

Sygn. akt KIO 3415/24

WYROK

Warszawa, dnia 4 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący Maksym Smorczewski

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 września 2024 r. przez wykonawcę P. Ż., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Ż. P. "Remdom" P.P.U.H,

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wschowa

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Gminie Wschowa unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia T. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Tombud T. K., oraz Budownictwo D. U. spółka jawna z siedzibą w Lesznie,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Wschowa i:
  - 2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę P. Ż., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Ż. P. "Remdom" P.P.U.H, tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 617 zł (trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) poniesioną przez wykonawcę P. Ż., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Ż. P. "Remdom" P.P.U.H, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków oraz kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez zamawiającego Gminę Wschowa tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
  - 2.2. zasądza od Gminy Wschowa na rzecz P. Ż., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Ż. P. "Remdom" P.P.U.H, kwotę 13 617 zł (trzynaście tysięcy sześćset siedemnaście złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 3415/24

UZASADNIENIE

17 września 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy P. Ż., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Ż. P. "Remdom" P.P.U.H, (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pod nazwą „Termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej im. Stanisława Staszica w Osowej Sieni” (dalej jako „Postępowanie”), prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wschowa (dalej jako „Zamawiający”) wobec „czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. K. Tombud (ul. Modelarska 13, 64-100 Strzyżewice) oraz Budownictwo D. U. spółka jawna (ul. Borowikowa 14, 64-100 Leszno)”.

Odwołujący zarzucił naruszenie „art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. K. Tombud oraz Budownictwo D. U. spółka jawna, podczas gdy oferta ta została złożona przez wykonawców niespełniających warunku udziału w postępowaniu w zakresie określonym w rozdziale V pkt 2 ppkt 4 w części opisanej następująco: „1 robotę budowlaną polegającą na budowie, modernizacji, przebudowie lub remoncie budynku o kubaturze minimum 1000m<sup>3</sup>, w zakres którego wchodziło: docieplenie ścian zewnętrznych lub wykonanie elewacji budynku oraz budowa, modernizacja, przebudowa lub remont co najmniej jednej z instalacji: c.o., c.w.u. lub elektrycznej” oraz „ewentualnie, w przypadku możliwości wezwania wybranych wykonawców do uzupełnienia lub poprawienia dokumentów w tym zakresie zaskarżonej czynności zarzucam naruszenie również art. 128 ust. 1 prawa zamówień publicznych poprzez brak skierowania wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przedmiotowego warunku”.

Odwołujący wniósł o:

„1) uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty

z 12 września 2024 r. oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert,

3) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. K. Tombud oraz Budownictwo D. U. spółka jawna zgodnie z postawionymi zarzutami, ewentualnie, w przypadku braku wcześniejszego wezwania do uzupełnienia lub poprawienia dokumentów w tym zakresie wnosząc o nakazanie zamawiającemu wezwania tychże do uzupełnienia złożonych

dokumentów w zakresie potwierdzenia spełniania warunku określonego w rozdziale V pkt 2 ppkt 4 w części opisanej następująco: „1 robotę budowlaną polegającą na budowie, modernizacji, przebudowie lub remoncie budynku o kubaturze minimum 1000m<sup>3</sup>, w zakres którego wchodziło: docieplenie ścian zewnętrznych lub wykonanie elewacji budynku oraz budowa, modernizacja, przebudowa lub remont co najmniej jednej z instalacji: c.o., c.w.u. lub elektrycznej”.

Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzenia negocjacji. Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 27 czerwca 2024 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00386946.

W rozdziale V ust. 2 specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) Zamawiający określił, że „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące: (...) 4) zdolności technicznej lub zawodowej: Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności zawodowej jeżeli wykaże, że: a) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej : □ 1 robotę budowlaną polegającą na budowie, modernizacji, przebudowie lub remoncie budynku o kubaturze minimum 1000m<sup>3</sup> i wartości nie niższej niż 1.500.000,00 PLN brutto w zakres którego wchodziło docieplenie ścian zewnętrznych lub wykonanie elewacji budynku oraz budowa, modernizacja, przebudowa lub remont co najmniej jednej z instalacji: c.o., c.w.u. lub elektrycznej; (...) Ponadto Zamawiający zastrzega, iż przez jedną robotę rozumie jedną wykonaną robotę w ramach jednej umowy/kontraktu/zlecenia”.

W rozdziale VII ust. 6 SWZ określono, że „Zgodnie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień złożenia, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, które wymaga Zamawiający, tj.: 1) W celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej określonego w Rozdziale V ust. 2 pkt 4) SWZ: (...) b) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert w postępowaniu, 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 (Załącznik nr 7 do SWZ) (...)”.

24 lipca 2024 r. upływał termin składania ofert w Postępowaniu. Oferty w Postępowaniu złożyli Odwołujący i wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia T. K., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Tombud T. K., oraz Budownictwo D. U. spółka jawna z siedzibą w Lesznie (dalej jako „Konsorcjum”).

Konsorcjum przekazało Zamawiającemu wykaz robót budowlanych o treści „Przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie zamówienia podstawowego pn.: „Termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej im. Stanisława Staszica w Osowej Sieni” przedkładam/my wykaz wykonanych robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V SWZ:

Lp	Zamawiający (nazwa podmiotu, na rzecz którego roboty te zostały wykonane)	Rodzaj zrealizowanych robót (podanie nazwy inwestycji i miejsca jej realizacji z opisem pozwalającym na ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu)	Kubatura budynku /moc instalacji fotowoltaicznej	Data wykonania (dd/mm/rrr)	Wykonawca robót nazwa i adres wykonawcy
1	1	2	3	4	5
1.	GMINA	TERMOMODERNIZACJA WRAZ Z	2464,45 m <sup>3</sup>	04.2023.-	KONSORCJUM
	KROŚNICE	PRZEBUDOWĄ I NADBUDOWĄ		06.2024.	TOMBUD I U.
	UL.SPOROWA	SZKOŁY PODSTAWOWEJ W			64-100

4 56-320	KUŹNICY CZESZYCKIEJ WRAZ Z			STRZYŻEWICE,
KROŚNICE	<p>INFRASTRUKTURĄ TOWARZYSZĄCĄ I ZAGOSPODAROWANIEM TERENU. Adres: 56-620 Kuźnica Czeszycka 1. W ramach zadania wykonano m.in.: - docieplenie ścian zewnętrznych (wykonawca Budownictwo D. U. Sp. J.),</p> <p>J.),</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- wykonanie elewacji budynku (wykonawca Budownictwo D. U. Sp. J.),</li> <li>- wykonanie instalacji sanitarnej: budowa instalacji c.o; c.w.u.</li> </ul> <p>(wykonawca TOMBUD T. K.), Wartość robót: 7.500.000,00 zł</p>			<p>UL. MODELARSKA 13 Członkowie Konsorcjum: Firma TOMBUD T.  K.  64-100 Leszno, Strzyżewice, ul. Modelarska 13 NIP: 6971049029 Budownictwo D. U.  Spółka Jawna 64-100 Leszno, ul. Borowikowa 14 NIP: 6972170951, KRS: 0000243421</p>

oraz dokument zatytułowany „Referencje” o treści „Wójt Gminy Krośnice poświadczają, że Konsorcjum firm TOMBUD i U. 64-100 Strzyżewice, ul. Modelarska 13 Członkowie: 1. Firma TOMBUD T. K. 64-100 Strzyżewice, ul. Modelarska 13 wpisaną do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej NIP 6971049029, Regon 411002340; 2. Budownictwo D. U. Sp. J. 64-100 Leszno, ul. Borowikowa 14 wpisaną do Krajowego Rejestru Sądowego pod nr 0000243421 NIP 6972170951 Regon 300154745; Na podstawie zawartej z Gminą Krośnice umowa nr 99/24/2023/RGPOŚil z dnia 03 kwietnia 2023

roku wykonała pierwszą część zadania pn.: „Termomodernizacja wraz z przebudową i nadbudową szkoły podstawowej w Kuźnicy Czeszyckiej wraz z infrastrukturą towarzyszącą i

zagospodarowaniem terenu” Zakres zakończonych etapów inwestycji obejmował: • Roboty termomodernizacyjne dachu i elewacji;

• Rozbudowa budynku szkoły wraz z wyposażeniem; • Wykonanie instalacji sanitarnych, CO, wod-kan; • Wykonanie wentylacji i klimatyzacji z dostawą central; • Wykonanie instalacji elektrycznych z oddymianiem i CCTV; Dane techniczne budynku: • Powierzchnia zabudowy: 399,64 m<sup>2</sup> • Powierzchnia użytkowa: 766,78 m<sup>2</sup> • Kubatura budynków: 2464,45 m<sup>3</sup> • Liczba kondygnacji: III Wartość dotychczasowych wykonanych robót: przekroczył 7.500.000,00 zł brutto (słownie: siedem milionów pięćset tysięcy złotych 00/100 wraz z podatkiem VAT). Wszystkie zakończone prace zostały wykonane w terminie umowy, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i odebrane bezusterkowo a prace trwające nie budzą zastrzeżeń.”.

12 września 2024 r. Zamawiający opublikował informację o wyborze najkorzystniejszej oferty o treści „Zamawiający – Gmina Wschowa, działając na podstawie art. 253 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r.– Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024r. poz. 1320 ze zm.) informuje, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. W ww. postępowaniu wpłynęły trzy (3) oferty, złożone przez:

Lp.	Nazwa Wykonawcy	Punktacja w kryterium cena	Punktacja w kryterium gwarancja jakości i rękojmi	Punktacja ogółem
1.	<p>Konsorcjum TOMBUD I U. Firma Tombud T. K.  ul. Modelarska 13 Strzyżewice 64-100 Leszno woj. wielkopolskie  Budownictwo D. U. Spółka Jawna ul. Borowikowa 14 64-100 Leszno woj. wielkopolskie</p>	60 pkt.	40 pkt.	100 pkt.
2.	<p>COMMERCIAL NETWORKS SERVICE  Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Zacisze 16A, 65-775 Zielona Góra województwo: lubuskie</p>	Oferta podlega odrzuceniu na podst. art.226 ust.1 pkt 12.		
3.	<p>PPUH REMDOMŻ P.  ul. Sikorskiego 49 42-520 Dąbrowa Górnicza woj. śląskie</p>	58,88 pkt	40 pkt	98,88 pkt

Mając powyższe na uwadze do realizacji przedmiotowego zamówienia został wybrany

Wykonawca: Konsorcjum TOMBUD I U. Firma Tombud T. K. ul. Modelarska 13, Strzyżewice, 64-100 Leszno, woj. wielkopolskie Budownictwo D. U. Spółka Jawna ul. Borowikowa 14, 64-100 Leszno, woj. wielkopolskie, którego oferta

spełnia wszystkie wymagania określone w Specyfikacji Warunków Zamówienia i uzyskała najwyższą sumę punktów przyznanych w poszczególnych kryteriach oceny ofert tj.: 100 pkt. Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w Specyfikacji Warunków Zamówienia. (...)

Na podstawie umowy zawartej z Gminą Krośnice Konsorcjum wykonywało zamówienie, którego przedmiotem było „wykonanie zadania pod nazwą: „Termomodernizacja wraz z przebudową i nadbudową szkoły podstawowej w Kuźnicy Czeszyckiej wraz z infrastrukturą towarzyszącą i zagospodarowaniem terenu”, w ramach którego przed 24 lipca 2024 r. wykonało ocieplenie ścian zewnętrznych, elewację budynku oraz instalacje sanitarne c.o. i c.w.u.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach znajdujących się w dokumentacji Postępowania oraz załączonych do odwołania i odpowiedzi na odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”, Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania.

20 września 2024 r. Konsorcjum zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, przy czym zgłoszenie przystąpienia w jego imieniu podpisał i wniósł radca prawny M. K. . Do zgłoszenia przystąpienia dołączono pełnomocnictwo udzielone temu radcy prawnemu przez T. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Tombud T. K., natomiast nie dołączono pełnomocnictwa (ani jego odpisu) do reprezentowania Budownictwo D. U. spółka jawna z siedzibą w Lesznie. Konieczne jest przy tym wskazanie, że zakres złożonego w Postępowaniu pełnomocnictwa udzielonego T. K. przez Budownictwo D. U. spółka jawna z siedzibą w Lesznie nie obejmuje uprawnień do udzielania dalszych pełnomocnictw, wobec czego nie uprawniało ono T. K. do udzielenia radcy prawnemu M. K. pełnomocnictwa do reprezentowania Budownictwo D. U. spółka jawna z siedzibą w Lesznie.

Pismem z 27 września 2024 r. Konsorcjum na podstawie art. 511 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) zostało wezwane do uzupełnienia pełnomocnictwa do reprezentowania Budownictwo D. U. spółka jawna z siedzibą w Lesznie w terminie do dnia 1 października 2024 r.

1 października 2024 r. Konsorcjum złożyło datowane na 30 września 2024 r. pełnomocnictwo udzielone ww. radcy prawnemu do reprezentowania Budownictwo D. U. spółka jawna z siedzibą w Lesznie.

Izba uznała, że pełnomocnictwo to nie potwierdzało umocowania ww. radcy prawnego do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 20 września 2024 r., w którym zgłoszono ww. przystąpienie.

Udzielenie pełnomocnictwa jest jednostronną czynnością prawną, a zatem umocowanie określonej osoby (pełnomocnika) do działania w cudzym imieniu następuje poprzez złożenie oświadczenia woli przez osobę, w imieniu której pełnomocnik ma działać. Oświadczenie to musi przy tym być złożone pełnomocnikowi. Zgodnie z art. 61 § 1 zdanie pierwsze ustawy Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r. (dalej jako „kc”), „oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią”.

Podpisanie w dniu 30 września 2024 r. przez osobę uprawnioną do reprezentowania Budownictwo D. U. spółka jawna z siedzibą w Lesznie pełnomocnictwa złożonego do akt sprawy 1 października 2022 roku oznacza, że oświadczenie woli tego wykonawcy nie mogło dość do ww. radcy prawnego wcześniej niż 30 września 2024 r., co oznacza, że ww. radca prawny został umocowany do działania w imieniu tego wykonawcy w zakresie reprezentowania go w niniejszym postępowaniu odwoławczym, w tym do zgłoszenia przystąpienia, nie wcześniej niż w dniu 30 września 2024 r, czyli 10 dni po dniu, w którym przystąpienie zostało zgłoszone.

Bez znaczenia jest przy tym okoliczność, iż w treści ww. pełnomocnictwa zawarte jest sformułowanie „potwierdzam (kwituję) wszelkie dotychczasowe czynności, podjęte przez ww. pełnomocnika w ww. postępowaniu.”. Oświadczenie takie nie powoduje, że chwila złożenia oświadczenia woli pełnomocnikowi przez osobę udzielającą pełnomocnictwa zostaje określona w sposób odmienny niż określa to bezwzględnie obowiązujący przepis art. 61 § 1 kc, zaś przepis art. 511 ust. 3 Pzp, który przewiduje zatwierdzenie czynności osoby niemogącej przedstawić pełnomocnictwa, może być zastosowany wyłącznie w sytuacji, w której Izba dopuściła tymczasowo do czynności taką osobę - co w niniejszym postępowaniu odwoławczym nie nastąpiło.

Oświadczenia wykonawcy Budownictwo D. U. spółka jawna z siedzibą w Lesznie złożone 30 września 2024 r. nie mogły więc skutkować uznaniem, że ww. radca prawny 20 września 2024 r. był umocowany do reprezentowania go w niniejszym postępowaniu odwoławczym, w tym do zgłoszenia przystąpienia.

W tym stanie rzeczy należało uznać, że w terminie określonym w ww. piśmie z 27 września 2024 r. nie zostało złożone pełnomocnictwo (ani jego odpis) uprawniające ww. radcę prawnego do reprezentowania Budownictwo D. U. spółka jawna z siedzibą w Lesznie w dniu 20 września 2024 r., a w konsekwencji, że ww. radca prawny nie był uprawniony do zgłoszenia w tym dniu przystąpienia w imieniu obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – T. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Tombud T. K., oraz Budownictwo D. U. spółka jawna z siedzibą w Lesznie.

Mając na uwadze, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia może być dokonane wyłącznie wspólnie (łącznie) przez wszystkich tych wykonawców, brak było podstaw do stwierdzenia, że Konsorcjum skutecznie przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Uzasadniony był zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp, zgodnie z którym „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu”.

Pierwszorzędne znaczenie dla oceny zasadności tego zarzutu miało określenie, na czym musi polegać (jaki musi być zakres) roboty budowlanej, której wykonaniem ma się wykazać wykonawca, aby uznać, że spełnia on warunek udziału w Postępowaniu określony w rozdziale V ust. 2 pkt 4) lit. a) SWZ.

Nie sposób przyjąć takiego rozumienia tego postanowienia, że robota budowlana, której wykonaniem wykonawca ma wykazać się w celu spełnienia określonego w tym postanowieniu warunku udziału w Postępowaniu, ma polegać na dociepleniu ścian

zewnętrznych lub wykonanie elewacji budynku oraz budowie, modernizacji, przebudowie lub remoncie „co najmniej jednej z instalacji: c.o., c.w.u. lub elektrycznej”. Nie znajduje ono podstaw wobec dosłownego brzmienia tego postanowienia, w którym po sformułowaniu „robota budowlana polegająca na” napisano „budowie, modernizacji, przebudowie lub remoncie budynku o kubaturze minimum 1000m<sup>3</sup>”, a następnie po sformułowaniu „w zakres którego wchodziło” wymieniono „docieplenie ścian zewnętrznych lub wykonanie elewacji budynku oraz budowa, modernizacja, przebudowa lub remont co najmniej jednej z instalacji: c.o., c.w.u. lub elektrycznej”. Brak jest uzasadnienia do pomijania przy dokonywaniu interpretacji tego postanowienia użycia w nim sformułowań „budowie, modernizacji, przebudowie lub remoncie budynku o kubaturze minimum 1000m<sup>3</sup>” oraz „w zakres którego wchodziło”, a także miejsc, w których zostały one użyte, i braniu pod uwagę wyłącznie początkowego i końcowego fragmentów tego postanowienia.

Należy zatem stwierdzić, że robota budowlana, której wykonaniem wykonawca miał wykazać się w celu spełnienia określonego w rozdziale V ust. 2 pkt 4) lit. a) SWZ warunku udziału w Postępowaniu, miała polegać na budowie, modernizacji, przebudowie lub remoncie budynku o kubaturze minimum 1000 m<sup>3</sup>, a owa budowa, modernizacja, przebudowa lub remont miała obejmować docieplenie ścian zewnętrznych lub wykonanie elewacji budynku oraz budowę, modernizację, przebudowę lub remont „co najmniej jednej z instalacji: c.o., c.w.u. lub elektrycznej”.

Bezsporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego było przy tym, że określony w tym postanowieniu warunek udziału w Postępowaniu jest spełniony wyłącznie w przypadku, gdy robota budowlana, na wykonanie której wykonawca się powołuje, została wykonana (zakończono jej wykonywanie).

Powyższe prowadzi do wniosku, że wykonawca spełnia ww. warunek udziału w Postępowaniu wyłącznie jeżeli wykonał (zakończył wykonywanie) budowę, modernizację, przebudowę lub remont budynku o kubaturze minimum 1000 m<sup>3</sup>, w zakres którego wchodziło docieplenie ścian zewnętrznych lub wykonanie elewacji budynku oraz budowa, modernizacja, przebudowa lub remont „co najmniej jednej z instalacji: c.o., c.w.u. lub elektrycznej”. Warunek ten nie jest natomiast spełniony w sytuacji, gdy wykonywanie budowy, modernizacji, przebudowy lub remontu budynku o kubaturze minimum 1000 m<sup>3</sup> nie zostało zakończone, bez względu na to, czy wykonał (zakończył wykonywanie) docieplenie ścian zewnętrznych lub wykonanie elewacji budynku oraz budowę, modernizację, przebudowę lub remont „co najmniej jednej z instalacji: c.o., c.w.u. lub elektrycznej”.

Trafne jest przy tym (co do zasady) twierdzenie Zamawiającego, iż „czym innym jest wykonanie robót budowlanych, które stanowią warunek udziału w postępowaniu, a czym innym wykonanie całej umowy, która może obejmować, oprócz robót, stanowiących warunek zamawiającego, także inne elementy, które pozostają całkowicie poza zainteresowaniem zamawiającego”. Pozostaje ono jednak bez wpływu na rozstrzygnięcie sprawy. W jej stanie faktycznym dla oceny spełniania przez Konsorcjum warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale V ust. 2 pkt 4) lit. a) SWZ, w istocie można postawić znak równości pomiędzy wykonaniem robót budowlanych, których wykonanie wykonawca musi wykazać, aby uznać, że spełnia ten warunek, a wykonaniem całej umowy.

Biorąc pod uwagę treść wykazu robót budowlanych złożonego przez Konsorcjum w celu wykazania spełnienia tego warunku udziału w Postępowaniu, w którym jako „Rodzaj zrealizowanych robót (podanie nazwy inwestycji i miejsca jej realizacji z opisem pozwalającym na ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu)” wskazano „Termomodernizacja wraz z przebudową i nadbudową szkoły podstawowej w Kuźnicy Czeszyckiej wraz z infrastrukturą towarzyszącą i zagospodarowaniem terenu (...) W ramach zadania wykonano m.in: - docieplenie ścian zewnętrznych (...), - wykonanie elewacji budynku (...), - wykonanie instalacji sanitarnej: budowa instalacji c.o. i c.w.u.”, określając datę wykonania robót budowlanych jako kwiecień 2023 r. – czerwiec 2024 r., należy zauważyć, że niewątpliwie określenie tej roboty w ww. wykazie jest identyczne jak określenie zadania, którego wykonanie jest przedmiotem zamówienia wykonywanego przez Konsorcjum na podstawie umowy zawartej z Gminą Krośnice - „Termomodernizacja wraz z przebudową i nadbudową szkoły podstawowej w Kuźnicy Czeszyckiej wraz z infrastrukturą towarzyszącą i zagospodarowaniem terenu”.

Ponadto należy zauważyć, że ze sformułowania „w ramach zadania wykonano m.in:” wynika, iż wskazanie „docieplenia ścian zewnętrznych”, „wykonania elewacji budynku” czy „wykonania instalacji sanitarnej: budowa instalacji c.o. i c.w.u.” ma charakter przykładowego wyczerpania tego, co wykonano wykonując robotę budowlaną, na wykonanie której Konsorcjum się powołuje (czyli ww. zadanie), a tym samym stanowi „opis pozwalający na ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu”; nie jest zaś podaniem „rodzaju zrealizowanych robót”.

Mając na uwadze ponadto, iż jak wskazano powyżej, powołanie się na wykonanie „docieplenia ścian zewnętrznych”,

„wykonania elewacji budynku” czy „wykonania instalacji sanitarnej: budowa instalacji c.o. i c.w.u. jako „robotę budowlaną” w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale V ust. 2 pkt 4) lit. a) SWZ byłoby niewystarczające, należy uznać, że jako „robotę budowlaną”, na wykonanie której się powołuje w tym celu, Konsorcjum wskazało całość prac wykonywanych w ramach ww. zadania (całe zadanie).

Nie było sporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego, że do końca czerwca 2024 r. w ramach wykonywania przedmiotowego zamówienia Konsorcjum wykonało (zakończyło wykonywanie) „docieplenie ścian zewnętrznych”, „wykonanie elewacji budynku” oraz „wykonanie instalacji sanitarnej – budowa instalacji c.o. i c.w.u.”, natomiast ww. zamówienie wykonywane na rzecz Gminy Krośnice nie zostało wykonane w całości (nie zakończyło się jego wykonywanie).

W tym stanie rzeczy należy stwierdzić, że aczkolwiek Konsorcjum wykonało (zakończyło wykonywanie) „docieplenie ścian zewnętrznych lub wykonanie elewacji budynku oraz budowę, modernizację, przebudowę lub remont co najmniej jednej z instalacji: c.o., c.w.u. lub elektrycznej”, w rozumieniu rozdziału V ust. 2 pkt 4) lit. a) SWZ, to ich wykonanie nie oznacza, że wykonało ono (zakończyło wykonywanie) zadania „Termomodernizacja wraz z przebudową i nadbudową szkoły podstawowej w Kuźnicy Czeszyckiej wraz z infrastrukturą towarzyszącą i zagospodarowaniem terenu”, w ramach którego je wykonywało – czyli „robotę budowlaną polegającą na budowie, modernizacji, przebudowie lub remoncie budynku”.

W konsekwencji złożony przez Konsorcjum wykaz robót budowlanych wraz dokumentem zatytułowanym „Referencje” nie potwierdzają, że wykonał ono robotę budowlaną, o której mowa w rozdziale V ust. 2 pkt 4) lit. a) SWZ, wobec czego brak było podstaw do przyjęcia, że Konsorcjum spełnia określony w tym postanowieniu warunek udziału w Postępowaniu.

Wobec powyższego Zamawiający zobowiązany był ofertę Konsorcjum odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp, a zaniechanie tej czynności stanowiło naruszenie tego przepisu. Naruszenie to miało istotny wpływ na wynik Postępowania, gdyż oferta Konsorcjum została w nim wybrana jako najkorzystniejsza, co nie mogłoby nastąpić, gdyby Zamawiający nie dopuścił się tego naruszenia.

Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1) Pzp „Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”. Stosownie zaś do art. 554 ust. 3 pkt 1) Pzp „uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta: a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego”.

Wobec powyższego w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp odwołanie należało uwzględnić, nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Konsorcjum – o czym Izba orzekła w punkcie 1. wyroku.

Zważywszy, że zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp został przedstawiony - jak wskazał Odwołujący na posiedzeniu - jako ewentualny, a odwołanie zostało uwzględnione w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp, Izba nie rozpoznawała zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp i nie oceniała zasadności odwołania w tym zakresie.

Mając zatem na względzie zakres, w jakim odwołanie było rozpoznawane, należało uznać, że zostało ono uwzględnione w całości.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 2 pkt 1), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 7 ust. 1 pkt 1) 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 od odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 2 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości mniejszej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 10.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (...) b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych, (...) d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego”. § 7 ust. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający; w takim przypadku Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2”.

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczony przez Odwołującego, tj. 10.000 złotych.

Odwołujący na posiedzeniu i rozprawie był reprezentowany przez pełnomocnika. Jak wynika ze złożonych do akt sprawy faktury i potwierdzenia przelewu, na koszty postępowania odwoławczego Zamawiającego składa się wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.690 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa w wysokości 17 złotych.

Z treści § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia wynika, że do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego wynagrodzenie i wydatki pełnomocnika mogą być zaliczone wyłącznie do kwoty 3.600 złotych. W konsekwencji, zgodnie z § 5 pkt 2) lit. b) i d) ww. rozporządzenia do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono zatem wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych.

Jak wynika ze złożonych do akt sprawy fakturze i spisie kosztów, na koszty postępowania odwoławczego Zamawiającego składają się wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 4.428 złotych oraz koszty dojazdu pełnomocnika na rozprawę w wysokości 827,40 złotych.

Brak było podstaw do zaliczenia ww. kosztów dojazdu do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego, o których mowa w § 5 pkt 2) lit. a) ww. rozporządzenia. W świetle treści § 5 pkt 2) lit. a) i b) ww. rozporządzenia należy uznać, że „koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę”, o których mowa w § 5 pkt 2) lit. a) ww. rozporządzenia to „koszty związane z dojazdem” samej strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego, które zalicza się do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego tejże strony bądź uczestnika, jeżeli na wyznaczonym posiedzeniu lub rozprawie stawi się sama strona bądź uczestnik postępowania odwoławczego, zaś „koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę” pełnomocnika strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego zaliczyć należy do „wydatków pełnomocnika”, o których mowa w § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia.

Zgodnie z § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego wynagrodzenie i wydatki pełnomocnika mogą być zaliczone wyłącznie do kwoty 3.600 złotych. W konsekwencji wobec wysokości wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, przekraczającej 3.600 złotych, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego mogło być zaliczone w kwocie 3.600 złotych, a koszty postępowania odwoławczego Odwołującego nie mogły obejmować dodatkowo ww. kosztów dojazdu pełnomocnika na rozprawę.

W zakresie ww. kosztów dojazdu należy ponadto stwierdzić, że jak wynika z treści ww. spisu kosztów, wysokość kosztów dojazdu pełnomocnika Odwołującego została obliczona

jako iloczyn liczby 308 kilometrów, stanowiących odległość od Poznania, gdzie pełnomocnik Zamawiającego wykonuje działalność gospodarczą, do siedziby Urzędu Zamówień Publicznych), pomnożonej przez 2, oraz stawki 1,15 zł za 1 kilometr, określonej w § 2 pkt 1) lit. b) rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy.

Brak jest podstaw do przyjęcia, że koszty związane z przejazdem pełnomocnika Zamawiającego na rozprawę powinny być rozliczane ryczałtowo według stawki 1,15 zł za 1 przejechany kilometr, określonej w określonej w § 2 pkt 1) lit. b) ww. rozporządzenia. Stawka ta jest maksymalną stawką, według której pracodawca pokrywa koszty używania przez pracownika w celach służbowych dojazd lokalnych samochodów osobowych o pojemności solnika powyżej 900 cm<sup>3</sup> niebędących własnością pracodawcy. Brak jest zaś uzasadnienia dla uznania, że pełnomocnik Zamawiającego jest pracownikiem, któremu pracodawca pokrywa koszty używania samochodu osobowego niebędącego własnością pracodawcy ani iż ww. stawka znajduje zastosowanie do kosztów używania samochodu osobowego przez pełnomocnika Zamawiającego dojazd innych niż jazdy lokalne, jakimi niewątpliwie są przejazdy na trasie Poznań - siedziba Urzędu Zamówień Publicznych czy z powrotem.

W tym stanie rzeczy zgodnie z § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych.

Wobec uwzględnienia odwołania w całości stosownie do § 7 ust. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia Izba w punkcie 2. wyroku kosztami postępowania odwoławczego obciążyła Zamawiającego oraz zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę stanowiącą sumę równowartości kwoty wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego w wysokości 3.617 złotych.

Przewodniczący: .....