Sygn. akt: KIO 542/22

WYROK

z dnia 18 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2022 r. przez wykonawcę: Euro-Darmal Sp. z o.o., ul. Staszica 6, 58-400 Kamienna Góra w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie, ul. Ogrodowa 21, 20-075 Lublin,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Euro-Darmal Sp. z o.o., ul. Staszica 6, 58-400 Kamienna Góra, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Euro-Darmal Sp. z o.o., ul. Staszica 6, 58-400 Kamienna Góra tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: Euro-Darmal Sp. z o.o., ul. Staszica 6, 58-400 Kamienna Góra na rzecz zamawiającego: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie, ul. Ogrodowa 21, 20-075 Lublin stanowiącą uzasadnione koszty poniesione na wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - 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: .....

Sygn. akt: KIO 542/22

Uzasadnienie

Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autosfrad Oddział Lublin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym w przedmiocie: „Renowacja zabezpieczenia antykorozyjnego konstrukcji stalowej łuków mostu im. Jana Pawła II w Puławach." Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP 00336707/01 z dnia 29 grudnia 2021 r.

Zamawiający powiadomił wykonawców w dniu 21 lutego 2022 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU M. M. S. z siedzibą we Wrocławiu.

Wykonawca Euro-Darmal Sp. z o.o. z siedzibą w Kamiennej Górze na podstawie art. 513 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „Pzp" wniósł odwołanie wobec:

1) wyboru oferty PPHU M. M. S., jako najkorzystniejszej, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

2) przyznania ofercie PPHU M. M. S. 20 punktów bezpodstawnie w kryterium „Kwalifikacje i doświadczenie Kierownika Robót Mostowych",

3) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy PPHU M. M. S., której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1) art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapełniający

zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru oferty wykonawcy - PPHU M. M.S., która uzyskała maksymalną ilość 20 punktów w kryterium „Kwalifikacje i doświadczenia Kierownika Robót Mostowych" określonego szczegółowo w Specyfikacji Warunków Zamówienia, w sytuacji, gdy nie powinien tych 20 pkt otrzymać,

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez wybór oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

3) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

4) art. 226 ust. 1 pkt 2a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PPHU M. M.S., który podlegał wykluczeniu z postępowania, albowiem w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia i co skutkowało wyborem ww. oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty;

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;

3) odrzucenia oferty złożonej przez PPHU M. M. S. i wykluczenie tego wykonawcy z

postępowania.

Ponadto, Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania na fakty szczegółowo opisane w uzasadnieniu.

Odwołujący wyjaśnił, że jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie robót budowlanych, w szczególności w zakresie zabezpieczenia antykorozyjnego konstrukcji stalowych mostów i innych obiektów budowlanych. Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę. Oferta Odwołującego uzyskała drugą ocenę, dlatego odrzucenie oferty bądź wykluczenie wykonawcy, bądź nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w przypadku uwzględnienia odwołania skutkować będzie wyborem oferty Odwołującego. Wskazane w odwołaniu czynności i zaniechania Zamawiającego, dotyczące niezgodnego z

ustawą wyboru oferty najkorzystniejszej narażają Odwołującego na szkodę w postaci możliwości utraty spodziewanego zysku z tytułu realizacji zamówienia.

1) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji wskutek wyboru oferty wykonawcy PPHU M. M. S., która uzyskała maksymalną ilość 20 punktów w kryterium „Kwalifikacje i doświadczenia Kierownika Robót Mostowych" określonego szczegółowo w Specyfikacji Warunków Zamówienia, w sytuacji gdy ww. oferta nie spełniała wymogów Zamawiającego, tj. obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, tj. pokrywanie powłokami antykorozyjnymi konstrukcji stalowej mostu.

W odniesieniu do kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 Pzp. w celu wykazania spełniania odnośnych warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy sam wykonawca PPHU M. M. S. oświadczył, że przy wykonaniu kluczowego zadania zamierza skorzystać z udostępnionego mu zasobu (trzecich osób), tj. T. K., co zostało potwierdzone w załączniku nr 4 do oferty.

Opisane wyżej działanie Zamawiającego miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 554 ust. 1 Pzp) i skutkuje wyborem oferty, która nie powinna otrzymać 20 pkt w kryterium „Kwalifikacje i doświadczenia Kierownika Robót Mostowych".

2) zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez wybór oferty, która winna zostać odrzucona, a której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia dla tego zadania albowiem narusza punkt 6.5. SWZ, który stanowi, iż: „Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań tj. pokrywanie powłokami antykorozyjnymi konstrukcji stalowej mostu. W odniesieniu do kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, W2konawca nie może powoływać się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp. w celu wykazania spełniania odnośnych warunków udziału w postępowaniu."

Niezgodność oferty PPHU M. M. S. z pkt 6.5. SWZ jest oczywista, gdyż wykonawca zadeklarował, że przy wykonaniu kluczowego zadania zamierza skorzystać z udostępnionego zasobu p. T. K., co zostało potwierdzone w załączniku nr 4 do oferty oraz z zasobu firmy ROSA Ł. A., co zostało potwierdzone w załączniku nr 3. Wobec warunków SWZ, wykonawca PPHU M.M. S. nie miał prawa wykorzystać zasobów p. T. K. do wykazania spełniania odnośnych warunków udziału w postępowaniu w postaci wykazania p. K. jako kierownika robót wraz z opisem posiadanego przez niego doświadczenia. Podobnie certyfikat IBDiM p. K. nie powinien być punktowany, natomiast uzyskał on 20 pkt. W odniesieniu do firmy ROSA Ł.A. wykonawca nie ma prawa wykorzystać jej zasobów (jako zasobów osób trzecich) do wykonania kluczowego zadania „pokrywanie powłokami antykorozyjnymi konstrukcji stalowej mostu".

Odwołujący wskazał, że opisane wyżej działanie Zamawiającego miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 554 ust. 1 Pzp) i skutkuje wyborem oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia albowiem narusza punkt 6.5. SWZ, co na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp rodzi obowiązek odrzucenia oferty PPHU M. M.S..

3) zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PPHU M. M.S., której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. z pkt 6.5. SWZ. Wykonawca PPHU M. M. S. nie miał prawa zawrzeć w swej ofercie oświadczenia, że osobiście wykona kluczowe zadania zamówienia, tj. że pokryje powłokami antykorozyjnymi konstrukcję stalową mostu w sytuacji, gdy z dokumentów załączonych do oferty wynika, że przy wykonaniu kluczowego zadania zamierza skorzystać z udostępnionego zasobu p. T. K., co zostało potwierdzone w załączniku nr 4 do oferty oraz z zasobu firmy ROSA Ł. A., co zostało potwierdzone w załączniku nr 3.

4) zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PPHU M. M. S., który podlegał wykluczeniu z postępowania, albowiem w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, tj. pokrywanie powłokami antykorozyjnymi konstrukcji stalowej mostu w sytuacji, gdy takich warunków nie spełniał, albowiem korzystał z udostępnionych zasobów osób trzecich, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia i skutkowało wyborem oferty wykonawcy PPHU M. M. S. jako najkorzystniejszej. Wykonawca PPHU M. M. S., przedkładając oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, dopuścił się co najmniej rażącego niedbalstwa,

oświadczając, że osobiście wykonana kluczowe zadania w zakresie pokrywanie powłokami antykorozyjnymi konstrukcji stalowej mostu.

Wykonawca M. S.prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU M. M.S. z siedzibą we Wrocławiu zgłosił do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2022 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający, pismem z dnia 17 marca 2022 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów:

- pismo GDDKiA z dnia 10 lutego 2022 r.,

- pismo PPHU M. M. S. z dnia 14.02.2022 r. wraz z załącznikami,

w celu wykazania faktów: wezwania PPHU M. M. S. do wyjaśnień oraz odpowiedzi PPHU M.M. S. na pismo Zamawiającego, w tym zgodności treści oferty PPHU M. M. S. z warunkami zamówienia, zachowania przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu przetargowym, prawidłowego przyznania PPHU M. M.S. 20 pkt przy ocenie jego oferty w zakresie punktacji kryterium „Kwalifikacje i doświadczenia Kierownika Robót Mostowych", niewprowadzenia Zamawiającego w błąd przez PPHU M. M. S.. Zamawiający wniósł o obciążenie kosztami postępowania Odwołującego.

Ad. 1. dot. zarzutów naruszenia: art. 16 pkt 1 Pzp; art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu prawidłowo dokonał badania i oceny złożonych ofert, a w konsekwencji dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, uwzględniając także oświadczenia i dokumenty złożone przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego, co w całości pomija Odwołujący, tj. zarówno ich treść, jak i fakt ich przedłożenia.

Zamawiający wyjaśnił, że pismem z dnia 10 lutego 2022 r. na podstawie art. 128 ust. 1 i ust 4 Pzp, mając na uwadze nieścisłości i błędy w złożonych przez Przystępującego dokumentach (oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, pozostałe załączniki złożone wraz z ofertą z dnia 17 stycznia 2022 r.), wezwał wykonawcę PPHU M. M.S. do poprawienia, złożenia lub uzupełnienia oraz wyjaśnienia wyszczególnionych a budzących wątpliwości Zamawiającego kwestii opisanych w ww. piśmie. Zamawiający wyjaśnił, że PPHU M.M.S. dołączył wraz z ofertą wszelkie przedmiotowe środki dowodowe, których część nie była w ogóle wymagana przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, m.in. JEDZ wykonawcy, a do części złożonych dokumentów, Zamawiający wezwałby go dopiero do ich złożenia, w sytuacji, gdy jego oferta byłaby najwyżej oceniona. Zamawiający w wyniku analizy złożonych przez PPHU M. M.S. dokumentów zauważył, że zobowiązanie p. Ł. A. złożone jako załącznik do oferty jest zbędne, ponieważ PPHU M. M. S. samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu, dodatkowo, wskazanie tej osoby w formularzu „Wykaz osób" jako Główny Technolog Prac Antykorozyjnych Inspektor Prac Antykorozyjnych - Konsultant było całkowicie zbędne, ponieważ Zamawiający nie wymagał takiego stanowiska w warunkach zamówienia. Dodatkowo, PPHU M. M.S. złożył udostępnienie zasobu podmiotu trzeciego p. T. K. wraz ze wskazaniem go w formularzu „Wykaz osób" jako Kierownika Robót Mostowych, co było warunkiem dot. wykazu osób w przedmiotowym postępowaniu, jednocześnie wskazując jako podstawę dysponowania ww. osobą „umowę", nadto, do obydwu udostępnień zasobów przed podmioty trzecie brakowało oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp.

Wykonawca PPHU M. M. S.w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w piśmie z dnia 14.02.2022 r. przedstawił dodatkowe dokumenty oraz wyjaśnienia. Oświadczył, że dysponuje osobą p. T. K. w sposób bezpośredni, w oparciu o umowę o pracę, którą zawarł z tą osobą w dniu 12 stycznia 2022 r., co zostało udowodnione poprzez załączone oświadczenie p. T. K.. Dodatkowo, wykonawca oświadczył, że rezygnuje (wycofuje) z udostępnienia zasobu przez podmiot trzeci - osobę p. Ł. A., ponieważ jego kompetencje nie są wymagane w SWZ, wycofując załącznik nr 3 (Formularz 3.2) oraz z zał. 5 (Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia) osobę p. Ł. A. oraz zał. nr 13 certyfikat IBDiM- Ł. A..

Zamawiający podniósł, że Odwołujący decydując się na wniesienie odwołania nie dochował należytej staranności, nie próbując nawet zapoznać się z dostępną w trybie art. 74

Pzp, tj. jawną dokumentacją postępowania, z której wprost wynika, że PPHU M. M. S. zrezygnował z udostępnienia zasobów przez podmioty trzecie, a także że dysponuje osobą p. T. K. w sposób bezpośredni, na podstawie umowy o pracę.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie złożonych przez PPHU M. M. S. wyjaśnień Zamawiający prawidłowo uznał, że oferta wykonawcy PPHU M. M.S. spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz że nie podlega on wykluczeniu, co skutkowało wyborem tego wykonawcy.

Zgodnie ze złożonymi przez PPHU M. M. S.z wyjaśnieniami, których pomimo dostępności i jawności, Odwołujący nie wziął w ogóle pod uwagę i przez to przedstawił nieaktualny stan faktyczny sprawy, Zamawiający prawidłowo przyznał PPHU M. M. S. maksymalną ilość punktów, tj. 20 pkt przy ocenie jego oferty w kryterium „Kwalifikacje i doświadczenia Kierownika Robót Mostowych" oraz prawidłowo dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, zgodnej z warunkami zamówienia.

Ad. 2 dot. zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8

Pzp.

Zamawiający wskazał, że mając na uwadze wyjaśnienia złożone w piśmie z dnia 14.02.2022 r. PPHU M. M.S. nie wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu nie przewidział fakultatywnej przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w dokumentach zamówienia - TOM I IDW - Instrukcja dla Wykonawców, w związku z czym nawet w przypadku zaistnienia tej przesłanki, Zamawiający nie byłby zobowiązany do wykluczenia wykonawcy z postępowania na tej podstawie. Użyte bowiem w ust. 1 art. 109 Pzp słowo „może" oznacza, że Zamawiający ma możliwość zastrzeżenia konieczności wykluczenia wykonawcy w przypadku zaistnienia w stosunku do niego którejkolwiek z sytuacji opisanych w tym przepisie, zaś tylko w sytuacji, gdy Zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu i dokumentach zamówienia takie zastrzeżenie, zobowiązany jest do wykluczenia wykonawcy, wobec którego ziściła się jedna z przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 Pzp (tak m.in. KIO 1804/21, KIO 434/18). Wobec więc nie ziszczenia się żadnych przesłanek wykluczenia wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający prawidłowo nie dokonał odrzucenia jego oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawca M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU M. M.S. z siedzibą we Wrocławiu nieskutecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystąpienie zostało zgłoszone w dniu 4 marca 2022 r., tj. po upływie terminu określonego w art. 525 ust 1 Pzp. Termin 3-dniowy na zgłoszenie przystąpienia, zgodnie z ww. przepisem, należy liczyć od daty otrzymania kopii odwołania przez wykonawcę, przy czym dla zachowania tego terminu konieczne jest, aby w tym terminie zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Prezesa KIO. Pismo powyższe zostało nadane przez wykonawcę PPHU M. M. S. listem poleconym w dniu 2 marca 2022 r., natomiast z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający przesłał wykonawcom kopię odwołania za pośrednictwem platformy zakupowej w dniu 28 lutego 2022 r. Zatem w niniejszej sprawie termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął w dniu 3 marca 2022 r., a tym samym zgłoszenie przystąpienia w dniu 4 marca 2022 r. należało uznać za spóźnione.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu, stosownie do art. 555 Pzp.

Izba ustaliła, jak poniżej:

Zgodnie z pkt 11.3 SWZ, „Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Wykonawca może powierzyć podwykonawcy wykonanie części zamówienia, za wyjątkiem kluczowych zadań określonych w pkt. 6.5. IDW.

Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani."

Zgodnie z postanowieniem pkt 6.5. SWZ, „Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań tj. pokrywanie powłokami antykorozyjnymi konstrukcji stalowej mostu. W odniesieniu do kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, W2konawca nie może powoływać się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp. w celu wykazania spełniania odnośnych warunków udziału w postępowaniu."

Zgodnie z pkt 9.1 SWZ, „W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu Wykonawca składa:
a) Wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, 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;

b) Wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z Informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami;"

Stosownie do pkt 10.4 SWZ, „Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia."

Zgodnie z pkt 11.9 SWZ, „Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia oświadczenie, o którym mowa w pkt. 10.2. IDW podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby."

Zamawiający, pismem z dnia 10 lutego 2022 r. na podstawie art. 128 ust. 1 i ust 4 Pzp, mając na uwadze nieścisłości i błędy w złożonych przez wykonawcę PPHU M. M. S. dokumentach, po przeanalizowaniu oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp oraz pozostałych załączników złożonych wraz z ofertą wezwał ww. wykonawcę do poprawienia, złożenia lub uzupełnienia oraz wyjaśnienia dokumentów i oświadczeń tj.:

1) wyjaśnienia w zakresie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp dla wykonawcy, które zostało złożone jako załącznik nr 2 do oferty, ponieważ wykonawca wykreślił z oświadczenia pkt 3 i tym samym oświadczył, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego. Jednocześnie wykonawca złożył załącznik nr 6 ,,wykaz robót budowlanych", gdzie wskazuje zadania, którymi samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej wykonawcy ,,Wykaz robót budowlanych".

Zamawiający wskazał, że dodatkowo wykonawca załączył zobowiązanie do

udostępnienia zasobów dla p. T.K. i p. Ł. A., co pozostaje w sprzeczności z oświadczeniem pkt 4, ponieważ punkt ten został przez wykonawcę przekreślony, co świadczy o tym, że wykonawca nie korzysta z podmiotów trzecich udostępniających zasoby. Z uwagi na fakt, że p. T.K. jest wskazany do pełnienia funkcji - Kierownik Robót Mostowych, tj. na stanowisko będące warunkiem udziału w zakresie osób, stąd jeśli wykonawca nie dysponuje tą osobą bezpośrednio, tylko poprzez udostępnienie przez podmiot trzeci, to błędnie został przekreślony pkt 4 oświadczenia.

2) wyjaśnienia na potwierdzenie, którego z Warunków udziału w postępowaniu zostało złożone zobowiązanie pn. ,,Propozycja treści zobowiązania podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia" p. Ł. A., skoro zgodnie ze złożonym załącznikiem nr 6 ,,wykaz robót budowlanych" w zakresie podanym w zobowiązaniu, Wykonawca samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu dot. wykonawcy. Dodatkowo, w przypadku, kiedy wykonawca powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, to zobowiązanie powinno zostać przekazane w oryginale wraz z ofertą i winno być, podpisane przez podmiot udostępniający zasoby wraz z oświadczeniem o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp.

3) wyjaśnienia wskazanego w pkt 2 wezwania w zakresie punktu c tego formularza, ponieważ podmiot udostępniający zasoby nie wykreślił żadnego z wyborów zrealizuję/nie zrealizuję*, ponadto Zamawiający wezwał o uszczegółowienie co wykonawca rozumie przez roboty antykorozyjne i mostowe, ponieważ zgodnie z pkt 6.5 IDW ,,Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań tj. pokrywanie powłokami antykorozyjnymi konstrukcji stalowej mostu. W odniesieniu do kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez wykonawcę, wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 Pzp, w celu wykazania spełniania odnośnych warunków udziału w postępowaniu".

4) ponownego złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego, jeżeli wykonawca polega na zasobach podmiotu trzeciego tj. osoby p. T. K. w oryginale wraz z zachowaniem

wszystkich wymagań zgodnie z aft. 11B ust. 4 Pzp, ponieważ aktualne zobowiązanie nie wyczerpuje tych przesłanek oraz złożenie przez ten podmiot oświadczenia, o którym mowa

w art. 125 ust. 1 Pzp.

5) wyjaśnienia treści załącznika nr 5 ,,Wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia', ponieważ wykonawca w rubryce podstawa dysponowania ogólnikowo stwierdził, że jest to umowa. Prosimy o sprecyzowanie jakiego rodzaju jest lub będzie to umowa np. umowa podwykonawcza, umowa o pracę, umowa zlecenia itp.

Zamawiający zwrócił się o złożenie wyjaśnień w wyżej opisanym zakresie, a w przypadku, gdy wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału dotyczące wykonawcy i osób - do poprawienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 Pzp w zakresie pkt 3. Zamawiający wskazał, że w przeciwnym przypadku oraz gdy warunek dotyczący osób, spełnia podmiot udostępniający zasoby, należy poprawić pkt 4 oświadczenia. Ponadto, ze złożonych wyjaśnień i uzupełnionych lub poprawionych dokumentów i oświadczeń jednoznacznie powinno wynikać, czy wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, czy w zakresie warunku dotyczącego Kierownika Robót Mostowych dysponuje lub będzie dysponował tą osobą w sposób bezpośredni czy też w sposób pośredni jako zasób udostępniony przez podmiot trzeci. Jednocześnie jeżeli wykonawca polega na zasobach podmiotów trzecich zgodnie z art. 725 ust. 5 Pzp, powinien przedłożyć:

- oświadczenie (własne), o którym mowa w aft. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w którym zamieszcza informacje o tych podmiotach;

- oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia

tego podmiotu (oświadczenie o którym mowa W pkt 7o'2. IDW) oraz potwierdzające odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby. oświadczenia podmiotu trzeciego powinny zostać złożone w oryginale, podpisane przez podmiot trzeci w formie wskazanej w pkt 11.9 IDW'

Zamawiający wskazał także w wezwaniu, że w przypadku złożenia poprawionego oświadczenia lub oświadczeń z datą bieżącą Zamawiający uzna, że oświadczenie o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp jest aktualne i nie będzie wzywał do złożenia oświadczenia o aktualności informacji o którym mowa w pkt 1o.7. b) IDW.

Wykonawca PPHU M. M. S. w odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 14 lutego 2022 r. przedstawił wyjaśnienia oraz wymagane prawidłowe dokumenty i oświadczenia w ramach uzupełnienia. Wykonawca oświadczył m.in., że dysponuje osobą p. T. K. w sposób bezpośredni, w oparciu o umowę o pracę, która została zawarta w dniu 12 stycznia 2022 r., co zostało potwierdzone oświadczeniem p. T. K.. Wykonawca oświadczył także, że rezygnuje z udostępnionego mu zasobu przez p. Ł.A., ponieważ jego kompetencje nie są wymagane w SWZ.

Izba zważyła, co następuje:

W danych okolicznościach sprawy Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty PPHU M. M.S., której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. z pkt 6.5. SWZ.

Odwołujący podniósł ten zarzut, opierając się wyłącznie na treści oferty i dokumentach złożonych przez wykonawcę PPHU M.M. S. wraz z ofertą. Odwołujący nie odniósł się do okoliczności, że PPHU M. M. S. przedłożył w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia i uzupełnione dokumenty po dokonaniu przez Zamawiającego wstępnej oceny ofert i uzyskaniu przez ww. wykonawcę najwyższej punktacji wśród złożonych ofert.

Z wyjaśnień i uzupełnień złożonych przez wykonawcę PPHU M. M. S. wynika, że do wykonania kluczowego zadania zastrzeżonego do osobistego wykonania przez wykonawcę zatrudnił on p. T.K., spełniającego wymagania Zamawiającego co do osoby pełnionej funkcje Kierownika Robót Mostowych. Izba stwierdziła, że w oparciu o złożone przez wykonawcę PPHU M. M. S. wyjaśnienia Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz że wykonawca nie podlega wykluczeniu. Zgodnie ze złożonymi przez PPHU M. M. S. wyjaśnieniami, Zamawiający prawidłowo przyznał PPHU M. M. S. maksymalną ilość punktów, tj. 20 pkt w kryterium „Kwalifikacje i doświadczenia Kierownika Robót Mostowych" oraz prawidłowo dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Izba wskazuje, że wykonawca może polegać m.in. na osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, które w postępowaniu przedstawiają pisemne zobowiązanie do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów (osób zdolnych do wykonania zamówienia) na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Wymóg przedstawienia zobowiązania nie znajduje zastosowania do przypadków, gdy wykonawca bezpośrednio dysponuje takimi osobami. Wykonawca musi mieć jednak gwarancję, że dana osoba może świadczyć określone usługi na jego rzecz. Tak więc o tym, czy wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia rozstrzyga więź prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą a daną osobą. Jeżeli tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą, na której dysponowanie wykonawca się powołuje, mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. Nie zachodzi w takim przypadku podwykonawstwo oraz bez znaczenia pozostaje także, jaki dokładnie stosunek prawny łączy wykonawcę z tą osobą. Może to być umowa o pracę, umowa cywilnoprawna czy samozatrudnienie.

Biorąc pod uwagę powyższe, należało uznać, że wykonawca PPHU M. M.S. zobowiązał się w złożonej ofercie, że osobiście zrealizuje kluczowy zakres zamówienia, zgodnie z pkt 6.5 SWZ, a tym samym treść tej oferty jest zgodna z warunkami zamówienia w powyższym zakresie. Zgodnie z SWZ, wykonawca PPHU M. M. S. przedstawił p. T. K. jako kierownika robót, którym dysponuje na podstawie umowy o pracę, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu - ocenie podlegał Certyfikat IBDiM i doświadczenie p. T. K.. Natomiast w odniesieniu do firmy ROSA Ł. A., wykonawca PPHU

M. M. S.nie korzystał z zasobów tego podmiotu do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Uwzględniając powyższe, za niezasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez wybór oferty PPHU M. M. S., jako najkorzystniejszej w postępowaniu, która to oferta nie podlega odrzuceniu, gdyż treść oferty jest zgodna z warunkami zamówienia w pkt 6.5. SWZ.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2a w związku z art.

109 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PPHU M. M. S., który podlegał wykluczeniu z postępowania, albowiem w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, tj. pokrywanie powłokami antykorozyjnymi konstrukcji stalowej mostu.

Zamawiający może wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Wykonawca PPHU M. M. S. nie wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Treść ogłoszenia o

zamówieniu, jak i dokumenty zamówienia - TOM I IDW - Instrukcja dla Wykonawców potwierdzają, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie przewidział fakultatywnej przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z czym

Zamawiający nie jest uprawniony do zastosowania tego przepisu, jako podstawy wykluczenia wykonawców w tym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt nieziszczenia się przesłanek wykluczenia wykonawcy PPHU M. M.S.w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Wykonawca PPHU M. M. S. przedłożył Zamawiającemu oświadczenie że spełnienia warunki udziału w postępowaniu oraz że osobiście wykonana kluczowe zadania w zakresie pokrywania powłokami antykorozyjnymi konstrukcji stalowej mostu. Przedłożone oświadczenia znajdują jednoznaczne potwierdzenie w treści złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i uzupełnionych oświadczeń i prawidłowo podmiotowych środków dowodowych.

Izba nie uwzględniła wniosków dowodowych złożonych na rozprawie przez Odwołującego o zobowiązanie wykonawcy PPHU M. M. S. do przedłożenia do akt sprawy:

- umowy o pracę zawartą z T. K.w dn. 12.01.2022 roku;
- potwierdzenia wykonania badań lekarskich przed zawarciem umowy o pracę;
- formularza ZUS ZUA dot. zgłoszenia p. T.K. do ubezpieczenia społecznego w związku z zawartą umową o pracę wraz z dowodem przesłania do ZUS takiego dokumentu;
- formularza ZUS ZZA dot. zgłoszenia p. T. K. do ubezpieczenia zdrowotnego wraz z dowodem jego wysłania do ZUS;
- z ostrożności, o wystąpienie przez Izbę do ZUS Oddział Wrocław o nadesłanie zaświadczenia o zgłoszeniu przez wykonawcę PPHU M. M.S. p. T. K. do ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego.

Izba zważyła, że ww. wnioski Odwołującego będą służyły jedynie przewlekłości postępowania. W niniejszej sprawie Odwołujący nie uprawdopodobnił w żadnym stopniu, że umowa o pracę nie została zawarta zgodnie z oświadczeniem wykonawcy i osoby zatrudnionej. Podkreślić należy, że Izba nie może zastępować Odwołującego w zakresie ciężaru wykazania faktów, na które się powołuje. W ramach rozstrzygnięcia zarzutów odwołania Izba dokonuje oceny prawidłowości czynności podjętych przez Zamawiającego w postpowaniu, a zatem ocena ta musi opierać się na przedłożonych Zamawiającemu przez wykonawcę PPHU M. M.S. oświadczeń i dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z procedurą obowiązującą w tym postępowaniu..

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp, które polegałoby na przeprowadzeniu przedmiotowego postępowania w sposób niezapewniający zachowania

uczciwej konkurencji wskutek wyboru jako oferty najkorzystniejszej - oferty wykonawcy - PPHU M. M. S.oraz przyznanie tej ofercie 20 pkt w kryterium „Kwalifikacje i doświadczenia Kierownika Robót Mostowych”. Wykonawca PPHU M. M. S. wykazał bowiem dysponowanie (bezpośrednie) osobą p. T.K. skierowaną przez wykonawcę na stanowisko Kierownika Robót Mostowych, która to osoba posiada doświadczenie zawodowe punktowane maksymalną liczbą punktów w ramach ww. kryterium.

Uwzględniając stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 pkt 1

.

Przewodniczący: