

Kalisz, dnia 12.09.2024 r.

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:
Gmina i Miasto Stawiszyn
Szosa Pleszewska 3
62-820 Stawiszyn
mail: przetargi@stawiszyn.pl

Odwołujący:
MS-PARTNER Sp. z o.o.
ul. Widok 74
62-800 Kalisz
mail: biuro@ms-partner.pl

ODWOŁANIE

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. Kompleksowe uporządkowanie gospodarki ściekowej na terenie Gminy i Miasta Stawiszyn - etap III, zwanego dalej: „Postępowaniem”

Ogłoszenie o zamówieniu: nr 2024/BZP 00379793/01 z dnia 24.06.2024 r. (BZP)

Czynność Zamawiającego objęta Odwołaniem: czynność Zamawiającego z dnia 09.09.2024 r. polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego w Postępowaniu i wyborze oferty Wykonawcy RAWO Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi mimo, iż oferta Odwołującego spełnia warunki udziału w postępowaniu opublikowana na Platformie

Termin: 10.09.2024 r. stanowi początkowy bieg terminu na wniesienie odwołania na wskazaną powyżej czynność w Postępowaniu

Znak sprawy Zamawiającego: PFiZP 271.03.2024

Działając na podstawie art. 513 pkt 1) w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 2) ppkt a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., zwanej dalej „PZP”), w imieniu Odwołującej spółki MS-Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu, wnoszę odwołanie od czynności odrzucenia oferty Odwołującej spółki MS-PARTNER Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu oraz wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy tj. RAWO Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przez Zamawiającego - Gmina i Miasto Stawiszyn (dalej „Zamawiający”) w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Kompleksowe uporządkowanie gospodarki ściekowej na terenie Gminy i Miasta Stawiszyn - etap III”, znak sprawy PFiZP 271.03.2024.

Interes w uzyskaniu zamówienia:

Odwołujący wykazuje swój interes prawny w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy Postępowanie, a także interes w złożeniu odwołania w tym, że na skutek wadliwej czynności odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego i wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy RAWO Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia publicznego. Oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymagania określone w SWZ i jest ofertą najkorzystniejszą w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert. Niezasadny wybór oferty najkorzystniejszej z jednoczesnym odrzuceniem oferty Odwołującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie zamówienia, co może doprowadzić do poniesienia szkody majątkowej w majątku Odwołującego i narażenia na utratę spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odwołanie wnoszone jest wobec czynności dokonanych przez Zamawiającego:

1. odrzucenia oferty Odwołującego MS-PARTNER Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu;
2. wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy RAWO Infrastruktura Sp. z o.o.;
3. zaniechanie wystosowania wezwania do uzupełnienia/poprawienia/wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych do Odwołującego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie określonym w pkt VIII Warunki udziału w postępowaniu, pkt 2 ppkt 4) a) SWZ - (...) należyce wykonał co najmniej 2 roboty budowlane o wartości łącznej minimum 4 500 000,00 zł brutto, porównywalne z przedmiotem zamówienia tj. polegającą na budowie kanalizacji ściekowej - w tym budowa odcinka o długości min. 5 km kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej oraz odcinka o długości min. 2 km kanalizacji sanitarnej tłocznej, w tym minimum jedno zadanie z ww. wykonane należyce w formule zaprojektuj i wybuduj lub inne dodatkowe zadanie dotyczące realizacji kanalizacji sanitarnej w tej formule.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 16 pkt 1) poprzez jego błędne zastosowanie i niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego;
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp i w zw. z art. 16 pkt 1) poprzez odrzucenie oferty Odwołującego mimo spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu, mimo złożenia przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego podmiotowych środków dowodowych, mimo złożenia na wezwanie Zamawiającego uzupełniająco podmiotowych środków dowodowych, a także nieprawidłowego wezwania Odwołującego przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień treści oferty; **ewentualnie**
3. art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) Pzp poprzez zaniechanie wystosowania wezwania do uzupełnienia/poprawienia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli Zamawiający uznał, że złożone podmiotowe środki dowodowe są niekompletne lub zawierają błędy;
4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 125 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) poprzez odrzucenie oferty Odwołującego mimo przedstawienia przez Odwołującego wymaganych w SWZ dokumentów zarówno tych składanych wraz z ofertą, jak i na wezwanie Zamawiającego, które to w treści odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający przyznał, że zostały złożone w dniu 05.08.2024 r.; **ewentualnie**

5. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp i w zw. z art. 16 pkt 1) poprzez odrzucenie oferty Odwołującego i uznanie, że złożone podmiotowe środki dowodowe były nieprecyzyjne, niejasne, budziły wątpliwości interpretacyjne Zamawiającego, a Zamawiający nieprawidłowo wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty i uznał, że podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego jest brak złożenia wyjaśnień w terminie wskazanym przez Zamawiającego tj. do dnia 20.08.2024r., która to podstawa nie mieści się w enumeratywnie w określonych przesłankach odrzucenia oferty przez ustawodawcę w art. 226 Pzp. ewentualnie
6. art. 16 pkt 1) i 2) Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające dowolnej, nieuprawnionej, krzywdzącej dla Odwołującego ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt VIII Warunki udziału w postępowaniu, pkt 2 ppkt 4) a) SWZ, gdzie treść listów referencyjnych potwierdzały informacje zawarte w wykazie robót, a czynności Zamawiającego sprowadzały się do pozyskania innych informacji od Odwołującego niż wymagane pierwotnie i określone w ramach warunku udziału w postępowaniu, co stanowi przejaw nadinterpretacji zapisanego warunku i wykracza poza przyznane Zamawiającemu uprawnienie w toku badania i oceny ofert przez ustawodawcę.

Wskazując na powyższe wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej w dniu 09.09.2024 r.;
 2. przeprowadzenie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu na podstawie przedłożonych przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych;
- ewentualnie**
3. nakazanie Zamawiającemu wezwanie do uzupełnienia/poprawienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 Pzp lub wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 4 Pzp.
 4. przeprowadzenie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego po przedłożeniu na wezwanie do uzupełnienia/poprawienia podmiotowych środków dowodowych przez Odwołującego;
 5. wybór oferty najkorzystniejszej Odwołującego.

UZASADNIENIE

Spis treści

II. Zarzut naruszenia art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp.....	6
III. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp i w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp..	7
IV. Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) Pzp.....	9
V. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 125 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp.....	10
VI. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp i w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp.	10
VII. Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) Pzp.....	11

I. Stan faktyczny

Zamawiający prowadzi Postępowanie w trybie podstawowym o jakim stanowi art. 275 pkt 1 Pzp. Zamawiający wymagał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej - wykazania, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 2 roboty budowlane o wartości łącznej minimum 4 500 000 zł brutto, porównywalne z przedmiotem zamówienia tj. polegającą na budowie kanalizacji ściekowej, w tym budowa odcinka o długości min. 5 km kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej oraz odcinka o długości min. 2 km kanalizacji sanitarnej tłocznej, w tym minimum jedno zadanie z ww. wykonane należycie w formule zaprojektuj i wybuduj lub inne dodatkowe zadanie dotyczące realizacji kanalizacji sanitarnej w tej formule. W dniu 23 lipca 2024 r.

Zamawiający na podstawie art. 274 ust. 1 i 2 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia poniższych dokumentów:

1. oświadczenie wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 r. poz. 369), z innym Wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej - załącznik nr 7 do SWZ,
2. odpis lub informacja z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy, sporządzonych nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji;
3. wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, porównywalnych z robotami budowlanymi stanowiącymi przedmiot zamówienia, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty - załącznik nr 5 do SWZ;
4. wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami- załącznik nr 4 do SWZ.

Zamawiający następnie zmodyfikował wezwanie w dniu 30 lipca 2024 r. wzywając Odwołującego dodatkowo do przestania zestawienia robót - kosztów. W odpowiedzi na wezwania w dniu 5 sierpnia 2024 r. (zgodnie ze zmodyfikowanym wezwaniem), Odwołujący złożył oświadczenie według wzoru z załącznika nr 7 do SWZ, odpis z Krajowego Rejestru Sądowego, wykaz osób według wzoru z załącznika nr 4 wraz zaświadczeniami i decyzjami potwierdzającymi ich uprawnienia, zestawienie robót

i kosztów, jak też wykaz robót zgodny ze wzorem z załącznika nr 5 do SWZ, wedle którego w ciągu

ostatnich 5 lat wykonano następujące zamówienia o charakterze i złożoności porównywalnej z zakresem przedmiotu przetargu zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu:

1. „Budowa instalacji zewnętrznych doziemnych WOD-KAN 1 gaz dla Hali Produkcyjno - magazynowo - usługowej wraz z niezbędną infrastrukturą Techniczną w Magnice gmina Kobierzyce” o całkowitej wartości 4 760 000 zł netto, w okresie od 5.09.2022 r. do 25.08.2023 r. dla Zamawiającego: Zakład Inżynierijno-Budowlany sp. z o.o.,
2. „Poprawa BRD w ciągu drogi krajowej nr 91 w Województwie Łódzkim w miejscowości Wielki Bór, Gomunice, Kletnia” o wartości 4 692 972,38 zł brutto, w okresie od 5.12.2023 r. do 4.05.2024 r. dla Zamawiającego Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o.,
3. „Wrocław V GLP Magnice Hala B i Hala D” o wartości 1 255 547,10 zł brutto, w okresie od 30.06.2022 r. do 6.03.2023 r. dla Zamawiającego ZS-Partner sp. z o.o.,
4. „Przebudowa zewnętrznych sieci sanitarnych dla Blue Parking Sp. z o.o.” o wartości 2 895 420 zł brutto, w okresie od 22.02.2024 r. do 09.07.2024 r., dla Zamawiającego Blue Parking sp. z o.o.

Do wykazu Odwołujący dołączył:

- **list referencyjny Zakładu Inżynierijno-Budowlanego sp. z o.o.**, w którym potwierdzono wartość robót, stwierdzono, że „Firma MS-PARTNER Sp. z o.o. wykonała powyższe roboty zgodnie z zakresem oraz zasadami sztuki budowlanej, aktualnie obowiązującymi normami technicznymi i przepisami Prawa Budowlanego. Roboty zostały wykonane w sposób należyty, a wykonawca wykazał się dobrym przygotowaniem technicznym i organizacyjnym”, same zaś prace obejmowały:
 - budowę zewnętrznych instalacji sanitarnych, montaż przepompowni ścieków oraz dokumentację projektową,
 - wykonanie sieci sanitarnych zewnętrznych grawitacyjnych – ok. 5200 mb.
 - wykonanie przepompowni ścieków - 6 szt.;
- **list referencyjny Przedsiębiorstwa Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o.**, w którym potwierdzono wartość robót, zaświadczone, że „Roboty zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Wykonawca wykazał się profesjonalnym przygotowaniem technicznym i organizacyjnym” i zaświadczone, że zakres prac obejmował:
 - wykonanie sieci kanalizacji deszczowej grawitacyjnej -DN 630 - DN 250 w ilości 3199 mb,
 - budowę studni kanalizacyjnych betonowych -DN 1200 - DN 1000 w ilości 89 szt.,
 - wykonanie przewiertów pod drogą krajową -DN 800 - DN 350 w ilości 271 mb,
 - budowę wpustów ulicznych - DN 500 w ilości 90 szt.,
 - budowę zbiornika retencyjnego 512 m³;

- **list referencyjny ZS-Partner sp. z o.o.**, w którym potwierdzono wartość robót, stwierdzono, że „Wyżej wymienione prace wykonane zostały terminowo, rzetelnie i fachowo. Firma wykazała się dobrą znajomością przedmiotu oraz profesjonalnym podejściem organizacyjnym. Roboty zostały wykonane w sposób należyty zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo wykonane”, jak też wyszczególniono, że na zakres prac składało się wykonanie m.in.:
 - sieci sanitarnej tłocznej DN 110 ilość wykonanej 1653 mb,
 - sieci sanitarnej tłocznej DN 90 ilość wykonana 1287 mb,
 - przepompowni sanitarnych - montaż kompletnych przepompowni sanitarnych w ilości 8 szt.,
 - montażu studni betonowych, tj. montaż studni czyszczakowych w ilości 2 szt., montaż studni do poboru próbek 2 szt., montaż studni rozprężnych 2 szt.,
 - dokumentacji projektowej;

- **list referencyjny Blue Parking sp. z o.o.**, w którym zaświadczone o wartości robót i wskazano, że „prace wykonane zostały terminowo, rzetelnie i fachowo. Firma wykazała się dobrą znajomością przedmiotu umowy oraz profesjonalnym podejściem organizacyjnym. Na szczególną uwagę zasługuje przygotowanie zaplecza budowy, park maszyn użyty dla celów realizacji zadania, dbałość o pracowników i respektowanie przepisów BHP. Roboty zostały wykonane w sposób należyty zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo wykonane.” Potwierdzono, że zakres prac obejmował w szczególności wykonanie:
 - przebudowy zewnętrznych sieci sanitarnych,
 - relokacji zbiornika retencyjnego polegająca na budowie nowego,
 - wysokowydajnej przepompowni ścieków i dokumentacji projektowej,
 - przebudowy przyłącza,
 - dokumentacji powykonawczej i odbiorowej.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien był uznać, że Odwołujący wykazał spełnienie wymagań w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie, w jakim zostały wyszczególnione w rozdz. VIII ust. 2 pkt 4) SWZ tj. spełnienie warunku udziału określonego w SWZ.

Mimo powyższego, w dniu 14 sierpnia 2024 r. Zamawiający sformułował wezwanie do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp, w którym dowolnie i bez podstawy prawnej zażądał od Odwołującego przedstawienia dokumentów niewymaganych w SWZ:

- dokumentów dot. zadania „Przebudowa zewnętrznych sieci sanitarnych dla Blue Parking Sp.z o. o.”, z których będzie wynikała informacja odnośnie zakresu ilościowego, lokalizacji inwestycji i czy została wykonana w ramach jednej czy wielu umów,
- dokumentów potwierdzających kto był zleceniodawcą projektu w formule zaprojektuj i wybuduj dla zadania „Przebudowa zewnętrznych sieci sanitarnych dla Blue Parking Sp. z o.o.”,

- dokumentów, z których będzie wynikało co wchodzi w skład zadania „Budowa instalacji zewnętrznych doziemnych WOD-KAN 1 gaz dla Hali Produkcyjno - magazynowo - usługowej wraz z niezbędną infrastrukturą Techniczną w Magnice gmina Kobierzyce”,
- umowy i dokumentów zanonimizowanych o dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa potwierdzających zlecenie przez ZS-Partner sp. z o.o. wykonanie prac wskazanych w wystawionych referencjach dla zadania „Wrocław V GLP Magnice Hala B i Hala D”.

Zamawiający wyznaczył termin na złożenie ww. dokumentów do dnia 20 sierpnia 2024 r. Odwołujący nie był w posiadaniu żądanych przez Zamawiającego dokumentów, ich treść stanowiła bowiem tajemnicę przedsiębiorstwa zamawiających i generalnych wykonawców, a na podstawie umów Odwołujący zobowiązany był do zniszczenia lub zwrotu całej dokumentacji po wykonaniu zamówienia.

Dlatego też, mimo wątpliwości co do zasadności i istnienia podstawy prawnej żądania tak szerokiego zakresu dokumentów na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp, Odwołujący w dniu 20 sierpnia 2024 r. wniósł o przedłużenie wyznaczonego przez Zamawiającego terminu o 3 dni z uwagi na szeroki zakres wymaganych dokumentów, konieczność uzyskania zgód na ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa i przerwę w działaniu podmiotów wystawiających referencje z uwagi na długi weekend. Pismem z dnia 21 sierpnia 2024 r. Zamawiający odmówił wydłużenia terminu. Z uwagi na powyższe w dniu 22 sierpnia 2024 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których zwrócił uwagę na wadliwe wezwanie do wyjaśnień treści oferty i wniósł o określenie zakresu dopuszczalnej anonimizacji dokumentów. Następną czynnością Zamawiającego było już odrzucenie oferty Odwołującego stanowiąca podstawę wniesionego odwołania.

II. Zarzut naruszenia art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp

Zarzut naruszenia art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp uzasadnia niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego przez Zamawiającego w sytuacji, gdy nie było ku temu podstaw formalno-prawnych oraz merytorycznych. Należy zauważyć, że podstawą odrzucenia oferty Zamawiający uczynił art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, zgodnie z którym odrzuca się ofertę wykonawcy, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Tak więc nie tyle nawet Zamawiający uznał, aby Odwołujący miał nie spełnić warunków udziału w postępowaniu (gdyż w takim razie odrzuciłby ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b), tylko, że nie dostarczył wymienionego w przepisie prawnym oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Tymczasem podmiotowe środki dowodowe, dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału zostały na żądanie Zamawiającego dostarczone, tym samym nie może to stanowić podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący nie dostarczył jedynie niewymaganych w SWZ, nadmiarowych dokumentów żądanych w wezwaniu z 14 sierpnia 2024 r., które było żądaniem opartym na wyjaśnieniu treści oferty, co także należy podkreślić. Odwołujący wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym kryterium zdolności technicznej i zawodowej, a mimo to jego oferta została odrzucona z powodu nieprzedstawienia dokumentów, które to arbitralnie wybrał Zamawiający - mimo, iż nie były wymagane w SWZ, a dostarczone do tej pory podmiotowe środki dowodowe wystarczyłyby do stwierdzenia, że Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu. Powyższe działanie należy uznać za sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców, która, jak wynika z orzecznictwa:

Wyrok KIO z 6.05.2024 r., KIO 1241/24

„Zasada równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji stanowi podstawę systemu zamówień publicznych i bez jej dochowania nie można mówić o skutecznym kontraktowaniu publicznych zakupów, a zdecydowana większość przewidzianych w p.z.p. zasad ma charakter pomocniczy w celu zagwarantowania jej przestrzegania. Zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nakazuje zamawiającemu taki sposób określenia poszczególnych elementów przygotowywanego postępowania, który stanowić będzie złoty środek pomiędzy rzeczywistymi potrzebami zamawiającego a wprowadzanymi ograniczeniami dostępu do zamówienia, ze względu na postawione wymogi odnoszące się zarówno do sposobu wykonania danego zamówienia, jak i niezbędnego poziomu weryfikacji wykonawcy, który da gwarancję jego należytego wykonania.”

Należy też zauważyć, że żądanie przez Zamawiającego dokumentów niewymaganych w SWZ i nadmiarowych do stwierdzenia spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu wyspecyfikowanych w SWZ narusza również zasadę proporcjonalności.

III. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp i w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp uzasadnia odrzucenie przez Zamawiającego oferty z powodu rzekomego nieprzedstawienia przez Odwołującego dokumentów żądanych w wezwaniu do wyjaśnień treści oferty, w sytuacji, w której żądanie wyszczególnionych przez Zamawiającego dokumentów nie mogło mieć podstawy prawnej opartej na art. 223 ust. 1 Pzp. Zgodnie bowiem z dotychczasowym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wezwanie do wyjaśnienia oferty nie może polegać na żądaniu od wykonawcy (Odwołującego) złożenia nowego dokumentu:

Wyrok KIO z 15.02.2024 r., KIO 277/24

„Jeżeli chodzi o wezwanie do złożenia wyjaśnień, podkreślić należy, że dodanie treści/złożenie nowego dokumentu jest czynnością zupełnie odmienną od złożenia wyjaśnień. Wyjaśnienie (tłumaczenie) jest jedną z odmian rozumowania, jest zadaniem myślowym, które polega na wskazaniu uzasadnienia dla danej treści, czyni coś zrozumiałym. Wyjaśnienia, w przeciwieństwie do uzupełnienia czy też poprawienia, mają na celu ustalenie rzeczywistej treści dokumentu czy też oświadczenia. Wyjaśnianie treści oferty polega na udzieleniu odpowiedzi na pytanie "dlaczego tak jest jak wykonawca postanowił w treści", a nie na przedłożeniu nowych dokumentów o nowej treści - tak jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie. Wyjaśnienia nie mogą prowadzić do uzupełnienia treści oświadczenia lub dokumentu - tak jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie.”

Wyrok KIO z dnia 9.10.2019 r., KIO 1919/19

„W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p. Mając na względzie treść ww. przepisu należy uznać, iż Zamawiający nie jest uprawniony do wzywania wykonawców do uzupełnienia treści oferty, w tym do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, z których wynika sposób spełniania kryteriów oceny ofert.”

W szczególności zaś wyjaśnienia oferty nie mogą dotyczyć warunków udziału w postępowaniu:, jak wynika z orzecznictwa:

Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 5.04.2019 r., III Ca 285/19, LEX nr 2713575.

„W ocenie Sądu Zamawiający spośród wszystkich przewidzianych w tym przepisie form sanowania braków dokumentacji trafnie wybrał wezwanie do uzupełnienia dokumentu, który nie zawierał niezbędnej i wymaganej przez SIWZ treści, nie zaś do udzielenia wyjaśnień, co byłoby adekwatne

do sytuacji, w której Zamawiający żywiłby wątpliwości co do niejasnej treści dokumentów, możliwe do wyjaśnienia przez samego wykonawcę.”

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 2019-08-23, XXIII Ga 469/19

„Niezasadny okazał się również zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Jak słusznie bowiem wskazała w uzasadnieniu skarżonego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza dyspozycja wskazanego przepisu uprawnia zamawiającego do żądania wyjaśnień wyłącznie w zakresie treści oferty. Nie ma natomiast na podstawie tego przepisu możliwości żądania złożenia wyjaśnień w kwestiach dotyczących spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, które z kolei przewidziane jest w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Niewątpliwie w niniejszym postępowaniu zamawiający nie miał wątpliwości co do złożonej przez skarżącego oferty, lecz co do warunków udziału R. S. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie mógł zatem zamawiający skorzystać z normy art. 87 ust. 1 Pzp, skoro ewentualne wyjaśnienia w żaden sposób nie odnosiłyby się do treści oferty. Potwierdza zresztą ten fakt to, że skarżący nie wyjaśnił dokładnie tego zarzutu ani w odwołaniu, ani też w skardze na wyrok KIO.”

Wyrok KIO z 5.09.2018 r., KIO 1688/18

„Skoro zamawiający określił, iż doświadczenie osoby stanowi element oceniany na podstawie kryteriów oceny ofert i wskazywane w treści formularza ofertowego, to nie ulega wątpliwości, że nie stanowi ono dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., oraz nie jest dokumentem uzupełnianym czy podlegającym modyfikacji w trybie określonym w art. 26 ust. 3 p.z.p. Oświadczenie złożone w formularzu ofertowym nie powinno również podlegać zmianie w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p., bowiem prowadziłoby to do niedopuszczalnych negocjacji treści oferty w zakresie odnoszącym się do kryteriów oceny ofert.”

Wyjaśnienia oferty nie mogą polegać na złożeniu nowego dokumentu. Zgodnie z orzecznictwem, wyjaśnienia mają charakter interpretacyjny - służą ustaleniu rzeczywistego znaczenia zapisów treści oferty, a nie jej uzupełnianiu lub poprawianiu.

Żądanie nowych dokumentów nie może być realizowane na podstawie wskazanej przez Zamawiającego tj. art. 223 Pzp i jako taką czynność należy traktować jako czynność dokonaną przez Zamawiającego z naruszeniem prawa. Wyjaśnienia nie mogą również dotyczyć kwestii warunków udziału w postępowaniu. Dopuszczalne cele zastosowania instytucji wyjaśnień treści oferty wielokrotnie wyjaśniała już Krajowa Izba Odwoławcza:

Wyrok KIO z 24.04.2023 r., KIO 939/23

„Przepis art. 223 ust. 1 p.z.p. referuje w sposób oczywisty do sytuacji, kiedy treść oferty, treść przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń zawiera niejasności, których nie można wyeliminować w inny sposób, jak właśnie na skutek złożenia przez wykonawcę wyjaśnień. Zastosowanie powyższego przepisu będzie uzasadnione wyłącznie, gdy cel wyjaśnień nakierowany będzie na dokonanie wykładni treści oświadczenia woli wykonawcy niejasnego dla Zamawiającego.”

Na marginesie tego wywodu należy wskazać, że Zamawiający mógł też skorzystać z art. 128 ust. 5 Pzp, który pozwala zwrócić się bezpośrednio do podmiotu będącego w posiadaniu wymaganych dokumentów (np. do wystawców referencji), jak wynika z orzecznictwa:

Wyrok KIO z 11.05.2023 r., KIO 1176/23

„Nie można zgodzić się z argumentacją, zgodnie z którą w świetle art. 128 ust. 5 p.z.p. zamawiający mają prawo, ale nie mają obowiązku zwrócenia się do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. W ww. przepisie ustawodawca rzeczywiście użył słowa "może", niemniej jednak należy mieć na uwadze również inne przepisy p.z.p., z których wynika m.in. obowiązek przestrzegania przez zamawiającego podstawowych zasad

udzielania zamówień, w tym uczciwej konkurencji (art. 16 p.z.p.), obowiązek udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 17 ust. 2 p.z.p.) i związany z tym obowiązek dokonania oceny spełniania przez danego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.”

W szczególności za nadmiarowe należało uznać żądanie przedstawienia umowy potwierdzającej zlecenie przez ZS-Partner sp. z o.o. wykonanie prac wskazanych w wystawionych referencjach dla zadania „Wrocław V GLP Magnice Hala B i Hala D”. Skoro zaś tak, Odwołujący nie był zobowiązany się do niego zastosować. Jak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza:

Wyrok KIO z 25.01.2022 r.

„Ustawa p.z.p. reguluje kwestie wykazywania przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu i w oparciu o te przepisy wykonawca nie ma obowiązku przedstawiania umów łączących go z podmiotami, które wystawiają na jego rzecz referencje.”

Wobec błędnego zastosowania przez Zamawiającego art. 223 Pzp i wezwania do wyjaśnień oferty w celu dostarczenia nowych dokumentów, wykonawca nie był zobowiązany spełnić tego żądania i mógł ograniczyć się do złożenia wyjaśnień bez przedkładania dodatkowych dokumentów, Zamawiający nie mógł zaś z tego powodu odrzucić oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp., co należy traktować czynność Zamawiającego jako naruszającą przepis prawny.

IV. Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) Pzp

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) Pzp uzasadnia zaniechanie wystosowania przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych, jeżeliby Zamawiający uznał, że złożone przez Odwołującego podmiotowe środki dowodowe są niekompletne lub zawierają błędy.

Zamawiający jedyne wezwanie oparte na art. 128 Pzp skierował do Odwołującego w dniu 30 lipca 2024 r., żądając w nim złożenia oświadczenia według wzoru z załącznika nr 7 do SWZ, odpisu KRS, wykazu robót, wykazu osób i zestawienia robót-kosztów. Wszystkie żądane w wezwaniu dokumenty, co należy podkreślić, zostały przesłane przez Odwołującego Zamawiającemu w wyznaczonym terminie, tj. w dniu 5 sierpnia 2024 r.

Zamawiający nie formułował żadnych innych wezwań na podstawie art. 128 Pzp.

W wezwaniu z dnia 30 lipca 2024 r. Zamawiający wezwał o przedstawienie konkretnych dokumentów i Odwołujący je przedstawił. W żadnym miejscu wezwania nie ma mowy o wątpliwościach czy kwestionowaniu zdolności technicznej i zawodowej Odwołującego w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, tym samym należy uznać, że Zamawiający takich wątpliwości oceniając przedłożone podmiotowe środki dowodowe nie miał.

Należy z całą stanowczością uznać, że Zamawiający zaniechał wezwania z art. 128 ust. 1 Pzp odnośnie ew. wątpliwości co do przedłożonych podmiotowych środków dowodowych tj. przedstawionego wykazu robót, pomimo tego, że zastosowanie trybu naprawczego jest obowiązkowe przez Zamawiającego.

Wystosowane wezwanie dotyczyło bowiem zupełnie innych okoliczności niż te będące podstawą odrzucenia oferty wskazaną przez Zamawiającego w uzasadnieniu czynności odrzucenia. Nie było również ryzyka wielokrotności wezwania, albowiem jednokrotność w rozumieniu art. 128 ust. 1 Pzp odnosi się do konkretnego zakresu uzupełnianych/poprawianych informacji. Jeśli Zamawiający powziął wątpliwości co do wymaganego wykazania się doświadczenia Odwołującego, był zarówno uprawniony i zobowiązany do wystosowania kolejnego wezwania. Argumentacja Odwołującego jest poparta jest jednolitym i od lat utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej m.in.:

Wyrok KIO z 14.06.2023 r., KIO 1521/23

„Za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której zamawiający treścią wezwania obejmuje jedno uchybienie w zakresie wykazania warunku, a następnie za powód odrzucenia oferty uznaje inne uchybienie, do usunięcia którego nie wezwał uprzednio w trybie art. 128 ust. 1 Pzp.”

Wyrok KIO z 2.05.2023 r., KIO 1086/23

„Wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w związku ze stwierdzeniem występowania innej - niż wskazana uprzednio - nieprawidłowości co do zasady należy uznać za dopuszczalne, o ile nie nastąpiło już uzupełnienie poprzez złożenie nowego (innego) dokumentu. Przyjęcie odmiennego stanowiska byłoby sprzeczne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 p.z.p.), gdyż stawiłoby w lepszej sytuacji tych wykonawców, w przypadku których wszystkie nieprawidłowości podmiotowych środków dowodowych zostały jednocześnie dostrzeżone i objęte jednym wezwaniem zamawiającego.”

Skoro więc Zamawiający zakwestionował wymagane doświadczenie Odwołującego, powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia/poprawienia wykazu robót, dając mu możliwość wskazania innych robót lub uszczegółowienia już wykazanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

V. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 125 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 125 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) uzasadnia odrzucenie oferty Odwołującego mimo przedstawienia przez Odwołującego wymaganych w SWZ dokumentów - zarówno tych składanych wraz z ofertą jak i na wezwanie Zamawiającego. Nawet bowiem w treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający przyznał, że dokumenty na wezwanie zostały złożone w dniu 05.08.2024 r.

Należy przy tym zauważyć, że gdyby rzeczywiście Zamawiający miał uznać, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, powinien był dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp, a nie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp. Przede wszystkim jednak, Zamawiający powinien był wystosować do Odwołującego precyzyjne wezwanie, wskazując na wszystkie dostrzeżone przez siebie mankamenty podmiotowych środków dowodowych, a dopiero w razie niezastosowania się do takiego wezwania, mógłby odrzucić ofertę. Powyższe wynika z jednolitego i aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, m.in.:

Wyrok KIO z 26.10.2023 r., KIO 3002/23

„Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p. z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu dopuszczalne jest dopiero po wyczerpaniu procedury uzupełniającej, uregulowanej w art. 128 ust. 1 p.z.p.”

Wyrok KIO z 20.04.2023 r., KIO 886/23

„Odrzucenie oferty wykonawcy z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p. musi być poprzedzone jednym, lecz prawidłowym wezwaniem do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, kierowanym w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p. Wezwanie kierowane do wykonawcy w tym trybie nie może mieć charakteru jedynie formalnej czynności. Powinno być dokładne, precyzyjne, wskazywać konkretnie na element warunku udziału w postępowaniu, który nie został wykazany. Treść wezwania zależy od konkretnego stanu faktycznego.”

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 30 lipca 2024 r. przestał wszystkie żądane dokumenty. Skoro więc Zamawiający nie wzywał dalej do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia tych dokumentów, nie mógł już uznać, że Odwołujący nie złożył w przewidzianym

terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu ani innych dokumentów lub oświadczeń. Dlatego odrzucenie oferty Odwołującego na tej podstawie prawnej i w tych okolicznościach faktycznych było błędne i nie może podlegać ochronie prawnej.

VI. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp i w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp

Zarzut art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp i w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp uzasadnia odrzucenie oferty Odwołującego i uznanie, że złożone podmiotowe środki dowodowe były nieprecyzyjne, niejasne, budziły wątpliwości interpretacyjne Zamawiającego. Zamawiający zażądał od Odwołującego dokumentów nadmiarowych do wykazania warunku udziału w postępowaniu i niewymaganych w obowiązującej SWZ, przy czym jak należy powtórnie podkreślić nieprawidłowo wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty. Następnie Zamawiający przyjął błędnie, że podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego jest brak złożenia wyjaśnień w terminie wskazanym przez Zamawiającego tj. do dnia 20.08.2024 r., która to podstawa nie mieści się w enumeratywnie określonych przesłankach odrzucenia oferty określonych przez ustawodawcę w art. 226 Pzp. Brak przestania żądanych przez Zamawiającego, ale niewymaganych w SWZ, nadmiarowych

i niepotrzebnych do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dokumentów nie mogło bowiem samo w sobie być podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego.

Podkreślenia wymaga, że nawet całkowite nieudzielenie przez wykonawcę wyjaśnień żądanych przez zamawiającego nie jest zagrożone żadną szczególną sankcją (tak: W. Dzierżanowski [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 223). Błędne przy tym było samo uznanie przez Zamawiającego, że złożone podmiotowe środki dowodowe były nieprecyzyjne, niejasne i budziły wątpliwości interpretacyjne Zamawiającego, w sytuacji, gdy przedstawione podmiotowe środki dowodowe były jasne i wystarczające do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego w SWZ.

Tymczasem zamawiający uczynił jako podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, wprost przy tym wskazując, że „*W trakcie badania podmiotowych środków dowodowych Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp, ze względu, że załączone doświadczenie wraz z listami referencyjnymi były nieprecyzyjne, niejasne i budziły wątpliwości interpretacyjne, tak aby możliwa była ocena, czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego, z terminem złożenia wyjaśnień do dnia 20.08.2024 r. Wykonawca w wyznaczonym terminie nie złożył wyjaśnień. Podstawą prawną odrzucenia oferty złożonej przez MS-PARTNER Sp. z o.o., ul. Widok 74, 62-800 Kalisz, jest art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.*” Dlatego należy przyjąć, że Zamawiający błędnie uznał, że niezłożenie dokumentów żądanych w wezwaniu do wyjaśnienia treści oferty samo w sobie stanowi podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego, niezależnie nawet, czy dokumenty te faktycznie były niezbędne i czy Odwołujący niezależnie do tego spełniał warunki udziału

w postępowaniu i złożył prawidłową ofertę w ramach wymogów określonych w SWZ. Tymczasem podobne okoliczności faktyczne nie mogą być podstawą zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp, jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej:

Wyrok KIO z 7.04.2023 r., KIO 811/23

„Przesłanka odrzucenia oferty, wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c p.z.p., ma zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca nie złoży wymaganych przez zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych, których celem jest potwierdzenie spełnienia wymagań zamawiającego opisanych w SWZ.”

Zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp wymaga, aby Zamawiający miał uzasadnione podstawy do odrzucenia oferty. Same niedostatki wyjaśnień nie są wystarczające do tego, jeśli oferta w swojej treści spełniała wymagania Zamawiającego. Zamawiający powinien był ponownie ocenić ofertę po otrzymaniu wyjaśnień, niezależnie od tego, czy wyjaśnienia zawierały wszystkie dowody żądane w wezwaniu przez Zamawiającego. Zamawiający powinien opierać swoją decyzję o odrzuceniu oferty na obiektywnych kryteriach i ew. rzeczywistych brakach w spełnianiu warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego, a nie braku w złożeniu wyjaśnień treści oferty.

VII. Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) Pzp

Ostatecznie zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) Pzp uzasadnia naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający w sposób niejasny i nieprecyzyjny określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie określonym w rozdz. VIII („Warunki udziału w postępowaniu”) pkt 2 ppkt 4) a) SWZ. Po takim zbyt ogólnym określeniu warunków udziału, dokonał dowolnej, nieuprawnionej i krzywdzącej dla Odwołującego oceny spełniania tego warunku. W szczególności należy zwrócić przy tym uwagę na uznanie przez Zamawiającego, że informacje załączone w listach referencyjnych były nieprecyzyjne, niejasne i budziły wątpliwości interpretacyjne, gdzie tymczasem treść listów referencyjnych potwierdzały informacje zawarte w wykazie robót, w szczególności tych elementów na które zwrócił uwagę sam Zamawiający w SWZ ustalając taki warunek i tak go opisując. W efekcie, czynności Zamawiającego sprowadzały się do pozyskania innych informacji od Odwołującego niż wymagane pierwotnie i określone w SWZ jako warunki udziału w postępowaniu.

Otóż wedle treści SWZ, Zamawiający wymagał co do zdolności technicznej lub zawodowej: *„Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 2 roboty budowlane o wartości łącznej minimum 4 500 000,00 zł brutto, porównywalne z przedmiotem zamówienia tj. polegającą na budowie kanalizacji ściekowej - w tym budowa odcinka o długości min. 5 km kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej oraz odcinka o długości min. 2 km kanalizacji sanitarnej tłocznej, w tym minimum jedno zadanie z ww. wykonane należycie w formule zaprojektuj i wybuduj lub inne dodatkowe zadanie dotyczące realizacji kanalizacji sanitarnej w tej formule.”* Zamawiający nie sprecyzował przy tym, co rozumie przez pojęcie „kanalizacji ściekowej”, „kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej” i „kanalizacji sanitarnej tłocznej”.

Podkreślić wymaga fakt, że pojęcia takowe w budownictwie nie występują; kanalizacją jest każda infrastruktura, która jest zbiorem wszystkich elementów służących do zbierania, transportu i unieszkodliwiania ścieków bytowo-gospodarczych oraz wód deszczowych za pomocą kanałów ściekowych (tak: Heidrich Z., Wodociągi i kanalizacje. Część 2, wyd. II, Warszawa: Wydawnictwa Szkolne i Pedagogiczne, 2006). Kanalizacja dzieli się nie na „sanitarną” czy „deszczową” tylko na bezodpływową, ogólnospławną, rozdzielczą i półrozdzielczą (tak: Bolt A. i inni, Kanalizacja. Projektowanie, Wykonanie, Eksploatacja, Wydawnictwo Seidel-Przywecki, 2012). Jeżeli Zamawiający zamierzał użyć niestandardowych i nietechnicznych terminów i podziałów, powinien był je zdefiniować, a przynajmniej uściślić. Skoro tego nie uczynił, a Odwołujący przedstawił referencje

i wykaz robót, z których wynikało, że wykonał roboty wymagane w treści SWZ, nie mógł obciążać Odwołującego skutkami swojego zaniechania i odrzucić ofertę w domyśle z uwagi na brak spełniania warunku udziału w postępowaniu jednak formalnie za brak złożonych wyjaśnień.

W przypadku, gdy zapisy SWZ są niejednoznaczne i dopuszczają szerszą interpretację, należy pamiętać, że wszelkie niejasności w dokumentacji sporządzonej przez Zamawiającego powinny być tłumaczone na korzyść wykonawców. Zasada *in dubio contra proferentem* oznacza, że w przypadku wątpliwości należy interpretować zapisy przeciwko autorowi dokumentu, w tym

przypadku Zamawiającemu. Zamawiający, jako autor SWZ, ma obowiązek przygotować dokumentację w sposób jasny i jednoznaczny, aby uniknąć sytuacji, w której wykonawcy ponosiliby negatywne konsekwencje z powodu nieprecyzyjnych zapisów. Powyższe Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła w cytowanym niżej wyroku:

Wyrok KIO z 14.09.2022 r., KIO 2249/22

„Co istotne, nawet gdyby uznać, że zapisy SWZ w ww. zakresie są niejednoznaczne i dopuszczalna jest interpretacja prezentowana przez Odwołującego to należy pamiętać, że wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, zaś ewentualne błędy popełnione w toku postępowania przez zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców biorących udział w postępowaniu.”

Należy przy tym jeszcze raz podkreślić, że ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu powinna być dokonywana na podstawie ścisłych, obiektywnych i jasno sprecyzowanych reguł - wyrażonych w SWZ i nigdzie indziej, a już z pewnością nie formułowanych na etapie wezwania do wyjaśnienia oferty czy wezwania z art. 128 ust. 1 Pzp. Jak bowiem wynika z orzecznictwa KIO:

Wyrok KIO z 21.01.2022 r., KIO 28/22

„Ocena spełniania przez wykonawcę ustanowionych przez zamawiającego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznych warunków udziału w postępowaniu winna być oceniana ściśle wedle reguł, zasad wyartykułowanych przez zamawiającego w postanowieniach SWZ i to tak co do odczytywania samych warunków, jak i sposobu wykazywania ich spełnienia.”

Wyrok KIO z 27.02.2024 r., KIO 438/24

„Ocena spełniania warunku winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiegokolwiek 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.”

W związku z powyższym wnoszę jak na wstępie odwołania.

Załączniki:

1. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;

2. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;
3. Informacja z KRS Odwołującego;