**Sygn. akt: KIO 1141/25**

**WYROK**

Warszawa, dnia 16 kwietnia 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:Anna Wojciechowska**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 14 kwietnia 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2025 r. przez **wykonawcę G.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą G.K. Complexe Sportif z siedzibą w Tłuszczu** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Miasto Zielonka** przy udziale **wykonawcy ROW sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu z pkt II.2) odwołania uwzględnionego przez zamawiającego, wobec którego nie zgłoszono sprzeciwu.**
2. **Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.**
3. **Kosztami postępowania obciąża wykonawcę G.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą G.K. Complexe Sportif z siedzibą w Tłuszczu i**
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę G.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą G.K. Complexe Sportif z siedzibą w Tłuszczu tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,
   3.2. zasądza od wykonawcy G.K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą G.K. Complexe Sportif z siedzibą w Tłuszczu na rzecz zamawiającego Miasta Zielonkakwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący: ……..……..……..……..……..……...**

**Sygn. akt KIO 1141/25**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Miasto Zielonka - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2024 r., poz. 1320 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp"), pn. *„Budowa boiska wielofunkcyjnego przy ul. Wyszyńskiego 7 w Zielonce", nr postępowania: WIZ.271.1.2.2025.*Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 stycznia 2025 r. za numerem: 2025/BZP00048726.

W dniu 25 marca 2025 r. odwołanie wniósł wykonawca G.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą G.K. Complexe Sportif z siedzibą w Tłuszczu – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania przez Zamawiającego podjęcia czynności w postępowaniu, do której był zobowiązany przepisami ustawy pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ROW sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach, który nie spełnił warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 i art. 226 ust 1 pkt 2 lit. b) ustawy pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ROW sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach (dalej: „ROW"), który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonał co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie lub remoncie/modemizacji boiska zewnętrznego o nawierzchni poliuretanowej oraz powierzchni minimum 380 m2, każda z robót budowlanych.

2. art. 16 pkt 1 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ROW sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach, który nie złożył wymaganego przez Zamawiającego przedmiotowego środka dowodowego w postaci: Autoryzacji producenta oferowanej nawierzchni wydanej wykonawcy i dotyczącej przedmiotowego zadania wraz z potwierdzeniem gwarancji.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu.

3. dokonania odrzucenia oferty wykonawcy ROW.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania skierowanie do rozpoznania wskazał, że pismem z dnia 5 marca 2025 r. Zamawiający wezwał wykonawcę ROW do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu robót budowlanych zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu tj., że w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonał co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie lub remoncie/modernizacji boiska zewnętrznego o nawierzchni poliuretanowej oraz powierzchni minimum 380 m2, każda z robót budowlanych. Wykonawca ROW w złożonym załączniku nr 3 do SWZ wskazał, że wykonał należycie 2 roboty. Następnie pismem z dnia 17 marca 2025 r., Zamawiający wezwał wykonawcę ROW do uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych poprzez złożenie dowodu potwierdzającego, że roboty budowalne przedstawione w pozycji drugiej wykazu robót (załącznik nr 3 do SWZ) zostały wykonane należycie. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, wykonawca ROW przedłożył referencje wystawione w dn. 12 marca 2025 r. nie na wykonawcę, ale na inny podmiot tj. R.M.. W związku z powyższym zdaniem Odwołującego stwierdzić należy, że wykonawca ROW nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie wykazał, że wykonał należycie co najmniej 2 roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie lub remoncie/modernizacji boiska zewnętrznego o nawierzchni poliuretanowej oraz powierzchni minimum 380 m2, każda z robót budowlanych - wykazał wykonanie jedynie 1 (jednej) roboty.

Odwołujący wskazał, że wykonawca ROW w złożonej ofercie (pkt 12. formularza oferty) zaznaczył, że sam wykona przedmiot zamówienia (a więc nie wspólnie z innymi wykonawcami), wskazując jedynie, że posłuży się podwykonawcą R.M. przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia. Warunek oceny przez Zamawiającego w zakresie wykazania wiedzy i doświadczenia łącznie z innym wykonawcą Zamawiający dopuścił tylko w przypadku, gdy o udzielnie zamówienia ubiegają się wykonawcy wspólnie tj. tworzący konsorcjum. Natomiast w przedmiotowym postępowaniu wykonawca ROW wskazał, że samodzielnie ubiega się o udzielenie zamówienia. W związku z tym wykonawca samodzielnie musiał spełnić warunek udziału w postępowaniu tj. wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 2 roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie lub remoncie/modemizacji boiska zewnętrznego o nawierzchni poliuretanowej oraz powierzchni minimum 380 m2, każda z robót budowlanych.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający skorzystał już raz z możliwości wezwania wykonawcy ROW do uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych. Zasada jednokrotności wezwania omacza, że procedura wezwania wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp ma charakter jednokrotny. Oczywistym jest, że wykonawca wzywany jest do uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu w określonym zakresie tylko raz może je uzupełnić lub poprawić, a nie jak chce raz uzupełnić i raz poprawić. Umożliwienie wykonawcy po raz kolejny uzupełnienia dokumentów stawiałoby go w uprzywilejowanej sytuacji względem innych wykonawców, którzy w sposób poprawny złożyli wymagane przez zamawiającego dokumenty. W konsekwencji doprowadziłoby to do naruszenia jednej z podstawowych zasad zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców. W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, zaniechanie podjęcia czynności odrzucenia przez Zamawiającego oferty wykonawcy i wybór oferty tego wykonawcy, nastąpiło z naruszeniem przepisów art. 16 pkt 1 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy pzp.

Z uwagi na powyższe uchybienia, Zamawiający powinien dokonać unieważnienia czynności wyboru. Zamawiający ma bowiem możliwość naprawienia błędu. Jest uprawniony do unieważnienia z własnej inicjatywy wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywania badania i oceny ofert, gdy tylko stwierdzi, że uprzednio popełnił błąd, wybierając ofertę z naruszeniem przepisów ustawy. Błędny wybór oferty wykonawcy, który powinien podlegać wykluczeniu, nie ma charakteru nieusuwalnego.

W dniu 9 kwietnia 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył działając na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy pzp, że uwzględnia zarzut odwołania wskazany w pkt. II.2) petitum odwołania podzielając pogląd Odwołującego, że ROW nie złożył przedmiotowego środka dowodowego tj. autoryzacji producenta oferowanej nawierzchni wydanej wykonawcy i dotyczącej przedmiotowego zadania wraz z potwierdzeniem gwarancji. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu wskazanego w pkt. II.1) petitum odwołania. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Ponadto, w dniu 11 kwietnia 2025 r. pismo procesowe ze stanowiskiem w sprawie złożył Przystępujący wnosząc o oddalenie odwołania.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca ROW sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego wraz z załącznikami oraz dowody złożone przez Zamawiającego na posiedzeniu:

**Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:**

Odwołanie podlegało oddaleniu.

Na wstępie wskazania wymaga, że Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu z pkt II.2) odwołania uwzględnionego przez Zamawiającego, wobec którego nie zgłoszono sprzeciwu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy pzp, zgodnie z którym: *„4. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów."* Taka sytuacja miała miejsce w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający częściowo uwzględnił zarzuty odwołania, a wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia odwołania.

Izba rozpoznała więc pozostałe zarzuty odwołania i uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów skierowanych do rozpoznania Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- pkt. IV.2.4.1 SWZ:*„2.4.Zdolności technicznej lub zawodowej - o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykażą, że: 2.4.1. posiadają wiedzę i doświadczenie, tj. o niniejsze zamówienie może ubiegać się Wykonawca, który w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 2 roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie lub remoncie/modernizacji boiska zewnętrznego o nawierzchni poliuretanowej oraz powierzchni minimum 380 m², każda z robót budowlanych."*

- pkt. X.2.5 SWZ:*„Wykazu robót budowlanych, zgodnego ze wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ, spełniających wymagania określone w punkcie IV.2.4.1 SWZ 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 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."*

W formularzu ofertowym Przystępujący wskazał R.M. jako podwykonawcę, któremu zostanie powierzone wykonanie budowy boiska.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 5 marca 2025 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych Wykonawca ROW złożył: wykaz robót budowlanych, w którym w poz. 2 wskazał: Zakres/opis wykonanych robót budowlanych, należy podać informacje w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku, o którym mowa w punkcie IV.2.4.1 SWZ:

Wykonanie nawierzchni sportowej wraz z malowaniem linii, Powierzchnia nawierzchni (m2): 597m2, Miejsce wykonania roboty budowlanej: Proszenie, Data wykonania roboty (zamówienia) – zakończenie (dzień-miesiąc-rok): 23/12/2024, Podmiot (nazwa), dla którego wykonano robot budowlane: Deforo sp. z o.o. Ul. Wojska Polskiego 102/112.

Pod wykazem Wykonawca ROW oświadczył, że:

*„Do wykazu załączam(my) dowody określające czy wykazane roboty budowlane zostały wykonane należycie. Oświadczam(y), że:*

*- poz. nr 1 i 2 wykazu stanowi doświadczenie Wykonawcy składającego ofertę**

*- poz. nr ..... wykazu jest doświadczeniem oddanym do dyspozycji przez inny/inne podmiot/y, na potwierdzenie czego załączam/my pisemne zobowiązanie tego/tych podmiotu/ów do oddania do dyspozycji swoich zasobów*"*

Do wykazu Wykonawca ROW dołączył: Protokół odbiorowy 1/2024 z 23 grudnia 2024 roku dotyczący:*„wykonanie nawierzchni sportowej wraz z malowaniem linii (579m2 x 206 zł = 122 982 zł)"*. Jako wykonawcę wskazano ROW sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach, a Zamawiającego Defero sp. z o.o. Protokół został podpisany przez ROW sp. z o.o., natomiast za Zamawiającego nie został podpisany – widoczna wyłącznie pieczątka kierownika budowy Ł.B.. Protokół nie stwierdzał wystąpienia wad i usterek.

Pismem z dnia 17 marca 2025 r. Zamawiający w trybie art. 128 ustawy pzp wezwał Wykonawcę ROW do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wskazując: *„(…) 1) dowodu potwierdzającego, że roboty budowlane przedstawione w pozycji drugiej wykazu robót (załącznik nr 3 do SWZ) zostały wykonane należycie. Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykazali Państwo wykonanie dwóch robót budowlanych, w złożonym na wezwanie wykazie robót. W pozycji drugiej ww. wykazu przedstawili Państwo wykonanie nawierzchni sportowej wraz z malowaniem linii dla firmy Defero Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 102/112. Jako dowód należytego wykonania został załączony protokół nr 1/2024 spisany w dniu 23.12.2024 roku. Jednakże wskazać należy, że przedmiotowy dokument nie jest podpisany przez przedstawiciela zamawiającego tj. firmę Defero Sp. z o.o. Ponadto w protokole nie określono, czy ta robota budowlana została wykonana należycie. Zatem uznać należy, że brak jest stosownego dowodu potwierdzającego należyte wykonanie tej realizacji; lub 2) wykazu robót budowlanych (załącznik nr 3 do SWZ), spełniających wymagania określone w punkcie IV.2.4.1 SWZ 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 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. Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się należytym wykonaniem co najmniej 2 robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie lub remoncie/modernizacji boiska zewnętrznego o nawierzchni poliuretanowej oraz powierzchni minimum 380 $m^2$, każda z robót budowlanych, W powołanym wyżej wykazie robót lub protokole brak jest także informacji w zakresie typu nawierzchni sportowej zrealizowanej dla firmy Defero Sp. z o.o."*

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca ROW złożył referencje podpisane przez Prezesa Zarządu Defero sp. z o.o.: *„REFERENCJE/POŚWIADCZENIE Defero Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Wojska Polskiego 102/112, 98-200 Sier potwierdza, że firma R.M. z siedzibą w Łomiankach przy ul. Warszawska 95A/7 zgodnie z zawartą umową Nr K-2024 08-B-2024.09.30-I z dnia 30.09.2024 r wykonała roboty budowlane dla inwestycyjne pod nazwą: „Budowa zadaszenia o stałej konstrukcji istniejącego boiska wielofunkcyjnego przy Szkole Podstawowej w Proszeniu". Wykonanie robót budowlanych w zakresie:*

*1) Wykonanie wizualizacji linii boisk zgodnie z PFU.*

*2) Badanie wilgotności podłoża betonowego.*

*3) Kompleksowe wykonanie nawierzchni poliuretanowej ok. 597 m2 (gr. 13 mm do stosowania wewnątrz) na przygotowanej nawierzchni betonowej.*

*4) Malowanie linii boisk zgodnie z zaakceptowaną wizualizacją.*

*Wartość zleconego zadania wyniosła 152 028,00 zł brutto.*

*Prace zostały wykonane w okresie od 21.11 2024 r. do 16.12.2024 r.*

*Wykonane przez firmę R.M. roboty zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną i prawidłowo ukończone oraz zgodnie z dokumentacją projektową, co zostało potwierdzone przez komisję odbiorową."*

Dowody Zamawiający:

- Zamawiający mailem z 25 marca 2025 roku wystąpił do Defero sp. z o.o. o wyjaśnienie, który z podmiotów realizował zamówienie podane w wierszu nr 2 Tabeli – czy ROW sp. z o.o., czy też R.M..

- W odpowiedzi mailem z 25 marca 2025 roku Defero sp. z o.o. poinformowało, że*„(…) w wystawionej referencji omyłkowo wskazano, że roboty budowlane zrealizowane były przez firmę R.M.. Oświadczamy, że w ramach umowy K-2024_08-B-2024.09.30-1 z dnia 30.09.2024 roboty budowlane zrealizowane były przez spółkę ROW sp. z o.o. z siedzibą ul. Warszawska 95a lok. 7, 05-092 Łomianki, KRS 0001087491."*

- z dowodów złożonych na posiedzeniu wynika, że Zamawiający zwrócił się w dniu 8 kwietnia 2025 r. do firmy Defero sp. z o.o. o wyjaśnienie rozbieżności w zakresie wartości robót budowlanych ujętych w protokole odbioru końcowego oraz wystawionych referencjach, jak również o udostępnienie umowy dotyczącej kwestionowanej przez Odwołującego realizacji. Firma Defero sp. z o.o. w dniu 9 kwietnia 2025 r. wyjaśniła kwestie rozbieżności w podawanych wartościach umowy oraz przekazała umowę ZLECENIE K-2024_08-B-2024.09.30-1 z dnia 30 września 2024 r. na zadanie: „Budowa zadaszenia o stałej konstrukcji istniejącego boiska wielofunkcyjnego przy Szkole Podstawowej w Proszeniu" zawartą pomiędzy Defero sp. z o.o. a ROW sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach

Dowody Przystępujący: do pisma procesowego Przystępujący dołączył referencje o treści jak złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wystawione przez Defero sp. z o.o. i stwierdzające należyte wykonanie spornej realizacji przez ROW sp. z o.o.

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do oceny, czy Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący podnosił, że w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy pzp Przystępujący złożył referencje stwierdzające wykonanie referencyjnego zadania przez inny podmiot (R.M.), co powinno skutkować odrzuceniem oferty Przystępującego jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej. Odwołujący uzasadniał żądanie odrzucenia oferty Przystępującego skorelowane z postawionym zarzutem naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy pzp okolicznością, że Zamawiający skierował już wezwanie do Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp i ponowne wezwanie byłoby nieuprawnione jako naruszające zasadę jednokrotności wezwania. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że okoliczności faktyczne niniejszej sprawy uzasadniają odrzucenie oferty Przystępującego. Zarzut postawiony w odwołaniu i skorelowane z nim żądanie nie potwierdziły się.

Na wstępie wskazania wymaga, że Izba oceniła prawidłowość dokonanych przez Zamawiającego czynności w oparciu o dokumentację postępowania jak również dokumenty składane przez Przystępującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W odniesieniu do zarzutu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu zasadna więc okazała się w pierwszej kolejności analiza składanych przez Przystępującego podmiotowych środków dowodowych w postępowaniu. Zaznaczenia przy tym wymaga, że treść warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej nie była sporna w sprawie. Istotą sporu było natomiast, czy ocena Zamawiającego złożonych podmiotowych środków dowodowych przez Przystępującego na potrzeby spełnienia warunku powinna prowadzić do odrzucenia oferty tego Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy pzp, zgodnie z którym: *„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) 2) została złożona przez wykonawcę: (…) b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, (…)."*

Jak wynika z dokumentacji postępowania, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Przystępujący złożył wykaz robót budowlanych, w którym wskazał w poz. 2 wszystkie niezbędne informacje pozwalające zidentyfikować referencyjną realizację, zgodnie z par. 9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415) – *„1. W celu potwierdzenia spełniania 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: 1) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty."* Nie ulega wątpliwości, że pod wykazem robót Przystępujący oświadczył jednoznacznie, że wykazywane doświadczenie jest jego doświadczeniem własnym. Z załączonego do wykazu protokołu odbioru referencyjnej realizacji,

jakkolwiek niepodpisanego przez zamawiającego – Defero sp. z o.o. wynika również, że to Przystępujący realizował roboty budowlane z poz. 2 wykazu. Protokół nie stwierdzał wystąpienia wad i usterek, podobnie jak uzupełniona przez Przystępującego na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy pzp referencja. Pod tym względem podmiotowe środki dowodowe spełniały wymogi SWZ oraz ww. Rozporządzenia i były ze sobą spójne co do realizacji, której dotyczą. Wykaz, protokół oraz referencje dotyczyły robót budowlanych: „Budowa zadaszenia o stałej konstrukcji istniejącego boiska wielofunkcyjnego przy Szkole Podstawowej w Proszeniu". Nadto, protokół i referencje stwierdzały zgodnie z Rozporządzeniem, że roboty budowlane podane w wykazie zostały wykonane należycie. Rozbieżność w zakresie ww. podmiotowych środków dowodowych dotyczyła wyłącznie podmiotu, który zrealizował referencyjną inwestycję. Zarówno wykaz jak i protokół odbioru wskazują na ROW sp. z o.o. Przystępujący dodatkowo pod wykazem oświadczył, że jest to jego doświadczenie własne, a więc ROW sp. z o.o. Rozbieżność występowała w referencjach, które jako podmiot realizujący wskazywały: „R.M.". Zdaniem Izby, tak ustalony stan faktyczny determinował podjęcie czynności mających na celu wyjaśnienie sprzecznych informacji. Nie jest bowiem tak, że Przystępujący wymaganych podmiotowych środków dowodowych w ogóle nie złożył. Odwołujący nie kwestionował również, ani nie wykazywał, że Przystępujący: ROW sp. z o.o. nie wykonał roboty budowalnej wskazanej w wykazie. Odwołujący domagał się jednak odrzucenia oferty Przystępującego jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby ustalony stan faktyczny nie pozwalał na podjęcie tak daleko idącej czynności i wypełniał przesłanki do skierowania do wykonawcy wezwania do wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy pzp, zgodnie z którym: *„4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu."* Względnie, Zamawiający uprawniony był do skierowania zapytania, do podmiotu, na rzecz którego roboty były wykonywane, zgodnie z art. 128 ust. 5 ustawy pzp: *„5. Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, 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 spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów."* Izba zauważa, że wykazanie warunków udziału w postępowaniu polega w znacznej mierze na złożeniu przez wykonawcę szeregu oświadczeń (wykaz robót budowlanych). Natomiast przedłożenie referencji ma na celu wyłącznie potwierdzenie, że realizacje podane w wykazie zostały wykonane należycie. Istotne jest więc aby dowody należytego wykonania identyfikowały realizację w taki sposób, aby można było stwierdzić, że dotyczą roboty budowlanej podanej w wykazie, co w niniejszej sprawie nie było sporne. Niewątpliwie jednak, wynikające z podmiotowych środków dowodowych rozbieżności co do podmiotu realizującego inwestycję powinny zostać wyjaśnione. Podjęcie takich działań jest nie tylko uprawnieniem, ale i obowiązkiem Zamawiającego.

Odnosząc się dalej do twierdzeń Odwołującego dotyczących jednokrotności wezwania z art. 128 ust. 1 ustawy pzp i konieczności odrzucenia oferty Przystępującego, Izba zauważa, że przeciwnie do dyspozycji ww. przepisu, wyjaśnienia wątpliwości dotyczących podmiotowych środków dowodowych mogą być prowadzone wielokrotnie. Nadto, niezależnie od powyższego, Zamawiający był uprawniony skorzystać również z możliwości bezpośredniego zwrócenia się do Defero sp. z o.o. celem wyjaśnienia rozbieżnych okoliczności. Każda z ww. podstaw byłaby właściwa do zastosowania w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym i nie ulega wątpliwości, że Zamawiający zobowiązany był podjąć w tym zakresie działania. Zastosowanie trybu art. 128 ust. 4 lub art. 128 ust. 5 ustawy pzp wpisywało się w okoliczności faktyczne niniejszej sprawy i nie prowadziłoby do naruszenia zasad postępowania. Wręcz przeciwnie, działanie takie byłoby właściwe i proporcjonalne.

W tym kontekście, Izba zwraca uwagę na konstrukcję zarzutów odwołania. Odwołujący podniósł w odwołaniu zarzut najdalej idący, którego uwzględnienie determinowałoby nakazanie przez Izbę odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy pzp. Z poniesionym zarzutem skorelowane zostało żądanie odrzucenia oferty Przystępującego na ww. podstawie prawnej. Izba zwraca uwagę, że zakres rozstrzygnięcia przed Izbą określa art. 555 ustawy pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu. Jak już zostało wskazane, okoliczności faktyczne niniejszej sprawy nie wpisywały się w przesłankę odrzucenia oferty Przystępującego jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Podmiotowe środki dowodowe winny zostać jednak wyjaśnione w trybie art. 128 ust. 4 ustawy pzp lub art. 128 ust. 5 ustawy pzp w zakresie podmiotu realizującego robotę budowlaną z pkt 2 wykazu robót. Takiego zarzutu Odwołujący jednak nie podniósł. Stąd pomimo, iż argumentacja odwołania dotycząca innego podmiotu wskazanego w referencjach złożonych przez Przystępującego względem podmiotu podanego w wykazie potwierdziła się to jednak nie wypełniła się dyspozycja art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy pzp. Nie należy tracić z oczu, że prawidłowe sformułowanie zarzutów i orzekanie przez Izbę w ich granicach ma także istotne znaczenie w kontekście uprawnień procesowych stron i uczestnika postępowania, w tym w zakresie uprawnienia do uwzględnienia zarzutów odwołania. Zamawiający może nie zgadzać się z zarzutem

zaniechania odrzucenia oferty, natomiast może podzielić argumentację w zakresie konieczności wyjaśnienia wątpliwości w trybie art. 128 ust. 4 lub 5 ustawy pzp. Nie należy także zapominać o uprawnieniu wnoszącego środek ochrony prawnej do formułowania zarzutów ewentualnych, których dopuszczalność podnoszenia w postępowaniu odwoławczym stwierdził Sąd Zamówień Publicznych – Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 26 października 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 57/23. Odwołujący nie podniósł jednak zarzutów ewentualnych względem zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący podkreślał wielokrotnie, również na rozprawie, że oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona. W okolicznościach niniejszej sprawy wobec błędnej konstrukcji zarzutów Izba orzekając w granicach wynikających z art. 555 ustawy pzp oddaliła odwołanie.

Dodatkowo podnieść należy, że Zamawiający co prawda podjął działania mające na celu wyjaśnienie ww. wątpliwości wynikających z podmiotowych środków dowodowych i skierował w trybie art. 128 ust. 5 ustawy pzp zapytanie do firmy Defero sp. z o.o., niemniej jednak uczynił to już po wniesieniu odwołania nie dokonując czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty. Podkreślić należy, w świetle art. 7 pkt 18 ustawy pzp, zgodnie z którym przez postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć: *„postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu”*, po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający może dokonywać jedynie czynności zmierzających do zawarcia umowy. Wszystkie czynności związane z badaniem i oceną ofert powinny zatem zostać zakończone do wyboru najkorzystniejszej oferty. Okoliczności dotyczące omyłki w referencjach zostały ustalone już po czynności wyboru, co nie jest działaniem prawidłowym. Izba zauważa jednak, że Odwołujący domagał się unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i podważał prawidłowość tego wyboru, ale wyłącznie w kontekście zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego i zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy pzp, a taki zarzut, jak już zostało to poniesione nie zasługiwał na uwzględnienie w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy. Dlatego odwołanie podlegało oddaleniu.

Dodatkowo Izba zaznacza, że irrelewantna dla rozpoznania sprawy była podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że pismem z dnia 24 marca 2025 r. Odwołujący zwrócił Zamawiającemu uwagę na nieprawidłowości w postępowaniu. Odwołujący był uprawniony skorzystać w tym zakresie ze środków ochrony prawnej, co też uczynił. Uprawnieniem Zamawiającego było natomiast bądź samodzielne skorygowanie czynności, jeśli uznałby argumentację Odwołującego za zasadną bądź oczekiwanie na rozstrzygnięcie Izby w tym zakresie. Okoliczności te nie mają jednak żadnego wpływu na rozpoznanie przez Izbę zarzutów odwołania. Odnosząc się natomiast do złożonych w postępowaniu odwoławczym dowodów to, jak już zostało to podniesione, ustalenia i wyjaśnienia kwestii podmiotu realizującego sporną inwestycję powinny być prowadzone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego dowody złożone przez Zamawiającego i Przystępującego Izba uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia, które zostało oparte na stanie faktycznym wynikającym z dokumentacji postępowania.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego i koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

**Przewodniczący: ……**