



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

DKZP.WKZ4.440.10.2024.ICG

dot. KU/10/24/DKZP

Warszawa, dnia .03.2024 r.

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

Zamawiający:	Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku ul. Elewatorska 6 15-620 Białystok
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 679 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Łomża - Mężenin
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	29.06.2023 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2023/S 126 – 401528
Wartość zamówienia:	239 233 056,71 zł (tj. 53 716 781,19 euro)
Środki UE:	Program Fundusze Europejskie dla Polski Wschodniej 2021 - 2027 Priorytet FEPW.04 Spójna sieć transportowa działanie FEPW.04.01 Infrastruktura drogowa
Rodzaj procedury:	zamówienie klasyczne

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, w związku z art. 613 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp informuje o stwierdzonych naruszeniach przez Zamawiającego:

- 1) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum firm: UNIBEP S.A. (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o. do złożenia oświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp lub dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa w punkcie pkt 10.8 b) SWZ, w sytuacji gdy przedłożone przez wykonawcę dokumenty nie potwierdzały w sposób jednoznaczny spełniania opisanego w pkt 8.3 SWZ warunku wiedzy i doświadczenia;
- 2) art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zwrotu wadium wykonawcom nie później niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą.

UZASADNIENIE

1. Zamawiający w pkt 8.2.4.1) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SWZ) zawarł warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, zgodnie z którym wykonawca zobowiązany był wykazać się wykonaniem nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: minimum 1 zadaniem wykonanym (zakończonym), tj. doprowadzonym przez wykonawcę co najmniej do podpisania protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu, świadczącego o zakończeniu realizacji zamówienia, polegającym na budowie/ rozbudowie/ przebudowie drogi publicznej (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 24.06.2022 r. Przepisy techniczno-budowlane dotyczące dróg publicznych (Dz. U. 2022. 1518 z dnia 20.07.2022 r.), uzna również zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 02.03.1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich

usytuowanie (Dz. U. z 1999 r., Nr 43, poz. 430 z późn. zm.) klasy minimum G o wartości zadania minimum 100 000 000,00 PLN (brutto).

W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z pkt 10.8 b) SWZ, wykonawca złożyć miał wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i 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.

Zgodnie z pkt 8.3. SWZ „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 wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”.

Zgodnie natomiast z pkt 13.6 SWZ „W przypadku, gdy spełnienie warunku opisanego w pkt. 8.2. wykonawcy wykazują poprzez poleganie na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, składają oświadczenie o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonują poszczególni wykonawcy”.

Ponadto w pkt 13.5 SWZ wskazano, że „W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców są oni zobowiązani na wezwanie Zamawiającego złożyć aktualne na dzień złożenia podmiotowe środki dowodowe, o których mowa w pkt 10.7. i w pkt 10.8., przy czym:

- 1) podmiotowe środki dowodowe o których mowa w pkt 10.8. składa odpowiednio Wykonawca/Wykonawcy, który/którzy wykazuje/q spełnianie warunku, w zakresie i na zasadach opisanych w pkt 8.2 (spełnianie warunków opisanych w pkt 8.2. Wykonawcy mogą wykazać łącznie);

2) dokumenty i oświadczenia o których mowa w pkt 10.7. składa każdy z nich”.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożone zostały 4 oferty, w tym oferta złożona przez konsorcjum firm w składzie: UNIBEP S.A., z siedzibą w Bielsku Podlaskim (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o., Łomża. Wykonawca przekazał wraz z ofertą „Oświadczenie Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp”, w którym oświadczono, *„iż następujące usługi wykonają poszczególni wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:*

„Wykonawca (nazwa):

UNIBEP S.A., (...)

(...)

wykona: 50% zakresu prac budowlanych przewidzianych do wykonania w ramach Budowy i rozbudowy drogi wojewódzkiej Nr 679 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Łomża – Mężenin; 50% udziału w wartości zamówienia

Wykonawca (nazwa):

Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o., (...)

wykona: 50% zakresu prac budowlanych przewidzianych do wykonania w ramach Budowy i rozbudowy drogi wojewódzkiej Nr 679 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Łomża – Mężenin; 50% udziału w wartości zamówienia”.

Pismem z dnia 17.10.2023 r. zamawiający, działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał lidera konsorcjum firm: UNIBEP S.A. (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca złożył m.in. „Wykaz robót (doświadczenie zawodowe Wykonawcy robót)”, w którym wskazał 5 zadań wykonanych przez konsorcja firm, w których partnerem była spółka UNIBEP S.A. Ponadto wykonawca przekazał referencje potwierdzające należyte wykonanie robót.

W informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 14.11.2023 r. zamawiający poinformował m.in., że oferta złożona przez konsorcjum firm: UNIBEP S.A. (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o. została uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu.

W toku kontroli uprzedniej, pismem z dnia 22.02.2024 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie m.in., czy w nawiązaniu do odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) w dniu 24.11.2023 r. oraz wezwania zamawiającego przez KIO pismem z dnia 29.11.2023 r. do „(...) przedstawienia odpowiedzi na odwołanie zawierającej ustosunkowanie się do zarzutów przedstawionych w odwołaniu i złożenia dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania (...)” zamawiający udzielił odpowiedzi na wniesione w postępowaniu ww. odwołanie (w przypadku odpowiedzi twierdzącej poproszono o przekazanie dokumentu) a w przypadku braku ww. odpowiedzi poproszono o odniesienie się do zarzutów przedstawionych w odwołaniu z dnia 24.11.2023 r.

Zamawiający w odpowiedzi na powyższe wezwanie udzielił następujących wyjaśnień: „Prezes KIO pismem z dnia 29.11.2023 r. wezwał Zamawiającego do złożenia odpowiedzi na odwołanie w terminie do 05.12.2023 r. do godziny 12:00. W związku z pismem odwołującego - STRABAG Sp. z o.o., reprezentowanym przez pełnomocnika - radcę prawnego Milenę Witczak z dnia 04.12.2023 r. dotyczącym cofnięcia odwołania, Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na wniesione w postępowaniu odwołanie.

W odniesieniu do odwołania Zamawiający podtrzymywałby swoje stanowisko dotyczące wyboru oferty Konsorcjum firm: UNIBEP S.A. (Lider) i Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o. (Partner) i wnosiłby o oddalenie odwołania w całości, podnosząc w uzasadnieniu co następuje:

Uzasadnienie

Odwołujący zarzucał, iż Zamawiający powinien odrzucić ofertę Konsorcjum firm: UNIBEP S.A. (Lider) i Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o. (Partner), ponieważ oferta wybranego Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia i ustawą PZP, ponieważ przewiduje realizację robót drogowych przez Partnera Konsorcjum, którego doświadczenie nie zostało wykazane przez Konsorcjum na spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Ponadto, odwołujący zarzucał, że Konsorcjum nie przedstawiło wymaganego doświadczenia dla obydwóch członków Konsorcjum w sytuacji, gdy przewidziało, że każdy z konsorcjantów będzie wykonywał roboty drogowe po połowie (50%).

Z powyższymi zarzutami nie sposób się zgodzić, ze względu na poniżej przedstawione okoliczności.

Zgodnie z art. 117 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - prawo zamówień Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie narzucił jednego sposobu określenia zakresów zamówienia, dla których wymagane jest doświadczenie na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp, pozostawiając w tym zakresie swobodę wykonawcom, gdyż na niniejszym zadaniu o znacznym zakresie i złożonym branżowo, trudno byłoby zamawiającemu przewidzieć wszystkie konfiguracje współpracy, jakie mogą nawiązać wykonawcy i wszystkie możliwe sposoby wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Należy mieć również na uwadze, że konsorcjum nie musi tworzyć dwóch samodzielnych wykonawców posiadających różne doświadczenia, ale konsorcjum może być konsorcjum stałym wspólnie nabywającym doświadczenie w przypadkach, gdy zamawiający nie skorzystał z art. 117 ust. 1 ustawy. Tym samym pozostawienie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie swobody w określeniu treści oświadczenia nie narusza przepisów ustawy.

W Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczącej inwestycji - Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 679 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Łomża - Mężenin, brak jest zapisów nakazujących Konsorcjum przedstawienia wymaganego doświadczenia przez każdego z członków konsorcjum oddzielnie. Dla Zamawiającego wystarczającym było wykazanie wymaganego doświadczenia przez jednego z członków Konsorcjum i obowiązek ten w niniejszej sprawie został spełniony.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 marca 2019 r. przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych umożliwiają wykonawcom wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia poprzez stworzenie tzw. konsorcjum. Uprawnienie do ubiegania się o zamówienie w formie konsorcjum sprowadza się między innymi do możliwości łączenia posiadanych potencjałów w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, iż w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia co do zasady wystarczające jest wykazanie łącznego spełniania warunków udziału w postępowaniu (a nie przez każdego z członków konsorcjum lub w inny sposób, np. przynajmniej przez jednego z członków konsorcjum). Warto również powołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 kwietnia 2018 r., w którym wskazano, iż w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jeden z wykonawców musi się wykazać całym wymaganym doświadczeniem (warunek nie będzie spełniony, jeżeli wszyscy wykonawcy w sumie wykazali się wymaganym doświadczeniem, ale żaden z nich samodzielnie nie wykazał się całym wymaganym doświadczeniem).

Wykonawca UNIBEP S.A. spełnił wszystkie wymagania określone w Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczącej inwestycji - Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 679 wraz z

drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Łomża - Mężenin, w zakresie warunków udziału w postępowaniu (punkt 8). Nadto, zgodnie z pkt 8.3. SWZ - W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zamawiający żądał a Wykonawca złożył podmiotowe środki dowodowe zgodnie z pkt. 13. 5 1), tj. „podmiotowe środki dowodowe o których mowa w pkt 10.8. składa odpowiednio Wykonawca/Wykonawcy, który/którzy wykazuje/q spełnianie warunku, w zakresie i na zasadach opisanych w pkt 8.2 (spełnianie warunków opisanych w pkt 8.2. Wykonawcy mogą wykazać łącznie).

Istotą sprawy jest, iż z treści art. 117 ust. 3 wynika, 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 roboty, dla których zamawiający wymaga doświadczenia — czyli wykonawca wykazujący doświadczenie wykona tę część robót (a nie całą robotę), której to doświadczenie dotyczy. Inaczej mówiąc, wykonawca zbiorowy spełni warunek udziału w postępowaniu, jeśli dysponuje doświadczonym wykonawcą i jeśli ten wykonawca faktycznie wykona w tej części zamówienie (tj. w części odpowiadającej wykazanemu doświadczeniu).

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne, należy stwierdzić, że w niniejszym postępowaniu Konsorcjum polega na zdolnościach (UNIBEP S.A. - Lider), to jest tego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, który wykona roboty budowlane odpowiednio do warunku, postawionego przez Zamawiającego, tj. „wykonanie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: minimum 1 zadanie wykonane (zakończone), tj. doprowadzone przez Wykonawcę co najmniej do podpisania protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu, świadczącego o zakończeniu realizacji zamówienia, polegającym na budowie/ rozbudowie/ przebudowie drogi publicznej (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 24.06.2022 r. Przepisy techniczno-budowlane dotyczące dróg publicznych (Dz. U. 2022. 1518 z dnia 2022.07.20), uzna również zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 02.03.1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie, Dz. U. z 1999 r., Nr 43, poz. 430 z późn. zm.) klasy minimum G o wartości zadania minimum 100 000 000,00 PLN (brutto). W konsekwencji, Wykonawca potwierdził w Oświadczeniu złożonym na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp, że Konsorcjant wykazujący doświadczenie, faktycznie „wykona 50% zakresu prac

budowlanych przewidzianych do wykonania w ramach Budowy i rozbudowy drogi wojewódzkiej Nr 679 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Łomża - Mężenin; 50% udziału w wartości zamówienia", czyli biorąc pod uwagę wartość złożonej oferty na kwotę minimum 100 000 000,00 PLN (brutto). Oświadczenie potwierdza więc, że Konsorcjant, na którego zdolnościach polega wykonawca wykona roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane (czyli będzie realizował roboty w części wymagającej doświadczenia), co czyni zadość dyspozycji art. 117 ust. 3 Pzp oraz warunkom określonym przez Zamawiającego w SWZ w zakresie doświadczenia Wykonawcy.

Reasumując, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mają prawo polegać na zdolnościach jednego z nich, jeśli wykażą, że ten właśnie wykonawca wykona zamówienie w części, w której zamawiający wymaga określonej zdolności. Jeśli więc w niniejszym postępowaniu wykonawcy złożą oświadczenie i wykazali w nim, że podmiot mający doświadczenie wykona część zamówienia wymagającą doświadczenia, to oznacza że wykazali spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odmierna ocena oferty wykonawcy stanowiłaby nadmierne żądanie i prowadziłaby do tworzenia warunku udziału w postępowaniu już po otwarciu ofert, na etapie ich oceny."

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na przepis art. 117 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.

Jednocześnie zgodnie z ust. 4 ww. przepisu 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.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wymagał wykazania doświadczenia w zakresie wykonania minimum 1 zakończonego zadania polegającego na budowie/ rozbudowie/ przebudowie drogi publicznej przy jednoczesnym wskazaniu w pkt 8.3 SWZ, zgodnie z zasadą wynikającą z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp, że 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.

Z dokumentów przekazanych przez konsorcjum firm: UNIBEP S.A. (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o., tj. wykazu robót oraz referencji wynika, że lider konsorcjum, tj. spółka UNIBEP S.A., jako jedyny wykazuje się doświadczeniem wymaganym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 8.4.2.1) SWZ. Natomiast z oświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp wynika, że zarówno lider konsorcjum jak i partner konsorcjum wykonają zakres prac budowlanych przewidzianych do wykonania w ramach przedmiotowego zamówienia w równych częściach.

Należy zauważyć, że dzięki składanym przez wykonawców oświadczeniom, o których mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający jest w stanie dokonać weryfikacji i ustalić, czy w przypadku powierzenia realizacji zamówienia konsorcjum, przedmiot zamówienia będzie wykonany w sposób należyty. Oświadczenia pozwalają bowiem ustalić, czy każdy z wykonawców posiada niezbędne doświadczenie i umiejętności w zakresie, w jakim zamierza realizować zamówienie.

Zasadą wynikającą z treści art. 117 ust. 3 ustawy Pzp jest to, że doświadczenie poszczególnych wykonawców nie jest przekazywane pomiędzy nimi w ramach konsorcjum, a wymaganym doświadczeniem powinien legitymować się ten z konsorcjantów, który będzie realizował roboty budowlane lub usługi, do których wykonania to doświadczenie jest potrzebne. Obecnie, w wyniku wprowadzenia regulacji w art. 117 ust. 2 in fine oraz ust. 3 in fine, także członkowie konsorcjum zostali zobligowani do osobistego wykonania części zamówienia, do których realizacji wymagane są zdolności przedłożone przez te podmioty na etapie postępowania. Przepisy ust. 2 i 3 zostały sformułowane w taki sposób, że wprowadzają warunek co do możliwości polegania na zdolnościach poszczególnych członków grupy w postaci rzeczywistego zaangażowania danego członka w etap realizacji odpowiedniej części zamówienia. Na etapie postępowania obowiązuje zatem dodatkowy wymóg w postaci złożenia oświadczenia wykonawcy, jako załącznika do wniosku lub oferty, z którego wynika przypisanie określonym członkom konsorcjum obowiązku wykonania poszczególnych części zamówienia.

W kontekście treści ww. oświadczenia złożonego przez konsorcjum, warto w tym miejscu przywołać tezy wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (dalej : KIO) z dnia 7 lipca 2022 r., wydanego w sprawie o sygn. KIO 1602/22, zgodnie z którymi: *„Wykonawca zbiorowy nie spełni warunku udziału w postępowaniu, choćby dysponował doświadczonym wykonawcą, jeśli ten wykonawca faktycznie nie wykona tej części zamówienia. Tym samym ustawodawca ustanowił szczególne*

warunki ubiegania się o zamówienie dla wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, nie wystarczy tylko samo doświadczenie ale musi być ukazane kto konkretnie będzie realizował zamówienie w części wymagającej doświadczenia. Jest to konsekwentne podejście ustawodawcy, który oczekuje, że podmiot doświadczony a nie amator będzie wykonywał przedmiot zamówienia. (...) Nie jest wykluczone, że przy wykonywaniu danej części zamówienia wymagającej doświadczenia, podmiot niedoświadczony będzie wykonywał czynności przygotowawcze czy pomocnicze, nie zmienia to jednak faktu, że zasadnicze wykonanie musi opierać się na podmiocie doświadczonej i to on będzie ponosił odpowiedzialność za wykonanie danej części. Przepis art. 117 ust. 4 p.z.p. mówi o oświadczeniu, z którego będzie wynikać, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy, a więc nie wspólnie ale każdy z nich".

Powyższe stanowisko potwierdza także KIO w wyroku z dnia 17 listopada 2022 r. (sygn. akt KIO 2874/22), w którym Izba uwzględniła odwołanie dotyczące m.in. zarzutu naruszenia art. 16 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie obowiązku przygotowania i prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji, a także art. 17 ust. 2 w zw. z art. 117 ust. 3. w zw. z art. 116 ustawy Pzp w zakresie oceny zdolności technicznej i zawodowej oraz art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez nieodrzućcenie oferty Konsorcjum, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia i jest niezgodna z przepisami ustawy art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 239 ust. 1 w zw. z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp oraz z art. 16 ustawy Pzp poprzez przyznanie Konsorcjum maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium oceny ofert, w sytuacji gdy konsorcjum nie spełniło warunków zamówienia z uwagi na brak udziału w realizacji zamówienia podmiotu na zdolnościach którego konsorcjum wykazało spełnienie warunku w zakresie doświadczenia. W wyroku tym Izba wskazała m.in., iż „W świetle powyższych ustaleń faktycznych stwierdzić należy, iż niewątpliwie Konsorcjum XXX nie wykazało warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wskazanego w punkcie 8.1.4 lit. a) zadanie nr 4 SWZ, gdyż polegało na zdolnościach wykonawcy, który nie wykona usług, do realizacji których ww. zdolności są wymagane. Jak wynika bowiem z oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp XXX Sp. z o.o. wykona zadania dotyczące koordynacji usług, nadzoru nad jej realizacją, rozliczania wykonywanej usługi, kontaktów

z Zamawiającym, innych czynności administracyjnych oraz wsparcia w zakresie utrzymania czystości. (...) Izba dostrzega, że ustawodawca nie określił w przepisach ustawy Pzp oraz aktach wykonawczych do ustawy statusu prawnego oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp. Mając jednak na uwadze jego cel sprowadzający się do umożliwienia weryfikacji

planowanego podziału zadań pomiędzy członkami konsorcjum, który winien zapewnić realne wykorzystanie deklarowanych przez wykonawców zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to przyjęć należy, iż ww. oświadczenie jest podmiotowym środkiem dowodowym (por. wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2022 r. sygn. akt: KIO 3795/21). (...). Niewątpliwie oświadczenie uregulowane art. 117 ust. 4 ustawy Pzp służy potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, wobec czego podlega ono uzupełnieniu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (por. wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2021 r. sygn. akt: KIO 1586/21, KIO 1587/21)”.

Co więcej, w niniejszym wyroku Izba kwestionując prawidłowość czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nakazała „wezwanie Konsorcjum XXX na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa w punkcie 8.1.4) lit. a zadanie nr 4 SWZ. Uzupełniając wskazać należy, że w zależności od przyjętego przez Konsorcjum XXX sposobu realizacji niniejszego zamówienia oraz wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, obowiązkiem Wykonawcy będzie uzupełnienie stosownych oświadczeń lub dokumentów wymaganych w postępowaniu z uwzględnieniem wyjaśnień treści SWZ, w tym udzielonych w dniu 7 września 2022 r. na pytanie nr 9.

Jedynie dla przykładu Izba wskazuje, że jeśli intencją Konsorcjum XXX będzie wykazanie warunku udziału w postępowaniu przez powołanie się na doświadczenie lidera konsorcjum, to lider konsorcjum powinien zostać wskazany w treści oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp jako podmiot, który wykona usługi. Jeśli natomiast intencją Konsorcjum XXX będzie, aby to członek konsorcjum wykonał zamówienie, wówczas należy w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego uzupełnić poprawiony wykazu usług i w konsekwencji inne dokumenty. Jednocześnie wskazać należy, iż treść złożonych oświadczeń lub dokumentów na potwierdzenie warunku powinna być spójna z umową konsorcjalną, której Zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

Innymi słowy w niniejszym wyroku, KIO stwierdziła, iż wykonawca odpowiadając na sformułowane w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwanie do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia ma możliwość przedłożenia nowego oświadczenia, bądź nowego wykazu doświadczenia, tak aby treść obydwu dokumentów uzupełniała się oraz była spójna z umową konsorcjalną.

Analogiczną, alternatywną możliwość uzupełniania powyższych dokumentów dopuściła KIO w wyroku z dnia 4 lipca 2022 r. (sygn. akt: KIO 1560/22) podkreślając, iż „dostrzegając wskazaną

niespójność pomiędzy przedłożonym wykazem usług, a oświadczeniem z art. 117 ust. 4 ustawy PZP, Zamawiający powinien Przystępującemu wezwać do uzupełnienia wykazu lub do uzupełnienia oświadczenia. Niewątpliwie oświadczenie z art. 117 ust. 4 ustawy PZP ma charakter uzupełnialny. Zatem Zamawiający kierując wezwaniem tylko do uzupełnienia wykazu zablokował wykonawcy ścieżkę do poprawienia oświadczenia, które przecież służy także wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i z reguły treść tego oświadczenia odpowiada danym, które znajdują się w wykazie usług. Zatem przedłożenie przez wykonawcę drugiego oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy PZP zamiast nowego wykazu nie może być odczytywane na jego niekorzyść skoro zamawiający zawęził mu możliwość działania kreując taką a nie inną treść wezwania.”

Również w wyroku z dnia 22 listopada 2022 r. (sygn. akt: KIO 2925/22) KIO wskazała, iż „Podkreślenia wymaga, że w świetle art. 117 ust. 3 ustawy Pzp potencjał w postaci doświadczenia nie jest przekazywany pomiędzy wykonawcami składającymi ofertę wspólną, zatem każdy z tych wykonawców powinien wykonać zadania, do wykonania których wymagane jest posiadanie określonego doświadczenia. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający wymagał doświadczenia w zakresie wykonania co najmniej jednego zamówienia obejmującego dostawę i wdrożenie systemu firewall. Jednocześnie Zamawiający nie dokonał – na podstawie art. 117 ust. 1 ustawy Pzp – modyfikacji ustawowych reguł w zakresie sposobu wykazania spełniania warunku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający wskazał jedynie, że warunek, którego dotyczy zarzut, musi zostać spełnione przez jednego z wykonawców. Takie postanowienie SWZ nie uchyla zasady wynikającej z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którą 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.

Powyższe oznaczają, że dostawę i wdrożenie systemu powinien wykonać ten wykonawca, który ma wskazane wyżej doświadczenie, (...).”

Zgodnie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków 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: wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie

lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Wskazany przepis nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia m.in. oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowych środków dowodowych oraz innych oświadczeń lub dokumentów składanych w postępowaniu w sytuacji gdy, wykonawca nie złożył wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, lub gdy są one niekompletne bądź zawierają błędy, z zastrzeżeniem dwóch przypadków przewidzianych przepisem. Podkreślić należy, iż z dokumentem/oświadczeniem zawierającym błędy będziemy mieć do czynienia, w sytuacji gdy ich treść nie będzie potwierdzała spełnienia wymagań określonych przez zamawiającego w SWZ. Tym samym w sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę dokumenty nie będą potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawcy w celu ich uzupełnienia, co jest zgodne ze stanowiskiem wyrażonym przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku w sprawie KIO 2648/22, w którym Izba wskazała: „(...) oświadczenie z art. 117 ust. 4 Pzp, wbrew wywodom odwołującego, jest podmiotowym środkiem dowodowym, wymaganym do złożenia wraz z ofertą. O takim charakterze świadczy choćby to, że przepis art. 117 ust. 4 Pzp odwołuje się do przepisów art. 117 ust. 2 i ust. 3 Pzp, które określają sposób spełniania warunków przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Oświadczenie to nie stanowi zatem treści oferty sensu stricto. Celem jego złożenia jest bowiem wykazanie warunku udziału w postępowaniu, a więc odnosi się ono do kwalifikacji podmiotowej. Konsekwencją takiego charakteru tego oświadczenia jest to, że podlega ono procedurze z art. 128 ust. 1 Pzp”.

W kontrolowanym postępowaniu zamawiający zaniechał należytej oceny przedstawionego przez konsorcjum firm doświadczenia w powiązaniu z oświadczeniem, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp. Z przedłożonych przez konsorcjum dokumentów wynika bowiem, że pomimo, iż konsorcjum w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu oparło się na doświadczeniu tylko jednego członka konsorcjum – spółki UNIBEP S.A. (lidera konsorcjum), to prace związane z wykonaniem robót budowlanych realizowane będą przez obu członków konsorcjum w równych częściach. Powyższe oznacza zatem, że 50% zamówienia zrealizuje spółka Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o. (partner konsorcjum), który nie wykazał żadnego doświadczenia związanego w wykonywaniem robót budowlanych, o których mowa w opisie warunku wiedzy i doświadczenia. Ponadto wskazanie w treści złożonego oświadczenia, że każdy z konsorcjantów „wykona: 50% zakresu prac budowlanych przewidzianych do wykonania w ramach Budowy i rozbudowy drogi wojewódzkiej Nr 679 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Łomża

– Mężenin; 50% udziału w wartości zamówienia” nie pozwala na ustalenie podziału zadań pomiędzy członkami konsorcjum, a co za tym idzie uniemożliwia ustalenie gdzie przebiega granica odpowiedzialności pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o zamówienie w ramach konsorcjum oraz zweryfikowanie, czy konsorcjum spełnia warunek udziału w postępowaniu, czy też nie. Powyższą tezę zawarto również w publikacji Prawo Zamówień Publicznych Komentarz Wydanie II - H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz: wydanie II, Warszawa 2023, <https://ekomentarzpzp.uzp.gov.pl/prawo-zamowien-publicznych>, gdzie wskazano m.in., iż *„W przypadku polegania przez członków konsorcjum na uprawnieniach, doświadczeniu, kwalifikacjach lub wykształceniu członka takiego konsorcjum, łączenie zdolności członków konsorcjum w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu 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.”*

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że zamawiający naruszył art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum firm: UNIBEP S.A. (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o. do złożenia oświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp lub dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa w punkcie pkt 10.8 b) SWZ, w sytuacji gdy przedłożone przez wykonawcę dokumenty nie potwierdzały w sposób jednoznaczny spełniania opisanego w pkt 8.3 SWZ warunku wiedzy i doświadczenia.

Zalecenie usunięcia stwierdzonego naruszenia:

Mając na uwadze powyższe naruszenie Prezes Urzędu, na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zaleca Zamawiającemu, w celu usunięcia stwierdzonego naruszenia, unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty konsorcjum firm: UNIBEP S.A. (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o., powtórzenie czynności badania i oceny ofert alternatywnego wezwania niniejszego wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia:

- oświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu przez powołanie się na doświadczenie członka konsorcjum, który jako jedyny powinien zostać wskazany w treści oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp - jeśli intencją wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia będzie wykazanie warunku udziału w postępowaniu przez powołanie się na doświadczenie tego członka konsorcjum, jako podmiotu dysponującego wymaganym doświadczeniem, który następnie samodzielnie będzie wykonywał roboty budowlane składające się na przedmiot zamówienia;

lub

- wykazu robót budowlanych wraz z dowodami potwierdzającymi prawidłowe wykonanie ww. robót (tj. dokumentów o którym mowa w pkt 10.8 b) SWZ) w ramach, którego obydwaj wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia łącznie wykażą spełnianie warunku udziału w postępowaniu - jeśli intencją wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia będzie wspólne wykazanie warunku udziału w postępowaniu przez powołanie się na doświadczenie obydwu konsorcjantów, którzy następnie łącznie będą wykonywać roboty budowlane składające się na przedmiot zamówienia.

W tym miejscu należy wskazać, iż niezależnie od tego, czy wykonawca zdecyduje się na uzupełnienie oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, czy też uzupełnienie dokumentów, o których mowa w punkcie pkt 10.8 b) SWZ, treść przedłożonych dokumentów powinna być spójna z umową konsorcjalną, której zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, co zastało podkreślone w wyroku KIO z dnia 17 listopada 2022 r. (sygn. akt KIO 2874/22).

2. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający określił ostateczny termin związania ofertą do dnia 06.02.2024 r.

Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, wykonawcy biorący udział w postępowaniu, tj.:

- konsorcjum firm: UNIBEP S.A. (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o.,
- Budimex S.A.,
- STRABAG Sp. z o.o.,
- konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych „TRAKT” Sp. z o.o. (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A.,

- wnieśli wadium w formie gwarancji bankowych i ubezpieczeniowych.

W dniu 12.12.2023 r. zamawiający, w odpowiedzi na pismo wykonawcy - konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych „Trakt” Sp. z o.o. (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S.A. z dnia 07.12.2023 r. zawierające prośbę o zwrot wadium, działając na podstawie art. 98 ust. 2 pkt 3) w związku z art. 98 ust. 5 ustawy Pzp poinformował wystawcę gwarancji wadium o zwolnieniu wykonawcy ze wszystkich zobowiązań wynikających z gwarancji bankowej zagwarantowanej jako zabezpieczenie zapłaty wadium na przedmiotowe zadanie.

Mając na uwadze powyższe, zauważyć warto, że zgodnie z art. 98 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności:

- 1) upływu terminu związania ofertą;
- 2) zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 3) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

Natomiast, na podstawie art. 98 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający, niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku zwraca wadium wykonawcy:

- 1) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert;
- 2) którego oferta została odrzucona;
- 3) po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza;
- 4) po unieważnieniu postępowania, w przypadku gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

Jak wynika z przedłożonej dokumentacji, w przedmiotowym postępowaniu, w odniesieniu do ww. wykonawców, nie wystąpiły okoliczności, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 98 ust. 2 ustawy Pzp, z wyjątkiem wykonawcy – konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych „Trakt” Sp. z o.o. (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S.A., który złożył wniosek o zwrot wadium, zatem zamawiający zobowiązany był zwrócić wadium ww. wykonawcom na podstawie art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą.

W związku z powyższym, należy wskazać, iż w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, zwrot wadium wniesionego przez nw. wykonawców, tj.:

- konsorcjum firm: UNIBEP S.A. (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o.,
 - Budimex S.A.,
 - STRABAG Sp. z o.o.,
- dokonany po upływie terminu 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą, stanowi naruszenie art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie ustawy Pzp nie miało wpływu na wynik postępowania.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 617 ustawy Pzp od wyniku kontroli uprzedniej zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli uprzedniej.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności z przepisami ustawy Pzp działań lub zaniechań zamawiającego. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.