

Sygn. akt: KIO 3152/24

WYROK

Warszawa, dnia 20 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:	Agnieszka Trojanowska
	Ryszard Tetzlaff
	Justyna Tomkowska
Protokolant:	Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę PROKOM Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu, ul. Reymonta 30/1 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, ul. Wronia 53

Uczestnik po stronie zamawiającego:

- Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Eksametr spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. 1 Praskiego Pułku WP 17/7 i Miliarium spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach, ul. Chęcińska 16a/21

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę PROKOM Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu, ul. Reymonta 30/1 i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez na rzecz wykonawcę PROKOM Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu, ul. Reymonta 30/1 tytułem uiszczanego wpisu, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika odwołującego, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika zamawiającego,
 - 2.2. zasądza od wykonawcę PROKOM Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu, ul. Reymonta 30/1 na rzecz Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, ul. Wronia 53 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 3152/24

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. "Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Zaprojektowanie i budowa obwodnicy Sanoka – etap II w ciągu DK nr 28 Zator – Medyka (dł. ok. 3,0 km) wraz z infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi”, nr ref.: O/RZ.D-

3.2410.2.2023 ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2023/S 188-584462.

W dniu 20 sierpnia 2024 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 30 sierpnia 2024 r. odwołanie wniósł PROKOM Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu. odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30 sierpnia 2024 r. udzielonego przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 31 stycznia 2024 r. udzielonego przez prezesa zarządu. Do odwołania dołączono dowody jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy w związku z błędnym przyjęciem, że odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 SWZ;
2. art. 128 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 SWZ;
3. art. 16 pkt 1) ustawy przez zaniechanie czynności prowadzenia postępowania w sposób zgodny z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie zamawiającemu: - unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Eksametr - Miliarium jako oferty najkorzystniejszej;

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy ;
- powtórzenie czynności badania oraz oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego; 4) wezwania odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4 SWZ.

Jednocześnie o przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tam wskazane oraz dokumentów, które zostaną złożone na

rozprawie w celu wykazania faktów wskazanych w sformułowanych wówczas tezach dowodowych.

Naruszenie przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy ma istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem gdyby zamawiający ich nie naruszył, oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Co za tym idzie, odwołujący mógłby uzyskać zamówienie objęte postępowaniem. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy .

Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia polega na tym, że odwołujący oferuje wykonanie zamówienia w tym postępowaniu, którego wynikiem będzie zawarcie z zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uwzględnienia odwołania szanse odwołującego na uzyskanie zamówienia znacząco wzrosną - oferta odwołującego, która została odrzucona z postępowania – zostanie przywrócona do postępowania.

Z kolei naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy może wyrządzić odwołującemu szkodę w postaci utraconych korzyści – przychodów z niezyskanego zamówienia. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

Zamawiający w pkt 8.2.4.1 SWZ określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej w następującym brzmieniu:

"Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności 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 jednojezdniowej o wartości robót co najmniej 59 500 000,00 PLN netto, b) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I,
- b) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu, c) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m."

Zamawiający zastrzegł w przywołanym powyżej punkcie SWZ także, że:

"Jako wykonanie usługi należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadcstwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 9 Warunków Kontraktu dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia

się Świadcstwa Przejęcia) lub zakończenia realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru jeżeli zakończenie realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru nastąpiło wcześniej niż wystawienie Świadcstwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadcstwa Przejęcia)."

Dowód: SWZ – w aktach postępowania

Odwołujący do oferty dołączył zobowiązanie EM-Technik Sp. o. o. do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i

doświadczenia, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 SWZ.

W zobowiązaniu w sekcji dotyczącej udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia wskazano:

"Zasoby zostaną wykorzystane jako: (i) udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy przez faktyczne wykonanie części usług w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi, (ii) udzielanie stałego wsparcia merytorycznego na rzecz Wykonawcy podczas całego okresu realizacji zamówienia, (iii) wydawanie opinii, (iv) stałe doradztwo dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia, (v) udzielanie konsultacji, (vi) delegowanie pozostałych pracowników posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie (...)." Dowód: oferta odwołującego – w aktach postępowania

Zamawiający pismem z dnia 6 maja 2024 r. skierował do wykonawcy w trybie art. 128 ust. 4 ustawy wezwanie do złożenia wyjaśnień: "(i) jaki będzie szczegółowy zakres udziału w realizacji przedmiotu zamówienia podmiotu udostępniającego zasoby tj. EM-TECHNIK Sp. z o.o.?; (ii) jakie usługi nadzoru i zarządzania będzie pełnił podmiot udostępniający zasoby tj. EM-TECHNIK Sp. z o.o.?; (iii) na czym będzie polegało udzielanie stałego wsparcia merytorycznego na rzecz wykonawcy, wydawanie opinii, stałe doradztwo oraz udzielanie konsultacji? (iv) jaki będzie szczegółowy zakres delegowania pozostałych pracowników?" Dowód: wezwanie zamawiającego z dnia 6 maja 2024 r. – w aktach postępowania

W odpowiedzi na powyższe, odwołujący pismem z dnia 9 maja 2024 r. poinformował zamawiającego o zastąpieniu podmiotu trzeciego EM-Technik Sp. z o.o. innym podmiotem tj. Ayesa Ingeniería y Arquitectura S.A. (dalej „Ayesa”) w zakresie zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia określonych w pkt 8.2.4. SWZ.

Do pisma zostało dołączone zobowiązanie Ayesa do udostępnienia zasobów, w którym w opisie sposobu wykorzystania zasobów wskazano: (i) udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy przez faktyczne wykonywanie części usług w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi, (ii) udzielenie stałego wsparcia merytorycznego na rzecz Wykonawcy podczas całego okresu realizacji zamówienia, (iii) wydawanie opinii, (iv) stałe doradztwo dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia, (v) udzielanie konsultacji, (vi) delegowanie pozostałych pracowników posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie.

Ayesa wskazała również, że podwykonawstwo dotyczyć będzie świadczenia usługi nadzoru nad robotami budowlanymi

Jednocześnie odwołujący ustosunkował się do pytań zamawiającego sformułowanych w wezwaniu z dnia 6 maja 2024 r. wskazując, że udział Ayesa w realizacji zamówienia będzie polegał na świadczeniu usługi nadzoru oraz zarządzania jako podwykonawca w zakresie branży drogowej oraz mostowej, zgodnie z zakresem udostępnionych zasobów.

Odwołujący zadeklarował, że pełnione przez podmiot trzeci usługi będą obejmować m. in.: pełnienie nadzoru nad projektowaniem, weryfikację dokumentacji projektowej, jej kompletności, wzajemnej zgodności, weryfikacja wyników dokonania kontrolnych obliczeń w celu znalezienia ewentualnych błędów, zarządzanie, pełnienie nadzoru inwestorskiego oraz kontrolę nad realizacją robót aż do daty wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności, świadczenie usługi nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych oraz udział w Przeglądach gwarancyjnych i nadzorowania usunięcia ewentualnych usterek/wad stwierdzonych w przeglądach gwarancyjnych, w ramach zawartego Kontraktu, sprawowanie nadzoru nad pracami projektowymi i robotami w zakresie Zadań dodatkowych, niezbędnych do wykonania Projektu wynikłymi w trakcie realizacji Kontraktu - udzielonych na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto odwołujący oświadczył, że zakłada oddelegowanie do realizacji zamówienia z ramienia podmiotu udostępniającego zasoby, następujących specjalistów:

- (i) Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności mostowej;
- (ii) Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności drogowej;
- (iii) Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej;
- (iv) Asystenta Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej (Głównego Inspektora), (v) Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej (Głównego Inspektora). Odwołujący wskazał, że osoby oddelegowane do realizacji zamówienia z ramienia podmiotu trzeciego będą posiadały doświadczenie w realizacji zadań adekwatne do wymagań stawianych dla doświadczenia wykonawcy oraz personelu wykonawcy w SWZ.

Dowód: wyjaśnienia odwołującego z dnia 9 maja 2024 r. – w aktach postępowania

W dniu 13 maja 2024 r. zamawiający na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie:

"(i) szczegółowe podanie jakich stanowisk będzie dotyczyło udostępnienie personelu przez podmiot udostępniający zasoby tj. Ayesa oraz wskazanie szczegółowych czynności i ich zakresu, które personel ten będzie wykonywał;

(ii) wyjaśnienie czy czynności wskazane w odpowiedzi z dnia 09.05.2024 r. będą wykonywane przez personel udostępniony przez podmiot udostępniający zasoby tj. Ayesa a w przypadku odpowiedzi przeczącej wskazanie sposobu w jaki te czynności będą wykonywane;

(iii) podanie szczegółowego zakresu wsparcia merytorycznego wykonywanego przez podmiot udostępniający

zasoby tj. Ayesa."

Dowód: wezwanie zamawiającego z dnia 13 maja 2024 r. – w aktach postępowania

Wykonawca pismem z dnia 16 maja 2024 r. udzielił następujących wyjaśnień:

"z ramienia podmiotu udostępniającego zasoby do realizacji zamówienia zostaną oddelegowani: Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności mostowej; Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności drogowej; Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej; Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej (Głównego Inspektora) oraz Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej (Głównego Inspektora)."

Odwolujący wskazał, że z dotychczasowego doświadczenia zakres wsparcia merytorycznego podmiotów trzecich na zasobach, których on polegał w przetargach publicznych, obejmował m. in.:

- a. udział w naradach oraz spotkaniach pracowników, którzy posiadają doświadczenie w realizacji podobnych usług i mogą wesprzeć merytorycznie pracowników Wykonawcy;
- b. udostępnienie posiadanych materiałów archiwalnych z zrealizowanych już zamówień;
- c. w razie potrzeby również przeszkolenie personelu Wykonawcy w zakresie zgłaszanych zagadnień związanych z problemami realizacyjnymi;
- d. opiniowanie projektów rekomendacji przygotowanych na rzecz zamawiającego.

Dowód: wyjaśnienia odwołującego z dnia 16 maja 2024 r. – w aktach postępowania

Zamawiający pismem z dnia 18 czerwca 2024 r. działając w trybie art. 126 ust. 1 ustawy wezwał wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych, uznając że dołączone do oferty dokumenty spełniają jego oczekiwania.

Dowód: wezwanie zamawiającego z dnia 18 czerwca 2024 r. – w aktach postępowania Odwołujący w dniu 26 czerwca 2024 r. przedstawił podmiotowe środki dowodowe, w tym Wykaz usług, w którym na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu powołał się na realizację przez Ayesa inwestycji pn. „Pełnienie usług konsultacyjnych jako Inżynier Nadzoru Inwestorskiego dla budowy drogi ekspresowej z kontrolowanym dostępem z Agra do Lucknow (inwestycja typu Green Field) w formie umowy EPC”.

W Wykazie wskazano, że usługa "obejmowała pełnienie nadzoru inwestorskiego nad budową m.in. następujących obiektów mostowych: - Mostu nad rzeką Jamuna (km 34+936) o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu 515m - Mostu nad rzeką Ganques w km 219+382 o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu 750m Projekt jest obecnie w fazie utrzymania i eksploatacji. Roboty budowlane zostały zakończone zgodnie z załączonymi do wykazu usług Końcowymi Protokołami Odbioru Robót."

Do Wykazu usług zostały dołączone w formie cyfrowych odwzorowań dokumenty potwierdzające należyte wykonanie wyżej wskazane zamówienia, tj.: (i) Protokół Odbioru

Robót dla Odcinka I; (ii) Protokół Odbioru Robót dla Odcinka II; (iii) Protokół Odbioru Robót dla Odcinka III; (iv) Protokół Odbioru Robót dla Odcinka IV; (v) Protokół Odbioru Robót dla Odcinka V; (vi) referencje.

W wyniku omyłki Odwołujący załączył do Wykazu usług dokumenty, które nie zostały poświadczane za zgodność z oryginałem.

Dowód: podmiotowe środki dowodowe odwołującego przekazane zamawiającemu w dniu 26 czerwca 2024 r. – w aktach postępowania

Zamawiający w trakcie całego postępowania nie wzywał odwołującego w trybie art. 128 ust.

- 1 ustawy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Dowód: protokół z postępowania – w aktach postępowania

Zamawiający w dniu 20 sierpnia 2024 r. poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy w związku z rzekomym niewykazaniem przez odwołującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4 SWZ. Dowód: informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty odwołującego z postępowania – w załączeniu

Odwolujący nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego wskazując, że decyzja o odrzuceniu oferty odwołującego została podjęta z rażącym naruszeniem przepisów prawa. Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego wskazał, że zobowiązanie Ayesa do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, o której mowa w pkt 8.2.4.1 SWZ nie potwierdza realności dysponowania przez odwołującego tym zasobem.

W ocenie zamawiającego ten sposób wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego nie świadczy o realnym przekazaniu zasobu w postaci wymaganej wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wskazuje, że jedynie zadeklarowanie do realizacji

zamówienia Ekspertów Kluczowych oraz Innych Ekspertów (w szczególności Inżyniera Kontraktu, Głównych specjalistów, Głównych inspektorów) może pozwolić uznać, że zasoby zostały realnie udostępnione:

"treść wyjaśnień Wykonawcy, oraz treść zobowiązania Ayesa są niewystarczające dla wykazania - realnego udziału podmiotu udostępniającego zasoby w wykonaniu zamówienia, w szczególności w zakresie opisanym warunkiem udziału w postępowaniu. (...) Podkreślenia wymaga tutaj fakt, że przedmiotowe zadanie obejmuje swoim zakresem nie tylko nadzór nad projektowaniem czy budową obiektów mostowych, ale także zarządzanie kontraktem, gdzie znaczącą część stanowią roboty drogowe. (...)

W zaistniałym stanie faktycznym ciężko uznać, by wykonawca wywiązał się z obowiązku jednoznacznego i niebudzącego wątpliwości wykazania, że podmiot udostępniający zasoby realizował będzie usługi, do których zdolności te są wymagane. Co więcej, Prokom Consulting

Sp. z o.o. w złożonym Wykazie osób wyraźnie wskazuje, że Eksperci kluczowi (Inżynier Kontraktu, Główny specjalista ds. roszczeń, Technolog) stanowią jego personel.

W ocenie zamawiającego przekazanie wiedzy i doświadczenia przez podmiot udostępniający zasoby (w przypadku umowy na nadzór) może nastąpić przez oddelegowanie przez ww. podmiot osób do pełnienia konkretnych funkcji wymaganych na kontrakcie tj. Ekspertów Kluczowych oraz Innych Ekspertów (w szczególności Inżyniera Kontraktu, Głównych specjalistów, Głównych inspektorów)."

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego.

W ocenie odwołującego zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia zostały przez Ayesa skutecznie, realnie i faktycznie udostępnione, a zakres deklarowanego udziału Ayesa w realizacji zamówienia czyni zadość wymaganiom określonym w art. 118 ust. 4 pkt 3) ustawy . Powołał KIO 711/19, KIO 863/15, KIO 39/16, KIO 1833/14.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt zaistniałego stanu faktycznego należy po pierwsze wskazać, że warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4 SWZ odnosił się do doświadczenia wykonawcy w świadczeniu usługi nadzoru nad wykonywaniem robót budowlanych w branży drogowej oraz branży mostowej.

Przedmiotowe zamówienie z kolei polega na pełnieniu funkcji inżyniera nadzoru nad wykonaniem dokumentacji projektowej oraz wykonywaniem robót budowlanych dla zadania pn. „Zaprojektowanie i budowa obwodnicy Sanoka – etap II w ciągu DK nr 28 Zator – Medyka (dł. ok. 3,0 km) wraz z infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi”.

Zamawiający w pkt 2.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia określił warunki dotyczące wymagań odnośnie Personelu Wykonawcy:

"Nadzór nad realizacją Kontraktu będzie powierzony osobom wskazanym w Ofercie Konsultanta oraz osobom zaakceptowanym przez Kierownika Projektu zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami kontraktowymi.

Głównym miejscem świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta będzie biuro Konsultanta, o którym mowa w pkt. 2.2.1 OPZ i Plac Budowy. (...) W celu realizacji zamówienia Konsultant zapewni odpowiedni:

Personel Konsultanta (Eksperci Kluczowi, Inni Eksperci), (...)

2.1.2. Inni Eksperci (...)

Celem zapewnienia należytego wykonania usługi, Konsultant zapewni na etapie realizacji usługi ekspertów z następujących branż:

Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności:

- mostowej – 1 osoba,
- drogowej – 1 osoba

Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej:

- mostowej – 1 osoba

Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej

- mostowej (Głównego Inspektora) – 1 osoby
- drogowej (Głównego Inspektora) – 1 osoby

W § 1 wzoru umowy [Definicje] wskazano, że:

"Personel Konsultanta: Eksperci Kluczowi i Inni Eksperci skierowani przez Konsultanta do realizacji Umowy."

Z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania wynika, że odwołujący zadeklarował, że Ayesa oddeleguje do realizacji zamówienia osoby, które będą pełniły funkcję Personelu Wykonawcy, tj. (i) Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności mostowej, (ii) Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności drogowej, (iii) Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej, (iv) Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej (Głównego Inspektora) oraz (v) Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej (Głównego Inspektora).

Już powyższa deklaracja świadczy o tym, że udostępnienie zasobów będzie miało charakter realny, a Ayesa będzie brać aktywnie udział w realizacji zamówienia, nie tylko jako podwykonawca, ale także podmiot zarządzający zasobami ludzkimi w projekcie.

Wszyscy członkowie Personelu Konsultanta będą zobowiązani brać udział we wszystkich czynnościach związanych z zarządzaniem kontraktem budowlanym, nadzorem, sprawozdawczością (uczestniczyć w spotkaniach, naradach, radach budowy, czynnościach odbiorowych). Personel ten będzie obowiązany również być obecny w Biurze Konsultanta oraz na Placu Budowy (vide pkt 2 OPZ). Personel Ayesa będzie zatem fizycznie uczestniczyć w procesie świadczenia usługi.

Co więcej, osoby oddelegowane do realizacji zamówienia z ramienia Ayesa będą pełnić istotną funkcję w świadczeniu usługi nadzoru (Personel Konsultanta), a ich kompetencje będą przedmiotem oceny i zatwierdzenia przez zamawiającego.

Osoby oddelegowane do realizacji zamówienia przez Ayesa nie będą stanowić, jak próbuje wykazać to zamawiający, personelu pomocniczego, realizującego nieistotne z punktu widzenia zamówienia zadanie. Ich rola będzie taka sama jak w przypadku Kluczowego Personelu. Zamawiający w OPZ nie określa w sposób szczegółowy zadań realizowanych przez poszczególnych członków Personelu Wykonawcy. Zakres realizowanych czynności jest uzależniony od harmonogramów prac (HPPK) przygotowywanych przez wykonawcę i akceptowanych przez zamawiającego (vide § 7 wzoru umowy).

W związku z tym nie sposób ustalić na jakiej podstawie zamawiający formułuje stanowisko, że jedynie oddelegowanie przez Ayesa osób, które pełniłyby role członków Personelu Kluczowego zapewniłoby realność udostępnienia zasobu.

W ocenie odwołującego zakres oddelegowanego przez Ayesa personelu odnosi się do pełni i kompleksowo do zakresu udostępnionej wiedzy i doświadczenia. Powyższe obrazuje tabela,

w której zamieszczono nazwy stanowisk Personelu Konsultanta z podziałem na Etapy projektu oraz branże, w których ich udział będzie niezbędny:

Projektowanie: Branża drogowa – Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności drogowej, Branża mostowa - Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności mostowej

Roboty budowlane: Branża drogowa - Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej (Głównego Inspektora), Branża mostowa - Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej (Głównego Inspektora)

Odwołujący wskazał, że poza Inspektorem nadzoru w specjalności drogowej wszyscy członkowie Personelu Konsultanta pełniący nadzór nad robotami w branży drogowej oraz mostowej będą stanowić personel oddelegowany do realizacji zamówienia z ramienia Ayesa. Ayesa będzie brać udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca, któremu zostanie powierzony całkowity nadzór nad robotami w branży drogowej i mostowej. Powyższe oznacza, że pomimo tego, że Inspektor nadzoru w specjalności drogowej będzie osobą mianowaną do pełnienia funkcji bezpośrednio przez odwołującego, to podczas realizacji zamówienia będzie pozostawał do dyspozycji podwykonawcy, który będzie organizował i nadzorował wykonywane przez niego czynności. W takim stanie rzeczy brak jest możliwości uznania, że udostępnienie zasobów ma charakter pozorny czy też nierzeczywisty.

Zamawiający nie określił w SWZ szczegółowych wymagań dotyczących udostępniania zasobów przez podmioty trzecie. Nie ma również podstaw do uznania, że poleganie na zasobach innego podmiotu w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 SWZ wymaga jednoczesnego polegania na zasobach tego podmiotu w zakresie spełniania wymagań dotyczących dysponowania Kluczowym Personelem, o którym mowa w pkt 8.2.4.2 SWZ. Zamawiający określa na tym etapie postępowania wymagania, które nie były znane odwołującemu przed złożeniem oferty, co jest niezgodne na gruncie ustawy

Po drugie, jeśli zamawiający uznał, że treść zobowiązania Ayesa nie potwierdza, że podmiot trzeci będzie brał faktycznie i realnie udział w realizacji zamówienia, to zamawiający był zobowiązany w trybie art. 128 ust. 1 ustawy do wezwania odwołującego do uzupełnienia tego dokumentu. Okoliczność, że odwołujący z własnej inicjatywy w trybie art. 122 ustawy dokonał zmiany podmiotu trzeciego na inny podmiot nie powoduje, że procedura określona w art. 128 ustawy nie musi zostać zastosowana.

Zamawiający uznał, że w sprawie nie zachodzi możliwość wezwania odwołującego do uzupełnienia Wykazu usług w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.2.4.1 SWZ, gdyż: "Wykonawca samodzielnie oświadczeniem z dnia 09.05.2024 r. dokonał zastąpienia podmiotu trzeciego EM-Technik Sp. z o.o. innym podmiotem tj. Ayesa w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia."

Na gruncie ustawy obowiązuje zakaz dwukrotnego wzywania wykonawcy do uzupełnienia tego samego dokumentu. W tej sprawie odwołujący nie był dotychczas wzywany do uzupełnienia czy też poprawienia zobowiązania do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, o której mowa w pkt 8.4.2.1 SWZ. Nie było zatem prawnych

przeciwskażać, aby zamawiający zastosował przewidziane ustawą tryby.

Odwolujący wskazał, że deklarowany zakres udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia zarówno w przypadku zobowiązania EM-Technik Sp. z o.o., jak i zobowiązania Ayesa został określony w taki sam sposób (oba dokumenty brzmią niemalże identycznie). Uznanie przez zamawiającego, że dołączone do oferty zobowiązanie EM-Technik Sp. z o.o. do udostępnienia zasobów nie czyni zadość wymaganiom określonym w art. 118 ust. 4 ustawy, obligowało zamawiającego do wezwania odwołującego do jego poprawy. Zamawiający na etapie postępowania w żaden sposób nie urzeczywistnił swoich zastrzeżeń względem tego dokumentu.

Po trzecie, odwołujący wskazał niekonsekwencję ze strony zamawiającego oraz zmieniające się nieustannie podejście do oceny realności udostępnienia zasobów przez podmioty trzecie. Zamawiający w postępowaniu pn. "Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem w podziale na części (nr postępowania: O.GD.D3.2410.01.2023) Część nr 1 - Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa drogi S10 Szczecin – Piła na odcinku koniec obwodnicy Stargardu – początek obwodnicy Piły (z węzłem „Koszyce”) z wyłączeniem obwodnicy miejscowości Wałcz, odcinek 4, węzeł „Recz” (bez węzła) – węzeł „Cybowo” (bez węzła)” wybrał jako ofertę najkorzystniejszą ofertą BBF Sp. z o.o.

Wykonawca ten do oferty dołączył zobowiązanie podmiotu trzeciego IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U., w którym jako deklarowany zakres udziału podmiotu trzeciego wskazano: "Bieżące konsultacje udzielane personelowi BBF sp. z o.o. w trakcie realizacji zamówienia, zwłaszcza przez delegowanie pracownika na stanowisko Asystenta Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej: mostowej, drogowej."

W przypadku BBF Sp. z o.o. zamawiający uznał, że wykonawca ten w sposób wystarczający potwierdził dysponowanie udostępnionym zasobem, a samo zobowiązanie IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. do udostępnienia zasobów potwierdza realność udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia.

Dowód: (i) zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu pn. "Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem w podziale na części (nr postępowania: O.GD.D-3.2410.01.2023) Część nr 1 - Pełnienie nadzoru nad

projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa drogi S10 Szczecin – Piła na odcinku koniec obwodnicy Stargardu – początek obwodnicy Piły (z węzłem „Koszyce”) z wyłączeniem obwodnicy miejscowości Wałcz, odcinek 4, węzeł „Recz” (bez

węzła) – węzeł „Cybowo” (bez węzła)”; (ii) zobowiązanie IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. do udostępnienia BBF Sp. z o.o. zasobów w postaci niezbędnej wiedzy i doświadczenia – w załączeniu

Zamawiający dopuścił się zatem naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający w stosunku do odwołującego stosuje inny miernik oceny podmiotowych środków dowodowych aniżeli w przypadku innych uczestników postępowań przetargowych, których jest gospodarzem.

Zamawiający naruszył również powyższe zasady odbierając odwołującemu uprawnienie do uzupełnienia lub poprawienia zobowiązania podmiotu trzeciego, które zamawiający uznaje jako niespełniające wymagań określonych w art. 118 ust. 4 ustawy. Odebranie wykonawcy jego ustawowego prawa do skorygowania przedmiotowego dokumentu świadczy o niezgodnym z przepisami ustawy przeprowadzeniu postępowania.

Odwolanie w tym zakresie powinno zatem zostać uwzględnione.

W ocenie zamawiającego inwestycja referencyjna wskazana w Wykazie usług na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.4.2.1 lit. b) – d) SWZ polegająca na świadczeniu usług nadzoru nad projektem pn. „Pełnienie usług konsultacyjnych jako Inżynier Nadzoru Inwestorskiego dla budowy drogi ekspresowej z kontrolowanym dostępem z Agra do Lucknow (inwestycja typu Green Field) w formie umowy EPC” nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego w SWZ.

Zgodnie z przywołanym powyżej punktem SWZ wykonawcy zainteresowani uzyskaniem zamówienia byli zobowiązani wykazać się "wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej: (b) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I, (c) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonych pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu, (d) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m." Zamawiający w SWZ wskazał także, że:

"Jako wykonanie usługi należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1.9 Warunków Kontraktu dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) lub zakończenia realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru jeżeli zakończenie realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru nastąpiło wcześniej niż wystawienie Świadectwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), podpisanie końcowego

Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa

Przejęcia)."

Z dołączonej do Wykazu usług referencji wynika, że usługa nadzoru przez Ayesa w ramach zadania pn. „Pełnienie usług konsultacyjnych jako Inżynier Nadzoru Inwestorskiego dla budowy drogi ekspresowej z kontrolowanym dostępem z Agra do Lucknow (inwestycja typu Green Field) w formie umowy EPC” rozpoczęła się w dniu 12 marca 2015 r. i trwała przez okres kolejnych 96 miesięcy.

W tym czasie inwestor dokonywał sukcesywnego odbioru odcinków robót drogowych wykonywanych w ramach zadania.

Z dołączonych do Wykazu usług protokołów odbioru wynika, że poszczególne odcinki zadania były odbierane w następujących datach:

1. kilometr -2+634-53+500 – podpisanie Protokołu Końcowego Odbioru Robót dla każdego z odcinków – 23.10.2018
2. kilometr 53+500-115+500 – podpisanie Protokołu Końcowego Odbioru Robót dla każdego z odcinków – 07.12.2018
3. kilometr 115+500- 172+500 – podpisanie Protokołu Końcowego Odbioru Robót dla każdego z odcinków – 01.11.2018
4. kilometr 172+500 – 236+500– podpisanie Protokołu Końcowego Odbioru Robót dla każdego z odcinków – 30.04.2018
5. kilometr 236+500-299+500 – podpisanie Protokołu Końcowego Odbioru Robót dla każdego z odcinków – 24.07.2019

W Wykazie usług wskazano, że w ramach zadania pełniono nadzór nad budową obiektów mostowych: (i) mostu nad rzeką Jamuna w km 34+936 o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu 515m; oraz (ii) mostu nad rzeką Ganqes w km 219+382 o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu 750 m.

Do Wykazu usług nie dołączono dokumentów dotyczących odbioru robót dla obiektów mostowych. W protokołach odbioru robót dołączonych do Wykazu brak jest informacji na temat odbioru obiektów mostowych.

Zamawiający uznał, że odwołujący nie wykazał się spełnieniem wyżej wskazanego warunku udziału w postępowaniu, gdyż "wskazał w Wykazie usług most nad rzeką Jamuna w km 34+936 i most nad rzeką Ganqes w km 219+382, których budowa zgodnie z załączonymi Końcowymi Protokołami Odbioru Robót zakończyła się odpowiednio 23.10.2018 r. (odc. 1) i 30.04.2018 (odc. 4). Termin składania ofert wyznaczony został na dzień 10.11.2023 r. Biorąc pod uwagę postanowienia pkt. 8.2.4. 1 b) – d) IDW, Wykonawca powinien wykazać się doświadczeniem polegającym na pełnieniu nadzoru nad budową lub przebudową 1 obiektu mostowego, wykonanym (zakończonym) najpóźniej na dzień 10.11.2018 r. Zgodnie z przekazanymi dokumentami odcinki drogi ekspresowej w ciągu której zlokalizowane są

wykazane obiekty mostowe zostały oddane do ruchu odpowiednio 23.10.2018 r. i 30.04.2018 r."

Powyższe okoliczności stanowiły podstawę decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy .

W ocenie odwołującego przyjęte przez zamawiającego stanowisko jest bezzasadne.

Po pierwsze, zamawiający dokonał nieuprawnionej na tym etapie postępowania zmiany opisu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 SWZ.

W żadnym miejscu w dokumentacji przetargowej zamawiający nie wskazał, że data podpisania protokołu końcowego odbioru robót jest datą graniczną, od której liczony jest 5-letni okres referencyjny doświadczenia wykonawcy. To nie data zakończenia realizacji robót budowlanych, ale data zakończenia świadczenia usługi nadzoru powinna stanowić podstawę do uznania, czy posiadane przez wykonawcę doświadczenia spełnia 5-letni okres referencyjności.

Zamawiający od wielu lat prowadzi postępowania przetargowe określając identyczne warunki udziału w postępowaniu. Dotychczas zawsze datą, od której liczony był okres referencyjny doświadczenia była data, w której wykonawca zakończył świadczenie usługi nadzoru nad robotami budowlanymi. Świadczy o tym samo brzmienie SWZ, gdzie jako wykonanie zamówienia uznaje się "doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia." Użyte sformułowanie "co najmniej" powoduje, że zamawiający brał pod uwagę możliwość powołania się na doświadczenie w świadczeniu usługi nadzoru, która trwała dłużej niż wystawienie dokumentu potwierdzającego wykonanie części prac.

Z opisu warunku udziału w postępowaniu wynikało, że to okres świadczenia usługi nadzoru, a nie okres wykonywania robót budowlanych, dla których usługa była świadczona, będzie tym elementem, który będzie stanowił przedmiot badania i oceny przez zamawiającego. W związku z tym odwołujący przyjął, że terminem, którym należy uznać, że Ayesa zakończyła świadczenie usługi nadzoru nad wykonywaniem robót budowlanych jest data 24 lipca 2019 r. Nadzór inwestycji trwał bowiem również po zakończeniu robót, a zamawiający bezpodstawnie przyjął tę datę (zakończenia robót) jako datę graniczną dla oceny doświadczenia Ayesa.

Powolał KIO 432/23, KIO 1107/23

Odwolujący wskazał, że brak określenia w SWZ jasnych i precyzyjnych intencji zamawiającego nie może powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawcy. Powołał KIO 2853/13, KIO 430/15.

Po drugie, nawet jeśli uznać, że przyjęty przez zamawiającego sposób interpretacji warunku udziału w postępowaniu jest właściwy (z czym odwołujący oczywiście się nie zgadza), to w okolicznościach tej sprawy zamawiający był zobowiązany do wezwania odwołującego do uzupełnienia Wykazu usług na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy. Zaniechanie skierowania do

odwołującego wezwania pozbawiło go możliwości skorzystania z procedury uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, co stanowi istotne naruszenie wyżej wskazanej regulacji i prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający uznał, że "Wykonawca samodzielnie oświadczeniem z dnia 09.05.2024 r. dokonał zastąpienia podmiotu trzeciego EM-Technik Sp. z o.o. innym podmiotem tj. Ayesa w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia. Powyższe działanie wykonawcy wyczerpało możliwość wezwania go do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy. Jak wynika bowiem z orzecznictwa oraz doktryny, wezwanie w trybie art. 122 ustawy nie stanowi odrębnej od art. 128 ust. 1 ustawy podstawy uzupełnienia."

Odwolujący wskazał, że wbrew twierdzeniom zamawiającego żaden przepis ustawy nie wyłącza ani nie ogranicza procedury określonej w art. 128 ust. 1 ustawy.

Odwolujący zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, że przepis art. 122 ustawy nie wyłącza zakazu wzywania wykonawcy ponownie do uzupełnienia tego samego dokumentu. W przypadku uwzględnienia odwołania zakaz ten nie zostanie zatem naruszony.

Odwolujący z własnej inicjatywy, zanim jeszcze zamawiający uznał ofertę odwołującego za najwyższą ocenioną i wezwał go do uzupełniania podmiotowych środków dowodowych, dokonał zmiany podmiotu trzeciego na inny podmiot. Żaden z dokumentów przedstawionych w toku postępowania nie był nigdy wcześniej przedmiotem procedury określonej w art. 128 ust. 1 ustawy. Wykaz usług oraz dowody potwierdzające należyte wykonanie zamówienia zostały przedstawione w odpowiedzi na wezwanie z art. 126 ust. 1 ustawy. Wezwanie wykonawcy do jego uzupełnienia lub poprawienia będzie się zatem mieścić w ustawowo dopuszczalnych ramach dotyczących jednokrotnego uzupełnienia tego samego dokumentu. Jednocześnie na zakończenie Odwołujący wskazał, że zastosowanie art. 128 ust. 1 ustawy jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem zamawiającego.

Jak zostało wskazane w pkt. I uzasadnienia odwołania, odwołujący omyłkowo do Wykazu usług dołączył dowody potwierdzające należyte wykonanie zamówienia referencyjnego w postaci cyfrowego odwzorowania (skanu papierowego dokumentu), które nie zostało poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub podmiot trzeci, tj. Ayesa.

Zamawiający uznał, że powyższa okoliczność stanowi podstawę do uznania, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy.

Odwolujący wskazał, że podnoszone przez zamawiającego okoliczności powinny stanowić podstawę do wezwania odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy do uzupełnienia dokumentów i przedstawienia ich we właściwej formie.

Dokumenty nie były wcześniej uzupełniane, a zatem działanie zamawiającego należy uznać za przedwczesne oraz z pominięciem prawa odwołującego do konwalidacji tego rodzaju błędów.

Zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów stanowi naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy. W załączeniu do odwołania znajdują się dokumenty spełniające wszystkie wymagania zamawiającego.

Dowód: Załączniki dot. doświadczenia Ayesa do Wykazu Usług – w załączeniu.

Odwolujący wskazuje przy tym, że uwzględnienie przez zamawiającego całości zarzutów odwołania stosownie do art. 522 ust. 2 ustawy przed otwarciem rozprawy, umożliwi usunięcie występującej wady postępowania, a KIO będzie uprawniona do umorzenia postępowania odwoławczego. Zamawiający, zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania nie będzie zaś obciążony kosztami postępowania odwoławczego. Zasadne byłoby więc uwzględnienie zarzutów odwołania przez zamawiającego w całości w odpowiedzi na odwołanie, jeszcze zanim KIO merytorycznie rozpatrzy sprawę na rozprawie.

W dniu 2 września 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 5 września 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Eksametr spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. 1 Praskiego Pułku WP 17/7 i Miliarium spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach, ul. Chęcińska 16a/21. Zgłoszenie zostało wniesione przez członka zarządu upoważnionego do reprezentacji obu spółek. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom. Przystępujący wniosli o oddalenie odwołania w całości. Sformułowane z odwołaniu zarzuty są niezasadne. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wykonał żadnych czynności ani nie dopuścił się zaniechań w sposób naruszający przepisy prawa. Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy oraz postanowieniami SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu. W szczególności, zamawiający zasadnie odrzucił odwołującego z postępowania.

Przystępujący wskazali, że posiadają interes prawny, w tym ażeby postępowanie odwoławcze zostało rozstrzygnięte na korzyść zamawiającego. Złożona przez przystępujących oferta została przez zamawiającego wybrana jako najkorzystniejsza spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, a przystępujący zamierzają zawrzeć umowę zgodnie z treścią swej oferty i wymogami zamawiającego. W tym stanie, uwzględnienie wniosków odwołania, doprowadziłoby do niezgodnego z prawem wyboru oferty odwołującego i braku udzielenia zamówienia przystępującym, pozbawiając ich zaplanowanych zysków płynących z realizacji przedmiotowego zamówienia.

W dniu 5 września 2024. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił się wykonawca ZDI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu ul. Jana Kiepury 6.

Przystępujący oświadczył, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, bowiem oferta przystępującego uzyskała punktację 93,13 pkt. Taka punktacja kwalifikuje ofertę przystępującego na drugim miejscu spośród wszystkich ofert złożonych w przetargu. Natomiast w sytuacji uwzględnienia odwołania z dnia 30 sierpnia 2024 r. zachodzi dla przystępującego ryzyko, że na skutek badania i ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty PROKOM Consulting Sp. z o.o. oferta tego wykonawcy mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą co skutkowałoby udzieleniem zamówienia odwołującemu. Ewentualnie oferta odwołującego w wyniku badania i ponownej oceny przez zamawiającego uzyskałaby lepszą punktację niż oferta przystępującego, co skutkowałoby spadnięciem oferty przystępującego na dalszą pozycję w klasyfikacji ofert.

Nie ulega zatem wątpliwości, że przystępujący posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Co zaś tyczy się twierdzeń i zarzutów odwołania odwołującego z dnia 30 sierpnia 2024 r. przystępujący podnosi, iż są one bezzasadne. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 lutego 2023 r. udzielonego przez prezesa zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

W dniu 13 września 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

- 1) oddalenie odwołania w całości;
- 2) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kwoty 3.600,00 zł stanowiącej równowartość kosztów poniesionych przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z przedstawioną fakturą.

Na wstępie zamawiający potwierdził przedstawione przez odwołującego w pkt „Stan faktyczny” odwołania okoliczności, jako wynikające bezpośrednio z dokumentów zamówienia oraz dokumentów i oświadczeń złożonych w postępowaniu przez odwołującego.

Zamawiający nie podzielił jednak wniosków jakie wywiódł odwołujący, w tym żądania w zakresie wezwania odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4 SWZ, a w związku z tym żądania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty odwołującego.

W ocenie zamawiającego podstawą rozstrzygnięcia tego postępowania jest przede wszystkim kwestia oceny, czy zamawiający, w okolicznościach tej sprawy, zobowiązany był do wezwania odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy do uzupełnienia podmiotowych środków

dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4 SWZ.

Bezspornym jest bowiem, że odwołujący pismem z dnia 9 maja 2024 r. zastąpił podmiot udostępniający zasoby EM-TECHNIK Sp. z o.o. innym podmiotem tj. Ayesa Ingeniería y Arquitectura S.A. (dalej „Ayesa”) w zakresie zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia określonych w pkt 8.2.4.1. a), b), c) i d) IDW. Bezspornym jest również złożenie przez odwołującego wraz z Wykazem usług dowodów potwierdzających należyte wykonanie wskazanych w wykazie zadań w postaci cyfrowego odwzorowania, które nie zostało poświadczane za zgodność z oryginałem przez podmiot trzeci tj. Ayesa.

Realność udostępnienia zasobów

Odwołujący, celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego przez zamawiającego w pkt 8.2.4.1 Instrukcji dla Wykonawców (dalej zwanej: „IDW”) wraz z ofertą przedłożył zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, tj. spółki EM-TECHNIK Sp. z o.o.

W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia zobowiązania EM-TECHNIK Sp. z o.o. z dnia 06.05.2024 r., odwołujący pismem znak: CP/2024/0048/AJ z dnia 09.05.2024 r. poinformował zamawiającego o zastąpieniu podmiotu udostępniającego zasoby EM-TECHNIK Sp. z o.o. innym podmiotem tj. Ayesa w zakresie zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia określonych w pkt 8.2.4.1. a), b), c) i d) IDW, załączając m.in. zobowiązanie podmiotu Ayesa do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

W toku postępowania zamawiający dwukrotnie wzywał odwołującego do wyjaśnień w zakresie udostępnienia zasobów wezwaniami z dnia 06.05.2024 r. (dot. zobowiązania EM-TECHNIK Sp. z o.o.) oraz 13.05.2024 r. (dot. zobowiązania AYESA). Zamawiający w każdym z wezwań precyzował zakres niezbędnych do uzyskania informacji, formułując, że wyjaśnień wymaga przede wszystkim zakres udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji przedmiotu zamówienia oraz określenie jakich stanowisk będzie dotyczyło udostępnienie personelu przez podmiot udostępniający zasoby.

Odwołujący w odpowiedzi z dnia 16.05.2024 r. wyraźnie wskazał zakładany do oddelegowania z ramienia podmiotu udostępniającego zasoby personel, tj. w zakresie branży drogowej: - Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności drogowej oraz - Asystenta Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej (Głównego Inspektora), oraz w zakresie branży mostowej:

- Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności mostowej,
- Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej oraz
- Asystenta Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej (Głównego Inspektora).

Odwołujący wskazał, że ww. osoby będą posiadały doświadczenie w realizacji zadań nie mniejsze niż wymagania stawiane dla doświadczenia wykonawcy oraz Osób w SWZ.

W ocenie zamawiającego treść wyjaśnień odwołującego, oraz treść zobowiązania Ayesa potwierdzają brak realnego udziału podmiotu udostępniającego zasoby w wykonaniu zamówienia, w szczególności w zakresie opisanym warunkiem udziału w postępowaniu. Udział podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji przedmiotowego zamówienia zgodnie z przekazaniem zobowiązaniem oraz udzielonymi przez odwołującego wyjaśnieniami ogranicza się, oprócz ogólnikowego wskazania na bezpośrednie zaangażowanie Ayesa o charakterze konsultingowym i doradczym, do wskazania oddelegowania pracowników, jednak w zakresie - w ocenie zamawiającego niewystarczającym do wykazania, że podmiot wykona usługi do realizacji których udostępniane zdolności są wymagane. Jak wynika z wyjaśnień odwołującego podmiot Ayesa oddeleguje wyłącznie 5 pracowników.

Zamawiający zgodnie z pkt. 11.2. IDW wskazał, że w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonywać będą usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Niestety ani treść zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby Ayesa, ani wyjaśnienia odwołującego z dnia 16.05.2024 r. nie uprawdopodobniły faktu realnego udostępnienia zasobów podmiotu Ayesa i ich wystarczającego udziału w realizacji przedmiotu zamówienia.

Jak stwierdziła KIO treść dokumentów przekazywanych Zamawiającemu musi być jednoznaczna a posługiwanie się cudzym potencjałem nie może pozostawać w sferze domysłów i bliżej niesprecyzowanych zasad (wyrok KIO z dnia 21 września 2017 r., sygn. akt KIO 1857/17, wyrok KIO z dnia 25 lipca 2017 r., KIO 1421/17).

Wezwania do wyjaśnień kierowane do odwołującego bez cienia wątpliwości dawały odwołującemu możliwość udowodnienia, że podmiot Ayesa, na którego zasoby powołuje się Odwołujący, w sposób bezpośredni będzie uczestniczył w realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie adekwatnym do stawianych warunków zamówienia, a tym samym, że spełniony zostanie stawiany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu.

Zdaniem zamawiającego przekazanie wiedzy i doświadczenia przez podmiot udostępniający (w przypadku umowy na nadzór) może nastąpić przede wszystkim przez oddelegowanie przez personel udostępniający osób do pełnienia konkretnych funkcji wymaganych na kontrakcie tj. Personel Kluczowy lub Inni Eksperti (np. Inżynier Kontraktu, Główny Inspektor robót mostowych czy też drogowych). Zaangażowanie przez podmiot udostępniający określonego w wyjaśnieniach personelu musi jednak być wystarczające i adekwatne do postawionego warunku udziału w postępowaniu oraz przedmiotu zamówienia.

Jak podkreślił zamawiający w piśmie z dnia 20.08.2024 r., żaden ze wskazanych w wyjaśnieniach z dnia 16.05.2024 r. członków personelu Konsultanta nie może w świetle prawa

budowlanego sprawować nadzoru nad robotami, ani dokonywać odbioru robót branży drogowej. Zatem znaczna część zamówienia (roboty drogowe stanowią największy zakres Kontraktu, nad którym sprawowany będzie nadzór), dla którego Ayesa udostępnia zasoby nie będzie realizowana przez ten podmiot.

Ponadto zamawiający wskazał, że funkcja Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, podobnie jak Głównego specjalisty ds. rozliczeń była na tyle istotna w realizacji zamówienia, że zamawiający postawił w IDW dla tych Ekspertów kluczowych dodatkowe wymagania w zakresie doświadczenia – które stanowiły kryteria pozacenowe.

Zamawiający zauważył, że bez dysponowania ekspertami z wymaganym doświadczeniem w ramach kryteriów pozacenowych oferta odwołującego nie byłaby najkorzystniejsza. Odwołujący w ramach Kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta”, Podkryterium 2.1 Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej oraz w ramach Podkryterium 2.2 Główny Specjalista ds. rozliczeń otrzymał po 7 pkt.

Błędna jest również argumentacja odwołującego, że rola delegowanego przez Ayesa personelu jest taka sama jak Ekspertów Kluczowych, chociażby przez aspekt wymagań przypisanych poszczególnemu personelowi.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO wskazać należy, że podmiot, który użycza swoich zasobów w zakresie np. doświadczenia, musi następnie rzeczywiście realizować te roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zasoby są wymagane. Po to bowiem zamawiający opisuje warunki udziału w postępowaniu, aby sprawdzić zdolność wykonawców do należytej realizacji zamówienia. Gdyby podmiot trzeci jedynie formalnie udostępniał swoje zasoby, ale w rzeczywistości nie wykonywał tych robót lub usług, do których wykonania jego zasoby (np. doświadczenie) są potrzebne, opisywanie warunków udziału w postępowaniu i wykazywanie ich spełnienia miałyby charakter wyłącznie pozorny i w żadnym wypadku nie służyłoby należytej realizacji zamówienia. Dlatego tak ważne jest, aby podmioty udostępniające swoje zasoby rzeczywiście wykonywały zamówienie w zakresie, w którym – w myśl opisanych warunków – niezbędne

jest posiadanie odpowiedniego doświadczenia, wykształcenia czy kwalifikacji zawodowych (tak: Wyrok KIO z dnia 4 marca 2021 r., KIO 442/21).

Wolność korzystania w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu z potencjału innej firmy została ograniczona w ustawie (a dokładniej – przepisem art. 118 ust. 4 ustawy), wymogiem udowodnienia realnego dysponowania zasobami, ale także wymogiem aby podmioty te uczestniczyły w realizacji zamówienia (art. 118 ust. 2 ustawy).

Ocena dokumentów poświadczających zobowiązanie do oddania takich zasobów w każdym przypadku powinna być dokonywana indywidualnie, z uwzględnieniem specyfiki danego zamówienia, ale także z uwzględnieniem zasadniczego celu, dla którego żąda się przedłożenia zobowiązania podmiotu trzeciego, którym bez wątpienia jest potrzeba

potwierdzenia spełnienia danego warunku udziału w postępowaniu. Zestawiając treść złożonych przez odwołującego Wykazu usług, wyjaśnień, oraz zobowiązania, składanych celem udowodnienia dysponowania przez wykonawcę niezbędnymi zasobami do realizacji zamówienia, jak i wymogu, że podmioty, które te zasoby udostępniają będą wykonywać zamówienie w zakresie, do realizacji którego zasoby te są wymagane, z warunkiem udziału w postępowaniu określonym w pkt. 8.2.4.1. SWZ, w ocenie zamawiającego stwierdzić należy, że złożone dokumenty nie potwierdzają, że odwołujący będzie dysponował zasobami podmiotu Ayesa, w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia, dla którego przedmiotowe zdolności są wymagane.

2. Niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.4.2.1 SWZ – okres referencyjny doświadczenia Ayesa

Zgodnie z pkt 8.2.4. 1. IDW zamawiający wymagał od wykonawcy wykazania się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności 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 jednojezdniowej o wartości robót co najmniej 59 500 000,00 PLN netto
- b) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I,
- c) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu,
- d) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m.

Jednocześnie zamawiający w Uwagach do pkt 8.2.4.1. IDW wskazał, że jako wykonanie usługi należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklausulą 10.1 8 Warunków Kontraktu dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) lub zakończenia realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru jeżeli zakończenie realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru nastąpiło wcześniej niż wystawienie Świadectwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklausulą 10.1 Warunków Kontraktu dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia).

Odwołujący celem potwierdzenia spełniania warunku określonego w pkt 8.2.4. 1.b-d) IDW wykazał zadanie pn. „Pełnienie usług konsultacyjnych jako Inżynier Nadzoru Inwestorskiego dla budowy drogi ekspresowej z kontrolowanym dostępem z Agra do Lucknow (inwestycja typu Green Field) w formie umowy EPC”, wykonane przez podmiot udostępniający zasoby tj.

Ayesa. Z treści złożonego przez odwołującego dnia 26.06.2024 r. Wykazu usług, jak i ze złożonych „Protokołów odbioru robót” wynika, że zadanie „Pełnienie usług konsultacyjnych jako Inżynier Nadzoru Inwestorskiego dla budowy drogi ekspresowej z kontrolowanym dostępem z Agra do Lucknow (inwestycja typu Green Field) w formie umowy EPC” podzielone było na 5 odcinków realizacyjnych:

- od km 2+634 – 53+500 – data podpisania Końcowego Protokołu Odbioru Robót to 23.10.2018 r. (odc. 1);
- od km 53+500 – 115+500 – data podpisania Końcowego Protokołu Odbioru Robót to 07.12.2018 r. (odc. 2);
- od km 115+500 – 172+500 – data podpisania Końcowego Protokołu Odbioru Robót to 01.11.2018 r. (odc. 3);
- od km 172+500 – 236+500 – data podpisania Końcowego Protokołu Odbioru Robót to 30.04.2018 r. (odc. 4);
- od km 236+500 – 299+588 – data podpisania Końcowego Protokołu Odbioru Robót to 24.07.2018 r. (odc. 5).

Natomiast z referencji (stanowiących załącznik do pisma znak: CP/2024/0065/AJ z dnia 26.06.2024 r.) wynika, że obiekty mostowe spełniające wymogi wskazane w pkt 8.2.4. 1.b-d) IDW (wskazane przez Odwołującego w „Wykazie usług”) wykonane zostały odpowiednio w ramach budowy odcinka:

- od km 2+634 – 53+500 (Most nad rzeką Jamuna w km 34+936) – data podpisania Końcowego Protokołu Odbioru Robót to 23.10.2018 r. (odc. 1);

- od km 172+500 – 236+500 (Most nad rzeką Ganqes w km 219+382) – data podpisania Końcowego Protokołu Odbioru Robót to 30.04.2018 r. (odc. 4).

Biorąc pod uwagę termin składania ofert, tj. 10.11.2023 r. oraz wymóg pkt 8.2.4.1. b)-d) IDW, wykonawca powinien wykazać się doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) usługi/usług polegających na pełnieniu nadzoru nad budową lub przebudową 1 obiektu mostowego, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert tj. datą graniczną wykonania usługi jest dzień 10.11.2018 r. Ze złożonych przez odwołującego Protokołów Odbioru Robót wynika, iż odcinki drogi ekspresowej w ciągu której zlokalizowane są wykazane obiekty mostowe zostały oddane do ruchu odpowiednio 23.10.2018 r. (odc. 1) i 30.04.2018 r. (odc. 4). Powyższe daty pokrywają się z informacjami przekazanymi przez odwołującego w Wykazie usług, gdzie ww. daty wskazane są jako Data podpisania Końcowego Protokołu Odbioru Robót.

W związku z powyższym odwołujący nie wykazał się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert usług polegających na pełnieniu nadzoru nad budową lub przebudową obiektów mostowych, o

których mowa w pkt. 8.2.4. 1 b–d) IDW. Zamawiający wskazał również, że w Protokole Odbioru Robót dla odc. 2 i 5, wyraźnie wskazano:

„... Zaświadcza się, że zgodnie z wyżej wymienioną Umową, wszystkie prace wchodzące w skład projektu drogi ekspresowej zostały zakończone, a projekt drogi ekspresowej zostaje niniejszym uznany za gotowy do uruchomienia ...”

zatem twierdzenia odwołującego jakoby „do Wykazu nie dołączono dokumentów dotyczących odbioru robót dla obiektów mostowych” nie znajduje potwierdzenia w złożonych przez odwołującego dokumentach.

3. Niewłaściwa forma podmiotowych środków dowodowych

Zgodnie z 16.8.2. IDW w przypadku, gdy podmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania, zostały wystawione przez upoważnione podmioty:

- 1) jako dokument elektroniczny – wykonawca przekazuje ten dokument ;
- 2) jako dokument w postaci papierowej – wykonawca przekazuje cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej;

Poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, o którym mowa w ppkt. 2) powyżej, dokonuje notariusz lub

- a) w przypadku podmiotowych środków dowodowych oraz dokumentów potwierdzających umocowanie do reprezentowania – odpowiednio wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby, każdy w zakresie dokumentu, który go dotyczy;
- b) w przypadku innych dokumentów odpowiednio wykonawca lub wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, każdy w zakresie dokumentu, który go dotyczy

W sprawie bezspornym jest, że odwołujący składając podmiotowe środki dowodowe do Wykazu usług dołączył dowody potwierdzające należyte wykonanie zamówienia referencyjnego w postaci cyfrowego odwzorowania (skanu papierowego dokumentu), które nie zostało poświadczone za zgodność z oryginałem przez podmiot udostępniający zasoby, tj. Ayesa. Bezspornym jest również, że ww. forma ich złożenia jest niezgodna z IDW.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, w ocenie zamawiającego samodzielna zamiana podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 8.2.4. SWZ, tj. z EM-Technik Sp. z o.o. na Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A, wyczerpało możliwość wezwania go do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy.

Wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 ustawy wobec zamiany przez odwołującego podmiotu udostępniającego zasoby

Zamawiający zwrócił uwagę, że zmiana podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 8.2.4. SWZ, tj. z EM-Technik Sp. z o.o. na Ayesa Ingenieria

y Arquitectura S.A., spowodowana była brakiem wymaganego doświadczenia tego EM-Technik. Ten stan rzeczy stwierdził sam odwołujący w piśmie znak: CP/2024/0048/AJ z dnia 09.05.2024 r. Działanie wykonawcy było konsekwencją wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. KIO 352/24, w którym Izba wskazała, że doświadczenie EM-Technik Sp. z o.o. nie spełnia wymagań określonych w pkt 8.4.2.1 SWZ w postępowaniu, które było przedmiotem rozstrzygnięcia, analogicznych do warunków udziału postawionych w postępowaniu będącym przedmiotem tego postępowania.

Izba ww. wyroku jednoznacznie stwierdziła, że doświadczenie nabyte przez EM-Technik Sp. z o.o. przy realizacji Usługi nie potwierdza spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, oraz kreuje po stronie zamawiającego przesłankę wezwania wykonawcy w trybie art. 122 ustawy do zmiany podmiotu trzeciego na inny.

W związku z powyższym wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnień z dnia 9 maja 2024 r.

dokonał na podstawie art. 122 ustawy wymiany tego podmiotu na – Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A. Działanie odwołującego (zamiana podmiotu) było działaniem wyprzedzającym wezwaniem zamawiającego do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 ustawy.

Powyższe, w ocenie zamawiającego, niesie jednak za sobą konsekwencje w postaci braku możliwości ponownego wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy.

Nie budzi przecież wątpliwości, że procedura wezwania wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 ustawy, ma charakter jednokrotny. To ma związek z funkcjonującą na gruncie przepisów ustawy zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W tym miejscu wskazał, że przepis art. 122 ustawy nie stanowi odrębnej podstawy wezwania wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania spełniania samodzielnie warunków udziału w postępowaniu, w stosunku do podstawy wezwania określonej w art. 128 ust. 1 ustawy. Przepis ten określa jedynie w jaki sposób wykonawcy, którzy wykazują spełnianie warunków udziału w postępowaniu przy pomocy zasobów podmiotów udostępniających zasoby, mogą odpowiedzieć na wezwanie skierowane do niech w trybie art. 128 ust. 1 ustawy.

Przyjęcie innego stanowiska oznaczałoby, że wykonawca ubiegając się o zamówienie, powołując się na zasoby podmiotu udostępniającego zasoby, mógłby dowolną ilość razy dokonywać zmiany tego podmiotu. Jeśli dokumenty przedkładane dla tego podmiotu byłyby niekompletne czy zawierały błędy, zamawiający musiałby wzywać takiego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy. Taka sytuacja jest niedopuszczalna na gruncie ustawy. Dlatego dokonując samodzielnej zmiany podmiotu udostępniającego zasoby, wykonawca powinien był zachować szczególną ostrożność co do kompletności oraz prawidłowości dokumentów dotyczących tego podmiotu.

W dniu 13 września 2024 r. wykonawca Eskametr - Miliarium złożył pisemne stanowisko wnosząc, o:

- 1) oddalenie odwołania w całości,
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w piśmie w celu stwierdzenia faktów wskazanych we fragmentach pisma, przy których te dowody te zostały przywołane, a także dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów przedstawionych na rozprawie na okoliczności wskazane we wniosku sformułowanym na rozprawie.

Przed ustosunkowaniem się do treści zarzutów odnoszących się do kwestionowania pozorności uczestnictwa podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia, przystępujący wskazał, że:

- zamówienie publiczne, które będzie realizowane w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu polega na wykonaniu usługi obejmującej, w szczególności:
 - a) pełnienie nadzoru nad projektowaniem, weryfikację dokumentacji projektowej, jej kompletności, wzajemnej zgodności, weryfikacja wyników dokonania kontrolnych obliczeń w celu znalezienia ewentualnych błędów,
 - b) zarządzanie, pełnienie nadzoru inwestorskiego oraz kontrolę nad realizacją robót aż do daty wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności,
 - c) prowadzenie działań informacyjnych i promocyjnych związanych z realizacją projektu i współpracę w tym zakresie z zamawiającym, w tym m. in. z Dyrektorem Oddziału, Kierownikiem Projektu i stanowiskiem ds. komunikacji w Oddziale GDDKiA,
 - d) wypełnianie obowiązków sprawozdawczych wynikających z procedur UE i współpracę w tym zakresie ze służbami GDDKiA,
 - e) wypełnianie obowiązków wynikających z procedur zawartych w obowiązujących wymaganiach/wytycznych dotyczących inwestycji współfinansowanych ze środków UE oraz procedur beneficjenta Projektów dla POIiŚ (lub procedur, które znajdą zastosowanie w kolejnej perspektywie UE),
 - f) świadczenie usługi nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych oraz udział w Przeglądach gwarancyjnych i nadzorowania usunięcia ewentualnych usterek/wad stwierdzonych w przeglądach gwarancyjnych, w ramach zawartego Kontraktu,
 - g) wykonywanie zadań z uwzględnieniem wymogów i wytycznych Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko,
 - h) wspieranie zamawiającego jako lojalny i sumienny doradca we wszystkich czynnościach związanych z realizacją Projektu,
 - i) sprawowanie nadzoru nad pracami projektowymi i robotami w zakresie Zadań dodatkowych, niezbędnych do wykonania Projektu wynikłymi w trakcie realizacji Kontraktu -udzielonych na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych,

Na czele Zespołu Konsultanta (wybranego wykonawcy) stać będzie Inżynier Kontraktu, który będzie działał zgodnie z rolą, jaką przypisano Inżynierowi w wyżej wymienionych Warunkach Kontraktu FIDIC oraz w SWK, w zakresie uprawnień określonych w SWZ oraz wynikających z aktualnych przepisów ustawy Prawo budowlane, aktów prawnych i wytycznych

regulujących wydatkowanie Funduszy Unijnych.

Ponadto W celu realizacji zamówienia Konsultant zapewni odpowiedni:

- Personel Konsultanta (Eksperci Kluczowi, Inni Eksperci),
- Personel biurowy,
- Personel pomocniczy. (Wymagania dotyczące ww. osób szczegółowo określa SWZ). Dowód: SWZ - OPZ – załącznik do Protokołu z Postępowania

Zamawiający w pkt 8.2.4.1 SWZ określił następujący warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, odnoszącej się do wykonawcy i tu przystępujący przytoczył treść pkt. 8.2.4.1 SWZ.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że:

Zamawiający sformułował wymagania dotyczące zaangażowania określonych osób w wykonanie zamówienia:

- a) W pkt 8.2.4.2 SWZ-IDW, w zakresie warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej oraz doświadczenia dla osób:
 - Inżyniera Kontraktu,
 - głównego specjalisty ds. roszczeń,
 - technologa,
- b) w pkt 21.1.3. SWZ-IDW w zakresie kryteriów pozacenowych dla osób:
 - Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej,
 - Głównego Specjalisty ds. rozliczeń.

Ww. osoby zgodnie z pkt 2.1.1 SWZ-OPZ stanowią zespół Ekspertów kluczowych personelu wykonawcy/konsultanta.

Dodatkowo, zamawiający w pkt 2.1.2 SWZ-OPZ, wymaga zapewnienia przez wykonawcę/konsultanta innych Ekspertów (łącznie 33 osoby), w tym:

- Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności mostowej,
- Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności drogowej,
- Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej,
- Asystenta Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej (Głównego

Inspektora),

- Asystenta Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej (Głównego Inspektora), - Asystenta Technologa.

Dowód: SWZ -IDW – załącznik do Protokołu z Postępowania Dowód: SWZ -OPZ – załącznik do Protokołu z Postępowania

Odwołujący wskazał w pkt 5 formularza ofertowego, że zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia: „Część nadzoru budowlanego, obsługę prawną”, wraz z ofertą złożył formularz „Kryteria pozacenowe”, gdzie wskazał osoby dedykowane do pełnienia funkcji:

(-) Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej

(-) Głównego Specjalisty ds. rozliczeń.

Odwołujący w celu wykazania spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu posługuje się zasobami podmiotu trzeciego.

Pierwotnie wraz z ofertą złożył zobowiązanie EM-TECHNIK sp. z o.o. do udostępnienia zasobów w zakresie:

- zdolności technicznej lub zawodowej, o której mowa w pkt 8.2.4.1. a), b), c) i d) SWZ-IDW
- zdolności ekonomicznej lub finansowej, o której mowa w pkt 8.2.3. a) i b) SWZ-IDW

Dowód: Oferta Odwołującego: zobowiązanie EM-TECHNIK sp. z o.o. – załącznik do Protokołu z postępowania – załącznik do pisma

W wyniku wezwania z dnia 06.05.2024 r. do wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy, odwołujący w piśmie z dnia 09.05.2024 r. wskazał, że:

finalnie udział EM-Technik sp. z o.o. w realizacji zamówienia będzie polegał wyłącznie na wsparciu finansowym wykonawcy podczas realizacji zamówienia polegające m.in. na pokrywaniu z własnych środków bieżących zobowiązań finansowych wykonawcy (zgodnie z treścią zobowiązania). EM-Technik sp. z o.o. nie będzie brał bezpośrednio udziału w świadczeniu usługi nadzoru oraz zarządzania, nie będzie udzielał wsparcia merytorycznego ani delegował pracowników;

dokonuje zmiany podmiotu trzeciego EM-Technik sp. z o.o. na Ayesa Ingeniería y Arquitectura S.A. (dalej: „Ayesa”) w zakresie zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia określonych w pkt 8.2.4.1. a), b), c) i d) SWZ- IDW, a zatem całego warunku udziału w postępowaniu opisanym w pkt 8.2.4.1 SWZ-IDW.

Wyjaśnił (pkt 21 wyjaśnień), że pełnione przez Ayesa usługi będą polegać na świadczeniu usługi nadzoru oraz zarządzania jako podwykonawca w zakresie branży drogowej oraz mostowej, zgodnie z zakresem udostępnionych zasobów i będą obejmować m.in.: m.in.: - pełnienie nadzoru nad projektowaniem, weryfikację dokumentacji projektowej, jej

kompletności, wzajemnej zgodności, weryfikacja wyników dokonania kontrolnych obliczeń w celu znalezienia ewentualnych błędów,

- zarządzanie, pełnienie nadzoru inwestorskiego oraz kontrolę nad realizacją robót aż

do daty wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności,

- świadczenie usługi nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych oraz

udział w Przeglądach gwarancyjnych i nadzorowania usunięcia ewentualnych usterek/wad stwierdzonych w przeglądach gwarancyjnych, w ramach zawartego Kontraktu,

- sprawowanie nadzoru nad pracami projektowymi i robotami w zakresie Zadań

dotychczasowych, niezbędnych do wykonania Projektu wynikłymi w trakcie realizacji Kontraktu -udzielonych na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto wskazał (pkt 22 wyjaśnień), że:

- Wsparcie merytoryczne będzie polegać m.in. na udziale w naradach oraz spotkaniach

pracowników Ayesa, którzy posiadają doświadczenie w realizacji podobnych usług i mogą wesprzeć merytorycznie pracowników wykonawcy/odwołującego. Ayesa, umożliwi dostęp do posiadanych materiałów archiwalnych z zrealizowanych już zamówień, a w radzie potrzeby również przeszkoli personel wykonawcy/odwołującego w zakresie zgłaszanych zagadnień związanych z problemami realizacyjnymi. Wykonawca zakłada również przedkładanie Ayesa, celem zaopiniowania projektów rekomendacji przygotowanych na rzecz zamawiającego.

- Zakłada się oddelegowanie z ramienia Ayesa, do realizacji zamówienia następujących specjalistów: Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności mostowej; Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności drogowej; Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej; Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej (Głównego Inspektora) oraz Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej (Głównego Inspektora). Osoby te będą posiadały doświadczenie w realizacji zadań adekwatne do wymagań stawianych dla doświadczenia Wykonawcy oraz Osób w SWZ.

Dodatkowo odwołujący załączył m.in. zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez Ayesa, z którego wynika, że podmiot ten udostępnia zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt 8.2.4.1. a), b), c) i d) SWZ- IDW, które to zasoby zostaną wykorzystane jako:

- udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy przez

faktyczne wykonanie części usług w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi,

- udzielanie stałego wsparcia merytorycznego na rzecz wykonawcy podczas całego

okresu realizacji zamówienia,

- wydawanie opinii,
- stałe doradztwo dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia,
- udzielanie konsultacji,
- delegowanie pozostałych pracowników posiadających niezbędną wiedzę i

doświadczenie

Dowód: Wezwanie zamawiającego z dnia 06.05.2024 r. oraz odpowiedź odwołującego – załącznik do Protokołu z Postępowania – załącznik do pisma

Kolejno w dniu 13.05.2024 r., zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie m.in. następujących kwestii:

- szczegółowego podania jakich stanowisk (zgodnie z pkt. 2.1.1 oraz 2.1.2 OPZ) będzie dotyczyło udostępnienie personelu przez podmiot udostępniający zasoby tj. Ayesa oraz wskazanie szczegółowych czynności i ich zakresu, które personel ten będzie wykonywał;
- wyjaśnienia, czy czynności wskazane w pkt. 21 oraz 22 pisma z dnia 09.05.2024 r. będą wykonywane przez personel udostępniony przez podmiot udostępniający zasoby tj. Ayesa (podany przez wykonawcę w pkt. 23 pisma z dnia 09.05.2024 r. oraz w odpowiedzi na pytanie w pkt. a) powyżej) a w przypadku odpowiedzi przeczącej prosimy o podanie sposobu w jaki te czynności będą wykonywane;
- podanie szczegółowego zakresu wsparcia merytorycznego wykonywanego przez podmiot udostępniający zasoby tj. Ayesa.

Odwolujący w odpowiedzi w dniu 16.05.2024 r. na powyższe wskazał, że:

- a) do realizacji zamówienia zostaną oddelegowani:
 - Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności mostowej;
 - Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności drogowej;
 - Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej;
 - Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej (Głównego

Inspektora)

- Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej (Głównego

Inspektora).

Osoby te będą posiadały doświadczenie w realizacji zadań nie mniejsze niż wymagania stawiane dla doświadczenia Wykonawcy oraz Osób (Ekspertów i Kluczowych Ekspertów) stawiane w SWZ. Osoby te będą realizowały czynności przypisane do właściwości poszczególnych stanowisk w OPZ oraz wynikających z przepisów obowiązującego prawa, w tym w szczególności z ustawy Prawo budowlane oraz aktów wykonawczych.(...) Szczegółowy zakres obowiązków zostanie określony po podpisaniu umowy o podwykonawstwo z Ayesa.

- b) Odwołujący potwierdził, że personel Ayesa będzie wykonywał czynności wskazane w

pkt 21 oraz pkt 22 pisma wykonawcy z dnia 9 maja 2024 r.

Wskazanie szczegółowego oraz precyzyjnego zakresu wsparcia merytorycznego świadczonego przez Ayesa na rzecz wykonawcy nie jest możliwe na tym etapie. Wsparcie to będzie determinowane sposobem realizowania robót budowlanych przez Generalnego Wykonawcę oraz problemów, jakie wystąpią podczas wykonywania inwestycji. Wykonawca dotychczas korzystał ze wsparcia merytorycznego podmiotów trzecich, na których zasobach polegał w przetargach publicznych, m.in. w następujący sposób:

- Udział w naradach oraz spotkaniach pracowników, którzy posiadają doświadczenie w realizacji podobnych usług i mogą wesprzeć merytorycznie pracowników wykonawcy;
- Udostępnienie posiadanych materiałów archiwalnych z zrealizowanych już zamówień;
- W razie potrzeby również przeszkoli personel wykonawcy w zakresie zgłaszanych zagadnień związanych z problemami realizacyjnymi;
- Opiniowanie projektów rekomendacji przygotowanych na rzecz zamawiającego. Odwołujący założył, że w przypadku tej usługi wsparcie merytoryczne Ayesa będzie analogiczne.

Dowód: Wezwanie zamawiającego z dnia 13.05.2024 r. oraz odpowiedź odwołującego – załącznik do Protokołu z Postępowania – załącznik do pisma

Następnie zamawiający pismem z dnia 18.06.2024 r. wezwał odwołującego na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych szczegółowo wskazanych w piśmie, w tym wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie oraz wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego.

Z ww. dokumentów i oświadczeń wynika, że w celu wykazania spełniania całości warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 8.2.4.1. a), b), c) i d) SWZIDW (dot. podmiotu) odwołujący posługuje

się zasobami Ayesa, a jednocześnie całość warunku udziału, o którym mowa w pkt 8.2.4.2 SWZ-IDW (dot. osób, czyli: Inżyniera Kontraktu, głównego specjalisty ds. roszczeń, technologa) została wykazana poprzez potencjał/zasób własny odwołującego.

Dowód: Wezwanie zamawiającego z dnia 18.06.2024 r. oraz odpowiedź odwołującego – załącznik do Protokołu z Postępowania – załącznik do pisma

Zamawiający w dniu 20.08.2024 r. odrzucił ofertę odwołującego, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b ustawy, ponieważ została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. W ocenie zamawiającego odwołujący nie wywiązał się z obowiązku jednoznacznego i niebudzącego wątpliwości wykazania, że podmiot udostępniający zasoby realizował będzie usługi, do których zdolności te są wymagane, zwłaszcza, że Ekspertowi Kluczowi (Inżynier Kontraktu, Główny specjalista ds. roszczeń, Technolog) stanowią jego personel ocenie zamawiającego przekazanie wiedzy i doświadczenia przez podmiot udostępniający zasoby (w przypadku umowy na nadzór) może nastąpić przez oddelegowanie przez ww. podmiot osób do pełnienia konkretnych funkcji wymaganych na kontrakcie tj. Ekspertów Kluczowych oraz Innych Ekspertów (w szczególności Inżyniera Kontraktu, Głównych specjalistów, Głównych inspektorów).

Mając na względzie powyższe oraz twierdzenia przedstawione w odwołaniu przystępujący wskazał, co następuje.

Określenie przez zamawiającego warunków udziału w danym postępowaniu przetargowym ma na celu cenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, tak aby zminimalizować ryzyko nienależytego wykonania zamówienia.

Z art. 118 ust. 2 ustawy, wynika, że możliwość polegania przez wykonawcę na podmiotach trzecich w zakresie wiedzy i doświadczenia jest połączona z wymogiem, aby podmioty te

wykonały roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W związku z tym niezbędna jest faktyczna realizacja robót budowlanych lub usług, do których udostępniane zdolności są wymagane. Zgodnie z art. 118 ust. 3 ustawy wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio 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. Odpowiednio do art. 118 ust. 4 ustawy zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

- (1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
- (2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
- (3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Odpowiednio do art. 119 ustawy, zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

W konsekwencji przystępujący wskazał, że podmiot, który użycza swoich zasobów w zakresie np. doświadczenia, musi następnie rzeczywiście realizować te roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zasoby są wymagane - udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego musi mieć realny charakter. Powyższe powinno wynikać z treści złożonego zobowiązania lub innego podmiotowego środka dowodowego i pozostawać w związku z przedmiotem zamówienia, w realizacji którego podmiot udostępniający zasoby ma uczestniczyć.

Powołał wyrok z dnia 4.03.2021 r. (KIO 442/21), wyrok z dnia 7.02.2020 r. (KIO 123/20, KIO 127/20 i KIO 141/20), wyrok KIO z dnia 7.03. 2022 r. (KIO 447/22), wyrok KIO z dnia 11 maja 2018 r. (KIO 764/18)

Odwołujący ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert nie nabył samodzielnie doświadczenia w zakresie wykonania 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 jednojezdniowej o wartości robót co najmniej 59 500 000,00 PLN netto,

- b) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I,
- c) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i

długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu,

- d) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i

rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m.

Gdzie za usługę polegającą na pełnieniu nadzoru nad realizacją zadania zamawiający uzna usługę polegającą na zarządzaniu, pełnieniu kontroli i nadzoru inwestorskiego oraz współpracy ze służbami zamawiającego w zakresie sprawozdawczości.

Na usługę referencyjną składa się zatem szereg jasno opisanych elementów. Przede wszystkim przystępujący podkreślił, że odnosi się ona do usług polegających na pełnieniu nadzoru rozumianego jako zarządzanie, pełnienie kontroli i nadzoru inwestorskiego oraz współpracy ze służbami zamawiającego w zakresie sprawozdawczości nad określonymi rodzajami inwestycji budowlanych: drogowych i mostowych. Powyższe zatem stanowi pojęcie szersze niż nadzór inwestorski w rozumieniu prawa budowlanego (art. 25 i n. prawa budowlanego) w odniesieniu do branż drogowej i mostowej, albowiem dotyczy wykonania usług polegających na kompleksowym zarządzaniu procesem inwestycyjnym, w tym sprawowaniu kontroli nad jego prawidłowym przebiegiem oraz nadzorze inwestorskim, obejmujących również współpracę z odpowiednimi służbami zamawiającego, w szczególności w zakresie sporządzania raportów i bieżącego informowania o postępach prac. Usługi tego rodzaju musiały być wykonywane w odniesieniu do inwestycji spełniających określone parametry.

Wydaje się zatem, że stawianie przez odwołującego tezy, że przedmiotowy warunek odnosi się do doświadczenia wykonawcy w świadczeniu usługi nadzoru inwestorskiego nad wykonywaniem robót budowlanych w branży drogowej oraz branży mostowej, jest nieuzasadnionym uproszczeniem.

Przetransferowanie zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia, będącego zasadniczo zasobem o charakterze niematerialnym, wymaga "materialnego nośnika". Nośnikiem wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego w ramach umowy podwykonawstwa mogą być osoby z danego przedsiębiorstwa, które przydzielone do zamówienia będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia i w ten sposób przekazywać posiadaną wiedzę i doświadczenie, niemniej jednak muszą być to osoby, które faktycznie są zdolne, z punktu widzenia warunku udziału w postępowaniu, do przekazania wymaganej wiedzy i doświadczenia.

Tymczasem, jak wynika z oferty odwołującego oraz przytoczonych powyżej wyjaśnień oraz treści zobowiązania Ayesy wynika, że:

- odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie części zamówienia w zakresie części nadzoru budowlanego (zob. pkt 5 formularza ofertowego);
- odwołujący zamierza powierzyć Ayesie wykonanie części usług w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi (zob. zobowiązanie Ayesy), jako podwykonawca w zakresie branży drogowej oraz mostowej, (zob. wyjaśnienia odwołującego w zakresie udziału Ayesy w realizacji zamówienia),
- Ayesa zamierza udostępnić swój potencjał do realizacji przedmiotowego zamówienia przez: udzielanie stałego wsparcia merytorycznego na rzecz odwołującego podczas całego okresu realizacji zamówienia, wydawanie opinii, stałe doradztwo dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia, udzielanie konsultacji
- do realizacji zamówienia zostaną przez Ayesę oddelegowani:
- Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności mostowej;
- Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności drogowej;
- Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej;
- Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej (Głównego

Inspektora)

- Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej (Głównego

Inspektora).

Natomiast Ayesa nie oddeleguje do wykonania usługi personelu kluczowego z punktu widzenia realizowanej usługi oraz także w kontekście przedmiotowego warunku – odpowiedzialnego za zarządzanie, koordynację oraz sprawozdawczość, czyli:

- Inżyniera Kontraktu
- Głównego specjalisty ds. rozliczeń
- Głównego specjalisty ds. rozszczeń

A ponadto nie oddeleguje pozostałych członków personelu kluczowego tj.

- Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, mimo że

nadzorowana inwestycja ma jest inwestycją o charakterze drogowym,

- Technologa

Ze złożonego zobowiązania Ayesy oraz wyjaśnień składanych w toku postępowania wynika zatem, że Ayesa będzie realizować część zamówienia jako podwykonawca ale w zakresie ograniczonym wyłącznie do dwóch branż, bez funkcji związanych zarządzaniem inwestycją, koordynacją i sprawozdawczością. Ayesa będzie co prawda pełnić funkcje doradcze, konsultingowe podczas realizacji zamówienia, ale powyższe nie może stanowić pewnego i rzetelnego środka transferu wiedzy i doświadczenia w przedmiotowym przypadku,

szczególnie, że brak jest wykazania konkretnego zakresu (obszarów) wskazanego doradztwa oraz konkretnych metod wsparcia w tym zakresie odwołującego.

Reasumując, mając na względzie regulacje wynikające z art. 226 ust.1 pkt 2) lit. b oraz z art. 118 ust. 1 i 4 i art. 119 ustawy, a także fakt, że odwołujący samodzielnie dokonał zmiany podmiotu trzeciego i w konsekwencji (co zostanie szeroko omówione poniżej) nie ma możliwości wezwania go do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w zakresie podmiotu trzeciego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy, zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę odwołującego.

Termin składania ofert w Postępowaniu upłynął w dniu 10.11.2023 r. zatem najpóźniejszy możliwy termin zakończenia usług polegających na pełnieniu nadzoru upłynął w dniu 10.11.2018 r.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie z art. 126 ust. 1 ustawy, przedstawił wykaz usług, z którego wynika, że podmiot trzeci posiada doświadczenie w realizacji usługi nadzoru na budowę 2 mostów:

- mostu nad rzeką Jamuna w km 34+936 (odc. 1) o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu 515m
- mostu nad rzeką Ganqes w km 219+382 (odc. 4) o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu 750m.

Jednakże budowa obu - zgodnie z załączonymi Końcowymi Protokołami Odbioru Robót -zakończyła się odpowiednio 23.10.2018 r. (odc. 1) i 30.04.2018 (odc. 4), zatem przed wskazaną datą graniczną 10.11.2018 r.

Ponadto odwołujący załączył niepoświadczone dowody należytego wykonania usług ujętych w wykazie usług: Protokół Odbioru Robót dla Odcinka I; Protokół Odbioru Robót dla Odcinka II; Protokół Odbioru Robót dla Odcinka III, Protokół Odbioru Robót dla Odcinka IV; Protokół Odbioru Robót dla Odcinka V; Referencje. Przedmiotowe dokumenty zostały wystawione w formie papierowej, a odwołujący przekazał co prawda ich cyfrowe odwzorowanie ale nie są one opatrzone kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi. Odwołujący nie zaprzecza powyższej wadzie (co do formy) złożonych dokumentów.

W ocenie odwołującego brak jest podstaw do przyjęcia, iż usługa nadzoru nad budową lub przebudową obiektu mostowego została wykonana w dniu podpisania Protokołu Odbioru Końcowego dla tych robót, gdyż okres świadczenia usługi nadzoru był dłuższy, nie odpowiadał okresowi realizacji robót. Generalnie odwołujący stwierdza (pkt 70 Odwołania), że „z opisu warunki udziału w postępowaniu wynikało, że to okres świadczenia usługi nadzoru, a nie okres wykonywania robót budowlanych, dla których usługa była świadczona, będzie tym elementem, który będzie stanowił przedmiot badania i oceny przez Zamawiającego. W związku z tym odwołujący przyjął, że terminem, którym należy uznać, że Ayesa zakończyła świadczenie usługi nadzoru nad wykonywaniem robót budowlanych jest data 24 lipca 2019 r.

Nadzór inwestycji trwał bowiem również po zakończeniu robót, a zamawiający bezpodstawnie przyjął tę datę (zakończenia robót) jako datę graniczną dla oceny doświadczenia Ayesa.”.

Ponadto odwołujący twierdzi, że usługa nadzoru nad wszystkimi zadaniami rozpoczęła się w dniu 12.03.2015 r. i trwała przez kolejnych 96 miesięcy, a w tym czasie inwestor dokonywał sukcesywnego odbioru robót drogowych w ramach zadania i to tylko dla tych zakresów załączono protokoły odbiorów końcowych, natomiast do wykazu usług nie załączono dokumentów dotyczących odbioru robót dla obiektów mostowych.

Przystępujący wskazał, co następuje.

Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, określenie przez zamawiającego warunków udziału w danym postępowaniu ma na celu cenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, tak aby zminimalizować ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Określając warunki udziału w postępowaniu zamawiający zawsze zobowiązany jest przestrzegać zasad wynikających z art. 16 Prawa zamówień publicznych, tj. zasady przejrzystości, proporcjonalności i równego traktowania wykonawców. Należy podkreślić, że warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności literalnej wykładni, która polega na ustalaniu znaczenia tekstu przez odwołanie się do kontekstu językowego terminów, zwrotów czy wyrażań zawartych w SWZ. Innymi słowy, ocena wymagań określonych przez zamawiającego w SWZ dokonywana jest poprzez ustalenie językowego znaczenia, sensu postanowień opisujących warunki udziału w postępowaniu. Dla zrozumienia czego wymaga zamawiający wystarczającą jest znajomość reguł sensu języka. Z przytoczonego powyżej warunku udziału w postępowaniu, jasno wynika, jakie zdarzenia należy traktować jako zakończenie (wykonanie) realizacji usługi nadzoru. Wyliczenie zastosowane przez zamawiającego jest jasne i konkretne. Tam gdzie, dla nadzorowanych

robót nie wystawiano Świadczenia Przejęcia z subklauzuli 10.1 WK FIDIC, jako moment wykonania usługi nadzoru nad danym zakresem, należy przyjąć podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu. Fakt, że dana umowa na usługę nadzoru jest realizowana po tym terminie nie ma - w kontekście wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu - żadnego znaczenia.

Określenie „doprowadzenie co najmniej do”, na które powołuje się odwołujący, ma zastosowanie wyłącznie do przypadków, w których wystawiano Świadczenie Przejęcia. Takie rozumienie omawianego warunku wymuszają reguły gramatyki języka polskiego i zasady logiki, gdyż brzmi on następująco: „Jako wykonanie usługi należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadczenia Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadczenia Przejęcia)”

Przystępujący podkreślił, że twierdzenia odwołującego są niekonsekwentne i niewiarygodne.

Łączna analiza przekazanych: wykazu usług oraz końcowych protokołów odbiorów robót potwierdza, że odwołujący od początku rozumiał termin wykonania usługi nadzoru w sposób przedstawiony przez przystępującego jako jedyny możliwy do przyjęcia na gruncie literalnego brzmienia warunku udziału w postępowaniu, a jedynie na potrzeby odwołania kreuje nową jego wykładnię warunku i sugeruje jego inne znaczenie.

Przykładowo w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1.b) SWZ-IDW, czyli dla obiektu mostowego, odwołujący oświadczył: a) W kol. 4 [Pełnienie nadzoru nad realizacją zadania* (należy podać nazwę zadania)]:

„Pełnienie usług konsultacyjnych jako Inżynier Nadzoru Inwestorskiego dla budowy drogi ekspresowej z kontrolowanym dostępem z Agra do Lucknow (inwestycja typu Green Field) w formie umowy EPC”. Usługa obejmowała pełnienie nadzoru inwestorskiego nad budową m.in. następujących obiektów mostowych:

- Mostu nad rzeką Jamuna (km 34+936) o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej

obiektu 515m

- Mostu nad rzeką Ganqes w km 219+382 o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej

obiektu 750m

Projekt jest obecnie w fazie utrzymania i eksploatacji.

Roboty budowlane zostały zakończone zgodnie z załączonymi do wykazu usług Kończącymi Protokołami Odbioru Robót.”.

- b) W kol. 6 [Data wystawienia Świadczenia Przejęcia lub podpisania końcowego Protokołu

odbioru robót lub równoważnego dokumentu lub zakończenia realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru, jeżeli zakończenie realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru nastąpiło wcześniej niż wystawienie Świadczenia Przejęcia, podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (dzień/miesiąc/rok) ****

Gdzie symbol **** oznacza

„Należy wskazać nazwę dokumentu oraz datę jego wystawienia.

Jako wykonanie usługi należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadczenia Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadczenia Przejęcia) lub zakończenia realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru jeżeli zakończenie realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru nastąpiło wcześniej niż wystawienie Świadczenia Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadczenia Przejęcia)];

„Zadanie obejmowało Pełnienie nadzoru nad budową 5 odcinków drogi ekspresowej. Poniżej tabela zawierająca datę podpisania Kończącego Protokołu Odbioru Robót dla każdego z odcinków:

Kilometraż Data podpisania Kończącego Protokołu Odbioru Robót dla każdego z odcinków

- | | | |
|---|-----------------|------------|
| 1 | -2+634-53+500 | 23.10.2018 |
| 2 | 53+500-115+500 | 07.12.2018 |
| 3 | 115+500-172+500 | 01.11.2018 |
| 4 | 172+500-236+500 | 30.04.2018 |

Powyższe oznacza, że od momentu dokonania końcowego odbioru robót danego odcinka, odwołujący przestawał świadczyć usługę nadzoru nad objętym tym odbiorem zakresem.

Dowód: wykaz usług oraz końcowe protokoły odbiorów robót – odpowiedź odwołującego na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy – załącznik do protokołu postępowania – załącznik do pisma

Ponadto, w zakresie twierdzeń dotyczących przedstawienia końcowych protokołów odbiorów robót, które miałyby dotyczyć tylko robót drogowych, nie zaś robót mostowych, przystępujący zaznaczył, że wszystkie protokoły potwierdzają, że przeprowadzone w celu ustalenia zgodności projektu drogi ekspresowej z postanowieniami umowy zostały przeprowadzone pomyślnie, a projekt drogi ekspresowej może być bezpiecznie i niezawodnie oddany do użytku jego Użytkowników. Co nakazuje przyjąć, że:

- a) załączone końcowe protokoły odbioru robót odnoszą się do całości prac na danym

odcinku, nie zaś do jednej branży – potwierdzają bowiem, że projekt, a zatem całe przedsięwzięcie, drogi ekspresowej może być bezpiecznie i niezawodnie oddany do użytku;

- b) cały objęty danym protokołem odcinek, w tym obiekty mostowe, zostały odebrane

najpóźniej w dacie protokołu końcowego. Nie ma bowiem technicznej możliwości dokonania końcowego (a zatem potwierdzającego wykonanie wszystkich robót na danym odcinku) odbioru drogi ekspresowej, jeśli nie został ukończony obiekt inżynierski, po którym dana droga jest poprowadzona.

Nawet gdyby – czego przystępujący nie czyni – uznać twierdzenia odwołującego dotyczące terminu wykonania usługi za zasadne, to przystępujący podkreślił, że kompletnie niezrozumiałe jest twierdzenie odwołującego, że w przypadku usługi nadzoru nad obiektami mostowymi jako datę wykonania usługi należy przyjąć dzień 24.07.2019 r., skoro z

przekazanych referencji wystawionych w dniu 11.06.2019 r., wynika, że:

- a) świadczenie usług rozpoczęło w dniu 12.03.2015 r., usługi doradcze trwają 96 miesięcy

(czyli należy założyć do 12.03.2023 r.), z czego 36 miesięcy w okresie budowy (czyli należy założyć do 12.03.2018 r.)

- b) w dacie wystawienia referencji, czyli w dniu 11.06.2019 r., projekt był w fazie utrzymania i eksploatacji,

- c) pobieranie opłat drogowych rozpoczęło się o północy 19.01.2018 r.

Podkreślił również, że przyjęcie daty 24.07.2019 r. oznacza, że odwołujący nie potwierdził należytego wykonania usługi, bowiem dokument referencji, został wystawiony przed tą datą, a końcowe protokoły odbioru robót odnoszą się tylko do prawidłowego wykonania robót budowlanych, nie zaś realizacji usługi nadzoru.

Zamawiający prawidłowo – zgodnie ze znanym od momentu ogłoszenia postępowania – brzmieniem warunku udziału w postępowaniu dokonał oceny jego spełnienia przez odwołującego. Zarzut odwołującego jest pozbawiony podstaw faktycznych i prawnych.

W przedmiotowym stanie faktycznym nie budzi wątpliwości, że samodzielnie dokonał zmiany podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie odnoszącym się do zdolności technicznej lub zawodowej (z EM-Technik sp. z o.o. na Ayesa). Do pisma z 09.05.2024 r. załączył zobowiązanie Ayesa, JEDZ, w którym oświadczył, iż spełnia kryteria kwalifikacji. Nie budzi tym samym wątpliwości, że zamiarem odwołującego było dokonanie zmiany podmiotu udostępniającego zasoby wskazanego w ofercie na inny podmiot, celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim deklarował to w ofercie i że odwołujący dokonał tej zmiany samodzielnie.

Przystępujący zaznaczył, że dokonanie opisanej zmiany jest możliwe w świetle przepisów ustawy. Zmiana taka następuje najczęściej w przypadku określonym w art. 122 ustawy, na żądanie zamawiającego, w którym zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym nie zawierając zakazu samodzielnego podejmowania przez wykonawcę inicjatywy w zakresie składania dokumentów nawet bez wspomnianego wezwania. Dlatego, co do zasady, samodzielne złożenie zamawiającemu przez wykonawcę nowych dokumentów powinno być respektowane przez zamawiającego i zamawiający powinien brać nowe dokumenty pod uwagę w trakcie oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania ofert. Tak też – prawidłowo - zachował się zamawiający w przedmiotowym przypadku.

Jak potwierdza liczne orzecznictwo KIO2, problematyka dotycząca możliwości samodzielnego uzupełniania dokumentów ma charakter złożony, a zmiana podmiotu udostępniającego zasoby możliwa jest zasadniczo na wezwanie zamawiającego, to jednak przepisy ustawy nie zawierają zakazu samodzielnego podejmowania przez wykonawcę inicjatywy w zakresie składania dokumentów nawet bez wspomnianego wezwania. Dlatego, co do zasady, samodzielne złożenie zamawiającemu przez wykonawcę nowych dokumentów powinno być respektowane przez zamawiającego i zamawiający powinien brać nowe dokumenty pod uwagę w trakcie oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania ofert. Tak też – prawidłowo - zachował się zamawiający w przedmiotowym przypadku.

Przystępujący podkreślił, że powyższe niesie za sobą konsekwencje w postaci braku możliwości wezwania odwołującego do uzupełnienia samodzielnie złożonych dokumentów i oświadczeń, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy. Nie

budzi bowiem wątpliwości, że procedura wezwania wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 ustawy, ma charakter jednokrotny. To ma związek z funkcjonującą na gruncie przepisów ustawy zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie można bowiem dopuścić do sytuacji, w której zamawiający decydowałby samodzielnie ile razy dać poszczególnym wykonawcom szansę na uzupełnienie dokumentów lub uzupełnienie braków (zob. Wyrok KIO z 18.02.2022 r., KIO 282/22).

Przystępujący wskazał, że przytoczyć stanowisko przedstawione przez Urząd Zamówień Publicznych w opinii dotyczącej relacji art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, która pozostaje aktualna po wejściu w życie ustawy, gdyż art. 22a ust. 6 i art. 26 ust. 3 ustawy z 2004 r. odpowiadają treści przepisów art. 122 i art. 128 ust. 1 ustawy. Urząd zwrócił uwagę między innymi, że przepis art. 22a ust. 6 ustawy nie dubluje zasady dotyczącej uzupełniania dokumentów z art. 26 ust. 3 ustawy, nie ingeruje w nią i nie stanowi odrębnej regulacji względem tej zasady. Przepis art. 22a ust. 6 ustawy - nie stanowi zatem także o możliwości dalszego badania zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, ponad to na co przyzwala art. 26 ust. 3 ustawy (reguła jednokrotnego wezwania). Prawidłowo zatem zamawiający, dokonał w analizowanym stanie faktycznym odrzucenia oferty odwołującego, gdyż okoliczność, że odwołujący samodzielnie dokonał zmiany podmiotu udostępniającego zasoby powoduje, że wyczerpana została w tym przypadku procedura, umożliwiająca uzupełnienie dokumentów i oświadczeń dla podmiotu trzeciego. Przyjęcie innego stanowiska oznaczałoby, że odwołujący mógłby dowolną ilość razy dokonywać zmiany takiego podmiotu. Jeśli dokumenty przedkładane dla tego podmiotu byłyby niekompletne czy zawierały błędy, zamawiający musiałby wzywać takiego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy, co przeczyłoby zasadzie jednokrotnego wezwania.

Powyższe prowadzi przystępującego do jednoznacznej konkluzji, że odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1. SWZ-IDW nie został wykazany, co powinno prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy, odwołanie podlega uwzględnieniu wówczas, gdy naruszenie zamawiającego ma charakter naruszenia kwalifikowanego, czyli takiego, które wpływa na wynik postępowania: Wyroki KIO z dnia: 17.08.2017 r., KIO 1597/17; 07.07.2017 r., KIO 1316/17, 17.03.2021 r. KIO 505/21, 31.01.2020 r. KIO 91/20.

W świetle przywołanego przepisu warunkiem uwzględnienia odwołania jest potwierdzenie zasadności zarzutów wobec czynności lub zaniechań zamawiającego oraz jest stwierdzenie, że naruszenie to ma lub miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ, oferty odwołującego, wezwania z dnia 6 maja 2024 r., udzielonej w dniu 9 maja 2024 r. odpowiedzi wraz z załącznikami, wezwania z dnia 13 maja 2024 r. i odpowiedzi udzielonej w dniu 16 maja 2024 r., wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 18 czerwca 2024 r. i odpowiedzi udzielonej w dniu 26 czerwca 2024 r., wezwania z dnia 8 lipca 2024 r. i odpowiedzi udzielonej w dniu 12 lipca 2024 r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, dowodów dołączonych do odwołania.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

8. Warunki udziału w postępowaniu
- 8.2.4. zdolności technicznej lub zawodowej:
1. dotyczącej Wykonawcy:

Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności 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 jednojezdniowej o wartości robót co najmniej 59 500 000,00 PLN netto
- b) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I,
- c) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonych pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu, d) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m.

Uwagi:

Każde wykazane zadanie może jednocześnie potwierdzać spełnianie kilku z powyższych warunków.

Za usługę polegającą na pełnieniu nadzoru nad realizacją zadania Zamawiający uzna usługę polegającą na zarządzaniu, pełnieniu kontroli i nadzoru inwestorskiego oraz współpracy ze służbami zamawiającego w zakresie sprawozdawczości.

Za drogę Zamawiający uzna drogę w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tj. Dz.U. z 2022r., poz. 1693 ze zm.). Za ulicę Zamawiający uzna ulicę w rozumieniu rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 24 czerwca 2022 r., w sprawie przepisów technicznobudowlanych dotyczących dróg publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz.

1518), wydanego na podstawie art. 7 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku prawo budowlane (Dz. U. z 2021 r. poz. 2351, z 2022 r. poz. 88).

Za drogę lub ulicę Zamawiający uzna również drogę lub ulicę w rozumieniu uprzednio obowiązującego brzmienia ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z

2020 poz. 470 ze zm.).

Za obiekt mostowy Zamawiający uzna obiekt mostowy w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r., poz. 1693 ze zm.).

Za obiekt mostowy Zamawiający uzna również obiekt mostowy w rozumieniu uprzednio obowiązującego rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz.U. z 2000 nr 63 poz. 735 ze zm.).

Jako wykonanie usługi należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadcstwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 9 Warunków Kontraktu dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadcstwa Przejęcia) lub zakończenia realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru jeżeli zakończenie realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru nastąpiło wcześniej niż wystawienie Świadcstwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadcstwa Przejęcia).

Wartości podane w dokumentach potwierdzających spełnienie warunku w walutach innych niż wskazane przez Zamawiającego należy przeliczyć według średniego kursu NBP na dzień wystawienia Świadcstwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC) lub na dzień podpisania końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadcstwa Przejęcia) lub na dzień zakończenia realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru.

8.3. W odniesieniu do warunków dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z Wykonawców, którzy wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. 10. Podmiotowe środki dowodowe

10.8. W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu Wykonawca składa:

c) wykaz usług wykonanych w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należyście, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy;

Okres 5 lat, o którym mowa powyżej liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert.

11. Udostępnienie zasobów

11.1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych, z zastrzeżeniem postanowień pkt. 6.5. IDW.

11.2. W odniesieniu do warunków dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

11.3. 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.

11.4. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w pkt. 11.3 IDW, potwierdza, że stosunek łączący Wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

- 1) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
- 2) sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
- 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia,

zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

11.5. Zamawiający ocenia, czy udostępniane Wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności zawodowej, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem Wykonawcy.

11.6. Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, odpowiada solidarnie z Wykonawcą, który polega na jego sytuacji finansowej lub ekonomicznej, za szkodę poniesioną przez Zamawiającego powstałą w skutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów podmiot ten nie ponosi winy.

11.7. Jeżeli zdolności zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w

postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, Zamawiający zażąda, aby Wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego:

- a) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo
- b) wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

11.8. Wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

11.9. 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.

Oświadczenia podmiotów udostępniających zasoby składane na formularzu JEDZ powinny mieć formę elektroniczną (tj. podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez każdy z tych podmiotów). Należy je przesyłać zgodnie z zasadami określonymi w pkt. 14 IDW. W zakresie „części IV Kryteria kwalifikacji” JEDZ podmiot udostępniający zasoby przedstawia oświadczenie w zakresie zdolności udostępnianych Wykonawcy.

Podmiot udostępniający zasoby może ograniczyć się do wypełnienia sekcji .

W takim przypadku ogólne oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby będzie interpretowane jedynie w zakresie udostępnianych zdolności.

11.10. Na wezwanie Zamawiającego Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp, zobowiązany jest do przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w pkt. 10.6. lit. a) oraz c)-f) IDW potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy do wykluczenia z postępowania. Do podmiotów udostępniających zasoby stosuje się odpowiednio postanowienia pkt. 10.7.1. - 10.7.3. IDW. 12. Podwykonawstwo

12.1. Wykonawca może powierzyć podwykonawcy wykonanie części zamówienia.

12.2. Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

- a) jest zobowiązany wypełnić część II sekcja D jednolitego dokumentu, w tym, o ile jest to wiadome, podać firmy podwykonawców;
- b) nie jest zobowiązany do przedstawienia dla każdego podwykonawcy informacji wymaganych w części II Sekcja A i B oraz części III jednolitego dokumentu.
- c) jest zobowiązany wskazać w Ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza

powierzyć podwykonawcom.

12.3. Pozostałe wymagania dotyczące podwykonawstwa zostały określone w Tomie II SWZ.

21. Kryteria oceny ofert

21.1. Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie następujące kryteria oceny ofert:

Cena – 60% = 60 pkt

Jakość – 26% = 26 pkt

Doświadczenie personelu Konsultanta – 14% = 14 pkt

Badaniu w kryteriach oceny ofert podlegać będą oferty niepodlegające odrzuceniu.

21.1.3. Kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta”.

21.1.3.1. W ramach kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta” punkty zostaną przyznane w skali punktowej od 0 do 14 punktów, na podstawie Oferty Wykonawcy - Formularz „Kryteria pozacenowe” (Formularz 2.2).

Formularz „Kryteria pozacenowe” stanowi przykładowy sposób opracowania.

W przypadku korzystania przez Wykonawcę z tego formularza wymagane jest złożenie podpisu na końcu dokumentu. Niezłożenie Formularza „Kryteria pozacenowe” skutkować będzie przyznaniem 0 punktów w kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta”.

21.1.3.2. Opis podkryteriów i sposobu przyznawania punktów:

Podkryterium 2.1 Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej – max. ilość punktów – 7.

Doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 59 500 000,00 PLN netto, w okresie minimum 12 miesięcy w ramach 1 zadania liczoną wstecz od daty wystawienia Świadczenia Przejęcia i obejmującym datę wystawienia Świadczenia Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu dla zadań realizowanych w oparciu o FIDIC) lub podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zadań, dla których nie wystawia się Świadczenia Przejęcia) na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych lub

Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta.

- Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 2 punkty.
- Za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 5 punktów.
- Za 1 zadanie potwierdzające wszystkie powyższe wymagania w okresie minimum 18 miesięcy, Wykonawca otrzyma 7 punktów.
- Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.
- Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.

Podkryterium 2.2 Główny Specjalista ds. rozliczeń – max. ilość punktów – 7.

Doświadczenie przy rozliczaniu zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont Obiektu Budowlanego zgodnie z poniższą definicją o wartości robót co najmniej 59 500 000,00 PLN netto, w okresie minimum 12 miesięcy w ramach 1 zadania liczoną wstecz od daty wystawienia Świadczenia Przejęcia i obejmującym datę wystawienia Świadczenia Przejęcia (wydanego zgodnie z subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu dla zadań realizowanych w oparciu o FIDIC) lub podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zadań, dla których nie wystawia się Świadczenia Przejęcia) na stanowisku/stanowiskach ds. rozliczeń:

- Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 2 punkty.
- Za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 5 punktów.
- Za 1 zadanie potwierdzające wszystkie powyższe wymagania w okresie minimum 18 miesięcy, Wykonawca otrzyma 7 punktów.
- Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.
- Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.

Obiekt Budowlany – należy przez to rozumieć budynek, budowlę, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych:

- przy czym przez budynek należy przez to rozumieć taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach;
- budowlę należy przez to rozumieć każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem jak: obiekty liniowe, lotniska,

mosty, wiadukty, estakady, tunele, sieci techniczne, budowle ziemne, obronne, ochronne, hydrotechniczne, zbiorniki, wolno stojące instalacje przemysłowe lub urządzenia techniczne, oczyszczalnie ścieków, składowiska odpadów, stacje uzdatniania wody, konstrukcje oporowe, budowle sportowe, elektrownie;

obiekt liniowy – należy przez to rozumieć obiekt budowlany, którego charakterystycznym parametrem jest długość, w szczególności droga wraz ze zjazdami, linia kolejowa, wodociąg, kanał, gazociąg, ciepłociąg, rurociąg, linia i trakcja elektroenergetyczna, linia kablowa nadziemna i umieszczona bezpośrednio w ziemi, podziemna, wał przeciwpowodziowy oraz kanalizacja kablowa.

Wykonawca w ramach kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta” może wskazać tylko

jedną osobę na stanowiska wskazane w podkryterium od 2.1. –do 2.2. W przypadku, gdy Wykonawca wskaże więcej niż 1 osobę do pełnienia danej funkcji, Zamawiający oceniać będzie jedynie tę osobę, która została wskazana jako pierwsza w kolejności.

Oferta odwołującego:

ZOBOWIĄZANIE do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia

EM-TECHNIK Sp. z o.o. zobowiązało się do oddania ww. zasobów na potrzeby realizacji zamówienia:

zdolności techniczne lub zawodowe

zdolności finansowe lub ekonomiczne

do dyspozycji odwołującego oraz oświadczył

- a) udostępniam Wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie:
 - zdolność techniczna lub zawodowa, o której mowa w pkt 8.2.4.1. a), b), c) i d)
 - zdolność ekonomiczna lub finansowa, o której mowa w pkt 8.2.3. a) i b)
- b) sposób i okres udostępnienia oraz wykorzystania ww. zasobów będzie następujący: Powyższe zasoby zostaną udostępnione na cały okres realizacji ww. zamówienia.

Zasoby zostaną wykorzystane jako:

- udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy poprzez faktyczne wykonanie części usług w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi,
 - udzielanie stałego wsparcia merytorycznego na rzecz Wykonawcy podczas całego okresu realizacji zamówienia,
 - wydawanie opinii,
 - stałe doradztwo dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia,
 - udzielanie konsultacji,
 - delegowanie pozostałych pracowników posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie,
 - udzielenie wsparcia finansowego na potrzeby realizacji zamówienia, w tym w szczególności poprzez przejęcie spłaty bieżących zobowiązań finansowych, udzielanie pożyczek, w razie konieczności przejęcie długu Wykonawcy
- c) zrealizuje usługi, których ww. zasoby (zdolności) dotyczą, w zakresie:

Podwykonawstwo w ww. zakresie, których wskazane zdolności dotyczą –świadczenie usługi nadzoru nad robotami budowlanymi

(Pkt c) odnosi się do warunków udziału w postępowaniu dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia.)

Zobowiązując się do udostępnienia zasobów, odpowiadam solidarnie z ww. Wykonawcą, który polega na mojej sytuacji finansowej lub ekonomicznej, za szkodę poniesioną przez Zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za

nieudostępnienie zasobów nie ponoszę winy.

W dniu 6 maja 2024 r. zamawiający wezwał odwołującego wskazując:

Wykonawca wraz z ofertą złożył Zobowiązanie EM-TECHNIK Sp. z o.o. do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia.

EM-TECHNIK Sp. z o.o. zobowiązał się do oddania PROKOM Consulting Sp. z o.o. między innymi zdolność techniczną lub zawodową, o której mowa w pkt 8.2.4.1. a), b), c) i d).

W zobowiązaniu tym podmiot udostępniający zasoby wskazał że, „(...) Zasoby zostaną wykorzystane jako:

- udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy poprzez faktyczne wykonanie części usług w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi,
- udzielanie stałego wsparcia merytorycznego na rzecz Wykonawcy podczas całego okresu realizacji zamówienia, - wydawanie opinii,
- stałe doradztwo dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia,
- udzielanie konsultacji,
- delegowanie pozostałych pracowników posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie(...).”.

Zamawiający oczekiwał wyjaśnienia:

- jaki będzie szczegółowy zakres udziału w realizacji przedmiotu zamówienia podmiotu udostępniającego zasoby tj. EM-TECHNIK Sp. z o.o.?
- jakie usługi nadzoru i zarządzania będzie pełnił podmiot udostępniający zasoby tj. EM-TECHNIK Sp. z o.o.?
- na czym będzie polegało udzielanie stałego wsparcia merytorycznego na rzecz Wykonawcy, wydawanie opinii, stałe doradztwo oraz udzielanie konsultacji?
- jaki będzie szczegółowy zakres delegowania pozostałych pracowników?

Wyjaśnienia należy złożyć w terminie do dnia 09-05-2024 r.

W dniu 9 maja 2024 r. odwołujący odpowiadając na wezwanie wskazał:

Zmiana podmiotu trzeciego EM-Technik Sp. z o.o. na Ayesa Ingeniería y Arquitectura S.A. w zakresie zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia określonych w pkt 8.2.4.1. a), b), c) i d) SWZ

Wykonawca dołączył do oferty zobowiązanie EM-Technik Sp. z o.o. do użyczenia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia w celu wykazania spełnienia powyższego warunku udziału w Postępowaniu. Przedmiotem użyczenia miało być doświadczenie w realizacji usługi pn. „Pełnienie nadzoru nad realizacją budowy obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami

obiektu wykonanego w ramach zadania pn.: „Rozbudowa i przebudowa DK 94 w Sosnowcu -Etap I Rozbudowa skrzyżowania DK 94 z ul. Długosza” (dalej jako: "Usługa").

Usługa nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.4.2.1 SWZ.

Wykonawca równolegle do tego postępowania złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego pn. "Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Rozbudowa drogi krajowej nr 94 na odcinku w Olkuszu" (dalej jako: "Postępowanie Olkusz"). W tym postępowaniu oferta Wykonawcy została wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

W Postępowaniu Olkusz Wykonawca, identycznie jak w tym postępowaniu, dołączył do oferty zobowiązanie EM-Technik Sp. z o.o., w którym EM-Technik Sp. z o.o. zobowiązał się do użyczenia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W obu postępowaniach przedmiotem użyczenia była wiedza i doświadczenie nabyte w ramach Usługi. Warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 8.2.4.1 SWZ w obu postępowaniach był taki sam.

Innymi słowy – w obu postępowaniach Wykonawca oświadczył, że będzie polegał na zasobach EM-Technik Sp. z o.o. w postaci doświadczenia w realizacji tego samego zamówienia.

Od decyzji wyboru oferty wykonawcy w postępowaniu Olkusz konsorcjum ARCUS Sp. z o.o. oraz Firma Inżynierska ARCUS Sp. z o.o. Sp. k. w dniu 1 lutego 2024 r. złożyło odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej.

Konsorcjum w odwołaniu podnosiło, że Wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp ponieważ firma EM-Technik Sp. z o.o. nie była wykonawcą realizującym usługę nadzoru.

Izba wyrokiem z dnia 21 lutego 2024 r. w sprawie KIO 352/24 (dalej jako: "Wyrok") oddaliła odwołanie Konsorcjum wskazując, że działanie Wykonawcy nie nosi znamion wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Wykonawca na rozprawie przez Izbę wykazał bowiem, że firma EM-Technik Sp. z o.o., brała czynnie udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca, co wynika z przedstawionych przez Wykonawcę dowodów w sprawie.

Niemniej jednak Izba w Wyroku wskazała, że doświadczenie EM-Technik Sp. z o.o. nie spełnia wymagań określonych w

pkt 8.4.2.1 SWZ. Izba uznała, że co prawda ani wobec Wykonawcy ani EM-Technik Sp. z o.o., nie zachodzi podstawa do uznania, że Zamawiający został wprowadzony w błąd i nie ma przesłanek do wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp to z analizy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że zakres prac realizowanych w ramach Usługi nie spełnia wszystkich parametrów i wymagań określonych w pkt 8.2.4.1 SWZ.

Podsumowując powyższe Izba w wyroku stwierdziła, że wykonawca nie wprowadził Zamawiającego w błąd powołując się i przedstawiając w Wykazie usług doświadczenie EM-Technik nabyte w ramach realizacji Usługi. Izba wskazała jednakże, że doświadczenie nabyte

przy realizacji Usługi nie potwierdza spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 SWZ. Okoliczność ta nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp a kreuje po stronie Zamawiającego przesłankę wezwania Wykonawcy w trybie art. 122 ustawy Pzp do zmiany podmiotu trzeciego na inny.

Wykonawca wskazał, że w tym stanie faktycznym nie doszło nawet do hipotetycznego wprowadzenia zamawiającego w błąd, gdyż wykonawca nie został jeszcze wezwany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, w tym Wykazu usług, w którym miał znaleźć się opis Usługi. To pismo stanowi wyraz podjęcia przez wykonawcę działania celem zapobiegnięcia sytuacji, w której przedstawiane dokumenty mogłyby nawet potencjalnie wywołać u zamawiającego mylne przeświadczenie o istnieniu okoliczności niezgodnych z rzeczywistością.

Z uwagi na fakt, iż EM-Technik Sp. z o.o., nie legitymuje się doświadczeniem, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 SWZ zachodzi potrzeba zmiany tego podmiotu trzeciego (w tym zakresie) na inny podmiot.

W związku z faktem, iż EM-Technik Sp. z o.o., nie spełnia warunku udziału, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 SWZ wykonawca w tym zakresie dokonał na podstawie art. 122 ustawy wymiany tego podmiotu na inny podmiot – Ayesa Ingeniería y Arquitectura S.A.

W związku z dyspozycją zacytowanej powyżej regulacji Wykonawca w załączeniu do tego pisma przedkłada:

- (i) nowe zobowiązanie EM-Technik Sp. z o.o. do udostępnienia zasobów w zakresie wyłącznie zdolności ekonomicznej i finansowej;
- (ii) zobowiązanie nowego podmiotu trzeciego Ayesa Ingeniería y Arquitectura S.A. wraz z kompletem wymaganych dokumentów.

Zakres udziału podmiotów trzecich w realizacji zamówienia – wyjaśnienia w zakresie żądanym przez Zamawiającego

Odnosząc się do sformułowanych w wezwaniu z dnia 6 maja 2024 r. pytań wykonawca wskazuje, że udział EM-Technik Sp. z o.o. będzie polegał wyłącznie na wsparciu finansowym Wykonawcy podczas realizacji zamówienia polegające m.in. na pokrywaniu z własnych środków bieżących zobowiązań finansowych wykonawcy (zgodnie z treścią zobowiązania). EM-Technik Sp. z o.o. nie będzie brał bezpośrednio udziału w świadczeniu usługi nadzoru oraz zarządzania, nie będzie udzielał wsparcia merytorycznego ani delegował pracowników.

Udział Ayesa Ingeniería y Arquitectura S.A. będzie polegał na świadczeniu usługi nadzoru oraz zarządzania jako podwykonawca w zakresie branży drogowej oraz mostowej, zgodnie z zakresem udostępnionych zasobów. Pełnione przez Ayesa Ingeniería y Arquitectura S.A. usługi będą obejmować m.in.:

- a) pełnienie nadzoru nad projektowaniem, weryfikację dokumentacji projektowej, jej

kompletności, wzajemnej zgodności, weryfikacja wyników dokonania kontrolnych obliczeń w celu znalezienia ewentualnych błędów,

- b) zarządzanie, pełnienie nadzoru inwestorskiego oraz kontrolę nad realizacją robót aż do daty wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności,
- c) świadczenie usługi nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych oraz udział w Przeglądach gwarancyjnych i nadzorowania usunięcia ewentualnych usterek/wad stwierdzonych w przeglądach gwarancyjnych, w ramach zawartego Kontraktu,
- d) sprawowanie nadzoru nad pracami projektowymi i robotami w zakresie Zadań dodatkowych, niezbędnych do wykonania Projektu wynikłymi w trakcie realizacji Kontraktu - udzielonych na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wsparcie merytoryczne będzie polegać m.in. na udziale w naradach oraz spotkaniach pracowników Ayesa Ingeniería y Arquitectura S.A., którzy posiadają doświadczenie w realizacji podobnych usług i mogą wesprzeć merytorycznie pracowników Wykonawcy. Ayesa Ingeniería y Arquitectura S.A., umożliwi dostęp do posiadanych materiałów archiwalnych z zrealizowanych już zamówień, a w radzie potrzeby również przeszkoli personel Wykonawcy w zakresie zgłaszanych zagadnień związanych z problemami realizacyjnymi. Wykonawca zakłada również przedkładanie Ayesa Ingeniería y Arquitectura S.A., celem zaopiniowania projektów rekomendacji przygotowanych na rzecz Zamawiającego.

Zakłada się oddelegowanie z ramienia Ayesa Ingeniería y Arquitectura S.A., do realizacji zamówienia następujących

specjalistów:

Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności mostowej;

Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności drogowej;

Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej;

Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej (Głównego Inspektora) oraz Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej (Głównego Inspektora). Osoby te będą posiadały doświadczenie w realizacji zadań adekwatne do wymagań stawianych dla doświadczenia Wykonawcy oraz Osób w SWZ.

Udział Ayesa Inżynieria y Architectura S.A., będzie miał charakter realny oraz faktyczny.

Zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia Ayesa Inżynieria y Architectura S.A. do oddania ww. zasobów na potrzeby realizacji zamówienia:

wiedza i doświadczenie do dyspozycji odwołującego i oświadczył

- a) udostępniam Wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie:
 - zdolność techniczna lub zawodowa (wiedza i doświadczenie) o której mowa w pkt 8.2.4.1. a), b), c) i d)
- b) sposób i okres udostępnienia oraz wykorzystania ww. zasobów będzie następujący:

Powyższe zasoby zostaną udostępnione na cały okres realizacji ww. zamówienia.

Zasoby zostaną wykorzystane jako:

- udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy poprzez faktyczne wykonanie części usług w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi,
- udzielanie stałego wsparcia merytorycznego na rzecz Wykonawcy podczas całego okresu realizacji zamówienia,
- wydawanie opinii,
- stałe doradztwo dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia,
- udzielanie konsultacji,
- delegowanie pozostałych pracowników posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie c) zrealizują usługi, których ww. zasoby (zdolności) dotyczą, w zakresie:

Podwykonawstwo w ww. zakresie, których wskazane zdolności dotyczą –świadczenie usługi nadzoru nad robotami budowlanymi

(Pkt c) odnosi się do warunków udziału w postępowaniu dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia.)

Zobowiązując się do udostępnienia zasobów, odpowiadam solidarnie z ww. Wykonawcą, który polega na mojej sytuacji finansowej lub ekonomicznej, za szkodę poniesioną przez Zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponoszę winy.

W dniu 13 maja 2024 r. zamawiający wezwał odwołującego do:

- a) szczegółowe podanie jakich stanowisk (zgodnie z pkt. 2.1.1 oraz 2.1.2 OPZ) będzie dotyczyło udostępnienie personelu przez podmiot udostępniający zasoby tj. Ayesa Inżynieria y Architectura S.A. oraz wskazanie szczegółowych czynności i ich zakresu, które personel ten będzie wykonywał;
- b) wyjaśnienie czy czynności wskazane w pkt. 21 oraz 22 pisma z dnia 09.05.2024 r. będą wykonywane przez personel udostępniony przez podmiot udostępniający zasoby tj. Ayesa Inżynieria y Architectura S.A. (podany przez Wykonawcę w pkt. 23 pisma z dnia 09.05.2024 r. oraz w odpowiedzi na pytanie w pkt. a) powyżej) a w przypadku odpowiedzi przeczącej prosimy o podanie sposobu w jaki te czynności będą wykonywane;
- c) podanie szczegółowego zakresu wsparcia merytorycznego wykonywanego przez podmiot udostępniający zasoby tj. Ayesa Inżynieria y Architectura S.A.;
- d) wyjaśnienie z jakich powodów Uchwałę nr 1 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników PROKOM Consulting Sp. z o.o. z dnia 30.04.2024 r. w sprawie powołania Prezesa Zarządu podpisała jedynie Pani A. B., a nie Wspólnicy Spółki?

Wyjaśnienia należy złożyć w terminie do dnia 16-05-2024 r.

W dniu 16 maja 2024 r. odwołujący wyjaśnił:

Wykonawca informuje, co następuje:

- I. Szczegółowe podanie jakich stanowisk (zgodnie z pkt. 2.1.1 oraz 2.1.2 OPZ) będzie dotyczyło udostępnienie personelu przez podmiot udostępniający zasoby tj. Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A. oraz wskazanie szczegółowych czynności i ich zakresu, które personel ten będzie wykonywał.

Z ramienia Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A. do realizacji zamówienia zostaną oddelegowani: Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności mostowej; Główny Weryfikator dokumentacji projektowej specjalności drogowej; Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej; Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej (Głównego Inspektora) oraz Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej (Głównego Inspektora). Osoby te będą posiadały doświadczenie w realizacji zadań nie mniejsze niż wymagania stawiane dla doświadczenia Wykonawcy oraz Osób (Ekspertów i Kluczowych Ekspertów) stawiane w SWZ.

Osoby te będą realizowały czynności przypisane do właściwości poszczególnych stanowisk w OPZ oraz wynikających z przepisów obowiązującego prawa, w tym w szczególności z ustawy Prawo budowlane oraz aktów wykonawczych. Zakres obowiązków poszczególnych członków personelu będzie również wyznaczany przez przebieg realizacji inwestycji (np. konieczność wykonywania zadań nieprzewidzianych pierwotnie w OPZ z uwagi na wystąpienie zdarzeń nadzwyczajnych).

Szczegółowy zakres obowiązków zostanie określony po podpisaniu umowy o podwykonawstwo z Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A.

- II. Wyjaśnienie czy czynności wskazane w pkt. 21 oraz 22 pisma z dnia 09.05.2024 r. będą wykonywane przez personel udostępniony przez podmiot udostępniający zasoby tj. Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A. (podany przez Wykonawcę w pkt. 23 pisma z dnia 09.05.2024 r. oraz w odpowiedzi na pytanie w pkt. a) powyżej) a w przypadku odpowiedzi przeczącej prosimy o podanie sposobu w jaki te czynności będą wykonywane

Wykonawca potwierdza, że personel Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A. będzie wykonywał czynności wskazane w pkt 21 oraz pkt 22 pisma Wykonawcy z dnia 9 maja 2024 r.

- III. Podanie szczegółowego zakresu wsparcia merytorycznego wykonywanego przez podmiot udostępniający zasoby tj. Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A.

Wskazanie szczegółowego oraz precyzyjnego zakresu wsparcia merytorycznego świadczonego przez Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A. na rzecz Wykonawcy nie jest możliwe na tym etapie.

Wsparcie to będzie determinowane sposobem realizowania robót budowlanych przez Generalnego Wykonawcę oraz problemów, jakie wystąpią podczas wykonywania inwestycji. Wykonawca dotychczas korzystał ze wsparcia merytorycznego podmiotów trzecich, na których

zasobach polegał w przetargach publicznych, m.in. w następujący sposób:

- Udział w naradach oraz spotkaniach pracowników, którzy posiadają doświadczenie w realizacji podobnych usług i mogą wesprzeć merytorycznie pracowników Wykonawcy;
- Udostępnienie posiadanych materiałów archiwalnych z zrealizowanych już zamówień;
- W razie potrzeby również przeszkoli personel Wykonawcy w zakresie zgłaszanych zagadnień związanych z problemami realizacyjnymi;
- Opiniowanie projektów rekomendacji przygotowanych na rzecz Zamawiającego.

Wykonawca zakłada, że w przypadku tej usługi wsparcie merytoryczne Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A. będzie analogiczne.

Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A. jest podmiotem hiszpańskim z dużym zapleczem technicznym oraz kadrowym, który brał udział w nadzorze inwestycji o kilkukrotnie większej skali oraz stopniu skomplikowania niż przedmiotowe zamówienie. Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A. zatrudnia najlepszych specjalistów, inżynierów nadzoru oraz inspektorów w Europie oraz posiada swoje oddziały na całym świecie. Sam support takiego podmiotu stanowić będzie dla Wykonawcy nieocenione wsparcie oraz możliwość czerpania z doświadczenia bogatego spółki.

W dniu 18 czerwca 2024 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący złożył wykaz usług, w którym wskazał, że

- poz. 1 Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A. wykonała na rzecz UTTAR PRADESH EXPRESSWAYS INDUSTRIAL DEVELOPMENT AUTHORITY usługę „Pełnienie usług konsultacyjnych jako Inżynier Nadzoru Inwestorskiego dla budowy drogi ekspresowej z kontrolowanym dostępem z Agra do Lucknow (inwestycja typu Green Field) w formie umowy EPC”.

Usługa obejmowała pełnienie nadzoru inwestorskiego nad budową drogi ekspresowej Projekt jest obecnie w fazie utrzymania i eksploatacji.

Roboty budowlane zostały zakończone zgodnie z załączonymi do wykazu usług Końcowymi Protokołami Odbioru Robót.

Budowa drogi

Zadanie obejmowało Pełnienie nadzoru nad budową 5 odcinków drogi ekspresowej. Poniżej tabelka zawierająca datę podpisania Końcowego Protokołu Odbioru Robót dla każdego z odcinków: Kilometraż

Data podpisania Końcowego Protokołu Odbioru Robót dla każdego z odcinków

- | | | |
|---|-----------------|------------|
| 1 | -2+634-53+500 | 23.10.2018 |
| 2 | 53+500-115+500 | 07.12.2018 |
| 3 | 115+500-172+500 | 01.11.2018 |
| 4 | 172+500-236+500 | 30.04.2018 |
| 5 | 236+500-299+588 | 24.07.2019 |

S 6-pasmowa droga ekspresowa (2X3-pasmowa droga dwujezdniowa

Wartość robót: 9055,22 Crores rupii indyjskich

Crores=107 tj. 10 000 000

$9055,22 \times 10\,000\,000 = 90\,552\,200\,000$ rupii indyjskich

Średni kurs NBP waluty rupia indyjska na dzień wystawienia Końcowego Protokołu Odbioru Robót dla ostatniego odcinka tj. na dzień 24.07.2019 wynosił 1 rupia indyjska = 0,055401 PLN co daje kwotę 5 016 682 432,20 PLN brutto

poz. 2 ten sam projekt przy czym w zakresie obiektu wskazano - Usługa obejmowała pełnienie nadzoru inwestorskiego nad budową m.in. następujących obiektów mostowych:

- Mostu nad rzeką Jamuna (km 34+936) o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu 515m
- Mostu nad rzeką Ganqes w km 219+382 o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu 750m

Projekt jest obecnie w fazie utrzymania i eksploatacji.

Roboty budowlane zostały zakończone zgodnie z załączonymi do wykazu usług Końcowymi Protokołami Odbioru Robót.

budowę obiektu mostowego nadto wskazano 13 szt. (długość waha się od 60 m do 750 m) Most nad rzeką Jamuna (km 34+936) o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu 515m Rozpiętość 10x50 m + 1x15 m

Most nad rzeką Ganqes w km 219+382 o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu 750m Rozpiętość +15x50 m

Most nad rzeką Jamuna (km 34+936) o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu 515m Rozpiętość 10x50 m + 1x15 m

poz. 3 - poz. 3 ten sam projekt co w poz. 1 przy czym wskazano

Usługa obejmowała pełnienie nadzoru inwestorskiego nad budową m.in. następujących obiektów mostowych:

- Mostu nad rzeką Jamuna (km 34+936) o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu 515m
- Mostu nad rzeką Ganqes w km 219+382 o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu 750m

Projekt jest obecnie w fazie utrzymania i eksploatacji.

Roboty budowlane zostały zakończone zgodnie z załączonymi do wykazu usług Końcowymi Protokołami Odbioru Robót. budowę obiektu mostowego nadto wskazano 13 szt. (długość waha się od 60 m do 750 m)

Most nad rzeką Ganqes w km 219+382 o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu 750m Rozpiętość +15x50 m

Most nad rzeką Jamuna (km 34+936) o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu 515m Rozpiętość 10x50 m + 1x15 m

- Most nad rzeką Ganqes w km 219+382 o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu 750m Rozpiętość +15x50 m

Jako dowody przedstawiono referencje i protokoły odbioru robót odwołujący przedstawił te same dokumenty, które załączył do odwołania.

Odwołujący w dniu 12 lipca 2024 r. odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przedłożył umowę spółki joint venture dla projektu wskazanego w wykazie usług, z której wynika:

- (4) Każdy Członek będzie odpowiedzialny za wykonanie własnych zadań i obowiązków określonych w Projekcie Technicznym w ramach wypełniania ogólnych obowiązków Klienta. Jednakże wszyscy pracownicy zatrudnieni w ramach projektu podlegają Kierownikowi Zespołu.
- (5) Członkowie zgadzają się, że będą skutecznie wykonywać swoje obowiązki z należytą starannością, zgodnie z ogólnie przyjętymi technikami zawodowymi i zasadami etyki.
- (6) Firmy AYESA i AARVEE zobowiązują się współpracować w sposób honorowy, zgodnie z przyjętymi Praktykami Inżynierskimi oraz w najlepszym interesie Klienta, a każdy Członek będzie solidarnie odpowiedzialny wobec Klienta za wykonanie Usług. Ubezpieczenia od ryzyka i odpowiedzialności zawodowej zostaną zapewnione przez AYESA i AARVEE oddzielnie w imieniu joint venture zgodnie z zasadami podziału kosztów usług {53% dla AYESA (Partner Wiodący) i 47% dla AARVEE (Partner JV)} również zgodnie z wymogami Umowy Głównej z Klientem.

Z załącznikiem 1 zawierający podział kosztów pomiędzy Ayesa i AARVEE,

Załącznikiem A zawierającym podział na kluczowych specjalistów pomiędzy Ayesa i AARVEE ze wskazaniem okresu zaangażowania każdego ze specjalistów, wysokością wynagrodzenia specjalisty oraz określeniem kto ten koszt poniesie, czy Ayesa, czy AARVEE, kosztami transportu, kosztami podróży służbowych na miejsce budowy, wynajmu powierzchni biurowej, materiałów biurowych, mediów, komunikacji, mebli i wyposażenia biurowego, wydruku raportów i dokumentów, urządzeń pomiarowych i zespołu pomiarowego, rezerw na nieprzewidziane wydatki.

Z oceny ofert nr 3 z dnia 16 lipca 2024 r. wynika, że oferta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. c ustawy.

Dowody odwołującego:

- informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 20 sierpnia 2024 r.:

1. ZDI Sp. z o.o. Zamość cena 8 885 827,50
2. PROKOM Consulting Sp. z o.o. Sosnowiec cena 7 346 658,39 Oferta Wykonawcy została uznana za odrzuconą zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b ustawy
3. TPF Sp. z o.o. Warszawa cena 10 009 229,55 47
4. ZBMS.A. Warszawa cena 8 988 791,94 Oferta Wykonawcy została odrzucona pismem z dnia 29.03.2024 r. zgodnie z: art. 226 ust. 1 pkt 8), art. 226 ust. 1 pkt 10) oraz art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy
5. MGGP S.A. Tarnów cena 9 451 264,65 49
6. Konsorcjum: Eksametr Sp. z o.o.-Lider, Warszawa Miliarium Sp. z o.o.-Partner, Kielce cena 7 867 695,00 oferta wybrana
7. DTŚ S.A. Katowice cena 9 420 447,00
8. INKO Consulting Sp. z o.o. Kraków cena 9 964 488,30

- zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. z siedzibą w Bilbao przy Avda.Zarandoa 23, 48015 Bilbao, Hiszpania, do oddania ww. zasobów na potrzeby realizacji zamówienia:

Zdolności technicznej i zawodowej do dyspozycji Wykonawcy BBF sp. z o.o. przy wykonywaniu zamówienia pod nazwą:

Pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowę drogi krajowej S10 Szczecin – Piła” z podziałem na 3 części zamówienia oświadczam, iż:

a) udostępniam Wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie:

Dla Części nr 1:

- a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 000 000,00 PLN netto,
- b) budowy lub przebudowy 3 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I,

c) budowy lub przebudowy 2 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonych pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu,

- Dla Części nr 2:

a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy

min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 000 000,00 PLN netto,

b) budowy lub przebudowy 4 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I,

c) budowy lub przebudowy 2 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonych pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu

Dla Części nr 3:

a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 99 300 000,00 PLN netto,

b) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I,

c) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonych pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu

d) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m.

b) sposób i okres udostępnienia oraz wykorzystania ww. zasobów będzie następujący: Bezpośrednie zaangażowanie podmiotu udostępniającego zasoby poprzez bieżące wsparcie merytoryczne zespołu wykonawcy z zespołem Podmiotu Udostępniającego Zasoby mające na celu udostępnienie Wykonawcy wiedzy i doświadczenia Podmiotu Udostępniającego Zasoby nabytej podczas realizacji usługi, o której mowa w pkt. a powyżej, w szczególności przez udostępnienie wzorów pism, identyfikację obszarów problemowych i zagrożeń, przeszkolenie kluczowego personelu BBF sp. z o.o. przed przystąpieniem do realizacji zamówienia. Bieżące konsultacje udzielane personelowi BBF sp. z o.o. w trakcie realizacji zamówienia, zwłaszcza poprzez delegowanie pracownika na stanowisko Asystenta Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej: mostowej, drogowej

c) zrealizuję usługi, których ww. zasoby (zdolności) dotyczą, w zakresie: Użyczeniu będą podlegać know-how Podmiotu Udostępniającego Zasoby, nabyte podczas realizacji usługi o której mowa w pkt. a powyżej przez cały okres realizacji zamówienia, zgodnie z przyszłą umową o zamówienie publiczne. Podmiot udostępniający zasoby weźmie udział w realizacji Zamówienia jako podwykonawca w zakresie zarządzania inwestycją w zakresie wymaganym dla skutecznego przeniesienia know – how oraz nadzorowania robót budowlanych w kluczowych dla realizacji zamówienia branżach mostowej i drogowej.

(Pkt c) odnosi się do warunków udziału w postępowaniu dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia.)

Zobowiązując się do udostępnienia zasobów, odpowiadam solidarnie z ww. Wykonawcą, który polega na mojej sytuacji finansowej lub ekonomicznej, za szkodę poniesioną przez Zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponoszę winy.

Izba oceniła ten dowód w następujący sposób – dowód nie dotyczy stosunków odwołujący wykonawcę Ayesa, a więc nie świadczy o tym, czy zobowiązanie odnosiło się do

analogicznych stosunków prawnych jakie łączą odwołującego i Ayesa. Nadto Izba zauważyła, że choć w części b jest mowa o udostępnieniu wzorów pism, identyfikacji obszarów problemowych i zagrożeń, przeszkoleniu kluczowego personelu bieżących konsultacjach i delegowaniu pracownika na stanowisko Asystenta Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej: mostowej, drogowej, to jednak w literze c znajduje się zobowiązanie do nadzorowania robót budowlanych kluczowych do realizacji zamówienia w branżach mostowej i drogowej. Zatem zakres podwykonawstwa nie rodził wątpliwości. Z uwagi na brak wiedzy o przeprowadzonym postępowaniu dowód ten ma jednak znikome znaczenie dla rozstrzygnięcia, bowiem nie można ustalić treści sformułowanego warunku udziału i zbadać jego porównywalności z tym postawionym w tym postępowaniu, nie można ustalić, czy wykonawca BBF w całości polegał na doświadczeniu zawodowym podmiotu trzeciego, jak ma to miejsce w tej sprawie, a także czy zobowiązanie było przedmiotem wyjaśnień lub uzupełnień, a finalnie, czy zobowiązanie to było podstawą uznania, że BBF spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 20 sierpnia 2024 r. - wybrano wykonawcę BBF sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, na drugim miejscu znalazła się oferta MGGP

- Referencje UTTAR PRADESH EXPRESSWAYS INDUSTRIAL DEVELOPMENT AUTHORITY z 11 czerwca 2019 r.

Łączna opłata usługi konsultacyjne : 81,44 crore rupii

Całkowity koszt projektu : 9055,22 crore rupii

Udział spółki joint venture w usługach konsultacyjnych : AYESA-53% AARVEE-47% Całkowita długość drogi ekspresowej w ramach projektu : 302,222 km

Liczba pasów ruchu na głównej jezdni: 6-pasmowa droga ekspresowa (2X3-pasmowa droga dwujezdniowa) o szerokości roboczej 36 m i 8-pasmowej strukturze

Łączna długość nawierzchni elastycznej : 293,063 km

Łączna długość nawierzchni twardej : 3,236 km

Łączna długość konstrukcji : 5,923 km

Łączna liczba głównych mostów: 13 szt. (długość waha się od 60 m do 750 m)

Mosty o długości większej niż 100 m

Kilometraż 34+936 191+810 213+235 219+382 232+245

Nazwa rzeki Jamuna Ishan Ishan Ganqes Kalyani

Długość (m) 515 120 120 750 105

Rozpiętość 10x50 m +1x15 m +4x30 m +4x30 m +15x50 m 4x26,5 m

W chwili obecnej usługi firmy M/s Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A.U. we współpracy z M/s Arvee Associates Architects, Engineers & Consultants Pvt. Ltd. jako Inżynierem

Zamawiającego zostały uznane za zadowalające.

- Protokół odbioru robót z 28 października 2018

My, Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A.U jako Spółka JV z Aarvee Associates Architects Engineers & Consultants Pvt. Ltd. (Nazwa Inżyniera Nadzoru Inwestorskiego), działając jako Inżynier Nadzoru Inwestorskiego, na podstawie Umowy z 29 października 2014 r. i zgodnie z nią („Umowa”) w sprawie projektu budowy drogi ekspresowej (inwestycja typu Green Field) z kontrolowanym dostępem z Agry do Lucknow (Km -2+634 do Km 53+500) („Projekt Drogi Ekspresowej”) w zakresie prac inżynierskich, zamówień i budowy (EPC) przez PNC Infratech Limited (Nazwa Wykonawcy), niniejszym zaświadczaamy, że zgodnie z art. 12 Umowy Testy przeprowadzone w celu ustalenia zgodności projektu drogi ekspresowej z postanowieniami Umowy zostały przeprowadzone pomyślnie, i wyrażamy zadowolenie z faktu, że projekt drogi ekspresowej może być bezpiecznie i niezawodnie oddany do użytku jego Użytkowników. - protokół odbioru robót z dnia 7 grudnia 2018 r.

My, Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A.U jako Spółka JV z Aarvee Associates Architects Engineers & Consultants Pvt. Ltd. (Nazwa Inżyniera Nadzoru Inwestorskiego), działając jako Inżynier Nadzoru Inwestorskiego, na podstawie Umowy z 29 października 2014 r. i zgodnie z nią („Umowa”) w sprawie projektu budowy drogi ekspresowej (inwestycja typu Green Field) z kontrolowanym dostępem z Agry do Lucknow (Km 53+500 do Km 115+500) („Projekt Drogi Ekspresowej”) w zakresie prac inżynierskich, zamówień i budowy (EPC) przez AFCONS Infrastructure Limited (Nazwa Wykonawcy), niniejszym zaświadczaamy, że zgodnie z art. 12 Umowy Testy przeprowadzone w celu ustalenia zgodności projektu drogi ekspresowej z postanowieniami Umowy zostały przeprowadzone pomyślnie, i wyrażamy zadowolenie z faktu, że projekt drogi ekspresowej może być bezpiecznie i niezawodnie oddany do użytku jego Użytkowników.

- protokół odbioru robót z 1 listopada 2018 r.

My, Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A.U jako Spółka JV z Aarvee Associates Architects Engineers & Consultants Pvt. Ltd. (Nazwa Inżyniera Nadzoru Inwestorskiego), działając jako Inżynier Nadzoru Inwestorskiego, na podstawie Umowy z 29 października 2014 r. i zgodnie z nią („Umowa”) w sprawie projektu budowy drogi ekspresowej (inwestycja typu Green Field) z kontrolowanym dostępem z Agry do Lucknow (Km 115+500 do Km 172+500) („Projekt Drogi Ekspresowej”) w zakresie prac inżynierskich, zamówień i budowy (EPC) przez NCC Limited (Nazwa Wykonawcy), niniejszym zaświadczaamy, że zgodnie z art. 12 Umowy Testy przeprowadzone w celu ustalenia zgodności projektu drogi ekspresowej z postanowieniami Umowy zostały przeprowadzone pomyślnie, i wyrażamy zadowolenie z faktu, że projekt drogi ekspresowej może być bezpiecznie i niezawodnie oddany do użytku jego Użytkowników. - protokół odbioru robót z 30 kwietnia 2018 r.

My, Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A.U jako Spółka JV z Aarvee Associates Architects

Engineers & Consultants Pvt. Ltd. (Nazwa Inżyniera Nadzoru Inwestorskiego), działając jako Inżynier Nadzoru Inwestorskiego, na podstawie Umowy z 29 października 2014 r. i zgodnie z nią („Umowa”) w sprawie projektu budowy drogi ekspresowej (inwestycja typu Green Field) z kontrolowanym dostępem z Agry do Lucknow (Km 172+500 do Km 236+500) („Projekt Drogi Ekspresowej”) w zakresie prac inżynierskich, zamówień i budowy (EPC) przez AFCONS Infrastructure Limited (Nazwa Wykonawcy), niniejszym zaświadczaamy, że zgodnie z art. 12 Umowy Testy przeprowadzone w celu ustalenia zgodności projektu drogi ekspresowej z postanowieniami Umowy zostały przeprowadzone pomyślnie, i wyrażamy zadowolenie z faktu, że projekt drogi ekspresowej może być bezpiecznie i niezawodnie oddany do użytku jego Użytkowników

- protokół odbioru robót z 24 lipca 2019 r.

My, Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A.U jako Spółka JV z Aarvee Associates Architects Engineers & Consultants Pvt. Ltd. (Nazwa Inżyniera Nadzoru Inwestorskiego), działając jako Inżynier Nadzoru Inwestorskiego, na podstawie Umowy z 29 października 2014 r. i zgodnie z nią („Umowa”) w sprawie projektu budowy drogi ekspresowej (inwestycja typu Green Field) z kontrolowanym dostępem z Agry do Lucknow (Km 236+500 do Km 299+588) („Projekt Drogi Ekspresowej”) w zakresie prac inżynieryjnych, zamówień i budowy (EPC) przez Larsen & Toubro Limited (Nazwa Wykonawcy), niniejszym zaświadczaamy, że zgodnie z art. 12 Umowy Testy przeprowadzone w celu ustalenia zgodności projektu drogi ekspresowej z postanowieniami Umowy zostały przeprowadzone pomyślnie, i wyrażamy zadowolenie z faktu, że projekt drogi ekspresowej może być bezpiecznie i niezawodnie oddany do użytku jego Użytkowników.

Dowody odwołującego złożone na rozprawie:

- Zobowiązanie Ayesa Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością do oddania zasobów na rzecz Prokom Consulting w postępowaniu „Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Rozbudowa drogi krajowej nr 94 na odcinku w Olkusz” zakres zobowiązania tożsamy z zobowiązaniem złożonym w tym postępowaniu,
- informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 23 stycznia 2024 r. w postępowaniu „Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Rozbudowa drogi krajowej nr 94 na odcinku w Olkusz” wskazuje, że dokonano wyboru oferty Prokom Consulting,

Izba oceniając dokumenty dotyczące postępowania „Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Rozbudowa drogi krajowej nr 94 na odcinku w Olkusz” oceniła, że na ich podstawie nie można zbadać porównywalności warunku udziału w postępowaniu, ustalić, czy Prokom Consulting w całości polegał na zdolności Ayesa w zakresie doświadczenia zawodowego, jak również czy zobowiązanie było przedmiotem wyjaśnień lub

uzupełnień oraz czy finalnie służyło jako element oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, z tego też względu dokument ten ma znikome znaczenie dla rozstrzygnięcia.

- zobowiązanie Biura Inżynierskiego Via Regia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na rzecz EM-Technik w postępowaniu „Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Rozbudowa DK 74 na odcinku Gorajec-Szczebrzeszyn” – z zobowiązania wynika, że udostępniający zasób oddeleguje do realizacji zamówienia inspektora nadzoru branży drogowej oraz mostowej na podstawie umowy podwykonawczej, będzie brał udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy przez faktyczne wykonanie części usług w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi branży drogowej i mostowej, oddeleguje pozostałych pracowników posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie. W lit. c wskazano podwykonawstwo w ww. zakresie, których wskazane zdolności dotyczą – świadczenie usługi nadzoru nad robotami budowlanymi (nadzór nad robotami branży drogowej i mostowej)
- pismo zamawiającego GDDKiA Oddział Lublin z 2 sierpnia 2024 r. z którego wynika, że zamawiając nie zgłosił zastrzeżeń do przedłożonego ponownie projektu umowy podwykonawczej,
- informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu „Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Rozbudowa DK 74 na odcinku Gorajec-Szczebrzeszyn”, z której wynika, że wybrano wykonawcę EM-Technik
- umowa podwykonawcza nr 1/DK 74/2024 pomiędzy EM-Technik i Biuro Inżynierskie Via Regia, gdzie zgodnie z par. 1 ust. 2 udostępniający zasób przejął obowiązki konsultanta w zakresie nadzoru inwestorskiego w branży drogowej i mostowej, a z par. 8 ust. 2 wynika, że podmiot udostępniający zasób przejął obowiązki i uprawnienia inspektorów nadzoru inwestorskiego zgodnie z art. 25, 26 i 27 ustawy prawo budowlane w branży drogowej i mostowej. Z kolei par. 9 reguluje obowiązki podmiotu udostępniającego zasób w zakresie dokonywania odbiorów, par. 10 obowiązkowi z zakresie rozliczenia kontraktu, par. 11 w zakresie czynności podejmowanych po wystawieniu Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności.

Dokumenty dotyczące postępowania „Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Rozbudowa DK 74 na odcinku Gorajec-Szczebrzeszyn nie dotyczą stosunków prawnych łączących odwołującego i wykonawcę Ayesa, natomiast samo zobowiązanie jak również przedstawiona umowa podwykonawcza wskazują, że podmiot EM-Technik szczegółowo i jednoznacznie uregulował zakres transferu doświadczenia i wykazał, że podmiot udostępniający zasób będzie realnie uczestniczył w wykonaniu zamówienia. Dowód ten jednak ma znikome znaczenie dla rozstrzygnięcia, bo podobnie jak pozostałe dowody odwołującego nie wskazuje czy w toku badania podmiotowych środków dowodowych podlegał wyjaśnieniom lub uzupełnieniom i czy finalnie był on elementem pozytywnej oceny

spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła wykonawców Eksametr – Milium w charakterze uczestnika postępowania.

Izba uwzględniła opozycję odwołującego co do przystąpienia wykonawcy ZDI, przyznając rację odwołującemu, że oddalenie odwołania na korzyść zamawiającego, do którego wykonawca przystąpił nie zmienia sytuacji zgłaszającego

przystąpienie. Jego oferta nie będzie ofertą zwycięską i nie uzyska on zamówienia. Z tego względu Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że ZDI nie wykazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania wynikającą z art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy w związku z błędnym przyjęciem, że odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 SWZ

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby kluczowym jest ustalenie, czy zobowiązanie do udostępnienia zasobów przekazało w sposób realny zasób doświadczenia zawodowego Ayesa na rzecz odwołującego. Jeśli bowiem zostałoby ustalone, że taki realny transfer nie wynikał ze stosunku prawnego łączącego odwołującego z podmiotem udostępniającym zasób, to w sytuacji, gdy wykonawca Prokom Consulting w całości polega na zdolnościach zawodowych innego podmiotu, rozważanie, czy każdy z elementów składających się na warunek z pkt. 8.2.4.1 IDW został spełniony, jak też czy podmiotowe środki dowodowe potwierdzające należyte wykonanie zostały złożone we właściwej formie, jest wtórne wobec braku przekazania zdolności.

Izba ustaliła, że ze zobowiązania nie wynika przekazanie do wykonania zamówienia żadnych pracowników wskazanych na konkretne stanowiska w ramach personelu wykonawcy. Zobowiązanie kwituje tę kwestię krótko „delegowanie pozostałych pracowników posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie” Zobowiązanie nie precyzuje również zakresu podwykonawstwa – „udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy poprzez faktyczne wykonanie części usług w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi”

(tj. 1 lit. b) i analogicznie „podwykonawstwo w ww. zakresie, których wskazane zdolności dotyczą – świadczenie usługi nadzoru nad robotami budowlanymi” – lit. c zobowiązania.

Jedynie dodatkowo można dostrzec, że pomiędzy literą b i c też zachodzą różnice, co do zakresu podwykonawstwa w literze b wyraźnie jest mowa o części usługi nadzoru, zaś w lit. c nie zostało wskazane, czy podwykonawstwo dotyczy części czy całości usług nadzoru nad robotami budowlanymi.

Zakres zobowiązania Ayesa wyjaśnia wyłącznie odwołujący w pismach z dnia 9 maja i 16 maja 2024 r. przy czym w wyjaśnieniu z dnia 9 maja 2024 r. odwołujący wskazał, że udział Ayesa Inżynieria y Architectura spółka akcyjna będzie polegał na świadczeniu usługi nadzoru oraz zarządzania jako podwykonawca w zakresie branży drogowej i mostowej. Dalej odwołujący wskazuje, co będą obejmować usługi jako wyliczenie przykładowe literach od a do d, które wpisują się w opis przedmiotu zamówienia, jednak pod tym opisem znajduje się wskazanie, że wsparcie merytoryczne będzie polegać na wsparciu merytorycznym pracowników wykonawcy, udostępnieniu materiałów archiwalnych, przeszkoleniu i opiniowaniu.

Tym samym nie jest jednoznacznie i precyzyjnie wyjaśnione, czy Ayesa będzie świadczyć usługi na rzecz zamawiającego w branży mostowej i drogowej, czy też będzie wyłącznie doradzać zamawiającemu.

Dalej w piśmie z 9 maja 2024 r. wskazano stanowiska, do których obsadzenia Ayesa będzie delegować pracowników i będą to Główny Weryfikator dokumentacji projektowej branży drogowej, Główny Weryfikator dokumentacji projektowej branży mostowej, Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej, Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej (Głównego Inspektora) i Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej (Głównego Inspektora).

W ocenie Izby odwołujący potwierdził jednoznacznie, że te osoby wezmą udział w realizacji przedmiotowego zamówienia jako zasób udostępniony przez Ayesa. Faktycznie wśród tych osób są osoby mogące wykonywać samodzielne funkcje w budownictwie na etapie projektowania i nadzorowania dla branży mostowej wskazując na udział głównego weryfikatora dokumentacji projektowej czyli projektanta sprawdzającego i inspektora nadzoru branży mostowej – jako realizującego nadzór w tej branży.

Natomiast słusznie wskazał zamawiający na rozprawie, że tego zakresu udostępnienia nie wynika, że nastąpi faktyczne udostępnienie zasobu w zakresie nadzoru nad robotami drogowymi.

W ocenie Izby zamawiający w uzasadnieniu rozstrzygnięcia odnosił się do ogólnie do braków w personelu kluczowym wskazując dla jakich osób uznalby ich oddelegowanie za faktycznie przenoszące zasoby. Fakt, że wprost zamawiający nie napisał, że brakuje mu transferu głównego inspektora nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, jednak wskazał na znaczenie branży drogowej dla realizacji całości nadzoru oraz wskazał na braki w zakresie

Ekspertów Kluczowych, do których zaliczył w SWZ właśnie głównego inspektora nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej. Tym samym w ocenie Izby wbrew stanowisku odwołującego zamawiający nie wykroczył na rozprawie poza granice podstaw faktycznych odrzucenia.

Izba podkreśla, że sam odwołujący wskazywał na to, że dla skutecznego transferu doświadczenia zawodowego dla tego rodzaju usług jak usługi nadzoru konieczne jest co najmniej oddelegowanie pracowników w zakresie zgodnym z zakresem udostępnienia.

Wobec braku, w ocenie Izby jednoznacznego wskazania zakresu podwykonawstwa Ayesa tak w zobowiązaniu, jak i w wyjaśnieniach z dnia 9 maja 2024 r. i 16 maja 2024 r., to właśnie oddelegowanie pracowników było kluczowe dla oceny realności udostępnienia zasobu.

Izba jeszcze raz zwraca uwagę, że zobowiązanie wskazywało na podwykonawstwo nadzoru robót budowlanych bez doprecyzowania branży i to z wątpliwością co do zakresu podwykonawstwa (w całości czy części), wyjaśnienie z 9 maja 2024 r. niby precyzowało zakres i czynności, jednak w dalszej części wyjaśnień wskazywało na czynności podejmowane nie wobec zamawiającego jako podwykonawca, ale wobec odwołującego jako wsparcie merytoryczne.

Także pismo z 16 maja 2024 r. nie przesądziło jednoznacznie jak będzie wyglądał udział Ayesa,:

- w tym oddelegowanych przez niego pracowników, o czym świadczą następujące stwierdzenia „Osoby te będą realizowały czynności przypisane do właściwości poszczególnych stanowisk w OPZ oraz wynikających z przepisów obowiązującego prawa, w tym w szczególności Prawo budowlane oraz aktów wykonawczych. Zakres obowiązków poszczególnych członków personelu będzie wyznaczany przez przebieg realizacji inwestycji (...). Szczegółowy zakres obowiązków zostanie określony po podpisaniu umowy o podwykonawstwo z Ayesa (...)”.
- samego udziału Ayesa – „Wskazanie szczegółowego oraz precyzyjnego zakresu wsparcia merytorycznego świadczanego przez Ayesa (...) na rzecz Wykonawcy nie jest możliwe na tym etapie.”

Tym samym pismo to zamiast doprecyzowywać wyjaśnienia z dnia 9 maja 2024 r. wręcz wskazuje, że odwołujący sam nie wie, w jaki sposób z zasobu skorzysta.

Wreszcie w piśmie z 16 maja 2024 r. pojawia się wskazanie zakresu merytorycznego wsparcia, jednak nie jest to faktycznie merytoryczne wsparcie Ayesa, ale innych podmiotów trzecich z których odwołujący dotychczas korzystał w przetargach publicznych i odwołujący jedynie „zakłada, że w przypadku tej usługi wsparcie merytoryczne Ayesa (...) będzie analogiczne”. Te wszystkie okoliczności wskazują, że :

1. odwołujący nie wykazał transferu doświadczenia w zakresie nadzoru w branży drogowej – tu dodatkowo Izba podziela argument zamawiającego, że asystent nie jest samodzielną

funkcją w budownictwie uprawnioną i obowiązującą do sprawowania nadzoru, bo taka funkcja nie została opisana w przepisach prawa budowlanego,

2. odwołujący nie wykazał, na czym i w jakim zakresie będzie polegało podwykonawstwo Ayesa i czy to będzie podwykonawstwo, czy jedynie wsparcie merytoryczne odwołującego.

Z tego względu Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że odwołujący nie wykazał realności udostępnienia mu doświadczenia zawodowego przez Ayesa.

To z kolei powoduje, że usługa wskazana w wykazie usług nie została skutecznie przedstawiona na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tym samym rozważanie, czy potwierdzała doświadczenie nabyte w okresie ostatnich pięciu lat liczonych wstecz od upływu terminu składania ofert, stało się zbędne. Podobnie zbędne jest rozważanie, czy dokumenty na potwierdzenie należytego wykonania tej usługi zostały złożone w prawidłowej formie, bowiem brak realności udostępnienia zasobu powoduje, że wskazaną w wykazie usługę należy uznać, za niewskazaną.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 128 ust. 1 ustawy rzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 SWZ

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Rację należy przyznać zamawiającemu, że art. 122 ustawy nie jest samodzielną i osobną przesłanką do wezwania wykonawcy do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub samodzielnego wykazania spełniania warunku. Przepis ten jest jedynie wskazówką co do sposobu uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy, w sytuacji gdy wykonawca korzysta z udostępnienia zasobu, a zasób ten nie potwierdza spełniania warunku udziału. Tym samym zastosowanie art. 122 zawsze wiąże się z uzupełnieniem podmiotowego środka dowodowego w rozumieniu art. 128 ust. 1 ustawy. Odwołujący nie przeczył temu, że takie uzupełnienie podmiotowego środka dowodowego ma charakter jednokrotny.

W istocie odwołujący koncentruje się na tym z czyjej inicjatywy doszło do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego i wywodzi, że jeśli z inicjatywy wykonawcy, to zamawiający i tak ma obowiązek zastosować art. 128 ust. 1 ustawy, a jeśli z inicjatywy zamawiającego, to takie wezwanie musi być jednokrotne.

W ocenie Izby stanowisko odwołującego ma istotny błąd logiczny dlatego, że zastosowanie art. 128 ust. 1 ustawy w sytuacji samodzielnego uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego przez wykonawcę dotyczyłoby innego dokumentu, niż ten, który byłby przedmiotem uzupełnienia w przypadku wezwania kierowanego przez zamawiającego.

Wezwanie zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 w związku z art. 122 ustawy dotyczyłoby bowiem zastąpienia doświadczenia EM-Technik doświadczeniem innego podmiotu lub

własnym, natomiast wezwanie, którego oczekuje odwołujący dotyczyłoby zastąpienia doświadczenia Ayesa. Tym samym to byłyby zupełnie inne wezwania i wezwanie oczekiwane przez odwołującego dawałoby mu dwie szanse na zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby w sytuacji, gdyby zamawiający doszedł do przekonania, że udostępnione

zasoby nie potwierdzają spełnienia warunku udziału.

To godziłoby w zasadę jednokrotności uzupełniania podmiotowych środków dowodowych, którą sam odwołujący uznaje za wiążącą na gruncie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Dostrzec należy, że sam odwołujący dwukrotnie w piśmie z 9 maja 2024r. wskazał, że EM-Technik nie spełnia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 8.2.4.1 i że dokonuje jego zastąpienia w trybie art. 122 ustawy podmiotem Ayesa. Fakt, że nie wskazał, że traktuje tę czynność jako uzupełnienie podmiotowego środka dowodowego w rozumieniu art. 128 ust. 1 ustawy nie oznacza, że faktycznie nie poddał się procedurze uzupełnienia dokumentu, skoro zastąpił jeden podmiot trzeci innym.

Z tego względu Izba przyznaje rację zamawiającemu i w pełni podziela wywody poczynione w powołanym przez zamawiającego orzecznictwie Izby wydanym na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy. Izba w całości podziela i przyjmuje za własne stanowisko wyrażone w wyrokach KIO 282/22, KIO 2719/23 i KIO 2380/24. Z tego względu Izba nie uznała, że zamawiający zaniechał zastosowania art. 128 ust.1 ustawy, jak również oceniła, że zamawiający prawidłowo zastosował art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 16 pkt 1) ustawy przez zaniechanie czynności prowadzenia postępowania w sposób zgodny z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

Zarzut w ocenie Izby jest zarzutem wynikowym zależnym od uwzględnienia któregośkolwiek z zarzutów go poprzedzających. Skoro Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego co do niezgodnego z ustawą odrzucenia jego oferty, ani nie uznała zasadności zarzutu zaniechania uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, to należało uznać, że odrzucenie oferty odwołującego było zgodnie z ustawą i nie naruszało zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem 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) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt. 1 cyt. rozporządzenia zaliczając w poczet kosztów koszty wpisu i koszty wydatków pełnomocnika odwołującego i zamawiającego. Przy czym Izba zaliczyła wydatki pełnomocników w maksymalnej wysokości dopuszczanej przez rozporządzenie tj. 3 600zł.

Wobec faktu, że żaden z postawionych przez odwołującego zarzutów odwołania nie potwierdził się to kosztami należało obciążyć w całości odwołującego i zaliczyć na poczet postępowania odwoławczego koszty uiszczonego wpisu oraz nakazać odwołującemu zwrot wydatków pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600zł.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....