

WYROK

z dnia 26 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 stycznia 2022 r. przez
wykonawcę odwołującego: BICO Group sp. z o.o., ul. św. Jacka Odrowąża 15, 03-310
Warszawa,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, tj. gminy: Gromnik, Skrzyszów, Lisia
Góra, Żabno, Tarnów, Wierchosławice, Zakliczyn, Ryglice, Tuchów, Niepołomice,
Wieliczka, Myślenice, Gdów, Biskupice, Jodłownik, Rabka Zdrój, Bukowno, Klucze,
Krzeszowice, Olkusz, Wolbrom, Trzyciąż, Gołcza, Charsznica, Miechów, Śląboszów,
Raławice, Kozłów, Książ Wielki, w imieniu których postępowanie prowadzi: Gmina
Gromnik, ul. Witosa 2, 33-180 Gromnik,

przy udziale wykonawcy ELEKTROTECH Sp. z o.o., ul. Leśna 30, 38-524 Mymoń,
zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: BICO Group spółka z o.o., ul. św. Jacka
Odrowąża 15, 03-310 Warszawa, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie:
piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od
odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo
zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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:

Zamawiający, tj. gminy: Gromnik, Skrzyszów, Lisia Góra, Żabno, Tarnów, Wierchosławice, Zakliczyn, Ryglice, Tuchów, Niepołomice, Wieliczka, Myślenice, Gdów, Biskupice, Jodłownik, Rabka Zdrój, Bukowno, Klucze, Krzeszowice, Olkusz, Wolbrom, Trzyciąż, Gołcza, Charsznica, Mechów, Słaboszów, Raclawice, Kozłów, Książ Wielki, w imieniu których postępowanie prowadzi Gmina Gromnik, ul. Witosa 2, 33-180 Gromnik, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na pełnienie nadzoru inwestorskiego w ramach projektu „Ekopartnerzy na rzecz słonecznej energii Małopolski”, nr referencyjny: IK.271.12.2021.ZP. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23.08.2021 r., nr 2021/S 162-427095.

Pismem z dnia 04.01.2022 r. zamawiający poinformował m.in. o odrzuceniu oferty wykonawcy BICO Group sp. z o.o., ul. św. Jacka Odrowąża 15, 03-310 Warszawa (dalej: „odwołujący”).

W dniu 14.01.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i lit. c), art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez uznanie, że odwołujący złożył ofertę niezgodną z przepisami ustawy, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz podlega odrzuceniu ze względu na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz uznanie, że odwołujący nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy odwołujący złożył ofertę zgodną z przepisami ustawy, której treść jest zgodna z warunkami zamówienia i odwołujący udowodnił spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„8. Zamawiający postawił w dokumentach zamówienia w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dwa warunki udziału w postępowaniu. Był to (1) wymóg posiadania odpowiedniego doświadczenia oraz (2) wymóg dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym. (...)

9. Jednocześnie doświadczenie Pierwszego Inspektora Nadzoru oraz doświadczenie Drugiego Inspektora Nadzoru stanowiły poza cenowe kryteria oceny ofert o łącznej wadze 40% (punkt 17.1. SWZ).

10. W przedmiotowym postępowaniu ofertę złożył Odwołujący. W złożonej ofercie Odwołujący zadeklarował, że korzysta z zasobów podmiotu trzeciego - tj. BICO Group T. P.

. W złożonej ofercie Odwołujący wskazał, że kieruje do pełnienia funkcji:

- 1) Pierwszego Inspektora Nadzoru Pana W. (...).
- 2) Drugiego Inspektora Nadzoru Pana L. (...).

11. Ponadto w dniu 3 listopada 2021 r. Odwołujący złożył wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, w którym wskazał, że kieruje do pełnienia funkcji:

- 1) Pierwszego Inspektora Nadzoru Pana W. (...).
- 2) Drugiego Inspektora Nadzoru Pana L. (...).
- 3) Trzeciego Inspektora Nadzoru Pana M. (...).
- 4) Czwartego Inspektora Nadzoru Pana A. (...).

Odwołujący podał również szczegółowe informacje na temat kwalifikacji zawodowych powyższych osób oraz ich uprawnień zawodowych.

12. Pismem z dnia 4 stycznia 2021 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. Jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że:

- 1) Treść oferty Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ zdaniem Zamawiającego z treści oferty i wyjaśnień Odwołującego wynika, że przy realizacji zamówienia będzie pracować więcej niż 2 inspektorów nadzoru, podczas gdy rzekomo w dokumentach zamówienia Zamawiający na to nie zezwala.

2) Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie warunku numer 1 (doświadczenie) ponieważ nie doszło do realnego przekazania zasobów, tj. dwaj inspektorzy nadzoru wskazani w treści oferty nie są inspektorami przekazanymi przez podmiot udostępniający zasoby, a w konsekwencji - zdaniem Zamawiającego - udostępnienie zasobów ma charakter wyłącznie pozorny. (...)

14. Zamawiający stawiając warunek dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym wyraźnie napisał w SWZ, że: „Wykonawca musi spełniać warunek dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym tj. min. dwiema osobami posiadającymi uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi”. (...)

16. Z powyższego jasno wynika, że warunek dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym nakłada obowiązek realizacji zamówienia przez przynajmniej dwóch inspektorów nadzoru. Nie stoi to jednak na przeszkodzie, żeby przedmiot zamówienia realizowała większa ilość inspektorów.

17. Pośrednio taki wniosek można również wywnioskować z załącznika nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia (OPZ). Z treści tego dokumentu wynika, że spośród inspektorów nadzoru należy wybrać kierownika Zespołu Nadzorującego, który:

„będzie osobą odpowiedzialną za kierowanie zespołami osobowymi (zespół inspektorów branżowych), będzie pełnił jednocześnie funkcję Inspektora nadzoru robót elektrycznych oraz koordynatora inspektorów nadzoru i pozostałych osób biorących udział w realizacji Projektu oraz wykonawców robót” (ust. 3.2. OPZ).

20. Należy również podkreślić z daleko idącej ostrożności procesowej, że nawet gdyby pojawiły się w toku postępowania odwoławczego inne argumenty, to w takim razie dokumenty zamówienia zawierałyby istotną rozbieżność. W takiej sytuacji zgodnie z powszechnie znaną i utrwaloną linią orzecniczą wszystkie wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść wykonawców.

21. Odwołujący wraz z ofertą złożył dokument, którego wymagał Zamawiający w postaci wskazania dwóch pierwszych inspektorów nadzoru w celu przyznania odpowiedniej ilości punktów ofercie odwołującego (doświadczenie dwóch inspektorów, było bowiem kryterium oceny ofert). Odwołujący nie mógł w dokumencie złożony wraz z ofertą w celu przyznania punktów wskazać od razu wszystkich czterech inspektorów nadzoru, ponieważ zabraniałoby tego postanowienia SWZ dotyczące składania dokumentów i przyznawania punktów. Z tego względu Odwołujący w dokumencie do oferty przedstawił tylko dwóch pierwszych inspektorów nadzoru, których doświadczenie było przedmiotem oceny. Dokument złożony wraz z ofertą nie miał jednak na celu weryfikacji spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, lecz był składany w celu przyznania odpowiedniej ilości punktów w poza cenowym kryterium oceny ofert. Osoby wskazane w tym dokumencie musiały oczywiście później zostać wskazane w wykazie osób jako dwaj pierwsi inspektorzy nadzoru (co też Odwołujący uczynił). (...)

23. Takie twierdzenie Zamawiającego jest w zupełności nieprawdziwe, co wyżej wskazano jak również świadczy o arbitralnym podejściu do wykładni postanowień SWZ oraz nierównym traktowaniu wykonawców. W szczególności nieprawdziwe jest stwierdzenie jakoby „wykonawca twierdzi, że oddeleguje od wykonania zamówienia większą niż dwie osoby liczbę Inspektorów nadzoru (liczba ta jest niedookreślona w ofercie) i to osób co do których zamawiający na etapie wyboru oferty nie posiada potwierdzenia czy spełniają wymogi wskazane w SWZ”, a przecież Odwołujący wskazał w podmiotowym środku dowodowym „6_Wykaz_osób_ZPT_03_11_2021” liczbę inspektorów ich imiona, nazwiska i numery uprawnień. Zamawiający miał więc możliwość, wbrew temu co twierdzi, zweryfikować czy wskazani Inspektorzy spełniają wymogi wskazane w SWZ, przed wyborem oferty najkorzystniejszej. (...)

26. Nie ma również racji Zamawiający podnosząc, że nie doszło do realnego transferu zasobów zgodnie z warunkami zamówienia.

27. Zgodnie z oświadczeniem o udostępnieniu zasobów złożonym wraz z ofertą przedmiotem udostępnienia było doświadczenie jakie udostępniający nabył realizując określone inwestycje. Transfer doświadczenia został Zamawiającemu przez Odwołującego dokładnie wyjaśniony.

28. Doświadczenie Pana T. P. prowadzącego działalność gospodarczą to doświadczenie które posiada przedsiębiorstwo jako zorganizowany zespół składników niematerialnych i materialnych oraz doświadczenie które posiadają osoby fizyczne współpracujące z przedsiębiorstwem (inspektorzy nadzoru). Sposób wykorzystania doświadczenia będzie polegać na bezpośrednim udostępnieniu osób fizycznych związanych z Panem T. P. stosunkiem umożliwiającym wpływ na podejmowane przez te osoby czynności,

posiadających doświadczenie nabyte podczas trwania tego stosunku. Oddelegowani inspektorzy nadzoru będą do pełnej dyspozycji Odwołującego, zatem Odwołujący będzie mógł korzystać z ich wiedzy i doświadczenia. Oddelegowani inspektorzy nadzoru będą prowadzić bezpośredni nadzór nad inwestycją zgodnie z dokumentacją zamówienia oraz współpracować z inspektorami nadzoru ze strony Odwołującego. Ponadto przedsiębiorstwo Pana T. P. jako podwykonawca zapewni koordynację pracy wszystkich inspektorów nadzoru, zaplecze techniczne oraz będzie odpowiedzialne za należyte wykonanie zobowiązania przez oddelegowanych inspektorów. Udostępnienie zasobów w żaden sposób nie można uznać za pozorne.

29. Na marginesie należy zaznaczyć, że pomimo odrębności prawnej Odwołującego i podmiotu udostępniającego zasoby to oba podmioty należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 275). T. P. prowadzący działalność pod firmą T. P. BICO Group jest jednocześnie prezesem zarządu oraz głównym udziałowcem Odwołującego.

30. Kwestia ta jest istotna z tego względu, że w realiach gospodarczych podmioty te ściśle współdziałają, współpracują z tymi samymi osobami oraz mają wspólną siedzibę. Z tego względu również należy uznać, że udostępnienie zasobów będzie miało realny charakter i nie mamy do czynienia z tzw. handlem referencjami. (...)”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Pismem z dnia 20.01.2022 r. wykonawca ELEKTROTECH sp. z o.o., ul. Leśna 30, 38-524 Mymoń (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 24.01.2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Pismem z dnia 25.01.2022 r. przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie. Pismem z dnia 26.01.2022 r. wskazał dodatkową argumentację.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest pełnienie nadzoru inwestorskiego na zadaniu inwestycyjnym: „Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych do produkcji energii elektrycznej w budynkach mieszkalnych jednorodzinnych w ramach projektu „Ekopartnerzy na rzecz słonecznej energii Małopolski”.

W pkt 6.1.4. swz zamawiający przewidział następujące warunki w zakresie zdolności technicznej i zawodowej:

- 1) Zamawiający określa, że ww. warunek zostanie spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), wykonał (a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonuje) należycie: minimum dwie usługi nadzoru inwestorskiego w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, z których każda obejmowała nadzór inwestorski nad realizacją montażu co najmniej 150 kompletnych instalacji fotowoltaicznych na budynku.
- 2) Wykonawca musi spełniać warunek dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym, tj. min. dwiema osobami posiadającymi uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji, urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia lub odpowiadające im równoważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, a w przypadku wykonawców zagranicznych - uprawnienia budowlane do kierowania robotami równoważne do wyżej wskazanych - które będą pełniły funkcję odpowiednio Pierwszego i Drugiego Inspektora Nadzoru.

W pkt 17.1. swz zamawiający wskazał kryteria oceny ofert:

- cena - 60%,
- doświadczenie Inspektorów Nadzoru - 40%.

Zamawiający przyzna punkty w kryterium Doświadczenia Inspektorów Nadzoru (DIN) następująco:

- a. Doświadczenie Pierwszego Inspektora Nadzoru: maksymalnie 20 pkt - 20 %- (DIN1),
- b. Doświadczenie Drugiego Inspektora Nadzoru: maksymalnie 20 pkt - 20%- (DIN2).

Wykonawca może wskazać tylko jedną osobę jako Pierwszego Inspektora Nadzoru i tylko jedną osobę jako Drugiego Inspektora Nadzoru (nie może to być także jedna i ta sama osoba). W przypadku wskazania większej liczby osób do pełnienia danej funkcji wykonawca otrzyma 0 pkt w danym kryterium.

Liczba punktów	„Doświadczenie Pierwszego Inspektora Nadzoru (DIN1)”.
0 pkt.	Wykonawca otrzyma 0 pkt jeżeli osoba wskazana w ofercie jako Pierwszy Inspektor Nadzoru w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert wykonała należycie usługi nadzoru inwestorskiego w rozumieniu art. 27 ustawy Prawo budowlane nad wykonaniem do 50 instalacji fotowoltaicznych na budynkach (na podstawie jednej lub wielu umów)
10 pkt.	Wykonawca otrzyma 10 pkt jeżeli osoba wskazana w ofercie jako Pierwszy Inspektor Nadzoru w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert wykonała należycie usługi nadzoru inwestorskiego w rozumieniu art. 27 ustawy Prawo budowlane nad wykonaniem do 100 instalacji fotowoltaicznych na budynkach (na podstawie jednej lub wielu umów)
20 pkt.	Wykonawca otrzyma 10 pkt jeżeli osoba wskazana w ofercie jako Pierwszy Inspektor Nadzoru w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert wykonała należycie usługi nadzoru inwestorskiego w rozumieniu art. 27 ustawy Prawo budowlane nad wykonaniem do 150 instalacji fotowoltaicznych na budynkach (na podstawie jednej lub wielu umów)
Liczba punktów	„Doświadczenie Drugiego Inspektora Nadzoru (DIN2)”.
0 pkt.	Wykonawca otrzyma 0 pkt jeżeli osoba wskazana w ofercie jako Drugi Inspektor Nadzoru w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert wykonała należycie usługi nadzoru inwestorskiego w rozumieniu art. 27 ustawy Prawo budowlane nad wykonaniem do 50 instalacji fotowoltaicznych na budynkach (na podstawie jednej lub wielu umów)
10 pkt.	Wykonawca otrzyma 10 pkt jeżeli osoba wskazana w ofercie jako Drugi Inspektor Nadzoru w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert wykonała należycie usługi nadzoru inwestorskiego w rozumieniu art. 27 ustawy Prawo budowlane nad wykonaniem do 100 instalacji fotowoltaicznych na budynkach (na podstawie jednej lub wielu umów)
20 pkt.	Wykonawca otrzyma 10 pkt jeżeli osoba wskazana w ofercie jako Drugi Inspektor Nadzoru w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert wykonała należycie usługi nadzoru inwestorskiego w rozumieniu art. 27 ustawy Prawo budowlane nad wykonaniem do 150 instalacji fotowoltaicznych na budynkach (na podstawie jednej lub wielu umów)

Zgodnie z § 5 ust. 1 - 4 projektu umowy:

1. Wykonawca ustanawia:

a) Pierwszego Inspektora Nadzoru w branży elektrycznej osobie:; nr

tel.:.....; e-mail: :.....; upr. bud. nr:.....;

b) Drugiego Inspektora Nadzoru w branży elektrycznej osobie:; nr

tel.:.....; e-mail: :.....; upr. bud. nr:.....;

2. Wykonawca powinien skierować do realizacji zamówienia personel wskazany w ust. 1 (zgodnie z treścią swojej oferty).

3. Zmiana Inspektora Nadzoru, w trakcie realizacji umowy, musi być uzasadniona przez Wykonawcę na piśmie i zaakceptowana przez Zamawiającego. Wykonawca jest obowiązany z własnej inicjatywy zaproponować nowego Inspektora Nadzoru w następujących przypadkach: urlopu, śmierci, choroby lub innych przyczyn i zdarzeń losowych.

4. Zamawiający zaakceptuje zmianę, o której mowa w ust. 3 w terminie 5 dni od daty przedłożenia jej propozycji, wyłącznie wtedy, gdy kwalifikacje i doświadczenie wskazanej we wniosku osoby będą spełniały wymagania określone w SWZ oraz będą nie niższe niż kwalifikacje i doświadczenie będące podstawą przyznania punktów w kryterium oceny ofert.

Odwołujący złożył ofertę, do której dołączył m.in.:

- 1) załącznik A do Formularz ofertowego, w którym wskazał pana Wojciecha (.) jako Pierwszego Inspektora Nadzoru oraz pana L. (.) jako Drugiego Inspektora Nadzoru wraz z ich doświadczeniem,
- 2) zobowiązanie wykonawcy BICO GROUP T. P. udostępniającego odwołującemu zasoby doświadczenia, w którym m.in. wskazano, że: „Udostępniający zobowiązuje się, że zrealizuje jako podwykonawca w całości usługi, do realizacji których jego zdolności są wymagane”,
- 3) JEDZ

Pismem z dnia 22.10.2021 r. zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 128 ust. 4 i 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ustawy Pzp oraz do uzupełnienia zobowiązania do oddania zasobów. Zamawiający wskazał, że z załączonego do oferty zobowiązania wynika, że podmiot udostępniający zasoby wiedzy i doświadczenia wykona usługi w całości, podczas gdy usługi te polegają na pracy inspektorów nadzoru, a tych z kolei odwołujący wskazał jako zasób własny. W związku z tym zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie treści JEDZ i wskazanie:

- a) w jakim dokładnie zakresie Pan T. P. będzie podwykonawcą usług nadzoru inwestorskiego (co wynika z jego zobowiązania) w sytuacji, w której z treści złożonych dokumentów wynika, że osoby będące inspektorami nadzoru oddeleguje do wykonywania zamówienia samodzielnie wykonawca tj. BICO GROUP sp. z o.o. i będą to inne osoby niż Pan T. P.;
- b) w jaki sposób zasób doświadczenia zdobytego przez Pana T. P. będzie transferowany na etapie realizacji zamówienia, jeżeli osoby, które będą wykonywały funkcję inspektorów nadzoru nie są związane z Panem T. P. stosunkiem umożliwiającym wpływ na podejmowane przez te osoby czynności (stosunek taki łączy te osoby z wykonawcą BICO GROUP sp. z o.o.).

Zamawiający dodał, że jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, zamawiający żąda, aby wykonawca zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Ponadto zamawiający wezwał odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 03.11.2021 r. odwołujący wskazał m.in., że:

- 1) spełnia warunek kadrowy i dysponuje inspektorami nadzoru w odpowiedniej specjalności, jednakże wskazani inspektorzy pozostają w stosunkach umownych nie tylko z odwołującym, ale również związani są odpowiednimi umowami z Panem T. P.,
- 2) oprócz dwóch inspektorów wskazanych wraz z ofertą (którzy pozostają w stosunku prawnym zarówno z odwołującym i T. P. BICO Group) nadzór sprawować będą również inni inspektorzy, zaangażowani wyłącznie przez T. P. BICO Group (nie łączy ich żaden stosunek prawny z odwołującym), zatem udział Pana T. P. jako podwykonawcy będzie polegać na udostępnieniu BICO Group sp. z o.o. inspektorów nadzoru.

Do ww. odpowiedzi odwołujący dołączył poprawione zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby oraz środki dowodowe, w tym wykaz osób. W wykazie osób, poza dwoma osobami wskazanymi w załączniku A dołączonym do oferty („zasób własny”), odwołujący wskazał dwie dodatkowe osoby („zasób udostępniony”).

Pismem z dnia 04.01.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego oraz o odrzuceniu m.in. oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) lit c) ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ustawy Pzp zdanie drugie oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał w szczególności:

„Zamawiający zauważa, że przedmiotem zamówienia jest usługa pełnienia funkcji inspektora nadzoru. W przypadku tego rodzaju usługi zasadniczą jej częścią jest stały nadzór sprawowany w godzinach wykonywania robót i rozliczanie budowy od strony kosztowej, potwierdzanie wykonanych przez Wykonawcę robót oraz ich zakresu finansowego. Czynności te wykonywane są przez osoby fizyczne - inspektorów nadzoru. (.) W zakresie warunku kadrowego wykonawca wykazał w JEDZ, że spełnia go samodzielnie. Powyższe oznacza, że osoby wskazane w załączniku A do formularza ofertowego są zasobem własnym wykonawcy, który oddeleguje te osoby do realizacji zamówienia. (.) Zgodnie z umową wykonawca powinien skierować do realizacji zamówienia personel wskazany w treści swojej oferty. Zmiana Inspektora Nadzoru, w trakcie realizacji umowy, musi być uzasadniona przez Wykonawcę na piśmie i zaakceptowana przez Zamawiającego. (.) Zamawiający konsekwentnie zatem w dokumentacji postępowania wskazywał na konieczność wykazania dwóch osób będących inspektorami nadzoru które to osoby - zgodnie z § 5 umowy - zostaną wskazane w umowie jako pełniące funkcję inspektorów nadzoru. Jednocześnie zapisy umowy nie wskazywały na możliwość oddelegowania innych osób do realizacji zamówienia (osób oddelegowanych do realizacji umowy poza systemem kontroli ich doświadczenia ustanowionym w zapisach SWZ w odniesieniu od warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert). (.) Z treści wyjaśnień wykonawcy wynika, że doświadczenie podmiotu udostępniającego ten zasób (doświadczenie w realizacji usług nadzoru) transferowane będzie poprzez oddelegowanie do realizacji zamówienia osób innych niż osoby, które wykazane zostały przez wykonawcę jako Inspektorzy Nadzoru w ofercie. Transfer ten zatem odbywać się będzie w sposób zmieniający warunki zamówienia (poprzez zwiększenie liczby Inspektorów Nadzoru) a dodatkowo w sposób pozwalający na wprowadzenie do realizacji usługi osób, których doświadczenie nie zostało zweryfikowane w warunkach przewidzianych w SWZ. (.) W przedmiotowej sprawie wykonawca nie wykazał realności transferu zasobów zgodnie z warunkami zamówienia. W związku z tym, że wykonawca wykazał transfer zasobów poprzez udostępnienia kadry kluczowej w sposób niezgodny z warunkami zamówienia - nie doszło do udostępnienia zasobów w sposób wymagany przepisami art. 118 ustawy pzp. W efekcie występuje podstawa odrzucenia oferty wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) i c) ustawy pzp.”

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności należy w niniejszej sprawie ustalić, ilu inspektorów nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji, urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, było wymaganych do realizacji zamówienia. Odwołujący powołuje się na pkt 6.1.4. ppkt 2 swz, gdzie mowa jest o minimum dwóch osobach. Należy jednak zauważyć, że w punkcie tym został określony warunek udziału w postępowaniu dotyczący potencjału kadrowego, a celem warunków udziału w postępowaniu jest zbadanie podmiotowych zdolności wykonawcy (art. 112 ust. 1 ustawy Pzp). Natomiast kwestie sposobu wykonania zamówienia określone są w warunkach zamówienia (art. 7 pkt 29 ustawy Pzp). W tym wypadku postanowienia swz wyraźnie wskazują na wymóg realizacji zamówienia przez dwóch inspektorów nadzoru, nazywanych Pierwszym i Drugim Inspektorem Nadzoru, tj.:

- pkt 17 swz, gdzie w kryterium oceny ofert jest mowa tylko o Pierwszym i Drugim Inspektorze Nadzoru,
- załącznik A do formularza ofertowego, w którym przewidziano miejsca na wpisanie tylko Pierwszego i Drugiego Inspektora Nadzoru,

- § 5 projektu umowy, w którym w ust. 1 przewidziano miejsca na wpisanie tylko

Pierwszego i Drugiego Inspektora Nadzoru, a w ust. 2 wyraźnie wskazano, że:
„Wykonawca powinien skierować do realizacji zamówienia personel wskazany w ust. 1 (zgodnie z treścią swojej oferty)”.

Tym samym z ww. warunków zamówienia jednoznacznie wynika, że wykonawca zobowiązany był do wskazania wyłącznie dwóch inspektorów nadzoru i tylko ci dwaj inspektorzy mają być skierowani do realizacji zamówienia. Oznacza to jednocześnie, że wskazanie więcej niż dwóch inspektorów nadzoru jest niezgodne z warunkami zamówienia.

Poza wykazem osób, również z wyjaśnień odwołującego i z poprawionego zobowiązania podmiotu BICO Group T. P. wynika, że zamówienie ma być realizowane przez więcej niż dwóch inspektorów nadzoru, bo z wykorzystaniem także dodatkowych inspektorów oddelegowanych przez ww. podmiot i związanych z nim stosunkiem umożliwiającym wpływ na podejmowane przez te osoby czynności. Wskazany zatem przez odwołującego sposób wykonania zamówienia jest niezgodny z ww. warunkami zamówienia.

Nie można przy tym zgodzić się z odwołującym, że w świetle pkt 17 swz jedyną sankcją za wskazanie większej niż dwóch liczby inspektorów nadzoru może być nieprzyznanie punktów w kryterium oceny ofert. Pomijając fakt, że w punkcie tym zamawiający kolejny raz wskazał na możliwość przedstawienia tylko Pierwszego i Drugiego Inspektora Nadzoru, to poza tym rzeczywiście dodał, że w przypadku wskazania większej liczby osób do pełnienia ww. funkcji wykonawca otrzyma 0 pkt w danym kryterium. Należy jednak zauważyć, że zastrzeżenie to dotyczyło sposobu przyznawania punktów w kryterium oceny ofert, natomiast nie odnosiło się do kwestii zgodności oferty z warunkami zamówienia. Tym samym zastrzeżenie to nie wyłączało i nie mogło wyłączyć obowiązywania art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Niezależnie zatem od przewidzianego w swz sposobu punktowania ofert w kryterium oceny ofert, w przypadku stwierdzenia niezgodności oferty odwołującego z warunkami zamówienia, zamawiający zobowiązany był tę ofertę odrzucić na podstawie ww. przepisu.

Niezależnie od powyższego należy także odnieść się do kwestii realności udostępnienia zasobów doświadczenia przez podmiot BICO Group T. P. .W pierwszej kolejności należy zauważyć, że wykonanie przedmiotowego zamówienia będzie polegać przede wszystkim na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru przez wskazane w ofercie osoby fizyczne posiadające odpowiednie uprawnienia. Jednocześnie odwołujący wskazał w dokumentach dołączonych do oferty, że wymienieni w ofercie (w formularzu A) Inspektorzy Nadzoru stanowią jego zasób własny, a także że podmiot udzielający mu zasobów doświadczenia wykona zamówienie „w całości”. Skoro z jednej strony wykonawca samodzielnie dysponuje dwoma inspektorami, którzy mają wykonywać zamówienie i ich praca w zasadzie wyczerpuje zakres przedmiotu zamówienia, a z drugiej strony podmiot udzielający zasobów ma wykonać to zamówienie „w całości”, to słusznie zamawiający postawił pytanie, co w takim razie rzeczywiście będzie robić ww. podmiot i na czym polegać będzie przekazanie przez niego zasobów doświadczenia.

W tym miejscu należy stwierdzić, że koncepcja odwołującego, aby w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wskazać dodatkowo dwóch inspektorów nadzoru pozostających w dyspozycji podmiotu BICO Group T. P., którzy mieliby wspierać Pierwszego i Drugiego Inspektora Nadzoru, co wraz z ogólnym koordynowaniem zadań, miałyby stanowić rzeczywisty transfer zasobów doświadczenia na rzecz odwołującego, nie może się ostać. Po pierwsze, jak już wyżej wskazano, z warunków zamówienia wynika, że zamówienie ma realizować jedynie dwóch inspektorów nadzoru, więc skierowanie do realizacji kolejnych dwóch, jest niezgodne z tymi warunkami zamówienia. Po drugie, skoro praca Pierwszego i Drugiego Inspektora Nadzoru, którymi odwołujący dysponuje samodzielnie, obejmuje w zasadzie cały zakres przedmiotu zamówienia, to niemożliwym jest, aby podmiot udzielający zasobów doświadczenia, mógł wykonywać to zamówienie „w całości”. Po trzecie, wykonywanie usługi przez dodatkowych „niedozwolonych” inspektorów w jakimkolwiek zakresie stanowiłoby w istocie dopuszczenie do pracy osób, których kwalifikacje nie zostały zbadane w świetle kryterium oceny ofert i z pominięciem procedury opisanej w § 5 projektu umowy. W świetle powyższego przekazanie zasobów doświadczenia przez podmiot BICO Group T. P. nie może być uznane za realne, gdyż wskazany w wyjaśnieniach i w poprawionym zobowiązaniu sposób przekazania zasobów jest niezgodny z warunkami zamówienia i niemożliwy do spełnienia. Należy przy tym zauważyć, że odwołujący był już wzywany do ewentualnego zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub do samodzielnego wykazania spełnienia warunku doświadczenia.

W tym stanie rzeczy należy stwierdzić, że nie wykazując realnego przekazania

zasobów doświadczenia przez podmiot BICO Group T. P., odwołujący nie wykazał jednocześnie spełnienia warunku zdolności technicznej w zakresie doświadczenia. Tym samym zamawiający był zobowiązany do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp.

Izba postanowiła zatem jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron i przystępującego przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych. Izba uznała za nieprzydatne dowody złożone przez zamawiającego w postaci specyfikacji istotnych warunków zamówienia z innych postępowań i ofert złożonych przez odwołującego w innych postępowaniach, a także dowód złożony przez odwołującego w postaci umowy z dnia 08.05.2018 r. zawartej między BICO Group T. P. a Gminą Lubaczów. Dowody te nie miały bowiem znaczenia dla tych wyżej wskazanych okoliczności faktycznych, które w ocenie Izby przesądzały o sposobie rozstrzygnięcia sprawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia 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

KIO 107/22