

Sygn. akt: KIO 2342/22

WYROK
z dnia 22 września 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kurowska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2022 roku przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **E. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe E. W. z siedzibą w Starej Iwicznej** i **R. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacyjny i Remontowo-Budowlany R. Z. z siedzibą w Zgorzalej** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gminę Konstancin-Jeziorna**,

przy udziale Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **S. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D. S. IBF z siedzibą w Warszawie** i **IBF Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Białej Podlaskiej** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - b) unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego - Wyko-

nawców wspólnie ubiegających się o zamówienie E. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe E. W. z siedzibą w Starej Iwicznej i R. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacyjny i Remontowo-Budowlany R. Z. z siedzibą w Zgorzalej;

c) dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Gminę Konstancin-Jeziorna i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania Odwoławczego kwotę 10 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia E. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe E. W. z siedzibą w Starej Iwicznej i R. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacyjny i Remontowo-Budowlany R. Z. z siedzibą w Zgorzalej tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego – Gminy Konstancin-Jeziorna na rzecz Odwołującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia E. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe E. W. z siedzibą w Starej Iwicznej i R. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacyjny i Remontowo-Budowlany R. Z. z siedzibą w Zgorzalej kwotę 13 600,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie E. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe E. W. z siedziba w Starej Iwicznej i R. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacyjny i Remontowo-Budowlany R. Z. z siedzibą w Zgorzalej z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 roku poz. 1710 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

Zamawiający – Gmina Konstancin-Jeziorna – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Rozbudowa sieci wodno-kanalizacyjnej na terenie wschodniej części gminy Konstancin-Jeziorna” – znak postępowania: ZP.271.31.2022.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 czerwca 2022 r. pod numerem 00232304/01.

W dniu 2 września 2022 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 7 września 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wniesione przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia E. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe E. W. z siedzibą w Starej Iwicznej i R. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacyjny i Remontowo-Budowlany R. Z. z siedzibą w Zgorzalej, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołujący złożył odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie IBF Budownictwo sp. z o.o. oraz S. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S. D. IBF (dalej jako „Konsorcjum IBF”) oraz na bezzasadnym odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 266 oraz art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 7.1.4.1 specyfikacji warunków zamówienia obowiązującej w Postępowaniu (dalej „SWZ”), ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w punkcie 1. Powyżej Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 oraz 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, tj. wykazu robót budowlanych wskazanego w pkt. 8.9.1 SWZ wraz z dowodami określającymi, czy roboty budowlane zostały wykonane

należycie, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 7.1.4.1 SWZ, w wyniku czego Zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 b) w zw. z art. 266 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum IBF jako najkorzystniejszej oraz

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej – z ostrożności – w przypadku, gdyby zarzut wskazany w pkt 1.1) powyżej nie potwierdził się;
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonanie powtórnej oceny i badania ofert i wezwanie Odwołującego do uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 7.1.4.1 SWZ.

Argumentując ww. zarzuty Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący przedstawił następująco stan faktyczny sprawy.

„Zamawiający w SWZ (pkt 7.1.4.1) określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawców wskazując, iż uzna warunek za spełniony', jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował trzy roboty budowlane polegające na: budowie sieci kanalizacji sanitarnej lub budowie sieci wodociągowej, wraz z odtworzeniem nawierzchni drogowej. Przynajmniej jedna z wykazanych robót musi obejmować swoim zakresem budowę sieci kanalizacji sanitarnej podciśnieniowej. Łączna wartość wykonanych trzech robót nie może być mniejsza niż 3.500.000,00 zł brutto. Roboty muszą być zakończone i odebrane.

Z powyższym koresponduje wymaganie wskazane w pkt. 8.9.1 SWZ, że w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający żąda wykazu 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 4).

1. Uwzględniając powyższe ofertę złożył Odwołujący. Oferta Odwołującego została najwyżej oceniona, w związku z czym Zamawiający pismem z 22 lipca 2022 roku wezwał Odwołującego na podstawie art. 274 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący złożył wykaz wykonanych zamówień zawierający następujące pozycje:

a) Budowę kanalizacji sanitarnej w Jazgarzewszczyźnie i Łoziskach oraz w ul. Kolejowej w Starej Iwicznej - Etap II - Zamawiający: Urząd Gminy Lesznów - wartość brutto 3 635 249,11 zł (zamówienie zrealizowane przez partnera konsorcjum) - zamówienie 1,

b) Budowę sieci wod-kan w Piasecznie w ul. Staszica i Lelewela; przewodu wodociągowego w Złotokłosie ul. Wawelska i ul. Henryka Dobrzańskiego; wodociągu i kanalizacji grawitacyjnej tłocznej w Głoskowie PGR; kanalizacji podciśnieniowej w ul. Sobola w Jesówcu; kanalizacji tłocznej wzdłuż ul. Mostowej w Siedliskach i w ul. Łąkowej w Żabieńcu - Zamawiający: PWiK w Piasecznie sp. z o.o. - wartość brutto 487 080 zł (zamówienie zrealizowane przez lidera konsorcjum) - zamówienie 2,

c) Budowę sieci kanalizacji sanitarnej w Korczgach Starych - Zlewnia pompownia Sasanki (etap ul. Sasanki) - Zamawiający: Gminne Przedsiębiorstwo Komunalne Eko-Babice sp. z o.o. - wartość brutto 1287 336,14 zł (zamówienie zrealizowane przez lidera konsorcjum) - zamówienie 3.

Wraz z wykazem przedstawił referencje dotyczące poszczególnych zamówień oraz dodatkowo referencję z 27 lipca 2018 roku na wymianę istniejącego wodociągu w ul. Śląskiej w długości 850 m, dla gminy Piaseczno.

2. Zamawiający następnie wystąpił pismem z dnia 12 sierpnia 2022 roku do Odwołującego o wyjaśnienie złożonych dokumentów podmiotowych wskazując, że ze złożonych robót i referencji Konsorcjum nie wynika wprost w jaki sposób zdecydowaliście się Państwo wykazać doświadczenie w zakresie trzech robót budowlanych, polegających na budowie sieci sanitarnej lub wodociągowej o łącznej wartości 3.500.000,00 zł oraz w jakim zakresie sumujecie posiadane doświadczenie? Nadmieniamy, że warunek polegający na wykonaniu trzech robót budowlanych o łącznej wartości 3.500.000. 00 zł nie może zostać wykazany przez konsorcjum w ten sposób, że jeden konsorcjant zrealizował dwie roboty, drugi konsorcjant jedną robotę, które łącznie będą stanowić wymagane przez Zamawiającego doświadczenie na wykonaniu trzech robót (...). Reasumując, proszę o wyjaśnienie w jaki sposób przedłożone referencje zaświadczają o spełnieniu warunku dot. zdolności technicznej i zawodowej polegającej na zrealizowaniu trzech robót (...) [tu

Zamawiający przytoczył brzmienie warunku wskazane w pkt. 7.1.4.1.]

W odpowiedzi Odwołujący pismem z 19 sierpnia 2022 roku wyjaśnił, iż w treści SWZ Zamawiający nie wskazał, że spełnienie warunku doświadczenia ma dotyczyć wyłącznie jednego Wykonawcy (...). Oferent przystępujący do przetargu zaoferował i wykazał minimum 3 roboty wyspecyfikowane w SIWZ na łączną wartość ponad 3,5 mln. Zwracam uwagę, że już tylko pierwsza ze wskazanych robót przekracza tę wartość. Spełniono też wymóg przynajmniej jednej roboty dotyczącej kanalizacji podciśnieniowej (...). Gdyby Zamawiający chciał wprowadzić taką zależność jak podał w piśmie, winien to wskazać w warunkach przetargu, a nie obecnie zmieniać warunki. Jeśli nie zastrzeżono odmiennie, to właśnie doświadczenie robót wszystkich konsorcjantów stanowi składową doświadczenia konsorcjum. Wydaje się, że umknęło uwadze, że właśnie z tego względu członkowie konsorcjum ponoszą też odpowiedzialność solidarną, aby podkreślić więź wynikającą z konsorcjum. Odpowiedzialność jest adekwatna do możliwości wzajemnego posiłkowania się doświadczeniem dla spełnienia warunków przetargu. Podkreślam, że żaden przepis prawa, ani warunki przetargu nie określały wymagania, jakie obecnie chciałby wprowadzić Zamawiający.

W konsekwencji pismem z 2 września 2022 roku Zamawiający powiadomił Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj. IBF Budownictwo sp. z o.o. oraz S. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S. D. IBF oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 b) ustawy Pzp. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wymienił roboty budowlane podane przez Odwołującego przy czym zaznaczył, że dwie z nich wykonał lider konsorcjum, a jedną (o wartości 3 635 249,11 zł brutto) partner konsorcjum. Dalej wyjaśnił, że zgodnie ze złożonym wykazem wykonanych w ciągu 5 lat robót budowlanych, żaden z członków konsorcjum z osobna nie posiada wymaganego doświadczenia w zakresie wykonanych robót. Ponadto w zaistniałym przypadku nie można uznać, że możliwe jest sumowanie potencjałów niedoświadczonych podmiotów. Ponieważ żaden z członków konsorcjum nie zdobył wymaganego doświadczenia, to czysto matematyczne zsumowanie wykonanych przez nich robót nie powoduje spełniania warunku udziału w postępowaniu przez konsorcjum. Dalej Zamawiający dodał, że pismem z 12 sierpnia 2022 roku (ZP.271.31.06/20220) wezwał Odwołującego do wyjaśnienia w jaki sposób przedstawione referencje zaświadczają o spełnieniu warunku dot. zrealizowania trzech robót budowlanych polegających na: budowie sieci kanalizacji sanitarnej lub budowie sieci wodociągowej, wraz z odtworzeniem nawierzchni drogowej. Przynajmniej jedna z wykazywanych robót musi obejmować swoim zakresem budowę sieci kanalizacji sanitarnej podciśnieniowej. Łączna wartość wykonanych trzech robót nie może być mniejsza niż 3.500.000,00 zł brutto. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w piśmie z dnia 19 sierpnia 2022 r., nie wyjaśnił

Zamawiającemu w jaki sposób przedstawione referencje zaświadczać o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia Wykonawcy”.

Odwołujący zakwestionował stanowisko wyrażone przez Zamawiającego wskazując, że po pierwsze Zamawiający w treści SWZ nie określił, w jaki sposób będzie dokonywał oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienie. Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wskazał, iż kwestionowany warunek udziału w postępowaniu musi spełniać w sposób samodzielny co najmniej jeden spośród konsorcjantów. Odwołujący wskazał, że tego rodzaju wskazanie zostało podane do wiadomości dopiero na etapie dokonywania oceny ofert – nie wynika natomiast z zapisów SWZ. Odwołujący podniósł, że Zamawiający „(...) z jednej strony ma uprawnienie do formułowania warunków udziału w postępowaniu, z drugiej jednak strony zobowiązany jest do ich respektowania. Jest nimi związany na równi z wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie. Nie jest dopuszczalne na etapie oceny ofert wskazywanie na nowe niewyartykułowane w SWZ oczekiwania wobec wykonawców, w szczególności w kluczowej dla wyboru wykonawcy kwestii sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. (...) Zamawiający - skoro nie zastrzegł w SWZ, że przynajmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ma samodzielnie wykazać warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia - zobowiązany jest dopuścić wspólne (łącznie) wykazanie tego warunku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Brak wskazania w SWZ, że warunek podany w pkt. 7.1.4.1 SWZ musi spełniać co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie samodzielnie, nie może skutkować negatywnymi konsekwencjami dla Odwołującego, który - gdyby znał takie wymagania Zamawiającego na etapie poprzedzającym składanie ofert - mógłby m.in.: kwestionować takie wymagania w formie środków ochrony prawnej bądź wnosić o jego zmianę czy posłużyć się potencjałem podmiotu trzeciego”.

Odwołujący podniósł także, że „(...) warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 7.1.4.1 SWZ ma charakter złożony, wieloelementowy, co tym bardziej uzasadnia twierdzenie, że Zamawiający, jeśli chciał wymagać, że w całości ma go spełnić jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, powinien to sprecyzować wprost w SWZ. Wymaganie określone w pkt. 7.1.4.1 SWZ nie sprowadza się do trzykrotnego wykazania (powtórzenia) realizacji tożsamyh zamówień o określonej wartości. Tym bardziej, że sam zamawiający wyspecyfikował i wyróżnił jeden rodzaj zamówienia, a mianowicie wskazał, iż jedno z nich musi swoim zakresem obejmować budowę sieci kanalizacji sanitarnej podciśnieniowej”.

W odniesieniu do zarzutu ewentualnego – naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 oraz 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu wezwania

Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, tj. wykazu robót budowlanych, Odwołujący wskazał, że w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy Zamawiający – pomimo negatywnej weryfikacji podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Odwołującego - nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia wykazu wykonanych robót wraz z dowodami ich należytego wykonania. Odwołujący podniósł, że pismo Zamawiającego z dnia 12 sierpnia 2022 roku, w którym Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień, nie stanowi wezwania do uzupełnienia dokumentów.

W ocenie Odwołującego Zamawiający był zobowiązany do zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 12 września 2022 r. stanowisko procesowe złożył Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający pismem z dnia 19 września 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania w całości jako spóźnionego. Zamawiający wskazał, że „(...) Odwołujący, po zapoznaniu się z treścią wezwania z dnia 12 sierpnia 2022 r., stwierdzając niezasadność stanowiska w nim wyrażonego, winien w terminie 5 dni od dnia otrzymania wezwania, złożyć odwołanie, zaskarżając czynność Zamawiającego polegającą na wezwaniu go w trybie i na zasadach przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp”.

Następnie Zamawiający pismem z dnia 20 września 2022 r. przedstawił stanowisko procesowe wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpatrzeniu na rozprawie odwołania, z uwzględnieniem treści złożonej do akt sprawy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na piśmie oraz na rozprawie do protokołu rozprawy, ustaliła, co następuje i rozstrzygnęła, jak wskazano w sentencji wyroku, kierując się motywami przedstawionymi poniżej.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp. Izba za niezasadne uznała stanowisko Zamawiającego wyrażające się w twierdzeniu, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie z uwagi na fakt, że Odwołujący o skutkach wynikających z zaniechania przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu wiedział już w dacie otrzymania wezwania wystosowanego do niego przez Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem powinien złożyć odwołanie w terminie 5 dni od dnia otrzymania ww. wezwania.

Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione od czynności Zamawiającego

polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego, co nastąpiło w dniu 2 września 2022 r. W tej dacie, w treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający poinformował Odwołującego o czynności stanowiącej przedmiot zaskarżenia – o odrzuceniu złożonej przez niego oferty oraz o podstawach prawnych i faktycznych tego odrzucenia. Twierdzenie Zamawiającego w zakresie, w jakim Zamawiający uznaje, że wiedzę o okolicznościach stanowiących podstawę do odrzucenia oferty Odwołujący powziął już w dniu otrzymania wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (12 sierpnia 2022 r.), zatem ta czynność powinna być podstawą do prawidłowego liczenia terminu do wniesienia odwołania, Izba w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy uznała za oparte na spekulatywnej podstawie i nieznajdujące uzasadnienia w przepisach art. 513 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp. Odwołanie przysługiwało bowiem Odwołującemu na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego w terminie liczonym od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę do jego wniesienia. W okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy czynnością objętą zaskarżeniem było odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, co nastąpiło w dniu 2 września 2022 r.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność Zamawiającego.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca S. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D. S. IBF z siedzibą w Warszawie i IBF Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Białej Podlaskiej, dalej jako „Przystępujący”.

Izba ustaliła oraz przyjęła następujące okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Izba ustaliła, że okoliczności stanu faktycznego przytoczone w treści odwołania, odnoszące się do postanowień SWZ określających warunki udziału w postępowaniu oraz sposób spełniania ustalonych warunków, jak również odnoszące się do przebiegu postępowania odpowiadają rzeczywistemu brzmieniu SWZ i przebiegowi postępowania, stąd też w ocenie Izby niecelowym jest ponowne ich przytaczanie.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby zasadny jest zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 266 oraz art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 7.1.4.1 SWZ.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 58 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W myśl przepisu art. 58 ust. 5 ustawy Pzp, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z przepisem art. 117 ust. 1 ustawy Pzp 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.

Podkreślenia wymaga, że zgodnie z poglądem wyrażonym przez doktrynę, (...) *Obowiązek traktowania wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia na równi z wykonawcami występującymi samodzielnie podkreśla brzmienie art. 58 ust. 5 Pzp. Zgodnie z tym przepisem do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Gdyby nie przepis art. 58 ust. 5 Pzp, każdy ze współwykonawców musiałby samodzielnie spełniać wszystkie wymagania stawiane uczestnikom postępowania. W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu regułą jest, że wykonawców łącznie występujących w postępowaniu należy traktować, jakby byli jednym wykonawcą i w rezultacie sumować ich potencjały. Tylko wówczas, gdy konieczna jest indywidualna ocena poszczególnych współwykonawców, można odstąpić od tej reguły¹. Ma to miejsce np. w przypadkach, o których mowa w art. 117 ust. 1–3 Pzp, gdy zamawiający lub sama ustawa określa szczególny sposób spełniania przez współwykonawców warunków udziału w postępowaniu* (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 247).

Przepisy art. 58 ust. 1 i 5 Pzp wyraźnie wskazują, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia i w takim wypadku przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do współwykonawców. Opisując w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia swoje wymagania, zamawiający precyzuje sposób weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zwykle jednak opis taki dotyczy sytuacji, gdy oferta jest składana przez jednego wykonawcę. Ocena zdolności grupy wykonawców – według tych

¹ Por. J. Lic, Konsorcjum w zamówieniach publicznych, „Prawo zamówień publicznych” 2008, nr 4, s. 112.

samych kryteriów merytorycznych – mogłaby być nieefektywna. Dlatego art 117 Pzp upoważnia zamawiającego, w określonych ramach, do konkretyzowania sposobu spełniania przez konsorcjum wykonawców warunków udziału w postępowaniu (art. 117 ust. 1 Pzp) oraz wprowadza warunki określające, w jaki sposób współwykonawcy mają spełniać warunki udziału dotyczące uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej oraz wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia (art. 117 ust. 2–4 Pzp). (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 450).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy w pierwszej kolejności należy dostrzec, że kwestią bezsporną jest, iż Zamawiający nie określił szczególnego sposobu spełniania kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W tych okolicznościach brak jest podstaw do wymagania na etapie badania i oceny ofert od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, by spełnili w ściśle określony sposób – postulowany przez Zamawiającego – warunek udziału w postępowaniu, co do którego Zamawiający nie ustanowił szczególnych wymagań w zakresie dokonywania oceny jego spełniania przez wykonawców ubiegających się o zamówienie wspólnie. Zamawiający nie był więc uprawniony do wymagania od wykonawców działających w formie konsorcjum, by kwestionowany warunek udziału w postępowaniu spełnili w ten sposób, że jego spełnienie wykaże samodzielnie co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W tym stanie rzeczy zasadą jest możliwość sumowania potencjałów konsorcjantów.

W ocenie Izby Odwołujący słusznie podnosił, że na etapie dokonywania oceny ofert nie jest dopuszczalne powoływanie się na wymagania, które nie zostały wyartykułowane w treści SWZ.

Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał istnienia okoliczności powodujących, że sposób wykazania kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego jest błędny. W tym miejscu należy podkreślić, że kwestia ta była badana w granicach podniesionego w odwołaniu zarzutu, w odniesieniu do okoliczności faktycznych wskazanych przez Zamawiającego jako podstawa faktyczna odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego w piśmie stanowiącym informację o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 2 września 2022 r.

Dostrzeżenia wymaga, że jeśli zamiarem Zamawiającego było podkreślenie znaczenia cechy powtarzalności robót budowlanych objętych kwestionowanym warunkiem udziału w postępowaniu oraz dokonanie w tym zakresie zindywidualizowanej oceny w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o uzyskanie zamówienia, to Zamawiający, kierując

się zasadą uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości, powinien wyrazić takie żądanie w treści SWZ.

Jednocześnie należy dostrzec, że kwestionowany warunek udziału w postępowaniu, jak słusznie zauważył Odwołujący, nie ma charakteru jednolitego – został bowiem przez Zamawiającego sformułowany w sposób złożony poprzez wyspecyfikowanie elementu, jakim jest *budowa sieci kanalizacji sanitarnej podciśnieniowej* jako odrębnego, odnoszącego się do co najmniej jednej spośród trzech wymaganych robót budowlanych. Ponadto Zamawiający ustalił wymaganą wartość w formie łącznej – w odniesieniu do wykonanych trzech robót budowlanych łącznie, nie zaś dla każdej z osobna. Taki sposób zredagowania warunku w ocenie Izby przeczy twierdzeniu, że kwestionowany warunek udziału w postępowaniu sprowadzać należy do konieczności trzykrotnego wykazania realizacji tożsamyh robót cechujących się tym samym zakresem i taką samą wartością – w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Brak jest bowiem podstaw do uznania tożsamości wyspecyfikowanych przez Zamawiającego robót budowlanych. Tym samym sposób rozumienia kwestionowanego warunku prezentowany przez Zamawiającego Izba uznała za wykraczający poza jego rzeczywiste brzmienie – zwłaszcza wobec braku określenia szczególnego sposobu spełniania tego warunku w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o uzyskanie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała omawiany zarzut za zasadny, a odwołanie za zasługujące na uwzględnienie. Jednocześnie, wobec uwzględnienia omówionego wyżej zarzutu mającego charakter główny, Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut oznaczony numerem I.2. *petitum* odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp jako zarzut o charakterze ewentualnym, podlegający rozpoznaniu wyłącznie w okolicznościach nieuwzględnienia zarzutu głównego. Mając na uwadze powyższe Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie E. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe E. W. z siedzibą w Starej Iwicznej i R. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacyjny i Remontowo-Budowlany R. Z. z siedzibą w Zgorzalej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych

rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: