

Sygn. akt: KIO 2490/23

**WYROK**  
z dnia 5 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aleksandra Patyk**  
**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Instal Cymorek Sp. z o.o. z siedzibą w Kiczycach** oraz **Auto - Trans Asfalty Sp. z o.o. z siedzibą w Gieraltowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Goleiszów** przy udziale wykonawcy **J. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J. N. Firma Handlowo Usługowa w Wiśle Wielkiej** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego o:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 280 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące dwieście osiemdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

Sygn. akt: KIO 2490/23

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Goleiszów [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp na *rozbudowę ul. Wielodroga w Puńcowie na odcinku 1,5 km* (znak postępowania: IK.271.21.2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 czerwca 2023 r. pod numerem nr 2023/BZP 00275147/01.

W dniu 22 sierpnia 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Instal Cymorek Sp. z o.o. z siedzibą w Kiczycach oraz Auto - Trans Asfalty

Sp. z o.o. z siedzibą w Gieraltowicach [dalej „Odwołujący”] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 pzp, art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp w zw. z art. 17 ust. 2 pzp, polegające na wadliwym wyborze oferty wykonawcy F.H.U. J. N. przez Zamawiającego bezpodstawnie oceniając, że jest ona najkorzystniejsza,

w sytuacji gdy wykonawca F.H.U. J. N. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu

w zakresie zdolności technicznej i zawodowej opisanej w pkt 7.2.4 ppkt 1 lit. a SWZ, albowiem ww. wykonawca nie wykazał w informacjach wskazanych w złożonym przez niego wykazie robót, a także w drodze referencji wystawionych przez Drogomex Sp. z o.o. i Cyroń Sp. z o.o., aby wykonał roboty budowlane w postaci nawierzchni z betonu asfaltowego o powierzchni co najmniej 5 000 m<sup>2</sup>, co skutkuje tym, iż ww. wykonawca nie daje gwarancji należytego wykonania zamówienia, tym samym Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców pozbawiając Odwołujących uzyskania zamówienia i osiągnięcia zysku;

2) art. 128 ust. 1 i 5 pzp i art. 239 pzp w zw. z art. 17 ust. 2 pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie wezwania wykonawcy F.H.U. J. N. o wyjaśnienie treści referencji wystawionych przez Drogomex Sp. z o.o. w zakresie punktu ostatniego referencji, tj. wykonania nawierzchni asfaltowych na wjazdach i zjazdach – podania powierzchni oraz referencji wystawionych przez Cyroń Sp. z o.o. w zakresie faktycznie zrealizowanych robót, ponieważ odnośne środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunków udziału

w postępowaniu, a w razie wątpliwości, które Zamawiający w tych okolicznościach winien posiadać, bezpodstawnie zaniechał zwrócenia się do wystawców referencji lub Powiatu Bielskiego o przedstawienie informacji w tym zakresie, co doprowadziło do wadliwego wyboru oferty wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu;

3) z ostrożności procesowej - art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp polegające na nieuzasadnionym zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy F.H.U. J. N., który nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej opisanej w pkt 7.2.4 ppkt 1 SWZ, w sytuacji gdy z referencji wystawionych przez Drogomex Sp. z o.o. i kosztorysu ofertowego stanowiącego załącznik do umowy podwykonawczej zawartej między ww. podmiotami nie wynika, aby F.H.U. J. N. wykonał nawierzchnię asfaltową na rzecz Drogomex Sp. z o.o., co skutkowało pozbawieniem Odwołujących uzyskania przedmiotowego zamówienia, wyborem oferty wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wnieśli o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;

2. nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy F.H.U. J. N.,
- wezwania ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści podmiotowych środków dowodowych w postaci obu referencji w zakresie wykonania nawierzchni asfaltowych lub zwrócenia się bezpośrednio do wystawców referencji lub Powiatu Bielskiego w tym samym zakresie – zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 7.2.4 ppkt 1 lit. a SWZ,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy.

Uzasadniał, że treść wykazu robót, a także treść obu referencji złożonych przez wykonawcę J. N. budzi poważne wątpliwości, a mianowicie nie stanowią potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę F.H.U. J. N. w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej opisanej w pkt 7.2.4 ppkt 1 lit. a SWZ. Zamawiający dokonał wadliwej oceny odnośnych podmiotowych środków dowodowych i w rezultacie wybrał ofertę wykonawcy niespełniającego warunków udziału

w postępowaniu. Stąd też należy je poddać wnikliwej analizie.

Z wykazu robót oraz referencji wystawionych przez Drogomex Sp. z o.o. wynika, że F.H.U. J. N. wykonał w ramach inwestycji polegającej na „Przebudowa drogi powiatowej nr 2638S Skoczów – Landek w km od 6+872 do 8+272” wykonał m.in. takie prace jak:

- rozebranie podbudowy z kruszywa kamiennego mechanicznie gr 15 cm, w ilości 5700m<sup>2</sup>,
- frezowanie nawierzchni bitumicznej na głębokości 10cm, w ilości 5700m<sup>2</sup>,
- wykonanie podbudowy z kruszyw łamanych warstwa dolna i górna, w ilości 8976m<sup>2</sup>,
- stabilizacja podłoża spoiwem, grubość podbudowy po zagęszczeniu gr 20 cm,

- wykonanie nawierzchni asfaltowych na wjazdach i zjazdach.

W ostatnim punkcie referencji wystawionych przez Drogomex Sp. z o.o. wskazano, że F.H.U. J. N. wykonał nawierzchnię asfaltową na wjazdach i zjazdach, natomiast nie podano powierzchni. Biorąc pod uwagę, że inne prace wskazane w referencjach zostały sprecyzowane o powierzchni wykonanych robót, wątpliwości budzi tenże brak w robotach istotnych z punktu widzenia warunków udziału w postępowaniu. Zaznaczył na marginesie, że nawierzchnia asfaltowa miała zostać wykonana zaledwie na wjazdach i zjazdach, a zatem na zdecydowanie mniejszej części całej powierzchni asfaltowanej. Wobec tak przedstawionych wątpliwości Odwołujący postanowili zwrócić się bezpośrednio do zamawiającego, na rzecz którego jako generalny wykonawca Drogomex Sp. z o.o. realizował zadanie pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 2638S Skoczów – Landek w km od 6+872 do 8+272”

o informacje dotyczące podwykonawstwa firmy F.H.U. J. N.. W ten sposób uzyskano zatwierdzony przez zamawiającego projekt umowy podwykonawczej wraz z kosztorysem ofertowym sporządzonym przez F.H.U. J. N., z którego nie wynika, aby ten wykonawca w ogóle wykonał roboty w postaci wykonania nawierzchni asfaltowych na wjazdach i zjazdach. Takie prace jak nawierzchnie z mieszanki mineralno-bitumicznych grysowych, asfaltowych wykonał inny podmiot, którym nie był F.H.U. J. N.. Przypomnieć należy, że zgodnie z zapisem 7.2.4. 1) lit. a SWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykonał należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał robotę budowlaną obejmującą swoim zakresem wykonanie podbudowy z betonu popiołowego lub podbudowy z gruntu stabilizowanego spoiwem hydraulicznym i nawierzchni z betonu asfaltowego o powierzchni co najmniej 5 000 m<sup>2</sup>. W dalszych uwagach zamawiający sprecyzował, że wymóg zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykona co najmniej dwie roboty budowlane według charakterystyki wskazanej powyżej.

A zatem F.H.U. J. N. nie spełnił stawianego mu wymogu i już ta okoliczność stanowi podstawę do wezwania wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 pzp, a nawet odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b pzp, jeżeli nie wykaże, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący podkreślał, że uzyskanie informacji, które zdobyli Odwołujący wymagało minimum trudności. Mimo powyższych wątpliwości, które zdają się być oczywiste Zamawiający zaniechał zwrócenia się do wykonawcy F.H.U. J. N., ewentualnie zwrócenia się bezpośrednio do Drogomex Sp. z o.o. lub Powiatu Bielskiego

o przedłożenie m.in. umowy podwykonawczej oraz kosztorysu ofertowego. Tym samym naruszył m.in. przepisy z art. 128 ust. 1 i 5 pzp, art. 239 ust. 1 pzp, art. 17 ust. 2 pzp czy zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 16 pkt 1 pzp).

Z kolei z treści referencji wystawionych przez Cyroń Sp. z o.o. wynika, że wykonawca F.H.U. J. N. wykonał:

- rozbiórkę istniejącej nawierzchni,
- wykonanie podbudowy z gruntu stabilizowanego spoiwem hydraulicznym w ilości 5500m<sup>2</sup>,
- mechaniczne rozłożenie warstwy wiążącej oraz ścieralnej z mieszanki mineralno-asfaltowej wraz z pracami towarzyszącymi w ilości 5100m<sup>2</sup>,
- formowanie poboczy destruktem asfaltowym w ilości 400m<sup>2</sup>.

Za ww. roboty budowlane wykonawca F.H.U. J. N. otrzymał wynagrodzenie

w kwocie 383 760 złotych brutto. Z uwagi na fakt, że roboty budowlane opisane

w referencjach były realizowane na rzecz podmiotu prywatnego (na terenie zakładu Cyroń Sp. z o.o. w Suszcu i Czechowicach Dziedzicach), nie sposób było uzyskać jakiegokolwiek informacji na ten temat. Natomiast pewne wątpliwości budzi zestawienie zakresu i rodzaju robót w stosunku do wynagrodzenia wykonawcy. W świetle tych okoliczności wynagrodzenie wykonawcy F.H.U. J. N. jest rażąco niskie i uniemożliwiające wykonanie wskazanego zakresu robót. O fakcie, że wynagrodzenie w kwocie 383 760 złotych brutto jest niemal dwukrotnie zaniżone, świadczy kosztorys wykonany według średnich cen wydawnictwa SEKOCENBUD za II kwartał 2023 roku. Według wycień kosztorysowych, za wykonanie zakresu prac wskazanych w referencjach wykonawca F.H.U. J. N. powinien otrzymać wynagrodzenie w kwocie 695 680,62 złotych brutto. Z kolei według kosztorysu wykonanego według średnich cen wydawnictwa INTERCENBUD za II kwartał 2023 roku wynagrodzenie wykonawcy powinno wynosić 722 099,79 złotych brutto. W związku z tym Zamawiający powinien zwrócić się do wykonawcy F.H.U. J. N. lub bezpośrednio do wystawcy referencji Cyroń Sp. z o.o. o potwierdzenie, czy wykonawca faktycznie wykonał przedstawiony tam zakres robót budowlanych. Z przedstawionych kosztorysów wynika, że zakres referowanych robót budowlanych może być nawet dwukrotnie niższy.

Odwołujący wskazał, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający naruszył przepis

z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b, art. 128

ust. 1 i 5 ustawy Pzp. Przywołał wyrok KIO z dnia 24 marca 2023 r. sygn. akt KIO 671/23. Uzasadniał, że mimo, że przedstawione w odwołaniu dowody wskazują na fakt niespełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę F.H.U. J. N., Odwołujący mają na uwadze, że Zamawiający przed odrzuceniem oferty powinien zastosować procedurę wezwania do złożenia wyjaśnień z art. 128 ust. 1 pzp. Jak podaje się w orzecznictwie KIO odrzucenie oferty wykonawcy z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b pzp musi być poprzedzone jednym, lecz prawidłowym wezwaniem do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, kierowanym w trybie

art. 128 ust. 1 pzp. (wyrok KIO z dnia 20 kwietnia 2023 roku, KIO 886/23, Lex nr 3562582). Zamawiający podjął pochopną decyzję w wyborze oferty wykonawcy F.H.U. J. N., gdzie jednocześnie pominął obowiązek wezwania z art. 128 ust. 1 pzp, który wobec treści referencji był obligatoryjny. W orzecznictwie KIO wskazuje się także, że przepisy pzp (w tym jej art. 128) rozróżniają dokumenty podlegające wyjaśnieniu, uzupełnieniu, jak i dokumenty niekompletne i zawierające błędy, a celem wezwania m.in. na podstawie art. 128 ust. 1 p.z.p. jest umożliwienie wykonawcy, który nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedłożone przez niego środki dowodowe nie potwierdzają w ich treści warunku udziału, ich złożenie, poprawienie lub uzupełnienie. Takie uzupełnienie lub poprawienie podmiotowych środków dowodowych może nastąpić w formie odrębnego oświadczenia (jakim jest np. wykaz usług) zawierającego uzupełnione lub poprawione informacje i zamawiający ma

w takim wypadku obowiązek łącznej oceny przedłożonych przez wykonawcę dokumentów (wyrok KIO z dnia 8 lutego 2023 r., KIO 225/23, Lex nr 3505522). Z kolei w doktrynie podnosi się, że przepis z art. 128 ust. 1 pzp jest kategoryczny w swej wymowie i w przypadku, gdy podmiotowe środki dowodowe dotknięte są wadami wskazanymi w tym przepisie, Zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 pzp (A. Gawrońska-Baran i in., art. 128 Żądanie złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Lex).

Końcowo wskazał, iż wątpliwości budzi fakt, że Odwołujący jako wykonawcy robót budowlanych w zakresie m.in. robót drogowych, działając na lokalnym rynku, nie znają

z innych, podobnych postępowań wykonawcy F.H.U. J. N.. Jest to informacja o tyle istotna, gdyż zdobywanie zamówień wpływa na uzyskanie wymaganego doświadczenia, którego w ocenie Odwołujących, jak i podmiotowych środków dowodowych F.H.U. J. N. nie posiada.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 31 sierpnia 2023 r. wniósł

o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń**

**i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że wykonawca J. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J. N. Firma Handlowo Usługowa w Wiśle Wielkiej skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę J. N. wraz z uzupełnieniami, wezwania kierowane do wykonawcy J. N. oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty z dnia 16 sierpnia 2023 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 5 września 2023 r., odpowiedź na odwołanie oraz pismo procesowe Odwołującego z dnia 4 września 2023 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 7.2.4. SWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, określone przez Zamawiającego spośród warunków o których mowa w art. 112 ust. 2 ustawy Pzp, dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej:

1) Za minimalny poziom zdolności uznane zostanie jeżeli Wykonawca wykaże, że:

a) wykonał należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert,

a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał robotę budowlaną obejmującą swoim zakresem wykonanie podbudowy z betonu popiołowego lub podbudowy z gruntu stabilizowanego spoiwem hydraulicznym i nawierzchni z betonu asfaltowego o powierzchni co najmniej 5 000 m<sup>2</sup>.

Uwagi:

1. Treść warunku wyraża wymaganie, by wykonawca co najmniej dwukrotnie wykonał przedsięwzięcia o określonej powyżej charakterystyce. Dla Zamawiającego miarą wiedzy i doświadczenia w ramach niniejszego warunku zdolności technicznej lub zawodowej jest bowiem nie tylko wykonanie określonej powyżej roboty budowlanej, ale przede wszystkim niezakończone – co najmniej dwukrotnie – powtórzenie robót budowlanych (przedsięwzięć).

Zgodnie z punktem 8.3.1.1. SWZ, w celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu:

8.3.1.1.2. wykazu 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, z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty. Wykaz robót należy złożyć zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło pięciu wykonawców.

W dniu 20 lipca 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in.: wykazu robót budowlanych na wzorze stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący złożył załącznik nr 5 do SWZ,

w którym wskazał dwa zadania:

1. przebudowa drogi powiatowej nr 2638S Skoczów-Landek w km od 6+872 do 8+272 wykonane na rzecz Drogomex Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie;

2. wykonanie nawierzchni wraz z podbudową na terenie zakładu na rzecz Cyroń Sp. z o.o. z siedzibą w Czechowicach-Dziedzicach.

Wrzaz z wykazem robót Przystępujący złożył referencje odpowiednio z grudnia 2019 r. oraz czerwca 2023 r.

W dniu 17 sierpnia 2023 r. Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy J. N.. Oferta Odwołującego znalazła się na drugim miejscu w rankingu ofert.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 239, art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 w zw.

z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, art. 128 ust. 1 i 5

i art. 239 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp oraz podniesiony z ostrożności procesowej zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba odniesie się do ww. zarzutów łącznie, jako że oparte zostały na wspólnych

i powiązanych okolicznościach faktycznych.

Przywołując podstawy prawne rozstrzygnięcia wskazać należy, iż zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Stosowanie do art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, 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. Stosownie do ust. 5 art. 128 ustawy Pzp, jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w , lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału

w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. Po myśli art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału

w postępowaniu. Zgodnie natomiast z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje

i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty;

3) proporcjonalny. Stosownie do art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący stał na stanowisku, że Zamawiający wadliwie dokonał wyboru oferty wykonawcy J. N. uznając, iż wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału

w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt. 7.2.4. ppkt 1 lit. a SWZ. Zdaniem

Odwolującego wykonawca J. N. nie wykazał złożonymi podmiotowymi środkami dowodowymi, iż wykonał dwie roboty budowlane obejmujące wykonanie nawierzchni z betonu asfaltowego o powierzchni co najmniej 5 000 m<sup>2</sup>. Jednocześnie w opinii Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wezwania Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści referencji wystawionych przez Drogomex Sp. z o.o. w zakresie ostatniego punktu referencji, tj. wykonania nawierzchni asfaltowych na zjazdach i wjazdach (brak ich powierzchni) oraz referencji wystawionych przez Cyroń Sp. z o.o. w zakresie faktycznie zrealizowanych robót. Odwołujący nadto twierdził, iż w razie wątpliwości, które w okolicznościach sprawy Zamawiający winien powziąć, zaniechał zwrócenia się do wystawców referencji lub Powiatu Bielskiego o przedstawienie informacji w powyższym zakresie, co doprowadziło do wadliwego wyboru oferty Przystępującego.

Izba w okolicznościach niniejszej sprawy nie stwierdziła uchybień w czynnościach Zamawiającego, w szczególności w zakresie badania sytuacji podmiotowej Przystępującego dotyczącej spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 7.2.4. ppkt 1 lit. a SWZ. Zdaniem Izby zarzuty odwołania oparte zostały przede wszystkim na błędnej wykładni postanowień dokumentów zamówienia dotyczącej rozumienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wskazanego w punkcie 7.2.4. ppkt 1 lit. a SWZ oraz uwagi nr 1 referującej do ww. warunku.

Izba wskazuje, że nie zasługiwała na aprobatę argumentacja Odwołującego, który twierdził, że w świetle postanowień dokumentów zamówienia obowiązkiem wykonawcy J. N. było wykazanie się dwoma robotami budowlanymi obejmującymi swoim zakresem wykonanie podbudowy z betonu popiołowego lub podbudowy z gruntu stabilizowanego spoiwem hydraulicznym i nawierzchni z betonu asfaltowego o powierzchni co najmniej 5 000 m<sup>2</sup>. Powyższemu niewątpliwie przeczy brzmienie pkt. 7.2.4. ppkt 1 lit. a specyfikacji,

w którym Zamawiający posłużył się liczbą pojedynczą („wykonał robotę budowlaną obejmującą swoim zakresem (...)”). Analogiczne postanowienie zawarto w ogłoszeniu

o zamówieniu. Istotnie w punkcie 1. „Uwag” została zawarta informacja o treści: „Treść warunku wyraża wymaganie, by wykonawca co najmniej dwukrotnie wykonał przedsięwzięcia o określonej powyżej charakterystyce. Dla Zamawiającego miarą wiedzy

i doświadczenia w ramach niniejszego warunku zdolności technicznej lub zawodowej jest bowiem nie tylko wykonanie określonej powyżej roboty budowlanej, ale przede wszystkim niezakłócone – co najmniej dwukrotnie – powtórzenie robót budowlanych (przedsięwzięć).”.

w którym Zamawiający wskazał na dwukrotną realizację przedsięwzięcia o określonej charakterystyce. Analizując powyższą uwagę wskazać jednak należy, iż zawarte w niej zdanie pierwsze jest nieprawdziwe, bowiem treść warunku nie wyraża wymagania, by wykonawca co najmniej dwukrotnie wykonał przedsięwzięcie o określone powyżej charakterystyce. Z kolei zdanie drugie omawianej uwagi wskazuje, że dla Zamawiającego miarą wiedzy i doświadczenia było co najmniej dwukrotnie – powtórzenie robót budowlanych (przedsięwzięć). Powyższe czyni postanowienia specyfikacji w zakresie odnośnego warunku niedokładnymi i nieprecyzyjnymi co do ilości robót budowlanych o określone charakterystyce, którymi winien legitymować się wykonawca. W tym miejscu wskazać należy, iż zgodnie

z utrwalonym orzecnictwem sądów wszelkie wątpliwości na gruncie dokumentacji postępowania interpretowane powinny być odczytywane na korzyść wykonawcy. Takie stanowisko wyrażono m.in. w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 2019 r., sygn. akt: IV CSK 363/18, wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 7 marca 2018 r., sygn. akt VIII Ga 102/18 oraz wyroku Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 10 maja 2017 r., sygn. akt VIII Ga 43/17.

Stanowiska Odwołującego w ocenie Izby nie potwierdza również argumentacja, iż wezwaniu z dnia 20 lipca 2023 r. oraz w załączniku nr 5 do SWZ Zamawiający posłużył się liczbą mnogą wskazując na „wykaz robót budowlanych” oraz konieczność złożenia „wykazu robót budowlanych”. Podnieść należy, iż określeniem „wykaz robót budowlanych” ustawodawca posłużył się w § 9 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy

i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415). Zgodnie z tym przepisem, w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty. Tym samym na gruncie ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych do ustawy ustawodawca posługuje się określeniem „wykaz robót budowlanych” czy „wykaz osób”, co w żadnej mierze nie przesądza liczby robót budowlanych czy liczby osób, którymi winien legitymować się wykonawca celem wykazania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej. To w warunkach udziału

w postępowaniu wyrażonych w dokumentach zamówienia zamawiający konkretyzuje zarówno liczbę, jak i inne istotne elementy roboty budowlanej, umożliwiające ocenę posiadanego przez wykonawcę doświadczenia zawodowego. Analogicznie należy ocenić rozważania Odwołującego dotyczące liczby wierszy, które należało uzupełnić w wykazie robót budowlanych, wskazujących – zdaniem Odwołującego – na konieczność wykazania się dwoma robotami budowlanymi o określonej charakterystyce.

Reasumując powyższy wywód wskazać należy, iż wobec niedoskonałości dokumentów zamówienia, które nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawców, dla wykazania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 7.2.4. ppkt 1 lit. a SWZ wystarczające było legitymowanie się przez wykonawcę jedną robotą budowlaną obejmującą swoim zakresem wykonanie podbudowy z betonu popiołowego lub podbudowy z gruntu stabilizowanego spoiwem hydraulicznym i nawierzchni z betonu asfaltowego o powierzchni co najmniej 5 000 m<sup>2</sup>. Mając na uwadze, iż bezsporna między Stronami postępowania odwoławczego była okoliczność, że złożone przez Przystępującego podmiotowe środki dowodowe dotyczące zadania zrealizowanego na rzecz Drogomex Sp. z o.o. nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia

z uwagi na brak podania powierzchni nawierzchni wykonanej z betonu asfaltowego, badaniu należało poddać realizację wykonaną na rzecz Cyroń Sp. z o.o.

Przechodząc zatem do kwestii zadania, którego przedmiotem było wykonanie nawierzchni wraz z podbudową na terenie zakładu (poz. 2 wykazu robót budowlanych) wykonanego na rzecz Cyroń Sp. z o.o. wskazać należy, iż ze złożonej referencji wprost wynika, iż w ramach przedmiotowej realizacji Przystępujący wykonał m.in. podbudowę

z gruntu stabilizowanego spoiwem hydraulicznym w ilości 5500 m<sup>2</sup> oraz mechaniczne rozłożenie warstwy wiążącej oraz ścieralnej z mieszanki mineralno – asfaltowej wraz

z pracami towarzyszącymi w ilości 5100 m<sup>2</sup>, podczas gdy Zamawiający wymagał wykonania określonych prac na powierzchni 5000 m<sup>2</sup>. Jednocześnie wystawca referencji potwierdził, iż prace zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej,

a ustalony termin realizacji został dotrzymany. Rzeczony dokument referencyjny nie został podważony przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego.

Odnosząc się do podnoszonej przez Odwołującego kwestii proporcjonalności wynagrodzenia uiszczzonego przez Cyroń

Sp. z o.o. i zakresu wykonanych robót należy zauważyć, iż stanowisko Odwołującego oparte zostało na przypuszczeniach. Co istotne, warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawcy nie obejmował konieczności wykazania się realizacją robót o określonej minimalnej wartości. Tym samym wysokość wynagrodzenia jakie otrzymał za wykonane roboty budowlane Przystępujący miała charakter irrelewantry w okolicznościach sprawy. Jednocześnie słusznie podniósł Zamawiający, iż w ramach prowadzonego postępowania wykonawca, którego oferta została wybrana zaoferował cenę, która nie spełnia przesłanek do poddania jej badaniu pod kątem przepisów dotyczących rażąco niskiej ceny. Brak było zatem podstaw do założenia, że niska cena wykonania prac na rzecz Cyroń Sp. z o.o. miałyby jakikolwiek wpływ na wykonanie przez wykonawcę robót objętych postępowaniem.

W końcu wskazać należy, iż rozważania Odwołującego zawarte w piśmie procesowym z 4 września 2023 r. dotyczące wprowadzenia Zamawiającego w błąd w zakresie informacji dotyczących warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 7.2.4. ppkt 1 lit. a SWZ są bez znaczenia dla istoty sporu, bowiem Odwołujący nie sformułował zarzutu w powyższym zakresie. Jedynie dodatkowo zauważyć należy, iż Zamawiający nie przewidział w dokumentach zamówienia fakultatywnej podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (pkt 7.1.3 SWZ oraz sekcja 5.1) ogłoszenia o zamówieniu).

Podsumowując, w przedmiotowej sprawie, Zamawiający prawidłowo zbadał złożone przez Przystępującego podmiotowe środki dowodowe, tj. wykaz robót budowlanych oraz referencje, uznając, że warunek dotyczący doświadczenia wykonawcy potwierdza zadanie zrealizowane na rzecz Cyroń Sp. z o.o. Tym samym oferta ww. Wykonawcy została prawidłowo wybrana jako najkorzystniejsza.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....