Sygn. akt KIO 2341/25

WYROK

Warszawa, dnia 11 lipca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Maksym Smorczewski
Robert Skrzeszewski
J.S.
Protokolant:Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 czerwca 2025 r. przez wykonawcę Trakcja spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie
w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Ostrołęka
przy udziale:

-uczestnika po stronie odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Polimex Infrastruktura spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Polimex Mostostal spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

-uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Domost spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Małkini Górnej, Raitil spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Mostostal Kielce spółka akcyjna z siedzibą w Kielcach

orzeka:

1.oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę Trakcja spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie i zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez Trakcja spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 17 zł (siedemnaście złotych) poniesioną przez Trakcja spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem innych uzasadnionych wydatków.

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

Przewodniczący:……..……
……..……
……..……

Sygn. akt KIO 2341/25

UZASADNIENIE

9 czerwca 2025 r. wykonawca Trakcja spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane o tytule „Budowa południowej obwodnicy miasta Ostrołęki wraz z budową obiektu mostowego przez rzekę Narew” (dalej jako „Postępowanie”), prowadzonym przez Miasto Ostrołęka (dalej jako „Zamawiający”) na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Domost spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Małkini Górnej, Raitil spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą wWarszawie oraz Mostostal Kielce spółka akcyjna z siedzibą w Kielcachoraz na zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ww. wykonawców „jako oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji” i „ewentualnie, zaniechania przeprowadzenia procedury uzupełniającej lub wyjaśniającej w opisanym poniżej zakresie”.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

„(1)art. art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 3 i 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uznk”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Domost pomimo, iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na złożone przez tego wykonawcę nieprawdziwe informacje dotyczące spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII ust. 2 pkt. 4 ppkt 2, pozycja 3 w tabeli Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie dotyczącym kierownika robót drogowych,

(2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 3 i 14 ust. 1 Uznk poprzez wybór jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez Konsorcjum Domost oraz zaniechanie jej odrzucenia, mimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale VII ust. 2 pkt. 4 ppkt 2, pozycja 3 w tabeli Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie dotyczącym kierownika robót drogowych (działając w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji)

(3)ewentualnie (tj. na wypadek, w którym Izba uznałaby, że odrzucenie oferty Konsorcjum Domost jest niezasadne), art.

128 ust. 1 oraz 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Domost do uzupełnienia dokumentów w zakresie potwierdzającym spełnianie warunku, o którym mowa w rozdziale VII ust. 2 pkt. 4 ppkt 2, pozycja 3 w tabeli Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie dotyczącym kierownika robót drogowych lub wyjaśnień w zakresie dotyczącym kierownika robót drogowych;

a w konsekwencji powyższych:

(4)art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.”.

Odwołujący wniósł o o nakazanie Zamawiającemu:

„(1)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

(2)odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum Domost na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp z uwagi na złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

(3)ewentualnie, wezwanie Konsorcjum Domost do uzupełnienia dokumentów w zakresie potwierdzającym spełnianie warunku, o którym mowa w rozdziale VII ust. 2 pkt. 4 ppkt 2, pozycja 3 Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie dotyczącym kierownika robót drogowych lub wyjaśnień w zakresie dotyczącym kierownika robót drogowych,

(4)dokonanie ponownego badania i oceny ofert w Postępowaniu, z pominięciem oferty złożonej przez Konsorcjum Domost i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego”

oraz o zasądzenie „od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie „od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika”.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Polimex Infrastruktura spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Polimex Mostostal spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, którzy wnieśli o uwzględnienie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Domost spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Małkini Górnej, Raitil spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Mostostal Kielce spółka akcyjna z siedzibą w Kielcach (dalej jako „Przystępujący”). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

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

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”). w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 3 marca 2025 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 138694-2025.

W rozdziale VII ust. 2 specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) Zamawiający określił, że „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (…) 4) zdolności technicznej lub zawodowej: Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że: (…) 2) dysponuje lub będzie dysponował osobami, które skieruje do realizacji zamówienia, posiadającymi n/w uprawnienia: (…)

3.	Kierownik robót drogowych	min. 1 osoba
	uprawnienia:	posiadający uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń
	doświadczenie:	min. 36 miesięcy doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych. Okres ten musi zawierać się w okresie posiadania uprawnień budowlanych. <u>doświadczenie:</u> w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych podczas realizacji min. 1 zadania dotyczącego budowy lub rozbudowy lub przebudowy drogi publicznej klasy min. G o długości min. 1,0km (w jednym odcinku) i o wartości nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł brutto;
		Wykonawca w załączniku (wykaz osób) powinien podać dokładne okresy pełnienia funkcji, które potwierdzą wymagane doświadczenie.

(…)”.

W rozdziale IX ust. 2 SWZ określono „Podmiotowe środki dowodowe Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego

oferta zostanie najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. 2.1. w celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków w udziału w postępowaniu: (…) 4) wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego (według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ), wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami; (…)".

Zamawiający przekazał Przystępującemu datowane na 9 maja 2025 r. pismo o treści „Działając zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 z późn. zm.) i rozdz. IX ust. 2 SWZ, Zamawiający: Miasto Ostrołęka, wzywa Konsorcjum firm: Lider: DOMOST Sp. z o.o., ul. Kolejow 30, 07-320 Małkinia Górna, do złożenia wymienionych w rozdz. IX ust. 2 SWZ podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. (…)".

Przystępujący przekazał Zamawiającemu sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ „Wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia (składane na wezwanie Zamawiającego)" o treści „ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „Budowa południowej obwodnicy miasta Ostrołęki wraz z budową obiektu mostowego przez rzekę Narew", w imieniu *

Lp.	Nazwa(y) Wykonawcy(ów)	Adres(y) Wykonawcy(ów)
1	DOMOST Sp. z o.o.	Ul. Kolejowa 30 07-320 Małkinia Górna
2	RAITIL Sp. z o.o.	Ul. Żytnia 15/12 01-014 Warszawa
3	Mostostal Kielce S.A.	Ul. Ściegiennego 280 25-116 Kielce

Oświadczam, że dysponuję lub będę dysponował n/w osobami, które skieruję do realizacji zamówienia:

Lp.	Imię i nazwisko	Funkcja w realizacji zamówienia	Kwalifikacje zawodowe, uprawnienia (wpisać numer uprawnień, datę ich wydania, zakres uprawnień, nazwę organu, który je wydał oraz nr ewidencyjny przynależności do właściwej Izby Inżynierów Budownictwa,	Doświadczenie wskazanych osób ze wskazaniem dat i okresów zgodnie z wymaganiami SWZ w latach	Informacja o podstawie dysponowania wykazana osobą **
1.	2.	3.	4.	5.	6.
(…)					

3	G.L.	Kierownik robót drogowych	Uprawnienia budowlane Nr. ewid. LUB/0023/OWOD/12 do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej z dnia 05.06.2012 r. wydane przez Lubelską okręgową Izbę Inżynierów Budownictwa Numer ewidencyjny LUB/BD/0013/13	Ponad trzy letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót drogowych 01.09.2016- 30.08.2018 Kierownik robót drogowych Wykonanie rozbudowy drogi krajowej nr 8 Wrocław – Warszawa – Białystok do parametrów drogi ekspresowej S8, na odcinku Wyszków – granica województwa podlaskiego – odcinek II od km 553+145,5 do km 562+542,07 Rozbudowa drogi publicznej klasy S, o dł. 16,11 km, wartość 350 mln zł netto 29.10.2014 - 09.12.2016 Kierownik robót drogowych Budowa zachodniej obwodnicy Lublina S19 Budowa drogi publicznej klasy S, o długości 10 km, wartość 415 mln zł netto	Bezpośrednie

(…)".

Wymienione w ww. wykazie „zadanie" oznaczone jako „Budowa zachodniej obwodnicy Lublina S19" to wykonywane na rzecz Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad „zadanie" oznaczone jako „Budowa drogi ekspresowej S19 Lubartów – Kraśnik na odcinku od węzła „Dąbrowica" (bez węzła) do węzła „Konopnica" (wraz z węzłem) i połączeniem z istniejącą DK nr 19 wraz z przełożeniem odcinka drogi wojewódzkiej 747 na odcinku od węzła „Konopnica" do DK nr 19". W ramach wykonywania tej budowy (tego „zadania") inna osoba niż G.L. pełniła funkcję kierownika robót drogowych (będąc w dzienniku tej budowy wpisana jako osoba, której powierza się funkcję kierownika robót drogowych), a G.L. wykonywał czynności i obowiązki wykonywane przez osobę pełniącą funkcję kierownika robót drogowych, przy czym w dzienniku tej budowy nie był wpisany jako osoba, której powierza się funkcję kierownika robót drogowych.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach znajdujących się w dokumentacji Postępowania, złożonych przez Odwołującego w postępowaniu odwoławczym wydruków pism Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad datowanych na 6 i 9 czerwca 2025 r., zaś w zakresie przez G.L. wykonywania czynności i obowiązków w zakresie ww. „zadania" – na twierdzeniach Odwołującego, których Zamawiający (ani Przystępujący) nie kwestionował.

Mając na względzie, że zgodnie z art. 531 Pzp „przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie", Izba pominęła złożone przez Odwołującego w postępowaniu odwoławczym dokumenty zatytułowane „protokół odbioru ostatecznego robót" oraz „dziennik budowy – montażu", z których treści nie wynikało, kto w zakresie ww. „zadania" pełnił funkcję kierownika robót drogowych. Nie mogły zatem służyć ustaleniu faktów mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Z tego samego względu Izba pominęła złożone przez Przystępującego w postępowaniu odwoławczym dokumenty oznaczone jako „Wpis do dziennika budowy nr 599/2023", „Protokół odbioru technicznego robót z dnia 13.06.2025 r.", „Pismo nr MG/108/2024/MR z dnia 06.06.2024 r. (zgłoszenie Wykonawcy)", „Pismo nr PZD1.022.12.2024 z dnia 06.07.2024 r. (zatwierdzenie Zamawiającego)", „Skan dziennika budowy" oraz „Pismo nr 2014/EPO/P74/WF/EF/05.04/1785 z dnia 21.03.2014 r. (zgłoszenie do Zamawiającego)" mając na uwadze, że miały one służyć ustaleniu, że G.L. posiada doświadczenie w zakresie wykonywania innych zadań niż zadania wymienione w przekazanym Zamawiającemu przez Przystępującego „Wykazie osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia (składane na wezwanie Zamawiającego)", sporządzonym zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5

do SWZ. Nie były to fakty mające znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż ocena, czy Przystępujący spełnia warunek udziału w Postępowaniu określony w rozdziale VII ust. 2 pkt 4) ppkt 2) SWZ w zakresie dysponowania osobą, które skieruje do realizacji zamówienia do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych, następowała wyłącznie w zakresie zadań wymienionych w ww. wykazie.

Izba zważyła, co następuje:

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy", Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 16 Pzp w związku z art. 3 i 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „uznk") nie był uzasadniony.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji". Stosownie do art. 16 Pzp „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny". W art. 3 uznk określono, że „1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. 2. Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: 1) wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa; 2) fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług; 3) wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług; 4) naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa; 5) nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy; 6) naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku; 7) przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną; 8) nieuczciwa lub zakazana reklama; 9) organizowanie systemu sprzedaży lawinowej; 10) prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym; 11) nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi; 12) działanie w zakresie usług pośrednictwa internetowego i wyszukiwarek internetowych w rozumieniu art. 2 pkt 2 i 5 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1150 z dnia 20 czerwca 2019 r. w sprawie propagowania sprawiedliwości i przejrzystości dla użytkowników biznesowych korzystających z usług pośrednictwa internetowego (Dz.Urz. UE L 186 z 11.07.2019, str. 57), zwanego dalej „rozporządzeniem 2019/1150", naruszające przepisy tego rozporządzenia.". Art. 14 ust. 1 uznk stanowi zaś, iż „czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody".

Konieczne jest wskazanie, że zgodnie z art. 555 Pzp „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu", a „zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy" (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 r. wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 124/22). Izba ocenia zatem zasadność zarzutów zawartych w odwołaniu jedynie w granicach przedstawionych w nim okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie przepisów Pzp. W konsekwencji w sytuacji, gdy odwołanie jest wniesione na zaniechanie odrzucenia oferty, Izba może brać pod uwagę wyłącznie te okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisu Pzp zobowiązującego zamawiającego do odrzucenia oferty (zawarte w hipotezie normy z tego przepisu wynikającej), które zostały przedstawione w odwołaniu i nie może samodzielnie ich poszukiwać czy domniemywać z treści odwołania.

Odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp może nastąpić jedynie w przypadku stwierdzenia, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji określonego w konkretnym przepisie (konkretnych przepisach) uznk. To zaś wymaga ustalenia, że zaistniały wszystkie okoliczności stanowiące hipotezę normy wynikającej z konkretnego przepisu (bądź konkretnych przepisów) uznk oraz określenia, że zaistnienie tych okoliczności oznacza, iż doszło do złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. W przypadku, gdy odwołanie zostało wniesione na zaniechanie odrzucenia oferty danego wykonawcy, okoliczności w tym zakresie w postępowaniu odwoławczym zobowiązany jest wskazać wykonawca, który wnosi odwołanie.

Należy stwierdzić, że w zakresie ww. zarzutu przedstawiając w odwołaniu okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów Pzp Odwołujący powołał art. 3 ust. 1 uznk, cytując dotyczące tego przepisu fragmenty wyroków i komentarza do uznk; nie przestawił natomiast twierdzeń w zakresie wszystkich wymienionych w tym przepisie okoliczności, stanowiących hipotezę wynikającej z niego normy, gdyż nie określił jednoznacznie, z jaką normą prawną lub obyczajem jest sprzeczne działanie, które jego zdaniem stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, czy działanie to zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta ani w jaki sposób działanie to zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W tym stanie rzeczy przedstawione w odwołaniu okoliczności nie mogą prowadzić do stwierdzenia, że doszło do czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ust. 1 uznk.

W odwołaniu nie przedstawiono także okoliczności niezbędnych dla ustalenia, że przedstawienie w przekazanym Zamawiającemu przez Przystępującego „Wykazie osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia (składane na wezwanie Zamawiającego)", sporządzonym zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ określonych informacji w zakresie doświadczenia G.L. (jak podnosił Odwołujący – nieprawdziwych) stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 14 ust. 1 uznk - stanowiących hipotezę normy wynikającej z tego przepisu. W świetle tego przepisu konieczne było wskazanie, dlaczego przedstawienie tych informacji stanowiło „rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody" oraz dlaczego oznacza to, że doszło do złożenia przez Przystępującego oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Wobec powyższego nie sposób było uznać, że oferta Przystępującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk, a w konsekwencji że istniała podstawa do zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W odwołaniu nie wskazano, dlaczego zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego naruszało wynikający z art. 16 pkt 1- 3 Pzp obowiązek przygotowania i przeprowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

W tym stanie rzeczy brak było podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 16 Pzp w związku z art. 3 i 14 ust. 1 uznk.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w związku z art. 16 Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 16 Pzp w związku z art. 3 i 14 ust. 1 uznk nie był uzasadniony.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu".

Kluczową kwestią dla oceny zasadności tego zarzutu było określenie, czy Przystępujący spełnia warunek udziału w Postępowaniu określony w rozdziale VII ust. 2 pkt 4) ppkt 2) SWZ w zakresie dysponowania osobą, które skieruje do realizacji zamówienia do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych, w sytuacji, gdy osoba wskazana do pełnienia tej funkcji w przekazanym Zamawiającemu „Wykazie osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia (składane na wezwanie Zamawiającego)", sporządzonym zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ, posiada doświadczenie w wykonywaniu czynności wykonywanych przez osobę pełniącą funkcję kierownika robót drogowych podczas realizacji zadania dotyczącego budowy „drogi publicznej klasy min. G o długości min. 1,0km (w jednym odcinku) i o wartości nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł brutto", ale w dzienniku tej budowy nie była wpisana jako osoba, której powierza się funkcję kierownika robót drogowych.

Nie było sporne pomiędzy stronami i uczestnikami postępowania odwoławczego, że wskazane w przekazanym Zamawiającemu przez Przystępującego „Wykazie osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia (składane na wezwanie Zamawiającego)", sporządzonym zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ, „zadanie" oznaczone jako „Budowa zachodniej obwodnicy Lublina S19" to wykonywane na rzecz Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad „zadanie" oznaczone jako „Budowa drogi ekspresowej S19 Lubartów – Kraśnik na odcinku od węzła „Dąbrowica" (bez węzła) do węzła „Konopnica" (wraz z węzłem) i połączeniem z istniejącą DK nr 19 wraz z przełożeniem odcinka drogi wojewódzkiej 747 na odcinku od węzła „Konopnica" do DK nr 19" oraz że w ramach wykonywania tej budowy (tego „zadania") funkcję kierownika robót drogowych pełniła inna osoba niż G.L., który wykonywał przy tym czynności i obowiązki wykonywane przez osobę pełniącą funkcję kierownika robót drogowych – nie będąc w dzienniku tej budowy wpisany jako osoba, której powierza się funkcję kierownika robót drogowych.

Nie ulega wątpliwości, że w rozdziale VII ust. 2 pkt 4) ppkt 2) SWZ Zamawiający określił, że warunkiem udziału w Postępowaniu jest dysponowanie osobą, którą wykonawca skieruje do realizacji zamówienia do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych, która posiada doświadczenie „w pełnieniu funkcji" kierownika robót drogowych podczas realizacji zadania dotyczącego budowy drogi publicznej, przy czym nie zawarł w tym postanowieniu wymagania, aby osoba ta w dzienniku tej budowy była wpisana jako osoba, której powierza się funkcję kierownika robót drogowych. Zdaniem Izby w sytuacji, gdy wymaganie takie nie zostało jednoznacznie określone w dokumentach zamówienia (SWZ), nie można uznać, że ww. warunek udziału w Postępowaniu nie jest spełniony, w przypadku, gdy wykonawca dysponuje osobą, którą skieruje do realizacji zamówienia do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych, która posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót drogowych podczas realizacji zadania dotyczącego budowy drogi publicznej, ale osoba ta w dzienniku tej budowy nie była wpisana jako osoba, której powierza się funkcję kierownika robót drogowych.

Mając na uwadze powyższe, a także konieczność interpretowania wątpliwości co do treści dokumentów

pochodzących od zamawiającego na korzyść wykonawców, z czego wynika, że w przypadku, gdy możliwe jest różne rozumienie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powinno się przyjąć takie, które jest korzystniejsze dla wykonawców, mniej wobec nich restrykcyjne, nie zasługuje na aprobatę stanowisko, że ww. warunek należy interpretować w taki sposób, że jest on spełniony, jeżeli osoba, którą wykonawca dysponuje, i którą skieruje do realizacji zamówienia do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych, posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót drogowych podczas realizacji zadania dotyczącego budowy drogi publicznej „formalnie" – czyli pełniła tą funkcję będąc wpisana do dziennika tej budowy jako osoba, której powierza się funkcję kierownika robót drogowych. Należy zaś uznać, że wystarczające dla spełnienia tego warunku jest rzeczywiste (faktyczne) posiadanie takiego doświadczenia, nabytego wskutek wykonywanie przez tą osobę funkcji kierownika robót drogowych podczas realizacji zadania dotyczącego budowy drogi publicznej, czyli czynności wykonywanych przez kierownika robót drogowych (wpisanego do dziennika budowy jako osoba pełniąca taką funkcję).

Skoro więc niewątpliwie G.L. w ramach wykonywaniazadania oznaczonego jako „Budowa drogi ekspresowej S19 Lubartów – Kraśnik na odcinku od węzła „Dąbrowica" (bez węzła) do węzła „Konopnica" (wraz z węzłem) i połączeniem z istniejącą DK nr 19 wraz z przełożeniem odcinka drogi wojewódzkiej 747 na odcinku od węzła „Konopnica" do DK nr 19" wykonywał czynności i obowiązki wykonywane przez osobę pełniącą funkcję kierownika robót drogowych, nie znajdowało podstaw uznanie, że nie posiada on doświadczenia określonego w rozdziale VII ust. 2 pkt 4) ppkt 2) SWZ w zakresie odnoszącym się do osoby, którą wykonawca skieruje do realizacji zamówienia do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych, a w konsekwencji że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu określonego w tym postanowieniu SWZ.

Nie sposób było więc stwierdzić, że Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, a zaniechanie dokonanie tej czynności naruszało ten przepis.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w związku z art. 16 Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 16 Pzp w związku z art. 3 i 14 ust. 1 uznkw odwołaniu nie wskazano, dlaczego zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego naruszało wynikający z art. 16 pkt 1- 3 Pzp obowiązek przygotowania i przeprowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny ani nie przedstawiono okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 3 i 14 ust. 1 uznk innych niż przedstawione w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 16 Pzp w związku z art. 3 i 14 ust. 1 uznk. Brak więc było podstaw do stwierdzenia naruszenia tych przepisów.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 Pzp nie był uzasadniony.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp „jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, 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: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania". W art. 128 ust. 4 Pzp określono zaś, że „zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu".

Wymaga zauważenia, że w odwołaniu co do zasady kwestionowano możliwość wezwania Przystępującego „do uzupełnienia (poprawiania) wykazu osób w trybie art. 128 ust. 1 Pzp"; z jego treści wynika jednak, że naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 Pzp Odwołujący upatrywał w zaniechaniu wezwania Przystępującego do uzupełnienia lub wyjaśnienia treści przekazanego przezeń Zamawiającemu „Wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia (składane na wezwanie Zamawiającego)", sporządzonego zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ, w zakresie, w jakim wskazano w nim „29.10.2014 - 09.12.2016 Kierownik robót drogowych Budowa zachodniej obwodnicy Lublina S19 Budowa drogi publicznej klasy S, o długości 10 km, wartość 415 mln zł netto".

W odniesieniu do podmiotowego środka dowodowego, jakim niewątpliwie jest wykaz osób, określony w rozdziale IX ust. 2 pkt 2.1. ppkt 4 SWZ, art. 128 ust. 1 Pzp zobowiązuje (a jednocześnie uprawnia) zamawiającego do wezwania wykonawcy do jego uzupełnienia w wyznaczonym terminie wyłącznie w sytuacji, gdy jest on niekompletny. Brak jest podstaw do przyjęcia, że przekazany Zamawiającemu przez Przystępującego „Wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia (składane na wezwanie Zamawiającego)", sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ, jest niekompletny. Dokument ten został przekazany w całości, a w odwołaniu nie wskazano, w jakim zakresie miałby on nie być kompletny.

W świetle treści art. 128 ust. 4 Pzp należy stwierdzić, że przepis ten uprawnia zamawiającego do żądania od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści podmiotowego środka dowodowego, gdy zachodzi potrzeba wyjaśnienia tej treści – czyli gdy jest ona niejasna.

Nie sposób uznać, że treść przekazanego Zamawiającemu przez Przystępującego „Wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia (składane na wezwanie Zamawiającego)", sporządzonego zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ, w zakresie, w jakim wskazano w nim „29.10.2014 - 09.12.2016 Kierownik robót drogowych Budowa zachodniej obwodnicy Lublina S19 Budowa drogi publicznej klasy S, o długości 10 km, wartość 415 mln zł netto" jest niejasna. Nie ma więc podstaw do przyjęcia, że Zamawiający zobowiązany był wezwać Przystępującego do jego wyjaśnienia w tym zakresie.

W tym stanie rzeczy Izba nie stwierdziła naruszenia art. 128 ust. 1 oraz 4 Pzp.

Nieuzasadniony był także zarzut naruszenia art. 16 Pzp, który, jak wskazano w odwołaniu, stanowił konsekwencję pozostałych zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Nie znajdowało więc uzasadnienia stwierdzenie naruszenia tego przepisu w sytuacji, gdy pozostałe zarzuty przedstawione w odwołaniu zostały ocenione jako uzasadnione, zwłaszcza że również w zakresie zarzutu naruszenia samego art. 16 Pzp w odwołaniu nie wskazano, dlaczego zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego czy zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia lub wyjaśnienia treści przekazanego przezeń Zamawiającemu „Wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia (składane na wezwanie Zamawiającego)", sporządzonego zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ, naruszało wynikający z art. 16 pkt 1- 3 Pzp obowiązek przygotowania i przeprowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 2 pkt 2, § 5 pkt 1 i 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.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego", stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. W § 2 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia określono, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 20.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1 i 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, (…) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (…) b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych, (…) d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego". Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia „W przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego (…)".

Stosownie do § 5 pkt 1 ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości 20.000 złotych.

Odwołujący na posiedzeniu i rozprawie był reprezentowany przez dwóch pełnomocników. Jak wynika ze złożonych do akt sprawy dokumentów „potwierdzenie realizacji transakcji", na koszty postępowania odwoławczego Odwołującego składa się wydatek na opłatę skarbową od złożenia trzech pełnomocnictw w wysokości 51 złotych.

Mając na uwadze, że z treści § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia wynika, że w aspekcie ponoszenia kosztów postępowania za uzasadnione uznawać należy reprezentowanie przez jednego pełnomocnika, Izba nie uznała wydatku na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa przez drugiego i trzeciego pełnomocnika za uzasadniony koszt Odwołującego. W konsekwencji zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b i d ww. rozporządzenia do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono zatem wydatek na opłatę skarbową od złożenia jednego pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych.

Brak było podstaw do uznania, że uzasadnione koszty postępowania odwoławczego Odwołującego obejmują wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych. Należy wskazać, że wynagrodzenie pełnomocnika strony może być zaliczone do kosztów postępowania odwoławczego wyłącznie wtedy, gdy jego wysokość jest określona na podstawie złożonego do akt sprawy rachunku lub spisu kosztów. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 23 maja 2024 r. wydanego w sprawie toczącej się pod sygn. akt XXII Zs 25/24, którego stanowisko Izba podziela, „faktura pro forma nie może być uznana za rachunek stanowiący podstawę określenia kosztów postępowania odwoławczego".

Złożona przez Odwołującego do akt sprawy faktura pro forma nie stanowi zatem w rozumieniu § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia rachunku określającego wysokość wynagrodzenia jego pełnomocnika. Konieczne było więc przyjęcie, że takowego rachunku Odwołujący nie złożył.

Zamawiający nie złożył do akt sprawy rachunków ani spisu kosztów, na podstawie których możliwe byłoby określenie wysokości uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego, w szczególności w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika, zatem brak było podstaw do uznania, że uzasadnione koszty postępowania odwoławczego obejmują takie koszty.

Zważywszy, że odwołanie zostało oddalone, stosownie do § 8 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Odwołującego.

Przewodniczący:……...……

……...……

……...……