

WYROK

Warszawa, dnia 24 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2024 r. przez wykonawcę PRE-FABRYKAT sp. z o.o. w Miłkowie w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Wałbrzych przy udziale uczestnika zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego, wykonawcy Grupa TWS sp. z o.o. w Wałbrzychu

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w części co do zarzutu z pkt I.1 lit. b), tj. w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych oraz z pkt I.3 odwołania, tj. w zakresie naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu:

1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

1.2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Grupa TWS sp. z o.o. w Wałbrzychu, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia poprawionego Wykazu osób (załącznik nr 5 do SWZ) w zakresie dotyczącym spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do wykazania, że wykonawca ten dysponuje lub będzie dysponować osobami, o których mowa w Rozdziale V pkt 4 ppkt d) lit. C pkt 1-8 Specyfikacji Warunków Zamówienia;

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie;

3. kosztami postępowania obciąża Przystępującego i Odwołującego i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Przystępującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. rozdziela koszty po połowie i zasądza od Przystępującego, Grupa TWS sp. z o.o. w Wałbrzychu na rzecz Odwołującego, PRE-FABRYKAT sp. z o.o. w Miłkowie, kwotę 3 200 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dwieście złotych zero groszy).

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 4945/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Miasto Wałbrzych prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Muzeum Wałbrzyszan – wałbrzyska wielokulturowość: adaptacja i zagospodarowanie pogórniczego budynku siłowni w zabytkowym kompleksie dawnej KWK Julia w Wałbrzychu w trybie „zaprojektuj i wybuduj”. Wewnętrzny identyfikator: BZP.271.91.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 października 2024 r., pod nr: 2024/BZP 00553896. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych. W dniu 27 grudnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy PRE-FABRYKAT sp. z o.o. w Miłkowie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie niżej wskazanych przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm., dalej jako „PZP”), tj.:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) PZP poprzez:

- a) niewykluczenie wykonawcy Grupa TWS sp. z o.o., który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych oraz który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia - wykonawca ten podał bowiem nieprawdziwe informacje dotyczące dysponowania osobą: panem K.B., wskazanym jako osoba sprawdzająca branży konstrukcyjno-budowlanej, a także innymi osobami wymienionymi w załączniku nr 5 w pozycjach od 1 do 8;
- b) nieodrzućenie oferty ww. wykonawcy, niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, skoro wykonawca ten wskazał w załączniku nr 5 Wykaz osób, iż dysponuje osobami wymienionymi w pozycjach od 1 do 8 na podstawie umowy pomiędzy nim a SK DESIGN K.G., tymczasem firma ta nie udostępniła wykonawcy swojego potencjału w postępowaniu w zakresie tych osób. Tym samym wykonawca poświadczył nieprawdę oraz nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami o kwalifikacjach określonych w SWZ;

2.art. 226 ust 1 pkt 7 PZP poprzez nieodrzućenie oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na tym, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje dotyczące dysponowania osobami celem uzyskania zamówienia;

3.art. 16 pkt 1 PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ze względu wybór oferty, która podlega odrzuceniu.

Podnosząc wskazane zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy Grupa TWS sp. z o.o.,
- 3) dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert;
- 4) wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Jak uzasadnił w odwołaniu, wykonawca Grupa TWS Sp. z o.o. poświadczył nieprawdę odnośnie dysponowania – na podstawie umowy cywilnoprawnej z SK DESIGN K.G. – osobą pana K.B., wskazaną w załączonym do oferty Wykazie osób (załącznik nr 5 do SWZ), w poz. 4, jako osoba sprawdzająca branży konstrukcyjno-budowlanej. Załączając do odwołania oświadczenie p. K.B. jako dowód, wskazał, że osoba ta została przedstawiona w wykazie bez jej wiedzy i nikt od wykonawcy, Grupa TWS sp. z o.o. nie kontaktował się z nim celem wskazania jego osoby w ofercie w przedmiotowym postępowaniu. Stąd, w ocenie Odwołującego, Przystępujący powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 109 ust 1 pkt. 8) PZP, a jego oferta powinna zostać odrzućona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a PZP z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd i złożenia nieprawdziwych informacji, bowiem miało to wpływ na wynik postępowania, skoro dzięki temu oferta Przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza. Ponadto, z treści oświadczenia o udostępnieniu potencjału, jakie złożyła SK DESIGN K.G. wynika, że udostępnione zostało jedynie doświadczenie w wykonaniu dokumentacji projektowo-kosztorysowej, a nie potencjał w postaci osób wskazanych przez Grupa TWS Sp. z o.o. w Wykazie osób. Wg Odwołującego, wynika z tego, że wykonawca Grupa TWS Sp. z o.o nie wykazał w sposób skuteczny, iż dysponuje osobami, jakich wymagał Zamawiający w SWZ, a tym samym nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej. Ponadto, zdaniem PRE-FABRYKAT sp. z o.o., oferta wykonawcy Grupa TWS Sp. z o.o. powinna zostać odrzućona również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) PZP, jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, bowiem przepis ten ma służyć eliminowaniu nieprawidłowych sytuacji tj. składnia nieprawdziwych informacji np. w zakresie posiadanego posiadanych zasobów. W odwołaniu wskazano również na naruszenie art. 16 pkt 1 PZP, w zakresie w jakim Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę, która powinna zostać odrzućona. Narusza to zdaniem Odwołującego jedną z naczelnych zasad zamówień publicznych tj. zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, skoro oferty zostały ocenione w sposób dowolny, a nie wg kryteriów wskazanych w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ”).

W odpowiedzi z dnia 13 stycznia 2025 r. na odwołanie, Zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości.

Do akt sprawy wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożone przez wykonawcę Grupa TWS sp. z o.o. w Wałbrzychu, który wniósł o oddalenie odwołania w całości. W piśmie z dnia 9 stycznia 2025 r. wskazał, że Firma SK DESIGN udostępniła firmie Grupa TWS sp. z o.o. swój potencjał w zakresie osó wskazanych w załączniku nr 5 do SWZ i niezbędne doświadczenie określone w załączniku nr 3 do SWZ, nie jest zatem w jego ocenie prawdą, że firma SK DESIGN K.G. nie udostępniła swojego potencjału w zakresie osób, jak twierdzi

Odwołujący. Podniósł, że Odwołujący nie wykazał, by Pana K.B. nie łączyło nic z firmą SK DESING K.G.. Wyjaśn ponadto, że Biuro Projektowe SK DESING K.G., wraz z którym Przystępujący przystąpił do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawiło skład zespołu projektowego, z którym opracowało już w przeszłości dokumentację projektową dla innych zadań. Dodał, że dotychczas, nie praktykowano podpisywania deklaracji pisemnych o gotowości do współpracy na konkretnym zadaniu, lecz tylko bazowano na dotychczasowej znajomości i współpracy. W przypadku zaś przedmiotowego zamówienia, jako Projektanta branży konstrukcyjnej wpisano Pana Tomasza Wizerkaniuka, z którą to osobą Biuro projektowe SK DESING K.G. współpracuje od wielu lat – zaś Pan Wizerkaniuk planował w zakresie „sprawdzającego projektanta” skorzystać z usług Pana K.B.. Z tych względów, Biuro Projektowe SK DESING K.G. zaproponowało wskazanie osoby pana K.B. jako projektanta sprawdzającego branży konstrukcyjnej. Pismem z dnia 17 stycznia 2025 r. Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości, o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych, a także o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka Pana Karola Grzondziela na okoliczność dotychczasowej współpracy pomiędzy SK Design K.G.a z Panem inż. K.B. i braku zaistnienia w przedmiotowej sprawie przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP. Podniósł, że Odwołujący powołał się w odwołaniu na niewystępującą w SWZ przesłankę z art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP oraz, że podał w odwołaniu informacje nieprawdziwe oraz wprowadzające w błąd, ponieważ nigdzie w dokumentach złożonych przez Przystępującego nie widnieje informacja jakoby umowa z Panem inż. K.B. miała być zawarta z Przystępującym.

Dodatkowe stanowisko zajął Przystępujący w piśmie procesowym z 22 stycznia 2025 r. złożonym na rozprawie, w świetle którego Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutów zawartych w odwołaniu, w tym przede wszystkim w zakresie wykazania, że doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, czy też że Przystępujący miał zamiar lub działał z rażącym niedbalstwem. Przystępujący podkreślił, że ze złożonego przez niego Wykazu osób nie wynika, by Grupa TWS Sp. z o.o. miała dysponować bezpośrednio osobą p. K.B., wręcz przeciwnie – wprost i jednoznacznie wskazano tam na współpracę z podmiotem udostępniającym w tym zakresie, tj. SK DESIGN K.G.. Tym samym, zdaniem Przystępującego, bez znaczenia pozostaje złożony przez Odwołującego dowód, w postaci oświadczenia p. K.B. o braku współpracy z wykonawcą Grupa TWS sp. z o.o., skoro Przystępujący nigdzie na taką współpracę nie wskazał. Jednocześnie, wykonawca Grupa TWS sp. z o.o. zgodził się z Odwołującym, że z treści oświadczenia o udostępnieniu potencjału nie wynika, że SK DESIGN K.G. udostępniła Grupa TWS sp. z o.o. potencjał w zakresie osób, i co za tym idzie, Zamawiający powinien był wezwać Przystępującego do uzupełnienia zobowiązania udostępniającego. Podsumowując, Przystępujący wskazał, że wnosi o oddalenie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny podmiotowych środków dowodowych i uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego SK DESING K.G. w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej określonej w Rozdziale V.4.d) C. SWZ (dysponowania wymaganymi zasobami osobowymi). Na rozprawie, Przystępujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania w kwocie 4.920,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, przedstawiając fakturę VAT. Odwołujący ani Zamawiający nie składali wniosku dotyczącego kosztów postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony wpis od odwołania w wymaganej wysokości. Izba uznała, że Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie odnoszącym się do zarzutów dotyczących wykonawcy Grupa TWS sp. z o.o. i jego oferty, bowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP, związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Jak wskazał Odwołujący, gdyby Zamawiający nie zaniechał odrzucenia oferty Grupa TWS Sp. z o.o., to oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Izba ustaliła, że w postępowaniu wpłynęły 4 oferty, tj. oferta Odwołującego z ceną brutto 15.047.880,00 zł, oferta Przystępującego z ceną brutto 12.721.464,99 zł, oferta AKBiK sp. z o.o. we Wrocławiu z ceną brutto 16.200.000,00 zł oraz oferta SAWREM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. we Wrocławiu z ceną brutto 18.816.540,00 zł. We wszystkich ofertach wskazano na ten sam, 60-miesięczny okres rękojmi za wady. Kryterium oceny ofert, w świetle Rozdziału XV SWZ, stanowiły: cena (60% = 60 pkt) oraz okres rękojmi za wady (40% = 40 pkt). Zgodnie z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 20 grudnia 2024 r., oferta złożona przez Odwołującego znajduje się na drugim miejscu w rankingu ofert – z punktacją 90,72 pkt, zaś za najkorzystniejszą została uznana oferta Grupa TWS sp. z o.o. – z punktacją 100 pkt. Tym samym, spełnione są – wynikające z art. 505 PZP – przesłanki materialnoprawne skorzystania przez Odwołującego ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Do niniejszego postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego – skutecznie przystąpiła spółka Grupa TWS sp. z o.o. w Wałbrzychu.

Przedmiotem zamówienia jest realizacja przedsięwzięcia budowlanego pn.: „Muzeum Wałbrzyszan – wałbrzyska wielokulturowość: adaptacja i zagospodarowanie pogórniczego budynku siłowni w zabytkowym kompleksie dawnej

Kopalni Węgla Kamiennego Julia w Wałbrzychu” w trybie „zaprojektuj i wybuduj” (Rozdział III.1 SWZ). W ramach przedmiotu Umowy należy, w szczególności opracować kompleksową, pełnobraźową dokumentację projektową opatrzoną nadzorem autorskim oraz uzyskać na jej podstawie niezbędne do realizacji decyzje administracyjne, w tym decyzję o pozwoleniu na budowę. Szczegółowy zakres przedmiotu Umowy opisują: 1) Umowa (załącznik nr 7 do SWZ), 2) Specyfikacja Warunków Zamówienia wraz z ewentualnymi wyjaśnieniami Zamawiającego do SWZ i zmianami SWZ, 3) Program funkcjonalno-użytkowy (załącznik nr 8 do SWZ), 4) Tabela elementów rozliczeniowych, stanowiąca załącznik nr 4 do Umowy.

Zgodnie z opisem wskazanym w Rozdziale V pkt 4 ppkt d) lit. C pkt 1-8) SWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej – o udzielenie niniejszego zamówienia ubiegać się może wykonawca, który dysponuje lub będzie dysponować następującymi osobami, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia:

- 1) Projektant branży architektonicznej, posiadający uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń,
- 2) Osoba sprawdzająca branży architektonicznej, posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń,
- 3) Projektant branży konstrukcyjno-budowlanej, posiadający uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń,
- 4) Osoba sprawdzająca branży konstrukcyjno-budowlanej, posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń,
- 5) Projektant branży sanitarnej, posiadający uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń,
- 6) Osoba sprawdzająca branży sanitarnej, posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń,
- 7) Projektant branży elektrycznej, posiadający uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń,
- 8) Osoba sprawdzająca branży elektrycznej, posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń,
- 9) Kierownik budowy, posiadający uprawnienia budowlane do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, który posiada minimum 5 lat doświadczenia zawodowego w nadzorowaniu robót (łącznie) na stanowiskach: kierownik budowy, kierownik robót lub inspektor nadzoru inwestorskiego,
- 10) Kierownik robót posiadający uprawnienia budowlane do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, który posiada minimum 3 lata doświadczenia zawodowego w nadzorowaniu robót (łącznie) na stanowiskach: kierownik budowy, kierownik robót lub inspektor nadzoru inwestorskiego,
- 11) Kierownik robót posiadający uprawnienia budowlane do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, który posiada minimum 3 lata doświadczenia zawodowego w nadzorowaniu robót (łącznie) na stanowiskach: kierownik budowy, kierownik robót lub inspektor nadzoru inwestorskiego.

W Rozdziale VI SWZ Zamawiający określił oświadczenia i dokumenty, jakie zobowiązani są dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw wykluczenia. W szczególności, do oferty wykonawca zobowiązany jest dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania – zgodnie z załącznikiem nr 2 do SWZ. Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień ich złożenia, w tym: wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - załącznik nr 5 do SWZ (wzór).

Z kolei, w Rozdziale VII SWZ, opisującym kwestie polegania na zasobach innych podmiotów, Zamawiający wskazał, że wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. 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 (wzór – załącznik nr 6 do SWZ).

Do oferty Przystępujący dołączył, m.in.:

- a) oświadczenie własne złożone na podstawie art. 125 ust. 1 PZP, w którym w szczególności wskazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie: zdolności technicznej lub zawodowej określone w Rozdziale V.4.d) A. SWZ,
- b) oświadczenie udostępniającego zasoby SK DESING K.G. złożone na podstawie art. 125 ust. 1 PZP, w którym w szczególności wskazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie: zdolności technicznej lub zawodowej określone w Rozdziale V.4.d) A. SWZ,
- c) zobowiązanie SK DESIGN K.G., do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, tj. wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania dokumentacji projektowo-kosztorysowej zgodnie z zapisami SWZ w Rozdziale V.4.d) A, w którym wskazał, że będzie świadczył na rzecz Przystępującego w ramach podwykonawstwa doradztwo i konsultacje przez cały okres zamówienia w zakresie wykonania dokumentacji projektowej.

Dnia 9 grudnia 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę, Grupa TWS sp. z o.o. do wyjaśnień, w trybie art. 128 ust. 4 PZP dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP, tj. w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej, które zostały określone w Rozdziale V.4.d) lit. B oraz lit. C.

W odpowiedzi złożonej dnia 12 grudnia 2024 r. Przystępujący wskazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w wezwaniu, zaś przy wypełnianiu załącznika nr 2 do SWZ nastąpiła niezamierzona omyłka poprzez wpisanie zamiast liter B i C – litery A oraz w załączeniu przekazał poprawione oświadczenie. Jednocześnie, poinformował, że podmiot udostępniający zasoby złożył prawidłowe oświadczenie w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonego lit. A.

Kolejno, dnia 12 grudnia 2024 r., Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym Wykazu osób (załącznik nr 5 do SWZ).

W odpowiedzi, w złożonym Wykazie osób (załącznik nr 5 do SWZ), wykonawca Grupa TWS sp. z o.o. w pkt 1-8, gdzie wymienił osoby, którymi będzie dysponował na potrzeby realizacji zamówienia – w informacji o podstawie do dysponowania osobą wskazał „Umowa cywilno-prawna – Grupa TWS Sp. z o.o. SK DESING K.G.”, zaś w pkt 9-11 w ww. kolumnie wskazał „Umowa cywilno-prawna”.

Następnie, Zamawiający, w dniu 19 grudnia 2024 r. wezwał Przystępującego do wyjaśnień, w trybie art. 128 ust. 4 PZP, w zakresie udzielenia odpowiedzi, czy p. K.G. posiada umowę cywilnoprawną z prowadzoną przez siebie działalnością gospodarczą pod nazwą SK DESING K.G.. W odpowiedzi wykonawca wskazał, że omyłkowo wpisano taką informację w wierszu dotyczącym projektanta branży sanitarnej p. Karola Grzondziela.

Dnia 20 grudnia 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Izba zaliczyła w poczet akt postępowania:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, przekazaną przez Zamawiającego w dniu 14 stycznia 2025 r., w szczególności zawierającą:
 - protokół postępowania,
 - ogłoszenie o zamówieniu,
 - SWZ wraz z załącznikami i wyjaśnieniami oraz zmianami,
 - Oferty wraz z załącznikami,
 - informacja z otwarcia ofert,
 - wezwania kierowane do Przystępującego w trybie art. 128 ust. 4 PZP wraz z odpowiedziami,
 - wezwanie do Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych wraz z odpowiedzią,
 - informację o wyborze najkorzystniejszej oferty,
- 2) dowody powołane przez Odwołującego w odwołaniu lub na rozprawie, tj.:
 - oświadczenie p. K.B. z dnia 23 grudnia 2024 r.,
 - wydruk z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej dotyczący Tomasza Wizerkaniuka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W.T.;
 - wydruk z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej dotyczący K.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K.B. „Biuro Obsługi Budownictwa”;
 - informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców z dnia 20 stycznia 2025 r. dotycząca Spółdzielni Mieszkaniowej w Bielawie nr KRS 0000157200;

–korespondencję mailową z dni 23-24 grudnia 2024 r. pomiędzy p. T.J. a p. A.D. wraz z załącznikiem;

–oświadczenie p. T.J. z dnia 21 stycznia 2025 r.

3) dowody powołane przez Przystępującego w piśmie procesowym, tj.:

–korespondencja mailowa z dni 11- 13, 16 i 23 grudnia 2024 r. z załącznikami.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, co następuje.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, odwołanie okazało się zasadne w części co do dwóch z czterech zarzutów odwołania.

Po pierwsze, Izba uwzględniła zarzut odwołania wskazany w pkt I.1 lit. b), tj. w części dotyczącej naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP, z uwagi na pominięcie przez Zamawiającego, że wykonawca Grupa TWS sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V pkt 4 ppkt d) lit. C pkt 1-8) SWZ, tj. warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie obejmującym wykazanie, że wykonawca dysponuje lub będzie dysponować osobami, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, tj.:

1) Projektant branży architektonicznej, posiadający uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń,

2) Osoba sprawdzająca branży architektonicznej, posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń,

3) Projektant branży konstrukcyjno–budowlanej, posiadający uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności konstrukcyjno–budowlanej bez ograniczeń,

4) Osoba sprawdzająca branży konstrukcyjno–budowlanej, posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności konstrukcyjno–budowlanej bez ograniczeń,

5) Projektant branży sanitarnej, posiadający uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń,

6) Osoba sprawdzająca branży sanitarnej, posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń,

7) Projektant branży elektrycznej, posiadający uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń,

8) Osoba sprawdzająca branży elektrycznej, posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń.

Izba podzieliła zapatrywanie Odwołującego, iż z treści załącznika nr 5 do SWZ Wykaz osób złożonego przez wykonawcę Grupa TWS Sp. z o.o. wynika, że osoby wskazane w pozycjach od 1 do 8 są osobami, którymi wykonawca nie dysponuje bezpośrednio, lecz na podstawie udostępnienia ich przez wykonawcę firma SK DESING K.G.. Jednocześnie brak jest w aktach postępowania dokumentu, który potwierdzałby ten fakt, tj. brak jest zobowiązania podmiotu SK DESIGN K.G. do udostępnienia Przystępującemu tych zasobów. Do oferty Przystępujący dołączył jedynie zobowiązanie SK DESIGN K.G. do udostępnienia potencjału w postaci „wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania dokumentacji projektowo-kosztorysowej zgodnie z zapisami SWZRozdziale V.4.d) A”, czyli odnoszącego się do spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy w wykonaniu w okresie ostatnich 10 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej usługi polegającej na wykonaniu dokumentacji projektowo–kosztorysowej, której zakres obejmował rozbiórki oraz przebudowę i/lub remont budynku wraz z instalacjami (wodociągowa, kanalizacja sanitarna, elektryczna). Izba stwierdziła, że z ww. zobowiązania SK DESIGN nie wynika oddanie do dyspozycji wykonawcy zasobów w postaci osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, o których mowa w Rozdziale V pkt 4 lit. d) ppkt C SWZ. Zamawiający zaniechał wezwania Przystępującego do poprawienia Wykazu osób (załącznik nr 5 do SWZ) w trybie art. 128 ust. 1 PZP, pomimo, iż dokument ten nie pozwala na wykazanie, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V pkt 4 lit. d) ppkt C SWZ.

Należy podkreślić, iż wyczerpanie trybu sanowania oferty, o którym mowa w art. 128 ust. 1 PZP, poprzez wezwanie wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy – jest obowiązkiem Zamawiającego i uprawnieniem wykonawcy. Zamawiający, bez wyczerpania tego trybu nie może zakończyć badania i oceny ofert i podjąć decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, o odrzuceniu oferty lub o uznaniu, że oferta nie podlega odrzuceniu. W niniejszej sprawie, Zamawiający zaniechał wykonania swojego obowiązku, pomimo iż złożony przez Przystępującego Wykaz osób (załącznik nr 5 do SWZ) nie potwierdza, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu, skoro wykonawca Grupa TWS sp. z o.o. planował wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V pkt 4 lit. d) ppkt C SWZ

polegając na zasobach udostępnionych przez SK DESIGN K.G., lecz jednocześnie nie złożył wraz z ofertą zobowiązania tego podmiotu do ich udostępnienia. Wobec powyższego braku, nie sposób stwierdzić, czy ww. zasoby rzeczywiście zostały Przystępującemu udostępnione i w jakim zakresie. Zresztą, co do powyższego, przyznał rację sam Przystępujący wskazując, że z treści oświadczenia o udostępnieniu potencjału załączonego do jego oferty nie wynika, że SK DESIGN K.G. udostępniła Grupa TWS sp. z o.o. potencjał w zakresie osób, a co za tym idzie, Zamawiający powinien był wezwać Przystępującego do uzupełnienia zobowiązania udostępniającego SK DESIGN K.G. w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej określonej w Rozdziale V.4.d) C. SWZ (dysponowania wymaganymi zasobami osobowymi), co jego zdaniem powinna nakazać Izba w wyroku.

Jednak, w niniejszej sprawie – wbrew twierdzeniom Przystępującego – nie znajduje zastosowania przepis art. 122 PZP, zgodnie z którym – jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Skoro Przystępujący nie złożył zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów osobowych to nie sposób badać, czy sytuacja podmiotu udostępniającego zasoby potwierdza spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. W tym kontekście, przedwczesne byłoby badanie, czy udostępnienie ww. zasobów przez SK DESIGN K.G. jest skuteczne.

Co więcej, strony powinny mieć na obecnym etapie postępowania na względzie, iż zgodnie z art. 123 PZP, 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.

Uwzględnienie tego zarzutu przez Izbę, na obecnym etapie postępowania, nie mogło jednak skutkować, jak tego chciał Odwołujący, wykluczeniem wykonawcy, Grupa TWS sp. z o.o. z postępowania i odrzuceniem jego oferty. Byłoby to działanie przedwczesne skoro Zamawiający nie wyczerpał trybu wezwania do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 PZP. Słusznie podkreślał Przystępujący, że dotychczas Zamawiający korzystał w tym zakresie jedynie z trybu wyjaśnień, o którym mowa w art. 128 ust. 4 PZP.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że zasadny jest również zarzut zawarty w pkt I.3 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ze względu na wybór oferty wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Faktem jest, że wybór oferty takiego wykonawcy narusza ww. fundamentalną zasadę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, skoro prowadzi do uprzywilejowania sytuacji wykonawcy, którego oferta nie została należycie zbadana i jako taka nie jest ofertą podlegającą ocenie i uznaniu jej za najkorzystniejszą. W istocie, w niniejszym postępowaniu za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a zatem oferta ta nie została wybrana w warunkach równego traktowania wykonawców.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie. Zdecydowanie bezzasadny okazał się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP, tj. zarzut zawarty w pkt I.1 lit. a) odwołania. Odwołujący podnosił, że Grupa TWS Sp. o.o. powinna podlegać wykluczeniu, bowiem wykonawca ten podał nieprawdziwe informacje dotyczące dysponowania K.B., wskazanym jako osoba sprawdzająca branży konstrukcyjno-budowlanej, a także innymi osobami wymienionymi w Wykazie osób (Załącznik nr 5) w pozycjach od 1 do 8. Jako dowód, Odwołujący złożył m.in. oświadczenie podpisane dnia 23 grudnia 2024 r. przez K.B. potwierdzające, że nie miał on świadomości wskazania jego osoby, jako Projektanta sprawdzającego w branży konstrukcyjno-budowlanej w przedmiotowym postępowaniu, nie wyrażał na to zgody i nie łączy go żadna umowa z wykonawcą, Grupa TWS sp. z o.o. Dowód ten w ocenie Izby nie potwierdza jednak, że wykonawca, Grupa TWS sp. z o.o. wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Po pierwsze bowiem, Grupa TWS sp. z o.o. w Wykazie osób (Załącznik nr 5 do SWZ) nie wskazała, że dysponuje osobą K.B. bezpośrednio, lecz na podstawie umowy z SK DESIGN K.G.. Oznacza to, że wykonawca Grupa TWS Sp. z o.o. nie musiał czynić żadnych ustaleń bezpośrednio z Krzysztofem Bendarczykiem co do udziału w przedmiotowym postępowaniu ani zawierać z nim żadnej umowy. Trudno zatem przypisać temu wykonawcy działanie mające na celu wprowadzenie zamawiającego w błąd, skoro Przystępujący nie zapewniał Zamawiającego o tym, że dysponuje potencjałem osobowym K.B. bezpośrednio. Ponadto, dowód w postaci oświadczenia z dnia 21 stycznia 2025 r. p. Krzysztofa Janigi, będącego pracownikiem i pełnomocnikiem Odwołującego nie może potwierdzać nic innego, jak tylko stanowisko strony odwołującej, wszak Odwołujący nie może w postępowaniu występować w dwóch rolach – strony i świadka.

Tym samym, wykonawca Grupa TWS Sp. z o.o. nie podała nieprawdziwych informacji dotyczących dysponowania K.B. wskazanym jako osoba sprawdzająca branży konstrukcyjno-budowlanej a także innymi osobami wymienionymi w

załączniku nr 5 w pozycjach od 1 do 8, a bynajmniej za wcześnie jest na takie stwierdzenie, skoro Zamawiający nie przeprowadził należycie czynności badania i oceny ofert. Ponadto, Odwołujący zdaje się całkowicie pomijać literalną treść SWZ, składającą się na opis wymagań Zamawiającego co do wykazania spełnienia przedmiotowego warunku, wynikającą z Rozdziału V pkt 4 lit. d) ppkt C SWZ. Wynika stąd bowiem, że Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę, że dysponuje on lub „będzie dysponować” określonym potencjałem osobowym. Oznacza to, że wykonawca nie musiał – na etapie składania oferty – zapewnić sobie dysponowania danymi osobami na potrzeby realizacji zamówienia. Nie oznacza to jednak pełnej dowolności w tym zakresie, skoro wykonawca powinien wskazać w wykazie, tak jak tego żądał Zamawiający – podstawę do dysponowania osobami realną i zgodną z rzeczywistością.

Izba oddaliła również ww. zarzut z pkt I.1 lit. a) w zakresie dotyczącym naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP, który został wskazany w petitum odwołania w formie opisowej. Zgodnie z tym przepisem, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jakkolwiek, Odwołujący nie wymienił w petitum odwołania przywołanego przepisu literalnie, to jednak w opisie zarzutu wskazał, że jego zdaniem Przystępujący „w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.” Izba stwierdziła, że zdecydowanie zarzut ten jest bezzasadny, skoro Zamawiający w SWZ nie wskazał jako podstawy do wykluczenia wykonawcy przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP. Zgodnie zaś z art. 109 ust. 2 PZP, jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Jeżeli na nie nie wskaże, nie może wykluczyć wykonawcy na tej podstawie z postępowania.

Mając na względzie stwierdzenie, że wykonawca Grupa TWS sp. z o.o. nie podał nieprawdziwych informacji dotyczących dysponowania osobami celem uzyskania zamówienia – Izba oddaliła również zarzut zawarty w pkt I.2 odwołania a dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP. Zgodnie z tą regulacją, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP, orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i pkt 2 lit. b) w zw. z 7 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 pkt 1 i 2 Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.). Izba – wobec uwzględnienia odwołania w połowie – postanowiła obciążyć Odwołującego i Przystępującego wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w całości przez Zamawiającego – w równych częściach kosztami postępowania. Wobec braku stosownego wniosku i rachunków lub spisu kosztów, nie uwzględniła w tym zakresie kosztów poniesionych przez Zamawiającego.

Z tych względów Izba uznała jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....