

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska

Protokolant: O.O.

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lipca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2024 r. przez wykonawcę **P.W. i B.W. prowadzących wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Solid Beton P.W., B.W. Spółka cywilna z siedzibą w Łodzi, ul. Piotrkowska 276, 90-361 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi, ul. Tuwima 36, 90-002 Łódź**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy P.W. i B.W. prowadzących wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Solid Beton P.W., B.W. Spółka cywilna z siedzibą w Łodzi oraz ponowne badanie i ocenę ofert z udziałem oferty tego wykonawcy.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi, ul. Tuwima 36, 90-002 Łódź** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **P.W. i B.W. prowadzących wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Solid Beton P.W., B.W. Spółka cywilna z siedzibą w Łodzi, ul. Piotrkowska 276, 90-361 Łódź** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę **P.W. i B.W. prowadzących wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Solid Beton P.W., B.W. Spółka cywilna z siedzibą w Łodzi, ul. Piotrkowska 276, 90-361 Łódź** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.2. zasądza od **Miasta Łódź – Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi, ul. Tuwima 36, 90-002 Łódź** na rzecz wykonawcy **P.W. i B.W. prowadzących wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Solid Beton P.W., B.W. Spółka cywilna z siedzibą w Łodzi, ul. Piotrkowska 276, 90-361 Łódź** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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:.....

Sygn. akt KIO 2107/24

Uzasadnienie

Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Remont chodników i nawierzchni jezdni ul. Boya- Żeleńskiego w Łodzi z podziałem na II zadania.”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 14 marca 2024 r. pod nr 2024/BZP 00245298.

W dniu 17 czerwca 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca P.W., B.W. prowadzący wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Solid Beton P.W., B.W. Spółka cywilna z siedzibą w Łodzi, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie na czynności Zamawiającego podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze oferty wykonawcy INSTYLE24 Sp. z o.o. z siedzibą w Andrespolu, zwanego dalej „wykonawcą INSTYLE24”, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust.1 pkt 2 lit a) w związku z art. 109 ust.1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na wykluczenie z przepisu art. 109 ust.1 pkt 5) ustawy Pzp, pomimo tego, że Odwołujący

- nigdy nie realizował żadnej inwestycji dla Zamawiającego oraz nie podlega wykluczeniu z tego przepisu,
- 2)art. 252 ustawy Pzp poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy INSTYLE24, mimo, że oferta ta nie powinna być wybrana, jako oferta najkorzystniejsza, a powinna być wybrana oferta Odwołującego.
- Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:
- 1)unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy INSTYLE24,
 - 2)unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
 - 3)ponowną ocenę ofert i dokonanie ponownego wyboru z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że w niniejszym postępowaniu ofertę złożyła spółka cywilna – SOLID BETON S.C., a ściślej P.W. oraz B.W., prowadzący wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Solid Beton P.W. B.W. Spółka Cywilna, zwani dalej „Solid Beton” lub „Odwołujący”, podczas, gdy całe uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający uzasadniał w stosunku do Zakładu Remontowo – Drogowe Sp. z o.o. Sp.k, zwanego dalej „ZRD” lub „Zakład Remontowo – Budowlany” „Zakład Remontowo Drogowy”, a zatem odrębnego podmiotu. A zatem z uwagi na to, że Solid Beton, jak i ZRD są powiązane osobowo Zamawiający doszedł do wniosku, że należy wykluczyć Solid Beton z przedmiotowego postępowania. Podkreślić należy, że nie ma żadnego przepisu w Pzp, który pozwalałby na wykluczenie podmiotu z tytułu powiązania osobowego z innym podmiotem.

Odwołujący podkreślił, że Solid Beton nigdy nie realizował dla Zamawiającego żadnego postępowania, nigdy też w zakresie działalności Solid Beton nie doszło do sytuacji wskazanej w art.109 ust.1 pkt 5) ustawy Pzp. Analizy art.109 ust.1 pkt 5) ustawy Pzp w kontekście przedmiotowego stanu faktycznego należy dokonać przez pryzmat definicji legalnej Wykonawcy (art. 7 pkt 30) ustawy Pzp). Już nawet z przedmiotowego przepisu wynika, że ofertę złożył Wykonawca (Solid Beton), natomiast Solid Beton został wykluczony z powodów dotyczących Zakładu Remontowo Drogowego, a zatem zupełnie innego podmiotu.

Oba podmioty mimo, że są powiązane osobowe są zupełnie odrębnymi jednostkami, mają bowiem odrębną osobowość prawną, odrębny NIP, REGON. ZRD jest spółką prawa handlowego, Solid Beton – spółką cywilną. Oba są osobnymi podmiotami, osobnymi wykonawcami. Przy czym patrząc przez pryzmat definicji legalnej Wykonawcy (art. 7 pkt 30) ustawy Pzp) to w przedmiotowym postępowaniu tylko Solid Beton jest wykonawcą, bowiem tylko ten Wykonawca złożył ofertę. Zakład Remontowo Drogowy nie składał oferty w tym postępowaniu, zatem zgodnie z definicją legalną wykonawcy nie jest nawet wykonawcą w tym postępowaniu.

Odwołujący przywołał wyroki Izby w sprawach KIO 447/23, KIO 3799/23, KIO 3044/23 oraz KIO 327/22 wskazując że Zakład Remontowo Drogowy nigdy nie złożył oferty w przedmiotowym postępowaniu, zatem nie jest Wykonawcą w rozumieniu przepisów ustawy Pzp w tym konkretnym postępowaniu. Nie może być zatem mowy o poważnym naruszeniu obowiązków zawodowych, nienależytym wykonaniu, czy też niewykonaniu zamówienia przez Solid Beton w rozumieniu art. 109 ust.1 pkt 5) ustawy Pzp, bowiem Solid Beton nigdy nie brał udziału w powołanym przez Zamawiającego postępowaniu, nigdy go nie realizował.

Zamawiający wykluczył wykonawcę Solid Beton z postępowania z uwagi na spór w zakresie realizacji umowy z ZRD, który nie jest Wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu, a podmioty te łączą tylko powiązania personalne. Tymczasem mimo powiązań osobowych, czy też rodzinnych wskazywanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty to wykonawcy Ci – Solid Beton i ZRD mogliby nawet złożyć osobne oferty. Tym bardziej nie należy ich przez pryzmat powiązań osobowych utożsamiać i wskazywać, że jest to jeden wykonawca. Co więcej poprzez pryzmat takiego nieuzasadnionego utożsamiania dokonywać odrzucenia oferty, a zatem największej sankcji w zamówieniach publicznych. Skoro wykonawca ZRD nie złożył oferty w przedmiotowym postępowaniu nie można okoliczności przynależnych temu wykonawcy automatycznie przypisywać innemu wykonawcy.

Wobec powyższego uzasadnienie prawne odrzucenia oferty Odwołującego jest błędne z uwagi na aspekt formalny, a zatem samo brzmienie definicji Wykonawcy. Ani Pan P.W. ani B.W. nie kontrolują bowiem kapitałowo ZRD.

Odwołujący odwołał się także do aspektu praktycznego, wskazując „Zamawiający ma uzasadnione podstawy, by przypuszczać, że przy wyborze ww. Wykonawcy dojdzie do powtórzenia wcześniejszej sytuacji, Wykonawca nie daje bowiem gwarancji należytego i jakościowego wykonania robót.”. Podejście Zamawiającego jest wadliwe chociażby dlatego, że w niniejszym postępowaniu Wykonawca Solid Beton S.C. powołał się przecież na zasoby podmiotu trzeciego, którym to bynajmniej nie jest ZRD.

Odwołujący złożył bowiem do oferty oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby – LARKBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi. Zgodnie z tym zobowiązaniem podmiot udostępniający zasoby udostępnił je w zakresie nie tylko zdolności technicznej, ale także w zakresie zdolności zawodowej, a zatem dysponowania kierownikiem budowy w specjalności drogowej. Jak wynika z przepisów ustawy Pzp, a w szczególności z przepisu art.118 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.” - to

podmiot udostępniający zasoby wykona roboty budowlane. W niniejszej sprawie z zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby wynika, że po pierwsze wykona roboty budowlane dotyczące częściowego wykonania nawierzchni z mieszanek mineralno – bitumicznych oraz będzie kierował robotami drogowymi z uwagi na udostępnienie kierownika budowy. A zatem zamówienie w zasadzie będzie realizował Larkbud Sp. z o.o. zarówno poprzez udział w realizacji robót budowlanych oraz zapewnienie kierownika budowy, co zapewni kierownictwo w zakresie robót drogowych i odpowiedzialność Larkbud Sp. z o.o. w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego. Wobec tego, że roboty będzie wykonywał inny podmiot (totalnie nie powiązany z ZRD) należy wskazać, że obawy Zamawiającego co do nienależytej realizacji nie znajdują żadnego uzasadnienia.

Odwolujący także podniósł, że przepis art. 109 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi o wykazaniu za pomocą stosownych dowodów, a zatem pewności Zamawiającego w postaci wykazania, a nie tylko na podstawie przypuszczeń Zamawiającego. Zatem, nawet gdyby w postępowaniu brał udział ZRD i Zamawiający chciałby go wykluczyć, to jak wskazuje nie ma stosownych dowodów, a jedynie przypuszczenia.

Reasumując Odwołujący podniósł, iż po pierwsze w niniejszym postępowaniu to Solid Beton jest wykonawcą, w stosunku do którego nie zaistniała nigdy przesłanka ze 109 ust.1 pkt 5) ustawy Pzp, a w konsekwencji nie powinno dojść do odrzucenia jego oferty. Zatem formalnie z uwagi na definicję Wykonawcy w Pzp Zamawiający nie miał prawa wykluczać Odwołującego.

Zamawiający kopię odwołania przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 21 maja 2024 r. za pośrednictwem platformy e-Zamówienia. Do postępowania nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Zamawiający w dniu 2 lipca 2024 r. (pismem z tej samej daty) złożył odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o:

- 1.oddalenie odwołania w całości,
- 2.zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego,
- 3.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U.

z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba dopuściłaawnioskowane przez Zamawiającego i złożone w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie dowody od nr 2 do nr 25 oraz złożony na rozprawie plik dokumentów (Wniosek o zatwierdzenie materiałów, Fakturę VAT, Raport z badań, Sprawozdanie z dnia 30.11.2021 r., Wyniki pomiarów natężenia ruchu na ul. Tadeusza Boya – Żeleńskiego w Łodzi, mapy oznaczone jako ZRD – 2019, dokumentacja fotograficzna – jedno zdjęcie, mapy oznaczone jako WŁODAN oraz Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót). Jednak uznała je jako zbędne i nieprzydatne dla potrzeb tego postępowania, gdyż dotyczą realizacji zamówienia na jego rzecz (tego Zamawiającego) przez wykonawcę ZRD Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łodzi a nie przez wykonawcę P.W. i B.W. prowadzących wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Solid Beton P.W., B.W. Spółka cywilna z siedzibą w Łodzi.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez Strony do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Remont chodników i nawierzchni jezdni ul. Boya- Żeleńskiego w Łodzi z podziałem na II zadania.”.

Do upływu terminu składania oferty złożyło czterech wykonawców, tj.: WŁODAN Sp. z o.o., Sp. k. z siedzibą w miejscowości Porszewice (oferta nr 1), INSTYLE24 Sp. z o.o. z siedzibą w Andrespolu (oferta nr 2), P.W. i B.W.

prowadzący wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Solid Beton P.W., B.W. Spółka cywilna z siedzibą w Łodzi (oferta nr 3) i M.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą HUBERTUS M.M. z siedzibą w Łodzi (oferta nr 4).

Zamawiający, pismem z dnia 12 czerwca 2024 r., poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy INSTYLE24 Sp. z o.o. z siedzibą w Andrespolu jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, tj. wykluczył wykonawcę na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że wykonawca P.W. i B.W. prowadzący wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Solid Beton P.W., B.W. Spółka cywilna z siedzibą w Łodzi „w sposób zawiniony naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, przy wykonaniu dwóch poprzednich zamówień dotyczących remontu ul. Boya Żeleńskiego, co jest udokumentowane przez Zamawiającego, zarówno w wezwaniach do naprawy, jak i wystawionych notach obciążeniowych. Wykonawca, działając w ramach spółki osobowej pod nazwą Zakład Remontowo Drogowy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. (w której Pan P.W. i Pan B.W. są współnikami – komandytariuszami a Pan P.W. jest Prezesem Zarządu komplementariusza), jest odpowiedzialny za wadliwe wykonanie robót i odmowę realizacji obowiązków gwarancyjnych dotyczących zadań: „Remont wybranych ulic na terenie miasta Łodzi z podziałem na 6 części – Część 3 – Remont jezdni oraz chodników ul. Tadeusza Boya – Żeleńskiego od ul. Spornej do ul. Obrońców Westerplatte” oraz „Remont wybranych ulic na terenie Miasta Łodzi z podziałem na 6 części” – Część 3 – Remeont jezdni oraz chodników ul. Tadeusza Boya – Żeleńskiego od ul. Przemysłowej w kierunku ul. Obrońców Westerplatte”. Pan P.W. i Pan B.W. kierując ww. spółką realizującą ww. roboty i odpowiadając osobiście za jej zobowiązania poważnie naruszyli swoje obowiązki zawodowe. Realizując roboty, których celem było przeprowadzenie remontu nawierzchni ul. Boya – Żeleńskiego dopuścili do znaczących uchybień w realizacji robót i zastosowanych materiałach, co skutkowało ujawnieniem poważnych i istotnych wad wykonanych robót. Skala ujawnionych wad wskazuje na rażąco niedbalstwo przy wykonaniu przy wykonaniu i opisanych wyżej zadań. Jednocześnie uchylali się od wykonania obowiązków wynikającej z udzielonej gwarancji rękami w tym w zakresie dokonania napraw zgłoszonych wad, przez co Zamawiający musiał skorzystać z usług wykonawców zastępczych. Ostatecznie konieczna okazała się dokonanie ponownego remontu tej części ul. Boya – Żeleńskiego, czego konsekwencją było wszczęcie postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia. Postępowanie Wykonawcy znacząco podważyło zaufanie Zamawiającego. Wykonawca jest bowiem bezpośrednio odpowiedzialny za konieczność przeprowadzenia kolejnego remontu nawierzchni ulicy Boya – Żeleńskiego. Zamawiający ma uzasadnione podstawy, by przypuszczać, że przy wyborze ww. Wykonawcy dojdzie do powtórzenia wcześniejszej sytuacji, Wykonawca nie daje bowiem gwarancji należytego i jakościowego wykonania robót. W zaistniałej sytuacji Wykonawcy działającemu jako osoby fizyczne w formie spółki cywilnej – Panu Przemysławowi oraz Bartłomiejowi Wiśniewskiemu – można przypisać odpowiedzialność za poważne naruszenie obowiązków zawodowych w ramach poprzednich umów zawartych z Zamawiającym, co uzasadnia decyzję Zamawiającego o wykluczeniu Wykonawcy z niniejszego postępowania”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp stanowi, że *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) została złożona przez wykonawcę: podlegającego wykluczeniu z postępowania”*.

Z kolei art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że *„Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (...) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów”*. Przepis ten wdraża art. 57 ust. 4 lit. c dyrektywy klasycznej, który umożliwia wykluczenie wykonawcy, jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosowanych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które poddaje w wątpliwość jego uczciwość. Przepis ten ma na celu umożliwienie instytucji zamawiającej dokonanie oceny uczciwości i rzetelności każdego z wykonawców ubiegających się o udzielenie danego zamówienia. Przestanką wykluczenia jest więc wykazanie zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych za pomocą stosownych środków dowodowych. Ciężar udowodnienia zawinionego i poważnego naruszenia spoczywa na zamawiającym.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy przede wszystkim przywołać należy wskazaną w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp definicję wykonawcy, zgodnie z którą przez „wykonawcę – należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego”. Ustawa Pzp zawiera więc szeroką definicję wykonawcy. Status wykonawcy wiąże się zawsze z pewną formą uczestnictwa danego podmiotu lub jednostki organizacyjnej w procedurze udzielania zamówienia publicznego. I tak w przypadku procedur otwartym status ten będzie przysługiwał każdemu podmiotowi, który w ten lub inny sposób zadeklaruje zamawiającemu chęć wzięcia udziału w

postępowaniu a tym samym uzyskania tego zamówienia. W przypadku procedur ograniczonych status wykonawcy będzie przysługiwał podmiotom zaproszonym do udziału w postępowaniu. Natomiast na kolejnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia status wykonawcy przysługuje wyłącznie tym podmiotom, które złożyły oferty w postępowaniu. Status wykonawcy jest więc skorelowany z etapami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w toku którego następuje stopniowe ograniczanie kręgu podmiotów, które są definiowane jako wykonawcy. Od najszerszego, nieograniczonego kręgu podmiotów na etapie ogłoszenia o zamówieniu, po wąską grupę podmiotów, które złożyły oferty, by ostatecznie wykonawcą pozostał jedynie podmiot, który zawarł umowę i realizuje zamówienie. Tak więc definicja wykonawcy abstrahuje od formy prawnej tego podmiotu. W przypadku spółki cywilnej wykonawcą są jej wspólnicy. I to oni (wspólnicy spółki cywilnej) ubiegają się o udzielenie tego zamówienia. Ofertę złożyli bowiem P.W. i B.W. prowadzący wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Solid Beton P.W., B.W. Spółka cywilna z siedzibą w Łodzi i to oni posiadają status wykonawcy w tym konkretnym postępowaniu a nie Zakład Remontowo Drogowy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z siedzibą w Łodzi. Wykonawcy ci (P.W. i B.W. prowadzący wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Solid Beton P.W., B.W. Spółka cywilna z siedzibą w Łodzi) – co Strony zgodnie przyznały na rozprawie – nie realizowali dotychczas żadnego zamówienia na rzecz tego Zamawiającego. Umowa spółki cywilnej została zawarta w dniu 7 listopada 2023 r.

Bezspornym jest, że zamówienia na rzecz tego Zamawiającego realizował jedynie wykonawca Zakład Remontowo Drogowy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z siedzibą w Łodzi, który to powiązany jest osobowo z wykonawcą P.W. i B.W. prowadzącymi wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Solid Beton P.W., B.W. Spółka cywilna z siedzibą w Łodzi. Niemniej jednak mimo, że obydwa podmioty są powiązane osobowo to są one odrębnymi podmiotami a co za tym idzie odrębnymi wykonawcami mogącymi ubiegać się o udzielenie zamówienia. W tym postępowaniu wykonawcą jest wyłącznie P.W. i B.W. prowadzący wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Solid Beton P.W., B.W. Spółka cywilna z siedzibą w Łodzi, gdyż to wyłącznie ten podmiot złożył ofertę w tym postępowaniu. Oferty nie złożył natomiast wykonawca Zakład Remontowo Drogowy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z siedzibą w Łodzi.

W kontekście powyższego wykluczenie Odwołującego (wykonawcy P.W. i B.W. prowadzący wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Solid Beton P.W., B.W. Spółka cywilna z siedzibą w Łodzi) z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, tj. z uwagi na poważne naruszenie obowiązków zawodowych przez Zakład Remontowo Drogowy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z siedzibą w Łodzi w ramach umów realizowanych przez tego wykonawcę (Zakład Remontowo Drogowy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z siedzibą w Łodzi) na rzecz tego Zamawiającego było nieuprawnione. Umowa, która legła u podstaw zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp a więc wykluczenia wykonawcy P.W. i B.W. prowadzący wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Solid Beton P.W., B.W. Spółka cywilna z siedzibą w Łodzi była realizowana przez wykonawcę Zakład Remontowo Drogowy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z siedzibą w Łodzi. Natomiast powiązania osobowe i rodzinne, nawet jeśli takie istnieją, nie mają absolutnie żadnego wpływu na status wykonawcy w postępowaniu. Zamawiający ocenia bowiem wykonawcę, którego definicja zawarta jest w przywołanym wyżej przepisie (art. 7 pkt 30 ustawy Pzp) na podstawie złożonych przez niego dokumentów, w tym dokumentów dotyczących tego właśnie podmiotu.

Odrzucenie oferty obok wykluczenia wykonawcy z postępowania jest najdalej idącym dla wykonawcy skutkiem uchybień w złożonej ofercie wobec tego przepis stanowiący jego podstawę nie może być interpretowany rozszerzająco. Nie można więc wykluczyć danego wykonawcy z postępowania, a tym samym odrzucić jego oferty na podstawie przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania dotyczących innego wykonawcy.

Dlatego też Izba uznała, że zarzuty odwołania potwierdziły się.

Biorąc powyższe pod uwagę, 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 (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz § 7 ust. 1 pkt 1) w związku § 5 pkt 1) lit. b) i pkt 2) lit. b) 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. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca: