

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aneta Młacka

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2025 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2025 roku przez Odwołującego K.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R.K. (Kraczkowa 926, 37-124 Kraczkowa) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gmina Czarna (Czarna Góra 74, 38-710 Czarna) przy udziale uczestnika postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego BikeUniverse sp. z o.o. (ul. Zdrojowa 160A, 32-400 Myślenice)

orzeka:

- 1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego,
 - 2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Czarna (Czarna Góra 74, 38-710 Czarna) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego K.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R.K. (Kraczkowa 926, 37-124 Kraczkowa) tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego Gminy Czarna (Czarna Góra 74, 38-710 Czarna) na rzecz Odwołującego K.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R.K. (Kraczkowa 926, 37-124 Kraczkowa) kwotę 13600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego w postaci wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.
- 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 2082/25

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Czarna prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Poprawa funkcjonowania infrastruktury sportowo - rekreacyjnej szansą na rozwój popegeerowskich terenów Gminy Czarna”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2025/BZP 00164016/01.

Odwołujący K.N., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R.K. wniósł odwołanie odczynności odrzucenia oferty odwołującego poprzez naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 266 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie

- art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegające na jego błędnym zastosowaniu w sprawie, uznaniu że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i tym samym bezpodstawnym odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego,
- art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców poprzez naruszenie wyżej wskazanych przepisów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego; powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Warunkiem udziału w postępowaniu było m.in. wykonanie jednej roboty budowlanej polegającej na „budowie toru rowerowego typu „pumptrack” o długości toru w rzucie min. 60,0 mb”. Potwierdzenie spełnienia warunku miało znaleźć się w Wykazie Robót dołączonych do niego dowodach potwierdzających należyte wykonanie.

W przedłożonym Zamawiającemu Wykazie Robót Odwołujący w zakresie powyższego warunku wskazał:

Lp.	Nazwa Zamawiającego	Rodzaj robót i miejsce wykonania	Wartość brutto	Termin	
				rozpoczęcia	zakończenia

1.	M.Z.	Pumptrack - roboty budowlane, Kraczkowa	167 200,00 zł	06.04.2021	10.06.2021
----	------	---	---------------	------------	------------

Do wykazu dołączono referencje wystawione przez inwestora - M.Z.. Referencje te potwierdzały m.in. że:

-Odwołujący wykonał roboty polegające na wybudowaniu toru Pumptrack

-roboty zostały wykonane należyście

-roboty zostały wykonane w terminie od 06.04.2021 do 10.06.2021

-wybudowany tor Pumptrack miał ok 136 m długości.

Zdaniem Odwołującego, już na podstawie powyższych informacji Zamawiający powinien był stwierdzić, że Odwołujący wykazał spełnianie przedmiotowego warunku, jednakże Zamawiający postanowił skorzystać ze swoich uprawnień i zażądać od Odwołującego i innych podmiotów dodatkowych wyjaśnień, informacji i dokumentów.

W ocenie Odwołującego, informacje zdobyte przez Zamawiającego w żaden sposób nie zakwestionowały wykonania przez Odwołującego kwestionowanego toru Pumptrack, a wnioski które z tych informacji wyciąga Zamawiający są oczywiście błędne, z przyczyn opisanych poniżej.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego powołując jako podstawę prawną art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego, stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego jest błędne i pozbawione jakichkolwiek podstaw.

Jak wskazał Odwołujący, z uzasadnienia odrzucenia oferty wynika, że Zamawiający wywodzi nieprawdziwość informacji dotyczącej budowy toru Pumptrack z na podstawie:

- braku przedłożenia przez Odwołującego wszystkich dokumentów wnioskowanych przez Zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 24.04.2025r.

- braku wydania przez Starostę Łańcuckiego pozwolenia na budowę toru rowerowego typu pumptrack dla Pana M.Z., brak zgłoszenia tych robót Staroście oraz brak wydania decyzja o warunkach zabudowy dotyczących budowy toru rowerowego typu pumptrack w miejscowości Kraczkowa.

- istnienia na działce nr 3376/5 w miejscowości Kraczkowa toru pumptrack przed rokiem 2021.

24 kwietnia 2025 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień Zamawiający zażądał od Odwołującego przedłożenia wielu dodatkowych dokumentów (np. umowy z Inwestorem, faktur VAT, decyzja o warunkach zabudowy).

Zdaniem Odwołującego, żądanie pozbawione było postaw prawnych, albowiem żaden z żądanych dokumentów nie jest wymieniony w Rozporządzeniu o podmiotowych środkach dowodowych, a tylko opisanych tam dokumentów Zamawiający może żądać od wykonawców. Odwołujący dostarczył Zamawiającego większość żądanych dokumentów i informacji.

Jak wskazał Odwołujący, z przedłożonych dokumentów, w szczególności z umowy Odwołującego z Inwestorem, jednoznacznie wynika, że wymagany postawionym warunkiem udziału w postępowaniu tor pumptrack został wykonany.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazał: „Wykonawca R.K. nie odniósł się do wszystkich punktów wezwania z dnia 24.04.2025 r., jak również nie złożył żadnych wyjaśnień dotyczących przyczyn braku wymaganych dokumentów ”.

W ocenie Odwołującego nie jest on zobligowany do przedkładania Zamawiającemu dokumentów których żądanie jest nielegalne (np. faktury VAT), nie musi nawet tłumaczyć dlaczego ich nie przedłożył, a Zamawiający nie może z tego wyciągać żadnych negatywnych skutków dla wykonawcy.

Odwołujący wskazał także, że budowa toru rowerowego typu pumptrack nie wymaga pozwolenia na budowę, nie ma obowiązku zgłaszania tych robót, nie jest również wymagana decyzja o warunkach zabudowy. W związku z powyższym, brak tych dokumentów/procedur administracyjnych w najmniejszym stopniu nie świadczy o niespełnieniu warunku udziału ani o nieprawdziwych informacjach. Odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, że warunkiem udziału w postępowaniu było: wykonanie jednej roboty budowlanej polegającej na budowie toru rowerowego typu „pumptrack” o długości toru w rzucie min. 60,0 mb ". W warunku tym nie określono że wykonawcy mogą wykazywać się tylko takimi torami, na które wydano pozwolenia na budowę lub inne decyzje.

Odwołujący potwierdził, że na nieruchomości będącej własnością M.Z. (działce nr 3376/5 w miejscowości Kraczkowa) przed rokiem 2021 istniał tor pumptrack. Był to tor, który M.Z. wybudował własnymi siłami, metodą gospodarczą - poprzez usypanie i odpowiednie ukształtowanie ziemi, bez żadnych wzmocnień i podbudowy.

Następnie, w związku z podniesieniem poziomu sportowego zawodników ćwiczących na tym torze M.Z. podjął decyzję o budowie nowego, bardziej profesjonalnego toru. W tym celu zlecił on Odwołującemu prace polegające na:

-likwidacji dotychczasowego pumptracka

-niwelacji terenu

-budowie nowego toru w nowoczesnej i trwałej technologii (z podbudową i utwardzeniem terenu).

Odwołujący podkreślał, że Pumtrack wykonany przez Odwołującego w 2021 roku jest zupełnie nowym torem, a nie przebudowanym czy zmodernizowanym poprzednim torem - poprzedni tor musiał zostać zlikwidowany przez budowę nowego toru. Odwołujący złożył dowód w postaci oświadczenia M.Z.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego stwierdził: „brak jest przekonujących i jednoznacznych dowodów, że inwestycja została zrealizowana przez Wykonawcę. Wprost przeciwnie, zdjęcia z portalu internetowego Instagram wskazują, że właściciel nieruchomości sam wybudował tor, bez angażowania Wykonawcy. Żadne zdjęcie nie potwierdza udziału w budowie toru przez Wykonawcę.”

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozporządzeniem o podmiotowych środkach dowodowych, jedynym znanym przepisem dowodem realizacji inwestycji jest oświadczenie wykonawcy zawarte w Wykazie Robót Budowlanych, tymczasem Zamawiający oczekuje od Odwołującego szeregu innych dowodów.

Jak stwierdził Odwołujący, aby skutecznie zakwestionować oświadczenie zawarte w Wykazie Robót, to Zamawiający musiałby udowodnić że oświadczenie wykonawcy jest nieprawdziwe (co oczywiście w niniejszej sprawie jest niemożliwe, albowiem Odwołujący wykonał kwestionowaną robotę). Niedopuszczalna jest sytuacja, w której Zamawiający zgłasza niczym nie poparte wątpliwości i wymaga od Wykonawcy aby je rozwiął, a następnie arbitralnie uznaje że przedłożone dokumenty w postaci m.in. referencji, umowy z inwestorem i protokołu odbioru nie stanowią „przekonujących i jednoznacznych dowodów, że inwestycja została zrealizowana przez Wykonawcę”.

Aby Zamawiający mógł odrzucić ofertę z powodu czynu nieuczciwej konkurencji, Zamawiający musiałby być w stanie udowodnić wystąpienie tego czynu.

Powyższe jasno wskazuje, że same wątpliwości Zamawiającego nie mogą stanowić podstawy decyzji o odrzuceniu oferty.

Ponadto tak skrupulatne badanie doświadczenia jednego wykonawcy, żądanie od niego dokumentów nieznanymi ani ustawie ani specyfikacji, żądanie dodatkowych informacji od Starosty Łańcuckiego i Wójta Kraczkowej, przeszukiwanie portali internetowych w celu pozyskiwania informacji dotyczących kwestionowanej inwestycji, a następnie interpretacja wszystkich faktów w sposób najbardziej niekorzystny dla Odwołującego (a czasem ta interpretacja jest wręcz sprzeczna w faktami) świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców przez Zamawiającego przy badaniu oferty wybranego wykonawcy. Zamawiający nawet nie zbliżył się ze swoją docieklivością do starań podjętych przy badaniu oferty Odwołującego. W ocenie Odwołującego powyższe w oczywisty sposób narusza wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawie Prawo zamówień publicznych zasadę równego traktowania wykonawców.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał jako podstawę prawną art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jako podstawę faktyczną wskazał, że informacje podane przez Wykonawcę R.K. w zakresie dotyczącym zdolności technicznej były nieprawdziwe.

Zamawiający w treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego przyznał, że w SWZ przewidział jako podstawę wykluczenia oferty wykonawcy z postępowania punkty 4, 5 i 7. Jak wyjaśnił, nie oznacza to, że nie ma prawa badać nawet nie wskazanych podstaw wykluczenia w sytuacji wprowadzenia go w błąd. Zamawiający przyznał zatem, że nie przewidział w dokumentacji postępowania podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania w postaci wprowadzenia zamawiającego w błąd (art. 109 ust. 1 pkt 8, 10 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego Sądu Zamówień Publicznych z dnia 28 lutego 2025 sygn. akt XXXIII Zs 2/25: „(...) Natomiast jeśli Zamawiający nie przewidzi możliwości danego wykluczenia fakultatywnego w ogłoszeniu o zamówieniu, to nawet w przypadku zaistnienia przesłanki fakultatywnej opisanej w ustawie Pzp, nie jest uprawniony do wykluczenia konkretnego wykonawcy w oparciu o szeroko rozumiane przesłanki w tym na podstawie innych ustaw. Takie działanie, nie tylko pozostawałoby w sprzeczności z przepisami prawa, lecz także godziłoby w zasadę przejrzystości – wykonawca po zapoznaniu się z treścią ogłoszenia i dokumentacją postępowania musi umieć stwierdzić, czy odpowiada warunkom udziału, czy nie podlega wykluczeniu i czy jest w stanie złożyć ofertę na warunkach oczekiwanych przez zamawiającego – nie podlegającą odrzuceniu.” (...)

„(...)

Powyższe oznacza, że skoro Zamawiający nie przewidział możliwości wykluczenia Wykonawcy o fakultatywne przesłanki wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, to nawet w przypadku zaistnienia przesłanki fakultatywnej opisanej w ustawie Prawo zamówień publicznych – tutaj przesłanka wprowadzenia Zamawiającego w błąd - nie jest uprawniony do wykluczenia Wykonawcy w oparciu o szeroko rozumiane przesłanki w tym na podstawie innych ustaw (tutaj ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Nie jest także prawidłową czynnością wskazanie przez Zamawiającego jako podstawy prawnej odrzucenia oferty

wykonawcy z uwagi na czyn nieuczciwej konkurencji jedynie na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych musi zawierać odniesienie do konkretnie wskazanego czynu nieuczciwej konkurencji określonego we wskazanej ustawie. Wskazanie przepisu ogólnego – szeroko odnoszącego się do czynu nieuczciwej konkurencji nie jest wystarczające.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych należy uznać zatem za uzasadniony.

Czynność wykluczenia Wykonawcy z postępowania była nieprawidłowa.

Niezależnie od powyższego, należy wskazać, że Zamawiający nie wykazał, że Wykonawca nie wykonał prac, które były przedmiotem warunku.

Zamawiający w treści dokumentacji postępowania przedstawił dokumenty, jakie wykonawca powinien złożyć w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Wykonawca złożył wykaz prac zrealizowanych, w którym przedstawił robotę – „Pumptrack – roboty budowlane, Kraczkowa” realizowane na rzecz M.Z.. Złożył także referencje w postaci oświadczenia inwestora, potwierdzające, że Wykonawca wykonał na zlecenie roboty budowlane związane z budową toru rowerowego typu pumptrack.

Na podstawie tych dokumentów Zamawiający powinien był ocenić spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wystąpił do Wykonawcy o złożenie dodatkowych dokumentów. Wykonawca złożył dodatkowo umowę z inwestorem z dnia 29 marca 2021 roku, której przedmiotem były prace budowlane – budowa toru rowerowego typu „pumptrack”. Złożył także protokół odbioru robót z dnia 10 czerwca 2021 roku, w którym potwierdzono wykonanie robót zgodnie z umową. Dokumenty te dawały podstawę do stwierdzenia, że Wykonawca zrealizował robotę polegającą na budowie toru rowerowego typu pumptrack.

Zamawiający nie dysponował dokumentami ani dowodami, które jednoznacznie potwierdzałyby, że Wykonawca nie zrealizował powyższych prac. Skoro tak, to nie był uprawniony do wykluczenia Wykonawcy z postępowania. Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich zamawiający może żądać od wykonawców oraz każdorazowo dokumentacja postępowania (ogłoszenie o zamówieniu, SWZ) wskazuje dokumenty, które stanowią podstawę do dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca na podstawie dokumentacji postępowania – ogłoszenia o zamówieniu i SWZ powinien mieć jasność co do okoliczności, jakie są warunki Zamawiającego, jakie dokumenty będzie zobowiązany złożyć, a zatem czy będzie miał możliwość wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający pomija okoliczność, że Wykonawca złożył wszystkie wymagane w SWZ dokumenty.

Zamawiający zdecydował się przeprowadzić własne dochodzenie w celu ustalenia, że Wykonawca nie zrealizował prac polegających na budowie toru typu pumptrack. Zamawiający nie tylko zażądał dokumentów, jakie nie zostały przewidziane w dokumentacji postępowania, ale wyciągnął daleko idące wnioski w sytuacji, gdy Wykonawca nie złożył wszystkich oczekiwanych przez Zamawiającego dopiero na etapie badania i oceny ofert dokumentów. Istotne jest, że Zamawiający nie pozyskał jednoznacznego dowodu potwierdzającego brak zrealizowania przez Wykonawcę toru rowerowego typu pumptrack. Natomiast dokumenty, które złożył Wykonawca wskazywały na zrealizowanie takiej pracy (o czym powyżej).

Tylko jednoznaczne ustalenie, że Wykonawca nie wykonał toru (pracy wskazanej w wykazie) i wprowadził Zamawiającego w błąd, mogłoby stanowić podstawę jego wykluczenia (choć także nie w niniejszej sprawie – z uwagi na brak przewidzianej podstawy wykluczenia w dokumentacji postępowania – o czym powyżej). Podejrzenia Zamawiającego (nawet jak je określił Zamawiający – graniczące z pewnością) nie mogą stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy na podstawie tak poważnej przesłanki, jak wprowadzenie Zamawiającego w błąd (mające bardzo poważne konsekwencje dla wykonawcy). Jak trafnie zauważył Odwołujący, wątpliwości Zamawiającego nie mogą stanowić podstawy decyzji o odrzuceniu oferty Wykonawcy.

Zdjęcia przedstawione przez Zamawiającego i filmy z video przedstawiające przedmiotowy tor pumptrack wskazują jedynie na istnienie toru w poszczególnych latach. Porównanie zdjęć satelitarnych wskazuje na różnice w torze, zwiększoną jego powierzchnię w 2022 roku, a zatem przeczą stanowisku Zamawiającego, że tor pozostał taki sam.

Żadna ze stron nie kwestionowała, że tor typu pumptrack istniał już w 2016 roku. Należy zauważyć, że z oświadczenia M.Z., które Odwołujący złożył jako dowód na okoliczność potwierdzenia zrealizowania spornych prac, wynika, że Odwołujący zrealizował prace polegające na likwidacji dotychczasowego pumptracka, niwelacji terenu, budowie nowego toru w nowoczesnej i trwałej technologii (z podbudową i utwardzeniem). Odwołujący wskazywał także podczas rozprawy z udziałem stron, że wykonał również prace wzmacniające, wykonał tor w oparciu o nowe podłoże.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o powołanie dowodu z opinii biegłego na okoliczność odczytania z dokumentów złożonych przez Zamawiającego w postaci zdjęć satelitarnych, czy tor pumptrack w 2022 roku to ten sam tor, który istniał przed tą datą. Jak zauważył Odwołujący, zdjęcia satelitarne nie przedstawiają istotnych informacji, tj. że

tor został zbudowany na nowo z uwzględnieniem wymiany podłoża.

Wobec wszelkich powyższych okoliczności, Izba uznała, że dowód z opinii biegłego jest nieprzydatny dla oceny w niniejszym postępowaniu i prowadziłby jedynie do przedłużenia postępowania.

Zamawiający był zobowiązany do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu na podstawie złożonych dokumentów.

Zamawiający nie wykazał, aby konieczne było uzyskanie pozwolenia na budowę, zgłoszenia dla toru typu pumptrack. Nawet w sytuacji, gdy taki dokument był wymagany, to brak jego złożenia przez Wykonawcę nie jest okolicznością, która z całą pewnością potwierdza, że Wykonawca nie zrealizował takiej roboty. Jak wskazano powyżej, Wykonawca złożył dokumenty, jakimi dysponował i te dokumenty stanowiły podstawę do oceny oferty.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2b), § 7 ust. 1 pkt 1), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....