

Sygn. akt: KIO 1672/22

WYROK
z dnia 25 lipca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot

Protokolant: Dawid Gajewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lipca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2022 roku przez odwołującego – B. B. oraz M. S. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą S.-B. S.C. (ul. Partyzantów 4, 66-400 Gorzów Wielkopolski) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Miasto Gorzów Wielkopolski (ul. Sikorskiego 4, 66-400 Gorzów Wielkopolski)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPHU „SPEC” P. S. (ul. Armii Krajowej 38/10, 62-035 Kórnik) oraz A. N. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą N. A. P. B. (ul. Śremska 27, 62-035 Kórnik) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – B. B. oraz M. . prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą S.-B. S.C. (ul. Partyzantów 4, 66-400 Gorzów Wielkopolski) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego – B. B. oraz M. S. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą

S.-B. S.C. (ul. Partyzantów 4, 66-400 Gorzów Wielkopolski) tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od odwołującego – B. B. oraz M. S. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą S.-B. S.C. (ul. Partyzantów 4, 66-400 Gorzów Wielkopolski) na rzecz zamawiającego - Miasta Gorzów Wielkopolski (ul. Sikorskiego 4, 66-400 Gorzów Wielkopolski) kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miasto Gorzów Wielkopolski (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji o wartości zamówienia nieprzekraczającej progów unijnych o jakich stanowi art. 3 ustawy Pzp pn. „*Usuwanie uszkodzeń występujących na drogach gruntowych na terenie miasta Gorzowa Wlkp. w latach 2022 – 2025*” (Znak postępowania: BZP.271.28.2022.JB, dalej: *Postępowanie*”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 maja 2022 roku pod numerem: 2022/BZP 00173547/01.

Pismem z dnia 17 czerwca 2022 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku Postępowania.

W dniu 22 czerwca 2022 roku wykonawca – B. B. oraz M. S. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą S.-B.S.C. (dalej: „Odwołujący” oraz „S.-B. S.C.”) wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętej w Postępowaniu polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPHU „SPEC” P. S. oraz A. N. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą N. A. P. B. (dalej: „Konsorcjum Brikbau”), która podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust.1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 239 ust.1 ustawy Pzp poprzez dokonanie w dniu 17 czerwca 2022 roku wyboru oferty Konsorcjum ., która jako niezgodna z treścią pkt 9 w Rozdziale XIII Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) - ze względu na niezłożenie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oświadczenia, z którego wynikałoby, które roboty budowlane/dostawy/usługi wykonają poszczególni wykonawcy - powinna być przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 226 ust.1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.

W związku z powyższym podstawowe żądania, jakie postawił Odwołujący to:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum B.,
- 4) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako spełniającej wymogi SWZ.

W uzasadnieniu zarzutu odwołania wykonawca S.-B. S.C. podniósł, że Konsorcjum B. dołączyło do oferty oświadczenie, w którym nie wskazało, które roboty określone w tabeli elementów rozliczeniowych stanowiącej załącznik nr 1 do formularza ofertowego wykona P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU „SPEC” P. S., a które A. N. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą N. A. P. B. .

Zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, że Konsorcjum B. nie złożyło dokumentu – oświadczenia – wymaganego warunkami zamówienia, określonymi w SWZ, co stanowiło określoną w art. 226 ust.1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy.

6 lipca 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU „SPEC” P. S. oraz A. N. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą N. A. P. B. (dalej: „Przystępujący”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

Zgodnie z Rozdziałem IX ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (...) 4) zdolności technicznej lub zawodowej:

Warunek ten zostanie spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że:

a) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – to w tym okresie) wykonał należycie zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył:

- co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu robót naprawczych i/lub remontowych i/lub bieżącego utrzymania nawierzchni dróg gruntowych o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 złotych brutto lub dwie roboty budowlane polegające na wykonaniu robót naprawczych i/lub remontowych i/lub bieżącego utrzymania nawierzchni dróg gruntowych o wartości nie mniejszej niż 250 000,00 złotych brutto każda.

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub gdy Wykonawca powołuje się na potencjał innych podmiotów, wyżej określony warunek musi spełniać samodzielnie co najmniej jeden podmiot (...).”

Zamawiający nie postawił w Postępowaniu warunku w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej.

Stosownie do treści postanowień zawartych w Rozdziale XIII ust. 6 – 9 SWZ:

„6. Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.

7. Warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.

8. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z Wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

9. W przypadku, o którym mowa w pkt. 7 i 8, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane/dostawy/usługi wykonają poszczególni wykonawcy (załącznik nr 4 do SWZ)”

W Rozdziale XV ust. 3 SWZ Zamawiający wskazał, że wraz z ofertą wykonawca zobowiązany jest złożyć m.in. oświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, o których mowa w Rozdziale XIII ust. 3 i 9 SWZ.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU „SPEC” P. S. oraz A. N. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą N. A. P. B. złożyli wraz z ofertą oświadczenie składane na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, w którym oświadczyli, że każdy z nich wykona po 50% zamówienia.

Obaj wykonawcy tworzący Konsorcjum B. (tj. każdy z osobna) spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że z treści odwołania wynika, iż Odwołujący kwestionuje okoliczność wyboru oferty Przystępującego podlegającej zdaniem S.-B. S.C. odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.

Zgodnie z przywołanym powyżej przepisem zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Niewątpliwym jest, że Przystępujący złożył w Postępowaniu wszystkie dokumenty wymagane w SWZ, w tym oświadczenie, którego wzór stanowi załącznik nr 4 do SWZ. W przedmiotowym dokumencie obaj wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia oświadczyli, że każdy z nich wykona po 50% zamówienia.

W ocenie składu orzekającego kluczową kwestią dla rozstrzygnięcia w rozpoznawanej sprawie jest interpretacja treści art. 117 ustawy Pzp.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 117 ustawy Pzp:

- „1. Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.*
- 2. Warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.*
- 3. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na*

zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

4. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy”.

Mając na uwadze treści przytoczonego przepisu zasadnym jest podkreślenie, że oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp składane jest w sytuacji, gdy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazują spełnienie warunku dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2 oraz w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia i służy weryfikacji tego, że daną część zamówienia wykona ten z wykonawców, który faktycznie ma stosowne uprawnienia, wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie. Celem tego oświadczenia jest więc weryfikacja, czy zakres zamówienia co do którego należy się wykazać spełnieniem warunku udziału w postępowaniu będzie rzeczywiście wykonany przez członka konsorcjum, który wykazuje się spełnieniem tego warunku.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy należy przede wszystkim wskazać, że w treści odwołania zarzut dotyczący oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp nie został skonkretyzowany. Odwołujący *de facto* nie wyjaśnił dlaczego – w jego ocenie – oświadczenie złożone przez Konsorcjum B. jest nieprawidłowe. Odwołujący nie wykazał z jakiego powodu wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mieliby podzielić się pracą poprzez przypisanie poszczególnych zadań wymienionych w tabeli elementów rozliczeniowych do konkretnego wykonawcy, zamiast wykonać wspólnie (po 50%) te same roboty wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia, co wynika z treści złożonego oświadczenia w sytuacji, gdy obaj wykonawcy wykazują spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wyraził swoje stanowisko w sprawie, w którym zaznaczył, że każdy z członków Konsorcjum B. spełnia wymagania do wykonania całości zamówienia, a celem konsorcjum jest równy podział zarówno prac, robót jak i zysków. Zdaniem Konsorcjum B. podział zamówienia musi nastąpić albo procentowo (każdy wykonuje te same roboty jednak w innym procencie, które łącznie dają 100%) albo ewentualnie z podziałem na rodzaj robót (według tabeli elementów rozliczeniowych) i wówczas należy wyszczególnić, które konkretnie prace wykonuje poszczególny członek konsorcjum. Należy zauważyć, że Odwołujący nie odniósł do przytoczonego stanowiska Przystępującego sprowadzając swoją argumentację wyłącznie do twierdzeń, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w złożonym oświadczeniu powinni przypisać po-

szczególne zadania zawarte w tabeli elementów rozliczeniowych do konkretnego konsorcjanta.

Izba podkreśla, że niewątpliwie obaj wykonawcy tworzący Konsorcjum B. spełniają samodzielnie warunek udziału w postępowaniu postawiony przez Zamawiającego w SWZ w zakresie wymaganego doświadczenia, co wynika z dokumentacji postępowania i nie było kwestionowane przez S.-B. S.C. Tym samym każdy z konsorcjantów posiadający stosowne doświadczenie może realizować zakres świadczenia, do wykonania którego określone zdolności są wymagane. Jak słusznie podniósł Zamawiający w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy nie zachodzi sytuacja, w której umowa w sprawie zamówienia publicznego byłaby wykonywana przez członka konsorcjum nieposiadającego wymaganego w SWZ doświadczenia. Należy podkreślić, że Przystępujący w oświadczeniu składanym na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp wyraźnie wskazał jaki zakres zamówienia będzie wykonywał każdy z wykonawców tworzących Konsorcjum B. Ponadto Zamawiający zaznaczył, że mając w dyspozycji dokumenty załączone do oferty, w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty był w stanie zweryfikować nie tylko zakres prac jakie wykonać miał każdy z członków konsorcjum, ale również czy do wykonania tego zakresu każdy z członków konsorcjum dysponował wymaganym doświadczeniem.

Izba zauważa, że wykonawca S.-B. S.C. nie podniósł zarzutu, iż poszczególni członkowie Konsorcjum B. podzielili zakres zamówienia, w ten sposób, że wykonanie tego zakresu, do którego realizacji wymagane było doświadczenie wykonuje członek konsorcjum nie dysponujący tym doświadczeniem. Odwołujący kwestionuje jedynie zapis tego oświadczenia, że każdy z członków konsorcjum wykona po 50% zakresu zamówienia, pomijając okoliczności, że każdy z członków konsorcjum spełnia samodzielnie warunki udziału w postępowaniu oraz cel tego oświadczenia jakim jest weryfikacja, czy zakres zamówienia co do którego należy się wykazać spełnieniem warunku udziału w postępowaniu będzie rzeczywiście wykonany przez członka konsorcjum, który wykazuje się spełnieniem tego warunku.

W tym miejscu zasadnym jest również wskazanie, że obowiązek złożenia przez konsorcjantów oświadczenia w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp charakteryzuje się odrębnością względem obowiązku złożenia na żądanie zamawiającego kopii umowy konsorcjalnej, który to obowiązek aktualizuje się dopiero na etapie następującym po wyborze oferty najkorzystniejszej, a przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 59 ustawy Pzp). To dopiero w umowie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia przedstawiają szczegółowo, w jakim zakresie dany wykonawca będzie wykonywał zamówienie (zob. wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2022 roku o sygn. akt KIO 3795/21).

Mając na uwadze powyższe skład orzekający stwierdził, że w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy brak było podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp. Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił

oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp złożone przez Konsorcjum B. przez pryzmat celu jaki ustawodawca przypisał rzeczonemu oświadczeniu. Biorąc pod uwagę fakt, że obaj konsorcjanci (każdy z osobna) spełniają warunek udziału w postępowaniu postawiony w SWZ w zakresie wymaganego doświadczenia, Zamawiający może mieć pewność, iż zamówienie zostanie wykonane przez wykonawców, którzy wykazują spełnianie tego warunku.

Nadto Izba nadmienia, iż pominęła argumentację Odwołującego wykraczającą poza zakres odwołania. Skład orzekający wskazuje, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp związany jest zarzutami przedstawionymi w odwołaniu, a zatem rozpoznaje odwołanie w granicach postawionych w nim zarzutów i nie może orzekać ponad te zarzuty. Należy podkreślić, że zarzut składa się z podstawy prawnej i faktycznej, przy czym tę pierwszą można wywieść z uzasadnienia faktycznego, podczas gdy braki w uzasadnieniu faktycznym są nienaprawialne. To uzasadnienie faktyczne wyznacza zakres rozpoznania odwołania (por. wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2017 roku o sygn. akt KIO 1102/17). Niewątpliwie nie jest dopuszczalne rozszerzanie zarzutów odwołania podczas rozprawy, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie. Mając na uwadze powyższe zasadnym jest przyjęcie, że Izba nie może orzekać w zakresie twierdzeń SZLENDAK-BARANOWSKI S.C., które nie zostały przywołane w treści uzasadnienia odwołania, a więc należy je uznać za tezy spóźnione niepodlegające merytorycznemu rozpoznaniu.

Mając na uwadze wskazane okoliczności faktyczne i prawne Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 roku poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący: