

WYROK
z dnia 24 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2023 r. przez Odwołującego - **wykonawcę Firmę Budowlaną Ekoinbud sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Gdańsku działającego w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Firmy Budowlanej Ekoinbud sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Gdańsku oraz Ekoinbud sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Miejską Ciechanów** przy udziale Uczestnika postępowania odwoławczego – wykonawcy **UNIHOUSE S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim** zgłaszającego swoje przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2367/23

Uzasadnienie

Gmina Miejska Ciechanów (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”) w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *Budowa miejskiego żłobka w technologii modułowej wraz z zagospodarowaniem terenu przy ul. Prymasa Tysiąclecia w Ciechanowie*; Numer referencyjny: WZP.271.1.16.2023 (dalej „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26.05.2023 r., pod numerem 2023/BZP 00250062.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp

Dnia 9 sierpnia 2023 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Firma Budowlana Ekoinbud sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Gdańsku (lider) oraz Ekoinbud sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Odwołujący”) wobec niezgodnych z przepisami prawa czynności i zaniechań Zamawiającego w ww. zamówieniu, polegających na:

- 1) czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Wykonawcy,
- 2) zaniechania Zamawiającego wezwania Odwołującego do wyjaśnienia co do złożonego oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 PZP.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
 - 1) art. 16 pkt 1), 2) i 3) PZP w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1) i pkt 2) PZP w zw. z art. 17 ust. 2 PZP w zw. z art. 117 ust. 3 PZP w zw. z art. 117 ust. 4 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, w której nie podlegała ona odrzuceniu,
 - 2) art. 16 pkt 1), 2) i 3) PZP w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1) i pkt 2) PZP w zw. z art. 17 ust. 2 PZP w zw. z art. 117 ust. 3 PZP w zw. z art. 117 ust. 4 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) PZP poprzez przyjęcie, że Odwołujący nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 PZP, podczas gdy Odwołujący w przewidzianym terminie oświadczenie to złożył,
 - 3) art. 16 pkt 1), 2) i 3) PZP w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1) i pkt 2) PZP w zw. z art. 17 ust. 2 PZP w zw. z art. 117 ust. 3 PZP w zw. z art. 117 ust. 4 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, gdyż zdaniem Zamawiającego złożone przez niego oświadczenie nie korespondowało z warunkami udziału w postępowaniu, podczas gdy Zamawiający nie zażądał ani w dokumentach zamówienia ani w wezwaniu skierowanym do Odwołującego, aby oświadczenie zawierało treści, z powodu braku których Zamawiający uznał oświadczenie Wykonawcy za wadliwe i przyjęciem fikcji, że Odwołujący nie złożył oświadczenia z art. 117 ust. 4 PZP,
 - 4) art. 16 pkt 1), 2) i 3) PZP w zw. z art. 128 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia dotyczących złożonego przez Odwołującego oświadczenia z art. 117 ust. 4 PZP,
 - 5) art. 16 pkt 1), 2) i 3) PZP w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1) i pkt 2) PZP w zw. z art. 17 ust. 2 PZP w zw. z art. 239 PZP poprzez wybór oferty Unihouse S.A., choć oferta ta nie była ofertą najkorzystniejszą, gdyż najkorzystniejszą była oferta Odwołującego i to jego oferta powinna być wybrana.

W związku z powyższym podstawowe żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności z dnia 4 sierpnia 2023 r. w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny oferty Odwołującego i wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami zastępstwa adwokackiego przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu niniejszego postępowania odwoławczego na jego korzyść, ponieważ w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP Odwołujący utracił możliwość realizacji inwestycji, której dotyczyło Postępowanie. Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu, a jego oferta zostałaby sklasyfikowana na pierwszym miejscu (uzyskałaby 100 pkt), gdyby nie naruszenia Zamawiającego i niezasadne

odrzuć oferty Wykonawcy. Gdyby Zamawiający przeprowadził czynności w Postępowaniu zgodnie z przepisami PZP, Zamawiający wybrałby ofertę Odwołującego. Tym samym Odwołującemu zostałaby powierzona realizacja inwestycji będącej przedmiotem Postępowania.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, złożył w Postępowaniu najkorzystniejszą ofertę, którą Zamawiający odrzucił i wybrał ofertę kolejnego wykonawcy- Uniehouse S.A. Jako podstawę prawną odrzucenia oferty Wykonawcy Zamawiający wskazał art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) PZP, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, że powodem odrzucenia oferty jest oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust.4 PZP. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu, że Wykonawca złożył oświadczenie z art. 117 ust.4 PZP w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z art. 128 ust.1 PZP w przewidzianym terminie. W ocenie Odwołującego nie zaszły w związku z tym podstawy do odrzucenia oferty określone w art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) PZP.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że powodem odrzucenia oferty było to, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie uzupełnił powyższe oświadczenie, jednak jego treść nie koresponduje z warunkami udziału w postępowaniu, jakie były postawione przez Zamawiającego w SWZ. Odnosząc się do powyższego Odwołujący zauważył, że w jego ocenie przepis art. 117 ust.4 PZP nie wymaga, aby treść tego oświadczenia korespondowała z warunkami udziału w postępowaniu, jakie były postawione przez Zamawiającego w SWZ. Przepis ten nie przewiduje, że oświadczenie to ma mieć elementy, z powodu braku których Zamawiający odrzucił ofertę, takiego wymogu nie postawił także Zamawiający w SWZ. Odwołujący wskazał, że w SWZ, w Rozdziale XII *Informacja o podmiotowych środkach dowodowych żądanych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu* Zamawiający w ogóle nie przewidział obowiązku składania oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust.4 PZP. Zamawiający ani w tym Rozdziale SWZ ani w żadnym innym miejscu SWZ nie określił wymagań szczegółowych co do treści oświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w szczególności nie wymagał, aby oświadczenie to korespondowało z warunkami udziału w postępowaniu. Zamawiający nie określił także wzoru oświadczenia z art. 117 ust.4 PZP. W przeciwieństwie do oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby, dla którego Zamawiający określił w SWZ wymogi i wprost wskazał, że oświadczenie to należy złożyć wraz z ofertą.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający również w wezwaniu skierowanym do Wykonawcy także nie określił wymogu, aby oświadczenie z art. 117 ust.4 PZP korespondowało z warunkami udziału w postępowaniu.

Zamawiający odrzucił zatem ofertę Odwołującego, który złożył oświadczenie z art. 117 ust.4 PZP, gdyż zdaniem Zamawiającego nie spełnia ono oczekiwań Zamawiającego, jednak oczekiwania te nie zostały nigdzie przez Zamawiającego określone. Takie działanie Zamawiającego narusza nie tylko przepis art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) PZP, gdyż Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, który złożył w przewidzianym terminie oświadczenie z art. 117 ust.4 PZP, ale także narusza art. 16 PZP. Odrzucenie oferty Wykonawcy z tego powodu, że złożone przez niego oświadczenie rzekomo nie spełnia oczekiwań Zamawiającego, których Zamawiający nie określił i nie sprecyzował, narusza obowiązek prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Działanie takie narusza także art. 17 PZP, gdyż z arbitralnych powodów prowadzi do odrzucenia najkorzystniejszej oferty

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że Zamawiający uzasadnił odrzucenie jego oferty okolicznością, że z załączonego oświadczenia nie wynika, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia będzie wykonywał dokumentację projektową oraz nie wynika, który z wykonawców zapewni zespół wymaganych osób. Z przedstawionego wykazu robót budowlanych oraz referencji wynika, że lider konsorcjum F.B.. Ekoinbud Sp. z o.o. Sp.k wykazuje spełnienie warunku w zakresie wymaganego doświadczenia, co nie znajduje jednak odzwierciedlenia w treści oświadczenia złożonego na podstawie art. 117 ust 4 ustawy Pzp, ponieważ brakuje informacji w zakresie wykonania dokumentacji projektowej. Odwołujący ponownie podkreślił, że ani w SWZ ani w wezwaniu skierowanym do Wykonawcy Zamawiający nie wymagał, aby w oświadczeniu z art. 117 ust.4 PZP wykonawcy określili, który z nich będzie wykonywał dokumentację projektową. Okoliczność, że projektowanie nie zostało wyodrębnione w oświadczeniu nie oznacza zdaniem Odwołującego, że nie złożył on oświadczenia potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w następujący sposób *„Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych realizowanych w formule „zaprojektuj i wybuduj”* (por. Rozdział IV ust.1 SWZ). Sam Zamawiający zatem zdefiniował zatem, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych (w formule zaprojektuj i wybuduj). Oświadczenie Odwołującego, które określa, które roboty budowlane zostaną wykonane przez którego z konsorcjantów koresponduje z opisem przedmiotu zamówienia oraz treścią warunku udziału. Brak wyodrębnienia informacji, który z wykonawców będzie projektował, nie powoduje, że Zamawiający nie dysponuje dokumentami potwierdzającymi spełnianie przez Wykonawców warunku udziału w postępowaniu.

Zaskakujące jest w ocenie Odwołującego także odrzucenie oferty z uwagi na to, że ze złożonego oświadczenia nie wynika, który z wykonawców zapewni zespół wymaganych osób. SWZ nie wymagała, aby w oświadczeniu z art. 117 ust.4 PZP wykonawcy określili, który z nich zapewni zespół wymaganych osób. Zamawiający nie postawił takiego wymogu również w wezwaniu skierowanym do Odwołującego, w którym Zamawiający wezwał do złożenia oświadczenia, z którego wynikać będzie, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy, a nie z którego wynikać będzie, z których zapewni zespół wymaganych osób. Zamawiający nie wymagał ponadto zawarcia takiej informacji w wykazie osób, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia, w którym oczekiwał wyłącznie wskazania podstawy dysponowania tymi osobami. To, który z wykonawców zapewni odpowiedniego kierownika robót, nie ma przy tym zdaniem Odwołującego żadnego znaczenia dla oceny spełniania warunku udziału w tym zakresie. Dla stwierdzenia spełniania warunku dotyczącego dysponowania osobami konieczne jest ustalenie, czy osoby te spełniają wymagania określone w SWZ i czy wykonawca faktycznie dysponuje tymi osobami, a nie to który z wykonawców tymi osobami dysponuje.

Odwołujący zauważył przy tym, że jeżeli powyższe okoliczności budziły wątpliwości Zamawiającego, to Zamawiający powinien był na zasadzie art. 128 ust.4 PZP wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, czego nie uczynił. Fakt, że

Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia oświadczenia z art. 128 ust.1 PZP, nie wyklucza możliwości wyjaśnienia treści złożonego oświadczenia. Projektowanie nie zostało wyszczególnione jako odrębna część zamówienia powierzona któremukolwiek z wykonawców, a przecież przedmiotowe zamówienie na roboty budowlane jest realizowane w formule zaprojektuj i wybuduj, więc oczywistym jest, że wykonawcy będą także wykonywali czynności projektowe. Jeżeli Zamawiający miał wątpliwość, który z nich będzie wykonywał dokumentację projektową i uważał, że jest to dla niego informacja istotna, to mógł i powinien był wezwać Odwołującego do wyjaśnień. Odwołujący nie mógł się domyślać tego oczekiwania Zamawiającego ani tym bardziej oczekiwania Zamawiającego co do wskazania w oświadczeniu, który z wykonawców zapewni poszczególne osoby. Zamawiający nie stwierdził, aby Odwołujący nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, nie zakwestionował także podziału zadań, nie stwierdził, aby oferta była niezgodna z SWZ. Wyłącznym powodem odrzucenia oferty jest to, że w oświadczeniu nie zostało określone, który z podmiotów będzie projektował i który zapewni kierowników robót. W sytuacji, w której Zamawiający nie postawił takich wymogów w SWZ, nie przedstawił wzoru oświadczenia, a w wezwaniu nie wymagał wprost wskazania, który z konsorcjantów będzie projektował, to zdaniem Odwołującego nie sposób uznać, że nie złożył on wymaganego dokumentu.

Aktualne zdaniem Odwołującego w przedmiotowej sprawie pozostaje stanowisko komentatorów PZP: *„Gdyby SWZ zawierała dodatkowe regulacje, konkretne zapisy związane z udziałem grupy wykonawców w postępowaniu, w jaki sposób badane będzie potwierdzenie doświadczenia i wiedzy w przypadku projektów realizowanych jako konsorcjum, wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu mogliby, po pierwsze, zweryfikować takie zapisy przed Izłą w początkowej fazie postępowania. Wówczas istniałaby także możliwość uzyskania i przygotowania odpowiednich dokumentów mających potwierdzać zdobyte doświadczenie oraz realność tego doświadczenia, na co uwagę w swoim orzeczeniu zwracał Trybunał Sprawiedliwości UE. W postępowaniu będącym przedmiotem postępowania odwoławczego przed Izłą SIWZ [uw. aut. – obecnie SWZ] podobnych regulacji nie zawierała. Nie można zapominać, że zamawiający badając zdolność wykonawców do realizacji zamówienia i prawidłowość złożonych ofert porusza się w ramach ustalonych zapisów SIWZ [uw. aut. – obecnie SWZ], oczekiwanie po złożeniu ofert od wykonawców innych, niewymaganych wcześniej dokumentów, ocenianych według odwołującego im regułą należy uznać za przekroczenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”*. (por. komentarz do art. 117 PZP w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Paweł Granecki, Iga Granecka 2021 SIP Legalis).

Zdaniem Odwołującego złożone oświadczenie potwierdza, że zamówienie będzie realizowane przez podmiot posiadający odpowiednie doświadczenie, spełniający warunki udziału w postępowaniu. Jeżeli jednak w ocenie Zamawiającego potrzebował on uszczegółowienia złożonego oświadczenia, to powinien był zdaniem Odwołującego wezwać do wyjaśnień. Zamawiający powinien był mieć na uwadze, że *„Zamawiający powinien wystosować pierwsze wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych i ewentualnie w drugim, w oparciu o art. 128 ust. 4 tej ustawy, zażądać wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2022 r. KIO 1397/22)

Odwołujący zauważył ponadto, że niezrozumiałą jest dla niego fragment uzasadnienia odrzucenia, w którym Zamawiający stwierdził, że *„Dodatkowo Zamawiający wskazuje na fakt, iż z treści oświadczenia składanego na podstawie art. 117 ust. 4 wynika, że technologią prowadzenia robót proponowaną przez Wykonawcę, jest technologia prefabrykowana. Zamawiający wymaga, aby przedmiot zamówienia zrealizowany był w technologii modułowej, zgodnie z dokumentami zamówienia. W ocenie Odwołującego nie jest wiadome, jak powyższa okoliczność wpływała na ocenę treści złożonego oświadczenia. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie odrzucił oferty z uwagi na jej niezgodność z SWZ, zaś proponowana przez niego technologia prefabrykowana jest technologią modułową.*

Z uwagi na powyższe zdaniem Odwołującego odrzucenie w tych okolicznościach jego oferty stanowi rażące naruszenie zasad prowadzenia postępowania określonych w art. 16 PZP (zasady proporcjonalności i przejrzystości), a także zasad z art. 17 ust. 1 pkt 1) PZP, prowadząc do wyboru droższej oferty z uwagi na nietransparentne wymogi Zamawiającego.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego w dniu 11 sierpnia 2023 r. zgłosił wykonawca UNIHOUSE S.A z siedzibą w Bielsku Podlaskim, który wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego ustaliła, co następuje.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę UNIHOUSE S.A z siedzibą w Bielsku Podlaskim (dalej „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

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

Zamawiający prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *Budowa miejskiego złobka w technologii modułowej wraz z zagospodarowaniem terenu przy ul. Prymasa Tysiąclecia w Ciechanowie*; Numer referencyjny: WZP.271.1.16.2023 (dalej „Postępowanie”).

W Rozdziale XI pkt 1) ppkt 4 SWZ Zamawiający określił, że *„Wykonawca spełni warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności zawodowej, jeżeli wykaże, że:*

a) w zakresie doświadczenia Wykonawcy

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał jedno zamówienie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” polegające na: zaprojektowaniu i wybudowaniu budynku użyteczności publicznej w technologii modułowej o powierzchni użytkowej nie mniej niż 700 m², wraz z zagospodarowaniem terenu oraz

wartości zamówienia min 5 000 000,00 zł brutto (słownie: pięć milionów złotych 00/100).

b) w zakresie potencjału osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia:

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadają odpowiednie kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie i wykształcenie niezbędne do wykonania zamówienia, w tym:

- minimum jedna osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika budowy - posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania budową lub robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub odpowiadające im równoważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa,

- minimum jedna osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych - posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania budową lub robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej lub odpowiadające im równoważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa

- minimum jedna osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika robót sanitarnych - posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych lub odpowiadające im równoważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa,

- minimum jedna osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika robót elektrycznych - posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych lub odpowiadające im równoważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa.

Z kolei w Rozdziale XI pkt 2) SWZ Zamawiający wskazał, że 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 (art. 117 ust. 3 Pzp).

Oferta Odwołującego została złożona w przedmiotowym postępowaniu jako oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W złożonym formularzu ofertowym w sekcji IV Odwołujący oświadczył, że załącza do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Z uwagi na fakt, że pomimo powyższego oświadczenia przedmiotowy dokument nie został załączony do oferty, Zamawiający pismem z dnia 21.06.2023 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia oświadczenia składanego na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp.

Odwołujący w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie złożył przedmiotowe oświadczenie o następującej treści:

Oświadczamy że podział prac budowlanych będzie następujący :

- F.B.. Ekoinbud Sp. z o.o. Sp.k – montaż prefabrykowanego budynku , wykonanie prac budowlanych, wykończeniowych, elektrycznych teletechnicznych, instalacji sanitarnych , zagospodarowania terenu

- Ekoinbud Sp. z o.o. – prefabrykacja konstrukcji budynku

W dniu 4 sierpnia 2023 r. Zamawiający poinformował o wynikach postępowania informując jednocześnie o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez Wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Uzasadniając tę decyzję Zamawiający wskazał, że w toczącym się postępowaniu oferta Odwołującego została złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W związku z powyższym Odwołujący zgodnie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp zobowiązany był do złożenia wraz z ofertą oświadczenia, z którego będzie wynikać, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy. W przedłożonych wraz z ofertą dokumentach Odwołujący nie załączył powyższego oświadczenia, w związku z powyższym Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia brakującego dokumentu.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie uzupełnił powyższe oświadczenie, jednak jego treść nie korespondowała z warunkami udziału w postępowaniu, jakie były postawione przez Zamawiającego w SWZ. Prawidłowość oświadczenia składanego na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp należy analizować w kontekście brzmienia warunku doświadczenia oraz warunku w zakresie potencjału osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia. Z załączonego przez Odwołującego oświadczenia nie wynika, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia będzie wykonywał dokumentację projektową oraz nie wynika, który z wykonawców zapewni zespół wymaganych osób. "Ratio legis art. 117 ust. 4 Prawa zamówień publicznych 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." KIO 3795/21.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie przedłożyli oświadczenia na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazując, że zarówno Lider F.B.. Ekoinbud Sp. z o.o. Sp.k jak i Partner Ekoinbud Sp. z o.o. spełniają postawione w SWZ warunki udziału.

Z przedstawionego wykazu robót budowlanych oraz referencji wynika, że Lider konsorcjum F.B.. Ekoinbud Sp. z o.o. Sp.k wykazuje spełnienie warunku w zakresie wymaganego doświadczenia, co nie znajduje jednak odzwierciedlenia w treści oświadczenia złożonego na podstawie art. 117 ust 4 ustawy Pzp, ponieważ brakuje informacji w zakresie wykonania dokumentacji projektowej. Dodatkowo, jak wskazano powyżej w treści oświadczenia, żaden z konsorcjantów

nie określił, że zrealizuje roboty budowlane przy udziale osób posiadających wymagane przez Zamawiającego kwalifikacje oraz uprawnienia.

„Jeśli wykonawcy nie złożą oświadczenia lub nie wykażą w nim, że podmiot mający doświadczenie wykona część zamówienia wymagającą doświadczenia, to nie wykażą spełniania warunku udziału w postępowaniu, choćby złożyli potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu wykaz usług i odpowiednie poświadczenia należytego wykonania” KIO 1602/22.

Wobec powyższego złożone przez Odwołującego na wezwanie oświadczenie nie odpowiada wykładni art. 117 ust 4 ustawy Pzp.

Ponieważ wezwanie do uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp może być dokonane jednokrotnie, Zamawiający nie ma możliwości ponownego wezwania o uzupełnienia tego oświadczenia. Ponowne wezwanie do uzupełnienia powyższego dokumentu stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Wobec powyższego Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, ponieważ w przewidzianym terminie nie złożył wymaganego oświadczenia.

Dodatkowo Zamawiający wskazał na fakt, iż z treści oświadczenia składanego na podstawie art. 117 ust. 4 pzp wynika, że technologią prowadzenia robót proponowaną przez Odwołującego, jest technologia prefabrykowana. Zamawiający wymaga, aby przedmiot zamówienia zrealizowany był w technologii modułowej, zgodnie z dokumentami zamówienia.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

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”.*

Art. 117 ust. 3 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.*

Art. 117 ust. 4 pzp – *W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.*

Art. 128 ust. 4 pzp – *Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.*

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.*

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że przepis art. 117 ustawy znajduje się w Oddziale 2 ustawy Pzp „*Warunki udziału w postępowaniu*”. Przepis ten zatem odnosi się do warunków udziału w postępowaniu i ustawowych wymogów dotyczących sposobu wykazania spełniania tych warunków. Art. 117 ust. 3 Pzp stanowi, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane, dostawy lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Z kolei zgodnie z art. 117 ust.4 wykonawcy w takim przypadku dołączają do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy. Z art.117 ust. 3 wynika zatem, że warunkiem polegania na doświadczeniu jednego wykonawcy spośród kilku tworzących jeden podmiot – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jest to, że właśnie ten wykonawca wykona usługę, dla której zamawiający wymaga doświadczenia. Inaczej jeszcze mówiąc, wykonawca zbiorowy nie spełni warunku udziału w postępowaniu, choćby dysponował doświadczeniem wykonawcą, jeśli ten wykonawca faktycznie nie wykona w tej części zamówienia. Tym samym ustawodawca ustanowił szczególne warunki ubiegania się o zamówienie dla wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, zgodnie z którym obok wskazania wymaganego doświadczenia musi być wykazane, w konkretnie spośród grupy wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie będzie je realizował zamówienie w części wymagającej doświadczenia. W przypadku polegania przez członków konsorcjum na uprawnieniach, doświadczeniu, kwalifikacjach lub wykształceniu członka takiego konsorcjum, łączenie zdolności członków konsorcjum nie może następować w sposób dowolny. Liczy się rola, jaką członek grupy odegra przy realizacji zamówienia. Wymagane zdolności powinien posiadać co najmniej ten z konsorcjantów, który w ramach przyjętego wewnętrznie podziału zadań wyznaczony zostanie do realizowania danej części zamówienia, z którą wiąże się obowiązek posiadania konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia. W celu potwierdzenia spełnienia tych warunków, wykonawca ma obowiązek złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofertą oświadczenia, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni współwykonawcy. Dokument ten ma zatem istotne znaczenie dla Zamawiającego, gdyż jego celem jest umożliwienie weryfikacji, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewni realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jeśli wykonawcy nie złożą oświadczenia lub nie wykażą w jego treści, że podmiot mający doświadczenie wykona część zamówienia wymagającą doświadczenia, to nie wykażą spełniania warunku udziału w postępowaniu, choćby złożyli potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu wykaz osób czy robót i odpowiednie

poświadczenia należytego ich wykonania.

Tym samym, wbrew stanowisku Odwołującego, ustawodawca a w ślad za nim Zamawiający zgodnie z brzmieniem Rozdziału XI pkt 2) SWZ wymagał, aby treść oświadczenia składanego na podstawie art. 117 ust. 4 korespondowała z treścią warunków udziału w postępowaniu. Brak takiej korespondencji czy powiązania niweluje bowiem cel w jakim składane jest takie oświadczenie tj. weryfikacji realnego wykorzystania zasobów deklarowanych na okoliczność spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz rola poszczególnych wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia na etapie jego realizacji. Dokonując oceny oświadczenia złożonego przez Odwołującego, a także- mając na uwadze jego stanowisko zawarte we wniesionym odwołaniu oraz stanowisku przedstawionym na rozprawie należy stwierdzić, że Odwołujący składając rzeczzone oświadczenie określony powyżej cel pominął. Nie sposób się bowiem zgodzić z twierdzeniem Odwołującego, że brak wyodrębnienia w oświadczeniu informacji, z której wynikałoby który z wykonawców na etapie realizacji będzie wykonywał usługi projektowania oraz który z nich zapewni zespół wymaganych osób (kierowników budowy) nie ma żadnego znaczenia dla oceny spełniania warunku udziału w tym zakresie. Informacja, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia będzie wykonywał zakres przedmiotowy zamówienia do którego odnoszą się wymienione i wskazane przez Zamawiającego elementy warunków udziału w postępowaniu jest bowiem kluczowy dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Wadą złożonego oświadczenia jest niewątpliwie pominięcie poszczególnych usług i prac odpowiadających postawionym przez zamawiającego warunkom udziału i jednoznacznego przypisania tym poszczególnym usługom i robotom odpowiednio doświadczonego wykonawcy. Pierwszy z warunków postawionych przez Zamawiającego wymagał bowiem doświadczenia w realizacji zadania obejmującego zaprojektowanie i wybudowanie określonego rodzaju obiektu. Tymczasem w złożonym przez Odwołującego oświadczeniu brak informacji który z wykonawców wykona zakres przedmiotowy zamówienia obejmujący usługi projektowania. Nie sposób w odniesieniu do powyższego zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że projektowanie nie zostało wyszczególnione jako odrębna część zamówienia powierzona któremukolwiek z wykonawców, gdyż przedmiotowe zamówienie na roboty budowlane jest realizowane w formule zaprojektuj i wybuduj, więc oczywistym jest, że wykonawcy będą także wykonywali czynności projektowe. Istotne jest bowiem w świetle postawionego warunku udzielenie informacji który z wykonawców tę właśnie część będzie realizował. Oświadczenie pomija również informację któremu z wykonawców powierzona będzie realizacja prac, do wykonania których niezbędne będzie dysponowanie osobami posiadającymi kwalifikacje i uprawnienia określone w drugim z warunków postawionych w postępowaniu.

Tym samym treść złożonego oświadczenia nie pozwala na zweryfikowanie czy Odwołujący spełnia postawione przez Zamawiającego warunki udziału, gdyż nie pozwala ustalić, gdzie przebiega granica odpowiedzialności pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o zamówienie za jego realizację oraz który z podmiotów będzie odpowiedzialny za realizację zakresu zamówienia do którego korespondują postawione w postępowaniu warunki.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów przywoływanej przez Odwołującego okoliczności, iż Zamawiający nie przygotował wzoru oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy. Zamawiający nie narzucił jednego sposobu określenia zakresów zamówienia dla których wymagane jest doświadczenie, pozostawiając w tym zakresie swobodę wykonawcom, gdyż trudno byłoby Zamawiającemu przewidzieć wszystkie konfiguracje współpracy, jakie mogą nawiązać wykonawcy i wszystkie możliwe sposoby wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym samym pozostawienie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie swobody w określeniu treści oświadczenia nie naruszało przepisów ustawy.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp Izba podziela stanowisko, że posłużenie się tym przepisem i skierowanie do Odwołującego wezwania do wyjaśnień wobec brzmienia oświadczenia złożonego przez Odwołującego na wezwanie skierowane uprzednio w trybie art. 128 ust. 1 ustawy stanowiłoby w rzeczywistości próbę umożliwienia Odwołującemu ponownego uzupełnienia oświadczenia. Odwołujący musiałby bowiem wskazać w nim usługi i prace pominięte w złożonym uprzednio dokumencie, aby była możliwość ustalenia, kto wykona usługi wymagające doświadczenia. W ocenie Izby, że bez zmiany oświadczenia takie doprecyzowanie nie byłoby możliwe.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: