

WYROK

Warszawa, dnia 8 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: **Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2024 r. przez wykonawcę **Ekodrom Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Mirabelki 25, 16-300 Augustów** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Płaska, Płaska 53, 16-326 Płaska**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **GLIMERA Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, ul. Ludwika Zamenhofska 29/U3, 15-435 Białystok (Lider konsorcjum) i UAB GILMERA Pievu g.3, 62175 Alytus, Litwa (Członek konsorcjum)**

**orzeka:**

1. Uwzględnić zarzut nr 1 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 17 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz zarzut nr 3 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 117 ust. 4 w zw. z art. 117 ust. 3 w zw. z art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 i art. 17 ust. 2 oraz art. 16 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605).
2. Oddać odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciążyć wykonawcę **Ekodrom Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Mirabelki 25, 16-300 Augustów** w części ½ i zamawiającego **Gminę Płaska, Płaska 53, 16-326 Płaska** w części ½ i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Ekodrom Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Mirabelki 25, 16-300 Augustów** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę **Ekodrom Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Mirabelki 25, 16-300 Augustów** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
  - 3.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Płaska, Płaska 53, 16-326 Płaska** na rzecz wykonawcy **Ekodrom Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Mirabelki 25, 16-300 Augustów** kwotę **6 800 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy osiemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem ½ wpisu od odwołania oraz ½ wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt KIO 4686/24

**Uzasadnienie**

Gmina Płaska, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Budowę drogi gminnej w miejscowości Płaska, gmina Płaska” w ramach Rządowego Funduszu Rozwoju Dróg na 2024 rok.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 14 czerwca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00367225/01.

W dniu 10 grudnia 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Ekodrom Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Mirabelki, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

- 1) bezpodstawnym zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia GILMERA Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (Lider konsorcjum) i UAB GILMERA Pievu z siedzibą na Litwie (Członek konsorcjum), zwanych dalej „konsorcjum GILMERA”,
  - 2) bezpodstawnym wyborze oferty konsorcjum GILMERA w postępowaniu,
- zarzucając zamawiającemu naruszenie:
- 1) art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp

poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum GILMERA a w konsekwencji dokonanie bezpodstawnego wyboru oferty konsorcjum GILMERA jako najkorzystniejszej w postępowaniu, w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu, gdyż:

a) konsorcjum GILMERA nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania min. 1 osobą posiadającą uprawnienia kierownika budowy w specjalności drogowej, która posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na minimum 2 budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat, albowiem:

1. w pierwotnie złożonym przez konsorcjum GILMERA Wykazie osób, w którym wskazano pani Annę Krakos, nie zostały wskazane żadne informacje w zakresie doświadczenia pani Anny Krakos, które potwierdzałyby spełnienie warunku udziału w postępowaniu,

2. zaś inwestycje, które zostały wskazane w uzupełnionym na wezwanie Wykazie osób, w którym wskazano doświadczenie pana M.S., obejmowały pełnienie funkcji kierownika robót drogowych na dwóch przebudowach, a nie na dwóch budowach,

2) art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwaną dalej „uznk”, w zw. z art. 14 ust. 1 uznk poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum GILMERA, a w konsekwencji dokonanie bezpodstawnego wyboru oferty konsorcjum GILMERA jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, w sytuacji gdy oferta konsorcjum GILMERA powinna podlegać odrzuceniu, gdyż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na nieprawdziwe i wprowadzające w błąd informacje w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia konsorcjum GILMERA, albowiem inwestycja wymieniona w pkt 1 złożonego przez konsorcjum GILMERA Wykazu robót budowlanych (tj. Przebudowa ulicy Saules w mieście Olita) nie obejmowała wykonania poboczy, a zatem załączone do oferty oświadczenie konsorcjum GILMERA o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu pozostawało niezgodne ze stanem rzeczywistym,

a dodatkowo, w przypadku nieuwzględnienia ww. zarzutów, odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

3) art. 117 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp art. 17 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum GILMERA do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, z którego wynikać będzie że UAB Gilmera wykona przedmiot zamówienia w postępowaniu w zakresie odpowiadającym warunkowi udziału w postępowaniu określonym w Rozdziale V, ust. 2 ppkt 4a) SWZ, w sytuacji gdy złożone przez konsorcjum GILMERA referencje wskazują, że inwestycje wymienione w Wykazie robót budowlanych były realizowane wyłącznie przez UAB Gilmera,

4) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp, art. 17 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum GILMERA do uzupełnienia Wykazu robót budowlanych, który potwierdziłby spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, w sytuacji gdy ze złożonego Wykazu robót budowlanych nie wynika, aby inwestycja przywołana w pkt 2 Wykazu robót budowlanych (tj. kapitałny remont drogi lokalnej nr AL7007 ul. Sodininką, wieś Meduksta, star Punia, rejon olicki) obejmowała także wykonanie poboczy,

Odwołujący wniósł o:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum GILMERA w postępowaniu,

2) dokonanie powtórnego badania i oceny ofert i:

a. odrzucenie oferty konsorcjum GILMERA,

b. dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,

ewentualnie:

3) unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum GILMERA w postępowaniu,

4) wezwanie konsorcjum GILMERA do:

a. złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp,

b. uzupełnienia Wykazu robót budowlanych w sposób potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, o którym mowa w Rozdziale V, ust. 2 pkt 4a) SWZ.

Odwołujący podał w odwołaniu uzasadnienie do podniesionych zarzutów, przywołując pisma składane w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający kopię odwołania przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 10 grudnia 2024 r. za pośrednictwem platformy <https://ezamowienia.gov.pl>.

W dniu 11 grudnia 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia GILMERA Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (Lider konsorcjum) i UAB GILMERA Pievu z siedzibą na Litwie (Członkowie konsorcjum) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W dniu 3 stycznia 2025 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum GILMERA złożyło wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów, tj. zdjęcia z ulicy "Sules" i wykaz robót wraz z referencjami – celem wykazania faktów: spełnienia przez przystępującego warunków udziału zgodnie z brzmieniem treści specyfikacji warunków zamówienia.

Odwołujący w dniu 3 stycznia 2025 r. w trakcie rozprawy złożył pismo procesowe w sprawie, w którym m.in. przywołał dodatkowe wyroki Krajowej Izby Odwoławczej.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Czynność stanowiąca podstawę do wniesienia odwołania to czynność zamawiającego z dnia 5 grudnia 2024 r. Czynnością tą zamawiający dokonał po raz pierwszy wyboru oferty konsorcjum GILMERA jako najkorzystniejszej. Żadna z wcześniejszych czynności nie dokonywała wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, przeciwnie w ich wyniku (dwóch wcześniejszych czynności) oferta konsorcjum GILMERA podlegała odrzuceniu. I to czynność odrzucenia oferty konsorcjum GILMERA była dotychczas kwestionowana i tylko w ściśle określonym zakresie (zakresie objętym tamtymi zarzutami) odwołanie byłoby wniesione po terminie. W tym stanie faktycznym tak nie jest. Także czynność oceny oferty konsorcjum GILMERA w zakresie dotyczącym spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotycząca zdolności technicznej i zawodowej (osoby skierowanej do realizacji zamówienia publicznego) nie była wcześniej oceniana w sposób wskazany przez Izbę w wyroku z dnia 26 października 2024 r., sygn. akt KIO 4108/24. Pozostałe z zarzutów nie były dotychczas podnoszone.

Dlatego też Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia tego odwołania.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia GILMERA Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (Lider konsorcjum) i UAB GILMERA Pievu z siedzibą na Litwie (Członkowie konsorcjum), zwanego dalej „konsorcjum GILMERA”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 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 dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia 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 dopuściła zawnioskowane przez odwołującego i złożone w załączeniu do odwołania dowody, tj.: fotografię miejsca realizacji inwestycji wskazanej w punkcie 1 Wykazu robót budowlanych.

Izba dopuściła zawnioskowane przez konsorcjum GILMERA i złożone w załączeniu do odwołania dowody, tj.: zdjęcia z ulicy "Sules" i wykaz robót wraz z referencjami.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez strony oraz przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie.

Izba z uwagi na treść art. 554 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie może wyłącznie „jeżeli umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie stwierdzić naruszenie przepisów ustawy”. Taka sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie. Umowa została bowiem zawarta wskutek przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia objętego tym odwołaniem i podpisana w okolicznościach dopuszczonych ustawą. Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 13 grudnia 2024 r., sygn. akt KIO/W 41/24 uchyliła bowiem zakaz zawarcia umowy. Tak więc zawarcie umowy nastąpiło na podstawie zgody na zawarcie umowy przed rozpoznaniem odwołania.

Podkreślić przy tym należy, że w takiej sytuacji a więc nawet w przypadku stwierdzenia naruszenia przez

zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a więc tak jak ma to miejsce w tym stanie faktycznym, przepisy ustawy nie przewidują żadnych konsekwencji dla zamawiającego. Co więcej nie wskazują także żadnych uprawnień wykonawcy w tym zakresie. Takie stanowisko prezentowane jest zarówno w jednolitym orzecznictwie Izby, jak również wynika z piśmiennictwa dotyczącego tej właśnie kwestii.

**Zarzut naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum GILMERA, a w konsekwencji dokonanie bezpodstawnego wyboru oferty konsorcjum GILMERA jako najkorzystniejszej w postępowaniu, w sytuacji gdy oferta konsorcjum GILMERA powinna podlegać odrzuceniu (zarzut 1 odwołania) potwierdził się.**

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Rozdziale V SWZ Podstawy wykluczenia oraz warunki udziału w postępowaniu, ust. 2 pkt 4b podał, że „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące: (...)

4) Zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykaże:

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

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

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

Kierownik budowy powinien posiadać uprawnienia budowlane zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz rozporządzeniem Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

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

Na potwierdzenie powyższego – zgodnie z Rozdziałem VI SWZ Informacja o podmiotowych środkach dowodowych oraz innych dokumentach lub oświadczeniach – „Wykonawca składający ofertę zobowiązany jest złożyć:

1. Oświadczenie wstępne, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp.

1) Wykonawca do oferty dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu – wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ, potwierdzające brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu, odpowiednio na dzień składania ofert.

2) (...)

3) W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców, przedmiotowe oświadczenie składa każdy z Wykonawców. Oświadczenie te potwierdza brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim każdy z Wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

2. Podmiotowe środki dowodowe – składane na wezwanie Zamawiającego.

Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

1) Wykaz dokumentów i oświadczeń, które Wykonawca składa w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu: (...)

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.”

Zamawiający pismem z dnia 5 lipca 2024 r. wezwał konsorcjum GILMERA do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W odpowiedzi na powyższe pismo wykonawca złożył wykaz osób, wskazując panią Annę Krakos jako osobę posiadającą doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na minimum 2 budowach z zakresu infrastruktury

drogowej w ciągu ostatnich 5 lat.

Zamawiający pismem z dnia 16 lipca 2024 r. wezwał konsorcjum GILMERA do 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 wskazał, że „Dokument był złożony zgodnie z rozdziałem V pkt. 2 SWZ, jednak 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”. 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 konsorcjum GILMERA złożyło „WYKAZ OSÓB, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia”, w którym na kierownika robót drogowych do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej wskazało M.S., który:

„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”.

W dniu 20 sierpnia 2024 r. zamawiający poinformował konsorcjum GILMERA o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, w uzasadnieniu odrzucenia wskazując m.in., że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż „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 posiadanych 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 dysponowanie doświadczeniem już nabytym, a nie nabywanym w trakcie składania i rozpatrywania oferty.”

W dniu 23 sierpnia 2024 r. konsorcjum GILMERA wniosło odwołanie od powyższych czynności.

W dniu 23 września 2024 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 3080/24, u nieważniając m.in. czynność odrzucenia oferty konsorcjum GILMERA i nakazując powtórzenie czynności oceny i badania ofert.

Zamawiający pismem z dnia 9 października 2024 r. wezwał wykonawcę GILMERA, działając na podstawie art. 128 ust. 1 i 2 ustawy Pzp „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”, wskazując że „podczas badania ofert stwierdził w dokumentach ofertowych wykonawcy, 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. 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 ww dokumentu nie wynika, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale V ust. 2 pkt. 4 ppkt b) SWZ.”.

Konsorcjum GILMERA w dniu 15 października 2024 r. złożyło zamawiającemu „WYKAZ OSÓB, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia”, w którym na kierownika robót drogowych do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej wskazało M.S., który „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: Mega Kop E.J. ul. Leśna 16-400 Suwałki”.

W dniu 31 października 2024 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty - oferty wykonawcy EKODROM Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty konsorcjum GILMERA, wskazując że oferta tego wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp, tj. „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 pierwotnym Wykazie osób Konsorcjum: GILMERA Sp. z o.o i UAB Gilmera wskazał p. Katarzynę Annę Krakos. W kolumnie opis posiadanych kwalifikacji i doświadczenia Konsorcjum: GILMERA Sp. z o.o i UAB Gilmera nie powołał żadnych inwestycji realizowanych przez p. Katarzynę Annę Krakos. 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 wykaz 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 Budowlanych 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 ww 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). (...)”.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 26 października 2024 r. w sprawie o sygn. akt KIO 4108/24 uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu „unieważnienie czynności zamawiającego z dnia 31 października 2024 roku tj. ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej” oraz nakazała „unieważnienie czynności z dnia 9 października 2024 roku tj. Wezwania do złożenia, poprawienia, uzupełnienia lub wyjaśnienia JEDZ [art. 128 p.z.p.]” oraz „powtórzenie czynności badania i oceny ofert”.

Zamawiający pismem z dnia 5 grudnia 2024 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty konsorcjum GILMERA jako najkorzystniejszej, wskazując że „wybrany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie zachodzi wobec niego podstawa do wykluczenia z udziału w postępowaniu.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez

wykonawcę: (...) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub 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”.

Oznacza to, że zamawiający jeżeli określi warunki udziału w postępowaniu to musi zweryfikować ich spełnianie przez wykonawcę w oparciu o oświadczenie z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, a także w oparciu o podmiotowe środki dowodowe wyszczególnione w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 128 ust. 6 ustawy Pzp.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że zamawiający określił w treści SWZ warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej wskazując że celem jego wykazania wykonawca zobowiązany jest dysponować osobą skierowaną do realizacji zamówienia, która posiada m.in. określone doświadczenie, tj. „doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na minimum 2 budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat.”.

Na potwierdzenie tego warunku wykonawca (konsorcjum GILMERA) złożyło dwukrotnie „WYKAZ OSÓB, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia”.

Z treści pierwszego nie wynikało aby wskazana w nim osoba, tj. A.K. posiadała doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na minimum 2 budowach z zakresu infrastruktury drogowej w ciągu ostatnich 5 lat. Doświadczenie tej osoby nie zostało w ogóle podane. Wobec powyższego wykonawca, zresztą prawidłowo został wezwany do złożenia wyjaśnień – uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych „o informacje 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 złożył nowy wykaz, w którym wskazał nową osobę (M.S.), która miała spełniać postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej.

Niemniej jednak - jak wynika z akt sprawy – zamawiający uznał, że wskazana osoba takiego doświadczenia nie posiada. Odrzucił wówczas ofertę tego wykonawcy, uznając że „Warunek ten nie został spełniony, gdyż przedstawione jako potwierdzenie doświadczenia inwestycje, nie były zakończone w dniu składania oferty”. Ta czynność zamawiającego została zakwestionowana. Krajowa Izba Odwoławcza uznała bowiem, że zamawiający „W treści warunku dotyczącego doświadczenia proponowanej przez wykonawcę osoby Zamawiający nie sprecyzował, że wymaga doświadczenia nabytego w kontraktach zakończonych” (wyrok z dnia 23 września 2024 r., sygn. akt KIO 3080/24). Tym samym nakazała: unieważnienie czynności odrzucenia oferty konsorcjum oraz ponowne badanie i ocenę ofert. W konsekwencji powyższego zamawiający unieważnił czynność badania i oceny ofert oraz kolejny raz wezwał wykonawcę (konsorcjum GILMERA), działając na podstawie art. 128 ust. 1 i 2 ustawy Pzp do poprawienia lub uzupełnienia dokumentów aktualnych na dzień złożenia: wykaz osób (...),” gdyż – jak podał - „stwierdził w dokumentach ofertowych wykonawcy, 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. 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 ww. dokumentu nie wynika, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale V ust. 2 pkt. 4 ppkt b) SWZ.”.

Konsorcjum GILMERA złożyło kolejny wykaz, w punkcie 2 którego w zakresie dotyczącym doświadczenia M.S. wskazało, że wykonawcą drugiej z usług referencyjnych był wykonawca „Mega Kop E.J. ul. Leśna 16-400 Suwałki. To uzupełnienie było konsekwencją nieprawidłowego a więc kolejnego wezwania do uzupełnienia dokumentów. Tak bowiem orzekła Izba w wyroku z dnia 26 października 2024 r. w sprawie o sygn. akt KIO 4108/24, nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania do uzupełnienia wykazu i nakazała ponowne badanie i ocenę ofert w oparciu wyłącznie o dokumenty złożone przed wadliwym wezwaniem a więc w oparciu o wykaz osób złożony na wezwanie z dnia 16 lipca 2024 r. Izba – wbrew twierdzeniom konsorcjum GILMERA - nigdzie nie stwierdziła, iż konsorcjum GILMERA wykazało doświadczenie wskazanej w wykazie osoby, tj. M.S. a jedynie wskazała, że kolejne wezwanie a tym samym i uzupełnienie było nieprawidłowe i w oparciu o te uzupełnione dokumenty doświadczenie wykonawcy (konsorcjum GILMERA) nie powinno być oceniane.

Tak więc z wykazu osób złożonego na wezwanie z dnia 16 lipca 2024 r. wynikało – na co wskazał już sam zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty konsorcjum GILMERA z dnia 31 października 2024 r. – że druga ze wskazanych usług referencyjnych zawiera informację, która nie potwierdza spełnienia warunku doświadczenia, gdyż – jak ustalił zamawiający a na co wówczas wskazał - usługa ta nie była realizowana przez podmiot (wykonawcę), który został w nim wskazany (poz. 2 wykazu osób). Co więcej obie referencyjne wskazują na doświadczenie wyspecyfikowanej w wykazie osoby w pełnieniu funkcji kierownika budowy w zakresie „Przebudowy chodników przy ul. Nowodworskiej i Szkolnej w Lipsku” i „Przebudowy nawierzchni drogi dla pieszych na ul. Łąkowej w Sejnach”, dotyczyły więc przebudowy a nie budowy, której wymagał zamawiający w SWZ.

Pojęcie "przebudowa" i "budowa" – jak słusznie wskazał odwołujący, ale i zamawiający w piśmie z dnia 31 października 2024 r. - 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). Stanowią więc zupełnie inne przedsięwzięcia budowlane a okoliczność, że w treści SWZ nie zdefiniowano pojęcia budowa nie oznacza, że możliwe jest odwoływanie się do bliżej nieokreślonej definicji budowy. Jak wynika bowiem z orzecznictwa Izby „pojęcia z zakresu prawa budowlanego, które nie zostały w danej specyfikacji zdefiniowane odmiennie, należy stosować w sposób wskazany w ustawie z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2021 r., sygn. akt KIO 512/21). Skoro więc zamawiający wymagał dysponowania osobą, która legitymuje się doświadczeniem jako kierownik budowy na dwóch budowach z zakresu infrastruktury drogowej to wykonawcach powinien był wykazać doświadczenie wskazanej w wykazie osoby na budowie a nie na przebudowie. Wykazanie doświadczenia w przebudowie zamiast w budowie oznacza, że zarzut odwołującego potwierdził się.

#### **Zarzuty naruszenia:**

- 1.art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GILMERA, a w konsekwencji dokonanie bezpodstawnego wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej w postępowaniu, w sytuacji gdy oferta wykonawcy GILMERA powinna podlegać odrzuceniu, gdyż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na nieprawdziwe i wprowadzające w błąd informacje w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia wykonawcy GILMERA albowiem inwestycja wymieniona w pkt 1 złożonego przez wykonawcę GILMERA/ Wykazu robót budowlanych (tj. Przebudowa ulicy Saules w mieście Olita) nie obejmowała wykonania poboczy, a zatem załączone do oferty oświadczenie wykonawcy GILMERA o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu pozostawało niezgodne ze stanem rzeczywistym (zarzut 2 odwołania),
- 2.art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp, art. 17 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum GILMERA do uzupełnienia Wykazu robót budowlanych, który potwierdziłby spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, w sytuacji gdy ze złożonego Wykazu robót budowlanych nie wynika, aby inwestycja przywołana w pkt 2 Wykazu robót budowlanych (tj. kapitałny remont drogi lokalnej nr AL7007 ul. Sodininką, wieś Meduksta, star Punia, rejon olicki) obejmowała także wykonanie poboczy (zarzut 4 odwołania),

#### **nie potwierdziły się.**

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Rozdziale V SWZ Podstawy wykluczenia oraz warunki udziału w postępowaniu ust. 2, pkt 4 a podał, że „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące: (...)

#### **4) Zdolności technicznej lub zawodowej:**

Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykaże:

a) wykonanie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, w sposób należyty co najmniej dwóch zadań polegających na budowie, przebudowie lub modernizacji drogi w zakresie wykonania nawierzchni asfaltowych wraz z pobocznymi.

W przypadku gdy Wykonawca realizował zamówienie, jako jeden z grupy Wykonawców (konsorcjum) może powoływać się tylko na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, w których wykonaniu Wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył.”.

Na potwierdzenie powyższego wykonawca – zgodnie z Rozdziałem VI SWZ Informacja o podmiotowych środkach dowodowych oraz innych dokumentach lub oświadczeniach – „zobowiązany jest złożyć:

1. Oświadczenie wstępne, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp.

2.Podmiotowe środki dowodowe – składane na wezwanie Zamawiającego.

Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

1)Wykaz dokumentów i oświadczeń, które Wykonawca składa w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu: (...)

b) wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane – wzór wykazu stanowi załącznik nr 3 do SWZ, 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,

(Uwaga: jeżeli Wykonawca powołuje się doświadczenie w realizacji robót budowlanych wykonywanych wspólnie z innymi Wykonawcami wykaz powinien dotyczyć robót budowlanych, w których wykonaniu Wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył).”

Zamawiający pismem z dnia 5 lipca 2024 r. wezwał konsorcjum GILMERA do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W odpowiedzi na powyższe pismo konsorcjum GILMERA złożyło Wykaz robót budowlanych, w którym wyspecyfikowano dwie roboty, tj. Przebudowę ulicy Saules w mieście Olita oraz Kapitałny remont drogi lokalnej nr AL7007 ul. Sodininku, wieś Meduksta, star. Punia, rejon olick, załączając do niego „Zaświadczenie o pomyślnym zrealizowaniu umowy” dotyczące Przebudowy ulicy Saules w mieście Olita, Protokół zdawczo-odbiorczy z dnia 21 czerwca 2021 r., „Zaświadczenie o pomyślnym zrealizowaniu umowy” dotyczące kapitałnego remontu drogi lokalnej nr AL7007 ul. Sodininku, wieś Meduksta, star. Punia, rejon olick.

Odwolujący zakwestionował roboty wyspecyfikowane w pozycji 1 i 2 wykazu, podnosząc że wskazane inwestycje nie obejmowały wykonania poboczy.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

Z kolei „czynem nieuczciwej konkurencji – zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwanej dalej „uznk” - jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”. Tak więc aby określone zachowanie wykonawcy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy znk, konieczne jest łączne spełnienie następujących przesłanek:

- 1) działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą,
- 2) działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami,
- 3) doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

Natomiast art. 14 uznk stanowi, że:

„1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

2. Wiadomościami, o których mowa w ust. 1, są nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje, w szczególności o: (...) 4) sytuacji gospodarczej lub prawnej”.

Celem art. 14 uznk jest ochrona zarówno klientów, których interes ekonomiczny może ucierpieć w skutek otrzymania „nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie”. Czynu tego dopuszcza się każdy, kto o cudzym przedsiębiorstwie, jego właścicielu, jego towarach lub świadczeniach podaje wiadomości nieprawdziwe, a mogące szkodzić przedsiębiorstwie. Rozpowszechnianie wiadomości nieprawdziwych lub mylących będzie zazwyczaj działaniem celowym, podjętym z zamiarem wyrządzenia innemu uczestnikowi rynku bądź dla przysporzenia sobie korzyści bądź do wyrządzenia innemu szkody. Wiadomością, które mogą naruszyć zasady uczciwej konkurencji to nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje o przedsiębiorstwie dotyczące świadczonych usług. Są to np. informacje o świadczonych usługach do kategorii tej należą także nieprawdziwe oferty; nieprawdziwe informacje o lub wprowadzające w błąd informacje o sytuacji prawnej lub gospodarczej przedsiębiorstwa. (E. Nowińska, Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Warszawa 2007)

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że konsorcjum GILMERA na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu złożyło wykaz, w którym wyspecyfikowało – zgodnie z żądaniem - dwie roboty budowlane. Roboty te wykonywane były przez UAB Gilmera z siedzibą na Litwie.

Istotnie w treści złożonego dokumentu, opisując zakres robót wprost nie wskazano (w odniesieniu do każdej z referencyjnych robót), że obejmowały one wykonanie poboczy. Niemnie jednak – jak słusznie wskazał przystępujący „Przebudowa ulicy Saules w mieście Olita” - odwołując się do „opisu zakresu rzeczowego, rodzaju robót itp.” oraz protokołu zdawczo – odbiorczego z dnia 28 czerwca 2021 r. „wykonawca przekazuje Zleceniodawcy roboty związane z przebudową (budową) ulicy Saules w Olicie zgodnie z przygotowanym projektem technicznym”. Robota ta obejmowała więc „przebudowę (budowę)” wskazanej drogi o szeroko opisanym w wykazie zakresie prac. Okoliczność, że wprost nie wskazano w nim wykonania poboczy nie oznacza jednak, że nie były one wykonane.

Podobnie należy ocenić drugą ze wskazanych robót. W odniesieniu do niej w treści wykazu także wskazano szeroki zakres rzeczowy wykonywanych prac.

To odwołujący, stawiając te zarzuty powinien był wykazać w sposób nie budzący wątpliwości, że pobocza nie były wykonywane. Tego jednak nie uczynił.

Pobocze to przecież część drogi usytuowana przy jezdni, która może być przeznaczona zarówno do ruchu pieszych lub niektórych pojazdów, postoju pojazdów, jazdy wierzchem lub pędzenia zwierząt. Co istotne wyróżnia się pobocza (stanowiące części pobocza drogowego) gruntowe a więc nieutwardzone i utwardzone. Pobocze gruntowe to obrzeże utwardzonego pobocza, umieszcza się na nim znaki drogowe oraz urządzenia bezpieczeństwa ruchu. To jedynie pobocze utwardzone (np. asfaltowe, betonowe) posiada nawierzchnię o nośności wystarczającej do postoju lub ruchu pojazdów, zatem dodatkowo usprawnia ruch drogowy (korzystając z niego, pojazd wolnobieżny może ułatwić wyprzedzanie). Pobocze oraz urządzenia drogi na poboczu projektuje się w taki sposób, aby uwzględnić funkcje, jakie mają pełnić nie oznacza to jednak, że muszą one być asfaltowe czy też betonowe. Co więcej także chodnik stanowi utwardzony pas terenu służący do poruszania się pieszych i jest fragmentem pobocza drogi. W kontekście powyższego, uwzględniając także obydwie fotografie w odniesieniu do zarzutu nr 3 Izba uznała, a obydwie zarzuty odwołującego nie potwierdziły się.

Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw do wzywania tego wykonawcy (konsorcjum GILMERA) do uzupełnienia Wykazu robót budowlanych, który potwierdziłby spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.

W kontekście powyższego i zarzutu naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku z dnia 19 czerwca 2024 r. w sprawie sygn. akt KIO 1205/24 i KIO 1211/24, tj. „(...) Podnoszenie zarzutu naruszenia na wstępie akapitu podanych podstaw prawnych stanowi swoiste obejście przepisów ustawy odnoszących się do wykluczenia wykonawcy, a nie przewidzianych przez Zamawiającego. (...) odwołanie do przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy przy elementach oceny spełnienia warunku niweczyłoby tą ustawową możliwość i prowadziło do powstania dwóch odrębnych trybów oceny tego samego stanu faktycznego. (...) Izba ma świadomość odrębnych rozstrzygnięci w innych orzeczeniach uwzględniających takie stanowiska odwołujących jak puentowane przez Odwołującego w tej sprawie, przy czym Izba zaznacza, że w znanych Izbie orzeczeniach w żaden sposób nie zostało wyjaśnione ujęcie jednego stanu faktycznego w obliczu różnych podstaw prawnych (...)”. Tym samym Izba uznała, że i ten zarzut nie potwierdził się.

**Zarzut naruszenia art. 117 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp, art. 17 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum GILMERA do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, z którego wynikać będzie że UAB Gilmera wykona przedmiot zamówienia w postępowaniu w zakresie odpowiadającym warunkowi udziału w postępowaniu określonemu w Rozdziale V, ust. 2 ppkt 4a) SWZ, w sytuacji gdy złożone przez Gilmera referencje wskazują, że inwestycje wymienione w Wykazie robót budowlanych były realizowane wyłącznie przez UAB Gilmera (zarzut 3 odwołania) potwierdził się.**

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W postępowaniu ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia GILMERA Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (Lider konsorcjum) i UAB GILMERA Pievu z siedzibą na Litwie (Członek konsorcjum).

Wykonawcy na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V, ust. 2 ppkt 4a) SWZ złożyli Wykaz robót budowlanych, w którym wyspecyfikowali dwie roboty wykonane przez UAB Gilmera z siedzibą na Litwie.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 117 ust. 1-4 ustawy Pzp stanowi, że:

„2. Warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.

3. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

4. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.”.

Z treści tego przepisu wynika, że „wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia są zobowiązani, wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu w sposób wskazany w ust. 2 i 3, do składania stosownych oświadczeń wraz z ofertą lub wnioskiem. Oświadczenie powinno jednoznacznie wskazywać, które części zamówienia

będzie realizował wykonawca wykazujący spełnianie warunków udziału w postępowaniu. (...) w art. 128 ust. 1 Pzp wyraźnie wyodrębniono „inne dokumenty”, zatem takie oświadczenie będzie podlegało uzupełnieniu” (Prawo zamówień publicznych, Komentarz, M. Jaworska, Warszawa 2021, s. 358), jako „inne oświadczenie”. A ponieważ w tym postępowaniu na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazali się wykonaniem wymaganych dwóch robót budowlanych przez UAB GILMERA Pievu z siedzibą na Litwie – członka konsorcjum to konsorcjum GILMERA powinno było złożyć wraz z ofertą wymagany przez art. 117 ust. 4 ustawy Pzp dokument. Skoro jednak taki dokument nie został złożony to zamawiającego zobowiązany był wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia brakującego dokumentu. Dokument powinien być bowiem zostać złożony. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1) w związku § 5 pkt 1) i 2) lit b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:.....