Sygn. akt: KIO 2882/25

WYROK

Warszawa, dnia 05. 09. 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 września 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lipca 2025 r. przez Odwołującego: **Balzola Polska Sp. z o.o. z/s w Warszawie** (al. Jana Pawła II 12, 00124 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa - Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta z siedzibą w Warszawie** (ul. Senatorska 29/31, 00-099 Warszawa) oraz **Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. Oddział Zakład Gazowniczy w Warszawie** (ul. Równoległa 4a, 02-235 Warszawa) reprezentowani przez **Miasto Stołeczne Warszawa - Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta z siedzibą w Warszawie**
- Uczestnik po stronie Zamawiającego: **INSTALNIKA Sp. z o.o. z/s w Warszawie** (Al. Gen. Chruściela "Montera" 106/lok. 4, 00-910 Warszawa)

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego: **Balzola Polska Sp. z o.o. z/s w Warszawie** (al. Jana Pawła II 12, 00124 Warszawa) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego i kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Uczestnika po stronie Zamawiającego;

2.2. zasądza od Odwołującego - **Balzola Polska Sp. z o.o. z/s w Warszawie** (al. Jana Pawła II 12, 00124 Warszawa) na rzecz:

a) Zamawiającego - **Miasto Stołeczne Warszawa - Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta z siedzibą w Warszawie** (ul. Senatorska 29/31, 00-099 Warszawa) oraz **Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. Oddział Zakład Gazowniczy w Warszawie** (ul. Równoległa 4a, 02-235 Warszawa) reprezentowani przez **Miasto Stołeczne Warszawa - Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta z siedzibą w Warszawie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia jego pełnomocnika;

b) Uczestnika po stronie Zamawiającego: **INSTALNIKA Sp. z o.o. z/s w Warszawie** (Al. Gen. Chruściela "Montera" 106/lok. 4, 00-910 Warszawa) kwotę 3.600 zł poniesioną tytułem wynagrodzenia jego 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.

……

Sygn. akt: KIO 2882/25

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lipca 2025 r. przez wykonawcę: Balzola Polska Sp. z o.o.. z/s w Warszawie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: 1.Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta z/s w Warszawie oraz 2.Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o Oddział Zakład Gazowniczy w Warszawie reprezentowanego przez Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta z/s w Warszawie. Przedmiotem zamówienia publicznego jest „Wykonanie robót budowlanych związanych z:1) przebudową ul. Środkowej na odcinku ul. Kowieńska – ul. Stalowa (budowa SZRM), 2) przebudową sieci gazowych (budowa PSG). Ogłoszenie nr 2025/BZP 00124884/01 z dnia 2025-02-28 Postępowanie o wartości nieprzekraczającej progów unijnych.

Odwołujący podał: (…)

I. *Zarzuty*

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1) Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) pzp w zw. z art. 239 ust. 1 pzp, art. 16 pkt 1) i 3) pzp, art. 112 ust. 1 pzp i art. 116 ust. 1 pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania, przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Instalnika Sp. z o.o. jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych opisanych w pkt 4.2. SWZ, obejmujących dysponowanie osobą do pełnienia funkcji kierownika robót branży drogowej w sytuacji gdy wykonawca Instalnika Sp.z o.o. nie wykazał, że p. M.S. wskazany

w wykazie osób na stanowisko kierownika robót branży drogowej sprawował taką funkcję na wskazanych inwestycjach a tym samym nie nabył wymaganego doświadczenia tak w zakresie jego czasokresu jak i charakteru prac, po drugie wbrew złożonemu oświadczeniu nie posiada doświadczenia o którym mowa w art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami.

2)Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) oraz pkt 7) pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233; dalej: „znku"), a także art. 16 pkt 1) i 3) pzp, mające istotny wpływ na wynik postępowania, przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Instalnika Sp. z o.o., która to oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegających 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 p. M.S. jako Kierownik robót drogowych posiada doświadczenie wymagane warunkami udziału w postępowaniu, które zdobył podczas wykonania zadań referencyjnych wskazanych w złożonym wykazie osób tak w zakresie kierowania robotami jako kierownik robót jak i doświadczenie o którym mowa w art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami w sytuacji, gdy złożone w tym wykazie zapewnienia nie są zgodne z rzeczywistością.

3)Naruszenie art. 128 ust. 4 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy pzp poprzez wezwanie wykonawcy Instalnika sp. z o.o. pismem z dn. 24.06.2025r. do wyjaśnienia treści oferty odnośnie doświadczenia p. M.S. wskazanego w złożonym wykazie osób, podczas gdy wykaz i informacje o doświadczeniu p. M.S. były jasne i precyzyjne, a w efekcie wezwania do wyjaśnienia doszło do zmiany treści oświadczenia wykonawcy Instalnika Sp. z o.o. poprzez wpisanie w nim treści nie występujących tam wcześniej, tj, że p. M.S. pełnił funkcję kierownika robót – czego wymagał warunek udziału w postępowaniu podczas gdy pierwotnie wykonawca ten oświadczył, że p. M.S. pełnił funkcję kierownika budowy.

II.*Żądania*

Mając na uwadze powyższe zarzuty naruszenia przepisów, Odwołujący wnioskuje o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania powtórnej oceny ofert, odrzucenie oferty Instalnika i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

III.*Interes w złożeniu odwołania.*

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, a złożona przez Odwołującego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu złożonych ofert. Prawidłowa ocena ofert powinna prowadzić jednak do odrzucenia oferty Instalnika Sp. z o.o., sklasyfikowanej przed ofertą Odwołującego. W rezultacie oferta Odwołującego powinna zostać sklasyfikowana na miejscu pierwszym. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego i odrzucenia oferty Instalnika , za najkorzystniejszą zostałaby uznana oferta Odwołującego.

Wskutek naruszenia wskazanych przepisów pzp przez Zamawiającego, Odwołujący pozbawiony został możliwości wykonania zamówienia, pomimo że złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejsza w Postępowaniu. Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że objęte Odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego prowadzą do poniesienia szkody przez Odwołującego, polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu, w sposób niezgodny z prawem, uzyskania zamówienia. Szkoda Odwołującego w wyniku czynności Zamawiającego wyraża się w utrudnianiu dostępu do zamówienia poprzez odmowe udzielenia informacji o czynnościach Zamawiającego związanych w wyborem najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu stanowiska wskazał na następujące okoliczności: (…)

Ad. I. 1) Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) pzp w zw. z art. 239 ust. 1 pzp, art. 16 pkt 1) pzp, art. 112 ust. 1 pzp i art. 116 ust. 1 pzp

II.Zamawiający postawił - w zakresie objętym zarzutem odwołania, postawił warunek udziału w postepowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej zgodnie z którym (pkt 4.2. SWZ) o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca który:

„(…) 4.2. *Dysponuje osobami posiadającymi kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie:*

do pełnienia funkcji kierownika 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 robót branży drogowej, w tym na dwóch kontraktach obejmujących budowę jednojezdniowej drogi klasy co najmniej L, o długości wynoszącej co najmniej 250 m (każda).

Osoba wskazana na ww. stanowisko musi także posiadać doświadczenie, o którym mowa w art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami."

III.W dniu 29.05.2025 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę działając na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Termin na złożenie do 04.06.2025r. Instalnika nie odpowiedziała na to pismo.
IV.06.06.2025 r. SZRM działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych wezwał Wykonawcę do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień złożenia w tym wykazu osób na potwierdzenie postawionego warunku udziału w postępowaniu.
V.Na to wezwanie Instalnika Sp. z o.o. już odpowiedziała, zamieszczając m.in. wykaz osób na potwierdzenie spełnienia warunku opisanego w pkt 4.2. SWZ oświadczając, że:
VI.Ze złożonego wykazu jasno i w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że p. M. S. pełnił funkcję kierownika budowy nie kierownika robót jak wymagał tego warunek udziału w postępowaniu z pkt 4.2 SWZ.
VII.Zamawiający zadał pytanie w dniu 24.06.2025 r. w trybie art. 128 ust 4 ustawy pzp z prośbą o wskazanie, na których kontraktach Pan M.S. pełnił funkcję kierownika budowy, który jednocześnie pełnił funkcję kierownika robót drogowych, gdyż zgodnie z warunkami udziału Wykonawca miał się wykazać posiadaniem osoby z doświadczeniem na stanowisku kierownika branży drogowej, a nie kierownika budowy. W dniu 30.06.2025r. Instalnika potwierdziła, że na wskazanych zadaniach Pan S. pełnił funkcję Kierownika Budowy, który jednocześnie pełnił funkcję kierownika robót drogowych.
VIII.W świetle już obowiązujących przepisów prawa budowlanego nie jest prawdą, że na kontraktach na których p. M. S. Pełnił Funkcję kierownika budowy pełnił on jednocześnie funkcję kierownika robót branży drogowej. Podczas gdy treść warunku wyraźnie ograniczyła wymagane doświadczenie personelu do doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót branży drogowej nie zaś kierownika budowy. Tym samym wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postepowaniu.
IX.Zgodnie z ustawą Prawo budowlane (tj. Dz.U. 2025r. poz. 418) art. 42 ust 4 „ Przy prowadzeniu robót budowlanych, do kierowania którymi jest wymagane przygotowanie zawodowe w specjalności techniczno-budowlanej innej niż posiada kierownik budowy, inwestor jest obowiązany zapewnić ustanowienie kierownika robót w danej specjalności.”. W tym miejscu należy wskazać, że p. S. ma uprawnienie budowlane w zakresie kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w branży drogowej, co oznacza że na inwestycjach na których – jak oświadczył wykonawca Instalnika – p. S. pełnił funkcję kierownika budowy nie było wymagane ustanowienie kierownika robót branży drogowej.
X.Jak wyjaśnia się w komentarzu do ustawy p. budowlane por red. A. Plucinskiej – Filipowicz i M. Wierzbowskiego, LEX 2024r. „W art. 42 ust 4 p.bud. została zawarta regulacja nakładająca obowiązek ustanowienia kierownika robót w danej specjalności. Zwłaszcza skomplikowane inwestycje budowlane mogą wymagać kierowania w pewnym zakresie specyficznymi robotami przez osoby o różnych specjalnościach. Nie zawsze ustanowiony przez inwestora kierownik budowy będzie legitymował się takim zakresem uprawnień (specjalności), który będzie wystarczający do zrealizowania całego zamierzenia budowlanego. Może się okazać niezbędne ustanowienie poza kierownikiem całości budowy (robót budowlanych) dodatkowo kierownika robót wymagających innej specjalności. Ustawa stanowi, że to inwestor ma „zapewnić ustanowienie kierownika robót w danej specjalności”. Praktycznie polega to na tym, że dostrzegając taką potrzebę, kierownik budowy powinien zwrócić się do inwestora o ustanowienie dodatkowo kierownika robót w innej specjalności. Ustanowienie to musi być zarejestrowane w dzienniku budowy w formie odpowiedniego wpisu. W pewnych sytuacjach może zachodzić potrzeba ustanowienia kilku kierowników robót o różnych specjalnościach.”
XI.Co należy podkreślić ustawa Prawo budowlane, w art. 17, enumeratywnie wymienia uczestników procesu budowlanego, uznając, że są nimi wyłącznie inwestor, inspektor nadzoru budowlanego, projektant, kierownik budowy lub kierownik robót i rozróżniając te funkcje.
XII.W niniejszym Postępowaniu, zgodnie z literalną treścią pkt 4.2. SWZ.Zamawiający wymagał, jeśli chodzi o Kierownika robót w specjalności drogowej aby osoba ta posiadała 5 lotnie doświadczenie obejmujące „pełnienie funkcji kierownika robót branży drogowej” w tym w ramach 2 zadań referencyjnego o wskazanych parametrach. Zatem z SWZ wynika, iż warunkiem udziału w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego było wykazanie, iż Wykonawca dysponuje osobą, która posiada doświadczenie obejmujące wykonywanie konkretnie określonej samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, tj. sprawowanie funkcji Kierownika robót w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 7.07.1994r. - Prawo budowlane Na takie rozumienie powyższego warunku wskazuje użycie przez Zamawiającego w pkt 4.2. SWZ sformułowania „sprawowanie funkcji”.
XIII.Jak wskazano wyżej, pojęcie „sprawowania funkcji Kierownika” należy odnieść do przepisów Prawa budowlanego, gdyż przepisy te regulują sprawowanie tej funkcji. W art. 17 Prawa budowlanego ustawodawca w sposób enumeratywny wskazał uczestników procesu budowalnego, którymi są: 1) inwestor, 2) inspektor nadzoru inwestorskiego, 3) projektant oraz 4) kierownik budowy lub kierownik robót.
Koresponduje to z treścią art. 12 ust. 1 pkt 2) Prawa budowlanego, gdzie wskazano, że Kierownik robót to samodzielna funkcja techniczna w budownictwie. A także art. 42 ust 4 tejże ustawy który wskazuje kiedy ustanawia się kierownika robót.
Wobec użycia przez Zamawiającego w SWZ sformułowania „sprawowanie funkcji Kierownika robót” warunki udziału w postępowaniu spełniałaby tylko osoba, która formalnie sprawowała funkcję kierownika robót w rozumieniu przepisów

Prawa budowlanego tak przez okres 5 lat jak i w ramach wskazanych zadań referencyjnego.
XIV.W wyroku z dnia 10.08.2020r., sygn. akt KIO 1282/20, Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się szczegółowo do zasad wykładni warunków udziału w postępowaniu, określanych przez Zamawiającego w SWZ i dotyczących zdolności technicznych i zawodowych (doświadczenia). Izba podkreśliła konieczność odczytywania pojęć, którymi posługują się Zamawiający w SWZ określając warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, w sposób powszechnie rozumiany i używany w branży budowlanej. Jeśli zatem Zamawiający posługuje się pojęciem „pełnienia funkcji kierownika robót", to warunek ten rozumieć należy jako pełnienie funkcji kierownika robót w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane.
XV.„Branża budowlana dysponuje szeroką gamą pojęć - zarówno ustawowych, jak i zwyczajowych, odnoszącą się m.in. do funkcji osób występujących w procesie budowlanym. I w przypadku, gdy dane pojęcie jest zdefiniowane w przepisach, co do zasady w takim znaczeniu jest używane. Zatem, gdy mowa o "kierowaniu", automatycznie nasuwa się rozumienie "bycie kierownikiem" - a jako że przy robotach budowlanych "kierownik" to kierownik budowy lub kierownik robót w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, to pełnienie jednej z tych dwóch funkcji. Nazwanie swojego pracownika przez wykonawcę "kierownikiem" danych robót lub ich części, np. betoniarskich nie oznacza jeszcze, że pełnił on funkcję kierownika robót w znaczeniu powszechnie używanym w branży, tj. w rozumieniu samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, o której mowa w ustawie Prawo budowlane. Podobnie jeśli chodzi o sferę zamówień publicznych (w której notabene przy robotach budowlanych używa się pojęć z zakresu ustawy Prawo budowlane i przepisów wykonawczych w znaczeniu nadanym przepisami - jeśli dany zamawiający nie zawrze w specyfikacji istotnych warunków zamówienia innej definicji danego pojęcia) i pojęć używanych w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu, a od czasu wprowadzenia przepisu art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych - także kryteriów oceny ofert. W obu tych dziedzinach w momencie, gdy mowa jest o doświadczeniu osoby proponowanej na stanowisko kierownika robót budowlanych danej branży, bez dodatkowych wskazań, powszechnie rozumie się, że powinna posiadać doświadczenie w kierowaniu jako kierownik robót (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane). Wynika to nie tylko z logiki działania podmiotu formułującego wymogi, którą powinien się wykazywać zamawiający, ale także ustawowego nakazu formułowania warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, wyrażonego w art. 22 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych." (wyrok KIO z dnia 10.08.2020 r., sygn. akt KIO 1282/20).
XVI.Z wyroku KIO z dnia 10.08.2020r, sygn. akt KIO 1282/20, wynika ponadto, iż jeśli wolą Zamawiającego byłoby inne rozumienie pojęcia „pełnienia funkcji kierownika robót", niż pełnienie funkcji kierownika robót w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane, to Zamawiający powinien był to w sposób jednoznaczny zapisać w SWZ. W przeciwnym razie każdy z wykonawców dowolnie interpretowałby zakres działań wykonywanych jako „sprawowanie funkcji kierownika robót", a w konsekwencji oferty wykonawców złożone w ramach Postępowania nie byłyby porównywalne, gdyż wykonawcy konkurowaliby osobami o nietożsamym doświadczeniu i kwalifikacjach.
XVII.„Zamawiający mógłby oczywiście sformułować warunek udziału lub wymóg kryterium w sposób odmienny od wskazanego powyżej, dopuszczając też inne stanowiska, lecz - w opinii Izby - wymagałoby to jednoznacznego wskazania w warunku i kryterium oceny ofert. W przeciwnym wypadku nie wiadomo, jaka jest granica wymogu: kierownik robót, majster, brygadzista, asystent kierownika, dyrektor, właściciel firmy wykonującej roboty, pracownik podwykonawcy, czy też osoba o nieustalonym statusie "faktycznym", ale "kierująca" kimś lub czymś o nieustalonym zakresie. Należy tu przyznać rację Odwołującemu, że w takim przypadku wykonawcy konkurowaliby osobami o nierównych kwalifikacjach. A także nie wiedzieliby a priori, przed oceną zamawiającego, gdzie leży granica pomiędzy spełnieniem a niespełnieniem warunku lub wymogu kryterium. Naruszałoby to zarówno zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak też przejrzystość postępowania. Poza tym wątpliwy byłby także stosunek tych osób do osób formalnie ustanowionych na danych robotach budowlanych i odpowiedzialnych za ich wykonanie." (wyrok KIO z dnia 10.08.2020r., sygn. akt KIO 1282/20)
XVIII.Analogiczne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku 1272/24 z 30 kwietnia 2024r. potrzymanym następnie przez Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie w sprawie sygn. akt XXIII Zs 85/24 wskazując na konieczność stosowania wykładni zgodnej z językiem branżowym, tam przepisami prawa budowlanego.
XIX.Podsumowując, doświadczenie p. M. S. zdobyte podczas wykonywania zadań wskazanych w złożonym wykazie osób nie potwierdza spełniania warunku posiadania co najmniej 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót branży drogowej, w tym na dwóch kontraktach obejmujących budowę jednojezdniowej drogi klasy co najmniej L, o długości wynoszącej co najmniej 250 m (każda). Posiadając bowiem uprawnienie do kierowania robotami branży drogowej i pełniąc funkcję kierownika budowy nie aktualizował się wymóg ustanowienia kierownika robót. Jednocześnie charakter prac objętych wykazem nie wskazuje, że były to zadania złożone czy wielobranżowe wymagające ustanowienia takiego kierownika z uwagi na objęcie nimi budowy drogi kl. Min L o wymaganej długości. Jednoznaczne zaś brzmienie warunku nie pozwala dziś nadawać mu treści innej niż wynika to z niebudzącego wątpliwości jego

brzmienia. Gdyby posiadanie doświadczenia w charakterze kierownika budowy było właściwe do wykazania spełnienia warunków udziału w postepowaniu wówczas wezwanie do wyjaśnień przesłanie pismem z dn. 24.06.2025r. w trybie art. 128 ust 4 ustawy pzp byłoby zbędne.

XIX.W tym miejscu odwołujący pragnie jedynie przypomnieć jak Krajowa Izba Odwoławcza nakazuje dokonywać oceny spełnienia warunków udziału w postepowaniu.

XX.Jak wskazała KIO w wyroku sygn. akt. 438/24 „Ocena spełniania warunku winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiejkolwiek uznaniowości Zamawiającego na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczalna rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, które nie znalazły wyrazu w formie pisemnej, niezależnie od tego czy dany opis warunku udziału w postępowaniu należałoby uznać za bardziej adekwatny do przedmiotu zamówienia. (…) Gospodarz postępowania uprawniony jest zweryfikować prawdziwość informacji podanych przez wykonawcę celem wykazania warunku udziału w postępowaniu. Jednak nie jest zadaniem Zamawiającego wyręczanie wykonawcy w wykazaniu warunku udziału w postępowaniu i poszukiwanie brakujących informacji niezbędnych do pozytywnej jego oceny, w sytuacji gdy złożone podmiotowe środki dowodowe są niekompletne czy wadliwe. Wykazanie warunków udziału w postępowaniu jest obowiązkiem wykonawcy, a jego realizacja niesie za sobą szereg doniosłych skutków prawnych, w tym związanych z wykluczeniem wykonawcy i odrzuceniem jego oferty.

XXI.Wymienione w wykazie zadania nie potwierdzają również aby p. S. posiadał doświadczenia o którym mowa w art. 37 c ustawy z 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Zgodnie z tym artykułem: „Robotami budowlanymi kieruje albo nadzór inwestorski wykonuje, przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru osoba, która posiada uprawnienia budowlane określone przepisami Prawa budowlanego oraz która przez co najmniej 18 miesięcy brała udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury”. Tymczasem żadna z podanych inwestycji nie była prowadzona na terenach wpisanych w rejestr zabytków bądź pod nadzorem konserwatora zabytków – prace na drogach gminnych, w małych miastach.

XXII.Wobec powyższego, w świetle przedłożonych dokumentów uznać należy, iż wykonawca Instalnika nie wykazał, że spełnia warunek dysponowania osobą spełniającą warunki udziału w postępowaniu określone w pkt 4.2. SWZ dla osoby pełniącej funkcję kierownika robót branży drogowej.

Ad. I. 3 *Zarzut naruszenia art. 128 ust 4 ustawy pzp.*

I.Jak wskazał Odwołujący w części I odwołania, tiret VII Zamawiający w dniu 24.06.2025 r.

działając na podstawie art. 128 ust 4 ustawy pzp zwrócił się do wykonawcy Instalnika z prośbą o wyjaśnienie w zakresie złożonego wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, pisząc że „wskazana przez wykonawcę osoba wykazała się doświadczeniem zawodowym przy pełnieniu funkcji kierownika budowy. Zamawiający wzywa do jednoznacznego wskazania inwestycji (spośród robót wskazanych w załączniku nr 7 do SWZ) na których Pan M.S. pełnił funkcję kierownika budowy, który jednocześnie pełnił funkcję kierownika robót drogowych”.

II.Wykaz osób, jak również opisał wyżej Odwołujący, został złożony w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 128 ust 1 ustawy pzp wobec wcześniejszego nie złożenia przez tego wykonawcę podmiotowych środków dowodowych. Jest to o tyle istotne, że wcześniejsze wezwanie do uzupełniania tego dokumentu w trybie art. 128 ust 1 ustawy pzp wykluczyło możliwość jego ponownego uzupełnienia (tak: KIO 671/23).

III.Wymaga w tym miejscu podkreślenia, ze treść złożonego wykazu osób w pierwotnym brzmieniu nie pozostawiała żadnych wątpliwości co do zawartych tam informacji. Odwołujący przytoczył treść Wykazu osób w części I. tiret V odwołania. Jest tam jednoznacznie wpisane na jakich kontraktach p. M.S. pełnił jaka funkcję. Zgodnie z treścią złożonego przez Instalnika wykazu osób p. M.S. na każdym z podanych kontraktów pełnił funkcję kierownika budowy.

IV.W ocenie Odwołującego jednoznaczne oświadczenie wykonawcy Instalnika w złożonym pierwotnie wykazie osób o tym, że p. M.S. na wszystkich wymienionych tam kontraktach pełnił funkcje kierownika budowy nie pozostawiało wątpliwości, które mogłyby być wyjaśnione w trybie art. 128 ust 4 ustawy pzp. Wykaz, złożony już w odpowiedzi na wezwanie do uzupełniania dokumentów, nie potwierdzał spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt 4.2. i wobec wyczerpania procedury z art. 128 ust 1 ustawy pzp nie podlegał dalszej konwalidacji. W efekcie, wezwanie do włożenia wyjaśnień doprowadziło uzupełniania treści oferty (wykazu) o treść konieczną do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu ale w żaden sposób nie możliwą do wyprowadzenia z pierwotnego brzmienia wykazu szczególnie w sposób, który mógłby uzasadniać wezwanie do wyjaśniania treści złożonego dokumentu. Zastosowanie art. 128 ust 4 ustawy pzp doprowadziło więc nie do wyjaśnienia podmiotowego środka dowodowego ale do jego uzupełniania o informacje wcześniej tam nie występujące, z wyraźnym naruszeniem zakazu wielokrotnego uzupełniania tych samych dokumentów. W efekcie dopiero tak zmodyfikowany dokument potwierdził postawiony w pkt 4.2. warunek udziału w postępowaniu.

V.Jak wyjaśnia orzecznictwo na gruncie art. 128 ust 4 ustawy pzp

-„Choć nie jest wykluczone, że wykonawca może być wzywany do wyjaśnień wielokrotnie, to Zamawiający czyni to jedynie wtedy, gdy poweźmie wątpliwości odnośnie treści przedłożonych mu oświadczeń i innych dokumentów wymienionych w art. 128 ust. 4 p.z.p. W żadnym razie przepis ten nie może prowadzić do nadawania dokumentom treści, która nie była w nich zawarta, ani do składania nowych dokumentów, które potwierdzałyby okoliczności mające wynikać z innych już uprzednio złożonych dokumentów.” (wyrok KIO 3026/23 z 30 października 2023r.)

-„Wezwanie do wyjaśnień nie służy uzupełnieniu wykazu usług i nie pozwala na poprawienie czy zamianę wyjaśnianych informacji.” (wyrok KIO 572/22 z 14 marca 2022r.)

-„Procedura wskazana w art. 128 ust. 4 p.z.p. dotyczy sytuacji, w której zamawiający nie jest pewien, jak rozumieć treść oświadczeń lub dokumentów złożonych przez wykonawcę. Wezwanie do wyjaśnień, inaczej niż wezwanie o uzupełnienie, nie jest obowiązkowe. Ustawodawca posłużył się sformułowaniem "może żądać od wykonawców wyjaśnień", co jest zmianą w stosunku do art. 26 ust. 4 p.z.p. z 2004 r., w którym posłużono się słowem "wzywa", sugerującym obligatoryjność procedury wyjaśnień. Pomimo tej zmiany zamawiający powinni korzystać z procedury wyjaśnień zawsze, gdy mają jakiekolwiek wątpliwości co do treści oświadczeń lub dokumentów. (wyrok KIO 23 listopada 2021r. sygn. akt KIO 3229/21)

VI.Ponieważ art. 128 ust. 4 ustawy stanowi odpowiednik art. 26 ust 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004r. aktualne pozostaje również orzecznictwo wydane w starym stanie prawnym. W wyroku z 12.12.2017 r., KIO 2544/17, LEX nr 2440974, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że: „Nie można jednak utożsamiać żądania złożenia wyjaśnień z żądaniem złożenia dokumentów”. Odwołując się do znaczenia słowa „wyjaśnienie”, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że wyjaśnienie to uwagi wyjaśniające rzecz niezrozumiałą, usprawiedliwienie, umotywowanie czegoś, uczynienie czegoś zrozumiałym, podanie powodów, motywów. Stanowisko Izby wyrażone w wyroku KIO 2544/17 dotyczy wprawdzie wyjaśnienia treści oferty, pozostaje jednak aktualne także w odniesieniu do udzielenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 p.z.p. z 2004 r., oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p. z 2004 r., lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Także w przypadku art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p. z 2004 r. wyjaśnienie to uwagi wyjaśniające rzecz niezrozumiałą, usprawiedliwienie, umotywowanie czegoś, uczynienie czegoś zrozumiałym, podanie powodów, motywów, tyle że w odniesieniu do oświadczeń i dokumentów wskazanych w tych przepisach

VII.Stanowisko o tym, że wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 128 ust 4 ustawy pzp nie może prowadzić do zmiany treści dokumentu potwierdza stanowisko doktryny. I tak:

– w Komentarzu do ustawy pzp pod red. H. Nowaka i M. Winiarza opublikowanym przez UZP, wydanie II czytamy „Stosownie do art. 128 ust. 4 Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści JEDZ lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Przepis ten służy wyłącznie wyjaśnieniu treści oświadczeń i dokumentów, nie zaś tworzeniu treści w nich uprzednio nieza wartych.”

-w Komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych autorstwa J. Nowickiego i P. Wiśniewskiego, WKP 2023r. czytamy „(…)Przepis art. 128 ust. 4 p.z.p. powinien być rozpatrywany w kategoriach uprawnień zamawiającego, a więc prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień w celu wypełnienia obowiązku przeprowadzenia badania oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 128 ust. 4 p.z.p., w sposób staranny i należyty. Wyjaśnienia muszą zatem ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w oświadczeniach lub dokumentach, o których mowa w art. 128 ust. 4 p.z.p. (…) Wyjaśnianie jest jedną z odmian rozumowania. Wyjaśnianie (zwane również tłumaczeniem) jest zadaniem myślowym, które polega na wskazaniu uzasadnienia dla podanej przez wykonawcę treści formularza ofertowego. Wyjaśnianie treści oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 128 ust. 4 p.z.p., polega zatem na udzieleniu odpowiedzi na pytanie, dlaczego tak jest, jak wykonawca postanowił w treści tych oświadczeń lub dokumentów. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia muszą wskazywać sposób rozumienia treści oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 128 ust. 4 p.z.p.”

VIII.Tymczasem porównanie treści wykazu osób sprzed wezwania do wyjaśnienia w trybie art. 128 ust 4 ustawy pzp i po udzieleniu na nie odpowiedzi przez wykonawcę 30.06.2025r. wskazuje, że przed wezwaniem wykonawca Instalnika oświadczył, że p. M.S. na wszystkich wymienionych kontraktach pełnił funkcję kierownika budowy podczas gdy pismem z dn. 30.06.2025r. nadał mu nowe brzmienie o tym, że p. M.S. pełnił funkcję kierownika budowy, który jednocześnie pełnił funkcję kierownika robót drogowych w trakcie realizacji wszystkich inwestycji wskazanych w Załączniku nr 7.

Ad. 1. 2 *Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) oraz pkt 7) pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233; dalej: „znku”), a także art. 16 pkt 1) pzp.*

I Podkreślenia wymaga, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów choć w warunkach zamówienia Zamawiający nie przewidział przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8) lub 10) pzp, nie oznacza to, iż wykonawcy biorący w udział postępowaniu zwolnieni są z obowiązku przedstawiania prawdziwych informacji oraz

stosowania zasad współżycia społecznego, w tym zasad uczciwości kupieckiej. „Sam brak ustanowienia w postępowaniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd nie uniemożliwia odrzucenia oferty w sytuacji, gdy zachowanie danego wykonawcy spełnia przesłanki do uznania go za czyn nieuczciwej konkurencji." (wyrok KIO z dnia z dnia 21 lutego 2024r., sygn. akt KIO 353/24.)Zgodnie z przywołanym wyżej wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt. KIO 1272/24 takim działaniem jest przedstawienie nieprawdziwych informacji w wykazie personelu „Zdaniem Izby przedstawienie nieprawdziwych informacji w wykazie osób dotyczących wymaganego doświadczenia celem uzyskania zamówienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Wykonawca, który oświadcza nieprawdę, dopuszcza się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami. Narusza także interes innych przedsiębiorców, którzy konkurując z nieuczciwym wykonawcą tracą szansę na uzyskanie zamówienia, narażony jest także interes Zamawiającego, który może udzielić zamówienia podmiotowi niemającemu odpowiednich kompetencji do jego zrealizowania. Spełniona jest więc dyspozycja art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

II.Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7) pzp w zw. z art. 3 ust. 1 znku wynika w ocenie Odwołującego z tego, że oferta Instalnika została wybrana jako najkorzystniejsza w sytuacji, gdy wykonawca ten złożył nieprawdziwe oświadczenie co do spełniania warunków udziału w postępowaniu. W takim stanie faktycznym zaniechanie odrzucenia oferty prowadziłoby do akceptacji sprzecznego z prawem i dobrymi obyczajami zachowania. Zachowanie Instalnikatylko narusza interesy wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, ale również interes Zamawiającego i interes publiczny. Nawet bowiem w sytuacji, gdy w postępowaniu nie stosuje się podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8) lub 10) pzp, nie można zaaprobować sytuacji udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy, który złożył w postępowaniu nieprawdziwe oświadczenie co do informacji istotnych dla postępowania, w szczególności tych, które dotyczą kryterium oceny ofert w tym postępowaniu.

III.Weryfikacja warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia personelu dokonywana była na podstawie oświadczenia własnego wykonawcy. Tym samym wykonawca nie miał obowiązku przedłożenia Zamawiającemu dowodów potwierdzających prawdziwość oświadczeń dotyczących w szczególności zdolności zawodowej (doświadczenia) personelu wskazanego w wykazie osób na potwierdzenie kryterium oceny ofert (np. referencji od zamawiających na rzecz których wykonywano zadanie). Stąd też zasadnicze dla dokonania czynności w postępowaniu było złożenie rzetelnych oświadczeń

Wykonawcy w zakresie doświadczenia wymaganego personelu. Takie stanowisko koresponduje z wzorcem postępowania wymaganym od Wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prezentowanym w wyroku KIO z 27.01.2023 r., sygn. akt KIO 84/23: „właściwym wzorcem postępowania wykonawcy jest przedstawienie w składanych przez siebie oświadczeniach informacji rzetelnych, wyczerpujących i zgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy. Jeżeli wykonawca składa solenne zapewnienie, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w określony sposób, zamawiający ma prawo działać w zaufaniu do rzetelności tego oświadczenia".

IV.W ocenie Odwołującego, działanie Instalnikaw niniejszym postępowaniu, a w szczególności złożenie oferty odbyły się w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów znku. Powyższe powinno skutkować odrzuceniem oferty ww. podmiotu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) pzp.

V.Art. 1 znku stanowi, że ustawa ta reguluje zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej, w szczególności produkcji przemysłowej i rolnej, budownictwie, handlu i usługach - w interesie publicznym, przedsiębiorców oraz klientów, a zatem ustawa służy zwalczaniu i zapobieganiu nieuczciwości w konkurowaniu na rynku, w tym zwalczaniu i zapobieganiu nieuczciwemu konkurowaniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyeliminowanie nieuczciwej rywalizacji w postępowaniu służy wszystkim – interesowi publicznemu, przedsiębiorcom oraz klientom. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego interes publiczny łączy się z interesem klienta, ponieważ zamawiający posiadają oba te interesy. Także przedsiębiorca kwestionujący postępowanie innego przedsiębiorcy, zarzucając mu czyn nieuczciwej konkurencji działa nie tylko w interesie własnym, ale i publicznym, który wyraża się w domaganiu się sprawiedliwych reguł gry na rynku.

VI.Art. 3 ust. 1 znku stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że art. 3 ust. 1 znku może stanowić samodzielną podstawą uznania określonego zachowania jako czyn nieuczciwej konkurencji (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 09.01.2008 r., sygn. II CSK 363/07). Na gruncie tego przepisu warto również przytoczyć stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 17.09.2020 r., sygn. KIO 2048/20: „czyn nieuczciwej konkurencji to nie tylko zachowanie niezgodne z prawem, czy warunkami postępowania o udzielenie zamówienia, ale także takie zachowanie wykonawcy, która podlega nagannej ocenie moralnej z punktu widzenia klauzuli generalnej jakimi są dobre obyczaje. Jest to podobnie jak dawna uczciwość kupiecka, czy cywilistyczne zasady współżycia społecznego zbiory norm niepisanych wyznaczające reguły egzystencji w danej społeczności, jak tajemnica korespondencji, zakaz lichwy. Generalnie dobre obyczaje powinny wyrażać się w szacunku dla drugiej strony,

uczciwości, rzetelności, zaufaniu, lojalności, szczerości, fachowości, poszanowaniu godności, prywatności, interesów drugiej strony czy niewprowadzaniu w błąd".

VII.W ocenie Odwołującego, działanie Instalnika wypalenia wszystkie przesłanki czynu zabronionego jako że (i) działanie zostało podjęte w związku z działalnością gospodarcza, (ii) czyn był sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami, (iii) działanie zagrażało lub naruszało interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

VIII.Na związek z prowadzoną działalnością gospodarczą wskazuje charakter zamówienia i profil ubiegających się o niego wykonawców w tym Instalnika . Są to podmioty profesjonalnie działające w branży budowlanej ubiegające się o realizacje kolejnego zamówienia na roboty budowlane.

IX.Jeśli chodzi o sprzeczność z dobrymi obyczajami warto nadmienić, że prawo nie definiuje tego pojęcia. Wytyczne w zakresie interpretacji w tym sposobu rozumienia, a także sposobu zastosowania tej przesłanki zawarł Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 02.01.2007 r. w sprawie o sygn. V CSK 311/06: „zatem, nie sam fakt zagrożenia lub powstania straty po stronie innego przedsiębiorcy, lecz sposób realizacji mechanizmu rywalizacji pomiędzy konkurentami podlegać musi rozważeniu przy ocenianiu działań konkurencyjnych pod kątem sprzeczności z dobrymi obyczajami (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.). Sposób ten powinien być weryfikowany każdorazowo w okolicznościach konkretnego miejsca i czasu przy uwzględnieniu, zasługujących na aprobatę w świetle norm moralnych i etycznych, zwyczajów dochodzenia przez przedsiębiorców do osiągania korzyści gospodarczych. Wina naruszyciela nie jest elementem niezbędnym dla stwierdzenia, że dopuścił się on czynu nieuczciwej konkurencji, jednakże jej wykazanie powinno stanowić argument na rzecz przyjęcia, że doszło do naruszenia dobrego obyczaju."

X.KIO wielokrotnie wypowiadała się co do standardów profesjonalnego zachowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, odnosząc się do zasad rządzących tym postępowaniem oraz art. 355 § 2 kc. Wskazując, iż właściwym wzorcem postępowania Wykonawcy jest przedstawienie w składanych przez siebie oświadczeniach informacji rzetelnych, wyczerpujących i zgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy. W tym kontekście Odwołujący podnosi, że sposób, w jaki Instalnika rywalizował o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu (tj. przedstawiając nieprawdziwe oświadczenie) jest niemożliwe do do pogodzenia z wzorcem postępowania dotyczącym przedstawiania w składanych przez wykonawcę oświadczeniach informacji rzetelnych, wyczerpujących i zgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy, czyli takich na których Zamawiający mogą po prostu polegać.

XI.Trzeba ponadto podkreślić, że z punktu widzenia przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 znku, znaczenie ma wyłącznie obiektywna sprzeczność z prawem, czy dobrymi obyczajami. Nie ma znaczenia natomiast ewentualna wina sprawcy, jego świadomość, czy też wyrządzenie swym czynem szkody.

XII.Złożenie przez Instalnika nieprawdziwego oświadczenia co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu naruszyło interes Zamawiającego, Odwołującego i pozostałych oferentów. Przy czym interes Zamawiającego oraz pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego należy rozumieć szeroko. Interes Zamawiającego został naruszony, ponieważ Zamawiający w toku postępowania dokonał czynności wyboru oferty jako najkorzystniejszej, polegając na nieprawdziwym oświadczeniu. Nadto, postawa Strabag naruszyła interes Zamawiającego w ogólności jako podmiotu publicznego prowadzącego sprawy publiczne. Interesem Zamawiającego publicznego jest, aby postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone było zgodnie z przepisami prawa w tym przepisami ustawy pzp tak aby w konsekwencji nie stanowiło naruszenia zasad wydatkowania środków publicznych.

XIII.Instalnika naruszyła interes Odwołującego w postępowaniu, doprowadzając w wyniku podania informacji nieprawdziwej do wybrania jego oferty podczas gdy Odwołujący zakładał zarówno w niniejszym postępowaniu, jak również w innych postępowaniach, że wykonawcy konkurują ze sobą w m.in. rzeczywistym doświadczeniem, które jest przedstawiane w sposób zgodny z rzeczywistością. W interesie Zamawiającego i Odwołującego, popartym zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie leży dopuszczenie możliwości wygrywania przetargów na podstawie nierzetelnych informacji, w tym tych dotyczących doświadczenia.

XIV.Zachowanie Instalnika naruszyło nie tylko interes Zamawiającego i Odwołującego, ale także interes wszystkich oferentów biorących udział w postępowaniu. Interesem oferentów jest możliwość uczestniczenia w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na równych, uczciwych zasadach. Służą temu w szczególności zasady konkurowania na rynku zamówień publicznych, wynikające z przepisów prawa, w tym pzp. W interesie wszystkich uczestników rynku zamówień publicznych leży eliminowanie zachowań, które są niepożądane. W tym kontekście za niedopuszczalne uznać należałoby stosowanie podwójnych standardów, jeśli chodzi o skutki działań wykonawców, naruszające zasady uczciwej konkurencji. Podanie nieprawdziwych informacji powinno bowiem skutkować odrzuceniem oferty zarówno w sytuacji, gdy w warunkach postępowania Zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) pzp, jak i w przypadku postępowań, gdzie takiej podstawy wykluczenia nie przewidziano. Dla wszystkich postępowań powinien obowiązywać jeden i ten sam wzorzec oceny tożsamych zachowań, a zachowanie takie w obu przypadkach powinno być sankcjonowane.

XV.Resumując, należy wskazać, że działanie Zamawiającego narusza również wynikający z art. 16 pkt 1 ustawy pzp

nakaz prowadzenie postępowania w sposób przejrzysty, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców. Zamawiający zaniechał bowiem odrzucenia oferty wykonawcy w sytuacji gdy ten w sposób nie budzący wątpliwości w złożonych dokumentach nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu a co więcej w celu jej konwalidowania, wobec braku możliwości wezwania uzupełnienia dokumentu, w trybie właściwym dla wyjaśnień uzupełnił treść podmiotowych środków dowodowych o informacje wcześniej tam nie wystarczające a konieczne do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 21.08.2025 r.) oświadczył: (…) Po zapoznaniu się z treścią odwołania Zamawiający:

1.uznaje zarzut w pkt I. ppkt1) Odwołania w części dotyczącej zaniechania odrzucenia oferty Instalnika sp. z o.o. jako złożonej przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych opisanych w pkt. 4.2. SWZ,dot. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp, art. 16 pkt 1) i 3) Pzp, art. 112 ust. 1 Pzp i art. 116 ust. 1 Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania, przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Instalnika Sp. z o.o. jako złożonej przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych opisanych w pkt 4.2. SWZ.

2.wnosi o oddalenie zarzutu w pkt I. ppkt 1) Odwołania w części dot. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp, art. 16 pkt 1) i 3) Pzp, art. 112 ust. 1 Pzp i art. 116 ust. 1 Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania, przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Instalnika sp. z o.o. jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w związku z nieposiadaniem doświadczenia, o którym mowa w art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami przez p. Marcina S..

3.uznaje w całości zarzut w pkt I. ppkt 2) Odwołania dot. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) oraz pkt 7) pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233; dalej: „znku"), a także art. 16 pkt 1) i 3) pzp, mające istotny wpływ na wynik postępowania, przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Instalnika sp. z o.o., która to oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegających 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 p. M.S. jako Kierownik robót drogowych posiada doświadczenie wymagane warunkami udziału w postępowaniu, które zdobył podczas wykonania zadań referencyjnych wskazanych w złożonym wykazie osób tak w zakresie kierowania robotami jako kierownik.

4.wnosi o oddalenie w całości zarzutu w pkt I. ppkt 3) Odwołania, dot. naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy pzp poprzez wezwanie Wykonawcy Instalnika sp. z o.o. pismem z dn. 24.06.2025r. do wyjaśnienia treści oferty odnośnie doświadczenia p. M.S. wskazanego w złożonym wykazie osób.

5.(…)

W uzasadnieniu stanowiska wskazał na następujące okoliczności: (…)

1. Zamawiający postawił w niniejszym postępowaniu warunek udziału w postepowaniu

m. in. w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (pkt 4.2.SWZ) o treści: *„Dysponuje osobami posiadającymi kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie: do pełnienia funkcji kierownika 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 robót branży drogowej, w tym na dwóch kontraktach obejmujących budowę jednojezdniowej drogi klasy co najmniej L, o długości wynoszącej co najmniej 250 m (każda)*".

Osoba wskazana na ww. stanowisko musi także posiadać doświadczenie, o którym mowa wart. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami".

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie tegoż warunku złożył w dniu 12.06.2025 r. wykaz osób, w którym wskazał doświadczenie Pana M.S., gdzie wymieniono siedem inwestycji, w których pełnił funkcję kierownika budowy. Z uwagi na fakt, że warunek udziału w postępowaniu cytowany powyżej dotyczył funkcji kierownika robót branży drogowej a nie kierownika budowy, Zamawiający korzystając z uprawnienia określonego w art. 128 ust. 4 Pzp oraz faktu, że w praktyce bywają inwestycje, w których obie funkcje są pełnione przez tą samą osobę, wystąpił o doprecyzowanie wykazu w tym zakresie, by móc prawidłowo ocenić spełnienie bądź nie warunku określonego w pkt 4.2 SWZ.W odpowiedzi od Przystępującego uzyskał oświadczenie, że we wszystkich inwestycjach wymienionych w wykazie funkcje kierownika robót branży drogowej i kierownika budowy były połączone i pełnione przez Pana S..

W wyniku odwołania wniesionego przez Balzola sp. z o.o., Zamawiający zwrócił się do wszystkich inwestorów robót wymienionych w ww. wykazie o udzielenie odpowiedzi, czy przy wykonywaniu ww. inwestycji Pan M.S. pełnił jednocześnie funkcje kierownika robot budowlanych i kierownika robot drogowych.

W oparciu o udzielone przez ww. inwestorów odpowiedzi, stwierdzić należy, że Przystępujący nie potwierdził, że spełnia

warunek określony w pkt. 4.2. SWZ

Zamawiający poszczególne odpowiedzi ww. Inwestorów zamieścił w poniżej zaprezentowanej tabeli w odniesieniu do inwestycji, jakie przedstawił Przystępujący:

Nazwa inwestycji	Inwestor	Treść odpowiedzi Inwestora	Ocena Zamawiającego	Liczba dni zaliczona do doświadczenia
Rozbudowa dróg gminnych nr 410329W oraz drogi wewnętrznej 100122 w miejscowości Kampinos oraz Kwiatkówek	Urząd Gminy Kampinos	Pismo z dnia 22.07.2025 r. **– nie została ustanowiona funkcja kierownika robót drogowych**. Pełnił funkcję kierownika budowy.	Przedmiotowa inwestycja nie jest brana do oceny.	0 dni
Rozbudowa ul. Ekologicznej i ul. Estrady w Klaudynie – branża drogowa i sanitarna	Urząd Gminy Stare Babice	Pismo z dnia 29.07.2025 r. –. Pełnił funkcję kierownika budowy i jednocześnie funkcję kierownika robót drogowych.	Przedmiotowa inwestycja jest brana do oceny.	605 dni
Rozbudowa publicznej drogi gminnej nr 310614 w ul. Miklaszewskiego na odc. od ul. Starzyńskiego do ul. Długiej w Ładach Gm. Raszyn	Urząd Gminy Raszyn	Pismo z dnia 24.07.2025 r. –. Pełnił funkcję kierownika budowy i był odpowiedzialny za branżę drogową.	Przedmiotowa inwestycja jest brana do oceny.	174 dni, w części, bo termin realizacji pokrywa się z inną inwestycją wskazaną w wykazie.
Przebudowa ul. Fabrycznej w Lesznie.	Urząd Gminy Leszno	Pismo z dnia 24.07.2025 r. –. Pełnił funkcję kierownika budowy i jednocześnie funkcję kierownika robót drogowych	Przedmiotowa inwestycja jest brana do oceny.	0 dni, z uwagi na fakt, że termin realizacji w całości pokrywa się z inwestycją wskazaną w wykazie.
Rozbudowa drogi gminnej ul. Kamińskiego w	Urząd Gminy Ożarów Mazowiecki	Pismo z dnia 24.07.2025 r. –. Pełnił funkcję	Przedmiotowa inwestycja jest brana do oceny.	255 dni, w części, bo termin realizacji pokrywa
Ożarowie Mazowieckim		kierownika budowy i jednocześnie funkcję kierownika robót drogowych.		się z inną inwestycją wskazaną w wykazie
Budowa ul. Kopalnianej na terenie Dzielnicy Bemowo m. st. Warszawy	Urząd Dzielnicy Bemowo.	Pismo z dnia 25.07.2025 r. –. Pełnił funkcję kierownika budowy a l e **nie pełnił funkcji kierownika robót drogowych**.	Przedmiotowa inwestycja nie jest brana do oceny.	0 dni

Budowa ul. Wiązanej wraz z chodnikiem na terenie Dzielnicy Wawer m. st. Warszawy	Urząd Dzielnicy Wawer	Pismo z dnia 05.08.2025 r. –. Pełnił funkcję kierownika budowy oraz funkcję kierownika robót drogowych.	Przedmiotowa inwestycja jest brana do oceny.	745 dni

Dowód:

1.Pismo z dnia 22.07.2025 r. z Urzędu Gminy Kampinos

2.Pismo z dnia 29.07.2025 r. z Urzędu Gminy Stare Babice

3.Pismo z dnia 24.07.2025 r. z Urzędu Gminy Raszyn

4.Pismo z dnia 24.07.2025 r. z Urzędu Gminy Leszno

5.Pismo z dnia 24.07.2025 r. z Urzędu Gminy Ożarów Mazowiecki

6.Pismo z dnia 25.07.2025 r. z Urzędu Dzielnicy Bemowo

7.Pismo z dnia 05.08.2025 r. z Urzędu Dzielnicy Wawer

Reasumując, wg. oceny Zamawiającego ze złożonego przez Przystępującego wykazu wynika, że Pan S. ma doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót drogowych tylko w okresie 1.779 dni tj. 4 lata 11 miesięcy i 11 dni, podczas gdy warunek wynosił min. 5 lat tj. min. 60 miesięcy.

Wzory załączników do Specyfikacji Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego służą potwierdzeniu spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Są to dokumenty, które wykonawcy składają na wezwanie Zamawiającego, aby udowodnić, że spełniają wymagania określone w SWZ i taki jest ich cel. Abstrahując od treści załącznika nr 7 do SWZ, który był tylko wzorem (jak wskazuje pkt. 2.2. Rozdziału VII SWZ – str. 7), w którym także przywołany został stosowny punkt SWZ odnoszący się do treści warunku, to na Przystępującym spoczywał ciężar wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i należyta staranność w tym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu, iż „ … wymienione w wykazie zadania nie potwierdzają również, aby p. S. posiadał doświadczenia o którym mowa w art. 37 c ustawy z 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami", Zamawiający podkreśla, iż Przystępujący miał obowiązek ww. tej kwestii złożenia jedynie oświadczenia o treści: „oświadczam, że wyżej wskazana osoba posiada doświadczenie, o którym mowa w art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronizabytków i i opiece nad zabytkami", co Przystępujący uczynił w złożonym wykazie. Dlatego zarzut Odwołującego w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

2.W oświadczeniu złożonym przez Instalnika sp. z o.o., a zawartym w piśmie z dnia 30.06.2025 r., Przystępujący jednoznacznie stwierdził, że „Pan M.S. wskazany jako osoba skierowana przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego pełnił funkcję kierownika budowy, który jednocześnie pełnił funkcję kierownika robót drogowych w trakcie realizacji wszystkich inwestycji wskazanych w Załączniku nr 7 do SWZ - wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego.".

Powyższe wprost stoi w sprzeczności z treścią pisma Inwestora z dnia 25.07.2025 r. (załącznik do niniejszej odpowiedzi) – Dzielnicy Bemowo – gdzie padło stwierdzenie, że „nie pełnił funkcji Kierownika robót drogowych". Podobnie Wójt Gminy Kampinos w piśmie z dnia 22.07.2025r. nr ORG.1431.60.2025 stwierdził, iż w czasie wykonywania inwestycji pn. Rozbudowa dróg gminnych nr 410329W oraz drogi wewnętrznej 100122 w miejscowości Kampinos oraz Kwiatówek: nie została ustanowiona funkcja kierownika robót drogowych, a Pan M.S. na przedmiotowej inwestycji pełnił funkcji kierownika budowy. Nie ulega wątpliwości, że czynem nieuczciwej konkurencji jest złożenie przez Wykonawcę oświadczenia o spełnianiu warunku, gdy oświadczenie to nie jest prawdziwe. Przystępujący podając nieprawdziwe informacje o sprawowaniu przez Pana Marcina S. funkcji kierownika robot drogowych musiał sobie zdawać sprawę, że podaje Zamawiającemu, we wskazanych powyżej przypadkach, nieprawdziwe informacje, które wprowadziły tym samym Zamawiającego w błąd co do spełnienia przez Przystępującego wymaganego warunku. Podkreślenia wymaga fakt, że istotna jest już sama możliwość wprowadzenia Zamawiającego w błąd, a w przedmiotowej sprawie zaszła nie tylko taka możliwość a wręcz doszło do wprowadzenia w błąd Zamawiającego. W ustawie Prawo zamówień publicznych została przewidziana sankcja w przypadku wprowadzenia Zamawiającego w błąd i przekazywania nieprawdziwych informacji w celu uzyskania zamówienia, wyrażona w art. 109 ust. 1 pkt. 8. Należy jednak zaznaczyć, iż nawet jeśli Zamawiający nie wskazał w postępowaniu przetargowym wspomnianej wyżej fakultatywnej przesłanki wykluczenia (jak miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym), ofertę Wykonawcy, który wprowadził Zamawiającego w błąd, Zamawiający powinien odrzucić zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli został

złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.” Potwierdzeniem tego jest min. wyrok KIOo sygn. akt KIO 5/22, w którym KIO stanęła na stanowisku, iż „Brak wskazania przez zamawiającego fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd, nie zwalnia zamawiającego z obowiązku należytej weryfikacji wszystkich oświadczeń składanych przez wykonawców w postępowaniu, tym bardziej jeśli to te oświadczenia wpływają na wynik danego postępowania, bo umożliwiają uzyskanie dodatkowych punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert oraz potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Nie można uznać, że jeżeli zamawiający nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, to nie ma instrumentów prawnych, aby wyeliminować ofertę wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informacji w celu uzyskania zamówienia”. Eliminowaniu nieprawidłowych sytuacji służy przesłanka odrzucenia oferty zawarta w art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, związana ze złożeniem jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.”. Definicja czynu nieuczciwej konkurencji została wskazana w art. art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: u.z.n.k) jest „działanie sprzeczne z prawem lub dobrym obyczajem, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”. Krajowa Izba Odwoławcza wiele razy wypowiadała się w przedmiocie pojęcia czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z wyrokiem o sygn. akt KIO 802/24 KIO stwierdziła, że „Wykonawca, który oświadcza nieprawdę celem potwierdzenia spełniania wymagań postępowania, dopuszcza się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, które wymagają kierowania się prawdą. Działanie takie narusza interes innych przedsiębiorców, którzy konkurując z nierzetelnym wykonawcą tracą szansę na uczciwe uzyskanie zamówienia. W takiej sytuacji narażony jest również interes zamawiającego, który wybrał do realizacji zamówienia wykonawcę, który nie posiada odpowiednich zdolności i kompetencji do jego zrealizowania. Zatem ustalony stan rzeczy należy także kwalifikować jako delikt wskazany w art. 3 ust. 1 u.z.n.k., co powoduje, że w postępowaniu doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k”. Zgodnie z wyrokiem KIO o sygn. akt KIO 353/24 „Podanie informacji, które mijają się z rzeczywistością, nie stanowi błędu, lecz jest po prostu oświadczeniem nieprawdy, z nastawieniem na wprowadzenie zamawiającego w błąd i uzyskanie zamówienia. Tym samym tzw. druga szansa, o której mówi art. 128 Pzp, nie przysługuje”. Co więcej „oświadczenie nieprawdy w celu uzyskania zamówienia jest czynem nieuczciwej konkurencji. Wykonawca, który oświadcza nieprawdę, dopuszcza się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami. Co więcej – narusza także interes innych przedsiębiorców, którzy konkurując z nieuczciwym wykonawcą tracą szansę na uzyskanie zamówienia. W takiej sytuacji narażony jest również interes zamawiającego, który może udzielić zamówienia podmiotowi niemającemu odpowiednich kompetencji do jego zrealizowania. Spełniona jest więc dyspozycja art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k.”.

Z cytowanych wyżej wyroków można zauważyć jednolite stanowisko KIO dotyczące konsekwencji w przypadku udowodnienia wykonawcy poświadczenia nieprawdy. Nawet w sytuacji, gdy zamawiający nie przewidział w postępowaniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia dotyczących wprowadzenia zamawiającego w błąd, należy taki czyn uznać za czyn nieuczciwej konkurencji, a ofertę takiego wykonawcy odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. W takim stanie rzeczy nie sposób nie zgodzić się z Odwołującym, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd twierdząc , iż Pan M.S. posiada doświadczenie w sprawowaniu funkcji kierownika robot drogowych na zaprezentowanych przez Przystępującego inwestycjach.

3.Zamawiający wnosi o oddalenie w całości zarzutu wyrażonego w pkt. I.3) odwołania, w którym podniesiono naruszenie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp poprzez wezwanie wykonawcy Instalnika sp. z o.o. pismem z dn. 24.06.2025r. do wyjaśnienia treści oferty odnośnie doświadczenia p. M.S. wskazanego w złożonym wykazie osób (…). Zamawiający wskazuje, że czynność wyrażona w art. 128 ust. 4 Pzp jest prawem Zamawiającego. Na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Zamawiający miał prawo żądać od Przystępującego doprecyzowania, czy osoba wskazana w przedmiotowym wykazie pełniąca funkcje kierownika budowy pełniła jednocześnie obowiązki kierownika robót drogowych, ponieważ opis w wykazie mógł budzić wątpliwości co do spełnienia postawionego przez Zamawiającego warunku. Funkcje takie mogą być łączone i są łączone faktycznie, co zostało wykazane przez niektórych inwestorów w odpowiedziach na pytanie Zamawiającego postawione w tej kwestii. Dlatego też mając powyższe na uwadze Zamawiający mógł mieć usprawiedliwione wątpliwości co do przedmiotowego wykazu, który złożył Przystępujący. Przepis art. 128 ust. 4 ustawy Pzp nie określa żadnych kryteriów wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień, dlatego o zastosowaniu wezwania decyduje jego zasadność i celowość oraz ograniczenie do oświadczeń lub dokumentów wskazanych w tym przepisie. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych (co miało miejsce w niniejszym postępowaniu) lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Przepisy ustawy Pzp nie wskazują przy jakim poziomie szczegółowości informacji podanych przez wykonawcę w podmiotowym środku dowodowym Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do wyjaśnienia. W orzecznictwie

Krajowej Izby Odwoławczej wyrażany jest pogląd, że obowiązek wezwania wykonawcy do wyjaśnień oświadczeń i dokumentów aktualizuje się w sytuacji, gdy złożone oświadczenia lub dokumenty budzą wątpliwości Zamawiającego (sygn. akt KIO 905/16). Zamawiający jest uprawniony do wyjaśnienia danego dokumentu, także w przypadku, gdy kolejne wątpliwości nasunęły się także po złożeniu wcześniejszych wyjaśnień lub po uzupełnieniu lub poprawieniu oświadczenia lub dokumentu. Dodatkowo podkreślenia wymaga fakt, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, odpowiedź Przystępującego z dnia 30.06.2025r. o jednoczesnym sprawowaniu przez Pana Marcina S. funkcji kierownika budowy i kierownika robót drogowych nie oznaczała uzupełnienia braków ani nie zmieniała istoty dokumentu, lecz doprecyzowywało zakres faktycznie pełnionych przez Pana Marcina S. funkcji przy wykonywaniu obowiązków w ww. inwestycjach. Zamawiający miał prawo badać, czy zakres faktycznie pełnionych obowiązków przez Pana Marcina S. w ww. inwestycjach odpowiada wymogom postawionego warunku. Było to zatem tylko doprecyzowanie, które jak się dopiero potem okazało, nie było w 100% prawdziwe. Wystąpienie do Przystępującego przez Zamawiającego pismem z dnia 24.06.2025 r. o złożenie wyjaśnień w trybie art. 128 ust 4 Pzp służyły rozwianiu wątpliwości Zamawiającego, wynikających z niejednoznacznego określenia pełnionej funkcji na wskazanych w wykazie robotach. W niniejszym stanie faktycznym, czynność Zamawiającego okazała się tym bardziej uzasadniona, bo dotyczyła oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania przystąpienie zgłosił wykonawca: INSTALNIKA Sp. z o.o. z/s w Warszawie. Wezwany do zgłoszenia sprzeciwu w piśmie z dnia 21 sierpnia 2025 r. w związku z częściowym uwzględnieniem zarzutów przez Zamawiającego oświadczył: (…) *w ustosunkowaniu do Odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, doręczonej Przystępującemu w dniu 22.08.2025r. wnoszę sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania, jak w pkt 1 i pkt 3 Odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie".*

W piśmie procesowym z dnia 3.09.2025 r. wskazał na następujące okoliczności: (…) Na wstępie wskazuję i podnoszę, że Zamawiający w postępowaniu odwoławczym dokonał nowej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to jest zgodnie z art. 128 ust. 5 Pzp zwrócił się o informacje bezpośrednio do podmiotów zamawiających w zadaniach wykazanych przez wykonawcę w Wykazie osób, dla celów oceny spełnienia przez wykonawcę INSTALNIKA Sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu. Następnie, wyłącznie w oparciu o ocenę otrzymanych informacji na etapie postępowania odwoławczego, a nie w oparciu o zarzuty i dowody przywołane w odwołaniu, Zamawiający uznał, że zarzuty odwołania w zakresie podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy INSTALNIKA Sp. z o.o. należy uznać (sic). Takie działanie Zamawiającego, w ocenie Przystępującego, dokonane na etapie postępowania odwoławczego jest niezgodne z ustawą, albowiem pozbawia przystępującego do postępowania odwoławczego wykonawcę prawa do skutecznej ochrony prawnej. Zamawiający dokonując oceny podstaw zarzutów odwołania powinien opierać się wyłącznie na czynnościach dokonanych do momentu złożenia odwołania, gdyż tylko te podlegają ocenie przez KIO i tylko do tych mogą odnosić się strony i uczestnicy postępowania. Zamawiający nie powinien na etapie postępowania odwoławczego dokonywać nowych czynności w postępowaniu, w tym nie powinien dokonywać czynności zwrócenia się do podmiotów będących w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych dla oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (art. 128 ust. 5 Pzp). Z tego powodu, Przystępujący w ramach daleko posuniętej ostrożności procesowej zmuszony jest odnieść się, poza de facto treścią zarzutu odwołania do nowych informacji pozyskanych przez Zamawiającego w wyniku czynności z art. 128 ust. 5 Pzp i ich błędnej oceny przez Zamawiającego.

I. *Odnośnie do uwzględnienia w pkt 1. Odpowiedzi zarzutu odwołania, w części dotyczącej zaniechania odrzucenia oferty INSTALNIKA sp. z o.o. jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych opisanych w pkt. 4.2. SWZ, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) pzp w zw. z art. 239 ust. 1 pzp, art. 16 pkt 1) i 3) pzp, art. 112 ust. 1 pzp i art. 116 ust. 1 pzp mających istotny wpływ na wynik postępowania, przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych opisanych w pkt 4.2. SWZ, obejmujących dysponowanie osobą do pełnienia funkcji kierownika robót branży drogowej, wskazuję i podnoszę co następuje*.

Zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie wskazał, że uznaje wykazanie spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika budowy (odpowiedzialnego za wykonanie robót branży drogowej), zgodnie pkt 4.2. SWZ, przez pana M.S. także w inwestycjach prowadzonych przez: Gminę Leszno, Gminę Raszyn, Ożarów Mazowiecki, Dzielnicę Wawer m.st. Warszawy, w których - z racji na wyłącznie drogowy charakter robót - zamawiający (inwestorzy) uznali, że wystarczającym będzie ustanowienie kierownika budowy w specjalności drogowej, który jednocześnie pełnił funkcję kierownika robót w branży drogowej. Przypomnieć w tym miejscu należy, że charakter inwestycji polegających na budowie lub przebudowie dróg, wskazanych w powyższych zadaniach, nie wymagał odrębnego ustanowienia kierownika robót w branży drogowej na podstawie art. 42 ust. 4 ustawy Prawo budowlane. Przywołany przepis prawa budowlanego stanowi bowiem, że w przypadku prowadzeniu robót budowlanych,

do kierowania którymi jest wymagane przygotowanie zawodowe w specjalności techniczno-budowlanej innej niż posiada kierownik budowy, inwestor jest obowiązany zapewnić ustanowienie kierownika robót w danej specjalności, a contrario kierownik budowy posiadający przygotowanie zawodowe w danej specjalności może także wykonywać czynności kierownika robót w danej specjalności. Ze stanowiska Zamawiającego prezentowanego w Odpowiedzi na odwołanie wynikają dwa wnioski: Po pierwsze, Zamawiający nie podzielił wykładni warunku dokonanej przez Odwołującego, jakoby dla wykazania spełnienia postawionego w pkt.4.2. SWZ warunku wymagane było, aby w zadaniu referencyjnym „ustanowiona była formalnie funkcja kierownika robót" (por. pkt XIII odwołania, str. 7). Nie sposób zatem uznać, że zarzut Odwołującego (z pkt 1 odwołania) opierający się na takiej wykładni warunku został uwzględniony przez Zamawiającego. Przeciwnie, zważywszy na zaprezentowane stanowisko Zamawiającego odnośnie do wykładni treści warunku stwierdzić należy, że Zamawiający uznał ten zarzut wyłącznie w takim zakresie, w jakim ustalił, że p. M.S. pełniąc funkcję Kierownika budowy w specjalności drogowej w zadaniach wykazanych w Wykazie osób nie legitymuje się 5 letnim doświadczeniem, lecz okres ten wynosi: 4 lata 11 miesięcy i 11 dni. Po drugie, Zamawiający niezasadnie nie uznał doświadczenia p. M.S. w inwestycji drogowej prowadzonej przez Gminę Kampinos. Mając na uwadze, że w tej inwestycji był ustanowionym Kierownikiem budowy w specjalności drogowej, wobec czego zgodnie z prawem budowalnym nie ustanowiona została odrębnie funkcja kierownika robót w specjalności drogowej, to powinno zostać uznane to doświadczenie analogicznie jak w pozostałych robotach w inwestycjach wykazanych w: Gminie Leszno, Gminie Raszyn, Ożarów Mazowiecki, Dzielnicy Wawer m.st. Warszawy. Z odpowiedzi udzielonej na wniosek Zamawiającemu przez wójta Gminy Kampinos (pismo z dnia 22.07.2025 r.), w której wskazano, że w przedmiotowej inwestycji, cytuję: „nie została ustanowiona funkcja kierownika robót drogowych. Pan M.S. na przedmiotowej inwestycji pełnił funkcję kierownika budowy", Zamawiający wyciągnął błędny wniosek, że p. M.S. nie kierował robotami drogowymi w tej inwestycji, wynikiem czego nie zaliczył tej roboty do wymaganego doświadczenia. Podczas, gdy w przedmiotowej inwestycji ustanowiony został kierownik budowy w specjalności drogowej w osobie M.S. (dowód: §4 ust. 9 Umowy zawartej pomiędzy Gminą Kampinos a INSTALNIKA Sp. z o.o. z dnia 14.02.2023 r.), wobec czego zgodnie z przepisami prawa budowlanego nie ustanowiono odrębnej funkcji kierownika robót w branży drogowej, albowiem za kierowanie robotami drogowymi odpowiedzialny był w jednej osobie kierownika budowy w specjalności drogowej pan M.S..

Powyższe wynika również z pisma wójta Gminy Kampinos z dnia 18.08.2025r., o które zwrócił się Przystępujący w wyniku czynności Zamawiającego dokonanej w trybie art. 128 ust. 5 Pzp, gdzie zarząd gminy stwierdza wprost: „Funkcję kierownika robót w specjalności drogowej pełnił ww. kierownik budowy".

Dowód:

- wyciąg z Umowy zawartej pomiędzy Gminą Kampinos a INSTALNIKA Sp. z o.o. z dnia 14.02.2023 r. nr 2151.27.2023
- pismo wójta Gminy Kampinos z dnia 18.08.2025 r. (IGK 7021.4.73.2025)

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający powinien konsekwentnie uznać przedmiotową realizację, podobnie jak uznał analogicznie realizowane inwestycje drogowe przez Gminę Leszno, Gminę Raszyn, Ożarów Mazowiecki czy Dzielnicę Wawer m.st. Warszawy, w których - z racji na wyłącznie drogowy charakter robót - wystarczającym było ustanowienie kierownika budowy w specjalności drogowej, który jednocześnie pełnił funkcję kierownika robót w branży drogowej. W rezultacie Zamawiający powinien zaliczyć okres doświadczenia p. M.S. (Wykaz osób w poz. Lp.1) od 14.02.2023-04.05.2025r. na potwierdzenia spełnienia postawionego w pkt 4.2. SWZ warunku wiedzy i doświadczenia, to jest okres: 264 dni (po pomniejszeniu o okresy pokrywające się z innymi inwestycjami).

Powyższe implikuje koniecznym wniosek, że uznać należy, iż Przystępujący robotami drogowymi:

1)„Rozbudowa ul. Ekologicznej i ul. Estrady w Klaudynie – branża drogowa i sanitarna" (poz. L.p.2 Wykazu osób)

2)„Rozbudowa publicznej drogi gminnej nr 310614 w ul. Miklaszewskiego na odc. od ul. Starzyńskiego do ul. Długiej w Ładach Gm. Raszyn" (poz. L.p. 3 Wykazu osób)

3)„Przebudowa ul. Fabrycznej w Lesznie" (poz. L.p. 4 Wykazu osób)

4)„Rozbudowa drogi gminnej ul. Kamińskiego w Ożarowie Mazowieckim" (poz. L.p. 5 Wykazu osób)

5)„Budowa ul. Wiązanej wraz z chodnikiem na terenie Dzielnicy Wawer m.st. Warszawy" (poz. L.p. 7 Wykazu osób).

6)„Rozbudowa dróg gminnych nr 410329W oraz drogi wewnętrznej 100122 w miejscowości Kampinos oraz Kwiatkówek" (poz. L.p. 1 Wykazu osób), wykazał spełnienie warunku co najmniej 5 lat doświadczenia osoby w pełnieniu funkcji kierownika robót branży drogowej, o którym mowa w SWZ pkt. 4.2.

Wykazanie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia z pkt 4.2. SWZ implikuje brak potwierdzenia zarzutu Odwołującego z pkt 1) odwołania, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp, art. 16 pkt 1) i 3) Pzp, art. 112 ust. 1 Pzp i art. 116 ust. 1 Pzp.

Odnośnie do pisma z-cy burmistrza Dzielnicy Bemowa m.st. Warszawy w przedmiocie doświadczenia p. M.S. w zadaniu pn. „Budowa ul. Kopalnianej na terenie Dzielnicy Bemowo m. st. Warszawy", które Zamawiający pozyskał w dniu 25.07.2025bvr., wskazać należy, że z udzielonej odpowiedzi Zamawiający wyciągnął błędny wniosek, albowiem w zadaniu tym p. inż. M.S. w okresie od dnia zawarcia umowy, tj. od 18.09.2017 r. do co najmniej końca marca 2018 r.

pełnił funkcję kierownika robót branży drogowej będąc Kierownikiem budowy w specjalności drogowej w tej inwestycji. Dopiero w m-cu kwietniu 2018 r. wykonawca ustanowił odrębną funkcję kierownika robót drogowych w osobie inż. M.B., o czym świadczą następujące wpisy w Dzienniku budowy inż. M.S.:
-z dn. 18.12.2017 - Przystąpienie do wycinki drzew - z dn. 30.01.2018 - Zakończenie wycinki drzew
-z dn. 06.04.2018 r. – pierwszy wpis nowo-ustanowionego kierownika robót w specjalności drogowej mgr. inż. M.B.: wykonano koryto pod krawężnik (…).
Dowód: - Dziennik budowy, tom I str. 21.

Reasumując, na inwestycji wykazanej w Wykazie osób pod poz. L.p. 6 realizowanej na rzecz Dzielnicy Bemowo m.st. Warszawy w okresie 18.09.2017 – 30.03.2018 r. p. M.S. pełnił funkcję również kierownika robót branży drogowej.
II. *Odnośnie do uwzględnionego zarzutu odwołania w pkt 3 Odpowiedzi, dot. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit.* b) oraz pkt 7) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 r. *o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także art. 16 pkt 1) i 3) Pzp, mającego istotny wpływ na wynik postępowania i zaniechanie odrzucenia oferty INSTALNIKA sp. z o.o., jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, „polegających 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 p. M.S. jako Kierownik robót drogowych posiada doświadczenie wymagane warunkami udziału w postępowaniu, które zdobył podczas wykonania zadań referencyjnych wskazanych w złożonym wykazie osób*",
zarzut ten nie został udowodniony, wobec czego nie powinien podlegać uwzględnieniu. Zarzut zasadza się bowiem na tezie, że Przystępujący złożył nieprawdziwe oświadczenie o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu z pkt 4.2. SWZ (por. pkt 2) petitum odwołania, pkt II uzasadnienia odwołania str. 12), podczas gdy Przystępujący złożył odpowiadające prawdzie oświadczenie, że warunek spełnia i wykazał spełnienie warunku zgodnie z postanowieniami SWZ, wobec czego nie sposób uznać, że naruszył on prawo lub dobre obyczaje składając ofertę, czym zagroziłby lub naruszył interes innego przedsiębiorcy. Przystępujący wykłada treść warunku z pkt 4.2. SWZ tak samo jak Zamawiający, to jest zgodnie z art. 42 ustawy Prawo budowlane, co zostało już szczegółowo omówione. Ponadto zwrócić należy uwagę na treść wzoru Załącznika nr 7 do SWZ – „Wykaz osób", w którym zmieszczono oświadczenie następującej treści: „*Oświadczamy, że dysponujemy osobą posiadającą kwalifikacje zawodowe i doświadczenie wymagane przez Zamawiającego (określone w warunku 4.2. Rozdziału V SWZ) 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 – zgodnie z poniższym wykazem*:", które dowodzi, że osoba skierowana do pełnienia funkcji kierownika budowy będzie jednocześnie odpowiedzialna za kierowanie robotami branży drogowej, zatem zgodnie z zasadą proporcjonalności (art. 16 pkt 3 Pzp) prawidłowo zdekodowany warunek z pkt 4.2.SWZ stanowi, że wykonawcy w tym postępowaniu powinni wykazać, że dysponują osobą posiadającą doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy posiadającego uprawnienia w specjalności drogowej bez ograniczeń lub kierownika robót specjalności drogowej bez ograniczeń, który będzie pełnił funkcję kierownika budowy.

Powyższe oświadczenie z Załącznika nr 7 w korelacji z treścią warunku z pkt. 4.2. SWZ i powszechnie obowiązującym przepisem art. 42 Prawa budowlanego dowodzi, że wykonawcy powinni rozumieć przedmiotowy warunek dokładnie w taki sposób. Tymczasem Odwołujący, niezgodnie z przywołaną treścią SWZ i prawem budowlanym, usiłuje niejako zawęzić wykładnię treści warunku tylko do takich inwestycji, w których osoba skierowana do realizacji przedmiotowego zamówienia do pełnienia funkcji kierownika budowy odpowiedzialnego za wykonanie robót branży drogowej, pełniła wyłącznie funkcję kierownika robót branży drogowej, co nie poddaje się prawidłowym zasadom logiki i dedukcji. Przez pryzmat subiektywnego rozumienia treści warunku Odwołujący sformułował zarzut, że Przystępującego dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji składając oświadczenie o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu.

Wobec czego stwierdzić należy, że Odwołujący nie wykazał wyczerpania znamion strony podmiotowej zarzucanego deliktu art. 3 ust. 1 u.z.n.k. i złożenia przez wykonawcę oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji".

Ponadto, podtrzymał argumentacją prawną dotyczącą postawionego przez Odwołującego zarzutu, zawartą w piśmie Przystępującego złożonym w postępowaniu odwoławczym w dniu 14.08.2025 r., w szczególności brak wykazania przez Odwołującego również znamion strony przedmiotowej zarzucanego deliktu. Podkreślił, że (…) Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu, poza przywołaniem judykatów zapadłych w różnych sprawach, posłużył się ogólnymi stwierdzeniami i nie wykazał na czym konkretnie miałby polegać delikt Przystępującego. Nie można oprzeć się wrażeniu, że Odwołujący skopiował treść zarzutu z innego postępowania, o czym może świadczyć fakt, że pomylił Przystępującego z firmą Strabag, której nazwa występuje w uzasadnieniu".

Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej (KIO lub Izba) ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zarzuty podniesione w odwołaniu związane są z zamówieniami referencyjnymi podanymi przez wykonawcę INSTALNIKA Sp. z o.o. z/s w Warszawie w Wykazie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego – wzór formularza ustalony w zał. Nr 7 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), który to Wykaz – zgodnie z rozdział VII lit, B pkt 2.2 – był wymagany w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ustawy Pzp. Ten Wykaz osób (…) dotyczy warunku opisanego w rozdziale V SWZ w punkcie 4.2. zgodnie z którym w zakresie warunku zdolności technicznej lub zawodowej warunek uzna się za spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że: *„Dysponuje osobami posiadającymi kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie: do pełnienia funkcji kierownika 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 robót branży drogowej, w tym na dwóch kontraktach obejmujących budowę 3 jednojezdniowej drogi klasy co najmniej L, o długości wynoszącej co najmniej 250 m (każda). Osoba wskazana na ww. stanowisko musi także posiadać doświadczenie, o którym mowa w art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami."*

Ponadto wykonawca w Wykazie osób (…) zobowiązany był złożyć następujące oświadczenia:

„*Oświadczamy, że dysponujemy osobą posiadającą kwalifikacje zawodowe i doświadczenie wymagane przez Zamawiającego (określone w warunku 4.2. Rozdziału V SWZ) 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 – zgodnie z poniższym wykazem: (…) oraz który posiada co najmniej doświadczenie wymagane przez Zamawiającego, określone w Rozdziale V SWZ, pkt. 4.2*".

(…)

Jednocześnie oświadczam, że wyżej wskazana osoba posiada doświadczenie, o którym mowa w art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. – TAK/NIE**

Zamawiający zastrzega sobie prawo żądania dokumentów potwierdzających posiadane doświadczenie dla ww. osoby wskazanej na pełnienie funkcji kierownika robót branży drogowej, zgodnie z art. 37g ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, na etapie realizacji robót budowlanych".

Uczestnik, wykonawca Instalnika w tym Wykazie wskazał w pierwszej części tabeli p. Marcina S. podając w zakresie wymaganych kwalifikacji i uprawnień m.in., że *posiada uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie kierowania robotami budowlanymi – bez ograniczeń – w specjalności drogowej a co do zakresu czynności wskazał na: „Kierownik Budowy".* Z kolei w drugiej części tabeli w kolumnie 4 *„Doświadczenie - Wykaz zrealizowanego zamówienia (zamówień) jednoznacznie potwierdzający spełnienie warunku postawionego przez Zamawiającego"* wskazał na siedem realizowanych inwestycji wymienionych w odwołaniu jak i w pismach Zamawiającego oraz Uczestnika, a w ich opisie – każdej z nich - podał, że p. S. pełnił funkcję: *Kierownik budowy.* W odniesieniu do wymaganego oświadczenia w zakresie art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami zaznaczył w wymaganym oświadczeniu wyrażenie „TAK".

Zamawiający w piśmie z dnia 24.06.2025 r. skierowanym do wykonawcy Instalnika wezwał wykonawcę do (…) *wyjaśnień w zakresie załącznika nr 7 do SWZ – wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego. Wskazana przez Wykonawcę osoba wykazała się doświadczeniem zawodowym przy pełnieniu funkcji kierownika budowy. Zamawiający wzywa do jednoznacznego wskazania inwestycji (spośród robót wykazanych w załączniku nr 7 do SWZ), na których Pan M.S. pełnił funkcję kierownika budowy, który jednocześnie pełnił funkcję kierownika robót drogowych*."

W wyjaśnieniach wykonawca podał: (…) *W odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 24.06.2025 oświadczamy, że Pan M.S. wskazany jako osoba skierowana przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego pełnił funkcję kierownika budowy, który jednocześnie pełnił funkcję kierownika robót drogowych w trakcie realizacji wszystkich inwestycji wskazanych w Załączniku nr 7 do SWZ - wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego".*

Następnie Zamawiający skierował do inwestorów robót wymienionych w Wykazie - na podstawie art. 128 ust.5 ustawy Pzp - pytanie: „*Czy Pan M.S. pełnił podczas realizacji ww. inwestycji funkcję Kierownika budowy i jednocześnie funkcję Kierownika robót drogowych*?".

W odpowiedzi w odniesieniu do inwestycji realizowanych uzyskał odpowiedzi, a mianowicie w przypadku:

- Urzędu Gminy Kampinos – (..) Nie została ustanowiona funkcja kierownika robót drogowych;
- Urzędu Gminy Stare Babice - Pełnił funkcję kierownika budowy i jednocześnie funkcję kierownika robót drogowych.
- Urzędu Gminy Raszyn – Pełnił funkcję kierownika budowy i był odpowiedzialny za branżę drogową;
- Urzędu Gminy Leszno - Pełnił funkcję kierownika budowy i jednocześnie funkcję kierownika robót drogowych;
- Urzędu Gminy Ożarów Mazowiecki – Pełnił funkcję kierownika budowy i jednocześnie funkcję kierownika robót drogowych.

)Urzędu Dzielnicy Bemowo – Pełnił funkcję kierownika budowy ale nie pełnił funkcji kierownika robót drogowych.
) Urzędu Dzielnicy Wawer - Pełnił funkcję kierownika budowy oraz funkcję kierownika robót drogowych.

Zamawiający nie uwzględnił inwestycji realizowanych na rzecz gminy Kampinos (pkt 1) oraz gminy Bemowo (pkt 6). Uczestnik Instalnika wobec częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania wnosząc sprzeciw od tych ustaleń przedłożył w postępowaniu odwoławczym w załączeniu do pisma procesowego z 3.09.2025 r. w zakresie tych inwestycji następujące dokumenty:

a)Inwestycja na rzecz Gminy Kampinos -pismo z dnia 18.08.2025 r. oraz wyciąg z umowy nr 2151.27.2023; (do pkt 1)

b)Inwestycja na rzecz Dzielnicy Bemowo - kopię strony pierwszej Dziennika budowy – Tom I. (do pkt 6).

Do tego pisma dołączył także dokumenty, które stanowiły także załączniki do pisma z 14.08.2025 r. w tym te które dotyczyły pozostałych inwestycji referencyjnych, które Zamawiający zweryfikował pozytywnie, a co do których Odwołujący podtrzymał podnoszone w odwołaniu zarzuty.

Odwołujący w odwołaniu wskazał na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp, art. 16 pkt 1) i 3) Pzp, art. 112 ust. 1 Pzp i art. 116 ust. 1 Pzp uznając, że wykonawca Instalnika Sp. z o.o. nie wykazał, że p. M.S. wskazany w wykazie osób na stanowisko kierownika robót branży drogowej (a) sprawował taką funkcję na wskazanych inwestycjach a tym samym nie nabył wymaganego doświadczenia tak w zakresie jego czasokresu jak i charakteru prac, (b) wbrew złożonemu oświadczeniu nie posiada doświadczenia o którym mowa w art. 37c ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Drugi ze wskazanych w odwołaniu zarzutów dotyczy również naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) a także pkt 7) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, albowiem zdaniem Odwołującego oferta wykonawcy Instalnika została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego (…) *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 p. M.S. jako Kierownik robót drogowych posiada doświadczenie wymagane warunkami udziału w postępowaniu, które zdobył podczas wykonania zadań referencyjnych wskazanych w złożonym wykazie osób tak w zakresie kierowania robotami jako kierownik robót jak i doświadczenie o którym mowa w art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami w sytuacji, gdy złożone w tym wykazie zapewnienia nie są zgodne z rzeczywistością".* Trzeci z zarzutów podnoszonych w odwołaniu dotyczy naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp z uwagi na wezwanie wykonawcy Instalnika do wyjaśnienia treści oferty odnośnie doświadczenia p. M.S.

Izba rozpoznając w odwołaniu zarzuty zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację tego postępowania, a także te dokumenty, które złożył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, a mianowicie pisma, które uzyskał od inwestorów wskazanych w Wykazie inwestycji w odpowiedzi na jego zapytanie w trybie art. 128 ust.5 ustawy Pzp. Także zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumenty, które przedłożył Uczestnik do pisma procesowego z dnia 14 sierpnia 2025 r. jak i z dnia 3 września 2025 r. Zaliczyła również dowody przedłożone na rozprawie w dniu 4 września 2025 r. przez Odwołującego.

Izba, w pierwszej kolejności odniosła się do zarzutu naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp, albowiem dokumenty uzyskane w związku z zastosowaniem wobec oferty wykonawcy Instalnika tej procedury służyły do oceny czy wykonawca spełnia wymagany warunek udziału w postępowaniu w zakresie pkt 4.2 w rozdziale V SWZ. Izba uznając ten zarzutza nie zasadny zwróciła uwagę, na treść opisu tego warunku oraz na treść pierwszego z oświadczeń wymaganych w Wykazie osób (…) a także opisy co do pełnionej funkcji na danej inwestycji przez p. S., co zostało zacytowane powyżej.

W świetle powyższego Izba zgodziła się z Zamawiającym, że czynność wezwania do wyjaśnień była uzasadniona, albowiem z opisu doświadczenia (kol. 4) nie wynikało, że p. S. wskazując na pełnienie na inwestycjach funkcji kierownika budowy mógł powoływać się jednocześnie na doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót branży drogowej, a tego dotyczył warunek SWZ. Izba zwraca jednocześnie uwagę, że treść oświadczenia nie jest analogiczna z opisem warunku. Ponadto Odwołujący nie podnosi zarzutu wadliwego wypełnienia przez wykonawcę Instalnika tej kolumny w tym Wykazie. Zamawiający zatem miał prawo wymagać od wykonawcy Instalnika doprecyzowania w zakresie spornym pozwalającym na ocenę czy zakres faktycznie pełnionych obowiązków przez p. S. na referencyjnych inwestycjach odpowiada wymogom określonym w warunku z pkt 4.2 SWZ. Izba także zgodziła się z Zamawiającym, że wyjaśnienia wykonawcy Instalnika nie zmieniały podanych w Wykazie informacji, a doprecyzowywały zakres faktycznie pełnionych przez p. S. funkcji przy wykonywaniu obowiązków na referencyjnych inwestycjach. Izba zwraca uwagę, że niejednoznaczne określenie pełnionej funkcji na wskazanych w Wykazie robotach mogło być skutkiem treści oświadczenia, które także było powyżej wymagane w tym Wykazie.

Rozpoznając następnie zarzut niewykazania przez wykonawcę Instalnika warunku z rozdziału V pkt 4.2. SWZ w zakresie (a) wymaganego doświadczenia co do czasokresu jak i charakteru prac wymaganego do pełnienia funkcji

kierownika robót branży drogowej jak opisano w tym punkcie, a według oświadczenia 1 w Wykazie SWZ - do pełnienia funkcji kierownika budowy (odpowiedzialnego za wykonanie robót branży drogowej) Izba nie zgodziła się z twierdzeniami Odwołującego, że podane w Wykazie inwestycje nie potwierdzały wymaganego warunku. Także KIO nie zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego – według pisma z dnia 20.08.2025 r. - o częściowym zaliczeniu referencyjnych inwestycji z pominięciem inwestycji z punktu 1 i punktu 6 realizowanych na rzecz gminy Kampinos i dzielnicy Bemowo. Natomiast podzieliła pogląd Zamawiającego, co do ustaleń w odniesieniu do zadań referencyjnych wskazanych w Wykazie w punkcie 2,3, 4, 5 i 7. Zarówno z uzyskanych przez Zamawiającego dokumentów jak i przedkładanych przez Uczestnika a także Odwołującego wynika, że p. S. pełniąc funkcję kierownika budowy jednocześnie pełnił funkcję kierownika robót drogowych.

Izba w odniesieniu do inwestycji referencyjnych z pkt 1 i pkt 6 Wykazu zgodziła się z Uczestnikiem Instalnika, że oceniając wymagane doświadczenie należało mieć na uwadze art. 42 ust.4 ustawy Prawo budowlane zgodnie z którym: „4. *Przy prowadzeniu robót budowlanych, do kierowania którymi jest wymagane przygotowanie zawodowe w specjalności techniczno-budowlanej innej niż posiada kierownik budowy, inwestor jest obowiązany zapewnić ustanowienie kierownika robót w danej specjalności".* Na wykładnię wymagania w kontekście zamówień referencyjnych z zastosowaniem tego przepisu wskazywała treść pkt 4.2 w rozdziale V w kontekście pierwszego z oświadczeń wymaganych w Wykazie. Jak wskazano powyżej treść tych postanowień nie była analogiczna. W pierwszym przypadku wskazywano na kierownika robót branży drogowej a w drugim na kierownika budowy odpowiedzialnego za wykonanie robót branży drogowej.

Izba w odniesieniu do zadań referencyjnych z pkt 1 i pkt 6 Wykazu stwierdza, że Zamawiający dokonując oceny tych inwestycji także powinien mieć na uwadze ten przepis jak również wskazywane powyżej postanowienia dokumentów. Tak jak słusznie zauważał Uczestnik Instalnika inwestycje referencyjne polegały na budowie lub przebudowie dróg, wskazanych w tych zadaniach, a zatem charakter inwestycji nie wymagał odrębnego obligatoryjnego ustanowienia kierownika robót w branży drogowej albowiem kierownik budowy p. S. posiadał uprawnienia w danej specjalności. Ponadto z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów wynikało:

a)W odniesieniu do inwestycji (do pkt 1) na rzecz Gminy Kampinos – Inwestor w piśmie z 18.08. 2025 r. podał: (…) *zgodnie z par. 4 ust. 9 Umowy nr 2151.27.2023 z dnia 14 lutego 2023 r. zawartej pomiędzy Gminą Kampinos a firmą INSTALNIKA sp. z o.o., Wykonawca ustanowił kierownika budowy w specjalności drogowej w osobie: M.S.. Zgodnie z par. 4 ust. 10 ww. umowy, Wykonawca ustanowił kierowników robót wyłącznie w specjalnościach sanitarnej oraz elektrycznej. Funkcję kierownika robót w specjalności drogowej pełnił ww. kierownik budowy".* Powyższe wykonawca potwierdził załączając wyciąg z umowy nr 2151.27.2023;

b)W odniesieniu do inwestycji (do pkt 6) na rzecz Dzielnicy Bemowo - wykonawca załączył kopię strony pierwszej Dziennika budowy – Tom I. z której wpisów z datą 18.12.2027 r. i 30.01. 2018 r. wynika, że prace przygotowawcze w zakresie robót drogowych były wykonywane, a ich zatwierdzenia dokonywał p. S. jako kierownik budowy. Tym samym od dnia zawarcia umowy, tj. od 18.09.2017 r. co najmniej do 30.01.2018 r. p. S. był odpowiedzialnym za wykonanie robót branży drogowej. Pierwszy wpis kierownika robót drogowych w osobie inż. M.B. uwidoczniony został dopiero 6 kwietnia 2018 r. co wskazuje, że dopiero po 30.01.2018 r. wykonawca ustanowił odrębną funkcję kierownika robót drogowych.

Izba reasumując zwraca uwagę, że w odniesieniu do tych inwestycji należy odnieść regulacje ze wskazanego art. 42 ust. 4 Prawa budowlanego, który to przepis w przypadku, gdy kierownik budowy posiada wymagane przygotowanie zawodowe w danej specjalności zwalnia inwestora z obowiązku ustanawiania kierownika robót dla tej branży. W takiej sytuacji osoba pełniąca funkcje kierownika budowy, obok zadań przypisanych tej funkcji, wykonuje obowiązki, które wykonywałaby osoba sprawująca funkcję kierownika robót w danej branży. Kierowanie robotami w danej branży, w tym przypadku drogowej, mogło zatem nastąpić w ramach pełnionej funkcji przez kierownika budowy, który wówczas wykonywał jednocześnie obowiązki przypisane kierownikowi robót danej branży. Tym samym wykonawca potwierdził warunek z punktu 4.2 SWZ zarówno co do uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie kierowania robotami budowlanymi – bez ograniczeń – w specjalności drogowej, jak i co do 5.o letniego doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót branży drogowej, w tym na dwóch kontraktach obejmujących budowę 3 jednojezdniowej drogi klasy co najmniej L, o długości wynoszącej co najmniej 250 m (każda).

Izba odnośnie drugiej części zarzutu wskazanego w pkt I.1. odwołania - braku doświadczenia p. S. o którym mowa w art. 37c ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami - oddalając ten zarzut zgodziła się z Zamawiającym i Uczestnikiem, że składając wymagane w Wykazie osób (…) drugie z wymaganych oświadczeń wykonawca Instalnika potwierdził w takim zakresie warunek z pkt 4.2 SWZ. Inny sposób potwierdzenia tego wymagania nie wynikał z tej Specyfikacji.

Ustalenia powyższe powodują, że także ostatni z zarzutów wskazany w punkcie I.2) odwołania podlega oddaleniu. Zarzut bowiem złożenia przez wykonawcę Instalnika oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oparto na twierdzeniu podania w Wykazie osób (…) *niezgodnych z prawdą informacji, że p. S. jako Kierownik robót drogowych*

posiada doświadczenie wymagane warunkami udziału w postępowaniu, które zdobył podczas wykonania zadań referencyjnych wskazanych w złożonym wykazie osób tak w zakresie kierowania robotami jako kierownik robót jak i doświadczenie o którym mowa w art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami". Wbrew twierdzeniu Odwołującego, jak wskazano powyżej złożone w tym Wykazie zapewnienia są zgodne z rzeczywistością. Pan S. bowiem pełniąc funkcję na wskazanych inwestycjach kierownika budowy wykonywał jednocześnie obowiązki przypisane kierownikowi robót drogowych co jest przewidziane art. 42 ust.4 ustawy Prawo budowlane, a zatem był osobą – jak wymagano w oświadczeniu - odpowiedzialną za wykonanie robót branży drogowej,.

Tym samym Izba także nie zgodziła się z ustaleniami Zamawiającego, co do uwzględnienia tego zarzutu wobec stwierdzenia finalnie braku potwierdzenia przez wykonawcę Instalnika warunku z rozdziału V pkt 4.2 SWZ.

W konkluzji Izba stwierdza, że uwzględniła sprzeciw Uczestnika Instalnika, w zakresie zarzutów uwzględnionych częściowo przez Zamawiającego (w odwołaniu pkt I.1 część pierwsza oraz pkt I.2) uznając te zarzuty za niezasadne. Także za niezasadne Izba uznała pozostałe zarzuty orzekając w konsekwencji o oddaleniu odwołania w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy poz. 2437), w tym jego § 8 ust.2 pkt 3.

Mając powyższe na uwadze, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji wyroku.

.....