Sygn. akt KIO 1119/23
Sygn. akt KIO 1120/23

WYROK
z dnia 2 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Krzysztof Sroczyński

Protokolant:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 maja 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę BIMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rogoźnie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Rogoźno
przy udziale:
- wykonawcy S.W., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „S.W. Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowe" zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 1119/23 i KIO 1120/23 po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. oddala odwołania;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę BIMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rogoźnie) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BIMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rogoźnie tytułem wpisów od obydwu odwołań.

Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo
zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) 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 1119/23, 1120/23

Uzasadnienie

Gmina Rogoźno (dalej: „Zamawiający") prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp" lub „Pzp") w trybie podstawowym bez negocjacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem są:

A. Budowa lub przebudowa dróg w miejscowościach: Międzylesie, Boguniewo, Józefinowo, Jaracz, Garbatka i Prusce, numer postępowania: INTZ.271.10.2023;
   Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 marca 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00131196/01.
B. Budowa ulicy Południowej w Rogoźnie wraz z odwodnieniem, numer postępowania: INTZ.271.11.2023.
   Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 marca 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00133484/01.

Wartość ww. zamówień nie przekracza progów unijnych.

- **W zakresie postępowania A (KIO 1119/23)**

Dnia 19 kwietnia 2023 r. wykonawca BIMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rogoźnie (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołania wobec niezgodnych z przepisami prawa czynności i zaniechań Zamawiającego w ww. zamówieniach, polegających na:

a) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy: S.W., ul. Potulicka 10/5, 64-610 Rogoźno mimo, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, złożył ofertę niezgodną z przepisami ustawy i z warunkami zamówienia (a braki te nie mogą być konwalidowane);
   b) nieprawidłowym wyborze oferty wykonawcy: S.W., ul. Potulicka 10/5, 64-610 Rogoźno jako najkorzystniejszej – mimo zarzutów w odniesieniu do tej oferty wskazanych wyżej w podpunkcie a);
   c) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w powyższym postępowaniu (wśród ofert nie podlegających odrzuceniu)

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 57 pkt 2 – poprzez brak zastosowania – mimo że Wybrany wykonawca złożył ofertę niezgodną z warunkami

zamówienia, a co za tym idzie niezgodną z przepisami ustawy – tzn. sprzeczną z art. 57 pkt 2 p.z.p.;

2. art. 252 ust. 1 oraz art. 253 ust. 1 pkt 1 poprzez błędne uznanie, że zaszły przesłanki do jego zastosowania tj. wyboru wykonawcy S.W., oraz bezzasadne zastosowanie;

3. art. 223 ust. 1 – poprzez brak zastosowania – mimo wiedzy (powziętej w toku innych postępowań), iż Wybrany wykonawca nie posiada mieszarki do wytwarzania mieszanki, tj. wytwórni betonu.

4. art. 226 ust. 1 pkt 2 a,b,c oraz pkt 3 i 5 – art. 7 ust. 1 ww. ustawy – poprzez brak zastosowania w odniesieniu do wykonawcy S.W., którego oferta winna podlegać odrzuceniu;

5. art. 252 ust. 1 oraz art. 253 ust. 1 pkt 1 – zaniechanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

W związku z powyższym podstawowe żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienie czynności polegającej na wyborze (jako najkorzystniejszej) oferty wykonawcy: S.W., ul. Potulicka 10/5, 64-610 Rogoźno ;

2.nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu wraz z odrzuceniem oferty wykonawcy S.W., ul. Potulicka 10/5, 64-610 Rogoźno oraz dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej w postaci oferty Odwołującego, tzn. dokonanie jej zgodnie z art. 252 ust. 1 i art. 253 ust. 1 pkt 1 p.z.p.

3.obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego Odwołującego przez zawodowego pełnomocnika (jeśli zostanie ustanowiony) – zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

4.przeprowadzenie dowodów wskazanych w niniejszym odwołaniu i w toku postępowania, na okoliczność potwierdzenia zarzutów względem Zamawiającego sformułowanych w niniejszym odwołaniu. W szczególności wnoszę o przeprowadzenie następujących dowodów:

a) Wezwanie Starostwa Powiatowego w Obornikach i Starostwa Powiatowego w Wągrowcu na wypadek nie uzyskania w stosownym czasie przez Odwołującego informacji publicznej, czy Wybrany wykonawca uzyskał w Starostwie Powiatowym w Obornikach jakąkolwiek decyzję administracyjną, postanowienie, zezwolenie, potwierdzenie milczącej zgody lub inny akt administracyjny, w aspekcie budowlanym, środowiskowym, lub innym odnoszące się do następującego obiektu: mieszarka do wytwarzania mieszanki betonowej) lub wytwórnia betonu, czy urządzenie do produkcji betonu (mobilne lub stacjonarne) – na okoliczność stwierdzenia, czy oferta Wybranego wykonawcy spełnia warunki postawione w SWZ a Wybrany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

b) Przesłuchanie świadek K.J. – adres do doręczeń: adres Odwołującego – na okoliczności wskazane w podpunkcie a) powyżej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów, (w nawiązaniu do zasad, wynikających z art. 505 ust. 1 p.z.p.) interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w ten sposób Odwołujący straci możliwość realizacji zamówienia, pomimo złożenia w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszej oferty nie podlegającej odrzuceniu – ponosi zatem szkodę majątkową, nie uzyskawszy spodziewanego przychodu i zysku z realizacji zamówienia. W sytuacji, w której zaskarżone czynności nie byłyby dokonane, a czynności zaniechane byłyby podjęte, Odwołujący zostałby bowiem wybranym wykonawcą przedmiotowego zamówienia.

Opisując okoliczności faktyczne przedmiotowej sprawy Odwołujący wskazał, że w dniu 14 kwietnia 2023 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowym bez przeprowadzania negocjacji zgodnie z art. 275 pkt 1 ustawy PZP pn: *„Budowa lub przebudowa dróg w miejscowościach: Międzylesie, Boguniewo, Józefinowo, Jaracz, Garbatka i Pruścę.* Zamawiający poinformował, że jako najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę złożoną przez Wykonawcę: S.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano – Drogowe S.W. Cieśle ul. Potulicka 10/5, 64-610 Rogoźno (dalej „Wybrany wykonawca"). Uzasadniając powyższy wybór, Zamawiający wskazał, że wybrana oferta spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu zapisów specyfikacji warunków zamówienia, gdyż uzyskała najwyższą ilość punktów wg kryteriów oceny ofert podanych w specyfikacji warunków zamówienia tj. cena brutto (maksymalna wartość punktów 60) i gwarancja (maksymalna wartość punktów 40).

W uzasadnieniu zarzutów podniesionych w odwołaniu Odwołujący stwierdził, że oferta Wybranego wykonawcy winna zostać odrzucona na mocy art. 226 ust. 1 pkt 2 p.z.p. jako że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia i przepisami ustawy (art. 57 pkt 2 p.z.p.). Odwołujący

wskazał, że w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (pkt X) Zamawiający ustalił warunki udziału w postępowaniu w postaci m.in. zdolności technicznej i zawodowej a wśród nich zażądał, by Wykonawca wykazał, że dysponuje lub będzie dysponować sprzętem w postaci:
• min. 1 szt. koparko-spycharka;
• min. 1 samochód samowyładowczy;
• min. 1 mieszarka do wytwarzania mieszanki;
• min. 1 walec ogumiony (zalecany) lub stalowy, wibracyjny lub statyczny do zagęszczania;
• min. 1 zagęszczarka płytowa, ubijak mechaniczny lub mały walec wibracyjnym do zagęszczania w miejscach trudnodostępnych;
• min. 1 układarka lub równiarka, lub spycharka — do rozkładania mieszanki.

Wybrany wykonawca zaoferował w formularzu ofertowym wykonanie zamówienia zgodnie z wymogami SWZ, jednak postawionych w tejże SWZ wymagań – w opinii Odwołującego – podmiot ten nie spełnia. Z postawionych przez Zamawiającego w pkt X SWZ wymagań, w drodze wykładni językowej oraz celowościowej (w powiązaniu z przedmiotem zamówienia, jego parametrami technicznymi i warunkami wykonania) ustalono, że jako „mieszarkę do wytwarzania mieszanki" należy rozumieć wytwórnię betonu towarowego, czy innego rodzaju urządzenie do produkcji betonu (mobilne lub stacjonarne).

Odwołujący podkreślił, że wykonanie i użytkowanie urządzeń tego typu wymaga spełnienia szeregu wymogów zawartych w przepisach prawa, w tym:
• pozwolenia na budowę – zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz.U. z 2021 poz. 2351 ze zm.);
• pozwolenia na wprowadzanie gazów i pyłów do powietrza z eksploatacji instalacji – zgodnie z przepisami ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 2556 ze zm.);
• spełnienia stosownych wymogów prawnych (certyfikacja) w aspekcie uzyskania przez wytwórnię betonu towarowego do legalnego wprowadzenia betonu na rynek oraz innych przepisów prawa (w zależności od rodzaju uwarunkowań konkretnej wytwórni betonu).

Z wiedzy Odwołującego wynika, że Wybrany wykonawca nie posiada wytwórni betonu towarowego o niezbędnych dla wykonania zamówienia parametrach, a dla tego podmiotu nie były wydawane niezbędne akty administracyjne, jak również dokumenty z zakresu procesu certyfikacji. Odwołujący zauważył, że przedstawienie w wykazie sprzętu (na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 kwietnia 2023 r.) następującego urządzenia: *Mieszarka do wytwarzania mieszanki CCM 1200, 1 szt, rok produkcji 2022, forma dysponowania: własność,* wyklucza możliwość skorzystania w tym względzie przez Wybranego wykonawcę z zasobów innych podmiotów, co zresztą zostało potwierdzone wykreśleniem przez niego stosownych zapisów w oświadczeniu składanym na podstawie art. 125 ust. 1 p.z.p. tzn. nie skorzystaniem w tym względzie z zasobów jakichkolwiek innych podmiotów. Odwołujący zauważył, że zgodnie z art. 123 p.z.p. Wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Tym samym powyższy brak nie podlega konwalidacji i nie może zostać wyeliminowany poprzez powołanie się przez Wybranego wykonawcę na zasoby innego podmiotu.

Odwołujący zauważył, że w innym postępowaniu, prowadzonym w 2022 r. przez Zamawiającego (Gminę Rogoźno) Wybrany wykonawca posługiwał się w analogicznej sytuacji zasobami innego wykonawcy (zobowiązanie z dnia 22 maja 2022 r. odnoszące się do „*mieszarki do wytwarzania mieszanki – 1 szt*.". W ocenie Odwołującego posiadając taką wiedzę o Wybranym wykonawcy z urzędu, Zamawiający winien powziąć wątpliwość w kwestii spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu i wezwać go – na mocy art. 223 ust. 1 p.z.p. do złożenia stosownych wyjaśnień w przedmiocie dysponowania przedmiotową mieszarką (wytwórnią betonu). Ponadto Odwołujący zauważył, że Wybrany wykonawca nie posiada w swym wpisie w CEIDG informacji PKD dot. produkcji wyrobów z betonu, zaś w internetowym serwisie *firmy.net* pod hasłem „Betoniarnie w Rogoźnie" brak jest wytwórni betonu Wybranego wykonawcy, znajduje się natomiast wytwórnia Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, zdaniem Odwołującego należy stwierdzić, że Wybrany wykonawca jako podmiot, który nie posiadał (na dzień składania ofert) własnego urządzenia
pn. *mieszarka do wytwarzania mieszanki* nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu, zaś jego oferta winna być

uznana za niezgodną z warunkami zamówienia i przepisami ustawy, a przez to podlegającą odrzuceniu na mocy art. 226 ust. 1 pkt 2,3,5 p.z.p. Oferta taka nie mogła być zdaniem Odwołującego skutecznie wybrana jako najkorzystniejsza a tym samym wniesienie niniejszego odwołania jest w pełni uzasadnione.

W dniu 25 kwietnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości

Pismem z dnia 1 maja 2023 r. Odwołujący sprostował zapis osnowy odwołania, tj. wymieniony tam art. 7 ust. 1 p.z.p. podczas, gdy. powinno być: „art. 16 pkt 1 p.z.p.". Ponadto Odwołujący wycofał wniosek dowodowy wskazany w pkt 4 lit. b) (przesłuchanie świadka) oraz przedstawił dokumenty objęte wnioskiem dowodowym wskazanym w pkt 4 lit. a) (informację ze Starostwa Powiatowego w Obornikach i Starostwa Powiatowego w Wągrowcu).

Ad B – KIO 1120/23

Dnia 19 kwietnia 2023 r. wykonawca BIMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rogoźnie (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołania wobec niezgodnych z przepisami prawa czynności i zaniechań Zamawiającego w ww. zamówieniach, polegających na:

a) zaniechaniu odrzucenia ofert: wykonawcy S.W., ul. Potulicka 10/5, 64-610 Rogoźno oraz wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe ,,ANMAK" ul. Paderewskiego 23/9, 64-610 Rogoźno mimo, że wykonawcy ci nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, złożyli oferty niezgodne z przepisami ustawy i z warunkami zamówienia (a braki te nie mogą być konwalidowane);

b) nieprawidłowym wyborze oferty wykonawcy: S.W., ul. Potulicka 10/5, 64-610 Rogoźno jako najkorzystniejszej – mimo zarzutów w odniesieniu do tej oferty wskazanych wyżej w podpunkcie a);

c) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w powyższym postępowaniu (wśród ofert nie podlegających odrzuceniu)

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 57 pkt 2 – poprzez brak zastosowania – mimo że Wybrany wykonawca złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia, a co za tym idzie niezgodną z przepisami ustawy – tzn. sprzeczną z art. 57 pkt 2 p.z.p.;
2. art. 252 ust. 1 oraz art. 253 ust. 1 pkt 1 poprzez błędne uznanie, że zaszły przesłanki do jego zastosowania tj. wyboru wykonawcy S.W., oraz bezzasadne zastosowanie;
3. art. 223 ust. 1 – poprzez brak zastosowania;
4. art. 226 ust. 1 pkt 2 a,b,c oraz pkt 3 i 5 – art. 7 ust. 1 ww. ustawy – poprzez brak zastosowania w odniesieniu do wykonawcy S.W. oraz wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe ,,ANMAK" ul. Paderewskiego 23/9, 64-610 Rogoźno, które to oferty winny podlegać odrzuceniu;
5. art. 226 ust. 1 pkt 10 – poprzez brak zastosowania w odniesieniu do wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe ,,ANMAK" ul. Paderewskiego 23/9, 64-610 Rogoźno, którego oferta winna podlegać odrzuceniu;
6. art. 252 ust. 1 oraz art. 253 ust. 1 pkt 1 – zaniechanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

W związku z powyższym podstawowe żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienie czynności polegającej na wyborze (jako najkorzystniejszej) oferty wykonawcy: S.W., ul. Potulicka 10/5, 64-610 Rogoźno ;

2.nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu wraz z odrzuceniem oferty wykonawcy S.W., ul. Potulicka 10/5, 64-610 Rogoźno oraz wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe ,,ANMAK" ul. Paderewskiego 23/9, 64-610 Rogoźno oraz dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej w postaci oferty Odwołującego, tzn. dokonanie jej zgodnie z art. 252 ust. 1 i art. 253 ust. 1 pkt 1 p.z.p.

3.obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego Odwołującego przez zawodowego pełnomocnika (jeśli zostanie ustanowiony) – zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

4.przeprowadzenie dowodów wskazanych w niniejszym odwołaniu i w toku postępowania, na okoliczność potwierdzenia zarzutów względem Zamawiającego sformułowanych w niniejszym odwołaniu. W szczególności wnoszę o przeprowadzenie następujących dowodów:

a) Wezwanie Starostwa Powiatowego w Obornikach i Starostwa Powiatowego w Wągrowcu na wypadek nie uzyskania w stosownym czasie przez Odwołującego informacji publicznej, czy Wybrany wykonawca i wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe ,,ANMAK" ul. Paderewskiego 23/9, 64-610 Rogoźno uzyskał w Starostwie Powiatowym w Obornikach jakąkolwiek decyzję administracyjną, postanowienie, zezwolenie, potwierdzenie milczącej zgody lub inny akt administracyjny, w aspekcie budowlanym, środowiskowym, lub innym odnoszące się do następującego obiektu: mieszarka do wytwarzania mieszanki betonowej) lub

wytwórnia betonu, czy urządzenie do produkcji betonu (mobilne lub stacjonarne) – na okoliczność stwierdzenia, czy oferta Wybranego wykonawcy i wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe ,,ANMAK" ul. Paderewskiego 23/9, 64-610 Rogoźno spełnia warunki postawione w SWZ a Wybrany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

b) Przesłuchanie świadek K.J. – adres do doręczeń: adres Odwołującego – na okoliczności wskazane w podpunkcie a) powyżej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał (w nawiązaniu do zasad, wynikających z art. 505 ust. 1 p.z.p.), że posiada interes we wniesieniu środka ochrony prawnej, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów przywołanych w odwołaniu interes, który ma w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w ten sposób Odwołujący (znajdujący się na liście oferentów na trzecim miejscu, ale pierwszym wśród ofert, które nie powinny podlegać odrzuceniu) straci możliwość realizacji zamówienia, pomimo złożenia w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszej oferty – ponosi zatem szkodę majątkową, nie uzyskawszy spodziewanego przychodu i zysku z realizacji zamówienia. W sytuacji, w której zaskarżone czynności nie byłyby dokonane, a czynności zaniechane byłyby podjęte, Odwołujący zostałby nowym wybranym wykonawcą przedmiotowego zamówienia. .

W zakresie okoliczności faktycznych przedmiotowej sprawy Odwołujący wskazał, że w dniu 14 kwietnia 2023 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowym bez przeprowadzania negocjacji zgodnie z art. 275 pkt 1 ustawy PZP pn: *Budowa ulicy Południowej w Rogoźnie wraz z odwodnieniem*, numer postępowania: INTZ.271.11.2023 (nr ogłoszenia w BZP: 2023/BZP 00133484). Zamawiający poinformował, że jako najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę złożoną przez Wykonawcę: S.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano – Drogowe S.W. Cieśle ul. Potulicka 10/5, 64-610 Rogoźno (dalej „Wybrany wykonawca"). Na drugim miejscu uplasował się wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe ,,ANMAK" ul. Paderewskiego 23/9, 64-610 Rogoźno (dalej „wykonawca ANMAK") a na trzecim – Odwołujący. Uzasadniając powyższy wybór, Zamawiający stwierdził, że wybrana oferta spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu zapisów specyfikacji warunków zamówienia, gdyż uzyskała najwyższą ilość punktów wg kryteriów oceny ofert podanych w specyfikacji warunków zamówienia tj. cena brutto (maksymalna wartość punktów 60) i gwarancja (maksymalna wartość punktów 40).

W uzasadnieniu zarzutów podniesionych w odwołaniu Odwołujący stwierdził, że oferta Wybranego wykonawcy oraz oferta wykonawcy ANMAK winny zostać odrzucone na mocy art. 226 ust. 1 pkt 2 p.z.p. jako że wykonawcy ci nie spełniają warunków udziału w postępowaniu tj. złożyli oferty niezgodne z warunkami zamówienia i przepisami ustawy (art. 57 pkt 2 p.z.p.). Odwołujący wskazał, że w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (pkt X) Zamawiający ustalił warunki udziału w postępowaniu w postaci m.in. zdolności technicznej i zawodowej a wśród nich – zażądał, by Wykonawca wykazał, że dysponuje lub będzie dysponować niżej wymienionym sprzętem:

• min. 1 szt. koparko-spycharka;

• min. 1 samochód samowyładowczy;

• min. 1 mieszarka do wytwarzania mieszanki;

• min. 1 walec ogumiony (zalecany) lub stalowy, wibracyjny lub statyczny do zagęszczania;

• min. 1 zagęszczarka płytowa, ubijak mechaniczny lub mały walec wibracyjnym do zagęszczania w miejscach trudnodostępnych;

• min. 1 układarka lub równiarka, lub spycharka — do rozkładania mieszanki.

Wybrany wykonawca oraz wykonawca ANMAK zaoferowali w formularzach ofertowych wykonanie zamówienia zgodnie z wymogami Specyfikacji Warunków Zamówienia, jednak postawionych w SWZ wymagań – w opinii Odwołującego – podmioty te nie spełniają. Zdaniem Odwołującego z postawionych przez Zamawiającego w pkt X SWZ wymagań, w drodze wykładni językowej oraz celowościowej (w powiązaniu z przedmiotem zamówienia, jego parametrami technicznymi i warunkami wykonania) ustalono, że jako „mieszarkę do wytwarzania mieszanki" należy rozumieć wytwórnię betonu towarowego, czy innego rodzaju urządzenie do produkcji betonu (mobilne lub stacjonarne).

Odwołujący podkreślił, że wykonanie i użytkowanie urządzeń tego typu wymaga spełnienia szeregu wymogów zawartych w przepisach prawa, w tym:

• pozwolenia na budowę – zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz.U. z 2021 poz. 2351 ze zm.);

• pozwolenia na wprowadzanie gazów i pyłów do powietrza z eksploatacji instalacji – zgodnie z przepisami ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 2556 ze zm.);

• spełnienia stosownych wymogów prawnych (certyfikacja) w aspekcie uzyskania przez wytwórnię betonu towarowego do legalnego wprowadzenia betonu na rynek oraz innych przepisów prawa (w zależności od rodzaju uwarunkowań konkretnej wytwórni betonu).

Z wiedzy Odwołującego wynika, że Wybrany wykonawca ani wykonawca ANMAK nie posiadają wytwórni betonu towarowego o niezbędnych dla wykonania zamówienia parametrach, a także dla tych podmiotów nie były wydawane niezbędne akty administracyjne, jak również dokumenty z zakresu procesu certyfikacji. Odwołujący zauważył, że przedstawienie przez Wybranego wykonawcę w wykazie sprzętu (na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 kwietnia 2023 r.) następującego urządzenia: *Mieszarka do wytwarzania mieszanki CCM 1200, 1 szt, rok produkcji 2022, forma dysponowania: własność* wyklucza możliwość skorzystania w tym względzie przez Wybranego wykonawcę z zasobów innych podmiotów.

Podobna sytuacja jak wskazano w odniesieniu do dokumentów Wybranego wykonawcy ma miejsce w przypadku wykonawcy ANMAK, co zostało potwierdzone wykreśleniem przez tego wykonawcę stosownych zapisów w oświadczeniu składanym na podstawie art. 125 ust. 1 p.z.p. tzn. nie skorzystaniem w tym względzie z zasobów jakichkolwiek innych podmiotów. Odwołujący zauważył, że zgodnie z art. 123 p.z.p. *Wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby*. Tym samym Odwołujący podkreślił, że powyższy brak nie podlega konwalidacji i nie może zostać wyeliminowany poprzez powołanie się przez Wybranego wykonawcę na zasoby innego podmiotu.

Ponadto Odwołujący zaznaczył, że zarówno Wybrany wykonawca, jak też wykonawca ANMAK nie posiadają w swym wpisie w CEIDG informacji PKD dot. produkcji wyrobów z betonu, a także że w internetowym serwisie firmy.net, pod hasłem „Betoniarnie w Rogoźnie" brak jest wytwórni betonu Wybranego wykonawcy jak też wykonawcy ANMAK, znajduje się natomiast wytwórnia Odwołującego.

Odwołujący zauważył ponadto, że w innym postępowaniu, prowadzonym w 2022 r. przez Zamawiającego Wybrany wykonawca posługiwał się w analogicznej sytuacji zasobami innego wykonawcy (zobowiązanie z dnia 22 maja 2022 r. odnoszące się do „*mieszarki do wytwarzania mieszanki – 1 szt.*". W ocenie Odwołującego posiadając taką wiedzę o Wybranym wykonawcy z urzędu, Zamawiający winien powziąć wątpliwość w kwestii spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu i wezwać go – na mocy art. 223 ust. 1 p.z.p. do złożenia stosownych wyjaśnień w przedmiocie dysponowania przedmiotową mieszarką (wytwórnią betonu).

Mając powyższe na uwadze, zdaniem Odwołującego należy stwierdzić, Wybrany wykonawca oraz wykonawca ANMAK jako podmioty, które nie posiadały (na dzień składania ofert) własnego urządzenia pn. mieszarka do wytwarzania mieszanki, nie spełniają oni warunków udziału w postępowaniu, zaś ich oferty winny być uznane za niezgodne z warunkami zamówienia i przepisami ustawy, a przez to podlegające odrzuceniu na mocy art. 226 ust. 1 pkt 2,3,5 p.z.p. W ocenie Odwołującego żadna z ww. ofert (znajdujących się na dwóch pierwszych miejscach) nie mogła być skutecznie wybrana jako najkorzystniejsza, a tym samym wniesienie niniejszego odwołania jest w pełni uzasadnione.

W dniu 25 kwietnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 1 maja 2023 r. Odwołujący sprostował zapis osnowy odwołania, tj. wymieniony tam art. 7 ust. 1 p.z.p. podczas, gdy. powinno być: „art. 16 pkt 1 p.z.p.". Ponadto Odwołujący wycofał wniosek dowodowy wskazany w pkt 4 lit. b) (przesłuchanie świadka) oraz przedstawił dokumenty objęte wnioskiem dowodowym wskazanym w pkt 4 lit. a) (informację ze Starostwa Powiatowego w Obornikach i Starostwa Powiatowego w Wągrowcu).

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Ad. A KIO 1119/23

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę S.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowe S.W., Cieśle,
ul. Potulicka 10/5, 64-610 Rogoźno (dalej „Przystępujący") do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp..

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa lub przebudowa dróg w miejscowościach: Międzylesie, Boguniewo, Józefinowo, Jaracz, Garbatka i Prusce (nr postępowania INTZ.271.10.2023).

W toku postępowania oferty złożyło dwóch wykonawców:

1.Odwołujący – na poziomie 5 566 936,36 PLN brutto – oferta sklasyfikowana została przez zamawiającego na drugim miejscu.

2.S.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowe S.W. („Przystepujący") – na poziomie 4 717 515,74 PLN brutto – oferta sklasyfikowana została przez zamawiającego na pierwszym miejscu.

Oferta Przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza w dniu 14 kwietnia 2023 roku, kiedy to Zamawiający opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, w której wskazano, że „wybrana oferta spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu zapisów specyfikacji warunków zamówienia, gdyż uzyskała najwyższą ilość punktów wg kryteriów oceny ofert podanych w specyfikacji warunków zamówienia tj. cena brutto (maksymalna wartość punktów 60) i gwarancja (maksymalna wartość punktów 40).- Zamawiający poinformował także, że w postepowaniu nie odrzucono żadnej oferty.

W Rozdziale X ust. 1 lit. d) pkt 2 SWZ Zamawiający wskazał, że na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wymaga, aby Wykonawca wykazał, że dysponuje lub będzie dysponować niżej wymienionym sprzętem:

- min. 1 szt. koparko-spycharka,

- min. 1 samochód samowyładowczy,

- min. 1 mieszarka do wytwarzania mieszanki,

- min. 1 walec ogumiony (zalecany) lub stalowy, wibracyjny lub statyczny do zagęszczania,

- min. 1 zagęszczarka płytowa, ubijak mechaniczny lub mały walec wibracyjnym do zagęszczania w miejscach trudnodostępnych,

- min. 1 układarka lub równiarka, lub spycharka — do rozkładania mieszanki.

Z kolei w Rozdziale XII ust. 3 pkt 3.3 Zamawiający w zakresie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu składanych na żądanie Zamawiającego wskazał: *Wykaz sprzętu, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami - potwierdzający warunki udziału w postępowaniu opisane w pkt X.1.d 2) SWZ i przygotowany zgodnie z Załącznikiem nr 11 do SWZ: Wykaz sprzętu.*

Załącznik nr 11 do SWZ miał formę tabeli, w której Wykonawca zobowiązany był wskazać następujące informację:

Wykaz sprzętu, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami

Rodzaj i typ sprzętu	*Ilość*	*Rok prod.*	*Forma własności*

Przystępujący na skutek wezwania skierowanego do niego przez Zamawiającego w dniu 7 kwietnia 2023 r., z pismem z dnia 12 kwietnia 2023 r. przekazał Zamawiającego wymagane dokumenty i oświadczenia, w tym wykaz sprzętu zgodnie z załącznikiem nr 11 do SWZ. W załączniku tym w zakresie dysponowania mieszarką do wytwarzania mieszanki wskazał *Mieszarka do wytwarzania mieszanki CCM 1200, 1 szt, rok produkcji: 2022; forma własności: własność*.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

Art. 57 pkt. 2 Pzp – O*udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy (…) 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego.*

Art. 252 ust. 1 Pzp –*Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia*.

Art. 253 ust. 1 pkt 1 Pzp - *Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie*

wykonawców, którzy złożyli oferty, o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację.

Art. 223 ust. 1 pzp – *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.*

Art. 226 ust. 1 pkt 2) – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca została złożona przez wykonawcę:*

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

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

Art. 226 ust. 1 pkt 3) – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy*;

Art. 226 ust. 1 pkt 5) – *Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Istotą sporu pomiędzy stronami była treść warunku udziału w postępowaniu, do którego referuje Rozdział X ust. 1 lit. d) pkt 2 SWZ i w konsekwencji prawidłowość oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego.

Sporna treść warunku dotyczyła sformułowania: „Wykonawca wykazał, że dysponuje lub będzie dysponować min. 1 mieszarką do wytwarzania mieszanki".

W niniejszym postępowaniu treść warunku jest w ocenie Izby jasna. Stwierdzenie (zawarte w treści warunku udziału w postępowaniu, do którego referuje Rozdział X ust. 1 lit. d) pkt 2 SWZ) oznacza, że wykonawca, aby wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, był zobowiązany przedstawić w wykazie sprzętu, stanowiącym załącznik nr 11 przynajmniej jedno wskazane w warunku urządzenie dostępne wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Zatem minimalny obowiązek wynikający z treści warunku, to przedstawienie w wykazie sprzętu co najmniej jednego urządzenia typu mieszarka do wytwarzania mieszanki wraz z informacją roku produkcji oraz formą dysponowania tym urządzeniem.

Bezzasadna jest argumentacja Odwołującego wskazująca na konieczność interpretacji treści przedmiotowego warunku w drodze wykładni językowej oraz celowościowej (w powiązaniu z przedmiotem zamówienia, jego parametrami technicznymi i warunkami wykonania), jako „*mieszarkę do wytwarzania mieszanki*" należy rozumieć wytwórnię betonu towarowego, czy innego rodzaju urządzenie do produkcji betonu (mobilne lub stacjonarne), a ponadto że powinno być to urządzenie funkcjonujące i zdatne do użytku (zarówno pod względem prawnym jak też technicznym) ze względu na cel postawiony przez Zamawiającego, którym jest realizacja zamówienia.

Treść warunku jest tymczasem jasna i nie wymaga dodatkowej interpretacji – zgodnie z zasadą clara non sunt interpretanda. Nie występuje zatem potrzeba odwoływania się do innych interpretacji (jak np. celowościowa, funkcjonalna). Ponadto pierwszą i podstawową wykładnią treści dokumentów, w tym treści warunków udziału w postępowaniu, jest wykładania językowa (literalna). Sąd Najwyższy wskazał na pierwszeństwo stosowania wykładni językowej. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 8 maja 1998 roku, sygn. I CKN 664/97: „W doktrynie i judykaturze sformułowana została reguła określająca następującą kolejność różnych sposobów wykładni: wykładnia językowa, wykładnia systemowa, wykładnia funkcjonalna (celowościowa). W myśl zasady interpretatio cessat in claris nie zawsze zachodzić będzie jednak konieczność użycia kolejno wszystkich tych sposobów, w szczególności nie będzie potrzeby sięgania po dyrektywy celowościowe, jeżeli już po zastosowaniu dyrektyw językowych, czy też językowych i systemowych, uda się uzyskać właściwy wynik wykładni, to jest ustalić znaczenie interpretowanej normy".

Izba podziela stanowisko, że nie można odchodzić od wykładni językowej na rzecz innych wykładni, bowiem powodowałoby to, że oświadczenia byłyby odczytywane wbrew nadanemu im brzmieniu, powodując brak zaufania niezbędnego w obrocie gospodarczym. Izba podziela również stanowisko, że oświadczenie Zamawiającego zawarte w

treści dokumentów postępowania (w tym treść warunku udziału w postępowaniu) było kierowane do nieograniczonego kręgu osób i nadanie mu obecnie innej treści niż ta, która wynika z jego brzmienia zgodnie z zasadami języka polskiego, powoduje pokrzywdzenie innych wykonawców oraz zmianę reguł postępowania przetargowego po terminie składania ofert.

Argumenty podnoszone przez Odwołującego stanowią wyłącznie interpretację warunku dokonaną przez Odwołującego opartą o potencjalne intencje, jakie w ocenie Odwołującego mógł mieć Zamawiający, jednak decydujące znaczenie dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu ma literalna treść warunku udziału w postępowaniu. Intencje te nie znalazły bowiem odzwierciedlenia w treści warunku, zakresie wymaganych do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jak również zaprzeczył im Zamawiający w przedstawionej odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy. Co więcej – Zamawiający podkreślił, że sposób sformułowania warunku miał na celu zwiększenie konkurencyjności postępowania poprzez ustanowienie warunku, który miała szanse spełnić szersza grupa wykonawców.

Jak wskazano powyżej, treść warunku powinna być rozumiana/interpretowana zgodnie z jego literalnym brzmieniem. Jakakolwiek zmiana treści warunku, przyjęcie odmiennej interpretacji treści warunku (niż wynika to z jego literalnego brzmienia) po upływie terminu składania ofert jest niedopuszczalne.

Za bezzasadną należy w tym świetle uznać podnoszoną przez Odwołującego w treści odwołania argumentację, gdyż odnosi się ona do treści warunku, który nie wynika z jego literalnego brzmienia. Nie kwestionuje ona bowiem braku dysponowania przez Przystępującego wymienionym w treści warunku urządzeniem (mieszarki do wytwarzania mieszanki), lecz braku wytwórni betonu towarowego, czy innego rodzaju urządzenia do produkcji betonu (mobilne lub stacjonarne). Tego rodzaju obiektów czy urządzeń dotyczą przywoływane przez Odwołującego przepisy prawa budowlanego i ochrony środowiska, jak również certyfikacji w zakresie wprowadzania betonu na rynek. Analogicznego rodzaju urządzeń i obiektów dotyczyły przedłożone przez Odwołującego dowody w postaci pism Starostwa Wągrowieckiego i Obornickiego, a tym samym nie potwierdzały zarzutów podniesionych w odwołaniu.

O braku spełniania warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu nie świadczy również fakt, że w innym postępowaniu (prowadzonym przez Zamawiającego w maju 2022 r.) Przystępujący w zakresie analogicznego warunku przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów w postaci mieszarki do wytwarzania mieszanki. Jak słusznie wskazał Przystępujący, okoliczność ta nie determinuje braku możliwości zmiany stanu faktycznego na przestrzeni czasu jaki upłynął od tamtego postępowania (np. poprzez nabycie przedmiotowego urządzenia), a tym samym możliwości spełniania samodzielnie przedmiotowego warunku w prowadzonym obecnie postępowaniu.

Wobec powyższego nie potwierdziły się zarzuty odnośnie braku spełniania przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji należało uznać za niezasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułu 57 pkt 2, art.. 223 ust. 1, art. 252 ust.1, art. 253 ust. 1 pkt 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do art.. 16 ust. 1, a także art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i c) oraz pkt 3 i 5 ustawy Pzp Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek argumentów i okoliczności wskazujących na naruszenie
ww. przepisów przez Zamawiającego, wobec czego zarzuty te należało uznać za bezzasadne.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

Ad. B KIO 1120/23

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę S.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowe S.W., Cieśle,
ul. Potulicka 10/5, 64-610 Rogoźno (dalej „Przystępujący") do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp..

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa ulicy południowej w Rogoźnie wraz z odwodnieniem (nr postępowania INTZ.271.11.2023).

W toku postępowania oferty złożyło trzech wykonawców:

1.Odwołujący – na poziomie 2 643 607,36 PLN brutto – oferta sklasyfikowana została przez zamawiającego na trzecim miejscu.

2.S.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowe S.W. („Przystepujący") – na poziomie 2 158 824,14 PLN brutto – oferta sklasyfikowana została przez zamawiającego na pierwszym miejscu;

3.wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „ANMAK" (wykonawca ANMAK") – na poziomie 2 521 021,11 brutto – oferta sklasyfikowana została przez zamawiającego na drugim miejscu;

Oferta Przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza w dniu 14 kwietnia 2023 roku, kiedy to Zamawiający opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, w której wskazano, że „wybrana oferta spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu zapisów specyfikacji warunków zamówienia, gdyż uzyskała najwyższą ilość punktów wg kryteriów oceny ofert podanych w specyfikacji warunków zamówienia tj. cena brutto (maksymalna wartość punktów 60) i gwarancja (maksymalna wartość punktów 40).- Zamawiający poinformował także, że w postepowaniu nie odrzucono żadnej oferty.

W Rozdziale X ust. 1 lit. d) pkt 2 SWZ Zamawiający wskazał, że na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wymaga, aby Wykonawca wykazał, że dysponuje lub będzie dysponować niżej wymienionym sprzętem:

- min. 1 szt. koparko-spycharka,

- min. 1 samochód samowyładowczy,

- min. 1 mieszarka do wytwarzania mieszanki,

- min. 1 walec ogumiony (zalecany) lub stalowy, wibracyjny lub statyczny do zagęszczania,

- min. 1 zagęszczarka płytowa, ubijak mechaniczny lub mały walec wibracyjnym do zagęszczania w miejscach trudnodostępnych,

- min. 1 układarka lub równiarka, lub spycharka — do rozkładania mieszanki.

Z kolei w Rozdziale XII ust. 3 pkt 3.3 Zamawiający w zakresie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu składanych na żądanie Zamawiającego wskazał: *Wykaz sprzętu, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami - potwierdzający warunki udziału w postępowaniu opisane w pkt X.1.d 2) SWZ i przygotowany zgodnie z Załącznikiem nr 11 do SWZ: Wykaz sprzętu.*

Załącznik nr 11 do SWZ miał formę tabeli, w której Wykonawca zobowiązany był wskazać następujące informację:

Wykaz sprzętu, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami

Rodzaj i typ sprzętu	*Ilość*	*Rok prod.*	*Forma własności*

Przystępujący na skutek wezwania skierowanego do niego przez Zamawiającego w piśmie z dnia 7 kwietnia 2023 r., z pismem z dnia 12 kwietnia 2023 r. przekazał Zamawiającego wymagane dokumenty i oświadczenia, w tym wykaz sprzętu zgodnie z załącznikiem nr 11 do SWZ. W załączniku tym w zakresie dysponowania mieszarką do wytwarzania mieszanki wskazał *Mieszarka do wytwarzania mieszanki CCM 1200, 1 szt, rok produkcji: 2022; forma własności: własność*.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

Art. 57 pkt. 2 Pzp – O*udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy (…) 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego.*

Art. 252 ust. 1 Pzp –*Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia*.

Art. 253 ust. 1 pkt 1 Pzp - *Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy*

albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację.

Art. 223 ust. 1 pzp – *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.*

Art. 226 ust. 1 pkt 2) – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca została złożona przez wykonawcę:*

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

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

Art. 226 ust. 1 pkt 3) – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy*;

Art. 226 ust. 1 pkt 5) – *Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

Art. 226 ust. 1 pkt 10) – *Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu*

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Istotą sporu pomiędzy stronami była treść warunku udziału w postępowaniu, do którego referuje Rozdział X ust. 1 lit. d) pkt 2 SWZ i w konsekwencji prawidłowość oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego oraz wykonawcy ANMAK.

Sporna treść warunku dotyczyła sformułowania: „Wykonawca wykazał, że dysponuje lub będzie dysponować min. 1 mieszarką do wytwarzania mieszanki".

W niniejszym postępowaniu treść warunku jest w ocenie Izby jasna. Stwierdzenie (zawarte w treści warunku udziału w postępowaniu, do którego referuje Rozdział X ust. 1 lit. d) pkt 2 SWZ) oznacza, że wykonawca, aby wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, był zobowiązany przedstawić w wykazie sprzętu, stanowiącym załącznik nr 11 przynajmniej jedno wskazane w warunku urządzenie dostępne wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Zatem minimalny obowiązek wynikający z treści warunku, to przedstawienie w wykazie sprzętu co najmniej jednego urządzenia typu mieszarka do wytwarzania mieszanki wraz z informacją roku produkcji oraz formą dysponowania tym urządzeniem.

Bezzasadna jest argumentacja Odwołującego wskazująca na konieczność interpretacji treści przedmiotowego warunku w drodze wykładni językowej oraz celowościowej (w powiązaniu z przedmiotem zamówienia, jego parametrami technicznymi i warunkami wykonania), jako „*mieszarkę do wytwarzania mieszanki*" należy rozumieć wytwórnię betonu towarowego, czy innego rodzaju urządzenie do produkcji betonu (mobilne lub stacjonarne), a ponadto że powinno być to urządzenie funkcjonujące i zdatne do użytku (zarówno pod względem prawnym jak też technicznym) ze względu na cel postawiony przez Zamawiającego, którym jest realizacja zamówienia.

Treść warunku jest tymczasem jasna i nie wymaga dodatkowej interpretacji – zgodnie z zasadą clara non sunt interpretanda. Nie występuje zatem potrzeba odwoływania się do innych interpretacji (jak np. celowościowa, funkcjonalna). Ponadto pierwszą i podstawową wykładnią treści dokumentów, w tym treści warunków udziału w postępowaniu, jest wykładania językowa (literalna). Sąd Najwyższy wskazał na pierwszeństwo stosowania wykładni językowej. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 8 maja 1998 roku, sygn. I CKN 664/97: „W doktrynie i judykaturze sformułowana została reguła określająca następującą kolejność różnych sposobów wykładni: wykładnia językowa, wykładnia systemowa, wykładnia funkcjonalna (celowościowa). W myśl zasady interpretatio cessat in claris nie zawsze zachodzić będzie jednak konieczność użycia kolejno wszystkich tych sposobów, w szczególności nie będzie potrzeby sięgania po dyrektywy celowościowe, jeżeli już po zastosowaniu dyrektyw językowych, czy też językowych i systemowych, uda się uzyskać właściwy wynik wykładni, to jest ustalić znaczenie interpretowanej normy".

Izba podziela stanowisko, że nie można odchodzić od wykładni językowej na rzecz innych wykładni, bowiem powodowałoby to, że oświadczenia byłyby odczytywane wbrew nadanemu im brzmieniu, powodując brak zaufania

niezbędnego w obrocie gospodarczym. Izba podziela również stanowisko, że oświadczenie Zamawiającego zawarte w treści dokumentów postępowania (w tym treść warunku udziału w postępowaniu) było kierowane do nieograniczonego kręgu osób i nadanie mu obecnie innej treści niż ta, która wynika z jego brzmienia zgodnie z zasadami języka polskiego, powoduje pokrzywdzenie innych wykonawców oraz zmianę reguł postępowania przetargowego po terminie składania ofert.

Argumenty podnoszone przez Odwołującego stanowią wyłącznie interpretację warunku dokonaną przez Odwołującego opartą o potencjalne intencje, jakie w ocenie Odwołującego mógł mieć Zamawiający, jednak decydujące znaczenie dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu ma literalna treść warunku udziału w postępowaniu. Intencje te nie znalazły bowiem odzwierciedlenia w treści warunku, zakresie wymaganych do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jak również zaprzeczył im Zamawiający w przedstawionej odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy. Co więcej – Zamawiający podkreślił, że sposób sformułowania warunku miał na celu zwiększenie konkurencyjności postępowania poprzez ustanowienie warunku, który miała szanse spełnić szersza grupa wykonawców.

Jak wskazano powyżej, treść warunku powinna być rozumiana/interpretowana zgodnie z jego literalnym brzmieniem. Jakakolwiek zmiana treści warunku, przyjęcie odmiennej interpretacji treści warunku (niż wynika to z jego literalnego brzmienia) po upływie terminu składania ofert jest niedopuszczalne.

Za bezzasadną należy w tym świetle uznać podnoszoną przez Odwołującego w treści odwołania argumentację, gdyż odnosi się ona do treści warunku, który nie wynika z jego literalnego brzmienia. Nie kwestionuje ona bowiem braku dysponowania przez Przystępującego oraz wykonawcy ANMAK wymienionym w treści warunku urządzeniem (mieszarki do wytwarzania mieszanki), lecz braku wytwórni betonu towarowego, czy innego rodzaju urządzenia do produkcji betonu (mobilne lub stacjonarne). Tego rodzaju obiektów czy urządzeń dotyczą przywoływane przez Odwołującego przepisy prawa budowlanego i ochrony środowiska, jak również certyfikacji w zakresie wprowadzania betonu na rynek. Analogicznego rodzaju urządzeń i obiektów dotyczyły przedłożone przez Odwołującego dowody w postaci pism Starostwa Wągrowieckiego i Obornickiego, a tym samym nie potwierdzały zarzutów podniesionych w odwołaniu.

O braku spełniania warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu nie świadczy również fakt, że w innym postępowaniu (prowadzonym przez Zamawiającego w maju 2022 r.) Przystępujący w zakresie analogicznego warunku przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów w postaci mieszarki do wytwarzania mieszanki. Jak słusznie wskazał Przystępujący, okoliczność ta nie determinuje braku możliwości zmiany stanu faktycznego na przestrzeni czasu jaki upłynął od tamtego postępowania (np. poprzez nabycie przedmiotowego urządzenia), a tym samym możliwości spełniania samodzielnie przedmiotowego warunku w prowadzonym obecnie postępowaniu.

Wobec powyższego nie potwierdziły się zarzuty odnośnie braku spełniania przez Przystępującego i wykonawcę ANMAK warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji należało uznać za niezasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułu 57 pkt 2, art.. 223 ust. 1, art. 252 ust.1, art. 253 ust. 1 pkt 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do art.. 16 ust. 1, a także art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i c) oraz pkt 3 i 5 ustawy Pzp Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek argumentów i okoliczności wskazujących na naruszenie
ww. przepisów przez Zamawiającego, wobec czego zarzuty te należało uznać za bezzasadne.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 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). Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie kosztów dojazdu w celu dostarczenia dokumentacji postępowania do Krajowej Izby Odwoławczej na kwotę 415,40 zł, z uwagi na fakt, że koszty te nie mieszczą się w kategoriach kosztów określonych w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia.

Przewodniczący: ……