaniem nazw (firm) i adresów wykonawców oraz streszczenie oceny i porównania złożonych ofert wraz z punktacją przyznaną ofertom:

(…)

3. Informacje o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone:

Działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca:

- ofertę nr 3 Wykonawcy: GILMERA Sp. z o.o i UAB Gilmera, ul. Ludwika Zamenhofa nr 29, lok. U3,

15-435 Białystok

Uzasadnienie prawne:

Oferty nr 3 została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), który stanowi – cyt: "Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia".

Uzasadnienie faktyczne:

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

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

•min. 1 osobę posiadającą uprawnienia kierownika budowy w specjalności drogowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub zagraniczne uprawnienia uznane w zakresie i na zasadach określonych ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych

nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2023 r. poz. 334).

Proponowana osoba musi także posiadać doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na minimum 2 budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat.".
Oferta złożona przez konsorcjum firm Gilmera Sp. z o.o i UAB Gilmera jest niezgodna z warunkami zamówienia.
Zgłoszony jako kierownik robót drogowych - M.S., powinien zgodnie z zapisami SWZ, posiadać doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na minimum 2 budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat.
Warunek ten nie został spełniony, gdyż przedstawione jako potwierdzenie doświadczenia inwestycje, nie były zakończone w dniu składania oferty. Wskazana przez Wykonawcę w Wykazie osób (opis podsiadanych kwalifikacji zawodowych i doświadczenia zawodowego) inwestycja w Gminie Lipsk 3
wykonywana była „od marca 2024 r. – do czerwca 2024 r.", zaś inwestycja „Przebudowa nawierzchni drogi dla pieszych na ul. Łąkowej w Sejnach" (od czerwca 2024 r. do sierpnia 2024 r.) nie była zakończona w dniu składania oferty. Wobec tego Zamawiający nie może uznać przedstawionego doświadczenia. Zamawiający uznaje, że konieczne jest dysponowane doświadczeniem już nabytym, a nie nabywanym w trakcie składania i rozpatrywania oferty.
Zgodnie z art. 274. ust. 1 ustawy Pzp „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.". Termin składania ofert w SWZ wyznaczony był na dzień: 02.07.2024 r.
(…)
- w sprawie zostało wniesione odwołanie i w wyniku rozpoznania został wydany **wyrok sygn. akt KIO 3080/24 z dnia 23 września 2024 roku,** w którym Izba orzekła:
1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – Gminie Płaska unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności oceny i badania ofert.
w uzasadnieniu Izba podał:
(…)
Zamawiający wezwał Odwołującego – pismo z 5 lipca 2024 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych.
W odpowiedzi na powyższe pismo Odwołujący złożył wykaz osób, wskazując p. Annę Krakos jako osobę posiadającą doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy
na minimum 2 budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat. Wykaz nie zawierał opisu doświadczenia ww. osoby.
Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia informacji o posiadanym doświadczeniu proponowanej przez Odwołującego osoby.
Odwołujący 16 lipca 2024 r. złożył nowy wykaz osób i wskazał p. M.S. jako osobę posiadającą doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na minimum
2 budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat.
(…)
W związku z uwzględnieniem odwołania we wskazanym powyżej zakresie, Izba nie rozpoznała zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, w przypadku uznania
że złożone w odpowiedzi na wezwanie z art. 274 ust. 1 Pzp podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu co doprowadziło
do niezgodnego z przepisami ustawy wyboru oferty najkorzystniejszej, ponieważ zarzut ten został podniesiony jako zarzut ewentualny, na wypadek nie uwzględnienia zarzutów sformułowanych w pierwszej kolejności.
Ponadto Izba pominęła przywołane przez Przystępującego okoliczności: inwestycje,
w których p. M.S. miał pełnić funkcję kierownika robót drogowych polegały
na przebudowie, a nie budowie, informacji, że Powiat Sejneński nie zawierał umowy
na przebudowę nawierzchni drogi dla pieszych na ul. Łąkowej w Sejnach z wykonawcą Zakładem Usług Budowlanych Pat-Bud P.N., oświadczenia ww. wykonawcy,
iż nie realizował umowy na rzecz Powiatu Sejneńskiego oraz dowody: w postaci oświadczenia p. P.N. z 9 września 2024 r. i informacji od Powiatu Sejneńskiego
z 10 września 2024 r. z uwagi na fakt, że Izba rozpoznaje odwołanie w jego granicach odwołania i jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu. Izba nie może przy orzekaniu brać pod uwagę naruszeń przepisów Pzp, które nie były przedmiotem zarzutów, natomiast zostały ujawnione w toku postępowania odwoławczego.
- **pismem z dnia 8 października 2024 roku zamawiający** poinformował o:

INFORMACJA O UNIEWAŻNIENIU CZYNNOŚCI WYBORU NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY POWTÓRZENIU CZYNNOŚCI BADANIA I OCENY OFERT

Dotyczy postępowania pn. „Budowa drogi gminnej w miejscowości Płaska, gmina Płaska" – nr sprawy ZPP.271.5.2024

W związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2024 r. (sygn. akt KIO 3080/24), którym Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Wykonawcy: GILMERA Sp. z o.o z siedzibą w Białymstoku, ul. Ludwika Zamenhofa, nr 29, lok. U3, 15-435 Białystok NIP 5423475380 (Lider Konsorcjum), UAB "Gilmera" Pievų g. 3, 62175 Alytus, Litwa, kod firmy 304033431(członek konsorcjum), Zamawiający:

1.unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy: EKODROM Sp. z o.o., ul. Mirabelki 25, 16-300 Augustów,

2.unieważnia czynność odrzucenia oferty Wykonawcy: GILMERA Sp. z o.o i UAB Gilmera, ul. Ludwika Zamenhofa nr 29 lok. U3, 15-435 Białystok,

3.powtarza czynność badania i oceny ofert z udziałem GILMERA Sp. z o.o i UAB Gilmera, ul. Ludwika Zamenhofa nr 29 lok. U3, 15-435 Białystok.

- **pismem z dnia 9 października 2024 roku zamawiający** wezwał odwołującego:

Wezwanie do złożenia, poprawienia, uzupełnienia lub wyjaśnienia JEDZ [art. 128 p.z.p.]

Zgodnie z art. 128 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej „p.z.p.", Zamawiający wzywa wykonawcę, w terminie do 15.10.2024 r. do godz. 14:00, do poprawienia lub uzupełnienia dokumentów aktualnych na dzień złożenia: wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za 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 – wzór wykazu stanowi załącznik nr 4 do SWZ.

Zamawiający podczas badania ofert stwierdził w dokumentach ofertowych wykonawcy, że wyżej wskazany dokument był złożony zgodnie z rozdziałem VI ust. 2 SWZ, jednak w związku z ujawnionymi w toku postępowania odwoławczego okolicznościami tj.: informacji, iż Powiat Sejneński nie zawierał umowy na przebudowę nawierzchni drogi dla pieszych na ul. Łąkowej w Sejnach z wykonawcą Zakładem Usług Budowalnych Pat-Bud P.N. i oświadczenia ww. wykonawcy, że nie realizował umowy na rzecz Powiatu Sejneńskiego (dowody w postaci oświadczenia p. P.N. z 9 września 2024 r. i informacji od Powiatu Sejneńskiego z 10 września 2024 r.), z w/w dokumentu nie wynika, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale V ust. 2 pkt. 4 ppkt b) SWZ.

- **odwołujący w dniu 15 października 2024 roku** przesłał zamawiającemu Wykaz osób:

- **pismem z dnia 31 października 2024 roku zamawiający** powiadomił wykonawców:

INFORMACJA O PONOWNYM WYBORZE NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY

1. Informacja o wyborze oferty wraz z uzasadnieniem

Działając na podstawie art. 253 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) zwanej dalej „p.z.p.",, informuję, że w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym, wariant 1, pod nazwą „Budowa drogi gminnej w miejscowości Płaska, gmina Płaska", zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy, jako najkorzystniejsza została wybrana oferta nr 2 Wykonawcy: EKODROM Sp. z o.o., ul. Mirabelki 25, 16-300 Augustów.

Uzasadnienie:

Wybrany Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie zachodzi wobec niego podstawa do wykluczenia z udziału w postępowaniu. Oferta jest ważna i nie podlega odrzuceniu. Wybrana oferta uzyskała najwyższą liczbę punktów, zgodnie z kryteriami i wymaganiami określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia.

W postępowaniu zostały odrzucone trzy oferty.

2. Informacje i zestawienie złożonych ofert

(…)

3. Informacje o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone:

Działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c) ustawy p.z.p., Zamawiający odrzuca:

- ofertę nr 3 Wykonawcy - Konsorcjum firm:

GILMERA Sp. z o.o., ul. Ludwika Zamenhofa, nr 29, lok. U3, 15-435 Białystok,

i UAB "Gilmera", Pievų g. 3, 62175 Alytus, Litwa, Kod firmy 304033431.

Uzasadnienie prawne:

Oferta nr 3 została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c) ustawy p.z.p., który stanowi – cyt: "Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) 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;".

Uzasadnienie faktyczne:

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

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

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

Proponowana osoba musi także posiadać doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na minimum 2 budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat.".

Zgłoszony jako kierownik robót drogowych - M.S., powinien zgodnie z 3

zapisami SWZ, posiadać doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na minimum 2 budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat.

Warunek ten nie został spełniony, gdyż Konsorcjum: GILMERA Sp. z o.o i UAB Gilmera nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie dysponowania osobą o odpowiednim doświadczeniu, w związku z czym oferta GILMERA Sp. z o.o i UAB Gilmera podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c) PZP.

W tym zakresie wskazać należy, że w treści SWZ Zamawiający wymagał dysponowania osobą posiadającą uprawnienia kierownika budowy w specjalności drogowej, a osoba ta musiała posiadać doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na minimum dwóch budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat.

Konsorcjum: GILMERA Sp. z o.o i UAB Gilmera zaś w Postępowaniu złożył dwa Wykazy osób, które nie potwierdzają że Konsorcjum: GILMERA Sp. z o.o i UAB Gilmera spełnia opisany wyżej warunek udziału w Postępowaniu.

W pierwotnym Wykazie osób Konsorcjum: GILMERA Sp. z o.o i UAB Gilmera wskazał p. K.A.. W kolumnie opi posiadanych kwalifikacji i doświadczenia Konsorcjum: GILMERA Sp. z o.o i UAB Gilmera nie powołał żadnych inwestycj realizowanych przez p. K.A.. W związku z powyższym, Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia poprawnego wykazu osób. W odpowiedzi Konsorcjum: GILMERA Sp. z o.o i UAB Gilmera złożył kolejny Wykaz osób, w którym to wykazi powołał nową osobę – tj. p. M.S.. W złożonym kolejnym Wykazie osób wskazano na pełnienie funkcji kierownika robót drogowych na przebudowach, a nie na budowach, jak to wymagał Zamawiający. Inwestycje, które powołała Konsorcjum: GILMERA Sp. z o.o i UAB Gilmera to przebudowy, a Zamawiający zaś wymagał legitymowania się doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy inwestycji obejmującej budowę, a nie przebudowę (Rozdział V, ust. 2 ppkt 4b) SWZ).

W związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2024 r. (sygn. akt KIO 3080/24), Zamawiający unieważnił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzył czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Wykonawcy: GILMERA Sp. z o.o (Lider Konsorcjum), UAB "Gilmera" (członek konsorcjum).

Zgodnie z art. 128 ust. 1 i 2 ustawy p.z.p., Zamawiający wezwał wykonawcę, do poprawienia lub uzupełnienia dokumentów aktualnych na dzień złożenia: wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za 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. Zamawiający podczas badania ofert stwierdził w dokumentach ofertowych wykonawcy, że wyżej wskazany dokument był złożony zgodnie z rozdziałem VI ust. 2 SWZ, jednak w związku z ujawnionymi w toku postępowania odwoławczego okolicznościami tj.: informacji, iż Powiat Sejneński nie zawierał umowy na przebudowę nawierzchni drogi dla pieszych na ul. Łąkowej w Sejnach z wykonawcą Zakładem Usług Budowalnych Pat-Bud P.N. i oświadczenia ww. wykonawcy, że nie realizował umowy na rzecz Powiatu Sejneńskiego (dowody w postaci oświadczenia p. P.N. z 9 września 2024 r. i informacji od Powiatu Sejneńskiego z 10 września 2024 r.), z w/w dokumentu nie wynika, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale V ust. 2 pkt. 4 ppkt b) SWZ.

W odpowiedzi wykonawca Konsorcjum: GILMERA Sp. z o.o i UAB Gilmera złożył w dniu 15.10.2024 r. Wykaz osób, w

którym to wykazie wskazał ponownie osobę – p. M.S.. W złożonym Wykazie osób wskazano na pełnienie funkcji kierownika robót drogowych na przebudowach, a nie na budowach, jak to wymagał w SWZ Zamawiający. Inwestycje, które wskazało Konsorcjum: GILMERA Sp. z o.o i UAB Gilmera to przebudowy, a Zamawiający zaś wymagał legitymowania się doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy inwestycji obejmującej budowę, a nie przebudowę (Rozdział V, ust. 2 ppkt 4b) SWZ).

Budowa i przebudowa to różnego rodzaju przedsięwzięcia i nie ma między nimi znaku równości. Pojęcia "przebudowa" i "budowa", zgodnie z definicjami zawartymi w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane odnoszą się do dwóch odrębnych kategorii prac budowlanych różniących się charakterem oraz stopniem skomplikowania (art. 3 ust 7a i art. 3 ust. 6 Prawa budowlanego).

Na powyższe wielokrotnie zwracała uwagę także Krajowa Izba Odwoławcza, m.in. w wyroku z dnia 19 czerwca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 722/09, wyroku z dnia 24 lutego 2017 r., sygn. akt: KIO 296/17, wyroku z dnia 6 listopada 2013 r., sygn. akt: KIO 2492/13, wyroku z dnia 10 lipca 2023 r., sygn. akt: KIO 1817/23, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 czerwca 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 479 /08.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej konsekwentnie wyraźnie wskazuje się na rozróżnienie pojęć: „budowa" i „przebudowa". Przykładowo w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 757/16, wskazano że:

Pod pojęciem "budowa" (art. 3 pkt 6 Prawa budowlanego) należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę i nadbudowę obiektu budowlanego. Można zatem stwierdzić, że w wyniku budowy powstaje zawsze nowa substancja budowlana - obiekt budowlany lub jego część. Do 11 lipca 2003 r. w skład definicji pojęcia "budowa" wchodziła również przebudowa. Ustawodawca uznał jednak, że w przypadku przebudowy nie mamy do czynienia z powstaniem nowej substancji budowlanej, a ze zmianą już istniejącej i to w taki sposób, że nie zmieniają się jej rozmiary. Przebudowa jest zatem inną formą robót budowlanych niż budowa (odbudowa, rozbudowa i nadbudowa). Przebudową (art. 3 pkt 7a powołanej ustawy) jest wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, szerokość bądź liczba kondygnacji. Zmiana któregokolwiek z tych parametrów oznaczać będzie, że nie mamy wówczas do czynienia z przebudową a rozbudową lub nadbudową obiektu budowlanego (R. Dowodów, P. Z., Prawo budowlane. Komentarz, ABC, 2006).

Definicje obu pojęć zawarte w Prawie polskim nie dają możliwości traktowania obu pojęć zamiennie. Jeśli Zamawiający chciał aby osoba pełniąca funkcje kierownika robót drogowych miała doświadczenie w zakresie budów to niemożliwe jest uznanie za wystarczające doświadczenia przy przebudowach.

Skoro Konsorcjum: GILMERA Sp. z o.o i UAB Gilmera w Wykazie osób wskazała p. M.S., który pełnił funkcję kierownik robót drogowych na dwóch przebudowach, a nie na dwóch budowach, to Wykonawca ten nie wykazał że spełnia warunek udziału w Postępowaniu w zakresie dysponowania osobą legitymującą się odpowiednim doświadczeniem, tj. warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V, ust. 2 ppkt 4b) SWZ.

Zamawiający zwraca uwagę, że dopuszczał legitymowanie się przez Wykonawcę doświadczeniem nie tylko na budowie, ale też na przebudowie i modernizacji, ale dotyczyło to innego warunku udziału w Postępowaniu, tj. warunku udziału, o którym mowa w Rozdziale V, ust. 2 ppkt 4a) SWZ.

Izba stwierdziła:

Izba, wyjaśnia i podkreśla na wstępie, że w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny czynności podjętej przez Zamawiającego
w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i określone
w tej dokumentacji warunki udziału oraz wymagania określone przez zamawiającego (które sam zamawiający ukształtował w postępowaniu) co do treści i zakresu wymagających
w postępowaniu dokumentów. Odwołanie musi być rozpoznane w zakresie zarzutów odwołania, z odwołaniem do wymagań ukształtowanych w dokumentacji zamówienia przez zamawiającego i złożonej przez wykonawcę w postępowaniu oferty oraz dokumentów jakie składał wykonawca na wezwanie zamawiającego. Jednocześnie, co Izba podkreśla w tym miejscu odwołanie musi być rozpoznane z poszanowaniem przepisów prawa oraz zasad Prawa zamówień publicznych. W ramach rozpoznawanego odwołania Izba nie może konwalidować błędnych czynności zamawiającego oraz dokonywać oceny czynności jakie nie mieszczą się w ramach przepisów ustawy. Tylko taka podstawa rozpoznania zarzutów odwołania stanowi dla wykonawców biorących udział w postępowaniu gwarancję realizacji zasad prawa zamówień publicznych, do przestrzegania których obowiązany jest zamawiający oraz umożliwi wydanie orzeczenia zgodnego z przepisami ustawy. Podnoszone każde naruszenie prawa powiązane są nierozerwalnie

z kanonem zamówień publicznych
tj. zasad na jakich prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia, a które
to zasady stanowią sowite gwarancje dla każdego wykonawcy biorącego udział
w postępowaniu. Każdy przepis ustawy Prawo zamówień publicznych powinien być interpretowany - a działanie i zaniechanie zamawiającego oceniane - przez pryzmat kluczowej zasady wskazanej w art. 16 ustawy czyli uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców, przejrzystości, jawności, proporcjonalności są również sposobami realizacji zasady uczciwej konkurencji.

Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 31 października 2024 roku oraz nakazała unieważnienie czynności z dnia 9 października 2024 roku.

Kluczem do rozpoznania tej sprawy jest prawidłowe ustalenie stanu faktycznego, który został powyżej wskazany przez Izbę. Izba podkreśla w tym miejscu, że zgodnie z czynnościami jakie prowadził zamawiający w ramach przedmiotowego zamówienia odwołujący został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowy w dniu 5 lipca br. oraz przedstawił na to wezwanie dokument Wykaz osób (wskazano Panią K.A.), który nie zawierał informacji wymaganych w ramach warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający pismem z dnia 16 lipca br. wezwał do uzupełnienia informacji, a w efekcie wykonawca przedstawił „nowy" Wykaz osób, gdzie wskazał inną osobę (Pan M.S.) oraz podał informacje na temat doświadczenia tej osoby. Taki stan rzeczy znajduje również odzwierciedlenie w wyroki Izby jaki został wydany pod sygn. akt KIO 3080/24.

Izba podkreśla, że dla skuteczności skierowania wezwania do wykonawcy kluczowe znaczenie ma treść tego wezwania oraz żądanie zamawiającego. Zamawiający jednoznacznie żądał w piśmie z dnia 16 lipca br. uzupełnienia przez wykonawcę informacji jakie pozwalałby na ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu (*W ramach uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, w wykazie osób, (…) – należy uzupełnić informację o posiadanym doświadczeniu proponowanej osoby w pełnieniu funkcji kierownika budowy na minimum 2 budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat".).* Faktem jest, że zamawiający powinien był podać podstawę prawną takiego wezwania do uzupełnienia informacji o doświadczeniu, niemniej dla skuteczności wezwania
do uzupełnienia znaczenie ma sam fakt wskazania, że zamawiający wzywa do uzupełnienia. Izba podkreśla, że wezwaniu do uzupełnienia dokumentów nie przeczy w żaden sposób wezwanie do wyjaśnienia przedstawionych dokumentów, które w tym samym piśmie skierował zamawiający do odwołującego. Izba nie bada w tym miejscu czy wyjaśnienia zostały złożone oraz jaki był ich zakres, bowiem nie tego dotyczy przedmiotowe odwołanie. W ocenie Izby wezwanie zamawiającego z dnia 16 lipca br. do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych informacji o posiadanym doświadczeniu proponowanej osoby
w pełnieniu funkcji kierowania budowy w żaden sposób nie ograniczało możliwości wykonawcy do złożenia „nowego" Wykazu osób i wskazania w tym wykazanie innej osoby,
niż pierwotnie podana na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Wymaga podkreślania, że wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych jest obowiązkiem zamawiającego, natomiast uprawnieniem wykonawcy jest uzupełnienie takich dokumentów, przy uwzględnieniu wszelkich konsekwencji.

Izba podkreśla w tym miejscu, że uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych
w zakresie Wykazu osób – mając na uwadze okoliczności tej sprawy – może nastąpić, zgodnie z przepisami ustawy znajdującymi swoje uzasadnienie w art. 128 ust. 1 oraz art. 16 ustawy, jednokrotnie. Izba podkreśla, że w Wykazie osób złożonym w odpowiedzi
na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych w zasadzie nie zostały przedstawione żadne informacje niezbędne do weryfikacji spełnienia warunku udziału
w postepowaniu, oraz podana została zupełnie inna osoba. Tym samym błędy jakie zawierał złożony przez odwołującego na wezwanie z art. 274 ust. 1 ustawy Wykaz osób kwalifikowały go do żądania uzupełnienia dokumentu, a treść wezwania była jednoznaczna
i odnosiła się do pełnego zakresu warunku udziału w postepowaniu - „*z dokumentu tego*
nie wynika, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w § rozdziale V pkt. 2 ppkt. 4b) SWZ i nie odpowiada w pełni zawartości rozdziału V pkt. 2 SWZ, gdyż brak jest informacji, że „proponowana osoba musi także posiadać doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na minimum 2 budowach z zakresu infrastruktury drogowej
w ciągu ostatnich 5 lat"."

Odwołujący uzupełniając w dniu 16 lipca Wykaz usług i wskazując inna osobę złożył „nowy" Wykaz usług, w miejsc wcześniejszego, a tym samym przedstawiający nowy zakres informacji. Z uwagi na zasadę jednokrotności wezwania do uzupełnia dokumentów podmiotowych, taki „nowy" wykaz osób musi być kompletny i prawidłowo wskazywać wszelkie okoliczności, aby można uznać go za skutecznie złożony dla oceny warunku. Taki „nowy" Wykaz osób nie korzysta już z

dobrodziejstwa możliwości jakiegokolwiek uzupełniania jakichkolwiek informacji, bowiem procedura ta w całości została już wyczerpana, a w jej ramach został właśnie przedstawiony ten „nowy" Wykaz osób.

Izba podkreśla, że w ramach zamówień publicznych, jeszcze w oparciu o poprzednio obowiązującą ustawę Prawo zamówień publicznych z 2004 roku (tak np.: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2015-01-27, KIO 72/15; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2019-07-05, KIO 1150/19 – wielokrotność wezwania stanowi naruszenie zasad; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2017-10-18, KIO 2073/17; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2020-09-03, KIC 1364/20; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2021-01-15, KIO 3373/20 -*Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów okręgowych instytucja uregulowana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp winna być przez zamawiających stosowana z zachowaniem zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, tj. jednokrotnego uprawnienia (jak i obowiązku) zamawiającego wystosowania do wykonawcy tego rodzaju wezwania oraz jednokrotnego uprawnienia wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, o którym mowa w ww. przepisie*.) zasadą była jednokrotność wezwania do uzupełnienia dokumentów dającą wykonawcy możliwość poprawienia złożonych dokumentów lub ich uzupełnienia. Obecnie obowiązujące przepisy ustawy w art. 128 ust. 1 ustawy w sposób jednoznaczny wskazuje na jednokrotność wezwania do uzupełnienia poprawienia lub złożenia takiego dokumentu w wyznaczonym terminie (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2021-09-29, KIO 2720/21 -*Za utrwalone, także w analogicznym stanie prawnym uprzednio obowiązującym uznać należy także stanowisko, że instytucja z art. 128 ust. 1 Pzp może być przez zamawiającego stosowana z zachowaniem zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, tj. jednokrotnego uprawnienia zamawiającego wystosowania do wykonawcy wezwania oraz uprawnienia wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, o którym mowa w przepisie. Wezwanie, o których mowa w art. 128 ust. 1 Pzp jest czynnością jednokrotną. Zasada ta wynika z konieczności zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasada ta oznacza jednak brak uprawnienia ponownego żądania wyjaśnień tej samej okoliczności w tym samym zakresie. Na tę okoliczność istotne jest ustalenie konkretnego stanu faktycznego co do treści czynności zamawiającego formułującego wezwanie kierowane do wykonawcy*.)

W Komentarzu do ustawy wydanym przez UZP czytamy:*Art. 128 ust. 1 Pzp przewiduje obowiązek dodatkowego wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia niezłożonych, niekompletnych lub zawierających błędy dokumentów lub oświadczeń. Celem przepisu jest ograniczenie sytuacji, w których prawidłowa merytorycznie oferta musi być odrzucona z powodu braków lub błędów w złożonych dokumentach. Art. 128 ust. 1 Pzp przenosi art. 56 ust. 3 dyrektywy klasycznej. Zgodnie z art. 56 ust. 3 dyrektywy klasycznej, jeżeli informacje lub dokumentacja, które mają zostać złożone przez wykonawców, są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające dyrektywę klasyczną stanowią inaczej – zażądać, aby dani wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali stosowne informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem że takie żądania zostaną złożone przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości.* Kluczowym i spójnym z orzecznictwem, zarówno w obliczu poprzednio obowiązujących przepisów jak i na kanwie obecnie obowiązującej ustawy, jest stanowisko UZP: *Wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń może być dokonywane tylko raz w stosunku do tego samego braku lub tego samego błędu dotyczącego określonego oświadczenia lub dokumentu. Wezwanie powinno przy tym precyzyjnie wskazywać powód wezwania, tj. konkretne braki lub uchybienia, jakich dopuścił się wykonawca, zakres koniecznych do przedłożenia oświadczeń lub dokumentów, a także określać termin, w jakim powinny być one uzupełnione.*

Izba w pełni podziela również pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2023-05-02, KIO 1086/23, zgodni z którym*: Wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w związku ze stwierdzeniem występowania innej - niż wskazana uprzednio - nieprawidłowości co do zasady należy uznać za dopuszczalne, o ile nie nastąpiło już uzupełnienie poprzez złożenie nowego (innego) dokumentu. Przyjęcie odmiennego stanowiska byłoby sprzeczne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 ustawy Pzp), gdyż stawiałoby w lepszej sytuacji tych wykonawców, w przypadku których wszystkie nieprawidłowości podmiotowych środków dowodowych zostały jednocześnie dostrzeżone i objęte jednym wezwaniem zamawiającego.*

Należy zwrócić uwagę, że przepisy ustawy Pzp nie ustanawiają konkretnych zasad stosowania przez zamawiających regulacji art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zasada jednokrotności wezwania kierowanego na tej podstawie prawnej została wypracowana w orzecznictwie. Oceny w zakresie możliwości skierowania do wykonawcy wezwania na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp należy dokonywać przy uwzględnieniu konkretnych okoliczności sprawy, kierując się ww. zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadą przejrzystości

Podkreślenia wymaga również stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego
w Warszawie z dnia 2021-07-05, sygn. akt XXIII Zs 62/21 zgodnie z którym: (…)
z dotychczasowego orzecznictwa wynikała możliwość wyłącznie jednokrotnego wzywania wykonawców do uzupełnienia dokumentu (zob. m.in. wyr. KIO z dnia 26 września 2016 r., KIO 1648/16, KIO 1660/16, w którym rozstrzygnięto, że "Wielokrotne wzywanie do uzupełnienia tego samego dokumentu spowodowałoby złamanie zasady równego traktowania wykonawców, a ponadto stanowiłoby złamanie zasady jednokrotności uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 PZP2004, a także wyrok KIO z dnia 15 marca 2016 r., KIO 296/16). Stanowisko dotyczące dopuszczalności jednokrotnego wezwania w trybie art. 26 PZP2004 jest też powszechnie podzielane w doktrynie (tak: M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2020, wyd. 12, komentarz do art. 26, nb. 24; J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2015, s. 162). Warto wskazać, że w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE procedura wielokrotnego wzywania wykonawców do uzupełnienia brakujących dokumentów, oświadczeń czy też pełnomocnictw (na podstawie art. 26 ust. 3 (...)) może być uznana za niezgodną z art. 51 dyrektywy (...). Wielokrotne wzywanie do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń wykracza poza ramy art. 51 dyrektywy (...), który dotyczy wezwania, a nie wzywania wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów lub złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów lub oświadczeń (zob. M. Sieradzka, Glosa do wyroku TSUE z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 Manova, Lex/el. 2014). Powyższe pozostaje aktualne na gruncie obecnie obowiązującej dyrektywy.

W ramach przedmiotowego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego
w wyniku wezwania wykonawcy w dniu 16 lipca 2024 roku nastąpiło uzupełnienie Wykazu osób przez złożenie nowego, innego dokumentu Wykazu osób, w którym została wskazana inna osoba niż pierwotnie podana na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz zostały podane informacje do jakich wykonawca był obowiązany.

Mając powyższe na uwadze, za nieuprawnione i niezgodne z obowiązującymi przepisami należy uznać wezwanie zamawiającego z dnia 9 października 2024 roku, które
w zasadzie w okolicznościach tej sprawy stanowi trzecie już wezwanie wykonawcy
w zakresie podmiotowych środków dowodowych, a drugie stanowiące wezwanie
do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego. Przy czym w zakresie pierwotnego wezwania do uzupełniania nastąpiło złożenie nowego, innego dokumentu. W ocenie Izby wezwanie z dnia 9 października 2004 roku było nieprawidłowe, tym samym ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu dokonana w oparciu o dokument przedstawiony przez odwołującego w dniu 15 października 2024 roku, bo tylko w oparciu o ten dokument mogła być dokonana ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez zamawiającego, również należy uznać za nieprawidłowe – nieprawidłowość ta polega nie na ocenie merytorycznej, lecz na tym, że poddany ocenie został dokumenty, który został złożony
w wyniku nieprawidłowego i nieuprawnionego wezwania z dnia 9 października 2024 roku. Zaznaczenia wymaga w tym miejscu, że ujawnienie określonych okoliczności w ramach prowadzonego wcześniej postępowania odwoławczego pod sygn. akt KIO 3080/24 (które nie były przedmiotem zaskarżenia) w żaden sposób nie kształtuje uprawnienia zamawiającego do kierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do uzupełnienia dokumentów. Ujawnienie danych informacji, jakie zamawiający w zakresie swoich następczych czynności uznaje
za zasadne, nie otwiera drogi do ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów. Izba podkreśla, że wykonawca odpowiadając na wezwanie zamawiającego wykonał nałożony na niego obowiązek. Natomiast ocena wygnania tego obowiązku musi prowadzić do wniosku, że dzieli on losy wezwania do złożenia dokumentów, bowiem stanowi działanie następcze
do wezwania.

Izba podkreśla, że w ramach postępowania odwoławczego nie może dokonywać oceny merytorycznej czynności zamawiającego objętej zarzutami w odniesieniu
do dokumentów, które w sposób niezgodny z ustawą oraz wbrew zasadom postępowania
o udzielnie zamówienia publicznego zostały złożone w postępowaniu w wyniku nieuprawnionego wezwania zamawiającego. Izba swoim orzeczeniem nie może konwalidować wadliwej czynności zamawiającego. Wymaga podkreślenia, że w trakcie rozprawy zamawiający nie był w stanie wyjaśnić dlaczego wezwał odwołującego ponownie, po uprzednim wezwaniu, do złożenia dokumentu (złożenia, poprawienia). W ocenie Izby działanie to było nieprawidłowe i nieuprawnione. Ze względu na wadliwość czynności zamawiającego (wezwanie z dnia 9 października 2024 roku) wszelkie czynności
i zaniechania zamawiającego objęte zarzutami odwołania, a oparte w konsekwencji
na czynnościach, które muszą podzielić los czynności pierwotnej, prowadzą do wniosku, zasadności podniesionych zarzutów w tym znaczeniu, że w wyniku ich podniesienia doszło do oceny czynności zamawiającego stanowiących ich podstawę, natomiast sama czynność oparta była na wadliwych uprzednich działaniach zamawiającego. W zakresie

zarzutu ewentualnego podniesionego przez odwołującego Izba stwierdza, że w obliczu powyższego oraz użeglownienia przez Izbę odwołania stwierdzić należy brak podstaw do rozpoznania zarzutu ewentualnego.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na zamawiającego i podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych.

Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą oraz konsekwencji prowadzić do naruszenia zasad postępowania o udzielnie zamówienia publicznego.

Koszty:

Izba uwzględniła odwołanie.

Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019 r., *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy
z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 oraz ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: ……