

WYROK

Warszawa, dnia 25 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Luiza Łamejko

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2024 r. przez wykonawcę MILIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Siemianowicach Śląskich

w postępowaniu prowadzonym przez Miejski Zarząd Gospodarki Komunalnej w Czeladzi

uczestnik po stronie zamawiającego – EXBUD Konstrukcje Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3, 5 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 223 ust. 1 i art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty EXBUD Konstrukcje Sp. z o.o.

z tego powodu, że zmiany w ofercie ww. wykonawcy wprowadzone przez Zamawiającego stanowiły niedopuszczalne negocjacje pomiędzy wykonawcą a zamawiającym skutkujące niedopuszczalną zmianą treści oferty, przy jednoczesnym złożeniu oferty niezgodnej

z warunkami zamówienia i zawierającej błędy w obliczeniu ceny

i nakazuje zamawiającemu Miejskiemu Zarządowi Gospodarki Komunalnej w Czeladzi unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w ich toku odrzucenie oferty EXBUD Konstrukcje Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3, 5 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża Miejski Zarząd Gospodarki Komunalnej w Czeladzi i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MILIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Siemianowicach Śląskich tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 617 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę MILIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Siemianowicach Śląskich tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej, oraz kwotę 4 273 zł 90 gr (słownie: cztery tysiące dwieście siedemdziesiąt trzy złote dziewięćdziesiąt groszy) poniesioną przez Miejski Zarząd Gospodarki Komunalnej w Czeladzi tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

3.2. zasądza od Miejskiego Zarządu Gospodarki Komunalnej w Czeladzi na rzecz wykonawcy MILIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Siemianowicach Śląskich kwotę 23 617 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej.

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.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Miejski Zarząd Gospodarki Komunalnej w Czeladzi (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Adaptacja budynku byłych warsztatów mechanicznych Kopalni Saturn w Czeladzi na cele rozwojowe regionu – kryty basen”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 kwietnia 2024 r. pod numerem 2024/S 221125-2024.

W dniu 31 października 2024 r. wykonawca MILIMEX S.A. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1. Wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez EXBUD Konstrukcje sp. z o.o.,

2. Zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez EXBUD Konstrukcje sp. z o.o. w związku ze złożeniem oferty niezgodnej

z przepisami ustawy oraz niezgodnej z warunkami zamówienia, zawierającej błędy w obliczeniu ceny, jak również z powodu nie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt. 3, pkt. 5 i pkt. 10 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 i art. 223 ust. 2 pkt. 3) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy EXBUD Konstrukcje sp. z o.o., jako że zmiany w ofercie wykonawcy wprowadzone przez Zamawiającego i zaakceptowane przez wykonawcę stanowiły w istocie niedopuszczalne negocjacje pomiędzy wykonawcą

a Zamawiającym skutkujące niedopuszczalną zmianą treści oferty, przy jednoczesnym złożeniu oferty niezgodnej z warunkami zamówienia i zawierającej błędy w obliczeniu ceny,
a to:

a. bezpodstawnego wprowadzenia poprawek prowadzących do istotnej zmiany treści oferty, w ofercie wykonawcy w dokumencie „Kosztyrorys elektryczny zewnętrzny ETAP I” w pozycji nr 3 oraz w dokumencie „Kosztyrorys elektryczny zewnętrzny ETAP II” w pozycji nr 26 d.3, gdzie Zamawiający w przedmiarach dla tych prac wskazał konieczność wyceny ułożenia rur osłonowych wykonanych z HDPE o średnicy 160 mm i grubości ścianki 9,1 mm, a wykonawca EXBUD Konstrukcje sp. z o.o. w swojej ofercie, we wskazanych kosztorysach, wycenił inną pracę - ułożenie rur osłonowych wykonanych z PCW o średnicy do 140 mm, a dla prac wskazanych w w/w pozycjach Przedmiaru Robót przez Zamawiającego - wykonawca w swojej ofercie cen i wartości robót nie podał, co dodatkowo stanowi błąd w obliczeniu ceny;

b. bezpodstawnego wprowadzenia poprawek prowadzących do istotnej zmiany treści oferty wykonawcy w dokumencie „Kosztyrorys roboty budowlane ETAP-II” w pozycjach 20 d.1.2.2, 21, d.1.2.2, 22 d.1.2.2, 23 d.1.2.2, 24 d.1.2., 27 d.1.2.3, 28d.1.2.3 i 29 d.1.2.3, gdzie Zamawiający w przedmiarach dla tych prac wskazał konieczność określenia ceny jednostkowej i wartości robót dotyczących wykonania ścian betonowych zbrojonych zbrojeniem rozproszonym polipropylenowym. Tymczasem wykonawca określił w kosztorysie swojej oferty dotyczącej tego samego zakresu (w 7 pozycjach) ceny jednostkowe i wartość robót obliczoną – jak wynika z zakresu wskazanej pozycji KNR oraz opisu pozycji – wyłącznie dla ścian betonowych, nie uwzględniając konieczności zastosowania zbrojenia rozproszonego polipropylenowego. Dla zakresu robót określonego w tych pozycjach przez Zamawiającego – ceny i wartości robót nie podał, co dodatkowo stanowi błąd w obliczeniu ceny.

2. art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 122 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy EXBUD Konstrukcje sp. z o.o., podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia, w tym pomimo wezwania skierowanego przez zamawiającego w dniu 16 października 2024 r., w zakresie w jakim wykonawca powoływał się na zdolności podmiotu trzeciego - NDI SA – wykonawca nie przedstawił dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganego przez zamawiającego doświadczenia, albowiem wszystkie referencje przedstawione przez podmiot trzeci dotyczyły wykonywania opisanych tam zadań w ramach umów konsorcjum, a z dokumentów referencji, a ani też z uzupełnień tych dokumentów nie wynika, w jakim zakresie roboty wykonywał podmiot trzeci – NDI SA (jako członek każdego z konsorcjum), a doświadczenie w zakresie wykonywanych robót nabyć mógł jedynie w zakresie w jakim faktycznie uczestniczył w wykonywaniu robót budowlanych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz w oparciu o art. 554 ust. 3 pkt. 1 lit. a) i b) ustawy Pzp wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej;
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności w postaci odrzucenia oferty złożonej przez EXBUD Konstrukcje sp. z o.o.;
4. względnie - w przypadku braku uznania przez Izbę zasadności (przedwczesności) wniosku

opisanego w pkt. 3 – nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności w postaci wezwania wykonawcy EXBUD Konstrukcje sp. z o.o. do poprawienia lub uzupełnienia dokumentu potwierdzającego dysponowanie przez podmiot trzeci, na który powołuje się wykonawca – NDI SA – wymaganego doświadczenia, poprzez wykazanie, w jakim zakresie brał udział

w wykonywaniu robót objętych referencjami jako członek każdego z konsorcjów opisanych w tych dokumentach referencji.

Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowan odwoławczego w postaci kosztów wpisu od odwołania w wysokości 20.000 zł oraz innych kosztów powstałych w tok postępowania odwoławczego.

Uzasadniając zarzut dotyczący niezgodności oferty EXBUD Konstrukcje sp. z o.o.

z przepisami ustawy, warunkami zamówienia oraz oferty EXBUD Konstrukcje sp. z o.o. jakie zawierającej błąd w obliczeniu ceny Odwołujący zwrócił uwagę na nierzetelność ww. wykonawcy w przygotowaniu oferty. Odwołujący zauważył, że Zamawiający, aby w ogóle mógł przystąpić do weryfikacji poprawności złożonej oferty, zmuszony być do dokonania poprawek w treściach opisów pozycji kosztorysowych, które zajęły 69 stron formatu A4. Oznacza to, że wykonawca „pomylił” opisy setek pozycji kosztorysowych na przestrzeni całej oferty, co jednoznacznie wpływa na trudność we wskazaniu tego, jakie roboty były faktycznie przedmiotem oferty wykonawcy EXBUD Konstrukcje sp. z o.o.

Odwołujący stwierdził, że wiele z poprawionych przez Zamawiającego pozycji miało charakter drobny lub uszczegóławiający. Wśród nich pojawiły się jednak takie, które w istocie doprowadzały do ujęcia w pozycjach wycenianych elementów, których wykonawca samodzielnie nie wycenił. Odwołujący zwrócił uwagę, że poprawki wprowadzane przez Zamawiającego sprowadziły się do przeprowadzenia negocjacji z wykonawcą, których prowadzenie w przetargu nieograniczonym jest zakazane. W konsekwencji doprowadziło to do niedopuszczalnej zmiany treści oferty oraz w nieprawidłowy sposób usankcjonowało fakt braku przedstawienia przez wykonawcę cen dla niektórych elementów zamówienia wymaganych przez wykonawcę.

Odwołujący zaznaczył, że wskazane błędy mają dodatkowo istotne znaczenie z uwagi na fakt, że wynagrodzenie wykonawcy w ramach zamówienia ma być rozliczane jako wynagrodzenie kosztorysowe, a więc Zamawiający każdorazowo odwoływać się będzie do właściwej pozycji kosztorysów w poszukiwaniu odpowiedniej ceny jednostkowej. Jak zauważył Odwołujący, będzie to niemożliwe w odniesieniu do tych pozycji (lub elementów), co do których wykonawca nie przedstawił ceny w swojej ofercie.

Odwołujący stwierdził, że nierzetelność wykonawcy doprowadziła do przedstawienia oferty niezgodnej z przepisami ustawy, niezgodnej z warunkami zamówienia, a także zawierającej błędy w obliczeniu ceny. Odwołujący podał, że genezą błędów wykonawcy było przypisanie określonych stawek jednostkowych do pozycji standardowo opisanych w KNR, bez zmian w ich zakresach (opisach), których wymagał Zamawiający zgodnie z dokumentacją techniczną oraz przedstawionymi przedmiarami robót będącymi podstawą kalkulacji ceny.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający dokonał kilkuset poprawek oferty EXBUD Konstrukcje sp. z o.o., łącznie opisanych na 69 stronach A4, w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z których część stanowiła o przeprowadzeniu faktycznych negocjacji pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą, a w konsekwencji do niedopuszczalnej zmiany treści oferty w rozumieniu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Spowodowało to złożenie oferty niezgodnej z przepisami ustawy (w tym przede wszystkim sprzecznej z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp), co powinno skutkować jej odrzuceniem w trybie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Wskazując na poprawki dotyczące dokumentów: „Kosztorys elektryczny zewnętrzny ETAP I” w pozycji nr 3 oraz w dokumencie „Kosztorys elektryczny zewnętrzny ETAP II” w pozycji nr 26 d.3 Odwołujący podniósł, że zgodnie z wymogiem Zamawiającego w przedmiarze tej samej części robót i tej samej pozycji (korespondującym z dokumentacją projektową), Zamawiający wymagał ułożenia rur osłonowych z HDPE o średnicy 160 mm i grubości ściany 9,1 mm. Tymczasem wykonawca złożył ofertę na ułożenie rur PCW „o śr. do 140 mm”. Odwołujący zauważył, że oczywistym jest, że rura o średnicy 160 mm (wymagana przez Zamawiającego) jest większa niż 140 mm zaoferowana przez wykonawcę, podczas gdy oferta wykonawcy nie zawiera w ogóle ceny na ułożenie rur o średnicy 160 mm.

W zakresie poprawek w ofercie EXBUD Konstrukcje sp. z o.o. dotyczących dokumentu – „Kosztorys Roboty Budowlane – ETAP II” w pozycjach 20 d.1.2.2, 21, d.1.2.2, 22 d.1.2.2, 23 d.1.2.2, 24 d.1.2., 27 d.1.2.3, 28d.1.2.3 i 29 d.1.2.3 Odwołujący stwierdził, że o ile poprawki wprowadzone przez Zamawiającego dotyczące doprecyzowania klasy betonu można uznać za dopuszczalne, jako że każda z klas betonu mieści się w opisie tej pozycji oferty wykonawcy, o tyle za istotne i niedopuszczalne Odwołujący uznał poprawienie oferty skutkujące dopisaniem do w/w pozycji części przedmiotu świadczenia, których wykonawca w ogóle nie zaoferował, tj. zbrojenia polipropylenowego rozproszonego. Odwołujący podkreślił, że problem ten nie dotyczy jednej pozycji (można byłoby wówczas rzec – przypadkowej), ale wszystkich 7 pozycji odnoszących się wykonania ścian betonowych. Zdaniem Odwołującego, oczywistym jest, że wykonawca w tym zakresie zaoferował inne świadczenie niż wymagane przez Zamawiającego, a nie omyłkowo nie uwzględnił części świadczenia.

W ocenie Odwołującego, w tym zakresie oferta wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, nie są to jednocześnie pomyłki, które mogłyby podlegać poprawieniu w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako że zaoferowany przedmiot świadczenia (rura osłonowa do 140 mm) nie mieści się w zakresie przedmiotu świadczenia wskazanym przez Zamawiającego, zarówno w przedmiarze, jak i kolejno w piśmie dotyczącym poprawienia rzekomych pomyłek (tj. rura osłonowa 160mm/9,1mm), a w opisach dotyczących ścian betonowych (7 różnych pozycji) w ogóle nie uwzględniono

zbrojenia rozproszonego polipropylenowego.

Odwołujący zwrócił uwagę na szczególne znaczenie wymogu zaoferowania przez wykonawcę wykonania ścian betonowych zawierających polipropylenowe zbrojenie rozproszone, podczas gdy oferta wykonawcy EXBUD Konstrukcje sp. z o.o. obejmuje wyłącznie wykonanie ścian bez tego zbrojenia. Odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiotowy wymóg ma doniosłe znaczenie chociażby z uwagi na przedmiot świadczenia, tj. wykonanie niecki basenu, którego ściany muszą gwarantować odpowiednią wodoszczelność, a jednym ze wskazanych w dokumentacji projektowej sposobów zapewnienia tej wodoszczelności jest właśnie zastosowanie rozproszonego zbrojenia polipropylenowego. Odwołując podkreślił, że bez tego zbrojenia ściany pod względem konstrukcyjnym pewnie byłyby poprawne, ale wskutek powstawania rys skurczowych mogłyby nie spełniać wymogów wodoszczelności, co prowadziłoby do przeciekania basenu. Odwołując stwierdził, że choć dodanie zbrojenia tego typu nie ma istotnego przełożenia na cenę, bowiem nie jest to element kosztowny, to jednak ma doniosłe znaczenie dla jakości zaoferowanego przedmiotu świadczenia, który bez zastosowania tego zbrojenia przestaje spełniać swoją funkcję.

Odwołujący wskazał, że ustalenie, że dokonane przez Zamawiającego, a opisane powyżej poprawki, które nie mieszczą się w zakresie opisu pozycji zaoferowanych przez wykonawcę w treści oferty, zostały wykonane z naruszeniem przepisów ustawy oraz wykraczały poza kompetencję Zamawiającego w tym zakresie, prowadzi do wniosku, że oferta wykonawcy EXBUD Konstrukcje sp. z o.o. zawiera błędy w obliczeniu ceny, bowiem w ogóle nie zawiera wskazania ceny poszczególnych pozycji (opisanych powyżej) w zakresie, w jakim wymagał tego Zamawiający. Wykonawca nie przedstawił bowiem w ogóle ceny za przedmiot świadczenia dotyczący montażu rur osłonowych z HDPE o średnicy 160 mm oraz nie przedstawił w ogóle ceny za wykonanie ścian betonowych zawierających zbrojenie rozproszone polipropylenowe. W konsekwencji, Zamawiający powinien obligatoryjnie ofertę wykonawcy odrzucić.

Odwołujący zaznaczył, że jak wynika wprost z treści oferty EXBUD Konstrukcje sp. z o.o. i załączonej do niej kosztorysów, które należy czytać literalnie, wykonawca dokonał wyceny innych elementów niż wymagane przedmiotem zamówienia lub też pominął część składową przedmiotu zamówienia w wycenie niektórych pozycji.

Uzasadniając zarzut nie wykazania przez EXBUD Konstrukcje sp. z o.o. spełniania warunków udziału w postępowaniu Odwołujący podał, że w celu udokumentowania faktu spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawca EXBUD Konstrukcje sp. z o.o. posłużył się zasobami podmiotu trzeciego – NDI SA – w zakresie posiadanego doświadczenia, wymaganego przez Zamawiającego. W celu udokumentowania posiadanego doświadczenia NDI SA przedstawiła referencje potwierdzające ukończenie zadania w ramach robót budowlanych dla ATM LIGHTING sp. z o.o. – referencje z 3 sierpnia 2022 r., Akademii Marynarki Wojennej – referencje z 29 sierpnia 2019 r., oraz dla Politechniki Gdańskiej – referencje z 11 września 2023 r. Wobec powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co do treści referencji i faktu potwierdzenia wykonania robót objętych tymi referencjami, w dniu 16 października 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień oraz w ostatnim akapicie zaznaczył, że z uwagi na brak wykazania przez podmiot trzeci spełniania warunków udziału w postępowaniu, w przypadku gdyby dokumenty złożone przez wykonawcę w toku wyjaśnień nie mogły potwierdzić posiadanego doświadczenia, Zamawiający wezwał wykonawcę, w oparciu o brzmienie art. 122 ustawy Pzp, do zmiany podmiotu udostępniającego zasoby lub też wykazania spełnienia tych warunków samodzielnie.

W odpowiedzi wykonawca EXBUD Konstrukcje sp. z o.o. nie zmienił podmiotu, który udostępnia zasoby, jak również nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu samodzielnie, a jedynie przedłożył skorygowane dokumenty referencji.

Zdaniem Odwołującego, złożone wyjaśnienia i przedłożone dokumenty referencji nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania określonym doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego.

Odwołujący zauważył, że ze wszystkich dokumentów referencji przedstawionych przez podmiot trzeci – NDI SA – w ramach każdej z inwestycji, w ramach których NDI SA miała rzekomo nabyć wymagane doświadczenie, wynika, że prace te były realizowane w ramach umów konsorcjum. W ramach inwestycji realizowanej na rzecz ATM LIGHTING Sp. z o.o. – NDI SA było członkiem konsorcjum 2 firm (zgodnie z ostatnim akapitem referencji), w ramach realizacji dla Akademii Marynarki Wojennej NDI SA było członkiem konsorcjum 4 firm (lista w drugim akapicie referencji), z kolei w ramach umowy realizowanej dla Politechniki Gdańskiej NDI SA było członkiem konsorcjum dwóch firm (vide: pierwszy akapit referencji).

Jak podkreślił Odwołujący, z żadnego punktu referencji nie wynika, w jakim zakresie NDI SA realizowało roboty w ramach poszczególnych umów konsorcjum. Tak więc, ani na podstawie dokumentów referencji pierwotnie przedstawionych, ani też tych poprawionych po wezwaniu przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień nie wynika, w jakim zakresie NDI SA faktycznie nabyło doświadczenie, którym miało się podłużyć w ramach udokumentowania posiadania doświadczenia na potrzeby niniejszego postępowania.

Odwołujący stwierdził, że w doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że w przypadku projektów realizowanych w

ramach umów konsorcjum, członek konsorcjum nabywa doświadczenie jedynie w tym zakresie, w jakim faktycznie wykonywał roboty budowlane w ramach konkretnej umowy. Wiodącą linię orzecniczą w tej sprawie wyznaczył wyrok TSUE z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (sprawa ESAPROJEKT), w którym ustalono m.in., że:

„- Artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować

w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca polegał na zdolnościach innego podmiotu w rozumieniu art. 48 ust. 3 omawianej dyrektywy poprzez sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów, które samodzielnie nie mają wymaganej zdolności do realizacji określonego zamówienia, w przypadku gdy instytucja zamawiająca uzna, że dane zamówienie jest niepodzielne oraz że takie wykluczenie możliwości polegania na doświadczeniu większej liczby wykonawców jest związane z przedmiotem zamówienia, które musi zatem zostać zrealizowane przez jednego wykonawcę, oraz proporcjonalne do niego.

- Artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować

w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.”

Odwolujący wskazał, że wykonawca nie może polegać na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. Wymagany jest osobisty i bezpośredni udział w wykonaniu co najmniej części zamówienia. Oznacza to, że możliwość powołania się przez wykonawcę na doświadczenie uzyskane w ramach konsorcjum należy oceniać indywidualnie, mając na względzie indywidualne okoliczności danego przypadku. Analogicznie podmiot trzeci, na którego zdolności powołuje się wykonawca, jeśli realizował zadanie w ramach umowy konsorcjum może nabyć doświadczenie jedynie w zakresie, w jakim sam realizował dane zadanie.

Odwolujący zwrócił uwagę, że pomimo zaadresowania do Exbud Konstrukcje sp. z o.o. wezwania do złożenia właściwych wyjaśnień, wraz z wezwaniem w trybie art. 122 ustawy Pzp, wykonawca nie przedstawił dokumentów referencji, z których wynikałoby, jakie roboty w ramach przedstawionych inwestycji, realizowało NDI SA. W każdym z przedstawionych dokumentów referencji wymieniono jedynie informację, że cała inwestycja realizowana była przez wszystkich członków konsorcjum w ramach danej inwestycji, bez wyszczególnienia które prace wykonane były przez NDI SA jako podmiot udostępniający zasoby wykonawcy.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Exbud Konstrukcje sp. z o.o.

Pismem z dnia 12 listopada 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestnika postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 3, pkt 5 i pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 i art. 223 ust. 2 pkt. 3) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy EXBUD Konstrukcje sp. z o.o. z uwagi na to, że zmiany w ofercie wykonawcy EXBUD Konstrukcje sp. z o.o. wprowadzone przez Zamawiającego i zaakceptowane przez wykonawcę stanowiły w istocie niedopuszczalne negocjacje pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym skutkujące niedopuszczalną zmianą treści oferty, przy jednoczesnym złożeniu oferty niezgodnej z warunkami zamówienia i zawierającej błędy w obliczeniu ceny.

Izba stwierdziła, że poprawa oferty wykonawcy EXBUD Konstrukcje sp. z o.o.

w zakresie spornych pozycji nie stanowi wyłącznie doprecyzowania opisów zawartych

w ofercie czy ich uszczegółowienia, ale stanowi zmianę opisów pozycji w sposób, który nie wynika z treści oferty. Izba

zgadza się ze stanowiskiem, że z faktu ubiegania się przez EXBUD Konstrukcje sp. z o.o. o zamówienie można wnioskować, że wolą wykonawcy było zaoferowanie przedmiotu zamówienia zgodnego z wymogami zamawiającego. Nie zawsze jednak to się udaje. Gdyby jednak uznać, że fakt złożenia oferty świadczy o zgodności oferty z SWZ i na skutek tego każdą ofertę można poprawić, przesłanka odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie miałaby racji bytu.

W przedmiotowej sprawie wykonawca EXBUD Konstrukcje sp. z o.o. nie wpisał do poszczególnych pozycji dodatkowych elementów, których wymagał Zamawiający, jak rury osłonowe z HDPE o średnicy 160 mm i grubości ściany 9,1 mm czy zbrojenie rozproszone polipropylenowe. Skoro dodatkowe elementy nie zostały wpisane do oferty, brak jest też jednoznacznych podstaw, aby stwierdzić, że owe dodatkowe elementy zostały uwzględnione przez EXBUD Konstrukcje sp. z o.o. w ofercie i wycenione w poszczególnych pozycjach. Okoliczność ta nie wynika z treści oferty. Z kolei za wystarczającą nie można uznać okoliczności akceptacji przez wykonawcę dokumentów zamówienia, bowiem złożenie oferty nie polegało na zaakceptowaniu dokumentacji, ale na zaoferowaniu przedmiotu zamówienia zgodnego z wymaganiami zawartymi w dokumentach zamówienia, opisanu w ofercie oferowanego zakresu zamówienia oraz jego wycenie.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie nie zaistniały podstawy do poprawienia oferty, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wprowadzenie do oferty nowych elementów, co do których brak deklaracji w treści oferty oraz brak wyceny, wykracza poza możliwość jej poprawienia. W orzecznictwie i doktrynie ugruntowany jest pogląd, że zamawiający weryfikując ofertę może dokonać jej poprawy, jednak zakres poprawy musi mieścić się w ramach korekty możliwej dla zamawiającego. Zamawiający nie może zastępować wykonawcy w tworzeniu oferty, co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Izba stoi na stanowisku, że dokonanie przez wykonawcę wyceny innego typu przedmiotów niż wymagał zamawiający nie stanowi omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Chcąc poprawić ww. błędy zamawiający zmuszony byłby wskazać ceny jednostkowe za innego typu przedmioty niż wycenione przez wykonawcę. Takie działanie zamawiającego jest niedopuszczalne - jedynym podmiotem, który może wskazać w ofercie cenę za realizację przedmiotu zamówienia lub jego części jest wykonawca. Jednocześnie brak jest podstaw do przyjęcia, że wykonawca wycenił i faktycznie miał wolę zaoferowania innego zakresu zamówienia niż został opisany przez wykonawcę w ofercie. Okoliczności te w żaden sposób nie wynikają z treści złożonej oferty.

Podkreślić należy, że obowiązek zamawiającego co do wprowadzenia poprawek nie ma charakteru bezwzględny. Przy ocenie możliwości dokonania poprawy oferty należy mieć na uwadze okoliczność, czy w toku złożonych przez wykonawcę w tym przedmiocie wyjaśnień nie miało miejsca negocjowanie oferty lub ukształtowanie oświadczenia wykonawcy w sposób na tyle odległy od treści poprawianej oferty, że nastąpi powstanie nowego oświadczenia woli, które w istocie sprowadzi się do wytworzenia nowej oferty, istotnie zmienionej. W przedmiotowym stanie faktycznym, na skutek braku w ofercie wymaganych przez Zamawiającego elementów, w toku wyjaśnień doszło do niedozwolonych negocjacji (art. 223 ust. 1 ustawy Pzp), które doprowadziły do wprowadzenia do oferty nowego oświadczenia woli.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że z uwagi na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z wymaganiami Zamawiającego, oferta EXBUD Konstrukcje sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Z uwagi na przeprowadzenie niedozwolonych negocjacji, oferta EXBUD Konstrukcje sp. z o.o. podlega odrzuceniu również jako niezgodna z przepisami ustawy Pzp (art. 223 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp). Nieprawidłowo ustalony przez wykonawcę zakres wymagań Zamawiającego, nie uwzględnienie części wymagań, stanowi również podstawę do odrzucenia oferty EXBUD Konstrukcje sp. z o.o. jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny (art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp).

Izba nie stwierdziła zasadności zarzutu dotyczącego spełniania warunków przez EXBUD Konstrukcje sp. z o.o., tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 122 ustawy Pzp. Odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu, nie wykazał, że NDI S.A. realizowała wykazywane zamówienia w takim zakresie, że nie może legitymować się ich realizacją. Z kolei zarzut Odwołującego nie obejmował zaniechania wyjaśnienia przedmiotowej kwestii przez Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 5 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Jak stanowi art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik

postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak stanowi § 7 ust. 5 rozporządzenia, Izba może odstąpić od rozdzielenia kosztów w sposób opisany w rozporządzeniu, w szczególności jeżeli przemawia za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę lub ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania.

W przedmiotowej sprawie, pomimo nie uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, waga uwzględnionych zarzutów skutkuje koniecznością odrzucenia oferty EXBUD Konstrukcje Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach. Wobec powyższego, Izba obciążyła kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodnicząca:.....