

WYROK

Warszawa, dnia 18 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Bienias**

Protokolant: **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2024 r. przez wykonawcę **Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiatowy Zarząd Dróg w Przeworsku**,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **PBI INFRASTRUKTURA S.A. z siedzibą w Kraśniku oraz PBI WMB Sp. z o.o. z siedzibą w Sandomierzu**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** i

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**, tytułem wpisu od odwołania.

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 1800/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiatowy Zarząd Dróg w Przeworsku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. "Przebudowa drogi powiatowej nr P 1617 R Kańczuga - Jarosław wraz z przebudową obiektu mostowego", Nr referencyjny postępowania: EZ.3311.2.2024.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 2024/BZP 00206754/01 z dn. 16.02.2024.

W dniu 21 maja 2024 r. wykonawca **Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, tj.:

- zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum w składzie **PBI Infrastruktura S.A. w Kraśniku (lider)** i **PBI WMB Sp. z o.o. w Sandomierzu (partner)**, dalej określane jako „Konsorcjum PBI” mimo istnienia przesłanki odrzucenia: niespełniania przez wykonawcę, który ma realizować całość robót budowlanych objętych zamówieniem warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej – doświadczenia wykonawcy, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b w zw. z art. 117 ust. 3 PZP,
- naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez zaakceptowanie konsorcjum PBI, które ma zamiar realizować zamówienie publiczne z udziałem tylko jednego podmiotu będącego członkiem tego konsorcjum, który nie dysponuje wymaganym doświadczeniem, to jest naruszenie art. 16 PZP.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum **PBI sp. z o.o.** jako najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty Konsorcjum PBI,
- 3) przeprowadzenia czynności ponownego badania ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 4) zwrotu na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę **Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 czerwca 2024 r. (pismo z dnia 6 czerwca 2024 r.) wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **PBI INFRASTRUKTURA S.A. z siedzibą w Kraśniku oraz PBI WMB Sp. z o.o. z siedzibą w Sandomierzu**.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2024 r. (pismo z dnia 6 czerwca 2024 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Izba zważa, że Odwołujący pismem z dnia 13 czerwca 2024 r. wnosił o uznanie zgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego za bezskuteczne.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 117 ust. 3 ustawy PZP, W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Zgodnie z art. 16 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba w pierwszej kolejności odnieść się do wniosku Odwołującego z dnia 13 czerwca 2024 r. o uznanie zgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego za bezskuteczne. W ocenie Izby, wniosek ten jest bezzasadny. Należy bowiem zauważyć, że z pełnomocnictwa z dnia 30 marca 2023 r. wynika, iż PBI Infrastruktura Spółka Akcyjna udziela pełnomocnictwa Panu P.W. PESEL: 8. do reprezentowania PBI we wszystkich sprawach związanych z ubieganiem się przez PBI o realizację zamówień publicznych w trybie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „PZP”). Pod koniec ww. pełnomocnictwa zaznaczono, iż: „W przypadku gdy PBI będzie zamierzało wspólnie z innym wykonawcą lub innymi wykonawcami ubiegać się o udzielenie danego zamówienia publicznego, niniejsze pełnomocnictwo obejmuje również umocowanie do:

- 17) zawarcia umowy pomiędzy PBI a tym lub tymi wykonawcami;
- 18) wykonywania wszystkich czynności faktycznych i prawnych, określonych w odrębnym pełnomocnictwie udzielonym PBI przez wykonawców wspólnie ubiegających o udzielenie zamówienia publicznego - w przypadku gdy PBI zostanie ustanowione pełnomocnikiem w rozumieniu art. 58 ust. 2 PZP”.

Następnie Konsorcjanci PBI WMB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością reprezentowana przez B.K. – Prezesa Zarządu oraz PBI Infrastruktura Spółka Akcyjna reprezentowana przez P.W. - Dyrektora Technicznego, pełnomocnictwem z dnia 21.02.2024 r. ustanowili PBI Infrastruktura Spółka Akcyjna będącą - Liderem Konsorcjum pełnomocnikiem w rozumieniu art. 58 ust. 2 ustawy PZP.

Izba zważa, że zgodnie z art. 58 ust. 2 ustawy PZP, W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Biorąc powyższy przepis pod uwagę, Konsorcjanci ustanowili pełnomocnikiem PBI Infrastruktura Spółka Akcyjna – Lidera

konsorcjum jako osobę prawną, co jest zgodne z powyższą normą prawną, ponieważ pełnomocnikiem może być zarówno osoba fizyczna, jak i prawna.

Izba zważa, że zgodnie z art. 510 ust. 2 ustawy PZP, Pełnomocnikiem osoby prawnej, przedsiębiorcy, w tym nieposiadającego osobowości prawnej, lub jednostki nieposiadającej osobowości prawnej może być również pracownik tej jednostki.

W ocenie Izby, na podstawie powyższych pełnomocnictw wynika, że Pan P.W. jest Dyrektorem Technicznym Lidera Konsorcjum, tj. PBI Infrastruktura Spółka Akcyjna, a więc zdaniem Izby bezsprzecznie jest pracownikiem tej spółki, która została ustanowiona pełnomocnikiem Konsorcjum. Tym samym, Izba nie zgadza się z Odwołującym, że PBI WMB Sp. z o.o. oraz PBI Infrastruktura S.A nie są reprezentowane w niniejszym postępowaniu jako Przystępujący do odwołania po stronie Zamawiającego oraz że „reprezentacja jest wadliwa, bo P.W. jest prokurentem łącznym, a podpisał pełnomocnictwo samodzielnie”.

W ocenie Izby, zdaje się nie zauważać Odwołujący, iż PBI Infrastruktura S.A udzieliło pełnomocnictwa niezależnie od wynikającego z KRS prokury łącznej, bo przecież, gdyby Pan P.W. miał działać jako prokurent, to nie byłoby potrzebne udzielenie pełnomocnictwa. Poza tym, należy zauważyć, że są to dwa odrębne rodzajowo pełnomocnictwa.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż Pan P.W. jako reprezentujący Konsorcjum firm mógł podpisać zgłoszenie przystąpienia, a tym samym Izba uznała za skuteczne przystąpienie Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przechodząc do warstwy merytorycznej, Izba zważa, że zarzuty naruszenia przez Zamawiającego zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum w składzie PBI Infrastruktura S.A. w Kraśniku (lider) i PBI WMB Sp z o.o. w Sandomierzu (partner), dalej określane jako „Konsorcjum PBI” mimo istnienia przesłanki odrzucenia: niespełniania przez wykonawcę, który ma realizować całość robót budowlanych objętych zamówieniem warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej – doświadczenia wykonawcy, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b w zw. z art. 117 ust. 3 PZP oraz zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez zaakceptowanie konsorcjum PBI, które ma zamiar realizować zamówienie publiczne z udziałem tylko jednego podmiotu będącego członkiem tego konsorcjum, który nie dysponuje wymaganym doświadczeniem, to jest naruszenie art. 16 PZP, są zdaniem Izby niezasadne.

Izba w pierwszej kolejności zważa, że Odwołujący zarzucając Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego wskutek niespełnienia przez wykonawcę, który ma realizować całość robót budowlanych objętych zamówieniem publicznym warunku udziału w postępowaniu, powołując się na błędy oświadczenia Przystępującego złożonego w trybie art. 117 ust. 4 oraz wykazu robót wraz z listami referencyjnymi przedstawionymi przez Przystępującego pominął fakt, że w przypadku, gdyby Zamawiający doszedł do wniosku, iż Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, to Zamawiający w pierwszej kolejności byłby zobowiązany do wszczęcia procedury wynikającej z art. 128 ust. 1 ustawy PZP, a nie od razu odrzucać ofertę Przystępującego.

Izba zważa, że zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy PZP, Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , podmiotowych środkach dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Trzeba bowiem zwrócić uwagę, iż ww. przepis posługuje się pojęciem „wzywa”, a co oznacza, że w przypadku, gdyby dokumenty (oświadczenia) złożone przez Przystępującego zawierały błędy, tj. nie potwierdzały spełnienia odpowiednich wymagań określonych przez Zamawiającego, to po stronie Zamawiającego powstałby wprawdzie obowiązek zastosowania powyższej normy prawnej.

Zdaniem Odwołującego Lider Konsorcjum (PBI Infrastruktura S.A.) wykazał jedynie doświadczenie w realizacji robót wspólnie z Partnerem Konsorcjum (PBI WMB Sp. z o.o.), zatem w ocenie Odwołującego Lider Konsorcjum nie posiada własnego doświadczenia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. W piśmie procesowym z dnia 13 czerwca 2024 r. Odwołujący stwierdził, iż: „Przedłożone dokumenty pozwoliły Zamawiającemu na dokonanie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – doświadczenia w realizacji robót budowlanych, opisanego w SWZ pkt 7.4 a) przez jedynego realizatora robót budowlanych, zgodnie z SWZ pkt 7.4. in fine. Ocena ta była jednak błędna, co jednak nie powoduje, że po stronie Zamawiającego powstała potrzeba korzystania z procedury wynikającej z art. 128 ust. 1 PZP”.

Izba nie zgadza się z powyższym poglądem Odwołującego, ponieważ, jeśli zdaniem Odwołującego Przystępujący nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, to w pierwszej kolejności powinien był zarzucić Zamawiającemu zaniechanie czynności polegającej na wezwaniu Przystępującego do uzupełnienia lub poprawienia w wyznaczonym terminie

wymaganych podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń.

Tym samym, w ocenie Izby, zarzut naruszenia przez Zamawiającego zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum nie mógł być uwzględniony przez Izbę, bowiem zarzut postawiony przez Odwołującego jest zarzutem przedwczesnym.

Powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2024 r. o sygn. akt: KIO 721/24, zgodnie z którym: „W wyniku powyższego wniesione odwołanie podlegało oddaleniu już tylko z tej przyczyny, iż Odwołujący błędnie sformułował zarzuty odwołania stawiając zarzut dalej idący (zaniechania odrzucenia oferty), podczas gdy w rozpoznawanym przypadku nie została wyczerpana określona ustawą Pzp procedura, o której mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, a brak było zarzutu w tym zakresie”.

W dalszej kolejności Izba zważy, że Zamawiający opisał warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w pkt 7.4 a) SWZ, zgodnie z którym: „Warunek ten zostanie spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej dwie roboty o wartości minimum 13 000 000,00 PLN brutto każda o zbliżonym charakterze do przedmiotu zamówienia obejmujące budowę, przebudowę drogi wraz z przebudową lub budową mostu”, natomiast zgodnie z pkt 26.3 SWZ: „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonują roboty lub usługi do realizacji których te zdolności są wymagane”.

Z kolei w myśl pkt 10.2.1. lit. b SWZ, Zamawiający wskazał iż: „Zgodnie z art. 274 ust. 1 upzp 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 składania: wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej dwie roboty o wartości minimum 13 000 000,00 PLN brutto każda o zbliżonym charakterze do przedmiotu zamówienia obejmujące budowę, przebudowę drogi wraz z przebudową lub budową mostu, z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, 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 - na załączonym druku nr 4 stanowiącym załącznik do SWZ”.

W związku z powyższym, Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 16 kwietnia 2024 r. o przedłożenie podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień składania, przedstawił Wykaz wykonanych robót budowlanych (załącznik nr 4 do SWZ), z którego wynika, iż PBI Infrastruktura S.A. – Lider wykonał dwie roboty budowlane, tj. Budowa nowego odcinka drogi wojewódzkiej nr 835 Lublin - Przeworsk - Grabownica Starzeńska od skrzyżowania z DK 94 w m. Gwizdaj do skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 835 w m. Przeworsk oraz rozbudowa istniejącej drogi wojewódzkiej na odcinku od km 150+600 do km 154+600 wraz z budową i przebudową niezbędnej infrastruktury technicznej, budowli i urządzeń budowlanych" w ramach zadania pn.: „Budowa/przebudowa drogi wojewódzkiej nr 835 Lublin - Przeworsk - Grabownica Starzeńska na odcinku od DK 94 do miasta Kańczuga – etap I na rzecz Województwa Podkarpackiego, Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich oraz Budowa łącznika Drogi ekspresowej S-19 – Drogi powiatowej na odcinku od węzła Rzeszów Południe do Drogi krajowej nr 19- Etap I na rzecz Powiatu Rzeszowskiego, wraz z listami referencyjnymi (z dnia 2.11.2023 r. i 29.02.2024 r.) oraz odpisami KRS dla Lidera, jak i Partnera Konsorcjum.

Izba zważy, że Odwołujący zarzucając w odwołaniu, że przedłożone przez Przystępującego listy referencyjne dotyczące następujących zadań: zamówienia realizowanego przez Przystępującego na rzecz Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie na podstawie umowy z dnia 30 kwietnia 2021 r. pn.: „Budowa/ przebudowa drogi wojewódzkiej nr 835 Lublin — Przeworsk — Grabownica Starzeńska na odcinku od DK 4 do miasta Kańczuga - etap I oraz zamówienia realizowanego na rzecz Powiatu Rzeszowskiego na podstawie umowy z dnia 21 maja 2021 r. pn.: „Budowa łącznika drogi ekspresowej S-19 — drogi powiatowej na odcinku od węzła Rzeszów - Południe do drogi krajowej Nr 19 - Etap I, zostały wystawione na rzecz Konsorcjum firm, tj. PBI Infrastruktura S.A. – Lidera Konsorcjum i PBI WME Sp. z o.o. -Partnera Konsorcjum, a nie tylko na rzecz Lidera Konsorcjum, natomiast z oświadczenia Przystępującego złożonego w trybie art. 117 ust. 4 PZP (załącznik nr 3 do SWZ) wynika, iż wykonawcą robót budowlanych w przedmiotowym postępowaniu pn. Przebudowa drogi powiatowej nr P 1617 R Kańczuga – Jarosław wraz z przebudową obiektu mostowego, ma być wyłącznie Lider Konsorcjum, to Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż w ocenie Izby oba dokumenty (tj. oświadczenie Przystępującego oraz Wykaz wykonanych robót budowlanych) wzajemnie się uzupełniają, ponieważ z oświadczenia Przystępującego jasno wynika, iż „Wszelkie roboty budowlane objęte zakresem przedmiotu zamówienia” wykona PBI Infrastruktura S.A. – Lider konsorcjum (co też jest zgodne z Wykazem wykonanych robót budowlanych, gdzie wskazana jest PBI Infrastruktura S.A. – Lider), natomiast w zakresie produkcji i sprzedaży na rzecz Lidera Konsorcjum masy bitumicznej wykona PBI WMB Sp. z o.o. – Partner Konsorcjum.

W ocenie Izby, z powyższych dokumentów jednoznacznie wynika, jaką rolę członkowie Konsorcjum (Lider i Partner) odgrywali przy poprzednio realizowanych zamówieniach i jaką będą odgrywać przy realizacji przedmiotowego zamówienia.

Izba zważa, że powyżej wskazany podział usług wynika nie tylko z informacji KRS, z których wychodzi, iż Lider Konsorcjum oraz Partner Konsorcjum prowadzą działalność w zakresie robót związanych z budową dróg i autostrad (PKB: 42.11.Z), przy czym co istotne roboty związane z budową mostów i tuneli (PKB: 42.13.Z) prowadzi wyłącznie Lider konsorcjum, a co jest zgodne z przedmiotem zamówienia oraz warunkiem opisanym przez Zamawiającego, zaś Partner Konsorcjum prowadzi działalność gospodarczą m.in. wyłącznie w zakresie wytwarzania i przetwarzania produktów rafinacji ropy naftowej, tj. produkcja mas bitumicznych (PKB: 19.20.Z), a czego zdaje się nie zauważać Odwołujący w piśmie procesowym, ale również z przedłożonych dowodów przez Przystępującego do pisma procesowego w postaci porozumień wykonawczych z dnia 30 kwietnia 2021 r. oraz 24 maja 2021 r., z których wynika wewnętrzny podział zakresu obowiązków (z § 1 ust. 1 porozumienia z dnia 30 kwietnia 2021 r. wynika, iż Lider wykona wszelkie roboty budowlane, co stanowi 86% wartości Zamówienia, zaś Partner zajmie się produkcją i sprzedażą mieszanek mineralno-asfaltowych, co stanowi 14% wartości Zamówienia, z kolei w myśl § 1 ust. 1 porozumienia z dnia 24 maja 2021 r. Lider wykona wszelkie roboty budowlane, co stanowi 91% wartości Zamówienia, zaś Partner zajmie się produkcją i sprzedażą mieszanek mineralno-asfaltowych, co stanowi 9% wartości Zamówienia).

Nadto Izba zważa, że referencje są wyłącznie składane przez wykonawców na wykazanie należytego wykonania zamówienia publicznego, a tym samym z ich treści nie musi wynikać ewentualny podział zakresów robót pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum, zwłaszcza, że przedłożone przez Przystępującego referencje w zakresie realizacji zamówienia publicznego dotyczyły zadania wykonanego na rzecz Województwa Podkarpackiego – Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie na podstawie umowy z dnia 30 kwietnia 2021 r. pn.: „Budowa/ przebudowa drogi wojewódzkiej nr 835 Lublin – Przeworsk – Grabownica Starzeńska na odcinku od DK 4 do miasta Kańczuga – etap I” oraz zadania wykonanego na podstawie umowy z dnia 21 maja 2021 r. na rzecz zamawiającego Powiatu Rzeszowskiego w przedmiocie zadania pn.: „Budowa łącznika drogi ekspresowej S-19 – drogi powiatowej na odcinku od węzła Rzeszów – Południe do drogi krajowej Nr 19 – Etap I”.

Warto w tym miejscu powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 sierpnia 2018 r. o sygn. akt: KIO 1498/18, z którego wynika, iż: *„Referencje stanowią potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług lub robót budowlanych, których rodzaj, przedmiot, wartość, daty i miejsce wykonania Wykonawca podaje w wykazie dostaw, usług lub robót budowlanych. Ponadto, Zamawiający nie ma wpływu na treść sformułowań zawartych w referencjach, z uwagi na to iż są one wystawiane przez podmiot trzeci. To nie referencje, których rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz dostaw, usług lub robót budowlanych stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia.”*.

Niezależnie od powyższego, Izba zwraca uwagę, iż Przystępujący wykonywał już wielokrotnie na rzecz Zamawiającego zamówienia publiczne, w których oświadczenia o podziale zadań były składane w taki sam sposób, jak w przedmiotowym postępowaniu, tj. na wykonawstwo robót budowlanych przez Lidera Konsorcjum oraz wytwarzanie i dostawę mas bitumicznych przez Partnera Konsorcjum, na co wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, jak i Przystępujący w piśmie procesowym, który dołączył do pisma procesowego dowody w postaci oświadczeń wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, protokoły z czynności końcowego odbioru robót, w stosunku do zrealizowanych przez Przystępującego na rzecz Zamawiającego zamówień publicznych. Tym samym Izba nie znajduje podstaw do kwestionowania przez Odwołującego twierdzenia Zamawiającego, iż: „Lider i Partner wykonywał już wielokrotnie na rzecz Zamawiającego kilka zamówień publicznych, w toku których również były składane przez Przystępującego oświadczenia o podziale zadań w taki sam sposób, jak w niniejszym postępowaniu, zatem zasadnie Zamawiający przyjął, że w ramach konsorcjum Przystępującego Lider zajmuje się wykonawstwem robót, a Partner produkcją i dostawą mieszanek bitumicznych.” Poza tym, Odwołujący w ogóle nie odniósł się do dowodów złożonych przez Przystępującego ani w piśmie procesowym ani na rozprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Izby, Zamawiający prawidłowo ocenił złożone przez Przystępującego oświadczenie i dokumenty, jak również wynikającego z nich podział obowiązków w zakresie działania Konsorcjum oraz wykazania niezbędnego doświadczenia w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, co zresztą sam Zamawiający jednoznacznie oświadczył w odpowiedzi na odwołanie: „dokumenty i oświadczenia złożone przez Przystępującego nie budziły wątpliwości Zamawiającego”.

Konkludując, zdaniem Izby, Zamawiający nie naruszył ani art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP w zw. z art. 117 ust. 3 ustawy PZP ani art. 16 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 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 (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: