

WYROK

z dnia 13 marca 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 marca 2025 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 stycznia 2025 roku** przez wykonawcę **E.K., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego E.K. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa w Warszawie, Oddział Terenowy w Gorzowie Wielkopolskim**

przy udziale **Przystępującego** zgłaszającego przystąpienie **po stronie Zamawiającego: wykonawcy A.F. prowadząca działalność gospodarczą pod formą Kancelaria Radcy Prawnego A.F. z siedzibą w Deszczynie**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2b, pkt 3, pkt 5 ustawy Pzp,

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego - Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa w Warszawie, Oddział Terenowy w Gorzowie Wielkopolskim** w następujący sposób:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę **626 zł 00 gr** (słownie: sześciuset dwudziestu sześciu złotych dziesięciu groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem kosztów dojazdu oraz kwotę **3 600,00 zł** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Zamawiającego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od **Zamawiającego – Krajowego Ośrodka Wsparcia Rolnictwa w Warszawie, Oddział Terenowy w Gorzowie Wielkopolskim** na rzecz **Odwołującego - E.K., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego E.K. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim** kwotę **11 726 zł 00gr** (słownie: jedenastu tysięcy siedmiuset dwudziestu sześciu złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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:

.....

KIO 302/25

UZASADNIENIE

Zamawiający: Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa w Warszawie, Oddział Terenowy w Gorzowie Wlkp. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) pn. „Stała obsługa prawna w 2025 roku w KOWR OT Gorzów Wielkopolski”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w BZP pod numerem: 2024/BZP 00659561/01.

Dnia 27 stycznia 2025 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca E.K., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego E.K. z siedzibą w Gorzowie Wlkp., dalej jako „Odwołujący”.

Odwołujący uzyskał zawiadomienie o wynikach postępowania w dniu 21.01.2025 r. Termin na złożenie odwołania został zatem zachowany. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w kwocie stosownej na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wadliwie oraz z naruszeniem przepisów ustawy dokonał wyboru oferty wykonawcy A.F., Kancelaria Radcy Prawnego A.F., z siedzibą w Deszczynie (dalej jako „Wykonawca”) jako najkorzystniejszej, mimo iż oferta ta pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu następujące naruszenia:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) PZP:

a) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu, gdyż referencje oraz wykaz usług przedłożone przez Wykonawcę nie mogą być uznane za wykazujące spełnienie warunku udziału określonego

w rozdziale 8 ust. 1.2 lit. d) pkt 6) SWZ w postaci wykazania wykonania (wykonywania)

w okresie ostatnich 3 lat minimum 2 usług o przybliżonym charakterze i o wartości minimum 200 000,00 zł każda, w szczególności biorąc pod uwagę, że referencje z dnia 15.01.2025 r. oraz wykaz usług z dnia 15.01.2025 r. zawierają nieprawdziwe informacje, jakoby Wykonawca samodzielnie wykonywał jako podwykonawca w okresie od 1.01.2020r. do 31.12.2020 r., od 1.01.2021 r. do 31.12.2021 r., od 1.01.2022 r. do 31.12.2022 r. oraz od 1.01.2023r. do 31.12.2023 r.

usługę przedmiotem, której była stała obsługa prawna KOWR OT w Gorzowie Wlkp., podczas gdy obsługa ta była wykonywana przez wielu podwykonawców (w tym m.in. przez A.F. i Odwołującą), a nadto kolejne umowy zawarte zostały w latach 2020 – 2023 z M.B., a nie z Anną Forstner-Kluj, a zatem jedynie Wykonawca (M.B.) mogła powoływać się na zrealizowanie tejże usługi w całości (jako Główny Wykonawca), a A.F. tylko w przypadku udostępnienia jej zasobów

w zakresie doświadczenia przez tego wykonawcę,

b)w zw. z art. 128 ust. 1 i ust. 5 PZP poprzez nie dokonanie weryfikacji prawidłowości wystawienia przez r. pr. Martę Bezulską-Powagę referencji z dnia 15.01.2025 r. i informacji Wykonawcy z wykazu usług z dnia 15.01.2025 r. oraz zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, w sytuacji, gdy usługi i doświadczenie, na które powoływał się być doświadczeniem uzyskanym w toku wykonywania zamówienia publicznego jedynie na rzecz Zamawiającego, co w oczywisty sposób powinno prowadzić do zweryfikowania treści referencji i wykazu usług przez Zamawiającego oraz do ustalenia, że r.pr. A.F. nie wykonywała samodzielnie obsługi prawnej KOWR OT w Gorzowie Wlkp., nie podpisywała umów w latach 2020 – 2023, obsługa ta świadczona była odpłatnie przez wielu adwokatów

i radców prawnych, co w sposób oczywisty świadczy o tym, że Wykonawca nie wykonał

w latach 2020 – 2024 dwóch usług o wartości co najmniej 200 000,00 zł każda (gdyż wartości całego zamówienia nie można bezpośrednio przekładać na środki otrzymane samodzielnie przez każdego z podwykonawców, natomiast należy je podzielić przez ilość podwykonawców i dopiero wówczas można wykazać jaką wartość miała część realizowana przez danego podwykonawcę, a r.pr. A.F. w roku 2022 uzyskała kwotę ok. 86.400 zł,

a w roku 2023 kwotę ok. 99.360 zł),

c)w zw. z art. 16 ust. 1 PZP w zw. z art. 123 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy pomimo niepowołania się na zasoby podmiotów trzecich, z udziałem których Wykonawca zamierzał wykonać przedmiot zamówienia, co w przypadku niezłączenia tych dokumentów w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania niezbędnych zasobów (załącznik nr 3) oraz oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby potwierdzające brak podstaw do jego wykluczenia z postępowania (załącznik nr 5) do dnia otwarcia ofert skutkować powinno odrzuceniem oferty z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu, natomiast zezwolenie na uzupełnienie tego braku ze strony Zamawiającego w sposób oczywisty narusza zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 16 PZP oraz przepis art. 123 PZP,

d)poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy z uwagi na niewykazanie

w ofercie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 8 ust. 1.2 lit. c) SWZ w postaci wykazania posiadania polisy lub innego dokumentu potwierdzającego,

że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie określonym

w ustawie z dnia 06.07.1982 r., o radcach prawnych,

e)poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy z uwagi na niewykazanie

w ofercie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 8 ust. 1.2. lit. d) pkt 1 SWZ tj. niepowołanie w treści oferty numerów wpisów na listę adwokatów/radców prawnych osób mających uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, co przerzuciło na Zamawiającego weryfikację posiadania stosownych uprawnień przez osoby mające zamówienie to wykonywać,

2) art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP:

a)w zw. z art. 16 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy pomimo jej niezgodności z SWZ (rozdział 10 ust. 1 punkt 1.3 oraz 1.5), w którym to Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, że Wykonawca powołujący się na zasoby podmiotów trzecich winien wraz z ofertą załączyć zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania niezbędnych zasobów (załącznik nr 3) oraz oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby potwierdzające brak podstaw do jego wykluczenia z postępowania (załącznik nr 5), co w przypadku niezłączenia tych dokumentów do dnia otwarcia ofert skutkować powinno odrzuceniem oferty, natomiast zezwolenie na uzupełnienie tego braku ze strony Zamawiającego w sposób oczywisty narusza zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 16 PZP oraz

przepis art. 123 PZP,

b) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy z uwagi na niewykazanie

w treści oferty spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 8 ust. 1.2 lit. c) SWZ w postaci wykazania posiadania polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie określonym

w ustawie o radcach prawnych z dnia 06.07.1982 r., co należy uznać za naruszenie punktu 8 ust. 1.2. lit. c) SWZ,

c) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy z uwagi na niewykazanie

w treści oferty spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 8 ust. 1.2. lit. d) pkt 1 SWZ, tj. niepowołanie w treści oferty numerów wpisów na listę adwokatów/radców prawnych osób mających uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (co należy uznać za naruszenie warunku wskazanego w rozdziale 8 ust. 1.2. lit. d) pkt 1 SWZ), co przerzuciło na Zamawiającego weryfikację posiadania stosownych uprawnień przez osoby mające zamówienie to wykonywać,

3) art. 226 ust. 1 pkt 3) PZP:

a) w zw. z art. 119 PZP i w zw. z art. 116 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, mimo że Wykonawca w treści oferty powołał się jedynie na zasoby M.G. oraz J.N. (nie powołał się natomiast na zasoby innych osób mających te zasoby udostępnić), co nie dawało gwarancji prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, co skutkowało powinno weryfikacją możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez wskazane 3 osoby oraz w konsekwencji uznania, że zamówienie to nie może zostać zrealizowane, co powinno nieść za sobą odrzucenie oferty Wykonawcy,

b) w zw. z art. 128 ust. 1 pkt 1) PZP w zw. z art. 123 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy oraz wezwanie Wykonawcy do jej uzupełnienia, podczas gdy Wykonawca do dnia otwarcia ofert nie powołał się na zasoby pięciu z ośmiu osób, z których zasobów zamierzał korzystać w toku realizacji zamówienia w postępowaniu, co winno prowadzić do odrzucenia oferty z uwagi na bezwzględny przepis art. 123 PZP, stanowiący, że po dniu otwarcia ofert Wykonawca nie może powołać się na zasoby innych podmiotów, uprzednio w ofercie nie wskazanych,

c) w zw. z art. 219 ust. 1 i 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo że w toku postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawca diametralnie zmienił (lub uzupełnił – co również jest niedopuszczalne – wyr. KIO z 30.08.2017 r. sygn. KIO 1664/17) treść złożonej oferty poprzez powołanie się po dniu otwarcia ofert na zasoby pięciu kolejnych podmiotów, na które to zasoby Wykonawca nie powołał się w treści złożonej oferty oraz dołączenie pięciu egzemplarzy załączników nr 3 i nr 5 do SWZ, podpisanych przez osoby udostępniające zasoby już po dniu otwarcia ofert, a więc pominięcie okoliczności, że Wykonawca wykazał, że nie dysponował tymi zasobami na dzień otwarcia ofert, a zgodnie z art. 123 PZP fakt ten nie mógł podlegać konwalidacji,

d) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z postępowania, podczas gdy należy uznać, że złożone przez Wykonawcę referencje oraz wykaz usług z dnia 15.01.2024 r. wprowadziły Zamawiającego w błąd co do spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, co należy uznać za rażące naruszenie powołanego powyżej przepisu,

e) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z postępowania, podczas gdy należy uznać, że złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia z dnia 08.01.2025 r. jakoby Wykonawca bezpośrednio dysponował osobami wskazanymi do realizacji zamówienia (podczas gdy nie przedstawił na poparcie tych twierdzeń żadnych zawartych z tymi osobami umów i co więcej, na zasoby dwóch z tych osób powołał się w treści oferty – co jest wewnętrznie sprzeczne) wprowadziły Zamawiającego w błąd co do spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, co należy uznać za rażące naruszenie powołanego powyżej przepisu,

f) w zw. z art. 92 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy

w sytuacji, w której Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 08.01.2025 r. przedstawił drugi wariant swojej oferty i pozostawił Zamawiającemu prawo wyboru jednego z przedstawionych przez siebie wariantów, podczas gdy złożenie oferty wariantowej nie zostało dopuszczone przez Zamawiającego w treści SWZ i co powinno skutkować bezwzględnym odrzuceniem oferty Wykonawcy;

Ewentualnie, w przypadku nieuznania oferty złożonej przez A. Fortner-Kluj w dniu 08.01.2025 r. za wariantową:

g) w zw. z art. 218 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy w sytuacji, w której w toku postępowania Wykonawca przedstawił dwie oferty o różnym brzmieniu (oferta z 23.12.2024 r. oraz oferta z 08.01.2025 r.), które zgodnie z wolą Wykonawcy pozostawały aktualne do dnia wyboru oferty najkorzystniejszej, co wprost narusza obowiązującą w PZP zasadę jednej oferty, co powinno skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy.

4) naruszenie art. 16 i 17 ust. 1 i ust. 2 PZP poprzez prowadzenia postępowania

w sposób niezapewniający zasad zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości i proporcjonalności, a także zasady efektywności

i legalizmu.

Odwołujący wnosil o:

1.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy w postępowaniu oraz odrzucenie tej oferty,

2.dokonanie ponownej oceny ofert z pominięciem oferty Wykonawcy A.F. i dokonanie wyboru oferty Odwołującej,

3.na podstawie § 26 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2020 r.

w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U.2020.2453) wnoszę o:

a)zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia umowy o obsługę prawną

w 2022 i 2023 roku z wykazem osób (podwykonawców i harmonogramem dyżurów) zawartych z Martą Bezulską-Powaga na 2 zadania częściowe (dot. Oddziału Terenowego w Gorzowie Wlkp. oraz Filii w Zielonej Górze), z uwagi na nieudzielenie pełnomocnikowi Odwołującej informacji w terminie do złożenia odwołania;

b)zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia oferty w postępowaniu w 2022

i 2023 roku z zobowiązaniami podmiotów trzecich do oddania Wykonawcy niezbędnych zasobów (Załącznik nr 3 do SWZ) oraz oświadczeniami podmiotów udostępniających zasoby składanych na podstawie art. 125 ust. 1 PZP dot. przesłanek wykluczenia z postępowania

i spełniania warunków udziału w postępowaniu (Załącznik nr 5 do SWZ) wszystkich osób uczestniczących w wykonywaniu zamówienia publicznego, z uwagi na nieudzielenie pełnomocnikowi Odwołującej informacji w terminie do złożenia odwołania (potwierdzenie zapytania z 21.01.2025 r. w załączeniu).

Odwołujący posiadają interes w złożeniu odwołania z uwagi na szereg naruszeń ze strony Zamawiającego skutkujący dokonaniem wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta winna zostać odrzucona, a wybrana powinna zostać oferta zajmująca drugie miejsce, a więc oferta Odwołującej. Poprzez nieprawidłowe przeprowadzenie postępowania Zamawiający naraził Odwołującą na poniesienie szkody w wysokości 499.500,00 zł – odpowiadającej w pełni wartości nieudzielonego zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podano, że w dniu 18.12.2024 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu usługi pn. „Stała obsługa prawna w 2025 r. KOWR OT Gorzów Wielkopolski”. Do postępowania zgłosiło się dwóch Wykonawców: radca prawny E.K. oraz radca prawny A.F., które w terminie składania ofert (do dnia 27.12.2024 r. godz. 08:00) złożyły oferty. Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 27.12.2024 r.

W dniu 30.12.2024 r. Zamawiający stwierdził, że ze złożonych przez Wykonawcę dokumentów (na podstawie rozdziału 10 pkt 1 SWZ) nie wynika, że Wykonawca spełnia warunek dot. zdolności technicznej i zawodowej w zakresie posiadania przez każdą z osób mających uczestniczyć w zamówieniu uprawnień adwokata lub radcy prawnego przez okres minimum 4 lat. Ponadto Zamawiający również słusznie uznał, że Wykonawca błędnie wskazał, że będzie realizował zamówienie przy pomocy podwykonawców niebędących podmiotami, na których zasoby się powołuje, co przy wzięciu pod uwagę warunku dot. minimalnego 4 letniego doświadczenia w posiadaniu kwalifikacji świadczyło o tym, że osoby te powinny zostać wpisane jako udostępniające Wykonawcy zasoby. Ponadto Zamawiający podniósł, że Wykonawca nie wykazał, że podmioty, na których zasobach polega spełniają warunek dot. min. 4 letniego doświadczenia.

W związku z powyższym Zamawiający wezwał Wykonawcę do sprecyzowania, czy spełnia warunki postępowania czy też nie, poprzez złożenie nowego oświadczenia (załącznik nr 2).

Ponadto Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania Wykonawcy niezbędnych zasobów (Załącznik nr 3 do SWZ) oraz oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby składanego na podstawie art. 125 ust. 1 PZP dot. przesłanek wykluczenia z postępowania i spełniania warunków udziału w postępowaniu (Załącznik nr 5 do SWZ) w zakresie dotyczącym K.J., J.B., K.P., Ł.M., B.P., Justyny Nowak-F. oraz M.G., w terminie do dnia 08.01.2025 r.

W dniu 08.01.2025 r. Wykonawca przesłał załączniki nr 3 oraz nr 5 do SWZ w zakresie dotyczącym K.J., J.B., K.P., Ł.M., B.P., J.N. oraz M.G.. Wszystkie załączniki dołączone do wiadomości z 08.01.2025 r. zostały podpisane po dniu otwarcia ofert, tj. po 27.12.2024 r.

Po przesłaniu tych dokumentów, Wykonawca w kolejnej wiadomości do Zamawiającego wskazał, że wszystkie załączniki wyszczególnione w wezwaniu Zamawiającego zostały przez Wykonawcę złożone z daleko idącej ostrożności. Wykonawca wskazał, że błędne jest powoływanie się przez Wykonawcę na zasoby podmiotów w postaci K.J., J.B., K.P., Ł.M., Beaty

Proch-Macińskiej, J.N. oraz M.G., gdyż między tymi podmiotami a Wykonawcą istnieje bezpośredni stosunek prawny, gdyż osoby te będą realizować zamówienie na podstawie zawartej z Wykonawcą umowy cywilnoprawnej. Podsumowując Wykonawca wskazał, że wszystkie warunki określone w SWZ w rozdziale 8 spełnia sam Wykonawca, a dodatkowo w zakresie posiadania uprawnienia do wykonywania zawodu radcy prawnego lub adwokata minimum 4 lata

spełniają wszystkie osoby, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia, z którymi łączy Wykonawcę bezpośredni stosunek prawny – umowa cywilnoprawna.

W dniu 21.01.2025 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Ad. 1) lit. a) i lit. b)

Oferta Wykonawcy winna zostać odrzucona z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu (art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) PZP, w zw. z 8 ust. 1.2 lit. d) pkt 6) SWZ (rozdział VIII) w postaci wykazania wykonania (wykonywania) w okresie ostatnich 3 lat min. 2 usług o przybliżonym charakterze i o wartości min. 200 000,00 zł każda. W ocenie Odwołującej Wykonawca przedstawił referencje z dnia 15.01.2025 r. oraz wykaz usług z dnia 15.01.2025 r., które zawierają nieprawdziwe informacje zaświadczające jakoby Wykonawca samodzielnie wykonywał w okresie od 01.01.2022 r. do 31.12.2023 r. usługę przedmiotem, której była stała obsługa prawna KOWR OT w Gorzowie Wlkp., podczas gdy obsługa ta była wykonywana przez wielu podwykonawców (w tym A.F. i Odwołującą).

Lakoniczne określenie w treści referencji, że A.F. wykonywała jako podwykonawca usługę, przedmiotem której była stała obsługa prawna Oddziału Terenowego Krajowego Ośrodka Wsparcia Rolnictwa w Gorzowie Wlkp. o wartości odpowiednio 432.000 zł (2020 r.), 432.000 zł (2021 r.), 457.200 zł (2022 r.) oraz 522.000 zł (2023 r.), nie stanowi *expressis verbis* nieprawdy, jednakże zestawiając treść referencji z wykazem usług z 15.01.2025 r. stanowiącym załącznik nr 8 do SWZ należy już dojść do przekonania, że zarówno treść referencji, jak i wykazu usług jest sprzeczna z rzeczywistością, gdyż w treści wykazu usług wprost wskazano, że wartość wykonanych przez A.F. usług wynosi odpowiednio 457 200 zł (za rok 2022), 522 000 zł (za rok 2023) oraz 576 000 zł (za rok 2024), natomiast usługi te wykonywane były przez 8 prawników, z których każdy otrzymywał wynagrodzenie proporcjonalne do czasu, w którym usługa ta była realizowana (w 2022 r. stawka wynosiła 2.400 zł za jeden dzień w tygodniu, cztery razy w miesiącu, natomiast w 2023 r. stawka wynosiła 2.760 zł za jeden dzień w tygodniu, cztery raz w miesiącu). Wśród osób wykonujących usługi była również Odwołująca, która w roku 2022 otrzymała wynagrodzenie w wysokości 57 600 zł (4 800 zł miesięcznie, wynagrodzenie za 2 dni w tygodniu), w 2023 r. otrzymała wynagrodzenie w wysokości 66 240 zł (5 520 zł miesięcznie, wynagrodzenie za 2 dni w tygodniu), a w 2024 r. otrzymała wynagrodzenie w wysokości 108 000 zł. (9 000 zł miesięcznie za trzy dni w tygodniu). Kolejnym podwykonawcą świadczącym usługi w ramach obsługi prawnej KOWR OT Gorzów Wlkp. w latach 2022 – 2024 był adw. M.H., który w roku 2022 otrzymał wynagrodzenie w wysokości 86.400 zł, w 2023 r. otrzymał wynagrodzenie w wysokości 99.360 zł, a w 2024 r. otrzymał wynagrodzenie w wysokości 108 000 zł. (9 000 zł. miesięcznie za trzy dni w tygodniu).

Usługę obsługi prawnej KOWR OT w Gorzowie Wlkp. w latach 2022 – 2024r. realizowało 8 prawników (adwokatów i radców prawnych), którzy otrzymywali wynagrodzenie związane bezpośrednio z liczbą dni przepracowanych w tygodniu, tak więc otrzymywane przez nich kwoty zależały bezpośrednio od ich wkładu w realizację zamówienia. Powyższe potwierdza wykaz osób przedłożony przez Wykonawcę, z którego wynika świadczenie usług prawnych u Zamawiającego oprócz Marty Bezulskiej – Powaga (2 dni w tygodniu w 2022 i 2023 r.) nadto przez r.pr. K.J., r.pr. K.P., r.pr. J.B., r.pr. Justynę Nowak – F.. Zatem każda osoba realizująca zamówienie jako wartość wykonanych usług mogłaby wykazać jedynie osobiście otrzymaną kwotę wynagrodzenia, nie zaś wartość całego zamówienia, jak to uczyniła A.F. w treści załączonego wykazu usług. Jak wynika z wyliczeń dokonanych przez Odwołującą, Wykonawca w 2022 r. wykonała usługi o wartości 86 400 zł. Za wartość jednego dnia wykonanej usługi w tygodniu świadczonej przez Wykonawcę 4 razy w miesiącu Odwołująca przyjęła kwotę 2.400 zł. Jako że Wykonawca wykonywała obsługę 3 dni w tygodniu, celem uzyskania miesięcznego wynagrodzenia Wykonawcy kwotę 2 400 zł należało pomnożyć przez 3 dni, co daje wynagrodzenie miesięczne w wysokości 7 200 zł. Powyższe należało pomnożyć przez 12 miesięcy celem wykazania całego wynagrodzenia otrzymanego w 2023 r., które wyniosło 86 400 zł.

Natomiast w roku 2023 r. Wykonawca wykonała usługi o wartości 99 360 zł. Za wartość jednego dnia wykonanej usługi w tygodniu świadczonej przez Wykonawcę 4 razy w miesiącu Odwołująca się przyjęła kwotę 2 760 zł. Wykonawca wykonywała obsługę 3 dni w tygodniu, celem uzyskania miesięcznego wynagrodzenia Wykonawcy kwotę 2 760 zł należało pomnożyć przez 3 dni, co daje wynagrodzenie miesięczne w wysokości 8 280 zł. Powyższe należało pomnożyć przez 12 miesięcy celem wykazania całego wynagrodzenia otrzymanego w 2023 r., które wyniosło 99 360 zł.

Nie sposób uznać, ażeby Wykonawca spełnił wymóg udziału w postępowaniu wskazany w SWZ w postaci wykazania wykonania (wykonywania) w okresie ostatnich 3 lat min. 2 usług o przybliżonym charakterze i o wartości min. 200 000 zł każda.

Poszczególni prawnicy w 2022 r. otrzymali wynagrodzenie roczne odpowiednio:

- 1)K.J., J.B., J.N. – po 28 800 zł każdy (przy 2 400 zł za 1 dzień w tygodniu i 4 dni w miesiącu);
- 2)M.B., E.K., K.P. – po 57 600 zł każdy (przy 4 800 zł za 2 dni w tygodniu i 8 dni w miesiącu),

3)A.F., M.H. – po 86 400 zł każdy (przy 7 200 zł za

3 dni w tygodniu i 12 dni w miesiącu),

- co daje łącznie kwotę 432 200 zł (różnica 25 000 zł z kwoty 457 200 zł z referencji do dyspozycji Marty Bezulskiej - Powaga).

Poszczególni prawnicy w 2023 r. otrzymali wynagrodzenie roczne odpowiednio:

4)K.J., J.B., J.N. – po

31 120 zł każdy (przy 2 760 zł za 1 dzień w tygodniu i 4 dni w miesiącu);

5)M.B., E.K., K.P. – po 66 240 zł każdy (przy 5 520 z. za 2 dni w tygodniu i 8 dni w miesiącu),

6)A.F., M.H. – po 99 360 zł każdy (przy 8 280 zł za

3 dni w tygodniu i 12 dni w miesiącu),

- co daje łącznie kwotę 486 800 zł (różnica 35 200 zł z kwoty 522 000 zł z referencji do dyspozycji Marty Bezulskiej - Powaga).

Nawet w przypadku, gdyby Główny wykonawca M.B. przekazał całą nadwyżkę z poszczególnych umów w 2022 i 2023 r. Wykonawcy A.F. – Kluj, to i tak kwota w żadnym roku nie przekracza 200 000 zł, co było wymaganym minimum w warunkach podanych przez Zamawiającego w SWZ.

Należy uznać, że Wykonawca w treści referencji z 15.01.2025 r. oraz w wykazie usług z 15.01.2025 r. nie udowodnił, ażeby wykonał w okresie ostatnich 3 lat min. 2 usługi o przybliżonym charakterze i o wartości min. 200 000 zł każda. Powyższe świadczy wprost o niespełnieniu przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, co skutkować powinno odrzuceniem oferty (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2019 r. KIO 588/19, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2020 r. KIO 126/20; wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C387/14, dotyczący art. 48 ust. 3 Dyrektywy nr 2004/18/WE).

Co istotne, wszystkie usługi, na które Wykonawca powołał się w treści referencji oraz wykazu usług świadczone były na rzecz Zamawiającego, który powinien treść referencji, jak i wykaz usług zestawzić z rzeczywistością, co winno prowadzić do wyjaśnienia przez Zamawiającego tych okoliczności, a czego Zamawiający zaniechał.

Z dokumentem/oświadczeniem zawierającym błędy będziemy mieć do czynienia, w sytuacji, gdy ich treść nie będzie potwierdzała spełnienia określonych przez Zamawiającego w SWZ wymagań. Gdy złożone przez wykonawcę dokumenty, np. wykaz usług i referencje nie będą potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to po stronie zamawiającego co do zasady będzie aktualizował się obowiązek wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia.

Zamawiający poprzez pominięcie nieprawidłowych informacji zawartych w referencjach i wykazie usług złożonym przez Wykonawcę naruszył przepis art. 128 ust. 1 PZP, a okoliczność ta doprowadziła do wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, który nie spełniał warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 5 PZP ma możliwość zwrócenia się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie, to tym bardziej winien dokonać weryfikacji dokumentów będących w jego posiadaniu oraz w posiadaniu osób realizujących na jego rzecz usługę. Wykonawca wraz z osobami wskazanymi w ofercie z 27.12.2024 r. na dzień sporządzenia odwołania wciąż realizuje na rzecz Zamawiającego na nieznanym podstawie prawnej usługę obsługi prawnej, zatem nie powinno być dla Zamawiającego żadnym problemem uzyskanie od Wykonawcy dokumentów potwierdzających wysokość uzyskanych przez r.pr. A. Forstner-Kluj samodzielnie środków

w toku wykonywania zamówienia za lata 2022, 2023 oraz 2024. Niezwrócenie się przez Zamawiającego o wyjaśnienie tych okoliczności stanowi rażące naruszenie przepisów PZP,

w tym zasady równego traktowania Wykonawców określonej w art. 16 PZP, co należy uznać za niedopuszczalne w szczególności, że przeprowadzenie tej weryfikacji oraz dokonane w jej efekcie ustalenia prowadzić powinny do odrzucenia oferty Wykonawcy.

Ad. 2) lit. a), lit. b) i lit. c)

W ocenie Odwołującej oferta Wykonawcy nie spełniała warunków określonych w SWZ i również z tego powodu winna zostać odrzucona.

W treści SWZ (rozdział 10 ust. 1 punkt 1.3 oraz 1.5) Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, że Wykonawca powołujący się na zasoby podmiotów trzecich winien wraz z ofertą załączyć zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania niezbędnych zasobów (załącznik nr 3) oraz oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby potwierdzające brak podstaw do jego wykluczenia z postępowania (załącznik nr 5). Wykonawca do swojej oferty załączył jedynie załączniki nr 3 i załączniki nr 5 dot. J.N. oraz M.G., nie załączył natomiast oświadczeń dot. K.J., J.B., K.P., Ł.M.

oraz B.P., co z uwagi na finalne powołanie się na zasoby tych osób w postępowaniu, powinno skutkować uznaniem, że oferta została złożona w sposób niezgodny z SWZ, co powinno nieść za sobą konsekwencje w postaci jej odrzucenia.

Zezwolenie na uzupełnienie tego braku ze strony Zamawiającego w ocenie Odwołującej się w sposób oczywisty narusza zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 16 PZP oraz przepis art. 123 PZP, który uniemożliwia powołanie się na zasoby podmiotów trzecich nie wskazanych w ofercie po dniu otwarcia ofert (tak wyrok KIO

z 22.11.2022 r., KIO 2929/22, Legalis, wyrok KIO z 14.11.2022 r., sygn. KIO 2830/22).

Ponadto Wykonawca w treści wiadomości z dnia 08.01.2025r. wprost wskazuje, że uważa wezwanie do złożenia wyjaśnień za błędne, z uwagi na okoliczność, że dysponuje zasobami K.J., J.B., K.P., Ł.M., B.P., J.N. oraz M.G. bezpośrednio – na podstawie umowy cywilnoprawnej.

Z powyższego zatem wprost wynika, że zarówno M.G., jak również J.N. nie powinny zostać wskazane w treści załącznika nr 2 do SWZ jako osoby, na których zasoby drugi Wykonawca się powołuje - a zostało to tak podane w ofercie i załączniku nr 2 oraz w załączniku nr 3 i 5, a nadto w punkcie II.2 ponownie złożonego załącznika nr 2 (strona nr 3), gdzie zarówno radca prawny M.G., jak i radca prawny J.N. zostały wskazane jako udostępniające zasoby w postaci ukończenia studiów podyplomowych w zakresie zamówień publicznych oraz posiadanie przez okres minimum 4 lat uprawnień do wykonywania zawodu radcy prawnego. Potwierdza to nieprawidłowość złożenia przez drugiego Wykonawcę załącznika nr 2 do oferty już w dniu składania ofert (tj. 27.12.2024 r.). Powyższe wprost przeczy twierdzeniom Wykonawcy wyrażonym w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 30.12.2024 r., które wskazują na łączącą go ze osobami umowę cywilnoprawną, a zarazem określeniem ich jako podwykonawców, a nadto jako podmioty, na które Wykonawca się powołuje. Wyrażony przez Odwołującego pogląd znajduje potwierdzenie w komentarzu do art. 118 autorstwa

J. E. Nowickiego (J. E. Nowicki [w:] P. Wiśniewski, J. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 118, LEX).

Kolejnym błędem popełnionym przez Wykonawcę jest wskazanie w punkcie I.2 w załączniku nr 2 jako podwykonawców nie będących podmiotem, na zasoby których się powołuje K.J., J.B., K.P., Ł.M. oraz B.P.. W przypadku, w którym strona dysponuje zasobami w ramach tzw. „dysponowania bezpośredniego” nie powinna ona wskazywać tychże osób jako podwykonawców, gdyż należą one wprost do jej potencjału kadrowego – co powinno znaleźć odpowiednie odzwierciedlenie w treści samej oferty i załączonych do niej dokumentów (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31.10.2018 r. sygn. KIO 2145/18).

W toku postępowania Wykonawca powołując się na swój potencjał kadrowy winien przedstawić dokumenty potwierdzające, że rzeczywiście takim potencjałem (który przecież ma umożliwić wykonanie zamówienia publicznego) dysponuje – co do dnia wniesienia pisma nie zostało dokonane.

W treści złożonej przez Wykonawcę oferty z 23.12.2024 r. brak jest jakiegokolwiek wzmianki o spełnieniu przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 8 ust. 1.2 lit. c) w postaci wykazania posiadania polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie określonym w ustawie o radcach prawnych z dnia 06.07.1982 r., co należy uznać za naruszenie punktu 8 ust. 1.2. lit. c) SWZ, z uwagi na okoliczność, że posiadanie tej polisy było obowiązkiem Wykonawcy, natomiast niezłożenie oświadczenia w tym przedmiocie oraz nieprzedstawienie stosownej polisy w sposób oczywisty uniemożliwiło Zamawiającemu jakąkolwiek możliwość weryfikacji jej posiadania przez Wykonawcę. Z żadnego dokumentu przedstawionego przez Wykonawcę w toku postępowania nie wynika, ażeby Wykonawca takim ubezpieczeniem dysponował, co winno prowadzić do przekonania o niespełnieniu przez niego kolejnego warunku udziału w postępowaniu i niezgodnością złożonej oferty z SWZ.

Wykonawcę w treści oferty nie wykazał także spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 8 ust. 1.2. lit. d) pkt 1 SWZ, tj. niewykazanie w treści oferty, iż każda z osób skierowana przez Wykonawcę do wykonania zamówienia posiada, co najmniej 4 lata uprawnień do wykonywania zawodu radcy prawnego lub adwokata, poprzez niepowołanie w treści oferty numerów wpisów na listę adwokatów/radców prawnych osób mających uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, co uniemożliwiło Zamawiającemu weryfikację posiadania stosownych uprawnień przez osoby mające zamówienie to wykonywać i prowadzić powinno do uznania, że posiadanie tych uprawnień nie zostało wykazane – co również powinno skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy.

Ad. 3) lit. a), lit. b), lit. c), lit. d), lit. e), lit. f), lit. g)

W treści złożonej oferty Wykonawca powołał się jedynie na zasoby udostępniane przez J.N. oraz M.G., co winno doprowadzić Zamawiającego do uzasadnionych wątpliwości zarówno w zakresie spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, jak również do dokonania oceny tychże zasobów oraz weryfikacji, czy przedstawione przez Wykonawcę zasoby dają gwarancję prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującej efektem

przeprowadzenia takiej weryfikacji winno być uznanie, iż Wykonawca nie jest w stanie wykonać przedmiotu umowy korzystając jedynie z udostępnionych zasobów, a w konsekwencji odrzucenie oferty Wykonawcy. Brak takich działań ze strony Zamawiającego należałoby uznać za rażące naruszenie art. 119 PZP i w zw. z art. 116 ust. 1 PZP (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 kwietnia 2018 r. KIO 568/18).

Kolejnym rażącym naruszeniem przepisów PZP dokonany przez Zamawiającego jest umożliwienie Wykonawcy uzupełnienia dokumentów po dniu otwarcia ofert, poprzez załączenie dokumentów w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania Wykonawcy niezbędnych zasobów (Załącznik nr 3 do SWZ) oraz oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby składanego na podstawie art. 125 ust. 1 PZP dot. przesłanek wykluczenia z postępowania i spełniania warunków udziału w postępowaniu (Załącznik nr 5 do SWZ) w zakresie dotyczącym K.J., J.B., K.P., Ł.M. oraz B.P..

Samo wezwanie do przedłożenia tych dokumentów nie stanowiłoby naruszenia w sytuacji, w której Wykonawca na skutek oczywistej omyłki nie podałby tychże osób w treści oferty (w takim przypadku Wykonawca winien złożyć stosowne oświadczenie) oraz następnie, na skutek wezwania przez Zamawiającego, przedstawiłby te oświadczenia opatrzone podpisami podmiotów udzielających zasoby aktualnymi na dzień otwarcia ofert. Mając, jednakże na uwadze treść wyjaśnień Wykonawcy z 08.01.2025 r. (w których Wykonawca nie wskazał na oczywistą omyłkę oraz podkreślił, że nie zgadza się z treścią wezwania Zamawiającego) sytuacja taka nie miała miejsca, gdyż Wykonawca celowo nie powołał się na zasoby tych podmiotów w treści oferty, co w związku z treścią art. 123 PZP uniemożliwiło Wykonawcy zmianę oferty oraz dostanie tych dokumentów po otwarciu ofert (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 281/23, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 284/23, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2022 r. sygn. akt KIO 510/22). Tożsame stanowisko zostało wyrażone również w komentarzu do art. 123 PZP autorstwa M. Sieradzkiej (M. Sieradzka (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 1, Warszawa 2022, Legalis), a także w komentarzu do art. 123 PZP (A.Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 123.).

Odnosząc się do poszczególnych ofert/wariantów oferty złożonych przez Wykonawcę (oferta złożona przez r.pr. A.F. w dniu 23.12.2024 r. jako „oferta nr 1”, natomiast ofert złożonej w dniu 08.01.2025 r. jako „ofert nr 2”), wskazać należy, że oferta nr 1 winna podlegać odrzuceniu, z uwagi na niepowołanie się przez Wykonawcę na zasoby K.J., J.B., K.P., Ł.M., Beaty

Proch-Macińskiej chociażby w zakresie 4 letniego doświadczenia w postaci wpisu na listę radców prawnych, którzy w sposób oczywisty są osobami niezbędnymi do jego wykonania. Braku tego nie można w żaden sposób konwalidować, co potwierdza szereg orzeczeń (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 281/23, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 284/23, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2022 r. sygn. akt KIO 510/22). Z powyższego zatem wprost wynika, że A.F. nie mogła powoływać się na zasoby osób trzecich, na które nie powołała się do dnia otwarcia ofert. Niewątpliwym skutkiem tej okoliczności winno być odrzucenie oferty nr 1 Wykonawcy (i to nawet pomijając dalsze błędy w złożonych dokumentach, polegające na powołaniu jako Podwykonawców osób, którymi A.F. bezpośrednio dysponuje).

W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że wiążącą dla Wykonawcy jest późniejsza chronologicznie oferta nr 2 złożona w dniu 08.01.2025 r., w której już Wykonawca prawidłowo powołał się na zasoby osób trzecich w postaci K.J., J.B., K.P., Ł.M. oraz B.P., wówczas należy wskazać, że oferta ta winna podlegać odrzuceniu z uwagi na okoliczność, że Wykonawca nie wykazał, ażeby dysponował tymi zasobami na dzień otwarcia ofert, tj. na dzień 27.12.2024 r. Jak wynika wprost z przedłożonych dokumentów, wszystkie dostane w dniu 08.01.2025 r. dokumenty podpisane zostały już po dniu 27.12.2024 r., tj. po dniu otwarciu ofert, co dowodzi, że na dzień składania oferty Wykonawca zasobami tymi nie dysponował.

Chcąc uniknąć jakichkolwiek możliwości interpretacji tego faktu, należy wskazać dokładne terminy, w których załączone dokumenty były podpisywane przez poszczególne podmioty udostępniające zasoby:

- 1.K.J.: załącznik nr 3 podpisany w dniu 02.01.2025 r. godz. 08:42, załącznik nr 5 podpisany w dniu 02.01.2025 r. godz. 08:45,
- 2.J.B.: załącznik nr 3 podpisany w dniu 02.01.2025 r. godz. 18:32, załącznik nr 5 podpisany w dniu 02.01.2025 r. godz. 18:37,
- 3.K.P.: załącznik nr 3 podpisany w dniu 03.01.2025 r. godz. 10:00, załącznik nr 5 podpisany w dniu 03.01.2025 r. godz. 09:55,
- 4.Ł.M.: załącznik nr 3 podpisany w dniu 31.12.2024 r. godz. 17:25, załącznik nr 5 podpisany w dniu 31.12.2024 r. godz. 17:26,
- 5.B.P.: załącznik nr 3 podpisany w dniu 02.01.2025 r. godz. 23:27, załącznik nr 5 podpisany w dniu 02.01.2025 r. godz. 23:25.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 08.01.2025r. przedstawił również po dwa oświadczenia nr 3 i nr 5 podpisane przez M.G. oraz J.N., które zostały podpisane po upływie terminu otwarcia ofert, co także winno prowadzić do odrzucenia oferty, nadto oświadczenia tych dwóch osób zostały złożone z prawidłową datą do oferty nr 1, ale tylko w zakresie dysponowania zasobami co do ukończonych studiów podyplomowych z zamówień publicznych. Potwierdzając zarazem, że osoby te są podwykonawcami, a więc nie zachodzi w stosunku do nich dysponowanie bezpośrednie.

Ponadto Wykonawca musi wykazać, iż zasobami, na które się powołuje dysponował najpóźniej w dniu otwarcia ofert – czego w postępowaniu Wykonawca nie wykazał, gdyż jedyne co udowodnił za pomocą dokumentów załączonych w dniu 08.01.2025 r., to właśnie to, że zasobami tymi dysponował dopiero w późniejszym okresie.

Konieczność odrzucenia oferty drugiego Wykonawcy potwierdzają powoływane wyżej wyroki Krajowej Izby Odwoławczej oraz przedstawione stanowisko doktryny. Odwołująca wskazał również jedno z nowszych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzające wyrażone powyżej stanowisko, tj. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22.03.2024 r. sygn. KIO 780/24 (podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14.10.2024 r. sygn. KIO 3357/24, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2023 r. sygn. KIO 1189/23)

Następnie należy także powołać się na brzmienie przepisu art. 219 PZP, który stanowi: „1. Oferta może być złożona tylko do upływu terminu składania ofert. 2. Do upływu terminu składania ofert wykonawca może wycofać ofertę.”

Skutkiem regulacji jest okoliczność, że po upływie terminu składania ofert nie jest możliwa ich modyfikacja, co znajduje potwierdzenie w komentarzu do art. 219 PZP autorstwa P. Graneckiego (P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 2, Warszawa 2024).

Sama zmiana oferty dokonana przez Wykonawcę oraz zaakceptowanie tychże zmian przez Zamawiającego stanowi naruszenie zasady wyrażonej w art. 219 PZP oraz może wyczerpywać znamiona podejmowania negocjacji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą,

co również należy uznać za niedopuszczalne, z uwagi na naruszenie zasady równego traktowania i niedyskryminacji wyrażony w art. 16 pkt 1) PZP (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 stycznia 2024 r. sygn. KIO 36/24).

Instytucja złożenia przez Wykonawcę wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego nie może służyć do wprowadzania jakichkolwiek zmian w treści oferty (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.08.2017 r. sygn. akt KIO 1664/17).

Zatem należy uznać, że w wyjaśnieniach z dnia 08.01.2025 r. Wykonawca de facto uzupełnił złożoną przez siebie ofertę zmieniając treść oferty złożonej pierwotnie, co jest niedopuszczalne i co winno prowadzić do odrzucenia oferty Wykonawcy.

Aktualnie z uwagi na treść wyjaśnień Wykonawcy z 08.01.2025 r. (gdzie podana została w wątpliwość zasadność wezwania Zamawiającego z 30.12.2024 r. oraz Wykonawca pozostawił Zamawiającemu dwie wersje do wyboru), w postępowaniu występują jednocześnie dwa warianty oferty A.F. (wariant oferty z 23.12.2024 r. oraz wariant oferty ze zmienionymi załącznikami z 08.01.2024 r.), co należy uznać za niedopuszczalne zważywszy na treść art. 92 PZP, który co prawda dopuszcza złożenie przez Wykonawcę oferty wariantowej, jednakże jest to możliwe jedynie w przypadku, w którym Zamawiający wyartykułował to w ogłoszeniu o zamówieniu, lub jeżeli ogłoszenie o zamówieniu nie było wymagane – w dokumentach zamówienia. W tej sprawie oferta drugiego Wykonawcy winna zostać odrzucona już z uwagi na swoją wariantowość, niedopuszczoną w toku postępowania (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31.01.2022 r. sygn. KIO 30/22).

Odwołujący odnosił się do oferty wariantowej, gdyż w przepisach PZP brak jest jakichkolwiek regulacji dotyczących ofert alternatywnych, ewentualnych lub jak w przedmiotowej sprawie składanych „z daleko idącej ostrożności”.

Jednakże w przypadku, w którym Krajowa Izba Odwoławcza nie uznałaby złożonej przez Wykonawcę oferty za wariantową powinna ona przyjąć jeden z wariantów za wariant obowiązujący i według tego też wariantu dokonać rozstrzygnięcia postępowania, gdyż funkcjonowanie w postępowaniu dwóch ofert tego samego Wykonawcy należy uznać za rażące naruszenie przepisów PZP, w tym w szczególności art. 218 ust. 1 PZP. Skutkiem złożenia przez jednego z Wykonawców dwóch (lub więcej) ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego bezwzględnie skutkować winno odrzuceniem wszystkich z tych ofert, co znajduje potwierdzenie chociażby w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 01.06.2021 r. sygn. KIO 1040/21.

W zakresie zarzutu dot. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3) PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 9) PZP należy podkreślić, że w ocenie Odwołującej Wykonawca poprzez złożenie w postępowaniu referencji i wykazu usług wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie dotyczącym spełniania warunków udziału w postępowaniu, co należy uznać za niedopuszczalne i co również powinno nieść za sobą skutek w postaci odrzucenia oferty Wykonawcy.

W wyroku z dnia 19 czerwca 2017 r., KIO 1058/17, uznano, że *świadome posłużenie się wykazem usług, w którym wskazane usługi referencyjne, nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, miało charakter celowy, a*

wykonawca świadomie dążył do wprowadzenia zamawiającego w błąd. Nie było też wątpliwości, że działanie takie miało wpływ na wynik postępowania. Brak dysponowania odpowiednim doświadczeniem spowodowałoby, iż wykonawca nie spełniałby warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem składu orzekającego, wykonawca nie może zasłaniać się faktem, że nie miał świadomości, co do niespełniania przez wskazane przez niego zadania wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, albowiem zadania te przystępujący realizował osobiście.

Wykazanie wiedzy Wykonawcy nie jest konieczne, gdyż wystarczającym jest wykazanie rażącego niedbalstwa w zakresie pozyskanych dokumentów. Rażące niedbalstwo jest niedbalstwem szczególnym, którego rozmiar i waga przekracza brak zwykłej staranności. W wyroku z 5 grudnia 2014 r., XII Ga 659/14, Sąd Okręgowy w Krakowie zwrócił uwagę, że „Złożenie nieprawdziwych informacji polega na rozbieżności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistym stanem rzeczy.” Rażące niedbalstwo jest niedbalstwem, którego rozmiar i waga przekracza brak zwykłej staranności. Mianem rażącego niedbalstwa określa się w doktrynie prawa cywilnego postać winy nieumyślnej, która przejawia się w tym, że sprawca nie chce postępować bezprawnie i chociaż przewiduje taką możliwość, nie godzi się na ten skutek, bezpodstawnie sądząc, że go uniknie (tak w wyroku z dnia 22 sierpnia 2017 r., KIO 1638/17, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę na wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r., w sprawie C-387/14, w którym TSUE).

Wprowadzenie zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie może być rozumiane w ten sposób, że zamawiający nie dostrzegł nieprawdziwości przedstawionych mu informacji i pozostał niezmiennie w błędnym przekonaniu co do spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyby bowiem tak było, zamawiający nie miałby możliwości wykluczenia wykonawcy na podstawie wskazanego wyżej przepisu. Zatem do przyjęcia, że zamawiający został wprowadzony w błąd, wystarczające jest, że sama treść przedstawionych informacji, bez ich szczególnego badania i weryfikacji, prowadziła go do wniosku, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony (wyrok z dnia 13 kwietnia 2017 r., KIO 618/17).

Podkreślenia również wymaga, że Krajowa Izba Odwoławcza, w przypadku podania nieprawdziwych danych przez wykonawcę stoi na stanowisku o niezasadności jego wzywania do ich wyjaśnienia/uzupełnienia, czemu dano wyraz w wyroku z 01.02.2024 r. sygn. akt KIO 353/24.

Zgodnie z powyższym uznać należy, iż Wykonawca poprzez złożenie referencji oraz wykazu usług o treści wskazującej nieprawdziwe informacje co najmniej dopuścił się pewnego stopnia niedbalstwa, które w efekcie doprowadziło Zamawiającego do uznania, że spełnia on warunki do udziału w postępowaniu, co również powinno skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy oraz unieważnieniem wyboru oferty Wykonawcy.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosil jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu

i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Wybór jako najkorzystniejszej oferty innego Wykonawcy godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca A.F. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radcy Prawnego A.F. z siedzibą w Deszcznie (dalej jako „Przystępujący”). Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego. Uczestnik postępowania wnosil o oddalenie odwołania w całości.

1) Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) PZP:

Wykaz usług odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia wykonanych w okresie ostatnich 3 lat, Przystępujący przedłożył w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 10.01.2025 r. W dniu 15.01.2025 r. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie złożył:

- załącznik nr 6 – oświadczenie Wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej;
- załącznik nr 7 – Wykaz osób, którymi Przystępujący będzie posługiwać się do wykonania zamówienia, i doświadczenia zawodowego w zakresie ustanowionych przez Zamawiającego kryteriów udziału w postępowaniu i oceny ofert;
- załącznik nr 8 – Wykaz usług wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane wraz z referencjami.

Był to wykaz usług świadczonych na rzecz Zamawiającego, który miał zatem pełną wiedzę w zakresie

wykonywanych usług, tj. sposobu ich wykonywania i prawidłowości. Nie jest prawdą jak twierdzi Odwołująca, że Przystępujący przedstawił wykaz usług i referencje, które zawierają nieprawdziwe informacje, gdyż poświadczają jakoby Wykonawca samodzielnie wykonywał w okresie od 01.01.2022 r. do 31.12.2023 r. usługę, przedmiotem której była stała obsługa prawna KOWR OT w Gorzowie Wlkp., podczas gdy obsługa ta była wykonywana przez wielu podwykonawców.

W wykazie Przystępujący zaznaczył, iż pierwsze dwie usługi (od 01.01.2022 do 31.12.2023 r.) wykonywał jako podwykonawca. Również w referencjach M.B. wskazała, że Przystępujący wykonywał te usługi jako podwykonawca. Zatem w wykazie i referencjach nie wskazano, że Przystępujący wykonywał te usługi samodzielnie.

Niezasadne jest również twierdzenie, że treść referencji i wykazu jest sprzeczna z rzeczywistością, gdyż usługi te wykonywane były przez 8 prawników, z których każdy otrzymywał wynagrodzenie proporcjonalne do czasu, w którym usługa ta była realizowana.

Przystępujący realizował obsługę prawną w KOWR OT Gorzów Wlkp. w takim zakresie jak każdy inny radca prawny/adwokat, wykonywał wszystkie czynności objęte zakresem przedmiotu umowy, tj. systematyczna i stała praca na rzecz KOWR w zakresie spraw prowadzonych przez KOWR, uczestnictwo w negocjacjach z kontrahentami oraz współudziału w formułowaniu treści umów i projektów porozumień rodzących skutki prawne w sprawach prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy; sprawdzanie i parafowanie pod względem formalno-prawnym wydawanych przez KOWR decyzji i postanowień wraz z parafowaniem stosownego dokumentu; sprawdzanie i parafowanie pod względem formalno-prawnym treści umów dzierżawy, aneksów do umów, porozumień oraz projektów aktów notarialnych; opiniowanie i wspólnie z KOWR wypracowanie projektów rozstrzygnięć podejmowanych przez KOWR w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod kątem ich zgodności z przepisami ustawy Pzp; sporządzanie projektów odpowiedzi na odwołania i skargi wniesione przez Wykonawców wobec czynności podjętych przez KOWR w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; sporządzanie opinii prawnej o zasadności umorzenia należności i parafowania wniosków o umorzenie; współudział w formułowaniu treści aktów notarialnych, opiniowanie projektów wewnętrznych aktów normatywnych; wydawanie, bez zbędnej zwłoki, ustnych i pisemnych opinii prawnych związanych z zakresem działalności KOWR niezbędnych w trakcie czynności prowadzonych przez pracowników merytorycznych; bieżące udzielanie porad, wyjaśnień i informacji (doradztwa prawnego) związanych z obowiązującymi przepisami; współudział w rozpatrywaniu roszczeń, skarg i interwencji; prowadzenia spraw na podstawie art. 10 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece w celu uregulowania stanu prawnego nieruchomości tworzących Zasób Własności Rolnej Skarbu Państwa; świadczenie doradztwa prawnego w zakresie zastępstwa procesowego oraz konsultowanie z KOWR taktyki postępowania; ocena zasadności kontynuowania sporu w postępowaniu sądowym lub przed innym organem oraz ocena zasadności zawarcia ugody; prowadzenie postępowań egzekucyjnych (od złożenia wniosku do zakończenia postępowania) oraz bieżące relacjonowanie KOWR przebiegu spornych postępowań; prowadzenie postępowań sądowych przed sądami administracyjnymi, powszechnymi i polubownymi (od wniesienia pozwu do uzyskania prawomocnego orzeczenia); sporządzanie wniosków, pozwów, odwołań, apelacji i innych pism procesowych w sprawach sądowych, administracyjnych i przed innymi organami orzekającymi; stała i ścisła współpraca w procesie Windykacji pod kątem monitoringu zaległych należności wobec KOWR związanych z działalnością Oddziału i w miarę wyczerpania wszystkich możliwych prawnie mechanizmów windykacyjnych, sporządzanie opinii prawnej o zasadności umorzenia należności i parafowania wniosków o ich umorzenie; rejestrowanie spraw w wymaganych systemach elektronicznych KOWR; współpraca z Wydziałami zgodnie z Regulaminem Organizacyjnym dotyczącej prowadzenia spraw związanych z zadaniami i zakresem ich działalności.

Wartość usługi przy doświadczeniu nie oznacza, że Wykonawca miał w ramach tej usługi zarobić 200.000 zł, a zdobyć doświadczenie w ramach wycenionej na taką kwotę usługi o podobnym charakterze i skoro podwykonawca robił wszystko w ramach tej usługi, to nabył odpowiednie doświadczenie. Realizowane bowiem zamówienie nie składało się z wyodrębnionych, niezwiązanych ze sobą wzajemnie usług, albo części usług wysoce wyspecjalizowanych czy zindywidualizowanych, tak iż można by stwierdzić, że dany wykonawca nabył doświadczenie tylko w ramach takiej usługi a w innej nie, co skutkowałoby niemożnością powołania się na cały zakres zamówienia.

W sytuacji jednak, gdy wszyscy prawnicy współpracowali faktycznie i realnie przy realizacji zamówienia, każdy z nich może powołać się na cały zakres zamówienia jako jego własne doświadczenie.

2) Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) PZP:

W dniu 30.12.2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień i dokumentów, gdyż podczas badania oferty stwierdził w dokumentach ofertowych Wykonawcy niejasności, które odnosiły się do dokumentu. Zamawiający wskazał, że dokument został złożony zgodnie z Rozdziałem 10 pkt 1 SWZ, jednak z dokumentu tego nie wynikało, że

a) Wykonawca spełnia warunek dot. zdolności technicznej i zawodowej tj. *„Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że każda osoba, która będzie skierowana przez Wykonawcę do realizacji zamówienia posiada, przez okres minimum 4 lat, uprawnienia (potwierdzone wpisem na listę prowadzoną przez właściwą Izbę zawodową) do wykonywania zawodu radcy*

prawnego zgodnie z ustawą z dnia 6 lipca 1982 r. albo zawodu adwokata zgodnie z ustawą z dnia 26 maja 1982 r. prawo o adwokaturze albo jest prawnikiem zagranicznym wykonującym stałą praktykę na podstawie ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu pomocy prawnej przez prawników zagranicznych w RP”.

- w ust. 1 pkt. 2 Oświadczenia Wykonawca błędnie wykazał, że będzie realizował zamówienie przy pomocy podwykonawców niebędących podmiotami, na którego zasoby powołuje się Wykonawca. W związku z warunkiem udziału dot. minimum 4 letniego doświadczenia każdego radcy prawnego/adwokata skierowanego do realizacji zamówienia, wymienieni w ust. 1 pkt. 2 Oświadczenia podwykonawcy muszą być podmiotami (podwykonawcami) na zasobach, których polega Wykonawca i zostać wpisani w ust. II pkt. 2 Oświadczenia. - w ust. II pkt. 2 Oświadczenia Wykonawca nie wykazał, że podmioty (podwykonawcy), na zasobach których polega Wykonawca spełniają warunki udziału

w postępowaniu dot. minimum 4 letniego doświadczenia każdego radcy prawnego/adwokata skierowanego do realizacji zamówienia.

Zamawiający żądał wyjaśnień poprzez jasne sprecyzowanie, przez złożenie nowego, poprawnego oświadczenia, czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu czy nie.

W związku z powyższym na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy Pzp Zamawiający wezwał, do złożenia wymienionych dokumentów:

a) Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania Wykonawcy niezbędnych zasobów (Załącznik nr 3 do SWZ), złożone przez: - K.J., - J.B., - K.P., - Ł.M., - B.P., - J.N., - M.G..

b) Oświadczenie Podmiotu udostępniającego zasoby składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Pzp dotyczące przesłanek wykluczenia

z postępowania i spełniania warunków udziału w postępowaniu (Załącznik nr 5 do SWZ),

w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby, złożone przez: - K.J., - J.B., - K.P., - Ł.M., - B.P., - J.N., - M.G..

W odpowiedzi na powyższe wezwanie w dniu 08.01.2025 r., złożono dokumenty.

Uzupełniająco wskazano, iż wszystkie wyszczególnione w wezwaniu Zamawiającego załączniki, tj. poprawiony zał. nr 2 oraz załączniki nr 3 i 5 K.J., K.P., J.B., Ł.M., M.G., J.N. i B.P., złożone zostały z daleko idącej ostrożności, gdyż tak zostało sformułowane wezwanie.

Zamawiający w Rozdziale 8 pkt 1.2 lit. d pkt 1 SWZ wskazał, że Wykonawca spełni warunek zdolności technicznej lub zawodowej jeśli wykaże że każda osoba, która będzie skierowana przez Wykonawcę do realizacji zamówienia posiada przez okres minimum 4 lat uprawnienia (potwierdzone wpisem na listę prowadzoną przez właściwą izbę zawodową) do wykonywania zawodu radcy prawnego zgodnie z ustawą albo zawodu adwokata, zgodnie z ustawą.

Zgodnie z orzecznictwem KIO, o tym, czy wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, rozstrzyga więź prawna pomiędzy nim a tymi osobami. Jeżeli tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą

a osobą, na której dysponowanie wykonawca się powołuje, mamy do czynienia

z dysponowaniem bezpośrednim. Nie zachodzi w takim przypadku powoływanie się na zasoby, gdyż nie występują zasoby podmiotów trzecich. Bez znaczenia pozostaje także, jaki dokładnie stosunek prawny łączy wykonawcę z tą osobą. Może to być umowa o pracę, umowa cywilnoprawna czy samozatrudnienie. Natomiast z pośrednim dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia mamy do czynienia w sytuacji, gdy więź prawna łączy wykonawcę z podmiotem (osobą) dysponującą tymi właśnie osobami. Innym słowy wykonawca zawiera umowę z podmiotem (osobą fizyczną, prawną lub inną jednostką organizacyjną), w którego władaniu czy dyspozycji znajduje się osoba zdolna do wykonania zamówienia i ten podmiot zobowiązuje się do udostępnienia swoich zasobów.

Biorąc powyższe pod uwagę, niezasadne jest wskazywanie, że polegam na zasobach podmiotów: K.J., K.P., J.B., Ł.M., M.G., J.N. i B.P., gdyż między tymi podmiotami, a mną jako Wykonawcą zamówienia, istnieje bezpośredni stosunek prawny. To nie jest tak, że podmioty te dysponują inną osobą zdolną do wykonania zamówienia i zobowiązują się mi ją udostępnić, tylko bezpośrednio one - te wskazane osoby, będą realizować zamówienie na podstawie zawartej ze mną umowy cywilnoprawnej. Stąd zbędnym jest składanie przez nich załącznika nr 3 i nr 5. Tak samo nie powinno się składać w załączniku nr 2 oświadczenia, że polegam na ich zasobach w zakresie spełniania wymogu minimum 4 lat wykonywania zawodu radcy prawnego czy adwokata, gdyż to bezpośrednio te osoby spełniają ten wymóg, a nie, że dysponują inną osobą spełniającą ten wymóg.

Zgodnie z pkt 1 pkt 1.2 d 1) Rozdziału 8 SWZ wskazano:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

1.2. spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

d) zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że:

1. każda osoba, która będzie skierowana przez Wykonawcę do realizacji zamówienia posiada, przez okres minimum 4 lat, uprawnienia (potwierdzone wpisem na listę prowadzoną przez właściwą Izbę zawodową) do wykonywania zawodu radcy prawnego zgodnie z ustawą z dnia 6 lipca 1982 r. albo zawodu adwokata zgodnie z ustawą z dnia 26 maja 1982 r. prawo o adwokaturze albo jest prawnikiem zagranicznym wykonującym stałą praktykę na podstawie ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu pomocy prawnej przez prawników zagranicznych w RP;

Jednocześnie z zapisów pkt 1 Rozdziału 10 SWZ wynika, jakie dokumenty należy złożyć razem z ofertą. Zgodnie z pkt 1 ppkt 1.1. jest to Oświadczenie, wynikające z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu – **Załącznik nr 2** do SWZ (...).

Oświadczenie, o którym mowa w pkt. 1 ppkt 1.1., stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert i tymczasowo zastępujący wymagane przez Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.

W związku z powyższym na etapie składania ofert nie było koniecznym wykazywanie, że każda osoba, która będzie skierowana do realizacji zamówienia posiada przez okres minimum 4 lat uprawnienia do wykonywania zawodu radcy prawnego/adwokata.

Było to warunkiem udziału w postępowaniu, a warunek ten spełniono, gdyż wszystkie osoby wskazane w załączniku nr 2 posiadały wymagane uprawnienia.

Dlatego też Zamawiający właściwie postąpił, gdyż nie miał podstaw do odrzucenia oferty z powodów wskazanych w zarzucie Odwołującej.

3) Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) PZP:

Zgodnie z pkt 1 pkt 1.2 d 1) Rozdziału 8 SWZ wskazano:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

1.2. spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

c) sytuacji ekonomicznej lub finansowej:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli posiada polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie określonym w ustawie o radcach prawnych z dnia 6 lipca 1982 r., albo ustawie z dnia 26 maja 1982 r. prawo o adwokaturze albo ustawie z dnia 05.07.2002 r. o świadczeniu pomocy prawnej przez prawników zagranicznych w RP.

Zatem na etapie składania oferty, również nie było wymogu wykazania posiadania polisy. Był to jeden z warunków przystąpienia do udziału w postępowaniu, czego zdaje się Odwołująca nie rozróżnia. SWZ wyraźnie podaje: „*Wykonawca spełni warunek, jeżeli posiada polisę*”, a nie, wykaże w ofercie.

Nadto Odwołująca, sama będąc radcą prawnym, posiada wiedzę, że każdy radca prawny posiada obowiązkową polisę ubezpieczenia i jest objęty ubezpieczeniem w ramach składki członkowskiej, na podstawie Umowy Generalnej między Krajową Izbą Radców Prawnych a UNIQA. Stąd zarzut ten należy uznać za wysoce niezrozumiały.

4) Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) PZP

Przystępujący powołuje się na argumentację jak w stosunku do dwóch wyżej wymienionych zarzutów. Nie było takiego wymogu w SWZ, aby w ofercie wskazywać numery wpisów na listę adwokatów/radców prawnych. Spełnianie wymogu posiadania minimum

4 – letniego uprawnienia do wykonywania zawodu przez każdą skierowaną osobę, był to jeden z warunków przystąpienia do udziału w postępowaniu.

5) Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP:

Zgodnie z art. 123 p.z.p. Wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

Niewłaściwe jest wskazywanie przez Odwołującą na naruszenie tego przepisu, gdyż przepis ten nie ma zastosowania w sprawie.

W wyjaśnieniach z dnia 08.01.2025 r., powoływanie się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby polegało na tym, iż Wykonawca będzie wykorzystywał potencjał podmiotu trzeciego. Tymczasem Przystępujący polegał wyłącznie na własnych zasobach, natomiast oświadczenie i załączniki nr 3 i nr 5 osób złożono z ostrożności, gdyż tak brzmiało wezwanie Zamawiającego. Zamawiający uznał wyjaśnienia Przystępującego w tym zakresie i zgodnie z przepisami i SWZ wybrał ofertę, gdyż nie podlegała ona odrzuceniu i była ofertą, która uzyskała najwięcej punktów.

O tym, czy wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, rozstrzyga więź prawna

między nim a tymi osobami. Jeżeli tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą, na której dysponowanie wykonawca się powołuje, mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. Nie zachodzi w takim przypadku powoływanie się na zasoby, gdyż nie występują zasoby podmiotów trzecich. Bez znaczenia pozostaje także, jaki dokładnie stosunek prawny łączy wykonawcę z tą osobą. Może to być umowa o pracę, umowa cywilnoprawna czy samozatrudnienie. Natomiast z pośrednim dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia mamy do czynienia w sytuacji, gdy więź prawna łączy wykonawcę z podmiotem (osobą) dysponującą tymi właśnie osobami. Innym słowem wykonawca zawiera umowę

z podmiotem (osobą fizyczną, prawną lub inną jednostką organizacyjną), w którego władaniu czy dyspozycji znajduje się osoba zdolna do wykonania zamówienia i ten podmiot zobowiązuje się do udostępnienia swoich zasobów.

Między wskazanymi podmiotami, a Wykonawcą, istnieje bezpośredni stosunek prawny. To nie jest tak, że podmioty te dysponują inną osobą zdolną do wykonania zamówienia i zobowiązują się ją udostępnić, tylko bezpośrednio one - te wskazane osoby, będą realizować zamówienie na podstawie zawartej ze mną umowy cywilnoprawnej.

Zatem nie ma racji Odwołująca, że został naruszony art. 123 PZP, gdyż nie ma on w sprawie zastosowania.

6) Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP:

Przystępujący podtrzymał argumentację przedstawioną w pkt 3 i nie widzi potrzeby jej ponownego przytaczania.

7) Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP:

Przystępujący podtrzymuje argumentację przedstawioną w pkt 4 i nie widzi potrzeby jej ponownego przytaczania.

8) Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3) PZP:

Zgodnie z art. 116 ust.1 p.z.p. w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Wszystkie warunki przystąpienia do udziału w postępowaniu, określone w Rozdziale 8 dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej spełnia sam Wykonawca oraz z osobami, które będą skierowane do realizacji zamówienia. Podmioty wskazane w osobie M.G. i J.N. zostały wskazane nie w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, lecz uzasadniających kwalifikacje zawodowe w zakresie posiadania studiów podyplomowych z zamówień publicznych, które to kwalifikacje zawodowe zostały określone w pkt 13 i 14 Rozdziału 21 SWZ.

9) Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3) PZP:

Przystępujący podtrzymał argumentację wskazaną w pkt 2 i pkt 5.

Art. 123 p.z.p. nie ma zastosowania, gdyż Przystępujący nie powoływał się na zasoby pięciu z ośmiu osób, ponieważ te pięć osób nie udostępniało swoich zasobów, tj. innych osób będących w ich władaniu lub dyspozycji, lecz między Przystępującym a tymi osobami istniał i nadal istnieje bezpośredni stosunek prawny.

10) Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3) PZP:

Nie polega na prawdziwe twierdzenie, iż Przystępujący w toku zamówienia diametralnie zmienił (lub uzupełnił) treść złożonej oferty, poprzez powołanie się po dniu otwarcia ofert na zasoby pięciu kolejnych podmiotów.

Przystępujący nie polegał na zasobach innych podmiotów i nie można uznać, że oferta została zmieniona lub uzupełniona. Dokumenty złożone w postaci załączników nr 3 i nr 5 pięciu kolejnych osób Przystępujący złożył jedynie z ostrożności, gdyż tego zażądał Zamawiający. Ale zostało to wyjaśnione w odpowiedzi na to wezwanie, że nie istnieje tutaj poleganie na zasobach podmiotu trzeciego, tylko dysponowanie bezpośrednie.

11) Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3) PZP:

Nie można uznać, że Przystępujący wprowadził w błąd Zamawiającego, składając wykaz usług oraz referencje w dniu 15.01.2025 r.

Wykaz usług oraz referencje zawierały prawdziwe informacje, potwierdzające fakty, które miały miejsce. A co najważniejsze, wykaz i referencje potwierdzały wykonanie usług na rzecz Zamawiającego, a nie podmiotu trzeciego, stąd Zamawiający miał również te informacje, z własnych zasobów. Szczegółowo do zarzutu odnoszącego się do wykazu usług i referencji Przystępujący ustosunkował się już w pkt 1 pisma.

12) Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3) PZP:

Nie można uznać, że oferta złożona przez Przystępującego wprowadziła w błąd Zamawiającego. Wręcz przeciwnie, to oferta Odwołującej wprowadza w błąd Zamawiającego, gdyż powołuje się ona na zasoby podmiotów trzecich, którzy będą jej udostępniać inne osoby, które są w ich dyspozycji lub władaniu, a to przecież bezpośrednio te

wskazane przez Odwołującą osoby miałyby realizować zamówienie.

W żadnym miejscu w SWZ, Zamawiający nie wymagał przedłożenia umów z osobami, którymi Przystępujący dysponował bezpośrednio i tym bardziej nie wymagał takich dokumentów przy składaniu oferty. W pkt. 1 Rozdziału 10 SWZ zostało wskazane jakie dokumenty należy złożyć razem z ofertą. Zatem stawianie wymogów stworzonych przez Odwołującą i czynienie zarzutów na tej podstawie, wykracza poza zapisy SWZ.

13) Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3) PZP:

Zarzut jest bezzasadny. Przystępujący nie złożył ani oferty wariantowej ani dwóch różnych ofert. Z dokumentacji zamówienia wynika, iż Przystępujący został w dniu 30.12.2024 r. wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień i złożenia dokumentów w postaci załączników nr 3 i nr 5 pięciu podwykonawców. Przystępujący wykonał zobowiązanie zgodnie z wezwaniem, jednakże zastrzegł, że czyni z daleko idącej ostrożności. Przystępujący wskazał, że nie jest tak, że te pięć osób zobowiązuje się oddać do dyspozycji Przystępującemu innych osób będących w ich dyspozycji lub władaniu, tylko te pięć osób będzie osobiście wykonywać przedmiot zamówienia, a Przystępujący dysponuje nimi bezpośrednio.

Reasumując, nie można również przyjąć, że Zamawiający naruszył art. 16 i 17 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zasad zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości i proporcjonalności, a także zasady efektywności i legalizmu.

Oferta Przystępującego spełniała wszystkie wymogi i została złożona zgodnie z SWZ i przepisami prawa, a Zamawiający dokonując wyboru oferty Przystępującego nie naruszył ani zapisów SWZ, ani przepisów prawa ani warunków zamówienia. Zatem nie było podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Na podstawie przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że w rozdziale 8 SWZ wskazano, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

1.1. nie podlegają wykluczeniu na zasadach określonych w Rozdziale 9 niniejszej SWZ,

1.2. spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

a) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym:

Zamawiający nie wyznacza szczegółowego warunku w tym zakresie,

b) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej,

o ile wynika to z odrębnych przepisów:

Zamawiający nie wyznacza szczegółowego warunku w tym zakresie,

c) sytuacji ekonomicznej lub finansowej:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli posiada polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie określonym w ustawie o radcach prawnych z dnia 6 lipca 1982 r., albo ustawie z dnia 26 maja 1982 r. prawo o adwokaturze albo ustawie z dnia 05.07.2002 r. o świadczeniu pomocy prawnej przez prawników zagranicznych w RP,

d) zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że:

1. każda osoba, która będzie skierowana przez Wykonawcę do realizacji zamówienia posiada, przez okres minimum 4 lat, uprawnienia (potwierdzone wpisem na listę prowadzoną przez właściwą Izbę zawodową) do wykonywania zawodu radcy prawnego zgodnie z ustawą z dnia 6 lipca 1982 r. albo zawodu adwokata zgodnie z ustawą z dnia 26 maja 1982 r. prawo o adwokaturze albo jest prawnikiem zagranicznym wykonującym stałą praktykę na podstawie ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu pomocy prawnej przez prawników zagranicznych w RP;

2. dysponuje co najmniej jedną osobą, która będzie skierowana do realizacji zamówienia, posiadającą co najmniej siedmioletnie doświadczenie w obsłudze prawnej organów administracji publicznej lub innych podmiotów uprawnionych do wydawania decyzji administracyjnych;

3. dysponuje co najmniej jedną osobą, która będzie skierowana do realizacji zamówienia, posiadającą co najmniej pięcioletnie doświadczenie w obsłudze prawnej jednostek sektora finansów publicznych innych niż jednostki budżetowe;

4. dysponuje co najmniej jedną osobą, która będzie skierowana do realizacji zamówienia, posiadającą co najmniej pięcioletnie doświadczenie w obsłudze prawnej jednostek zajmujących się gospodarowaniem mieniem Skarbu Państwa;

5. dysponuje co najmniej jedną osobą, która będzie skierowana do realizacji zamówienia, posiadającą co najmniej pięcioletnie doświadczenie w obsłudze prawnej podmiotów zajmujących się ochroną praw pracowniczych;

6. wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie min. 2 usługi o przybliżonym charakterze i o wartości min. 200 000,00 zł każda.

Spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- a) warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej – warunek musi spełnić każdy z Wykonawców,
- b) warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej – Zamawiający dopuszcza łączne spełnianie warunku przez Wykonawców.

Oceniając zdolność techniczną lub zawodową Zamawiający może na każdym etapie postępowania, uznać, że Wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez Wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych Wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze Wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Z rozdziału 10 SWZ wynikało, że dokumenty składane razem z ofertą stanowiły:

1.1. Oświadczenie, wynikające z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu – Załącznik nr 2 do SWZ,

Oświadczenie (...) stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert i tymczasowo zastępujący wymagane przez Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.

1.2. W przypadku, gdy Wykonawca przy realizacji zamówienia korzysta z usług podwykonawcy, nie będącego podmiotem na którego zasoby się powołuje, oświadczenie Wykonawcy, że podwykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania w określonym w SWZ zakresie – Załącznik nr 2 do SWZ.

1.3. Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania Wykonawcy niezbędnych zasobów (jeżeli dotyczy) – Załącznik nr 3 do SWZ.

1.4. Oświadczenie Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy (jeżeli dotyczy) – Załącznik nr 4 do SWZ.

1.5. W przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, Wykonawca przedstawia oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu (Załącznik nr 5 do SWZ), w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby.

Dokumenty składane na wezwanie Zamawiającego stanowiły:

Zamawiający zgodnie z art. 274 ustawy Pzp wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych tj.:

a) Oświadczenie Wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, z innym Wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego Wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej. *W przypadku ofert wspólnych (konsorcjum, spółka cywilna), przedmiotowe oświadczenie w swoim imieniu bezwzględnie składa każdy z Wykonawców* – Załącznik nr 6 do SWZ.

b) Odpis lub informacja z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy, sporządzonych nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji.

c) Wykaz osób, którymi Wykonawca będzie się posługiwał do wykonania zamówienia, z podaniem imienia i nazwiska, wraz z danymi na temat ich kwalifikacji niezbędnych do wykonania zamówienia, i doświadczenia zawodowego w zakresie ustanowionych przez Zamawiającego kryteriów udziału w postępowaniu i oceny ofert – Załącznik nr 7 do SWZ.

W wykazie należy umieścić zarówno własnych pracowników jak i ewentualnych podwykonawców.

d) Wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 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 lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy – Załącznik nr 8 do SWZ.

Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 4 w zw. z art. 266 ustawy Pzp zażądał wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, tj. „Oświadczenie Wykonawcy/Wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania i spełniania warunków udziału w postępowaniu” (dalej „Oświadczenie” – Załącznik nr 2 do Specyfikacja Warunków zamówienia (dalej „SWZ”).

Zamawiający podczas badania oferty stwierdził w dokumentach ofertowych Wykonawcy niejasności, które odnosiły się do wyżej wskazanego dokumentu.

Dokument został złożony zgodnie z Rozdziałem 10 pkt 1 SWZ, jednak z dokumentu tego nie wynika, że

a) Wykonawca spełnia warunek dot. zdolności technicznej i zawodowej

tj., „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że każda osoba, która będzie skierowana przez Wykonawcę do realizacji zamówienia posiada, przez okres minimum 4 lat, uprawnienia (potwierdzone wpisem na listę prowadzoną przez właściwą Izbę zawodową) do wykonywania zawodu radcy prawnego zgodnie z ustawą z dnia 6 lipca 1982 r. albo zawodu adwokata zgodnie z ustawą z dnia 26 maja 1982 r. prawo o adwokaturze albo jest prawnikiem zagranicznym wykonującym stałą praktykę na podstawie ustawy z dnia 5 lipca 2002 r.

o świadczeniu pomocy prawnej przez prawników zagranicznych w RP”.

– w ust. I pkt. 2 Oświadczenia Wykonawca błędnie wykazał, że będzie realizował zamówienie przy pomocy podwykonawców niebędących podmiotami, na którego zasoby powołuje się Wykonawca. W związku z warunkiem udziału w postępowaniu dot. minimum

4 letniego doświadczenia każdego radcy prawnego/adwokata skierowanego do realizacji zamówienia, wymienieni w ust. I pkt. 2 Oświadczenia podwykonawcy muszą być podmiotami (podwykonawcami) na zasobach których polega Wykonawca i zostać wpisani w ust. II pkt. 2 Oświadczenia.

– w ust. II pkt. 2 Oświadczenia Wykonawca nie wykazał, że podmioty (podwykonawcy) na zasobach których polega Wykonawca spełniają warunki udziału w postępowaniu dot. minimum 4 letniego doświadczenia każdego radcy prawnego/adwokata skierowanego do realizacji zamówienia.

W przedstawionych okolicznościach Zamawiający żąda wyjaśnień poprzez jasne sprecyzowanie, przez złożenie nowego, poprawnego oświadczenia, czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu czy nie. Wzór Oświadczenia (Załącznik nr 2 do SWZ) w załączeniu.

2) w związku z powyższym na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy Pzp Zamawiający wezwał, do złożenia dokumentów:

a) Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania Wykonawcy niezbędnych zasobów (Załącznik nr 3 do SWZ), złożone przez:

– K.J.,

– J.B.,

– K.P.,

– Ł.M.,

– B.P.,

– J.N.,

– M.G..

b) Oświadczenie Podmiotu udostępniającego zasoby składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Pzp dotyczące przesłanek wykluczenia

z postępowania i spełniania warunków udziału w postępowaniu (Załącznik nr 5 do SWZ),

w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby, złożone przez:

– K.J.,

– J.B.,

– K.P.,

– Ł.M.,

– B.P.,

– J.N.,

– M.G..

Wzory dokumentów (Załączniki nr 3 i 5 do SWZ) w załączeniu.

Złożone dokumenty muszą zostać opatrzone podpisem kwalifikowanym, zaufanym bądź osobistym (odpowiednio przez Wykonawcę i podmioty udostępniającego zasoby).

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący złożył poprawny zał. nr 2 Oświadczenie Wykonawcy/Wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp dotyczące

przesłanek wykluczenia z postępowania

i spełniania warunków udziału w postępowaniu. W związku z warunkiem udziału

w postępowaniu dot. minimum 4 letniego doświadczenia każdego radcy prawnego/adwokata skierowanego do realizacji zamówienia, wymienieni w ust. I pkt. 2 wcześniej złożonego Oświadczenia załączonego do oferty podwykonawcy muszą być podmiotami (podwykonawcami) na zasobach których polega Wykonawca i powinni zostać wpisani w ust. II pkt. 2 Oświadczenia.

Ponadto złożono:

- Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania Wykonawcy niezbędnych zasobów (Załącznik nr 3 do SWZ), złożone przez: -K.J., - J.B., - K.P., - Ł.M., - B.P., - J.N., - M.G.. b) Oświadczenie Podmiotu udostępniającego zasoby składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Pzp dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania i spełniania warunków udziału w postępowaniu (Załącznik nr 5 do SWZ), w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby, złożone przez: - K.J., - J.B., - K.P., - Ł.M., - B.P., - J.N., - M.G..

Uzupełniając do poprzedniej odpowiedzi na wezwanie, Przystępujący wskazał, iż wszystkie wyszczególnione w wezwaniu Zamawiającego załączniki, tj. poprawiony zał. nr 2 oraz załączniki nr 3 i 5 K.J., K.P., J.B., Ł.M., M.G., J.N. B.P., złożone zostały z daleko idącej ostrożności, gdyż tak zostało sformułowane wezwanie.

Jednakże Zamawiający w Rozdziale 8 pkt 1.2 lit. d pkt 1 wskazał, że Wykonawca spełni warunek zdolności technicznej lub zawodowej jeśli wykaże że każda osoba która będzie skierowana przez Wykonawcę do realizacji zamówienia posiada przez okres minimum 4 lat uprawnienia (potwierdzone wpisem na listę prowadzoną przez właściwą izbę zawodową) do wykonywania zawodu radcy prawnego zgodnie z ustawą albo zawodu adwokata, zgodnie z ustawą. Zgodnie z orzecznictwem KIO, o tym, czy wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, rozstrzyga więź prawna pomiędzy nim a tymi osobami.

Jeżeli tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą, na której dysponowanie wykonawca się powołuje, mamy do czynienia

z dysponowaniem bezpośrednim. Nie zachodzi w takim przypadku powoływanie się na zasoby, gdyż nie występują zasoby podmiotów trzecich. Bez znaczenia pozostaje także, jaki dokładnie stosunek prawny łączy wykonawcę z tą osobą. Może to być umowa o pracę, umowa cywilnoprawna czy samozatrudnienie. Natomiast z pośrednim dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia mamy do czynienia w sytuacji, gdy więź prawna łączy wykonawcę z podmiotem (osobą) dysponującą tymi właśnie osobami. Innym słowy wykonawca zawiera umowę z podmiotem (osobą fizyczną, prawną lub inną jednostką organizacyjną), w którego władaniu czy dyspozycji znajduje się osoba zdolna do wykonania zamówienia i ten podmiot zobowiązuje się do udostępnienia swoich zasobów.

Biorąc powyższe pod uwagę, błędne jest wskazywanie przez Wykonawcę,

że polegam na zasobach podmiotów: K.J., K.P., J.B., Ł.M., M.G., J.N. i B.P., gdyż między tymi podmiotami, a Wykonawcą, istnieje bezpośredni stosunek prawny. To nie jest tak, że podmioty te dysponują inną osobą zdolną do wykonania zamówienia i zobowiązują się mi ją udostępnić, tylko bezpośrednio one - te wskazane osoby, będą realizować zamówienie na podstawie zawartej ze mną umowy cywilnoprawnej.

Stąd zbędnym jest składanie przez nich załącznika nr 3 i nr 5, gdyż może to wprowadzać

w błąd. Tak samo Wykonawca nie powinien składać w załączniku nr 2 oświadczenia, że polegam na ich zasobach w zakresie spełniania wymogu minimum 4 lat wykonywania zawodu radcy prawnego czy adwokata.

Podsumowując, wszystkie warunki określone w SWZ w rozdziale 8 spełnia Wykonawca sam, a dodatkowo w zakresie posiadania uprawnienia do wykonywania zawodu radcy prawnego czy adwokata minimum 4 lata, spełniają wszystkie osoby, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia, z którymi łączy Wykonawcę bezpośredni stosunek prawny – umowa cywilnoprawna. Dlatego, w ocenie Wykonawcy, nie było obowiązku złożenia załącznika nr 2 w brzmieniu jaki został złożony na wezwanie Zamawiającego, ani załączników nr 3 i nr 5 ww. osób i zrobiono to z daleko idącej ostrożności, gdyby jednak Zamawiający trwał przy swoim dotychczasowym stanowisku.

Zamawiający, na podstawie art. 274 ustawy Pzp, wezwał do złożenia podmiotowych środków dowodowych, **AKTUALNYCH NA DZIEŃ ICH ZŁOŻENIA**, tj:

a) Oświadczenie Wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, z innym Wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego Wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej. W przypadku ofert wspólnych (konsorcjum, spółka cywilna), przedmiotowe oświadczenie w swoim imieniu bezwzględnie składa każdy z Wykonawców – Załącznik nr 6 do SW;

b) Wykaz osób, którymi Wykonawca będzie się posługiwał do wykonania zamówienia, z podaniem imienia i

nazwiska, wraz z danymi na temat ich kwalifikacji niezbędnych do wykonania zamówienia, i doświadczenia zawodowego w zakresie ustanowionych przez Zamawiającego kryteriów udziału w postępowaniu i oceny ofert – Załącznik nr 7 do SWZ;

W wykazie należy umieścić zarówno własnych pracowników jak i ewentualnych podwykonawców.

c) Wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 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 lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich

3 miesięcy – Załącznik nr 8 do SWZ.

Przystępujący złożył Wykaz usług

Lp.	Podmiot na rzecz którego usługa została wykonana	Przedmiot wykonanych usług	Data wykonania	Wartość wykonanych usług
1.	Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa (jako podwykonawca)	Obsługa prawna	01.01.2022– 31.12.2022	457.200,00 zł
2.	Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa (jako podwykonawca)	Obsługa prawna	01.01.2023- 31.12.2023	522.000,00 zł
3.	Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa	Obsługa prawna	01.01.2024- 31.12.2024	576.000,00 zł

Na potwierdzenie, że wymienione USŁUGI zostały wykonane należycie do oferty załączono dowody w postaci referencji M.B. Kancelaria Radcy Prawnego M.B..

W referencjach potwierdzono, że w okresie:

1. od 1.01.2020 r. do 31.12.2020 r. mój Podwykonawca radca prawny A.F. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radcy Prawnego A.F. z siedzibą w Deszcznie wykonywała usługę, przedmiotem której była stała obsługa prawna Oddziału Terenowego Krajowego Ośrodka Wsparcia Rolnictwa w Gorzowie Wlkp. Wartość usługi wynosiła 432 000,00 zł;

2. od 1.01.2021 r. do 31.12.2021 r. mój Podwykonawca radca prawny A.F. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radcy Prawnego A.F. z siedzibą w Deszcznie wykonywała usługę, przedmiotem której była stała obsługa prawna Oddziału Terenowego Krajowego Ośrodka Wsparcia Rolnictwa w Gorzowie Wlkp. Wartość usługi wynosiła 432 000,00 zł;

3. od 1.01.2022 r. do 31.12.2022 r. mój Podwykonawca radca prawny A.F. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radcy Prawnego A.F. z siedzibą w Deszcznie wykonywała usługę, przedmiotem której była stała obsługa prawna Oddziału Terenowego Krajowego Ośrodka Wsparcia Rolnictwa w Gorzowie Wlkp. Wartość usługi wynosiła 457 200,00 zł;

4. od 1.01.2023 r. do 31.12.2023 r. mój Podwykonawca radca prawny A.F.- Kluj prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radcy Prawnego A.F. z siedzibą w Deszcznie wykonywała usługę, przedmiotem której była stała obsługa prawna Oddziału Terenowego Krajowego Ośrodka Wsparcia Rolnictwa w Gorzowie Wlkp. Wartość usługi wynosiła 522 000,00 zł.

Zakres zamówienia obejmował usługi prawne w zakresie: stałej i kompleksowej obsługi prawnej związanej z prowadzoną przez KOWR działalnością oraz wykonywanie zadań

i czynności w zakresie pełnienia zastępstwa procesowego i doradztwa prawnego zgodnie

z ustawą z dnia 6 lipca 1982r. o radcach prawnych, w zakresie działalności Oddziału Terenowego w Gorzowie Wlkp. oraz Filii w Zielonej Górze, stosownie do obowiązujących przepisów prawnych, ustaw, przepisów wykonawczych a także wewnętrznych regulacji obowiązujących w KOWR Oddziale Terenowym w Gorzowie Wielkopolskim.

Podwykonawca wykonał usługi należycie.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp

Zgodnie z treścią przywołanego przepisu zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby Odwołujący słusznie wywodzi, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 8 ust. 1.2 lit. d) pkt 6) SWZ w postaci wykazania wykonania (wykonywania) w okresie ostatnich 3 lat minimum 2 usług

o przybliżonym charakterze i o wartości minimum 200 000,00 zł każda.

Odwołujący udowodnił, że zadania referencyjne 2 i 3 wykonywane były przez Przystępującego jako jednego z większej grupy podmiotów, którymi kierowała Pani Martę Bezulską-Powagę jako Koordynator. Zamawiający, z uwagi, że zadania były wykonywane na jego rzecz, posiadał na ten temat wystarczającą wiedzę i powinien był zweryfikować otrzymane informacje zestawiając zakres wykonywanych przez poszczególnych adwokatów i radców prawnych czynności z treścią umowy podpisanej z głównym wykonawcą.

W tym zakresie aktualne pozostają rozważania doktryny i orzecznictwa dotyczące możliwości polegania na doświadczeniu zdobytym przez grupę wykonawców, które szeroko omówił Odwołujący w odwołaniu. Zasady przynależne do weryfikacji doświadczenia zdobytego przez konsorcjum można również odnieść do doświadczenia zdobytego jako podwykonawca przez dany podmiot.

Sam Trybunał Sprawiedliwości UE podkreśla, iż warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum (Wyrok z dnia 18 lipca 2007 r.

w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji, sygn. C-399/05, podobnie wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt*). Trybunał widzi zatem doświadczenie konsorcjanta w postaci czynnego udziału w sprawami konsorcjum będących określonym przedsięwzięciem. Tego rodzaju podejście jest racjonalne i ma głębokie praktyczne uzasadnienie. Eliminuje bowiem wykonawców próbujących powoływać się na doświadczenie całego konsorcjum w sytuacji, gdy ich rola nie była znacząca dla inwestycji. Wobec takich podmiotów trudno bowiem stwierdzić, iż mają one faktycznie doświadczenie

w realizacji przedsięwzięć o określonej skali. A więc, każdy przypadek i każda sprawa, w tym ocena spełniania warunków udziału przez konsorcjum, jako całość oraz jako poszczególni jego członkowie, wymagają indywidualnej analizy. Jak wynika bowiem z orzeczenia *Esaprojekt* „*gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego*”. Zatem brak jest możliwości bezrefleksyjnego sumowania potencjałów (tak wyrok KIO z 29 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2169/16). Obowiązkiem Zamawiającego jest indywidualna analiza doświadczenia nabytego przez Wykonawcę w ramach konsorcjum lub jako podwykonawca, zgodnie ze stanem faktycznym oraz badaniem realnego udziału podmiotu podczas realizacji zadania (tak KIO

w wyroku z dnia 21 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2534/18 w wyroku KIO z 2 listopada 2017 r., sygn. KIO 2007/17 i KIO 2014/17).

Do oceny tak zdobytego doświadczenia należy każdorazowo podchodzić indywidualnie, biorąc pod uwagę przede wszystkim treść warunku udziału w postępowaniu, konkretne działania wykonawców podejmowane podczas realizacji

wskazanej na potwierdzenie spełnienia tego warunku inwestycji oraz faktyczną możliwość wyodrębnienia i podziału zadań pomiędzy poszczególnych Wykonawców realizujących zadanie. Istotne jest również w jaki sposób Wykonawca powołujący się na doświadczenie i wiedzę zdobyte

w ramach zadania wykonywanego przez grupę wykonawców te okoliczności wykazuje, czy to przez złożenie wymaganych wykazów, referencji, dodatkowe wyjaśnienia, umowy konsorcjum, faktury za wykonanie poszczególnych elementów zamówienia, ustalenia wewnętrzne między konsorcjantami, inne ustalenia. Wydaje się zatem, że dla rozstrzygnięcia zagadnienia, czy dany wykonawca może powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach takiej grupy najistotniejsze znaczenie będzie miał przedstawiony Zamawiającemu materiał dowodowy potwierdzający rzeczywisty zakres czynności wykonywanych przez dany podmiot i istotność tych czynności dla całego przedmiotu danego zamówienia.

Jak słusznie zauważył w odwołaniu Odwołujący Przystępująca nie wykonywała samodzielnie zadań referencyjnych dla Zamawiającego. Ten ostatni natomiast w odpowiedzi na odwołanie bezrefleksyjnie przytoczył opis przedmiotu zamówienia, twierdząc, że Przystępująca jako podwykonawca wykonywała szereg różnych przedmiotowo czynności składających się na zadanie świadczenia obsługi prawnej podmiotu. Zamawiający w żaden sposób natomiast tego nie wykazał. Ani Przystępujący ani Zamawiający nie wykazali, że nie było nie było żadnego podziału co do zakresu

prac merytorycznych, czy każdy

z podwykonawców wykonywał zadania stosownie do potrzeb Zamawiającego. Odwołujący natomiast przedstawił obszerny materiał dowodowy, z którego wynikało w jakiej wysokości poszczególni radcy i adwokaci otrzymywali wynagrodzenie, złożono oświadczenia innych podwykonawców biorących udział w realizacji zamówienia. Nie można również pominąć okoliczności, że zamówienia referencyjne były wykonywane w dwóch lokalizacjach,

a Przystępująca wykonywała zadania tylko w jednej z nich. Przystępująca twierdziła, że skoro podwykonawca robił wszystko w ramach tej usługi, to nabył odpowiednie doświadczenie.

Nic bardziej mylnego. Wykonawca zdobył doświadczenie w takim zakresie, w jakim wykonywał zadanie referencyjne i otrzymał za to wynagrodzenie. Jeżeli zaś Wykonawca twierdził, że zdobył doświadczenie w większej części niż wynika to z zapłaty wynagrodzenia, to na powyższe powinien był przedstawić dowody. Tymczasem Przystępujący w inicjatywie dowodowej pozostał całkowicie bierny. Zdaniem Izby Przystępujący nie wykazał, by jego faktyczny (realny) udział w pracach wykonanych dla zadań referencyjnych wykroczył poza ramy ustalone przez Odwołującego.

Niezwrócenie się przez Zamawiającego o wyjaśnienie treści przedłożonego wraz z referencjami wykazu usług stanowiło naruszenie przepisu 128 ustawy Pzp, a także zasady równego traktowania Wykonawców określonej w art. 16 ustawy Pzp. Bazując na posiadanej wiedzy Zamawiający winien był zestawzić treść złożonego wykazu z rzeczywistym stanem wykonywania umowy zadania referencyjnego na jego rzecz. Kluczową kwestią (do oceny wykazania doświadczenia grupy wykonawców) jest dokonanie ustaleń faktycznych w przedmiocie udziału (realnego, faktycznego działania) jednego z takich podmiotów w pracach wykonywanych w ramach realizacji konkretnego zamówienia referencyjnego.

W przypadku warunków określonych w rozdziale 8 ust. 1.2 lit. c) SWZ w postaci wykazania posiadania polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej oraz warunku określonego w rozdziale 8 ust. 1.2. lit. d) pkt 1 SWZ tj. wskazania w treści oferty numerów wpisów na listę adwokatów/radców prawnych osób mających uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, Izba nie podzieliła zapatrywań odwołania. Dla tych elementów Zamawiający zaznaczył, że dokumentem potwierdzającym spełnienie warunków udziału będzie złożenie oświadczenia, bez potrzeby składania wraz z ofertą podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający zdaniem składu orzekającego Izby nie żądał przedstawienia wraz z ofertą polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej ani też wskazania w treści oferty numerów wpisu na listę adwokatów lub radców prawnych. Zgodnie z rozdziałem Rozdziału X pkt. 2.1 SWZ Zamawiający podał, że dopiero Wykonawca, którego oferta zostanie oceniona najwyżej będzie musiał przedstawić odpowiednie dokumenty, co w przypadku Przystępującego miało miejsce. Po otrzymaniu wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych Wykonawca wskazał w jakich baz, czy też na jakich stronach wymagane informacje są powszednie dostępne. Takie ustalenia nie wpływały jednak na kształt sentencji.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp

Przystępujący złożył wraz z ofertą zobowiązania do udostępnienia zasobów oraz oświadczenia tych podmiotów, że spełniają one warunki udziału i nie podlegają wykluczeniu jedynie dla Pań J.N. oraz M.G.. W ocenie Odwołującego Przystępujący albo powinien wraz z ofertą złożyć taki komplet dokumentów także dla pozostałych osób, które wskazane zostały w ofercie jako podwykonawcy albo nie powinien składać tych dokumentów dla wszystkich podmiotów, skoro jako wyjaśniał na wezwanie, dysponuje nimi bezpośrednio.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przez warunki zamówienia należy rozumieć również warunki wynikające z opisu przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 123 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

Dostrzeżenia wymaga, iż zapisy SWZ w sposób przedstawiony w odwołaniu rozumiał sam Zamawiający, o czym świadczy treść wezwania skierowanego do Przystępującego.

W ofercie brakowało, zdaniem Zamawiającego, wykazania, że podmioty (podwykonawcy), na zasobach których polega Wykonawca spełniają warunki udziału w postępowaniu dot. minimum 4 letniego doświadczenia każdego radcy prawnego/adwokata skierowanego do realizacji zamówienia. Zamawiający ukształtował warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, że de facto każdy podmiot, który miał wykonywać zamówienie miał wykazać, że posiada przez okres minimum 4 lat uprawnienia do wykonywania zawodu radcy prawnego albo zawodu adwokata. Treść warunku nie została w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zakwestionowana, nie było w tym zakresie dodatkowych pytań do SWZ. To zaś oznacza, że decyzją Zamawiającego, przedstawiając zespół do realizacji zamówienia, każdego

uczestnika tego zespołu należało traktować jako podmiot udostępniający swoje zasoby. Oznacza to także, że należało złożyć odpowiednie zobowiązania i oświadczenia.

Skoro Przystępujący uważał, że spełnia warunek samodzielnie a przez dysponowanie bezpośrednio nie jest zobowiązany do składania zobowiązania podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów i oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu dla K.J., J.B., K.P., Ł.M., B.P., to w taki sposób powinien był zareagować na wezwanie Zamawiającego. Prawdą jest bowiem, że „Jeżeli tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą, na której dysponowanie wykonawca się powołuje, mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim”. Pozostałe dwie osoby zaś Pani M.G.

i Pani J.N. zostały wskazane jako osoby, za dysponowanie którymi Zamawiający przyznawał dodatkowe punkty, nie były to więc, wbrew twierdzeniom Przystępującego, osoby, za pomocą których potencjały Przystępujący potwierdzał spełnianie warunków określonych w rozdziale 8 SWZ. Warunki z rozdziału tego nie odnosiły się bowiem do doświadczenia zawodowego w postaci posiadania studiów podyplomowych w zakresie zamówień publicznych. Skoro więc Przystępujący złożył zobowiązania i oświadczenia dla podmiotów wykazywanych celem uzyskania dodatkowych punktów, to tym bardziej powyższe winien uczynić w związku z wykazywaniem warunków udziału określonych w rozdziale 8 SWZ. Te bowiem odnosiły się do doświadczenia w obsłudze prawnej z różnego rodzaju dziedzin, ale nie było wśród nich zamówień publicznych. Przystępujący zaś błędnie przyjmował, że warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej spełnia samodzielnie.

Tymczasem Przystępujący, w reakcji na otrzymane wezwanie, doprowadził do sytuacji, w której doszło do niedozwolonej zmiany treści oferty po upływie terminu na złożenie ofert, a także takie postępowanie uchybiło treści art. 123 ustawy Pzp. Przystępujący bowiem zamienił wskazanych w ofercie podwykonawców na podmioty udostępniające zasoby. Jeżeli zaś podmiot na etapie złożenia oferty nie powołuje się na takie zasoby (uważając, że spełnia warunek samodzielnie), to w późniejszym czasie nie może tego zrobić.

Gdyby Przystępujący ograniczył się w reakcji na wezwanie do przedstawienia Zamawiającemu swojego stanowiska o niezasadności wezwania, lub też zaskarżył czynność wezwania do złożenia dokumentów, jego działania można byłoby uznać za prawidłowe. Wykonawca jednak nie poprzestał na wyrażeniu negatywnej opinii na temat zasadności wezwania, ale złożył dokumenty, które diametralnie zmieniały kształt podmiotowy oferty.

Zamawiający w zaprezentowanym w odpowiedzi na odwołanie stanowisku zapomina, że po upływie terminu składania ofert treść SWZ pozostaje niezmienna, wiąże ona zarówno samego Zamawiającego, jak też wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Zamawiający nie może następczo, bez anulowania czynności wykonanej w postępowaniu

(w tym przypadku wezwania Przystępującego) uznać, że wezwanie o dokumenty było zbędne, same zaś dokumenty nie podlegały ocenie. Takie postępowanie narusza równe traktowanie wykonawców w postępowaniu, czyniąc wyjątek tylko dla jednego z nich, podczas gdy każdy wykonawca biorący udział w postępowaniu powinien być traktowany w taki sam sposób.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp

Upływ terminu składania ofert należy traktować jako datę będącą momentem granicznym do ustalenia reguł spełniania warunków udziału w postępowaniu przez podmioty zainteresowane uzyskaniem zamówienia. Z chwilą upływu wyznaczonego terminu treść oferty się krystalizuje w tym znaczeniu, że wszelkie okoliczności, na które powołuje się dany wykonawca co do warunków muszą istnieć. Wykonawcy, by wykazać spełnienie warunku dla zdolności zawodowej, muszą potwierdzić, że wymagane doświadczenie już posiadają, a nie że nabędą je w bliżej nieokreślonej przyszłości. Ocena spełniania warunków odnosi się do danych o charakterze historycznym, przeszłym, istniejącym w określonej przez Zamawiającego cezurze czasowej.

W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wymagał, by każda osoba, która będzie skierowana przez Wykonawcę do realizacji zamówienia posiadała, przez okres minimum 4 lat, uprawnienia (potwierdzone wpisem na listę prowadzoną przez właściwą Izbę zawodową) do wykonywania zawodu radcy prawnego zgodnie z ustawą z dnia 6 lipca 1982 r. albo zawodu adwokata zgodnie z ustawą z dnia 26 maja 1982 r. prawo o adwokaturze albo jest prawnikiem zagranicznym wykonującym stałą praktykę na podstawie ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu pomocy prawnej przez prawników zagranicznych w RP.

Skoro warunek udziału w postępowaniu nie referował do doświadczenia w zakresie zamówień publicznych, to Przystępujący nie wyjaśnił w jakim celu i aspekcie złożył podmiotowe środki dowodowe dla Pań M.G. oraz J.N., natomiast nie złożył takich dokumentów w stosunku do innych osób wskazanych w ofercie jako podwykonawcy, a podmioty te miały spełniać warunki udziału w postaci posiadania określonych uprawnień wymienionych w punktach od 1 do 5 rozdziału 8.1.2. d SWZ.

Dostrzeżenia także wymaga, iż w zakresie określonym w punkcie 8.1.2.d pkt 1 Zamawiający wymagał, by każda

osoba, która będzie skierowana przez Wykonawcę do realizacji zamówienia posiadała określone uprawnienia. Gdyby Przystępujący zareagował na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oświadczając, że pozostałe osoby wskazane w ofercie stanowią jego zasób bezpośredni, zatem to wykonawca samodzielnie spełnia dany warunek, można byłoby rozważać, że czy treść warunku została wypełniona. Jednakże Przystępujący dokonał zmiany pierwotnego stanowiska składając dodatkowe zobowiązania do udostępnienia zasobów i oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu przez osoby, które pierwotnie wskazał jako podwykonawców. Zmieniło to całkowicie kształt pierwotnie złożonej oferty, ustalając zupełnie inny sposób oceny dokumentów. Dodatkowo takie wykonanie wezwania sprzeczne było z regulacją art. 123 ustawy Pzp.

Rozważyć również należało, czy Zamawiający przez ukształtowanie warunku w taki sposób, że „każdy” z podmiotów skierowanych do wykonywania zamówienia miał posiadać określone uprawnienia, nie ustalił zasady, że jego spełnienie jest możliwe tylko wtedy, gdy cały zespół prawników realizujących zamówienia wspólnie z wykonawcą składającym ofertę udostępni swoje zasoby. W takiej sytuacji obrona, że Wykonawca (Przystępujący) samodzielnie spełnia warunek, nie mogła zostać zastosowana. O ile Izba nie podziela zapatrywań odwołania, że doszło do złożenia oferty wariantowej, to niewątpliwie w wyniku wykonania wezwania Zamawiającego doszło do zmiany potwierdzenia sposobu spełniania warunków udziału w ten sposób, że Przystępujący po upływie terminu składania ofert powołał się na zasoby podmiotów trzecich, które nie były Wykonawcy dostępne w terminie składania ofert. Niewątpliwie zaś z dokumentów złożonych na wezwanie wynikało, że na dzień składania ofert Przystępujący nie dysponował tym zasobem, ponieważ wszystkie oświadczenia

i zobowiązania podpisane zostały już po upływie terminu składania ofert a z ich treści nie wynika, że podmioty podjęły decyzję o współpracy wcześniej. Na taką okoliczność Przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów.

Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że Przystępujący dokonał wyjaśnienia sposobu rozumienia treści warunku udziału w postępowaniu, a Zamawiający się z nim zgodził i nie brał pod uwagę dokumentów przedstawionych przez Przystępującego. Wykonawca Przystępujący jasno został wezwany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Zatem złożone przez niego dodatkowo, niejako „obok” wyjaśnienia nie mogły być uznane takie treści, ponieważ w rzeczywistości wprowadzały one do danego dokumentu oferty nową treść – nowy sposób potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Złożone wyjaśnienia

i dokumenty zmieniały samodzielnie wykonywanie zamówienia przy udziale podwykonawców na wykonywanie zamówienia na zasadzie polegania na zasobach podmiotów trzecich.

Izba nie dopatrzyła się jednak w działaniach Przystępującego naruszenia normy art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którą z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który 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.

W ocenie składu orzekającego Izby Przystępujący nie dążył celowo do wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Usługi były realizowane na rzecz Zamawiającego, więc ten ostatni posiadał niezbędny zakres informacji do oceny, czy dany wykonawca zadaniami referencyjnymi potwierdził spełnienie warunku udziału. To, że dany Wykonawca odmiennie od Zamawiającego zrozumiał ustalony warunek udziału w postępowaniu nie oznacza, że działał w sposób celowy chcąc doprowadzić do uzyskania zamówienia. Czym innym jest podanie informacji sprzecznych z rzeczywistym stanem, a czym innym jest dokonywanie oceny spełniania warunków na podstawie informacji przedstawionych przez danego Wykonawcę

w ofercie i innych dokumentach. Negatywna ocena przez zamawiającego spełnienia warunku nie oznacza w każdym przypadku, że dany wykonawca przedstawił stan niezgodny

z rzeczywistością. Kwestia odmiennej oceny wynikać bowiem może z przyjęcia innej interpretacji postanowień SIWZ przez każdą ze stron, ale przedstawione informacje obiektywnie odzwierciedlają rzeczywisty stan rzeczy. Takie ustalenia nie wpływały jednak na kształt sentencji.

Konkludując, Izba uznała, że Zamawiający nieprawidłowo przeprowadził proces badania i oceny ofert, co prowadziło do uwzględnienia odwołania. Nakazano więc Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2b, pkt 3, pkt 5 ustawy Pzp. W ocenie Izby Zamawiający naruszył zasady prowadzenia postępowania wyrażone w art. 16 i 17 ustawy Pzp, w tym zasadę równego traktowania wykonawców.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stroną przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Przewodnicząca:

.....