

WYROK

z dnia 17 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 13 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 1 grudnia 2021 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ELEKTROTIM spółkę akcyjną z siedzibą we Wrocławiu oraz Wrocławskie Kruszywa spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Wrocławskie Inwestycje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu**,
orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, po **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą oraz **294 zł 00 gr** (słownie: dwieście dziewięćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu dojazdu.

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę **3 894 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset dziewięćdziesiąt cztery złote zero groszy) na którą składają się koszt dojazdu i koszt z tytułu zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), 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

Gmina Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Wrocławskie Inwestycje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa ul. Legnickiej od Rybackiej do pl. JP II w celu wydzielenia drogi dla rowerów”, nr postępowania: ZP/32/TP/2021.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień nr BZP 00164900/01.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako „ustawa Pzp”.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ELEKTROTIM spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu oraz Wrocławskie Kruszywa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”) 1 grudnia 2021 roku złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp oraz unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez przyjęcie, że odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a co za tym idzie wykluczenie Odwołującego, gdzie Odwołujący nie przedstawił takich informacji oraz nie wprowadził w błąd;
 - 2) art. 117 ust. 3 i 4 ustawy Pzp przez przyjęcie, że każdy z Konsorcjantów musi spełniać warunki udziału w postępowaniu, a doświadczenia nie można traktować łącznie;
 - 3) 255 pkt 3 ustawy Pzp polegającego na unieważnieniu postępowania mimo, że w postępowaniu powinna pozostać oferta Odwołującego jako nie podlegająca odrzuceniu;
 - 4) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez żądanie fakultatywne, to jest wykazu robót budowlanych lub oświadczenia, z którego wynika, które roboty budowlane wykonają poszczególni Wykonawcy, czym wprowadził Odwołującego w błąd co do dokumentów jakie ma złożyć Konsorcjum, a w konsekwencji naruszenie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez nie żądanie wyjaśnienia dotyczących treści żądanych przez Zamawiającego;
 - 5) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyjaśnienia treści oświadczenia zawartego w formularzu oferty załącznik nr 5;
 - 6) art. 99. ust. 1 ustawy Pzp przez niejednoznaczne i niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia, a następnie wykluczenie Odwołującego, nieuwzględniając wszystkich okoliczności mających wpływ na treść oferty.
 - 7) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) i b) przez odrzucenie oferty, gdzie Wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełnia warunków opisany w pkt 9.1.1.1 SWZ (IDW)
 - 8) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez nie wybranie oferty najkorzystniejszej
 - 9) art. 223. Ustawy Pzp przez nie poprawienie omyłki nie powodującej istotnej zmiany w treści oferty
- W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
- 1) unieważnienie czynności:

- a) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej w dniu 25.10.2021 oraz wykluczenia Odwołującego,
- b) unieważnienia postępowania,

2) wybór oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert;

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego oraz o przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która – gdyby nie wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty przez Zamawiającego, była ofertą najkorzystniejszą. W konsekwencji Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieudzielenia mu zamówienia, doznając tym samym szkody polegającej na nieuzyskaniu spodziewanego zysku.

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że 26 listopada 2021r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informację, o wykluczeniu go z postępowania oraz unieważnienia postępowania. Zdaniem Odwołującego analiza dokumentów w niniejszej sprawie pozwala na wskazanie, że Zamawiający nie przeprowadził prawidłowo postępowania wyjaśniającego, a wykluczenie Odwołującego z postępowania jest bezzasadne oraz przedwczesne, ponieważ nie poparte dostatecznym postępowaniem wyjaśniającym, które jednoznacznie mogłoby wykazać brak podstaw do wykluczenia Odwołującego. W ofercie konsorcjum z 14 września 2021r. partner konsorcjum tj. Wrocławskie Kruszywa Sp. o.o. wskazał, że spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie 9.1.1.1 oraz 9.1.2.1 IDW – nie dotyczy tego konsorcjanta, mając na uwadze fakt, że to Lider Konsorcjum ELEKTROTIM S.A. spełnia warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący twierdzi, że wskazuje to jednoznacznie, że Odwołujący od początku prowadzonego postępowania nie miał na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Natomiast Zamawiający 6 października 2021 r., z przyczyn dla Odwołującego niezrozumiałych, wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów:

1. wykazu robót budowlanych wraz z referencjami potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 9.1.1.1. IDW przez Wrocławskie Kruszywa sp. o.o.
- lub

2. oświadczenia, z którego wynika, które roboty budowlane wykonują poszczególni Wykonawcy skorygowanego o zakres prac dotyczący członka Konsorcjum Wrocławskie Kruszywa sp. z o.o.

Odwołujący wyjaśnił, że po otrzymaniu takiego wezwania wskazał referencje dotyczące wykazu robót budowlanych, które wykonały Wrocławskie Kruszywa Sp. z o.o., ponieważ nie miał wiedzy, że takie działania w jakikolwiek sposób wprowadzą w błąd Zamawiającego, jak również, że referencje te są niezbędne dla spełnienia wymogów SWZ. Zdaniem Odwołującego jeżeli po postępowaniu wyjaśniającym Zamawiający stwierdził, że referencje są jednak nieprawidłowe lub niewystarczające z punktu widzenia Zamawiającego, powinien wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub szczegółowego opisu robót, czego jednak nie uczynił. Odwołujący podkreślił, że Inwestor zadania pn. Rozbudowa al. Marcina Kromera na odcinku (...) tj. Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta (ZDiUM) potwierdził referencje Wrocławskich Kruszyw Sp. z o.o., co spowodowało wybór Odwołującego. Odwołujący wskazał, że ZDiUM jest jednym z największych podmiotów w Polsce budujących ścieżki rowerowe. Następnie na skutek informacji otrzymanej od Rotomat Sp. z o.o. ZDiUM oświadczył, że Wrocławskie Kruszywa Sp. z o.o. wykonały roboty drogowe na dwukierunkowej drodze rowerowej szerokości 2,5 o łącznej długości 522,5m z wyłączeniem części robót tj. frezowania nawierzchni i robót bitumicznych oraz wykonał roboty ziemne dla muru oporowego. Odwołujący podkreślił, że suma robót wykonanych przez Wrocławskie Kruszywa Sp. z o.o. ma wszystkie elementy jakie są wymagane dla ścieżki rowerowej, co oznacza doświadczenie w zakresie wykonywania ścieżek rowerowych. Na podstawie tych informacji Zamawiający unieważnił postępowanie i zarządził Odwołującemu, że został wprowadzony w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z takim działaniem Zamawiającego Odwołujący się nie zgadza. Odwołujący podczas trwania postępowania nigdy nie twierdził, że Konsorcjant wykonał prace w zakresie frezowania nawierzchni i robót bitumicznych (czego *de facto* Zamawiający nie wymagał), co jak wynika z uzasadnienia, stanowiło wprowadzenie w błąd Zamawiającego. O wątpliwościach związanych z tym, co wymaga Zamawiający, świadczy chociażby fakt, że Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta potwierdził, że ścieżka rowerowa została wykonana przez Wrocławskie Kruszywa Sp. z o.o. Tym samym przedwcześnie i bezzasadnie unieważnił postępowanie i wykluczył Odwołującego ponieważ rzeczywisty zakres prac konsorcjanta Wrocławskie Kruszywa Sp. z o.o., które ma wykonać w ramach przetargu, pokrywa się z jego referencjami, co powoduje, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu. Należy również podkreślić, że referencja ELEKTROTIM S.A. jest prawidłowa na cały zakres prac, a przy łącznym traktowaniu Konsorcjantów jak najbardziej wystarczająca dla całego Konsorcjum. Oznacza to, że referencje Wrocławskich Kruszyw Sp. z o.o. zgodnie z art. 117 ust. 3 ustawy PZP określają ich zakres prac i taki był też zamiar Odwołującego. Jednocześnie w kolejnym piśmie z dnia 18.10.2021r., Konsorcjum reprezentowane przez Elektrotim S.A. poinformowało Zamawiającego, że Wrocławskie Kruszywa Sp. z o.o. będą wykonywać prace zgodnie z referencjami przedstawionym przez konsorcjanta Wrocławskie Kruszywa Sp. z o.o. i w żaden sposób nie miało to na celu wprowadzenia w błąd Zamawiającego, a jedynie wyjaśnienie całej sytuacji. W piśmie w miejsce punktu 9.1.1.1. powinien się znaleźć punkt 9.1.1. wskazujący, że w przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej wykonawców udzielenie niniejszego zamówienia oceniany będzie ich łączny potencjał techniczny i zawodowy. W razie konieczności wskazania szczegółowego podziału robót Odwołujący zobowiązał się do doprecyzowania. Odwołujący wskazał, że jako konsorcjum spełnia warunki opisane przez Zamawiającego, a zakres prac jaki będzie wykonywał konsorcjant Wrocławskie Kruszywa Sp. z o.o. pokrywa się z jego referencjami. Niniejszym w celu jednoznacznego wykazania, że zakres prac konsorcjanta pokrywać się miał z referencjami przedkładamy ofertę Wrocławskich Kruszyw Sp. z o.o. z dnia 12.09.2021r. jako wniosek dowodowy.

Odwołujący podkreślił, że jako Konsorcjum spełniał warunki postawione przez Zamawiającego już w dniu złożenia oferty, tym samym referencje jakie przedstawił Lider konsorcjum były w oczywisty sposób wystarczające. Suma dokumentów (referencje oraz oświadczenie) wskazywało jakie prace będzie wykonywał Konsorcjant w „zakresie układu drogowego” co zostało wykazane w załączniku nr 5 z oferty Odwołującego. Należy zatem przyjąć, że nawet gdyby Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd, to nie był to błąd istotny, albowiem oferta Odwołującego spełniała wymogi opisane w SWZ, a zakres prac Konsorcjanta Wrocławskie Kruszywa określały jego referencje oraz oferta. Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do dalszych wyjaśnień w trybie art. 128 ustawy PZP. Jednocześnie w celu wyjaśnienia wszelkich wątpliwości, Zamawiającego mając na uwadze, że celem Odwołującego nie było wprowadzenia Zamawiającego w błąd, przedstawiamy odpowiednie dokumenty tj. ofertę Wrocławskich Kruszyw Sp. z o.o. wraz z zakresem prac (kosztorys ofertowy) dla tego członka konsorcjum i wnosimy jak na wstępie. Jednocześnie w razie przywrócenia oferty Odwołującego, unieważnienie postępowania będzie bezzasadne, albowiem oferta Odwołującego nie przewyższa kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W złożonej na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odpowiedzi na odwołanie 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 ustaliła, co następuje.

Odwolującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił udziału w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego.

Odwolanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron zaprezentowane w odwołaniu, w odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie akt sprawy Izba ustaliła, że warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z treścią SWZ pkt 9 „Warunki udziału w postępowaniu”: „Wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne muszą spełniać niżej wymienione warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej tj. muszą: (...) 9.1.1. dysponować zdolnością techniczną i zawodową; aby Zamawiający uznał Wykonawcę za spełniającego warunek dysponowania zdolnością techniczną i zawodową, Wykonawca musi spełniać następujące warunki - w przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej Wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, oceniany będzie ich łączny potencjał techniczny i zawodowy, w takim przypadku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane wykonają poszczególni wykonawcy – wzór w Załączniku 5. Warunek ten uważa się za spełniony jeśli:

9.1.1.1. Wykonawca wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie w terenie miejskim ścieżki rowerowej/ciągu pieszo-rowerowego/drogi dla rowerów o długości co najmniej 200 m.”

W pkt 9.2. SWZ, Zamawiający wyjaśnił, że: „d) pojęcie ścieżki rowerowej/ciągu pieszo-rowerowego/drogi dla rowerów o których mowa powyżej są rozumiane zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 11a) ustawy o drogach publicznych z dnia 21 marca 1985r. (tj. Dz. U. z 2020. poz. 470 ze zm)”.

W pkt 10 SWZ zawierającym „Podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 oraz art. 109 ustawy pzp” Zamawiający wskazał: „Zamawiający wykluczy z udziału w postępowaniu Wykonawcę wobec którego zajdzie co najmniej jedna z okoliczności o których mowa w art. 108 ust. 1 ustawy pzp ustawy Pzp oraz na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4), 8) i 10) ustawy.”

W pkt 11 SWZ znalazła się informacja o podmiotowych środkach dowodowych. Zamawiający wskazał, że:

„11.1.1. Oświadczenie stanowiące dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia sporządzone i wypełnione zgodnie z załącznikiem nr 2 do niniejszej IDW.

W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, oświadczenie, o którym mowa w pkt. 11.1.1. składa każdy z wykonawców. Oświadczenia te potwierdzają brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu. (...)

11.2.1. Dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej;

11.2.1.1. Wykazu robót budowlanych wykonanych przez Wykonawcę nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty;”.

Oferty w postępowaniu zostały złożone przez następujących wykonawców:

1)Odwolującego,

2)Rotomat spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu,

3)PUB „BRUKPOL” spółkę cywilną z siedzibą w Piaskach.

Do oferty Odwołującego zostało załączone oświadczenie sporządzone na załączniku 2 do SWZ przez członka konsorcjum Wrocławskie Kruszywa sp. z o.o., gdzie w pkt 1.1. odnoszącym się do spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt 9.1.1.1. oraz 9.1.1.2. wskazano „NIE DOTYCZY”. Wraz z ofertą Odwołujący złożył również oświadczenie w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp sporządzone na załączniku nr 5 z treści którego Elektrotim został oznaczony jako lider a Wrocławskie Kruszywa jako członek konsorcjum/partner. Treść oświadczenia jest następująca: „Działając w imieniu Konsorcjum w składzie ELEKTROTIM S.ÅLIDER) – Wrocławskie Kruszywa Sp. z o.o. (CZŁONEK KONSORCJUM) ubiegającego się o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego oświadczam, że w przypadku udzielenia niniejszego zamówienia ww. Wykonawcom, podczas realizacji zamówienia publicznego pn. 05010 – Przebudowa ul. Legnickiej od Rybackiej do pl. JPil w celu wydzielania drogi dla rowerów, Wykonawca będący członkiem ww. Konsorcjum wykona następujące roboty budowlane: w zakresie układu drogowego.”

Odwolujący pismem z 28 września 2021 r. złożył podmiotowe środki dowodowe, w tym wykaz robót (załącznik 4 do SWZ) wraz z referencjami oraz dwa oświadczenia o aktualności zawartych w oświadczeniu sporządzonym zgodnie z Załącznikiem nr 2 do IDW (załącznik 6 do SWZ). Ze złożonego załącznika 4 wynika, że w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazano jedno zadanie wykonane przez lidera konsorcjum – Elektrotim, tj. „Przebudowa układu drogowego wraz z organizacją ruchu w celu obsługi komunikacyjnej zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z usługami na terenie dawnego Browaru Piastowskiego. W ramach niniejszego zamówienia wykonano m.in.: budowę ścieżki rowerowej w terenie miejskim o nawierzchni z betonu asfaltowego o szer. 2,25 – 3,30 m i dł. 523 m o łącznej powierzchni 1 230,00 m². Nie wskazano żadnego zadania wykonanego przez członka konsorcjum – Wrocławskie Kruszywa.

Pismem z 6 października 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 247 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Pismo ma następującą treść:

„ 1. Wykonawca zgodnie z art. 117 ust. 4 ustawy zobowiązany jest dołączyć do oferty oświadczenie, z którego wynika które roboty budowlane wykonają poszczególni Wykonawcy.

Wykonawca załączył do oferty oświadczenie z którego wynika, że roboty budowlane w zakresie układu drogowego zostaną zrealizowane przez członka Konsorcjum tj. Wrocławskie Kruszywa sp. z o.o. Jednocześnie Wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 9.1.1.1. Instrukcji dla Wykonawców (IDW) tj. Wykonawca wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy

- w tym okresie, co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie w terenie miejskim ścieżki rowerowej/ciągu pieszko-rowerowego/drogi dla rowerów o długości co najmniej 200 m, powołując się na doświadczenie lidera Konsorcjum – firmy Elektrotim S.A.

Zgodnie z art. 117 ust. 3. ustawy 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, a tym samym ocena spełnienia warunku posiadania doświadczenia następuje w odniesieniu do tego członka konsorcjum, który ma wykonać roboty, dla których wymagane jest doświadczenie.

W związku z powyższym zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia:

1) Wykazu robót budowlanych wraz z referencjami potwierdzającymi spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 9.1.1.1. IDW przez Wrocławskie Kruszywa sp. z o.o.

lub

2) Oświadczenia, z którego wynika które roboty budowlane wykonają poszczególni Wykonawcy skorygowanego o zakres prac dotyczący członka Konsorcjum firmy Wrocławskie Kruszywa sp. z o.o.

2. Oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy w zakresie podstaw wykluczenia wskazanych przez Zamawiającego, sporządzone zgodnie z Załącznikiem nr 6 do IDW.

Powyższe podmiotowe środki dowodowe w formie elektronicznej podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub w postaci elektronicznej podpisanej podpisem zaufanym lub osobistym należy wysłać na adres e-mail Zamawiającego przetargi@wi.wroc.pl w nieprzekraczalnym terminie do dnia 11.10.2021 do godziny 09:00.”

W odpowiedzi z 11 października 2021 r. na powyższe wezwanie, Odwołujący uzupełnił wykaz robót (załącznik 4) wraz z referencjami, skorygowany załącznik nr 2 dla członka konsorcjum Wrocławskie Kruszywa oraz dwa oświadczenia na załączniku 6. Z uzupełnionego wykazu robót wynika, że powołano się na dwa zadania, jedno zrealizowane przez lidera konsorcjum, tożsame z tym wskazanym w pierwotnym wykazie oraz drugie zrealizowane przez członka konsorcjum Wrocławskie Inwestycje, tj. „Rozbudowa al. Marcina Kromera na odcinku od ul. Miechowity do Mostów Warszawskich wraz z przebudową skrzyżowania ul. Rychalskiej z ul. Ustronie we Wrocławiu. W ramach niniejszego zamówienia wykonano m.in.: budowę ścieżki rowerowej w terenie miejskim o dł. 522 m”. Przedstawiono również referencje z 23 października 2019 r., z treści których wynika że będąc podwykonawcą Wrocławskie Kruszywa wykonał następujący zakres prac: roboty rozbiórkowe, roboty ziemne i przygotowanie podłoża, elementy ulic (krawężniki kamienne oraz betonowe, obrzeża betonowe), budowę nawierzchni (z kostki betonowej brukowej, z kostki kamiennej, z płyt betonowych), roboty ziemne dla muru oporowego. W zmienionym załączniku 2 członek konsorcjum Wrocławskie Kruszywa w pkt 1.1 oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego w pkt 9.1.1.1 IDW.

Pismem z 13 października 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Wybór ten został następnie 14 października 2021 r. unieważniony w wyniku informacji uzyskanych od wykonawcy Rotomat a Zamawiający 14 października 2021 r. zwrócił się do inwestora, tj. do Zarządu Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu w trybie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp o udzielenie informacji:

„a) w jakim charakterze Wrocławskie Kruszywa sp. z o.o. brały udział w realizacji powyższego zadania

b) jakie roboty zostały wykonane przez firmę Wrocławskie Kruszywa sp. z o.o. w ramach zadania pn. Rozbudowa al. Marcina Kromera na odcinku od ul. Miechowity do Mostów Warszawskich wraz z przebudową skrzyżowania ul. Rychalskiej z ul. Ustronie we Wrocławiu, oraz

c) czy roboty wykonane w ramach ww. zadania przez firmę Wrocławskie Kruszywa sp. z o.o. obejmowały budowę 522 m ścieżki rowerowej.”

ZDiUM pismem z 22 października 2021 r. potwierdził wykonanie przez Wrocławskie Kruszywa budowy ścieżki rowerowej, wobec czego 25 października 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

27 października 2021 r. firma Rotomat przekazała Zamawiającemu pisemną informację nt. doświadczenia firmy Wrocławskie Kruszywa sp. z o.o.

15 listopada Zamawiający otrzymał pismo od Zarządu Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu w którym został doprecyzowany zakres robót wykonany przez Wrocławskie Kruszywa sp. z o.o.

26 listopada 2021 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i, na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp wykluczył Odwołującego z postępowania oraz na podstawie art. 260 ust. 1 ustawy Pzp unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia.

Izba zważyła co następuje.

W ocenie Izby odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, z następujących powodów.

Zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp nie potwierdził się, w ocenie Izby Zamawiający prawidłowo ocenił stan faktyczny zaistniały w przedmiotowej sprawie. Jak bowiem wynikało z treści pierwotnie złożonych dokumentów tj. oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp oraz z wykazu robót złożonego wraz z ofertą, dokumenty te nie były spójne ponieważ Odwołujący wskazał doświadczenie lidera konsorcjum w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu ale jednocześnie w treści załącznika 5 wskazał, że to członek konsorcjum wykona prace w zakresie układu drogowego. W treści załącznika 5 nie było wskazanego żadnego zakresu, jaki miałby zostać wykonany przez lidera konsorcjum. Mogło to wobec tego powodować u Zamawiającego uzasadnione przekonanie, że oświadczenia te (tj. załącznik 4 zawierający wykaz robót i załącznik 5 zawierający oświadczenie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp) nie są spójne. Jak wynika z treści art. 117 ust. 3 ustawy Pzp 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. Natomiast art. 117 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że 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. Z powyższego wynika więc, że skoro intencją Odwołującego było wykazanie warunku udziału w postępowaniu przez powołanie się na doświadczenie lidera konsorcjum tj. Elektrotim, to lider konsorcjum powinien zostać wskazany w treści załącznika 5 jako podmiot, który wykona roboty budowlane, wobec czego w odpowiedzi na wezwanie należało uzupełnić poprawiony załącznik 5. Jeśli natomiast intencją Odwołującego było aby to członek konsorcjum tj. Wrocławskie Kruszywa wykonał zamówienie, wówczas należało w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego uzupełnić poprawiony wykaz robót tj. załącznik 4 i w konsekwencji inne dokumenty, co Odwołujący uczynił.

Jak już wskazano wcześniej, Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 6 października 2021 r. zdecydował się uzupełnić poprawiony załącznik nr 4 tj. wykaz robót, a w konsekwencji również uzupełnił inne dokumenty. W tym miejscu Izba wskazuje, że nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego zaprezentowanym podczas rozprawy jakoby wezwanie to miało niejasną treść i wprowadzało w błąd. Ponadto jest to argumentacja nowa, niepodniesiona w treści odwołania. W ocenie Izby treść wezwania z 6 października 2021 r. nie budziła wątpliwości i nie wprowadzała w błąd. Zamawiający precyzyjnie wyjaśnił powody wystosowania wezwania i dał Odwołującemu możliwość zdecydowania co do dalszego kształtu oferty. To Odwołujący w odpowiedzi na to wezwanie zdecydował o dalszym sposobie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz o sposobie realizacji zamówienia. Odwołujący wybrał, że zamówienie wykona członek konsorcjum tj. Wrocławskie Kruszywa i w konsekwencji uzupełnił wykaz robót (załącznik 5) wskazując doświadczenie członka konsorcjum. Bez znaczenia wobec tego jest okoliczność, że warunek udziału jest potencjalnie spełniony przez lidera konsorcjum. W tym miejscu zwrócić uwagę należy na dwie kwestie. Po pierwsze, Odwołujący utrzymał oświadczenie z załącznika 5, zgodnie z którym to członek konsorcjum czyli Wrocławskie Kruszywa wykona roboty budowlane w zakresie układu drogowego. Po drugie, w ogóle nie wskazał że lider konsorcjum, czyli Elektrotim wykona jakiegokolwiek zakres prac. Gdyby taki zakres prac dla lidera konsorcjum został wskazany można by wówczas rozważać czy dany zakres prac jaki miałyby wykonać każdy z członków konsorcjum jest zgodny z posiadanym doświadczeniem niezbędnym dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jednak w tym stanie rzeczy takie rozważania są bezprzedmiotowe ponieważ z oferty, w tym z załącznika 5 nie wynika aby lider konsorcjum miał wykonać jakiegokolwiek prace w tym postępowaniu. Ponadto 6 października 2021 r. Odwołujący został wezwany do uzupełnienia załącznika 5, czego nie uczynił i wobec zasady jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów Izba nie widzi możliwości skierowania ponownego wezwania. Dodatkowo podkreślić należy profesjonalny charakter wykonawców biorących udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Skoro w odpowiedzi na wezwanie z 6 października 2021 r. Odwołujący wybrał pewien kierunek wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w tym sposób realizacji zamówienia przez członka konsorcjum to skierowanie ponownego wezwania tym razem tylko do uzupełnienia załącznika 5 aby doprowadzić do stanu zgodnego z prawdą stanowiłoby w ocenie Izby nieuzasadnione faworyzowanie Odwołującego i bez znaczenia tu jest okoliczność, że następna w kolejności oferta przekracza budżet Zamawiającego. Stuszość ma Zamawiający, który wprowadzenia w błąd upatruje w treści uzupełnionego wykazu robót na załączniku 4 w zakresie w jakim Odwołujący oświadczył, że wykonał „budowę ścieżki rowerowej”. Takie określenie sugeruje bowiem, że ścieżka rowerowa została przez członka konsorcjum wykonana w całości, więc nie ma tu znaczenia twierdzenie na etapie postępowania odwoławczego, że Odwołujący nigdy nie twierdził, że „konsorcjant wykonał prace w zakresie frezowania nawierzchni i robót bitumicznych”. Dodatkowo mając na uwadze powyższą treść oświadczenia z wykazu robót w zestawieniu z informacją z załączonych referencji gdzie wynika wprost, że zostały wykonane prace w zakresie nawierzchni może tym bardziej sugerować że ścieżka rowerowa została zbudowana w całości przez członka konsorcjum. Podczas rozprawy Odwołujący wyjaśnił, że w treści referencji chodziło o nawierzchnię chodnika, jednak mając na uwadze że Zamawiający dokonywał oceny w oparciu tylko o dokumenty uzyskane przez Odwołującego, mógł wnioskować że są one spójne i że członek konsorcjum samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu. Skoro więc członek konsorcjum nie zbudował ścieżki rowerowej w całości ponieważ była to ścieżka rowerowa o nawierzchni bitumicznej, a Wrocławskie Kruszywa tego rodzaju nawierzchni nie wykonuje, to w ocenie Izby Zamawiający zasadnie przyjął, że doszło do złożenia informacji wprowadzających w błąd. Jak pokazał stan faktyczny sprawy nie tylko mogło mieć to wpływ na decyzje Zamawiającego, ale taki wpływ miało ponieważ oferta Odwołującego na podstawie tych informacji została wybrana jako najkorzystniejsza 13 października 2021 r. W ocenie Izby można w tym stanie rzeczy przypisać Odwołującemu co najmniej niedbalstwo, gdyż oświadczył on o wykonaniu budowy ścieżki rowerowej mimo iż nie zbudował jej w sposób kompletny.

Izba nie dopatrzyła się również w tym stanie rzeczy naruszenia art. 128 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do dalszych wyjaśnień. Wydaje się bowiem, że w odpowiedzi na wezwanie z 6 października 2021 r. Odwołujący obrał jednoznaczny kierunek co do sposobu realizacji zamówienia przez członka konsorcjum oraz wykazania spełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu i wobec tego Izba nie widzi tu pola do dalszych wyjaśnień. Ponadto sam Odwołujący w zasadzie nie uzasadnił tego zarzutu poza podniesieniem że powinien być wezwany do wyjaśnień Odwołujący nie wskazał czego konkretnie takie wezwanie miałoby dotyczyć.

Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 255 pkt 3 ustawy Pzp wobec stwierdzenia, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego była prawidłowa. Izba oddaliła również zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści załącznika 5. Zarzut nie został przez Odwołującego uzasadniony w tym Odwołujący nie wskazał w jakim zakresie miałyby ten załącznik zostać wyjaśniony. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) i b) ustawy Pzp nie potwierdził się, ponieważ jak już wcześniej wskazano okoliczność, że lider konsorcjum może potencjalnie samodzielnie spełniać warunek w postępowaniu jest w ocenie Izby bez znaczenia skoro Odwołujący nie wskazał lidera konsorcjum w treści załącznika 5 jako podmiotu który wykona zamówienia, mimo że 6 października 2021 r. został wezwany do uzupełnienia tego załącznika. Zarzuty naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp i naruszenia art. 223 ustawy Pzp zostały natomiast oddalone wobec braku jakiegokolwiek ich uzasadnienia w treści odwołania. Wobec niepotwierdzenia się zarzutu powodującego ewentualne przywrócenie Odwołującego do postępowania o udzielenie zamówienia, Izba nie znalazła również podstawy do stwierdzenia, że czynność unieważnienia postępowania była wadliwa.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019ze zm.) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Wobec oddalenia odwołania i złożenia wniosku kosztowego przez Zamawiającego w przedmiocie zasądzenia kosztów zastępstwa przed Izbą oraz kosztów dojazdu, w tym wobec złożenia stosownych rachunków Izba zasądziła na rzecz Zamawiającego od Odwołującego zwrot kwoty wskazanej w pkt 2.2 sentencji wyroku.

Przewodniczący: