

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak
Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2024 r. przez Odwołującego – Wykonawcę **Enprom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Taneczna 18C, 02-829 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Enea Operator Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań

z udziałem przystępującego po stronie Zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Elfeko Spółka Akcyjna**, ul. Hutnicza 20A, 81-061 Gdynia, **Przedsiębiorstwo Budownictwa Energetycznego ELBUD Poznań Spółka Akcyjna**, ul. Zakładowa 10, 62-064 Poznań

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – Enprom Sp. z o.o. i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 4.290 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące dwieście dziewięćdziesiąt złotych, zero groszy) stanowiącą koszty dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego;

2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4.290 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące dwieście dziewięćdziesiąt złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego stanowiących wynagrodzenie pełnomocnika strony i koszty dojazdu.

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 2358/24

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Enea Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, w trybie podstawowym na *Przebudowa linii 110 kV Żur-Tuchola-Chojnice Kościerska-Chojnice Przemysłowa – Sępólno - Koronowo Miasto* (nr postępowania: RPUZ/B/0286/2023/OD/ZZD/DR), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 06.02.2024 r., 2024/S 026-77043, wobec zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie dla zadania nr 1 i 2, tj. ELFEKO S.A. i PBE ELBUD Poznań S.A. oraz dokonania wyboru tej oferty w obu zadaniach, wniesione zostało w dniu 5.07.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy ENPROM Sp. z o.o. z/s w Warszawie (sygn. akt KIO 2358/24).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b i 3, pkt 3, pkt 5 Pzp w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ELFEKO S.A. i PBE ELBUD Poznań S.A. w zadaniu nr 1 i 2 pomimo, iż Konsorcjum nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a oferta jest niezgodna z przepisami Pzp oraz jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na fakt, że oświadczenie złożone przez Konsorcjum na podstawie art. 117 ust. 3 i 4 Pzp dowodzi, że nie jest zapewnione realne udostępnienie zdolności Partnera Konsorcjum w toku realizacji zamówienia, podczas gdy członkowie Konsorcjum połączyli potencjały (doświadczenie, zdolność kredytowa) celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 2) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 i 2 oferty Konsorcjum pomimo, iż oferta ta podlega odrzuceniu z przyczyn wskazanych w pkt 1 (powyżej);
- 3) art. 16 pkt 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców oraz niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji z uwagi na wybór oferty Konsorcjum w zadaniu nr 1 i 2, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) i c), pkt 3, pkt 5 Pzp w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 i 2, odrzucenia oferty Konsorcjum na zadania nr 1 i 2 i powtórzenia czynności oceny ofert złożonych na zadania nr 1 i 2.

Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 1 i 2 w dniu 25.06.2024 r.

Wybrane Konsorcjum połączyło zasoby w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj.:

- w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej posiadają łącznie zdolność kredytową na poziomie 22.500.00,00 zł. Żaden z członków konsorcjum osobno nie wykazał zdolności kredytowej na ww. kwotę, a partner konsorcjum osobno nie spełnia natomiast warunku w zakresie OC;
- w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej żaden z członków konsorcjum osobno nie dysponował doświadczeniem w zakresie realizacji co najmniej trzech zamówień wymaganych przez Zamawiającego. W wykazie robót budowlanych wskazane zostały cztery zamówienia, z czego dwa zamówienia wykonał samodzielnie lider konsorcjum, jedno samodzielnie wykonał partner konsorcjum i jedno zamówienie wykonane zostało przez lidera i partnera wspólnie.

Na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum złożyło oświadczenie z dnia 26.04.2024 r., wymagane treścią swz (pkt 9.6 swz), w którym wskazane miało być, które roboty budowlane dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy zgodnie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp. W oświadczeniu tym w odniesieniu do udziału członka konsorcjum PBE ELBUD Poznań S.A. wskazane zostało, iż *na tym etapie nie jest znany zakres prac przewidziany dla PBE ELBUD Poznań S.A.* Ratio legis przepisu art. 117 ust. 3 i 4 Pzp jest umożliwienie weryfikacji, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Jako podmiotowy środek dowodowy oświadczenie to nie może podlegać konwalidacji w drodze dalszego wyjaśnienia/uzupełnienia treści oświadczenia (tak m.in. orzekła KIO w wyrok z dnia 7.07.2024 r., sygn. akt KIO 1602/22). Ponieważ zakres prac partnera konsorcjum na dzień składania oferty nie był znany, nie zostało zapewnione realne wykorzystanie zasobów partnera, które było konieczne do zsumowania dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum. Tym samym nie zostało wykazane przez Konsorcjum spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania oferty. Z oświadczenia złożonego w dniu 26.04.2024 r. wynika, iż nie jest możliwe uzupełnienie oświadczenia w sposób potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień złożenia oferty, gdyż nie był znany na ten dzień podział prac pomiędzy członków konsorcjum. Oznaczałoby to konieczność złożenia nowego oświadczenia zastępującego już uzupełnione na wezwanie Zamawiającego, co prowadziłoby do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zamawiający na posiedzeniu złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpiło po stronie Zamawiającego Konsorcjum ELFEKO S.A. i PBE ELBUD Poznań S.A. (dalej jako Konsorcjum).

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym swz, a także stanowiska stron i Przystępującego po stronie Zamawiającego prezentowane w pismach oraz ustnie na rozprawie.

Stan sprawy co do okoliczności wynikających z dokumentacji postępowania nie był sporny.

Istotne w świetle zakresu zarzutów pozostawały postanowienia swz w zakresie opisującym warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznych lub zawodowych, jak również złożone przez Konsorcjum podmiotowe środki dowodowe w tym wykaz robót wraz z referencjami oraz oświadczenie opisujące zakres prac, jakie członkowie Konsorcjum mieli wykonać w ramach obecnego zamówienia.

Odwołujący na rozprawie sprecyzował, iż wskazanie w odwołaniu na warunek dotyczący sytuacji finansowej nie ma związku z zarzutem braku wykazania przez Konsorcjum spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający opisał w swz warunek dotyczący doświadczenia w pkt 5.1.4.2:

5.1.4.2. w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował co najmniej 3 zamówienia równoważne, o wartości powyżej:

- dla Zadania 1: 10.000.000 zł (słownie: dziesięć milionów złotych) brutto każde,
 - dla Zadania 2: 10.000.000 zł (słownie: dziesięć milionów złotych) brutto każde,
 - dla Zadania 3: 2.500.000 zł (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy złotych) brutto każde,
- gdzie jako zamówienie równoważne Zamawiający rozumie łącznie:
- a) zrealizowanie usługi, polegającej na wykonaniu dokumentacji projektowej, niezbędnej do zrealizowania roboty budowlanej, polegającej na budowie lub przebudowie lub modernizacji linii elektroenergetycznej WN 110 kV lub o napięciu wyższym, oraz:
 - b) zrealizowanie roboty budowlanej, polegającej na budowie lub przebudowie, lub modernizacji linii elektroenergetycznej WN 110 kV lub o napięciu wyższym
- Zamawiający dopuszcza zarówno zamówienie wykonane w trybie „zaprojektuj i wybuduj” na kwoty co najmniej wskazane w ppkt. 5.1.4.2 powyżej, jak również połączenie zamówień w zakresie realizacji usługi projektowej na kwotę co najmniej 5% kwot wskazanych w ppkt. 5.1.4.2 powyżej, z zamówieniem na realizację roboty budowlanej na kwotę co najmniej 95% kwot wskazanych w ppkt. 5.1.4.2 powyżej.

Zamawiający zastrzegł w pkt 6.5 swz, iż weryfikacja spełnienia warunku udziału w postępowaniu dokonywana będzie na podstawie podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta oceniona zostanie najwyżej (procedura odrzucona).

W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Zamawiający w pkt 9 swz wskazał w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej, iż dopuszcza możliwość sumowania posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej. Zgodnie z pkt 9.6 swz *Na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni Wykonawcy.*

Zamawiający podzielił zamówienie na 3 zadania i dopuścił możliwość składania ofert na dowolną liczbę zadań (pkt 8.3 swz).

Konsorcjum złożyło ofertę na trzy zadania.

W celu wykazania spełnienia warunku z pkt 5.4.1.2 swz Konsorcjum przedłożyło na wezwanie podmiotowe środki dowodowe, tj. wykaz robót wraz z referencjami.

Wykaz obejmuje cztery pozycje, których zakres rzeczowy nie jest kwestionowany w odwołaniu. Nie było również spornym, iż roboty z poz. 2 i 3 wykazu stanowiły doświadczenie Lidera Konsorcjum, a prace opisane w poz. 4 realizował Członek Konsorcjum. Roboty wskazane w poz. 1-3 wykazu realizowane były na rzecz obecnego Zamawiającego, który wystawił referencje przedstawione przez Konsorcjum. Okolicznością sporną było natomiast ustalenie, czy doświadczenie opisane w poz. 1 wykazu mogło być ocenione jako doświadczenie Lidera Konsorcjum, czy też jako doświadczenie wspólne obecnych konsorcjantów, co miało w ocenie Odwołującego znaczenie dla ustalenia, czy Konsorcjum spełnia warunek udziału w postępowaniu w związku z treścią oświadczenia uzupełnionego na wezwanie Zamawiającego z dnia 25.04.2024 r. Umowa zawarta została bowiem przez konsorcjum w składzie obecnie ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a jej wartość łączna wyniosła 13.774.770,00 zł brutto.

Konsorcjum w odpowiedzi z dnia 25.04.2024 r. uzupełnił oświadczenie składane na podstawie art. 117 ust. 4 Ustawy, którego nie zostało złożone wraz z ofertą. W jego treści wskazano:

„ELFEKO S.A. jako lider konsorcjum oświadcza, że poszczególni partnerzy wykonają następujący zakres prac :

- *ELFEKO S.A. (lider konsorcjum) :*
- *Główne prace projektowe, budowlane oraz dostawy materiałów.*
- *PBE ELBUD Poznań S.A. (członek konsorcjum) :*
- *Na tym etapie nie jest znany zakres prac przewidziany dla PBE ELBUD Poznań S.A.”*

Na rozprawie Przystępujący po stronie Zamawiającego przedstawił dowód w postaci Protokołu odbioru technicznego nr OD1/72/2023 z dnia 12.12.2023 r. dla zadania z poz. 1 wykazu robót, w którym jako wykonawca wskazana została spółka ELFEKO z siedzibą w Gdyni.

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Na wstępie należy wskazać, iż zarzuty w odwołaniu faktycznie odnoszą się do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wymaganego w zakresie zadania nr 1 i 2 przez Konsorcjum wybrane. Nie jest natomiast kwestionowane wykazanie przez Konsorcjum środków finansowych wymaganych w zakresie dotyczącym obu wskazanych zadań (części zamówienia). Odwołujący nie kwestionuje przy tym zakresu i rodzaju prac objętych wykazem wraz z referencjami potwierdzającymi doświadczenie obu konsorcjantów. Zasadniczym natomiast dla uznania, iż Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zadaniu nr 1 i 2 miało być oświadczenie

Konsorcjum dotyczące podziału prac pomiędzy konsorcjantów złożone na podstawie art. 117 ust. 4 Ustawy. Odwołujący wywodził, iż w sytuacji gdy nie zostało określone jaki zakres prac miały być realizowany przez Członka Konsorcjum – spółkę PBE ELBUD Poznań S.A, doświadczenie tego współkonsorcjanta nie mogło być uwzględnione, jako realnie możliwe do wykorzystania na etapie realizacji prac. Tym samym, Konsorcjum miało nie wykazać spełnienia warunku doświadczenia wymaganego w zadaniach nr 1 i 2.

W odniesieniu do tak opisanego zarzutu zasadniczym było odniesienie się do znaczenia oświadczenia składanego na podstawie art. 117 ust. 4 Ustawy dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dla zadania nr 1 i 2.

Zgodnie z tym przepisem wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie składają *oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy*. Oświadczenie to związane jest z badaniem spełnienia warunku dotyczącego, m.in. kwalifikacji zawodowych wykonawcy lub doświadczenia wymaganego dla wykazania zdolności do realizacji zamówienia publicznego, przez wykazanie realnego zaangażowania podmiotu spełniającego warunek do wykonania prac, do realizacji, których doświadczenie lub kwalifikacje są konieczne.

W oświadczeniu z 26.04.2024 r. Konsorcjum wskazało, iż to Lider (ELFEKO) *wykonąłowne prace projektowe, budowlane oraz dostawy materiałów*. Zakres ten odpowiada zatem w całości zamówieniu równoważnemu opisanemu dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, obejmującego zarówno prace projektowe, jak i roboty budowlane na linii elektroenergetycznej. Zakres prac jakie miałyby natomiast wykonać Członek Konsorcjum nie był znany w momencie składania oświadczenia i nie został w nim wskazany.

Uwzględniając okoliczności niniejszej sprawy, skład orzekający stwierdza, iż weryfikacja zakresu w jakim Członek Konsorcjum miał być zaangażowany w prace, nie miała zasadniczego znaczenia, gdyż doświadczenie samego Lidera Konsorcjum wskazane w wykazie robót pozwalało uznać, iż Konsorcjum spełnia warunek udziału opisany w swz dla zamówień równoważnych o wartości dla każdego z dwóch zadań po 10 mln zł brutto. Ponieważ Lider Konsorcjum co najmniej doświadczeniem opisanym w poz. 2 i 3 wykazu samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu i jest podmiotem, który będzie zaangażowany realnie w wykonanie prac, nie ma podstaw do twierdzenia, iż wymagane doświadczenie nie będzie wykorzystane, której to ocenie służyć miało oświadczenie złożone na podstawie art. 117 ust. 4 Ustawy.

Należy również wskazać, iż Odwołujący błędnie wywodził potrzebę wykazania zakresu, w jakim Członek Konsorcjum będzie zaangażowany w prace, w sytuacji gdy jego doświadczenie pozostawało irrelewantne dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący ograniczając zakres zarzutu do zadań nr 1 i 2, nie mógł rozszerzać oceny spełnienia warunku również na zadanie nr 3, dla którego znaczenie miałoby zaliczenie doświadczenia z poz. 1 wykazu, w tym ocena, czy może być ono zaliczone w całości jako zdobyte przez Lidera Konsorcjum, czy też z udziałem Członka Konsorcjum, co ewentualnie mogło pozostawiać otwartą ocenę potrzeby wskazania na prace, jakie Członek Konsorcjum miałby wykonać w zamówieniu.

Ponieważ Odwołujący wyłącznie opierał zarzuty na analizie oświadczenia i ustaleniu, iż nie jest możliwe zidentyfikowanie w jakim zakresie Członek Konsorcjum miał być zaangażowany w realizację prac, w ocenie składu orzekającego nie mogło to prowadzić do stwierdzenia, iż Konsorcjum nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zadaniach nr 1 i 2. Okolicznością niesporną było, iż Lider Konsorcjum posiada doświadczenie pozwalające wykazać spełnienie warunku wymaganego dla zadania nr 1 i 2 i to ten podmiot został wskazany do realizacji zasadniczych elementów prac, stanowiących element badania podmiotowego wykonawcy. Tym samym doświadczenie samego Lidera było wystarczające dla potwierdzenia zdolności Konsorcjum, a udział Członka Konsorcjum i jego doświadczenie nie wpływa na tą ocenę.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 20.000 zł oraz uzasadnione koszty pełnomocnika Zamawiającego wykazane w spisie kosztów złożonym przed zamknięciem rozprawy obejmujące wynagrodzenie w wysokości 3.600 zł oraz koszty dojazdu w wysokości 690,00 zł i obciążyła nimi w całości Odwołującego.

Przewodnicząca:.....