

Sygn. akt: KIO 2369/23

WYROK
z dnia 25 sierpnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 sierpnia 2023 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **9 sierpnia 2023 roku** przez wykonawcę **D. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Adwokat D. K. z siedzibą w Tychach** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Komenda Wojewódzka Policji z siedzibą w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **Ł. G. , prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Adwokat Ł. G. z siedzibą w Tychach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego**

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego – D. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Adwokat D. K. z siedzibą w Tychach**, w następujący sposób:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego – D. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Adwokat D. K. z siedzibą w Tychach** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2023 r., poz. 1605 ze zmianami) 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

Zamawiający: Komenda Wojewódzka Policji z siedzibą w Katowicach prowadzi postępowanie pn. „Obsługa prawna dla 32 jednostek KMP/KPP garnizonu śląskiej Policji”, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 10 maja 2023 roku pod nr BZP 00209140.

Dnia 09 sierpnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, odwołanie w prowadzonym postępowaniu, na podstawie art. 2 ust 1 pkt 2 ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2023, poz. 1605 ze zm., zwanej dalej „ustawą Pzp”) i zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, złożył Wykonawca D. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Adwokat D. K. z siedzibą w Tychach, dalej jako „Odwołujący”.

Podstawą wniesienia odwołania są czynności Zamawiającego z dnia 4 sierpnia 2023r., tj. unieważnienie postępowania dla zadań nr 1,8,17,18,20,26 oraz wybór najkorzystniejszej oferty dla zadań nr 10,19,22,29,30,31.

Odwołujący zarzucał naruszenie art. 226 ust 1 pkt 3 w związku z art. 7 pkt 30; art. 16 ust 1; art. 17 ust 2; art. 454 ust 2 pkt 4 oraz art. 58 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty jego oferty, w sytuacji kiedy na podstawie wykładni artkułu 58 ustawy PZP dopuszczalna jest zmiana podmiotowa w ramach konsorcjum na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przy uwzględnieniu, że podmiot pozostający w postępowaniu spełnia wymagania do udziału w postępowaniu, a dalszy udział nie pogarsza sytuacji konkurencyjnej innych oferentów, co zdaniem Odwołującego miało miejsce w sprawie.

Odwołujący wnosił o:

- 1) rozpoznanie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności zaskarżonych tj.
 - a. unieważnienia postępowania dla zadań nr 1,8,17,18,20,26;
 - b. wyboru najkorzystniejszej oferty dla zadań nr 10,19,22,29,30,31.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wskazano, że w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący występował pierwotnie w ramach konsorcjum z Adwokatem R. R. . Następnie pismem z dnia 24 lipca 2023 Adwokat D. K. poinformował Zamawiającego o rozwiązaniu umowy konsorcjum. Rozwiązanie umowy konsorcjum jest następstwem pozytywnej uchwały Krajowej Rady Sądownictwa dotyczącej kandydatury Adwokata R. R. (Lidera Konsorcjum) i skierowania przez Krajową Radę Sądownictwa wniosku do Prezydenta RP o powołanie go na urząd sędziego Sądu Rejonowego w Gliwicach. Z chwilą otrzymania nominacji sędziowskiej Adwokat R. R. zaprzestanie wykonywania działalności jako adwokat, co negatywnie wpłynie na dalsze wykonanie umowy.

Zamawiający uznał, że „Zgodnie z art. 454 ust 2 pkt 4 zmiana polegająca na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą w przypadkach innych niż wskazane w art 455 ust. 1 pkt 2 ust 1 stanowi zmianę istotną, a co za tym idzie jest niedopuszczalna.

Zgodnie z art. 7 pkt 30 ustawy PZP za wykonawcę uznaje się osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Zmiana podmiotowa skutkuje w tej sytuacji faktem, że mamy do czynienia z innym podmiotem niż wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W zakresie możliwości wystąpienia jednego z członków konsorcjum stanowisko zajęła również Krajowa Izba Odwoławcza. W orzeczeniu 1904/2009 KIO wskazała: „Generalnie należy przyjąć, iż na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - po terminie otwarcia ofert nie są dopuszczalne zmiany polegające na tym, iż z konsorcjum występuje jeden z jego uczestników. Powyższe ma bowiem kolosalne znaczenie w ocenie, dokonywanej przez Zamawiającego, odnoszącej się zarówno do spełniania warunków podmiotowych, jak i przedmiotowych. Wystąpienie jednego z członków konsorcjum należy porównać do czynności wycofania oferty oraz do czasu, w którym wykonawca pozostaje nią związany.” Podsumowując, dominujący pogląd jest taki, iż podmiotowe przekształcenie po stronie wykonawcy stanowić będzie naruszenie ogólnych zasad udzielania zamówień (m.in. art. 16 ust 1 oraz art. 17 ust 2.) Ustawa PZP dopuszcza możliwość zmian podmiotowych jedynie, na skutek tzw. sukcesji generalnej (np. przekształcenie spółki, jej sprzedaż, sprzedaż przedsiębiorstwa). Rozwiązanie konsorcjum przez Wykonawcę i w efekcie dokonana przez Wykonawcę zmiana w treści oferty (sposób wykonania zamówienia – podział prac pomiędzy konsorcjantów) nie ma oparcia w ustawie PZP. Biorąc zaś pod uwagę, że wskazaną zmianę należy ocenić jako istotną w ocenie Komisji Przetargowej, w wyniku jej dokonania oferta stała się niezgodna z ustawą PZP. Zmianę zakazaną po zawarciu umowy na podstawie art. 454 ust 2 pkt 4 ustawy PZP należy uznać jako zakazaną również na etapie procedury. Mając na uwadze powyższe komisja proponuje odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust 1 pkt 3 w związku z art. 7 pkt 30; art. 16 ust 1; art. 17 ust 2; art. 454 ust 2 pkt 4 ustawy PZP”.

Odwołujący wyraża przekonanie, że stanowisko Zamawiającego jest błędne. Na gruncie tej sprawy wszyscy członkowie konsorcjum posiadają uprawnienia aby wystartować samodzielnie w postępowaniu, bowiem zarówno Adwokat R. R., jak i Adwokat D. K. świadczyli lub świadczą usługi prawne na rzecz wymiaru sprawiedliwości lub administracji publicznej i samorządowej. Teoretycznie więc, każdy

z członków konsorcjum mógłby samodzielnie ubiegać się o zamówienie i żaden z czynników branych pod uwagę zgodnie z SWS i PZP przy ocenie dopuszczalności udziału w postępowaniu ani przy ocenie oferty ofert nie zmieniłby w żaden sposób sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący dodał, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 22 stycznia 2021 r. (sygn. akt KIO 3357/20) „zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 10 dyrektywy 2004/17 w związku z art. 51 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, iż podmiot zamawiający nie narusza tej zasady, kiedy zezwala jednemu z dwóch wykonawców, którzy wchodzili w skład grupy przedsiębiorstw zaproszonej jako taka przez ten podmiot do składania ofert, na zastąpienie tej grupy w następstwie jej rozwiązania i na udział, we własnym imieniu, w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej, o ile zostało wykazane, po pierwsze, że wykonawca ten sam spełnia wymogi określone przez wspomniany podmiot, a po drugie, że jego dalszy udział w tym postępowaniu nie wiąże się z pogorszeniem sytuacji konkurencyjnej innych oferentów”.

Odwołujący uważa, że na gruncie tej sprawy Adwokat D. K. spełnia samodzielnie przesłanki do udziału w postępowaniu, a zmiana nie pogorszy sytuacji konkurencyjnej innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. W tym stanie rzeczy zdaniem Odwołującego odwołanie jest słuszne i zasadne.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył Wykonawca Ł. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Adwokat Ł. G. z siedzibą w Tychach. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła Wykonawcę jako Przystępującego.

Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania. Wskazał na posiadanie interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej w odniesieniu do zadania nr 30 – bowiem to Przystępującemu udzielone zostałyby zamówienie w zakresie zadania nr 30. W wyniku dokonanego przez Zamawiającego odrzucenia ofert dla rzeczonoego zadania to oferta

Przystępującego jako niepodlegająca odrzuceniu i najkorzystniejsza podlegała wyborowi Zamawiającego. W następstwie uwzględnienia odwołania sytuacja ta mogłaby ulec zmianie, co stanowi o istnieniu interesu Przystępującego w oddaleniu odwołania.

Przystępujący podkreślił, że Odwołujący oprócz tego, że musi zaliczać się do kategorii *wykonawcy, uczestnika konkursu lub innego podmiotu* – musi także wykazać spełnienie tzw. materialnoprawnych przesłanek do wniesienia środka ochrony prawnej, tj. wykazać, że:

- 1) ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie,
- 2) poniósł lub może ponieść szkodę,
- 3) poniesiona lub możliwa do poniesienia szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów PZP.

W odwołaniu brak jest wykazania przez Odwołującego wszystkich przesłanek materialnoprawnych.

Odwołujący nie wskazał na interes we wniesieniu odwołania.

Jak wskazuje się w doktrynie, interes w uzyskaniu zamówienia oznacza stan, w którym odwołujący ma lub miał realną szansę na uzyskanie zamówienia, zaprzepaszczoną niezgodnymi z przepisami czynnościami zamawiającego lub zaniechaniem czynności, do których zamawiający jest zobowiązany [M. Jaworska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz* red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Legalis]. Odwołujący zaś w swojej argumentacji w ogóle nie odnosi się do tak rozumianego interesu w uzyskaniu zamówienia.

W zakresie drugiej przesłanki, tj. szkody poniesionej lub możliwej do poniesienia, to Odwołujący również w ogóle nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji w tym zakresie. Odwołanie nie zawiera nawet jednego zdania wskazującego, że Odwołujący poniósł lub może ponieść szkodę.

Przesłankę szkody bada się na dzień wnoszenia odwołania w odniesieniu do czynności Zamawiającego, jakie zostały upublicznione, przy czym wykonawca w złożonym odwołaniu musi tę przesłankę wykazać (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2021 roku, sygn. akt KIO 373/21).

Skoro w odniesieniu do przesłanki poniesienia szkody lub jej możliwości Odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia, to brak jest możliwości zbadania tej przesłanki przez Izbę. Izba nie może się domyślać wykazania przesłanki, nie może jej domniemywać czy też wnioskować z przedstawionego uzasadnienia faktycznego odwołania.

Uznać zatem należy, iż Odwołujący w swoim odwołaniu nie wykazał w ogóle przesłanki szkody, a tego wymaga art. 505 ust. 1 PZP.

W konsekwencji brak jest w odwołaniu jakiegokolwiek argumentacji wskazującej na adekwatny związek przyczynowo-skutkowy między szkodą a rzekomym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów PZP w sprawie.

Z ostrożności Przystępujący odniósł się także do merytorycznych zarzutów odwołania.

Odwołujący złożył ofertę na realizację 27 z 32 zadań postępowania. W przypadku podzielenia argumentacji zawartej w odwołaniu należałoby uznać – błędnie – iż zmiana podmiotowa po stronie wykonawcy poprzez rozwiązanie konsorcjum nie miała wpływu na oferty tego wykonawcy bowiem Odwołujący także samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zapatrywanie to pozostaje oderwanym od kwestii kluczowej, a to sposobu i treści skonstruowania oferty, która zawiera oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu określonych w sekcji VII SWZ, gdzie Odwołujący reprezentowany przez lidera konsorcjum R. R. oświadczył *„W okresie od 1 lutego 2013 roku do nadal prowadzę, jako wykonawca, kompleksową obsługę prawną jednostki budżetowej: Sąd Rejonowy w Rudzie Śląskiej.”* Biorąc pod uwagę, że konsorcjum uległo rozwiązaniu po złożeniu oferty a lider konsorcjum nie uczestniczy jako uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia, oferta złożona pierwotnie w ramach postępowania musiałaby ulec zmianie, co jest niedopuszczalne, zwłaszcza w odniesieniu do elementów spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przede wszystkim nie jest możliwe domniemywanie przez Zamawiającego po złożeniu ofert przez wykonawców, który z członków konsorcjum w następstwie jego rozwiązania pozostanie delegowany przez wykonawcę do realizacji konkretnego zadania, co przecież uniemożliwia prawidłowość dokonania oceny ofert złożonych pierwotnie przez konsorcjum. Nie jest także wyjaśnione, z którym z członków konsorcjum osoby zgłaszane przez Odwołującego posiadały zawartą umowę o współpracy, która miała stanowić podstawę do delegowania danego prawnika do konkretnego zadania w ramach postępowania.

W świetle powyższej argumentacji odwołanie zdaniem Przystępującego nie zasługuje na uwzględnienie a czynności dokonane przez Zamawiającego będące przedmiotem odwołania były prawidłowe.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. Zamawiający powtórzył argumentację przedstawioną w Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o unieważnieniu postępowania w częściach. Dodatkowo Zamawiający zauważył, że wyrok ETS i KIO przywołany w odwołaniu nie odnosi się do sytuacji tożsamej, jak w przedmiotowym postępowaniu, nie może zatem znaleźć w nim zastosowania.

Na podstawie dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest obsługa prawna jednostek KMP/KPP garnizonu śląskiej Policji. Zamówienie podzielono na 32 zadania. Usługi będące przedmiotem zamówienia muszą być wykonywane przez osoby posiadające uprawnienia – są wpisane na listę OIRP lub ORA, do wykonywania zawodu radcy prawnego lub adwokata.

Zamawiający postawił następujący warunek udziału w zakresie zdolności zawodowej lub technicznej – wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert (...) wykonał jedno zamówienie (tj. umowę), które w swoim zakresie obejmowało usługę polegającą na stałej obsłudze prawnej jednostek służb mundurowych i/lub administracji publicznej. Zamawiający wymaga również, by Wykonawca dysponował odpowiednim zasobem osobowym, to znaczy 1 osobą w przypadku ubiegania się o jedno do trzech zadań, 2 osobami w przypadku złożenia oferty na 4 do 6 zadań, 3 osobami w przypadku złożenia oferty na 7 do 9 zadań, 4 osobami w przypadku ubiegania się o 10 do 12 zadań, 5 osobami w przypadku ubiegania się o 13 do 15 zadań, 6 osobami w przypadku złożenia oferty na 16 do 18 części, 7 osobami w przypadku złożenia oferty na 19 do 21 części, 8 osobami jeżeli ofertę złożono na 22 do 24 części i 9 osobami w przypadku złożenia oferty na więcej niż 25 części.

Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu osób. W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie, Zamawiający wymagał, by oświadczenie o spełnianiu warunków i niepodleganiu wykluczeniu złożył każdy z wykonawców w zakresie, w jakim każdy z Wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Ofertę na części 1 do 5 oraz 8 do 12 i części 15 do 31 złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Adwokat R. R. Kancelaria Adwokacka (Lider) oraz Adwokat D. K. Kancelaria Adwokacka (Partner). Wykonawca wskazał w poszczególnych częściach, przy pomocy jakich podmiotów wykona zamówienie i oświadczył, że dysponuje 32 osobami zdolnymi do wykonania zadań. W oświadczeniu składanym na podstawie art. 125 ustawy Pzp Adwokat D. K. oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w Sekcji VII SWZ w następującym zakresie: W okresie od 1 grudnia 2012 do 28 lutego 2023 świadczył jako podwykonawca usługę prawną polegającą na obsłudze jednostek samorządu terytorialnego tj. Gmin Ornontowice i Orzesze. Adwokat R. R. złożył oświadczenie, z którego wynika, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w Sekcji VII SWZ w następującym zakresie: W okresie od 1 lutego 2013 roku do nadal prowadzi, jako wykonawca, kompleksową obsługę prawną jednostki budżetowej: Sąd Rejonowy w Rudzie Śląskiej. W złożonym na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów wykazie usług jako zadanie spełniające wymogi warunku udziału w postępowaniu wskazano na

umowę „Stała kompleksowa obsługa prawna Sądu Rejonowego w Rudzie Śląskiej”, którą wykonuje Adwokat R. R. Kancelaria Adwokacka oraz usługę „Stała obsługa prawna Miasta, w tym Burmistrza Miasta Orzesze, komórek organizacyjnych Urzędu Miasta i Rady Miasta Orzesze”, którą wykonuje Adwokat D. K., Kancelaria Adwokacka. Wykonawca przedstawił referencje od tych podmiotów.

29 czerwca 2023 roku Zamawiający zawiadomił, że w częściach 1, 9, 12, 17, 21, 25, 30 wybrał ofertę konsorcjum jako najkorzystniejszą.

Następnie, w toku ponownego badania i oceny ofert, w dniu 24 lipca 2023 roku, Wykonawca złożył oświadczenie o rozwiązaniu umowy konsorcjum. Adwokat R. R. oświadczył, że na skutek pozytywnej uchwały Krajowej Rady Sądownictwa dotyczącej jego kandydatury i skierowania przez Krajową Radę Sądownictwa wniosku do Prezydenta RP o powołanie go na urząd sędziego Sądu Rejonowego w Gliwicach rozwiązuje umowę konsorcjum zawartą w dniu 11 maja 2023 w związku z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia nr ZP-2380-47/ 2022/2023 o nazwie Obsługa prawna dla 32 jednostek KMP/KPP garnizonu śląskiej Policji na skutek wypowiedzenia tej umowy. Jednocześnie poinformował, że Adwokat D. K. przejął wszystkie prawa i obowiązki konsorcjum, w tym prawo do dysponowania zasobami ludzkimi jakie posiadało konsorcjum, a zostało wykazane w postępowaniu. Drugi z członków konsorcjum dodatkowo wskazał, że *wszyscy członkowie konsorcjum posiadają uprawnienia aby wystartować samodzielnie w postępowaniu bowiem zarówno Adwokat R. R. jak i Adwokat D. K. świadczą lub świadczą usługi prawne na rzecz wymiaru sprawiedliwości lub administracji publicznej i samorządowej. Teoretycznie więc, każdy z członków konsorcjum mógłby samodzielnie ubiegać się o zamówienie i żaden z czynników branżowych pod uwagę zgodnie z SWS i PZP przy ocenie dopuszczalności udziału w postępowaniu ani przy ocenie oferty ofert nie zmieniłby w żaden sposób sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Naprowadzam, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 22 stycznia 2021 r (sygn. akt KIO 3357/20). W wyroku tym czytamy, że "zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 10 dyrektywy 2004/17 w związku z art. 51 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, iż podmiot zamawiający nie narusza tej zasady, kiedy zezwala jednemu z dwóch wykonawców, którzy wchodzili w skład grupy przedsiębiorstw zaproszonej jako taka przez ten podmiot do składania ofert, na zastąpienie tej grupy w następstwie jej rozwiązania i na udział, we własnym imieniu, w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej, o ile zostało wykazane, po pierwsze, że wykonawca ten sam spełnia wymogi określone przez wspomniany podmiot, a po drugie,*

że jego dalszy udział w tym postępowaniu nie wiąże się z pogorszeniem sytuacji konkurencyjnej innych oferentów”.

Na gruncie niniejszej sprawy Adwokat D. K. spełnia samodzielnie przesłanki do udziału w postępowaniu, a zmiana nie pogorszy sytuacji konkurencyjnej innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Dnia 4 sierpnia 2023 roku Zamawiający zawiadomił o następujących czynnościach:

- 1) wyborze oferty najkorzystniejszej dla zadań 10,19,22,29,30,31;
- 2) odrzuceniu oferty złożonej przez konsorcjum: Adwokat R. R. Kancelaria Adwokacka (Lider Konsorcjum) oraz Kancelaria Adwokacka Adwokat D. K., na podstawie: - art. 226 ust 1 pkt 3 w związku z art. 7 pkt 30; art. 16 ust 1; art. 17 ust 2; art. 454 ust 2 pkt 4 ustawy PZP.

W uzasadnieniu podano, że Wykonawca złożył ofertę tj. formularz ofertowy, oświadczenie z art. 125 ust.1, wykaz osób stanowiący załącznik nr 5b, które zostały podpisane podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną do reprezentowania wykonawcy w świetle dokumentów pozyskanych z właściwych ogólnodostępnych rejestrów.

W wyniku ponownego badania ofert komisja przetargowa wezwała Wykonawcę Konsorcjum firm do wyrażenia zgody na wybór oferty po terminie związania z oferta. W dniu 24 lipca 2023 r. wskazany powyżej wykonawca przesłał zgodę na wybór oferty, dodatkowo informując w odrębnym piśmie, że z uwagi na powołanie na stanowisko sędziego Adwokata R. R. konsorcjum zostaje rozwiązane. Wykonawca dokonał zatem zmiany podmiotowej. Zgodnie z art. 454 ust 2 pkt 4 zmiana polegająca na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą w przypadkach innych niż wskazane w art 455 ust. 1 pkt 2 ust stanowi zmianę istotną a co za tym idzie jest niedopuszczalna. Zgodnie z art. 7 pkt 30 ustawy PZP za wykonawcę uznaje się osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zmiana podmiotowa skutkuje w tej sytuacji faktem, że mamy do czynienia z innym podmiotem niż wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie możliwości wystąpienia jednego z członków konsorcjum stanowisko zajęła również Krajowa Izba Odwoławcza. W orzeczeniu 1904/2009 KIO wskazała: „Generalnie należy przyjąć, iż na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - po terminie otwarcia ofert nie są dopuszczalne zmiany polegające na tym, iż z konsorcjum występuje jeden z jego uczestników. Powyższe ma bowiem kolosalne znaczenie w ocenie,

dokonywanej przez Zamawiającego, odnoszącej się zarówno do spełniania warunków podmiotowych jak i przedmiotowych.

Wystąpienie jednego z członków konsorcjum należy porównać do czynności wycofania oferty oraz do czasu, w którym wykonawca pozostaje nią związany.” Podsumowując, dominujący pogląd jest taki, iż podmiotowe przekształcenie po stronie wykonawcy stanowić będzie naruszenie ogólnych zasad udzielania zamówień (m.in. art. 16 ust 1 oraz art. 17 ust 2.) Ustawa PZP dopuszcza możliwość zmian podmiotowych jedynie, na skutek tzw. Sukcesji generalnej (np. przekształcenie spółki, jej sprzedaż, sprzedaż przedsiębiorstwa).

Rozwiązanie konsorcjum przez Wykonawcę i w efekcie dokonana przez Wykonawcę zmiana w treści oferty (sposób wykonania zamówienia – podział prac pomiędzy konsorcjantów) nie ma oparcia w ustawie PZP. Biorąc zaś pod uwagę, że wskazaną zmianę należy ocenić jako istotną w ocenie Komisji Przetargowej, w wyniku jej dokonania oferta stała się niezgodna z ustawą PZP. Zmianę zakazaną po zawarciu umowy na podstawie art. 454 ust 2 pkt 4 ustawy PZP należy uznać jako zakazaną również na etapie procedury. Mając na uwadze powyższe komisja proponuje odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust 1 pkt 3 w związku z art. 7 pkt 30; art. 16 ust 1; art. 17 ust 2; art. 454 ust 2 pkt 4 ustawy PZP.

- 3) unieważnieniu postępowania dla zadań nr 1,8,17,18,20,26.

Biorąc powyższe ustalenia Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

W pierwszej kolejności Izba podkreśla, że odwołanie podlegało oddaleniu w częściach 10, 19, 22, 29, 31 z uwagi na brak wykazania przez Odwołującego interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, który wyraża się w możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący we wskazanych częściach nie wykazał również poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego.

Jak celnie zauważono w przystąpieniu, interes w uzyskaniu zamówienia wyraża się w szansie na uzyskanie zamówienia, która nie jest możliwa dla Wykonawcy przez działania i zaniechania zamawiającego. Za szkodę doktryna i orzecznictwo uważa wymierną wartość, którą identyfikować można z wartością zamówień, które Odwołujący straci lub nie uzyska w wyniku działań i zaniechań zamawiającego.

Dostrzeżenia wymaga, iż w odwołaniu w żadnym miejscu nie odniesiono się do materialnoprawnych przesłanek warunkujących możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej. Jak wynika natomiast z orzecznictwa Izby i sądów okręgowych, wystąpienia tych przesłanek Izba nie może domniemywać.

W częściach wymienionych przez Izbę, czyli 10, 19, 22, 29, 31 Odwołujący nie ma żadnych szans na uzyskanie zamówienia. Jak wynika z dokumentacji postępowania, zarówno przy pierwotnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 29 czerwca 2023 roku, jak również w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w dniu 4 sierpnia 2023 roku oferta Odwołującego nie była najkorzystniejszą. W każdej z tych dat Zamawiający dokonał wyboru oferty innego wykonawcy, a Odwołujący tego elementu w odwołaniu nie kwestionował. W rankingu ofert Odwołujący zajmował dalsze miejsca pod względem wyznaczonych kryteriów oceny. Nawet więc ponowienie przez Zamawiającego oceny i badania ofert w tych częściach nie spowoduje, że Odwołujący uzyska możliwość otrzymania zamówienia i podpisania z Zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący na rozprawie przed Izbą nie umiał uzasadnić, w jaki sposób spełnia przesłanki określone w art. 505 ustawy Pzp dla tych części zamówienia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, nawet gdyby Izba uwzględniła odwołanie, w tych częściach Odwołujący nie mógłby uzyskać zamówienia, ponieważ nie złożył oferty najkorzystniejszej, a jego oferta nie ma szansy na uzyskanie takiego statusu. Nie może zatem przez działania lub zaniechania Zamawiającego wykazać interesu w uzyskaniu zamówienia a przede wszystkim nie może wykazać możliwości poniesienia szkody, ponieważ obiektywnie zamówienia tego nie otrzyma.

W zakresie części 1, 8, 17, 18, 20, 26 oraz 30 oddaliła odwołanie, nie podzielając argumentacji przedstawionej w odwołaniu i na rozprawie.

Zauważyć jedynie porządkowo należy, iż Odwołujący także w tych zadaniach nie uzasadniał w odwołaniu możliwości poniesienia szkody i posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia. Tym niemniej Izba wzięła pod uwagę, że oferta Odwołującego w części 1, 17 oraz 30 została pierwotnie przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą, następnie po otrzymaniu informacji o rozwiązaniu konsorcjum, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. Zatem Odwołujący w wyniku działań Zamawiającego utracił zamówienie. W przypadku części 8, 18, 20 oraz 26 Odwołujący, po odrzuceniu innych złożonych ofert, w wyniku ponowienia badania i oceny ofert (gdyby Izba uwzględniła odwołanie) miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Odnosząc się do merytorycznej argumentacji podanej przez Odwołującego, to zgodnie z art. 58 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na podstawie art. 58 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający nie może wymagać od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadania określonej formy prawnej w celu złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zamawiający może także określić wymagania związane z realizacją zamówienia w inny sposób niż w odniesieniu do pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne do jego przedmiotu.

Izba nie dopatrzyła się w działaniach Zamawiającego czynności, które wskazywałyby na naruszenie przywołanej regulacji ustawy Pzp. Zamawiający nie negował możliwości złożenia oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, określił podmiotowe warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert w sposób jednolity dla wszystkich podmiotów zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Zamawiający dokonał weryfikacji spełniania warunków podmiotowych w odniesieniu do wszystkich członków konsorcjum zgodnie z ustaleniami opisanymi w SWZ, przyznał odpowiednie punkty w ramach kryterium dysponowania potencjałem osobowym, czego Odwołujący nie kwestionuje w ramach korzystania ze środków ochrony prawnej. To działania i decyzje podjęte przez poszczególnych członków grupy wykonawców doprowadziły do rozwiązania umowy konsorcjum po złożeniu ofert i wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, co Zamawiający musiał poddać ponownej analizie, czy taka sytuacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest dopuszczalna i czy w takim przypadku możliwe jest podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego z jednym tylko podmiotem, w miejsce grupy wykonawców oraz czy taka umowa będzie ważna w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Wynik tej analizy w dalszym ciągu nie narusza treści art. 58 ustawy Pzp, bowiem to nie sposób ubiegania się o udzielenie zamówienia zdecydował o odrzuceniu oferty Odwołującego, ale decyzje podjęte po złożeniu oferty przez poszczególne podmioty tworzące konsorcjum wykonawców.

Izba oceniła, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy. Izba wyraża przekonanie, że w stosunku do treści oferty złożonej pierwotnie przez konsorcjum wykonawców, doszło do istotnej zmiany, która na gruncie przepisów ustawy Pzp nie jest możliwa i dopuszczalna. Jak zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, poprzez rozwiązanie konsorcjum doszło do zmiany sposobu wykonania zamówienia – podziału prac pomiędzy konsorcjantów oraz zmianie ulec musiałaby treść załącznika 5b zawierającego elementy odnoszące się do kryterium oceny ofert – potencjału, którym dysponuje dany podmiot, celem należytego wykonania

zobowiązania umownego. Izba uważa podobnie jak Zamawiający, że jest to istotny element treści oferty, mianowicie zobowiązania samego Wykonawcy do sposobu, w jaki będzie dane zamówienie wykonywał. Element ten stanowi istotę treści oferty. To wykonawcy zawiązując konsorcjum i składając ofertę wspólną przedstawili sposób realizacji przedmiotu zamówienia, wskazali w których częściach które podmioty będą realizowały zamówienie na rzecz Zamawiającego. Dodatkowo konsorcjum wskazało jednego z członków jako osobę, której uczestnictwo w postępowaniu umożliwiło uzyskanie dodatkowych punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Jak podał Zamawiający, jeden z członków konsorcjum, Adwokat R. R. został wskazany jako osoba dodatkowa do wykonania zadania nr 1 (zgodnie z załącznikiem nr 5b). W przypadku zadań nr 4, 18, 20 i 26 adwokat R. R. został wskazany przez Konsorcjum jako jedyna osoba, która będzie zajmowała się obsługą prawną danych jednostek Policji. Akceptacja decyzji o rozwiązaniu konsorcjum i umożliwienie zmiany podmiotowej w ofercie, prowadzić musiałoby do ponowienie wszystkich czynności wobec wykonawcy, w tym czynności wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i czynności oceny oferty w ramach kryteriów oceny ofert. Dodatkowo, w tych częściach, gdzie ustępujący członek konsorcjum był jedyną osobą wskazaną do realizacji przedmiotu zamówienia, musiałoby dojść do wezwania wykonawcy do przedstawienia nowej osoby, uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych lub skorzystania z potencjału podmiotów trzecich. De facto zatem Zamawiający miałby do czynienia z zupełnie nową ofertą, złożoną przez inny podmiot, który pierwotnie starał się uzyskać zamówienie. Już tylko ta okoliczność musi prowadzić do wniosku, że ocena nowej oferty, złożonej po terminie składania ofert jest niezgodna z zasadami prowadzenia postępowania, w tym przede wszystkim z zasadą równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Poza tym taki wykonawca znajdowałby się w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych podmiotów biorących udział w postępowaniu, które nie uzyskałyby szansy na „poprawienie swojej oferty”.

Bez znaczenia w ocenie Izby pozostaje okoliczność, że każdy z wykonawców tworzących konsorcjum samodzielnie spełnia warunki udziału. Po pierwsze jest to subiektywna deklaracja podmiotu, który nie był weryfikowany pod takim kątem przez Zamawiającego. Po drugie, to zespół podmiotów samodzielnie zdecydował się wspólnie ubiegać o zamówienie. Tym samym takie działanie określiło charakter podmiotowy, kogo w danym postępowaniu uważać należy za wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie dokonywał weryfikacji i oceny każdego podmiotu tworzącego konsorcjum ale badał i oceniał zdolność wykonania zamówienia w stosunku do podmiotu niejako zbiorowego.

Podkreślenia zdaniem Izby wymaga również, że w przedmiotowym postępowaniu zastosowania nie może znaleźć orzeczenie KIO, sygn. akt KIO 3357/20 oraz wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie C-396/14, szeroko przywoływane w odwołaniu.

Jak wynika z orzeczenia TSUE zasadą jest konieczność zachowania prawnej i materialnej tożsamości wykonawców na każdym etapie danego postępowania o udzielenie zamówienia. Dopuszczono jednak możliwość złagodzenia tego wymogu w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji. Trybunał – odnosząc się do możliwości udziału w postępowaniu byłego członka konsorcjum jako samodzielnego wykonawcy, stwierdził, że: *„zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 10 dyrektywy 2004/17 w związku z art. 51 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, iż podmiot zamawiający nie narusza tej zasady, kiedy zezwala jednemu z dwóch wykonawców, którzy wchodzili w skład grupy przedsiębiorstw zaproszonej jako taka przez ten podmiot do składania ofert, na zastąpienie tej grupy w następstwie jej rozwiązania i na udział, we własnym imieniu, w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej, o ile zostało wykazane, po pierwsze, że wykonawca ten sam spełnia wymogi określone przez wspomniany podmiot, a po drugie, że jego dalszy udział w tym postępowaniu nie wiąże się z pogorszeniem sytuacji konkurencyjnej innych oferentów”*.

Dlatego też Izba w wyroku KIO 3357/20 wskazała, że dopuszczalna jest zmiana podmiotowa, która po pierwsze miała miejsce w postępowaniu dwuetapowym. Po drugie, w postępowaniu będącym podstawą wydania wspomnianego orzeczenia, w wyznaczonym terminie składania ofert, ofertę od początku złożył jeden z podmiotów, który oceniany był przez zamawiającego jako samodzielny byt, a nie jako podmiot wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Dodatkowo dostrzeżenia wymaga, iż to ten samodzielny podmiot potwierdzał spełnianie warunków udziału w postępowaniu na wcześniejszym jego etapie (oceny wniosków). Zatem ocena jego sytuacji podmiotowej nie przekładała się negatywnie na sytuację innych oferentów.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia sytuacji była odmienna, bowiem ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, to oni zostali ocenieni pod kątem spełniania warunków udziału i kryteriów oceny ofert. Następnie dopiero doszło do zmiany podmiotowej. Oznacza to, w ocenie Izby, że o ile Trybunał dopuszcza zmianę, jeżeli wykonawca pozostający w postępowaniu sam spełnia określone wymogi (co zostało już ocenione przez zamawiającego), to już dalszy udział takiego podmiotu nie może wiązać się z pogorszeniem sytuacji innych podmiotów. Izba w składzie wydającym niniejsze orzeczenie wyraża opinię, że sytuacja innych podmiotów ubiegających się o przedmiotowe zamówienie ulegałaby zmianie na ich niekorzyść i wiązała się

z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji. Wykonawca, w ofercie którego doszło do zmiany podmiotowej otrzymałby bowiem dodatkową szansę na potwierdzenie spełnienia warunków udziału, przedstawienie lub uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych i wskazanie dodatkowych osób do realizacji zamówienia w ramach ustalonych kryteriów oceny ofert. Tym samym naruszony zostałby jeden z warunków, w przypadku zaistnienia których TSUE dopuszcza zmianę podmiotową oferty.

Stanowisko Izby jest zgodne z argumentacją przedstawioną w orzeczeniu KIO 3357/20, jak bowiem wskazano: *„Skład orzekający uwzględniając powyższe rozważania, oraz wyrok TSUE i przytoczoną opinię Prezesa UZP doszedł do przekonania, że możliwość dalszego udziału w postępowaniu Odwołującego została uzależniona od spełnienia dwóch czynników, tj. samodzielnego spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu oraz niepogorszenie sytuacji konkurencyjnej pozostałych wykonawców biorących udział w tym samym postępowaniu.”* W przedmiotowym postępowaniu będącym podstawą rozważań Izby w postępowaniu odwoławczym, jeden z tych warunków nie został spełniony. Nie jest więc uznanie, że mamy do czynienia z warunkami, w których TSUE i orzecznictwo krajowe dopuszcza zmiany podmiotowe w ofercie po terminie składania ofert.

Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego posiłkował się również argumentacją odnoszącą się do art. 454 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zmiana umowy jest istotna, jeżeli powoduje, że charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy, w szczególności jeżeli zmiana polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą w przypadkach innych, niż wskazane w art. 455 ust. 1 pkt 2. Zgodnie z tym ostatnim przepisem dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, gdy nowy wykonawca ma zastąpić dotychczasowego wykonawcę:

a) jeżeli taka możliwość została przewidziana w postanowieniach umownych, o których mowa w pkt 1, lub

b) w wyniku sukcesji, wstępując w prawa i obowiązki wykonawcy, w następstwie przejścia, połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji, dziedziczenia lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy, a także nie ma na celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, lub

c) w wyniku przejścia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców, w przypadku, o którym mowa w art. 465 ust. 1.

Na wstępie podkreślić należy, iż odniesienie to nie może być stosowane w przedmiotowym postępowaniu wprost, bowiem przepisy te odnoszą się do sytuacji, w której doszło już do podpisania umowy, co w tym postępowaniu nie miało jeszcze miejsca.

Poddając analizie przez analogię każdą z wyżej wymienionych przesłanek dopuszczających zmiany podmiotowe po podpisaniu umowy, należy wyrazić pogląd, iż żadna z nich nie zaistniała w stosunku do Odwołującego i jego oferty. Umowa w przedmiotowym postępowaniu nie określała takich warunków zmiany jak zmiana podmiotu wykonującego zamówienie. Nie mamy także do czynienia z sukcesją praw i obowiązków jednego podmiotu przez drugi w wyniku przejęcia, podziału, restrukturyzacji czy postępowania upadłościowego. Nie doszło również do przejęcia przez Zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców. Uznać więc należało, że doszło do takiej zmiany, która jest istotna, a tym samym na gruncie ustawy Pzp niedopuszczalna.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie i oddaliła odwołanie w całości.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 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 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

.....