Sygn. akt: KIO 319/21

WYROK
z dnia 24 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący:Emil Kawa
Emilia Garbala
Magdalena Grabarczyk
Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2021 odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 01 lutego 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Ayesa Polska Sp. z o.o., ul. Szyb Walenty 26a, 41-700, PROKOM Construction Sp. z o.o., ul. Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa Oddziałw Katowicach**

przy udziale wykonawcy **GRAMAR Sp. z o.o., ul. Chłopska 15, 42-700 Lubliniec** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1 uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust.1 pkt 17 Pzp dotyczącego wprowadzenia zamawiającego w błąd w zakresie wykazania dysponowania Panią E. Z. na stanowisko technologa i nakazuje wykluczenie z postępowania wykonawcy GRAMAR Sp. z o.o., ul. Chłopska 15, 42-700 Lubliniec.

2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala

3. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych i:

3a.kosztami postępowania obciąża odwołującego w 2/3 i przystępującego w wysokości 1/3. 4. Zasądza od odwołującego Ayesa Polska Sp. z o.o., ul. Szyb Walenty 26a, 41-700, PROKOM Construction Sp. z o.o., ul. Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec na rzecz zamawiającego Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa kwotę 2400,00 zł (dwa tysiące czterysta) złotych tytułem zwrotu 2/3 kosztu wynagrodzenia pełnomocnika

5. zasadza od przystępującego na rzecz odwołującego kwotę 5 000,00 (pięć tysięcy) złotych tytułem zwrotu części 1/3 wpisu oraz 1200,00 złotych tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika

6. zasądza od przystępującego na rzecz zamawiającego kwotę 1200,00 (jeden tysiąc dwieście) złotych tytułem zwrotu 1/3 wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2019 r. poz.2020 że 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:……..

Członkowie …….

……

KIO 319/21

UZASADNIENIE

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa, Oddział w Katowicach, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie celem udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: „Budowa drogi S1 Pyrzowice - Kosztowy, odc. Podwarpie - Dąbrowa Górnicza”. W postępowaniu oferty złożyło 10 (dziesięciu) wykonawców.

W dniu 10 stycznia 2021 roku zamawiający poinformował wykonawców o ocenie ofert. Powyższą czynność zamawiającego zakwestionował wykonawca- konsorcjum firm Ayesa Polska Sp. z o.o., ul. Szyb Walenty 26a, 41-700, PROKOM Construction Sp. z o.o., ul. Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec, zwane dalej „odwołującym” lub „konsorcjum”.

We wniesionym odwołaniu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej podniósł zarzuty wobec oferty złożonej przez GRAMAR Sp. z o.o., ul. Chłopska 15, 42-700 Lubliniec zarzucając zamawiającemu niewłaściwe dokonanie:

1) czynności wyboru oferty GRAMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Lubieńcu (dalej: "GRAMAR"), jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania;

2) zaniechania czynności wykluczenia GRAMAR z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w sytuacji w której wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2.3 pkt 1 lit. a SIWZ, tj. nie wykazał, że legitymuje się doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia postępowania jest krótszy - w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 97 min PLN netto oraz 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu;

3) zaniechania czynności wykluczenia GRAMAR z postępowaniana podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, w sytuacji w której wykonawca ten nie potwierdził, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2.2 lit. b pkt 3 SIWZ, tj. nie dysponuje osobą spełniającą wymagania określone dla Technologa, tj. osobą, która posiada minimum 12 miesięcy doświadczenia zawodowego przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 97 mln PLN netto każde, na stanowisku Główny Technolog / Technolog / Główny Specjalista ds. technologii i materiałów / Kierownik Laboratorium / Naczelnik Wydziału Technologii;

4) zaniechania czynności wykluczenia GRAMAR z postępowaniana podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, w sytuacji w której w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko Technologa, spełniającą wymagania określone w pkt 7.2.2 lit. b pkt 3 SIWZ w postaci Pani E. Z. pomimo tego, że Pani E. Z. nie wyraziła zgody na powołanie jej osoby w celu wykazania się spełnieniem udziału w postępowaniu przez GRAMAR oraz nie wyraziła woli udziału w realizacji zamówienia z ramienia tego wykonawcy;

5)zaniechania czynności wykluczenia GRAMAR z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z uwagi

na to, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego co do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą wskazaną na stanowisko Technologa, spełniającą wymagania określone w pkt 7.2.2 lit. b pkt 3 SIWZ w postaci Pani E. Z. pomimo tego, że Pani E. Z. nie wyraziła GRAMAR zgody na powołanie jej doświadczenia w celu wykazania się spełnieniem udziału w postępowaniu oraz nie wyraziła woli udziału w realizacji zamówienia z ramienia tego wykonawcy, co miało istotny wpływ na wynik postępowania;
6)czynności ponownego wezwania GRAMAR w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów podmiotu trzeciego, na którego zasoby GRAMAR powołuje się w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w pkt 7.2.3 pkt 1 lit. a SIWZ, w sytuacji, w której wykonawca ten był już wcześniej wezwany do uzupełnienia dokumentów tego podmiotu.
Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:
1)unieważnienia czynności wyboru oferty GRAMAR, jako oferty najkorzystniejszej;
2)dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
3)wykluczenia GRAMAR z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Pzp;
4)uznanie oferty Odwołującego za ofertę najwyżej ocenioną.
Uzasadniając podniesiony zarzut dotyczący niewykazania przez Gramar warunku udziału w postepowania w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wskazał, że zgodnie z treścią pkt 7.2.3 lit. a SIWZ zamawiający wymagał od oferentów wykazaniem się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia postępowania jest krótszy - w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej:
a)1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 97 min PLN netto;
b)1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu.
Dodatkowo Zamawiający w pkt 7.2.3 lit. b ppkt 3 SIWZ (zdolność techniczna lub zawodowa osób zdolnych do realizacji zamówienia) wymagał dysponowania osobą Technologa posiadającego "minimum 12 miesięcy doświadczenia zawodowego przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 97 min PLN netto każde na stanowisku Główny Technolog / Technolog / Główny Specjalista ds. technologii i materiałów / Kierownik Laboratorium / Naczelnik Wydziału Technologii".
GRAMAR w ofercie wskazał, że w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt 7.2.3 lit. a SIWZ będzie korzystał z potencjału podmiotu trzeciego - spółki SGS Polska Sp. z o.o. (dalej: "SGS"). Zamawiający w dniu 6 listopada 2020 r. wezwał GRAMAR do złożenia w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 7.2 SIWZ oraz braku przesłanek wykluczenia z postępowania określonych w pkt 8 SIWZ.
GRAMAR w dniu 17 listopada 2020 r. przesłał zamawiającemu dokumenty mające potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz mające potwierdzić brak przesłanek wykluczenia z postępowania GRAMAR oraz SGS. Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia GRAMAR wskazał na usługi wykonane przez SGS dla Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu. Nadto na potwierdzenie dysponowania osobą Technologa spełniającego wymagania określone w SIWZ powołał się na doświadczenie p. E. Z. Zamawiający w dniu 7 grudnia 2020 r. wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp GRAMAR do uzupełnienia dokumentów, tj. dowodów potwierdzających, że usługi referencyjne wskazane w Wykazie usług zostały wykonane należycie. Przekazane w dniu 7 listopada 2021 r. dokumenty nie zostały bowiem poświadczone za zgodność z oryginałem przez podmiot trzeci udostępniający zasoby, ale przez GRAMAR. Dodatkowo zamawiający wezwał GRAMAR do złożenia wyjaśnień jaki był faktyczny udział SGS przy realizacji usługi referencyjnej oraz jaka była wartości robót, nad którymi SGS sprawował usługę pełnienia nadzoru oraz czy SGS będzie podwykonawcą tylko w zakresie usługi pełnienia nadzoru nad robotami branży drogowej, a także w jaki sposób GRAMAR zamierza zorganizować swoją współpracę z SGS w celu zapewnienia realnego wykorzystania przekazanych zasobów przy realizacji zamówienia.
W odpowiedzi na powyższe wezwania GRAMAR w dniu 14 grudnia 2020 r. złożył dokumenty referencyjne poświadczone za zgodność z oryginałem przez osobę uprawnioną do reprezentacji SGS. Dodatkowo GRAMAR wyjaśnił m.in., że:
•"Faktyczny zakres udziału SGS Spółka z o. o. w wykonaniu powyższego zamówienia opiewał na 70% całości zamówienia - zarówno jeśli mowa o zakresie jak i wynagrodzeniu. Współpracę Partnerów Konsorcjum regulowała Umowa Realizacyjna
•"Jednocześnie Wykonawca informuje, że z treści zobowiązania podmiotu SGS Polska Sp. z o.o. wynika, że podmiot będzie podwykonawcą w zakresie usługi pełnienia nadzoru nad robotami branży drogowej oraz pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu. Ocena realnego udziału podmiotu udostępniającego zasoby w wykonaniu zadania powinna być dokonywana całościowo z uwzględnieniem zakresu podwykonawstwa tak przy nadzorze nad robotami branży drogowej jak i przy sprawowaniu funkcji Inżyniera Kontraktu."
•"Szczegółowy zakres współpracy pomiędzy Gramar sp. z o. o. a SGS Polska sp. z o. o. będzie regulowała oprócz umowy podwykonawczej - umowa realizacyjna (stanowiąca załącznik do umowy podwykonawczej), zawarta w przypadku wyboru oferty „GRAMAR" Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu.
Zamawiający w dniu 21 grudnia 2020 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp wezwał GRAMAR do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2.3 lit. a SIWZ. W zobowiązaniu do udostępnieniu zasobów, SGS wskazał, że przedmiotem użyczenia jest wiedza i doświadczenie w realizacji usługi w zakresie branży drogowej oraz branży mostowej, natomiast z treści tego dokumentu oraz złożonych przez GRAMAR w dniu 14 grudnia 2020 r. wyjaśnień wynikało, że SGS będzie brał udział w realizacji zamówienia jedynie w zakresie świadczenia usługi w branży drogowej. Powyższe w ocenie zamawiającego stało w sprzeczności z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, który wymaga faktycznego udziału podmiotu, na którego wiedzę i doświadczenie wykonawca się powołuje i w takim zakresie, w jakim zostają udostępnione zasoby celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na powyższe wezwanie GRAMAR przedłożyło uzupełniony Wykaz usług o doświadczenie firmy – M. K. prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą pod firmą M. K. „Road-Skan-Expert". W dniu 9 stycznia 2021 r. zamawiający wezwał GRAMAR w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia Jednolitego Dokumentu JEDZ dla nowego podmiotu trzeciego oraz dokumentów potwierdzających, że podmiot ten nie podlega wykluczeniu z postępowania. Na podstawie przesłanych dokumentów określonych w Rozdziale 8 IDW GRAMAR w dniu 15 stycznia 2021 r. przekazał zamawiającemu dokumenty, mające czynić zadość powyższemu żądaniu, a zamawiający w dniu 20 stycznia 2021r. poinformował Wykonawców o wyborze oferty GRAMAR jako oferty

najkorzystniejszej. W ocenie zamawiającego GRAMAR potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia go z postępowania.
Odwołujący nie zgodził się z taką, podjętą przez zamawiającego czynnością w sprawie wskazując, że została ona dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Odwołujący podał że wbrew oświadczeniu wskazanemu w uzupełnionym Wykazie osób, nowy podmiot trzeci M. K. „Road-Skan-Expert" nie posiada doświadczenia w "Pełnieniu nadzoru nad budowa obiektu mostowego o obciążeniu klasy A i długości całkowitej min. 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu: budowa obiektu mostowego MD-02 nad rz. Mała Panew o obciążeniu kiasy A i długości całkowitej 166m; budowa obiektu mostowego WD-04 o obciążeniu kiasy A i długości całkowitej 210,28 m" w ramach inwestycji pn. „Pełnienie nadzoru inwestorskiego dla inwestycji: Budowa obwodnicy miejscowości Czamowąsy, zatem nie miał możliwości udostępnienia tego zasobu spółce GRAMAR. Jak wynika bowiem z referencji z dnia 2 lipca 2018 r. wystawionej przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu przedmiotowa inwestycja była realizowana wspólnie z innym wykonawcą - eR GRUPA sp. z o.o. z siedziba w Katowicach.
Zatem, zdaniem odwołującego brak jest możliwości bezrefleksyjnego przypisania M. K. „Road-Skan-Expert" doświadczenia w zrealizowaniu całego zamówienia, w tym nadzorowaniu budowy obiektu mostowego. Dodał, że z informacji publicznie dostępnych w sieci Internet wynika, że to eR GRUPA SP. z o.o. była odpowiedzialna za realizację przedmiotowej inwestycji. Analogiczna informacja nie została opisana na stronie internetowej M. K. „Road-Skan-Expert", gdzie dodatkowo nie wskazano, że jego firma prowadzi działalność w zakresie usług w branży mostowej (opis zakresu świadczonych usług dotyczy wyłącznie branży drogowej). Również z informacji zawartej w Centralnej Ewidencji Informacji Działalności Gospodarczej w latach 2016 - 2017, kiedy realizowana była inwestycja referencyjna, zakres działalności gospodarczej firmy M. K. „Road-Skan-Expert" nie obejmował świadczenia usług nadzoru nad realizacją robót budowlanych, w tym w nadzoru nad robotami branży mostowej (w tym czasie wpis do CEIDG tego podmiotu nie obejmował działalności określonej kodem PKD 71.11 - świadczenie usług), co dodatkowo potwierdza niemożliwość nabycia takiego doświadczenia przez tego członka konsorcjum. Na dowód powyższego załączył wydruki ze stron internetowych. Wskazał także , że z treści referencji wprost wynika, że nadzór inwestorski w branży mostowej był realizowany przez I. K. (prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Mosty i Konstrukcje Opole I. K.). Z referencji, zdaniem odwołującego można wywieść również, że M. K. (prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą) brał udział w realizacji zamówienia świadcząc usługi nadzoru w branży drogowej. Zamawiający zatem dysponował dokumentami dającymi możliwość wywiedzenia istotnych dla oceny udostępnionego potencjału informacji jako niespełniających wymagań określonych w SIWZ. Tym samym M. K. „Road-Skan-Expert", jako lider konsorcjum, może co najwyżej legitymować się w nabyciu doświadczenia w koordynacji przebiegu umowy na nadzór oraz pełnieniu funkcji inspektora nadzoru w branży drogowej, ale nie świadczeniem nadzoru we wszystkich branżach w tym mostowej.
Kolejnym zarzutem łączącym się z zarzutem powyżej opisanym, jest zarzut bezpodstawnego ponownego wezwania GRAMAR do uzupełnienia dokumentów nowego podmiotu trzeciego. W tym zakresie odwołujący podkreślił, że GRAMAR nie potwierdził, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu, w zakresie potencjału technicznego również z uwagi na fakt, że w odpowiedzi na wezwanie z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie wykazał, że nowy podmiot trzeci M. K. „Road-Skan-Expert" nie podlega wykluczeniu na podstawie przesłanek, o których mowa w pkt 8 SIWZ. Innymi słowy GRAMAR nie wykazał, że nowy podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 1-4, 8 ustawy Pzp, co uniemożliwia GRAMAR skorzystanie z udostępnionych przez niego zasobów. Dodał, że istotnym jest to, że zamawiający w dniu 9 stycznia 2021 r. w sposób bezpodstawny wezwał ponownie GRAMAR do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (i) Jednolitego Dokumentu M. K. „Road-Skan Expert" oraz dokumentów potwierdzających, że podmiot ten nie podlega wykluczeniu na podstawie przesłanek, o których mowa w pkt 8 SIWZ. Dokumenty te powinny zostać złożone od razu, w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiającego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp w odpowiedzi na pismo z dnia 21 grudnia 2020 r. Jednocześnie zauważył, że wezwanie z dnia 21 grudnia 2020 r. miało charakter ogólny i nie wskazywało w sposób konkretny, uzupełniania jakich dokumentów oczekuje od Gramar zamawiający. Podał, że wykonawca w odpowiedzi na wezwanie z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest zobowiązany od razu przedstawić zamawiającemu komplet dokumentów nowego podmiotu trzeciego. Stwierdził, że skorzystanie z procedury wynikającej z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp nie kreuje nowych podstaw prawnych i nowych okoliczności dających możliwość obejścia zasady jednokrotnego wzywania wykonawcy do uzupełnienia tego samego dokumentu. Przepis art. art. 22a ust. 6 ustawy Pzp nie stanowi bowiem "odpowiednika" art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, jak przyjął to zamawiający, ale jest szczególnym trybem, który jednorazowo i wyjątkowo pozwala wykonawcy na dokonanie zmiany podmiotu trzeciego na inny podmiot lub powołanie się na zasoby własne.
Tym samym skierowanie w dniu 8 stycznia 2021 r. do GRAMAR kolejnego wezwania do uzupełnienia dokumentów nowego podmiotu trzeciego zostało dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. tj. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz z pogwałceniem zasady jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.
W kolejnej grupie zarzutów dotyczących braku wykazania przez Gramar dysponowania osobą Technologa posiadającego "minimum 12 miesięcy doświadczenia zawodowego przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 97 min PLN netto każde", podniósł także zarzuty związane z osobą Technologa tj. dotyczące wprowadzenia zamawiającego w błąd co winno było skutkować wykluczeniem Gramar z postępowania. Główną kwestią tej grupy zarzutów jest próba wykazania, że Gramar nie dysponował osobą Pani E. Z.Gramar podał zamawiającemu, że dysponuje osobą na stanowisko Technologa, a dysponowanie to oparte jest na podstawie umowy cywilno – prawnej, w więc w sposób bezpośredni.
W uzasadnieniu tego zarzutu podał, że Pani E. Z. nigdy nie współpracowała z GRAMAR, jak również nigdy nie wyraziła zgody na powołanie jej doświadczenia przez GRAMAR w celu potwierdzenia przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a tym samym nigdy nie wyraziła woli uczestniczenia w realizacji zamówienia z ramienia Gramar. Nadto Gramar nie zwracał się do Pani E. Z., tak w dacie składania ofert, jak i w dacie złożenia niniejszego oświadczenia, o wyrażenie zgody na powołanie jej doświadczenia na potrzeby ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Tym samym Gramar w sposób całkowicie bezprawny powołał się na doświadczenie wyżej wskazanej osoby nie nawiązując z nią uprzednio żadnej relacji, a przede wszystkim nie otrzymując od niej jej aprobaty uczestniczenia w wykonaniu zamówienia z ramienia firmy Gramar. Powyższe działanie winno skutkować jako wypełniające znamiona art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania.
Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnia zarzut nr 3 odwołania dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy GRAMAR Sp. z o.o. z postępowania w sytuacji, w której wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą wskazaną na stanowisko Technologa,

spełniającą wymagania określone w pkt 7.2.2 lit. b pkt 3 SIWZ, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.
W pozostałym zakresie, tj. w odniesieniu do zarzutów dotyczących naruszenia przez zamawiającego:
—art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp;
—art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp;
—art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wniósł o ich oddalenie jako niezasadnych.
Uzasadniając powyższe stanowisko podał, że zarzut dotyczący niewykazania spełnienia warunków udziału w postepowaniu jest nie tylko niezasadny, ale i nie wykazany dowodowo. Zdaniem zamawiającego odwołujący nie sprostał ciężarowi wykazania, że wobec wykonawcy zachodzą przesłanki do wykluczenia na podstawie art. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Podkreślił, że przedmiotowe postępowanie jest prowadzone w procedurze odwróconej, zgodnie z art. 24aa ustawy Pzp (SIWZ TOM I pkt. 9.6.). Zgodnie z klasyfikacją ofert, oferta złożona przez wykonawcę GRAMAR Sp. z o.o oceniona została jako najkorzystniejsza (została sklasyfikowana na pierwszym miejsce w rankingu ofert). Wobec powyższego zamawiający pismem z dnia 06.11.2020 r. wezwał wykonawcę, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia. Nadto podał, że zamawiający wzywał dodatkowo Gramar w trybie art. 26 ust.3, 26 ust.4 oraz art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 Pzp. Jednakże każde z ww. wezwań było kierowane do wykonawcy w innym zakresie i dotyczyło innych dokumentów. Podkreślił, że Gramar w piśmie z dnia 05.01.2021 r. stanowiącym odpowiedź na pismo zamawiającego z dnia 21.12.2020 r. oświadczył, że zgodnie z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp zastępuje dotychczasowy podmiot SGS Polska Sp. z o.o. innym podmiotem i zgodnie z zobowiązaniem podmiotu, zamierza z firmą „M. K. Road-Skan-Expert" zawrzeć umowę.
Zamawiający w oparciu o przedłożony Wykaz Usług, referencje oraz oświadczenie Gramar uznał zakres udziału M. K. „Road-Skan-Expert" przy realizacji zamówienia pn.: „Pełnienie nadzoru inwestorskiego dla inwestycji: Budowa obwodnicy miejscowości Czarnowąsy" za wystarczające do przyjęcia wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji zamawiający na podstawie dokumentów i oświadczeń przedłożonych przez wykonawcę uznał, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w pkt. 7.2.3a) SIWZ TOM I (IDW). Nadto dodał, że odwołujący nie wykazał w treści odwołania, ani nie przedstawił dowodów na potwierdzenie tego, że M. K. ROAD - SKAN - EXPERT nie posiada wskazanego doświadczenia obejmującego pełnienie usług nadzoru nad robotami branży mostowej.
Kolejnym zarzutem odwołania związanym z zarzutem powyższym, jest zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust.3 ustawy Pzp. W tym zakresie zamawiający podał, że regulacja wyrażona w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp opisuje zasady wzywania wykonawców o uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów niezależenie od tego, czy dany wykonawca wskazuje, że sam spełnia warunki udziału w postępowaniu, czy też wskazuje, że spełnia warunki udziału w postępowania za pomocą potencjału podmiotu trzeciego.
Zdaniem zamawiającego nie powinno ulegać wątpliwości, że wezwanie dokonane w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp powinno mieć charakter jednokrotny, ale wyłącznie w odniesieniu do tego samego konkretnego dokumentu wskazanego w wezwaniu zamawiającego. Podkreślił, że wskazywana w orzecznictwie jednorazowość wezwania do uzupełnienia dokumentów odnosi się nie do wszystkich dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (czy potwierdzających brak podstaw do wykluczenia), ale do konkretnego dokumentu czy dokumentów, objętych wezwaniem zamawiającego. Wskazany przepis nie zabrania wezwania wykonawcy o dokument lub dokumenty, o które nie był dotychczas wzywany przez zamawiającego. Nie ma tym samym przeszkód prawnych, aby wykonawca został wezwany ponownie do uzupełnienia w nowo wyznaczonym terminie innego dokumentu niż określono w ewentualnych wcześniejszych wezwaniach zamawiającego, jak to miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.
Przystępujący do postępowania wykonawca Gramar, którego oferta została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą, dalej zwany „Gramar" lub „przystępujący" wniósł o oddalenie zarzutów odwołania, a w następstwie uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu odwołania dotyczącego nie wykazania dysponowania osobą Pani E. Z. na stanowisko Technologa wniósł sprzeciw od uwzględnienia tego zarzutu.
Odnosząc się do zarzutu braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania doświadczenia wskazanego w pkt 7.2.3. lit a) SIWZ (pełnienie nadzoru nad budową obiektu mostowego o parametrach wskazanych w SIWZ) podał, że zarzut ten jest bezzasadny, gdyż warunek ten został spełniony przez przystępującego. Przystępujący wykazał ten fakt, przedstawiając: Wykaz usług uwzględniający nadzory sprawowane przez M. K. nad inwestycją w Czarnowąsach, referencje wystawione przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu dnia 2 lipca 2018 r. i zobowiązanie M. K. do udostępnienia jego zasobów przystępującemu (dokumenty dołączone do pisma Przystępującego z dnia 21 grudnia 2020 r.). Podkreślił, że nadzory nad inwestycją w Czarnowąsach były wykonywane przez M. K. w ramach konsorcjum ze Spółką eR Grupa Sp. z o.o. Pomimo, że M. K. nie realizował tego zadania samodzielnie, zdobył on w jego trakcie doświadczenie wymagane przez zamawiającego w postępowaniu, wobec czego przystępujący mógł powołać się na to doświadczenie w ramach korzystania z zasobów podmiotu trzeciego. Dodał, że funkcję inspektora nadzoru branży mostowej pełnił rzeczywiście I. K., który sprawował tę funkcję na podstawie umowy cywilnoprawnej zawartej z M. K. Była to forma bezpośredniego dysponowania przez M. K. osobą pełniącą funkcję inspektora nadzoru branży mostowej. Pełną odpowiedzialność za działania i zaniechania I. K. wobec zamawiającego ponosił M. K., jako strona umowy z zamawiającym. M. K. odpowiadał również za zorganizowanie całego procesu sprawowania nadzorów we wszystkich branżach i ich koordynowania.
Odnosząc się do zarzutu odnoszącego się do rzekomych nieprawidłowości przy wezwaniu przystępującego do przedłożenia dokumentów w trybie art 26 ust.3 Pzp, podniósł, że zamawiający wezwał do „złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie określonym w pkt. 7.2.3a) w SIWZ TOM IIDW w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy. Niewątpliwym jest, że zamawiający zamierzał dokonać dwuetapowej oceny spełniania przedmiotowego warunku. W pierwszej kolejności zażądał od wykonawcy wskazania wyłącznie wykazu usług wraz z referencjami (co wykonawca przedłożył) i dopiero po zweryfikowaniu tychże dokumentów, wezwał wykonawcę do przedłożenia dokumentów podmiotowych. Zamawiający - wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu - nie wymagał od przystępującego na tym etapie składania dokumentów podmiotowych dotyczących Pana M. K.. Podkreślił, że w takiej sytuacji przystępujący uczynił w całości zadość wezwaniu zamawiającemu, a kolejne skierowane do niego wezwanie, które kwestionuje odwołujący, stanowiło wezwanie o odrębnym merytorycznie zakresie, wobec czego powinno zostać uznane za dopuszczalne.
W nawiązaniu do kolejnego zarzutu odwołania, dotyczącego niezasadnego przyjęcia przez zamawiającego, że przystępujący nie wykazał dysponowania osobą na stanowisko Technologa podał, iż przystępującego wiązała z Panią E. Z. umowa cywilnoprawna, na podstawie której, E. Z. zobowiązana była do pełnienia funkcji Technologa na przedmiotowej inwestycji. Kwestii tej nie zmienia fakt, iż umowa taka została zawarta przez pełnomocnika. Dodał, że E. Z. przekazała

swoje CV Spółce SGS Polska sp. z o. o., która w niniejszym postępowaniu użyczała Gramar zasobów w postaci doświadczenia oraz osób niezbędnych do realizacji zamówienia. Przekazując swoje CV SGS, E. Z. wyraziła zgodę na to, aby brać udział w realizacji zadań w które będzie zaangażowana spółka SGS. Upoważniła również pracownika SGS - Pana B. G. do zawierania w jej imieniu umów cywilnoprawnych, na podstawie których będzie pełnić funkcje technologa na inwestycjach w wykonywanych przez SGS. Przystępujący wyjaśnił, że sprawy związane z uzyskiwaniem referencji i kompletowaniem składu personelu załatwiane były w niniejszej sprawie przez przedstawiciela przystępującego, będącego jednocześnie pracownikiem SGS B. G. B. G. kontaktował się z K. G., który z kolei działał jako pełnomocnik E. Z. W ten sposób ustalone zostały zasady udziału E. Z. w realizacji zamówienia, a następnie zawarta umowa pomiędzy Gramar sp. z o. o. a Panią E. Z., reprezentowaną przez pełnomocnika w osobie Pana B. G.
Podkreślił, że kwestii tej nie zmienia fakt, iż umowa została zawarta w formie ustnej, gdyż dla wszystkich stron czynności jasnym było, iż umowa zawierana jest bezpośrednio pomiędzy Panią E. Z., a Gramar sp. z o. o. Podkreślił, że przystępujący działał w zaufaniu do swojego partnera biznesowego, jakim był SGS Polska sp. z o. o., w tym również do Pana B. G., z którym przystępujący również pozostawał w stałych kontaktach w związku z licznie przygotowywanymi wspólnie inwestycjami. Dodał, że nie ma wiedzy, z jakiego powodu Pani E. Z. wycofała się z uprzednio zawartej umowy. Jako takie wycofanie przystępujący traktuje złożone przez nią oświadczenie załączone do odwołania.
Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając stanowiska stron postępowania i przystępującego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.
Odwołane jest częściowo zasadne. Izba uznała, że nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym podniesione zarzuty wobec czynności uznania przez zamawiającego, że wykonawca Gramar spełnia warunki udziału w zakresie potencjału technicznego i zawodowego, a także naruszenia art. 26 ust.3 Pzp.

Na wstępie zaznaczenia wymaga kwestia, iż w związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 ze zm.), który stanowi, że do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.

Jednocześnie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami, dalej jako „nPzp") znajdują zastosowanie do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie. Zgodnie bowiem z art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych, do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89 a wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 roku stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.

Następnie ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 528 ust. 1 ustawy nPzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Strony postępowania odwoławczego oraz przystępujący nie wnosiły o uzupełnienie materiału dowodowego, bądź uzupełnienie stanu faktycznego wskazanego w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie. Tym samym Izba przyjęła do oceny stan faktyczny wynikający z odwołania i dokumentów postępowania.

Przechodząc do rozpoznania zarzutów Izba wskazuje, że pomimo faktu, iż odwołujący sformułował 5 zarzutów, to jednak uwzględniając ich treść oraz stan faktyczny który obejmują, Izba przyjęła (tak jak to uczynił także zamawiający i przystępujący), że w sprawie zostały podniesione trzy zarzuty.

Pierwszy z podniesionych zarzutów dotyczył kwestii niewykluczenia Gramar z postępowania w sytuacji, kiedy nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu o którym mowa w pkt 7.2.3 pkt 1 lit. a SIWZ, dotyczący pełnienia nadzoru nad realizacją obiektu mostowego o wskazanych parametrach.
Odwołujący wywodził, że wskazany do pełnienia nadzoru w tym postępowaniu podmiot – M. K. „Road-Skan- Expert" nie spełnia ww. wymagań zamawiającego, gdyż wbrew twierdzeniom przystępującego nie nabył ich na wskazanej inwestycji realizowanej przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu pn. Budowa obwodnicy miejscowości Czarnowąsy. Odwołujący podkreślał, że nadzór nad tą inwestycją pełniło dwa podmioty - oprócz firmy M. K. nadzór pełniony był także przez podmiot eR Grupa sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach. Tym samym bez ustalenia,który podmiot i w jakim zakresie pełnił nadzór nad robotami, nie jest możliwe ustalenie czy dany podmiot nabył określone doświadczenie w referencyjnym zakresie.
Natomiast zarówno zamawiający jak i przystępujący wykazywali w oparciu o dokumenty zawarte w dokumentacji postępowania oraz złożonych dowodach na rozprawie, iż brak był podstaw do uznania, że podmiot M. K. „Road-Skan-Expert" postawionych w pkt 7.2.3 pkt 1 lit a wymagań nie spełnia.

Oceniając całość materiału dowodowego dotyczącego tego zarzutu Izba uznała przedmiotowy zarzut za niezasadny. Analizie przez Izbę zostały poddane wszystkie istotne dla rozstrzygnięcia kwestie i dowody. Na wstępie podkreślić należy, że aby podniesiony zarzut mógł zostać uwzględniony przez Izbę to wnoszący odwołanie winien wykazać i przedłożyć Izbie (art. 190 ust.1 Pzp), iż posiada dowody potwierdzające jego zarzuty. Za wyrokiem SO w Wrocławiu z 6 lutego 2018 roku Sygn. akt XI Ga 692/17 wskazać należy, że aby Izba mogła oprzeć orzeczenie na złożonych dowodach to dowody te muszą być pewne i kategoryczne. Natomiast w tej sytuacji odwołujący żadnych takich dowodów nie wskazał i nie złożył ich Izbie. Podać należy, że odwołujący jako podstawę swoich twierdzeń co do braku posiadania przez firmę M. K. wymaganego doświadczenia w zakresie nadzoru nad robotami mostowymi, podał, że stanowisko jest uzasadnione następującymi okolicznościami:
- podmiot M. K. „Road-Skan-Expert" nie posiada doświadczenia w "Pełnieniu nadzoru nad budowa obiektu mostowego o obciążeniu klasy A i długości całkowitej min. 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu…"
- z referencji z dnia 2 lipca 2018 r. wystawionej przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu wynika, że przedmiotowa inwestycja była realizowana wspólnie z innym wykonawcą eR GRUPA Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (...)";
- z informacji publicznie dostępnych w sieci Internet wynika, że to eR GRUPA Sp. z o.o. była odpowiedzialna za realizację przedmiotowej inwestycji. Analogiczna informacja nie została opisana na stronie internetowej M. K. „Road- Skan-Expert", gdzie dodatkowo nie wskazano, że firma prowadzi działalność w zakresie usług w branży mostowej (opis zakresu świadczonych usług dotyczy wyłącznie branży drogowej) (...)".
- z informacji zawartej w Centralnej Ewidencji Informacji Działalności Gospodarczej w latach 2016 - 2017, kiedy realizowana była inwestycja referencyjna, zakres działalności gospodarczej firmy M. K. „Road- Skan-Expert" nie obejmował świadczenia usług nadzoru nad realizacją robót budowlanych, w tym nadzoru nad robotami branży mostowej

(...) co dodatkowo potwierdza niemożliwość nabycia takiego doświadczenia przez tego członka konsorcjum (...)".
Żaden z powyższych dowodów nie jest zdaniem Izby, dowodem wskazującym jednoznacznie i kategorycznie, że firma M. K. „Road- Skan-Expert" nie mogła udostępnić Gramar doświadczenia w zakresie pełnienia nadzoru nad robotami mostowymi, gdyż takowego nie posiadała.
Odnosząc się pokrótce do ww. argumentacji odwołującego Izba podkreśla, że udział danego członka konsorcjum w realizacji zamówienia nie musi zawsze oznaczać bezpośredniego udziału w realizacji całości zakresu zamówienia. Podmiot nabywa doświadczenia zwykle poprzez pracę osób, którymi dysponuje przy realizacji danego zamówienia. Inne podejście do tej kwestii – tak jak tego oczekuje odwołujący powodowałoby sytuację że doświadczenie nabywaliby tylko pracownicy, którzy dane roboty wykonują, co skutkowałoby tym, że tylko grupa pracowników, a nie podmiot ich zatrudniający mógłby legitymować się uzyskaniem doświadczenia w zakresie potencjału technicznego i osobowego.
Izba po analizie dokumentacji postępowania uznała, że zamawiający zasadnie przyjął w oparciu o dokumenty i wyjaśnienia przystępującego, że M. K., jako lider konsorcjum składającego się z dwóch firm, nabył wymagane przez zamawiającego doświadczenie w zakresie pełnienia nadzoru na robotami z branży mostowej.
Nadto Izba zauważa, że nie można dać mocy dowodowej informacji, iż o fakcie nabycia doświadczenia w danym zakresie przez podmiot, decydujące znaczenie ma treść wpisu do ewidencji działalności gospodarczej CEIDG. Otóż wpis taki ma charakter deklaratoryjny, a nie konstytutywny. Na poparcie takiego stanowiska zasadnym jest przywołanie wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) w którym Sąd Okręgowy w Katowicach wyjaśnił, że: „Oznaczenie przedmiotu działalności, zgodne z przedmiotem zamówienia nie jest ustawowym warunkiem uczestnictwa w przetargu ani prowadzenia działalności gospodarczej w danej dziedzinie, a ma jedynie charakter informacyjno-statystyczny".
Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że nie zachodziły w sprawie uzasadnione podstawy do zakwestionowania złożonych przez Gramar oświadczeń i dokumentów w zakresie spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Gramar w Wykazie usług prawidłowo potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie przedłożył referencje, które potwierdzają należyte wykonanie zamówień objętych przedłożonym Wykazem usług. Odwołujący kwestionuje doświadczenie firmy M. K., ale poza hipotetycznym założeniem o braku doświadczenia, żadnego dowodu potwierdzającego swoje stanowisko nie złożył.

Kolejnym zarzutem, jest zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust.3 ustawy Pzp. Odwołujący podnosił, że wezwanie w trybie art. 26 ust.3 Pzp winno być wezwaniem jednokrotnym - z czym zgadzał się zarówno zamawiający jak i przystępujący, co również Izba uznaje za zasadne. Jednakże zamawiający i przystępujący w swoim stanowisko wskazywali na zaistniały w sprawie stan faktyczny, tj. że w postępowaniu po stronie przystępującego pojawił się nowy podmiot – inny niż wskazany w pierwotnej ofercie, tj. firma M. K. „Road- Skan-Expert". Odwołujący stał na stanowisku, że wraz ze zmianą podmiotu, ten nowy podmiot winien był złożyć od razu w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiającego dokumenty potwierdzające, że nie podlega on wykluczeniu z postępowania. W tym zakresie wskazał także na przepis art. 22aust.6 Pzp, podkreślając, że nie stanowi on odpowiednika art. 26 ust.1 Pzp, a jest szczególnym trybem wezwania, który nadto wyjątkowo pozwala wykonawcy na dokonanie zmiany podmiotu trzeciego na inny podmiot lub powołanie się na zasoby własne.

Oceniając przedmiotowe wezwania zamawiającego oraz odpowiedzi Gramar Izba uznała, że zasadnym jest postępowanie zamawiającego, który dążył do wyjaśnienia wątpliwości w zakresie spełniania warunków udziału w zakresie tego nowego podmiotu i wzywał go do podania wyjaśnień i dokumentów. Niewątpliwie do Gramar zostało skierowanych kilka wezwań w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Z wezwań zamawiającego skierowanych do przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że wykonawca ten był każdorazowo wzywany do uzupełnienia różnych dokumentów, a wezwanie z dnia 08.01.2021 r. dotyczyło podmiotu, na którego zasoby wykonawca powołał się dopiero w piśmie z dnia 05.01.2021 r. Zamawiający nie wzywał wcześniej Gramar do przedłożenia dokumentu JEDZ oraz dokumentów potwierdzający brak podstaw do wykluczenia w odniesieniu do podmiotu M. K. ROAD-SKAN- EXPERT, na zdolnościach, którego Gramar polega.
Reasumując ocenę zasadności ww. dwóch zarzutów Izba wskazuje, że ich oddalenie nie ma wpływu na wynik postępowania, gdyż w wyniku uwzględnienia kolejnego zarzutu Izba nakazała wykluczenie Gramar z postępowania.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego wskazania dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu osoby Pani E. Z., dedykowanej do pełnienia funkcji Technologa podkreślić należy, że odwołujący upatrywał w tej czynności nie tylko naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust.1 pkt 12, ale także przepisu art. 24 ust.1 pkt 16 i 17 Pzp.
Podstawową kwestią wymagającą oceny Izby, jest ocena okoliczności faktycznych zaistniałych w tej materii mającej na celu ustalenie, czy przystępujący Gramar miał podstawy do wykazania wskazanej osoby, a także ustalenia, czy ww. przepisy Pzp zostały naruszone.
Na wstępie wskazać należy, że Pani E. Z. niewątpliwie przekazała swoje CV spółce SGS Polska sp. z o.o., celem wykazywania jej na stanowisko technologa w postępowaniach w których ten podmiot będzie brał udział.
Przystępujący podał, że dla celów tego postępowania dysponował tą osobą w sposób bezpośredni, tj. na podstawie umowy cywilno-prawnej, dodając jednocześnie, że była to umowa ustna. Dysponowanie osobą na stanowisko Technologa przystępujący wywodził w szczególności, opierając się na treści oświadczenia B. G. z 17 lutego 2021 roku. Powyższe oświadczenie złożone przez przystępującego, niewątpliwie było napisane pod potrzeby przedmiotowego postępowania odwoławczego. Dlatego też Izba uznała, iż większą moc dowodową posiada Wyjaśnienie sporządzone własnoręcznie przez Panią E. Z. niż wskazane Oświadczenie.
Z analizy treści tego Oświadczenia zdaniem Izby, wynika przede wszystkim, że udostępniając swoje CV na rzecz firmy SGS Polska sp. z o.o. w dniu 19 listopada 2019 roku, Pani Z. warunkowała udział w postępowaniach, wcześniejszym poinformowaniem jej o takim fakcie oraz uzyskaniem jej zgody. Przystępujący nie wykazał w jakikolwiek sposób, że przed wykazaniem w wykazie osób Pani E. Z. poinformował zainteresowaną o tym fakcie oraz, że uzyskał jej zgodę. Z treści przedmiotowego Wyjaśnienia wynika także, że Pani Z. w ogóle nie wiedziała, że podmiot o nazwie Gramar wskazał ją na stanowisko Technologa w tym postępowaniu. Tym samym przystępujący, a także podmiot SGS Polska nie wypełnili elementarnego obowiązku zapytania o zgodę Pani Z. na udział w tym postępowaniu, a dla celów dowodowych na potrzeby postępowania odwoławczego wskazano iż została zawarta z Panią Z. umowa cywilnoprawna, której nie przedłożono ani Izbie, ani zamawiającemu.

Odnosząc się do zarzutu podania nieprawdziwych informacji zamawiającemu wskazać należy, że naruszenia z art. 24 ust.1 pkt 16 i 17 Pzp, pomimo swojej pewnej zbieżności co do treści i skutków ich naruszenia, są przepisami bazującymi na innej podstawie faktycznej.
Dokonując oceny poprawności wskazania zarzutu naruszenia z ww. pkt.16, tj. czy przystępujący w sposób zamierzony, a więc z winy umyślnej wprowadził zamawiającego w błąd, Izba ustaliła, że odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu

mogącego potwierdzić taki zarzut, a tym samym zarzut jako nie udowodniony został oddalony. Nadto z analizy dokumentacji postępowania i złożonych dowodów na rozprawie brak było podstaw do wywiedzenia, że działanie przystępującego w tym zakresie było działaniem celowym.

Natomiast dokonując oceny wypełnienia przesłanek z pkt 17 art. 24 ust.1 Pzp, Izba oparła swoją oceną na dokonaniu ustaleń w zakresie: czy przystępujący Gramar w toku przedmiotowego postępowania przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, czy informacje te miały lub mogły mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w tym postępowaniu oraz, czy wprowadzenie w błąd nastąpiło na skutek lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

Odnosząc się do pierwszej i drugiej kwestii Izba uznała, że Gramar nie mając żadnego potwierdzenia, że Pani Z. wyraża zgodę na udział w postępowaniu na stanowisku Technologa, podał zamawiającemu nieprawdziwą w tym zakresie informację. Nie ulega wątpliwości, że Gramar przystępując do przetargu powołał się na osobę Pani Z., którą nie dysponował. Zamawiający w ocenie oferty oparł się na podanych przez wykonawcę informacjach, które miały dowodzić, że dysponuje osobą na stanowisko Technologa, co nie miało potwierdzenia w rzeczywistości. Okoliczność powyższa jednoznacznie wskazuje więc na podanie przez Gramar informacji nieprawdziwych, a to wprowadziło zamawiającego w błąd i miało istotny wpływ na decyzje zamawiającego w zakresie wyboru oferty tego wykonawcy. Podkreślić należy także, iż art. 24 ust.1 pkt. 17 Pzp nakazuje wykluczyć wykonawcę w sytuacji, jeśli ten przez podanie nieprawdziwych informacji uzyskałby nieuzasadnioną korzyść, to jest taką, której by w przypadku nie wykazania osoby na stanowisko Technologa nie uzyskał. W tym postępowaniu w oparciu o tą nieprawdziwą informację zamawiający wybrał ofertę przystępującego, jako zgodną z wymaganiami SIWZ i tym samym najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odnosząc się natomiast do trzeciej z wymienionych wyżej przesłanek warunkujących odpowiedzialność określoną w art. 24 ust.1 pkt. 17 Pzp tj. tego, czy wprowadzenie zamawiającego w błąd nastąpiło na skutek lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy, zauważyć należy, że trudno mówić w tym przypadku o zachowaniu przez Gramar należytej staranności o której mowa w przepisie art. 355 kc. Model ten sprowadza się do zasady działania uczciwego. Działanie uczciwe zakłada rzetelne przedstawienie żądanych informacji i dokumentów, wyklucza posługiwania się danymi nieprawdziwymi i wprowadzania zamawiającego w błąd. Skoro w jednym z kluczowych i podstawowych aspektów oferty, warunkującym udział w postępowaniu przetargowym, zawarto informację merytorycznie nieprawdziwą, to oznacza, że wykonawca, o ile nie działał celowo, to postąpił niedbale.

Dlatego też zasadnym jest zarzut naruszenia art. 24 ust.1 pkt 12 i 17 Pzp przez Gramar, który w wyniku lekkomyślności, a także niedbalstwa wskazał w ofercie Panią Z. na stanowisko Technologa celem spełnienia wymagań o których mowa w pkt. 7.2.3 lit. b SIWZ. Tym samym również stanowisko zamawiającego o uwzględnieniu tego zarzutu należało uznać za w pełni uzasadnione. Podkreślić należy także fakt, przemawiający za tym, że Pani Z. nie wiedziała o przedmiotowym zamówieniu, jak również nie zamierzała brać w nim udziału. Gramar nie zwracał się do Pani E. Z., tak w dacie składania ofert, jak i w dacie złożenia ww. oświadczenia, o wyrażenie zgody na udział w przedmiotowym postępowaniu.

Reasumując powyższe ustalenia i rozważania orzeczono jak w sentencji odwołania.

Orzekając o kosztach postępowania Izba miała na względzie fakt, że zamawiający uwzględnił jeden z zarzutów postępowania co do którego przystępujący złożył sprzeciw i Izba po rozpatrzeniu materiału dowodowego w tym zakresie uznała jego zasadność.

W związku z powyższym oraz w wyniku ustalenia, iż w postępowaniu zostały podniesione trzy łączone tematycznie zarzuty, Izba uznała, że zamawiający wygrał postępowanie w zakresie dwóch zarzutów, a odwołujący w jednym. W zakresie tego uwzględnionego zarzutu kosztami postępowania został obciążony przystępujący wnoszący sprzeciw od którego zasądzono 1/3 kwoty wpisu na rzecz odwołującego oraz po 1/3 kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zarówno na rzecz zamawiającego jak i odwołującego (dwóch przeciwników sporu w zakresie tego zarzutu). Odwołujący wygrał w zakresie jednego zarzutu (1/3), wobec tego podnosząc 3 zarzuty został obciążony 2/3 kwoty wpisu i 1/3 kosztu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 Pzp tj. stosownie do wyniku postępowania, oraz § 7 ust. 2 pkt 3 oraz ust. 4 pkt 1 oraz ust. 5 postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……..……..

Członkowie: …….

……