Sygn. akt: KIO 1972/25

WYROK

Warszawa, dnia 23 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 19 maja 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego J.M., R.F. i O.A. prowadzących wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usług Komunalnych J., R.P. spółka cywilna w miejscowości Nakło nad Notecią przy ul. Młyńskiej 22 (89-100 Nakło nad Notecią)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy M.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wykonawstwo, projekty i nadzory „WPN" M.S. w miejscowości Chodzież, przy ul. Osiedle Widok 27 (64-800 Chodzież)

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego J.M., R.F. i O.A. prowadzących wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usług Komunalnych J., R.P. spółka cywilna w miejscowości Nakło nad Notecią i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego J.M., R.F. i O.A. prowadzących wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usług Komunalnych J., R.P. spółka cywilna w miejscowości Nakło nad Notecią tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego J.M., R.F. i O.A. prowadzących wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usług Komunalnych J., R.P. spółka cywilna w miejscowości Nakło nad Notecią 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.

Przewodnicząca:……

Sygn. akt: KIO 1972/25

U z a s a d n i e n i e

Gmina Skoki (zwana dalej: „Zamawiającym") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Budowa ulicy Polnej w Skokach, gm. Skoki - w zakresie przebudowy przejazdu PKP"numer referencyjny sprawy ZP.271.7.2025 (zwane dalej: „postępowaniem").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 13 marca 2025 r pod numerem: 2025/BZP 00144238. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowalne, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) (zwanej dalej: „Pzp" lub „ustawą Pzp").

W dniu 19 maja 2025 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego J.M., R.F. i O.A. prowadzący wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usług Komunalnych J., R.P. spółka cywilna w miejscowości Nakło nad Notecią (zwani dalej: „Odwołującym") wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę M.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wykonawstwo, projekty i nadzory "WPN" M.S. oraz zaniechaniu odrzucenia tej oferty jako pochodzącej od wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

We wniesionym środku zaskarżenia Odwołujący postawił Zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia:

1.art. 226 ust. 1 pkt 1 lit b) i c) w zw. z art. 57 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy M.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wykonawstwo, projekty i nadzory "WPN" M.S. mimo, niewykazania przez niego spełnienia jednego z warunków udziału w postępowaniu, a mianowicie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej polegającego na wykonaniu, w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie), należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowego ukończenia minimum jednej roboty budowlanej w ramach której wykonano

budowę/przebudowę przejazdu kolejowego lub budowę/przebudowę linii kolejowej o wartości min. 1.000.000 zł brutto

a w konsekwencji

wybór oferty złożonej przez wykonawcę M.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wykonawstwo, projekty i nadzory "WPN" M.S. jako najkorzystniejszej, mimo, iż oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 lit b) i c) Pzp.

2.art. 239 ust. 1 i 2 oraz art. 16 ust. 1-3 Pzp poprzez przeprowadzenie wadliwej oceny ofert i wybór oferty Wykonawcy M.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wykonawstwo, projekty i nadzory "WPN" M.S. jako oferty najkorzystniejszej, pomimo faktu, że wykonawca ten nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta powinna podlegać odrzuceniu, a tym samym naruszenie zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Wobec powyżej wskazanych zarzutów Odwołujący wniósł o :

1.uwzględnienie odwołania w całości;

2.nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie dokonanej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2)powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

3)odrzucenie oferty wykonawcy M.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wykonawstwo, projekty i nadzory "WPN" M.S.

4)przyznanie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania;

5)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania lub przedłożonych w toku postępowania odwoławczego przed Izbą, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania;

Odwołujący wyjaśnił, że posiada legitymację do wniesienia odwołania, gdyż ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia objętego postępowaniem pn. „Budowa ulicy Polnej w Skokach, gm. Skoki — w zakresie przebudowy przejazdu PKP" oraz poniesie szkodę w następstwie naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Interes prawny Odwołującego jest oczywisty, gdyż jego oferta została uznana za drugą najkorzystniejszą spośród złożonych i niepodlegających odrzuceniu ofert (liczba otrzymanych punktów oferty Odwołującego: 97,20, liczba otrzymanych punktów oferty wybranej jako najkorzystniejsza: 100). W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, oferta Odwołującego zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp Odwołujący poniesie zatem szkodę, bowiem utraci szansę na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym nie uzyska wynagrodzenia z tytułu jego realizacji. Powyższe niezbicie dowodzi naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu niniejszego zamówienia i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp.

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona przez Odwołującego argumentacja dla podniesionych zarzutów.

W dniu 23 maja 2025 r. w ramach przedmiotowego postępowania zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca M.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wykonawstwo, projekty i nadzory „WPN" M.S. w miejscowości Chodzież (zwany dalej: „Przystępującym").

W dniu 16 czerwca 2025 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając argumentację na poparcie swoich wniosków.

W dniu 17 czerwca 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację również dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 18 czerwca Odwołujący złożył pismo procesowe zawierające wnioski dowodowe.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia wykonawcy M.S. prowadzącego działalność

gospodarczą pod firmą Wykonawstwo, projekty i nadzory „WPN" M.S. w miejscowości Chodzież,nie zgłosiły również opozycji. Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę M.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wykonawstwo, projekty i nadzory „WPN" M.S. w miejscowości Chodzież. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, z odwołania, odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami oraz z pisma procesowego złożonego przez Przystępującego i Odwołującego.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę ulicy Polnej w Skokach, gm. Skoki - w zakresie przebudowy przejazdu PKP.

Zamawiający w Rozdziale VIII Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „SWZ") określił warunki udziału w postępowaniu. W ust. 2 pkt 4.1 ppkt 1) w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, Zamawiający wskazał, że:
„1) *Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek w zakresie ww. Zdolności, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył minimum jedną robotę budowlaną w ramach której wykonano budowę/przebudowę przejazdu kolejowego lub budowę/przebudowę linii kolejowej o wartości min. 1.000.000 zł brutto."*

W postępowaniu oferty złożyło 3 wykonawców w tym, ofertę złożył Odwołujący i Przystępujący.
Zamawiający w dniu 29 kwietnia 2025 r. na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia aktualnych na dzień złożenia, podmiotowych środków dowodowych, w związku z tym, że oferta jego została w wyniku badania i oceny ofert najwyżej oceniona.
Następnie w dniu 06 maja 2025 r. Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp wzywał Przystępującego, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia aktualnych na dzień złożenia, podmiotowych środków dowodowych.
Przystępujący w tym samym dniu tj. 06 maja 2025 r. udzielił odpowiedzi na ww. wezwanie, wskazując, że:
„ Odpowiadając na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych przedkładam wymagane oświadczenia wraz z załącznikami
Jednocześnie wyjaśniam:
- wysokość udziału Wykonawcy, tj. Wykonawstwo, Projekty i Nadzory M.S. w wartości zadania zrealizowanego w ramach konsorcjum przedstawia załącznik „Rozliczenie w ramach konsorcjum dla zadania pn. „Rozbudowa drogi powiatowej nr 2019P Gorzewo-Ryczywół"
- roboty związane z przebudową przejazdu kolejowego są zawarte w poz. 105 i 106 Tabeli Elementów Rozliczeniowej, stanowiącej załącznik do protokołu odbioru końcowego".
Dodatkowo Przystępujący do odpowiedzi z dnia 06 maja 2025 r, załączył następujące załączniki:
„Załączniki:
1) Wykaz osób – wg zał. nr 5 do SWZ wraz z uprawnieniami oraz zaświadczeniami o przynależności do PIIB wskazanych osób
2) Oświadczenie dot. grupy kapitałowej – wg zał. nr 7 do SWZ
3) Oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP – wg zał. nr 10 do SWZ
4) Wykaz robót budowlanych – wg zał. nr 11 do SWZ + Protokół odbioru końcowego wykonania robót budowlano-drogowych przy „Rozbudowa drogi powiatowej nr 2019P Gorzewo-Ryczywół" wraz z Tabelą Elementów Rozliczeniowych
5) Rozliczenie w ramach konsorcjum dla zadania pn. „Rozbudowa drogi powiatowej nr 2019P Gorzewo-Ryczywół" + kopie faktur".
Załącznik nr 4 stanowił Wykaz robót budowlanych, złożony wg załącznika nr 11 do SWZ wskazany poniżej:

W dniu 13 maja 2025 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę złożoną przez Przystępującego.

Odwołujący z taką decyzją Zamawiającego nie zgodził się, składając tym samym odwołanie.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i poczynione ustalenia faktyczne na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, korespondencję prowadzoną w toku postępowania i mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty

nie zasługują na uwzględnienie, więc rozpoznawane odwołanie zostało oddalone. W ocenie składu orzekającego wybór oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej został dokonany przez Zamawiającego w sposób prawidłowy.

W odniesieniu do zarzutu 1 tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 1 lit b) i c) w zw. z art. 57 pkt 2 Pzp Izba stwierdziła, że kluczowe znaczenie dla jego rozpoznania miał przed wszystkim określony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu opisany w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4.1 ppkt 1) SWZ,wezwania skierowane do Przystępującego z dnia 29 kwietnia i 06 maja 2025 r. oraz pismo Przystępującego z dnia 06 maja 2025 r. będące odpowiedzią na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych wraz z przedłożeniem wymaganych oświadczeń wraz z załącznikami.

Po przeanalizowaniu tych dokumentów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i Przystępującego Izba uznała, że przedłożone przez Przystępującego podmiotowe środki dowodowe tj. Wykaz robót budowlanych zgodny z załącznikiem nr 11 do SWZ, a wraz z nim Protokół odbioru końcowego wykonania robót budowlano-drogowych „Rozbudowa drogi powiatowej nr 2019P Gorzewo-Ryczywół" wraz z Tabelą Elementów Rozliczeniowych (zwanej dalej: „TER"), w odniesieniu do której Przystępujący wskazał, że roboty związane z przebudową przejazdy kolejowego są zawarte w poz. 105 i 106 i rozliczenie w ramach konsorcjum dla ww. zadania wraz z kopiami faktur, dały podstawę Zamawiającemu do stwierdzenia, iż Przystępujący spełnia wymogi udziału w postępowaniu nałożone przez niego na wykonawcę biorącego udział w przetargu, określone w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4.1 ppkt 1) SWZ.

Na wstępie przywołując brzmienie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c) ustawy Pzp, wskazać należy, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę 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,

Następnie art. 57 pkt 2 ustawy Pzp stanowi zaś, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego.

W dokumentacji postępowania określono warunek udziału w przetargu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, w którym Zamawiający wskazał, że: „*Wykonawca spełnia warunek w zakresie ww. Zdolności, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył minimum jedną robotę budowlaną w ramach której wykonano budowę/przebudowę przejazdu kolejowego lub budowę/przebudowę linii kolejowej o wartości min. 1.000.000 zł brutto".* Odwołujący podnosił, że Przystępujący nie wykazał, że jako jeden z wykonawców wspólnie realizujących zamówienie pn. „Rozbudowa drogi powiatowej nr 2019P Gorzewo-Ryczywół" faktycznie zrealizował zakres prac związany z budową/przebudową przejazdu kolejowego lub budowę/przebudowę linii kolejowej, a z przedłożonych przez Przystępujących dokumentów nie wynika jaki konkretnie zakres prac w ramach zadania pn. „Rozbudowa drogi powiatowej nr 2019P Gorzewo-Ryczywół"' faktycznie zrealizowany został przez Przystępującego. Zdaniem Odwołującego w szczególności brak jest w nich potwierdzenia, że to właśnie Przystępujący realizował jakiekolwiek roboty budowlane związane z przebudową przejazdu kolejowego. Zdaniem Izby analiza rozstrzyganego stanu faktycznego, nie pozwala zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, iż Przystępujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ponieważ nie wykazał, że zrealizował zakres prac związany z budową/przebudową przejazdu kolejowego lub budowę/przebudowę linii kolejowej.

W tym miejscu, w ramach rozważań ogólnych wskazać należy na wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt*. Trybunał stwierdził w uzasadnieniu wyroku, że: „gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. (...) wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców". TSUE sprzeciwił się tym samym możliwości powołania się członków konsorcjum na umowę, w których udział danego wykonawcy miał charakter jedynie formalny, stwierdzając, że nie można uznać uzyskania doświadczenia przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców. W orzecznictwie przyjmuje się, że wykonawca nie nabywa doświadczenia przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców, bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład. Realne doświadczenie nabywa poprzez bezpośredni udział w realizacji chociażby jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana była grupa wykonawców. Wykonanie zadania przez konsorcjum nie jest faktycznym wykonaniem zadania przez każdego z jego uczestników. A zatem w sytuacji, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.

Uwzględniając powyższe, jak również zgromadzony materiał dowodowy, Izba doszła do przekonania, że

przedłożony przez Przystępującego wykaz robót budowlanych wraz Protokołem odbioru końcowego wykonania robót budowlano-drogowych dla inwestycji „Rozbudowa drogi powiatowej nr 2019P Gorzewo-Ryczywół" i TER, a także rozliczeniem w ramach konsorcjum dla ww. inwestycji z kopiami faktur oraz wskazaniem zakresu robót wymaganym w warunku określonym przez Zamawiającego (tj. Przystępujący wyjaśnił, że roboty związane z przebudową przejazdu kolejowego są zawarte w poz. 105 i 106 TER i w rozliczeniu w ramach konsorcjum jest również wynagrodzenie za wykonanie robót związanych z przebudową przejazdu kolejowego), potwierdziły spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykonania roboty budowlanej, w ramach której wykonano budowę/przebudowę przejazdu kolejowego lub budowę/przebudowę linii kolejowej. Dodatkowo jak wskazał w piśmie procesowym Przystępującyz Protokołu odbioru końcowego sporządzonego dla inwestycji „Rozbudowa drogi powiatowej nr 2019P Gorzewo-Ryczywół" wynika, że wartość całkowita odebranych robót wyniosła 16 815 999, 00 zł, z czego roboty wykonane przez Przystępującego zostały określone na kwotę 13 158 304,77 zł, co stanowi niemalże 80 % prac wykonanych przez Przystępującego w ramach całej ww. inwestycji. Trzeba mieć na uwadze, że dany wykonawca wchodzący w skład konsorcjum, żeby wykazać się doświadczeniem, nie musi wykonywać absolutnie wszystkiego w danym zamówieniu czy danej jego części, na którą się powołuje, ale jego udział w tym zamówieniu lub odpowiednio jego części musi być na tyle istotny, by zarówno ten jego udział, jak i nabyte doświadczenie, były faktyczne i realne, co zdaniem Izby Przystępujący wykazał składając Zamawiającemu załącznik nr 11 wraz z protokołem odbioru, TER i rozliczeniem dokonanym w ramach konsorcjum.

Odwołującyz ramach stawianego zarzutu podnosił również, że Przystępujący nie wykazał, aby w ramach inwestycji wskazanej w wykazie robót budowlanych w ogóle zostały wykonane roboty budowlane w zakresie budowy/przebudowy przejazdu kolejowego lub budowy/przebudowy linii kolejowej. Zdaniem Odwołującego analiza treści ujętych w pozycjach 105 i 106 TER prowadzi do wniosku, że dotyczą one wyłącznie wykonania nawierzchni z płyt żelbetowych w torowiskach, tj.: poz. 105 — wykonanie nawierzchni z płyt żelbetowych w torowiskach — płyty wewnętrzne 130x300cm i poz. 106 — wykonanie nawierzchni z płyt żelbetowych w torowiskach — płyty zewnętrzne Odwołujący wskazywał, że zakres robót ujęty w tych dwóch pozycjach nie obejmuje prac, które można byłoby zakwalifikować jako budowę lub przebudowę przejazdu kolejowego, ponieważ nie można utożsamiać ułożenia 32 m2 prefabrykowanych płyt z budową lub przebudową przejazdu kolejowego, a według opisu prac ujętego w TER tabeli mogło tam dojść co najwyżej do remontu (wymiany) części nawierzchni w obrębie przejazdu. Skład orzekający tak prezentowanej argumentacji nie podziela.

Izba ustaliła, że w SWZ Zamawiający nie zdefiniował co rozumie pod pojęciem„budowy/przebudowy przejazdu kolejowego" czy „budowy/przebudowy linii kolejowej" wskazanym w warunku. Również żaden z wykonawców nie pytał przed złożeniem oferty jak „budowę/przebudowę przejazdu kolejowego" czy budowę/przebudowę linii kolejowej" należy rozumieć i co kryje się pod tym stwierdzeniem. Skoro Zamawiający w rozstrzyganej sprawie nie wskazał w dokumentacji postępowania żadnych cech jakie należałoby przypisać budowie/przebudowie przejazdu kolejowego czy linii kolejowej, nie może zatem na etapie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu ofert, dokonać zawężającej interpretacji warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie. Tym samym należało uznać, że wykonanie nawierzchni z płyt żelbetowych w torowiskach — płyty wewnętrzne 130x300cm i wykonanie nawierzchni z płyt żelbetowych w torowiskach — płyty zewnętrzne, mieści się w zakresie budowy/przebudowy przejazdu kolejowego.

Ponadto Zamawiający załączając do odpowiedzi na odwołanie, wyjaśnienia treści SWZ z dnia 22 kwietnia 2022 r. wraz z załącznikiem stanowiącym dokumentację techniczną na przebudowę przejazdu kolejowego zamawiającego, który prowadził postępowanie „Rozbudowa drogi powiatowej nr 2019P Gorzewo-Ryczywół"tj. Starostwa Powiatowego w Obornikach, wskazał, że wyjaśnienia te potwierdzają, że zakres ww. inwestycji obejmował planowaną przebudowę przejazdu kolejowego, co m.in. potwierdza także pozytywna opinia wydana przez Oddział Gospodarowania Nieruchomościami w Poznaniu, z treści której wynika, że inwestycja dotyczyła branży kolejowej, tj. przebudowy przejazdu kolejowego. Tak wiec poz. 105 i 106 wskazana w TER w związku z tym również wchodziła w zakres określony przez Zamawiającego.

Dlatego też mając na uwadze powyższe i wobec nie przedstawienia przez Odwołującego kontrargumentacji do powyższych twierdzeń należało tak prezentowane stanowisko Odwołującego uznać za gołosłowne i nie mające odzwierciedlenia w zebranym materiale dowodowym.

Odwołujący wskazywał również w odniesieniu do przedmiotowego warunku udziału, że Przystępujący nie wykazał, aby jakiekolwiek wykonane przez niego roboty budowlane, mogły zostać zakwalifikowane jako budowa lub przebudowa przejazdu kolejowego bądź budowa lub przebudowa linii kolejowej i opiewały na wymaganą przez postawiony warunek wartość co najmniej 1.000.000 zł brutto, jak tego jednoznacznie wymagał Zamawiający w treści SWZ w Rozdział VIII. Izba dostrzega, że Odwołujący swoją argumentację zbudował w oparciu o dokonaną przez siebie interpretację, że z brzmienia warunku wynika, iż wartość 1.000.000 zł brutto odnosi się wyłącznie do samej części obejmującej budowę lub przebudowę przejazdu kolejowego bądź budowę lub przebudowę linii kolejowej, a nie do jednej roboty budowlanej. Przy

tym należy podkreślić, że postanowienia SWZ są wiążące dla Zamawiającego jak również dla wykonawców i nie mogą być one zmieniane po terminie składania ofert. Jeśli istnieją jakiekolwiek wątpliwości co do sposobu rozumienia zawartych w SWZ postanowień, powinny być one wyjaśniane przed terminem składania ofert. W przypadku braku precyzji sformułowań SWZ powodujących możliwość różnych jej interpretacji, wykonawcy nie mogą być obciążani ich negatywnymi skutkami.

Zdaniem Izby dokonując wykładni warunku określonego przez Zamawiającego, jak również mając na uwadze cel, jakiemu służy stawianie przez Zamawiającego wykonawcom warunków udziału w postępowaniu, oceniając warunek, nie można go odnosić tylko i wyłącznie do zakresu robót związanych z budową/przebudową przejazdu kolejowego lub budową/przebudową linii kolejowej. Brzmienie warunku wskazuje, że Zamawiający wymagał wykazaniem się doświadczeniem w wykonaniu roboty budowlanej, w ramach której zostały wykonane roboty z zakresu budowy przebudowy przejazdu kolejowego/linii kolejowej, a nie wykazaniem się samym doświadczeniem w zakresie budowy/przebudowy przejazdu kolejowego/linii kolejowej i przypisanej do niej wartości.

Co istotne, nawet gdyby uznać, że zapisy SWZ w wyżej wymienionym zakresie są niejednoznaczne i dopuszczalna jest interpretacja prezentowana przez Odwołującego to należy pamiętać, co już Izba podkreślała powyżej, że wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez Zamawiającego należy rozstrzygać na korzyść wykonawców, ponieważ to Zamawiający tak uregulował postanowienia, z których można wywieść kilka poprawnych, zgodnych z przepisami i właściwymi normami rozwiązań i ewentualne błędy popełnione w toku postępowania przez Zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Reasumując, w odniesieniu zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 1 lit b) i c) w zw. z art. 57 pkt 2 Pzp, wskazać należy, że to wykonawca, który kwestionuje w postępowaniu odwoławczym spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez innego wykonawcę musi wykazać tj. przedstawić dowody na to, że podane w danym dokumencie informacje nie potwierdzają spełniania warunku. Zdaniem składu orzekającego takie okoliczności w niniejszym postępowaniu nie zostały przez Odwołującego wykazane. Odwołujący nie przedstawił dowodów na potwierdzenie, że Przystępujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się przez niego doświadczeniem polegającym na wykonaniu jednej roboty budowlanej, w ramach której wykonano budowę/przebudowę przejazdu kolejowego lub budowę/przebudowę linii kolejowej o wartości min. 1.000.000 zł brutto". Dlatego też zarzut ten podlegał oddalaniu jako niezasadny.

Uwzględniając powyższe, Izba doszła do przekonania, iż wskazany zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 oraz art. 16 ust. 1-3 Pzp również był niezasadny. Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego, ponieważ ta była w wyniku dokonanej przez niego oceny ofert, najkorzystniejsza i spełniała warunki udziału w postepowaniu. Nie potwierdził się także zarzut odwołania, dotyczący naruszenia przepisu art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp. Stosownie do art. 16 ustawy Pzp: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie szerszej argumentacji, jak również nie wykazał, że doszło do naruszenia przywołanych zasad udzielenia zamówień publicznych. Tym samym skład orzekający nie dopatrzył się naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust 1 i 2 ustawy Pzp art. 16 ust. 1-3 ustawy Pzp.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. § 5 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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).

Uwzględniając powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:……..