

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 maja 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2025 r. przez wykonawcę **Balzola Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego występuje: Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie,**

orzeka:

1. Uwzględnić zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zarzut 3 odwołania i nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowne badanie i ocenę ofert, w tym wezwanie wykonawcy Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (Rozdział IV SWZ, pkt 4, ppkt 4.2. SWZ).
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Balzola Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** części 3/4 i **Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego występuje: Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta** w części 1/4 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Balzola Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę **Balzola Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
 - 2.2. zasądza od **Miasta Stołecznego Warszawa, w imieniu którego występuje: Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta** na rzecz wykonawcy **Balzola Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawcę **Balzola Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** z tytułu ¼ wpisu od odwołania oraz kwotę **900 zł 00 gr** (słownie: dziewięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawcę **Balzola Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** z tytułu ¼ wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 1663/25

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego występuje: Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie robót budowlanych związanych z rozbudową drogi powiatowej nr 5509W – ul. Grzybowskiej na odcinku Al. Jana Pawła II – ul. Siedmiogrodzka wraz z przebudową infrastruktury technicznej oraz przebudową innych dróg publicznych w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Rozbudowa ul. Grzybowskiej na odc. ul. Jana Pawła II – ul. Siedmiogrodzka”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 6 sierpnia 2024 r. pod nr Dz. U. S: 152/2025 numer publikacji ogłoszenia 471784-2024.

W dniu 28 kwietnia 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Balzola Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 112 ust. 2 pkt. 4, art. 116, art. 239 i art. 16 pkt 1) ustawy Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania, przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, zwanego dalej „wykonawcą Strabag”, jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku zdolności technicznej lub zawodowej wyrażonego w pkt V.4.2 SWZ, tj. warunku dysponowania do pełnienia funkcji kierownika budowy (odpowiedzialnego za wykonanie robót branży drogowej), osobą posiadającą uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie kierowania robotami budowlanymi – bez ograniczeń – w specjalności drogowej, który posiada co najmniej 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy, w tym na 2 zrealizowanych kontraktach obejmujących budowę lub przebudowę drogi klasy co najmniej Z, o długości wynoszącej co najmniej 500 m (każda), zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta/miast, które obecnie są miastami na prawach powiatu, której zakres obejmował m.in. przebudowę/budowę skrzyżowania dróg z sygnalizacją świetlną;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji (tj.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), zwana dalej „ustawą znku”, a także art. 16 pkt 1) ustawy Pzp, mające istotny wpływ na wynik postępowania, przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Strabag, która to oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, co polegało na podaniu w celu przysporzenia korzyści majątkowej (tj. uzyskania zamówienia) wbrew prawu i dobrym obyczajom niezgodnych z prawdą informacji w wykazie osób złożonym zamawiającemu w postępowaniu, z których wynikało, że wskazany w tym wykazie Pan K.K. jako Kierownik budowy posiada doświadczenie wymagane w pkt V.4.2 SWZ, które zdobył podczas wykonania zadania referencyjnego wskazanego w pkt 1 złożonego Wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego z 28.03.2025r. w sytuacji, gdy złożone w tym wykazie zapewnienia nie są zgodne z rzeczywistością.

ewentualnie na wypadek nie uwzględnienia zarzutów pkt 1) i 2)

3)art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Strabag do uzupełniania dokumentów żądanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu z Rozdziału IV. Pkt 4.2. SWZ, tj. wykazu osób, w sytuacji gdy wykonawca ten nie złożył wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienia ww. warunku a w okolicznościach sprawy brak podstaw do uznania, że oświadczył nieprawdę.

ewentualnie na wypadek nie uwzględnienia zarzutów pkt 1), 2) i 3)

4)art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Strabag do wyjaśnienia treści złożonego Wykazu Osób na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu z Rozdziału IV. Pkt 4.2. SWZ, w zakresie długości drogi kat. min. Z budowanej lub przebudowywanej w ramach realizacji wskazanego zadania polegającego na „Budowie i przebudowie trasy tramwajowej w ciągu ul. Kasprzaka i ul. Wolskiej”.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie powtórnej oceny ofert, odrzucenie oferty wykonawcy Strabag i dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Na wypadek zaś uwzględnienia zarzutów ewentualnych odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie powtórnego badania ofert i wezwanie wykonawcy Strabag do uzupełniania Wykazu osób w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp lub wyjaśnienia złożonego wykazu osób, w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, w zakresie długości budowanej lub przebudowywanej w ramach zadania „Budowa i przebudowa trasy tramwajowej w ciągu ul. Kasprzaka i ul. Wolskiej” drogi kat. min. Z”.

Odwołujący podał w odwołaniu uzasadnienie do podniesionych zarzutów, przywołując postanowienia SWZ, treść złożonych ofert oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający w dniu 30 kwietnia 2025 r. przekazał kopię odwołania wykonawcom uczestniczącemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego za pośrednictwem platformy zakupowej.

W dniu 30 kwietnia 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, zwany dalej „wykonawcą Strabag” lub „przystępującym”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W dniu 21 maja 2025 r. zamawiający złożył „Odpowiedź zamawiającego na odwołanie wobec czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 22 maja 2025 r. przystępujący złożył pismo procesowe w sprawie, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości odwołania oraz o dopuszczenie na podstawie art. 538 ust. 1 ustawy Pzp dowodów zawnioskowanych w uzasadnieniu tego pisma lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym, bądź ustnym.

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

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

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

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, zwanego dalej „wykonawcą Strabag” lub „przystępującym”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

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

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

Izba dopuściła zawnioskowany i złożony przez odwołującego w załączeniu do odwołania dowód, tj.: Projekt budowlany, branża drogowa, Układ drogowy „Budowa i przebudowa trasy tramwajowej w ciągu ul. Kasprzaka (Wolska –

Skierniewicka) (DRO – 0) i przekrój podłużny (DRO-2).

Izba dopuściła zawnioskowany i złożony przez zamawiającego w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie dowód, tj. trzy decyzje zatwierdzające projekt budowlany i udzielające pozwoleń na budowę (decyzja nr 109/WOL/IL/2022 z dnia 19 maja 2022 r., decyzja nr 110/WOL/IL/2022 z dnia 19 maja 2022 r. oraz decyzja nr 310/SAAB/2023 z dnia 10 maja 2023 r.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone przez zamawiającego w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie dowód, tj. Pismo Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z dnia 13.05.2025 r. nr TW.DISK.211.2.226.2025.VS.

Izba dopuściła zawnioskowany i złożony przez odwołującego w załączeniu do pisma procesowego z dnia 22 maja 2025 r. dowód, tj. Protokół odbioru końcowego.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone przez odwołującego na rozprawie dowody, tj.: plik dokumentów, w tym plany referencyjnej roboty oraz pismo Tramwajów Warszawskich Sp. z o.o. z dnia 13 maja 2025 r.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone przez przystępującego na rozprawie dowody, tj.:

1. Dwie strony z Dziennika budowy nr 287 z 2021 r. wydany dnia 18.11.2021 r.
2. Zdjęcia zrealizowanej inwestycji (5 sztuk).
3. Plik dokumentów – wyjaśnienia treści SWZ z dnia 8 stycznia 2021 r.
4. Plik planów dotyczących zrealizowanej inwestycji.
5. Wyjaśnienia i zmiany treści SIWZ nr 1 z dnia 13 października 2020 r.

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

Izba ustaliła następujący stan faktyczny (tożsamy dla wszystkich zarzutów):

Zamawiający w rozdziale V SWZ „Warunki udziału w postępowaniu”, pkt 4 „Zdolność techniczna i zawodowa”, ppkt 4.2., zmodyfikowany pismem z dnia 2 grudnia 2024 r. oraz pismem z dnia 23 grudnia 2024 r. podał, że:

„Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że: (...) 4.2. dysponuje osobami posiadającymi kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie do pełnienia funkcji kierownika budowy (odpowiedzialnego za wykonanie robót branży drogowej), posiadającego uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie kierowania robotami budowlanymi – bez ograniczeń – w specjalności drogowej, który posiada co najmniej 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy, w tym na 2 zrealizowanych kontraktach obejmujących budowę² lub przebudowę drogi klasy co najmniej Z, o długości wynoszącej co najmniej 500 m (każda), zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta/miast, które obecnie są miastami na prawach powiatu, której zakres obejmował m.in. przebudowę/budowę skrzyżowania dróg z sygnalizacją świetlną.”, dodając że:

„1) Za wykonaną robotę budowlaną Zamawiający rozumie taką robotę, która została zrealizowana na rzecz podmiotu (Zamawiającego/Odbiorcy) i odebrana przez ten podmiot, jako należyście wykonana. Zamawiający zastrzega sobie prawo do ewentualnego sprawdzenia prawdziwości przedstawianych danych, które będą wyszczególnione w ofercie.

2) Przez „budowę” należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego.”.

Pismem z dnia 20 marca 2025 r. zamawiający wezwał wykonawcę Strabag „do złożenia aktualnych na dzień złożenia, następujących podmiotowych środków dowodowych: (...)”

2. W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 Ustawy: (...)

2.2. Wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (wzór stanowi Załącznik Nr 6 do SWZ).”.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Strabag złożył „WYKAZ OSÓB skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego”, w którym celem wykazania posiadanego doświadczenia podał „*opis zrealizowanego zamówienia, w którym uczestniczyła osoba wskazana*”, tj.:

Poz. 1 Wykazu - „Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach inwestycji „Budowa i przebudowa trasy tramwajowej w ciągu ul. Kasprzaka i ul. Wolskiej”.

Poz. 2 Wykazu - „Budowa Trasy Świętokrzyskiej na odc. od ul. Wybrzeże Szczecińskie do ul. Zabranieckiej – odcinek “A” ul. Wybrzeże Szczecińskie – ul. Zamoyskiego.”.

Poz. 3 Wykazu- Pruszków – Żyrardów – Kamion, na odcinku: od ulicy Partyzantów do ulicy Bohaterów Warszawy wraz z przebudową magistrali wodociągowej Dn600 mm L=1227,0m w Al. Jerozolimskich w pasie drogi wojewódzkiej nr 719 na odcinku od ul. Topiel do ul. Przeciętnej na terenie miasta Pruszków, powiatu pruszkowskiego, województwa mazowieckiego.”.

Poz. 4 Wykazu – „Budowa dróg dojazdowych do wiaduktu WD-64 w ciągu trasy ekspresowej POW nad linią kolejową Warszawa – Katowice na terenie m.st. Warszawy – I Etap.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp mówi, że „*zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu*”. Oznacza to, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający może, ale nie musi, określić warunki udziału w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jeżeli jednak zamawiający przewidział warunki udziału w postępowaniu, określając je w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ lub OPW (zależnie od wartości i trybu udzielenia zamówienia) to musi zweryfikować ich spełnianie przez wykonawcę w oparciu o oświadczenie z art. 125 ust. 1 Pzp, a także w oparciu o podmiotowe środki dowodowe.).

Warunki udziału w postępowaniu – zgodnie z art. 112 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp – „mogą dotyczyć: (...) zdolności technicznej lub zawodowej”. Taki też warunek – warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej - określił zamawiający w punkcie 4.2. SWZ dotyczącej tego postępowania. Na potwierdzenie jego spełnienia wykonawca Strabag w załączniku nr 6 do SWZ- „WYKAZ OSÓB skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego” wyspecyfikował 4 roboty. W zakresie dotyczącym klasy drogi, jej długości, budowy skrzyżowania drogi z sygnalizacją świetlną oraz lokalizacji w granicach administracyjnych miasta/miast, które obecnie są miastami na prawach powiatu przedstawił roboty wskazane w punkcie 1 i 2 Wykazu.

Zadania opisane w punkcie 3 i 4 miały z kolei na celu – jak słusznie wskazywali przystępujący i zamawiający - wykazanie posiadania przez wskazaną w wykazie osobę (Pana K.K.) 5 - letniego doświadczenia na stanowisku kierownika budowy. Świadczy o tym sposób przedstawienia informacji w złożonym wykazie, które odnoszą się do treści postawionego warunku i zawarte tam informacje. Tak więc zadania z pozycji 3 i 4 miały potwierdzać w zestawieniu z robotami z pozycji 1 i 2 długość posiadanego doświadczenia na stanowisku kierownika budowy.

Odwolujący zakwestionował zadanie wskazane w pozycji 1, tj. zadanie pn. „Budowa i przebudowa trasy tramwajowej w ciągu ul. Kasprzaka i ul. Wolskiej”, które było wykazane na potwierdzenie spełnienia warunku opisanego w pkt 4.2 SWZ, a realizacja którego była podzielona na 4 zadania. Zdaniem odwołującego żadne z zadań nie potwierdza wybudowania drogi o określonej kategorii i długości. Długość budowanej drogi – jak podnosił odwołujący i jak następnie wykazał - wyniosła jedynie około 400 m, podczas gdy wymagane było wykonanie odcinka o „*długości wynoszącej co najmniej 500 m (każda)*”. Okoliczność tę przyznał także na rozprawie sam przystępujący, oświadczając że żaden z budowanych i przebudowywanych odcinków nie wynosił co najmniej 500 m. Wykonawca Strabag, składając ofertę, zsumował odcinki realizowane w ramach tego zamówienia.

Tymczasem wymagane było legitymowanie się doświadczeniem w budowie lub przebudowie określonej kategorii drogi o określonej długości wykonanej drogi. Okoliczność ta została przyznana w toku rozprawy. Oznacza to więc, że wykonawca Strabag nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 4.2. SWZ w odniesieniu do długości wykonanej drogi. Treść postawionego warunku odnosiła się bowiem do „*długości wynoszącej co najmniej 500 m (każda)*”, nie przewidując, że na ten odcinek może się składać kilka mniejszych odcinków realizowanych w ramach jednej roboty i kilku zadań.

Istotnie w ramach referencyjnej roboty drogowej stanowiły przedmiot realizacji, dla której to części dedykowany był oddzielny opis przedmiotu zamówienia, na dowód czego przystępujący złożył opisową część Projektu Budowlanego dla branży drogowej, układ drogowy, gdzie wskazano parametry dla układu drogowego, takie jak klasa drogi, kategoria ruchu (KR6) szerokość pasa ruchu, informacje na temat konieczności zaprojektowania i wybudowania zatok autobusowych, ścieżki rowerowej, chodników. Niemniej jednak w ramach tej inwestycji, miał zostać zbudowany/przebudowany układ drogowy dla poruszania się pojazdów, autobusów, jak też pieszych i rowerów. Wskazane w pkt 6 Projektu budowlanego dla branży drogowej parametry dotyczyły wyłącznie układu drogowego. Realizowane były poszczególne odcinki branży drogowej, które jednak wymaganej długości nie osiągnęły. Co więcej zamawiający Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., odpowiadając na pytanie zamawiającego, wskazał roboty jakie były wykonane w ramach referencyjnych robót budowlanych polegających na budowie i przebudowie dróg publicznych, podając iż w ramach zadania nr „1.1. ul. Kasprzaka od ul. Ordonia do ul. Skierniewickiej (klasa GP) na dł. 1250 m, 1.2. ul. Wolskiej od ul. Sowińskiego do ul. Kasprzaka (klasa GP) na dł. ok. 470 m, 1.3. ul. Wolskiej od ul. Kasprzaka do rejonu ul. Elekcyjnej (klasa G) na dł. ok. 580 m oraz 1.4. ul. Kasprzaka od ul. Wolskiej do ul. Ordonia (klasa GP) na dł. ok. 410 m”, jak również zaznaczając jak interpretował budowę i przebudowę oraz jak klasyfikował torowisko tramwajowe znajdujące się w pasie drogowym. Może być więc ono elementem pasa drogowego drogi a nie samą drogą.

Wobec tego Izba uznała, że wykonawca ten powinien być wezwany do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu., potwierdzających spełnienie warunku określonego w punkcie 4.2. SWZ. Brak jest bowiem na tym etapie postępowania podstaw do odrzucenia oferty na tej właśnie podstawie, gdyż przepisy ustawy Pzp przewidują w takim przypadku wezwanie wykonawcy odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia.

Art. 128 ust. 1 ustawy Pzp stanowi bowiem, że *jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, 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 wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania*.”. Oznacza to, że ustawa przewiduje wezwanie do złożenia, wezwanie do poprawienia i wezwanie do uzupełnienia. Jeżeli więc wykonawca złożył podmiotowe środki dowodowe, zamawiający powinien dokonać ich badania a jeśli stwierdzi, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu to zamawiający powinien jeden raz wezwać takiego wykonawcę do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego. Wykonawcy przysługuje bowiem jedna szansa na sanowanie braków w złożonych podmiotowych środkach dowodowych. Zamawiający nie może odrzucić oferty wykonawcy z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu jeśli uprzednio nie zastosował art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym w tym zakresie (zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – zarzut 3 odwołania) zarzut odwołującego potwierdził się.

Izba także uznała, że nie potwierdził się zarzut czynu nieuczciwej konkurencji (zarzut 2 odwołania). Niespełnienie warunku udziału w postępowaniu nie stanowi jednocześnie i niejako z automatu czynu nieuczciwej konkurencji. Takie podejście prowadziłoby do tego, że przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp stałby się przepisem martwym a nie takie było założenie ustawodawcy. Izba także uznała, że nie ziszczyły się przesłanki do stwierdzenia, że w tym stanie faktycznym

wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. Ustawa Pzp nie zawiera przy tym definicji czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w której czyn nieuczciwej konkurencji został zdefiniowany w art. 3 ust. 1 tejże ustawy. Przepis ten stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Tak więc aby określone zachowanie wykonawcy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy znk, konieczne jest łączne spełnienie wyżej wskazanych przesłanek. Co więcej stwierdzenie, czy konkretne zachowanie przedsiębiorcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, wymaga każdorazowo dokładnej analizy zaistnienia znamion takiego czynu. Odwołujący nie przywołał konkretnego czynu, którego miałby dopuścić się wykonawca Strabag, mimo że ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zawiera otwarty katalog czynów nieuczciwej konkurencji, co z kolei oznacza, że odwołujący, formułując zarzut oparty na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest zobligowany do wskazania takiego czynu jakiego dopuścił się – w jego ocenie - wykonawca, jego skonkretyzowaniu oraz opisanu na czym ten czyn polega. Okoliczność, że wskazana robota nie potwierdza warunku udziału w postępowaniu nie oznacza jeszcze, że wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Tym bardziej, że przepisy ustawy w takim właśnie wypadku przewidują możliwość złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut 4 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Strabag do wyjaśnienia treści złożonego Wykazu Osób na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu z Rozdziału IV. Pkt 4.2. SWZ, w zakresie długości drogi kat. min. Z budowanej lub przebudowywanej w ramach realizacji wskazanego zadania polegającego na „Budowie i przebudowie trasy tramwajowej w ciągu ul. Kasprzaka i ul. Wolskiej” podniesiony był ewentualnie na wypadek nie uwzględnienia zarzutów pkt 1), 2) i 3). Skoro więc Izba uwzględniła zarzut 3 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Strabag do uzupełniania dokumentów żądanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu z Rozdziału IV. Pkt 4.2. SWZ, tj. wykazu osób, w sytuacji gdy wykonawca ten nie złożył wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie ww. warunku a w okolicznościach sprawy brak jest podstaw do uznania, że oświadczył nieprawdę to oznacza to, że uwzględnienie zarzutu 3 zrealizowało już żądanie odwołującego. W tej sytuacji – jak wynika z samej natury ewentualności zarzutów – rozpatrywanie pozostałego zarzutu (zarzutu 4 odwołania) nie ma już sensu, gdyż nie prowadziłoby to do żadnej zmiany ostatecznego rozstrzygnięcia.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 3 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca: