

**WYROK**

Warszawa, 21 marca 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Chudzik

Marek Bienias

Elżbieta Dobrenko

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 3 marca 2025 r. przez wykonawcę PROKOM Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu,

w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach,

uczestnik po stronie Zamawiającego – DTŚ S.A. z siedzibą w Katowicach,

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym skierowanie do Odwołującego wezwania na podstawie art. 122 ustawy Pzp;

2. Kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego.

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:.....

.....

.....

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Generalna Dyрекja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Budowa obwodnicy miejscowości Kroczyce w ciągu drogi krajowej nr 78”*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 kwietnia 2024 r. pod numerem 240103-2024.

Wykonawca PROKOM Consulting Sp. z o.o. 3 marca 2025 r. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 123 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w związku z niezasadnym przyjęciem, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4 SWZ;

2) art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w związku z niezasadnym przyjęciem, że

oferta Odwołującego jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp, tj. art. 118 ust. 2 ustawy Pzp;

- 3)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w związku z niezasadnym przyjęciem, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;
- 4)ewentualnie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia lub poprawienia zobowiązania podmiotu trzeciego Via Regia Sp. z o.o. do udostępnienia zasobów w celu wykazania spełnienia warunków, o których mowa w pkt 8.2.4 IDW;
- 5)ewentualnie art. 122 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do zastąpienia Via Regia Sp. z o.o. innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że Odwołujący samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- powtórzenie czynności badania oraz oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- ewentualnie wezwanie Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp uzupełnienia do zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w celu wykazania spełnienia warunków, o których mowa w pkt 8.2.4 IDW;
- ewentualnie wezwanie Odwołującego na podstawie art. 122 ustawy Pzp do zastąpienia Via Regia Sp. z o.o. innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że Odwołujący samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt 8 SWZ:

8.1. *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.* 8.2. *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:*

8.2.4. *zdolności technicznej lub zawodowej:*

8.2.4.1*dotyczącej Wykonawcy: Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej:*

a)*1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. G jednojezdniowych o wartości robót co najmniej 73 mln PLN netto;*

b)*budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I. (...)*

8.2.4.2 *dotyczącej osób: Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca, na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osoby, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania:*

a)*osoba proponowana do pełnienia funkcji Inżynier Kontraktu: (...)*

b)*osoba proponowana do pełnienia funkcji Główny specjalista ds. rozszczeń: (...)*

c)*osoba proponowana do pełnienia funkcji Technolog: (...)*

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

Odwołujący złożył w formularzu ofertowym oświadczenie, zgodnie z którym zamierza powierzyć podwykonawcom realizację części nadzoru budowlanego i załączył do oferty zobowiązanie Biura Inżynierskiego Via Regia Sp. z o.o.:

(...) do oddania ww. zasobów na potrzeby realizacji zamówienia:

zdolności techniczne lub zawodowe

zdolności finansowe lub ekonomiczne

(określenie zasobu – doświadczenie, osoby skierowane do realizacji zamówienia, zdolności techniczne, zdolności finansowe lub ekonomiczne)

do dyspozycji Wykonawcy:

PROKOM Consulting Sp. z o.o.

(nazwa Wykonawcy)

przy wykonywaniu zamówienia pod nazwą:

Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa obwodnicy miejscowości Kroczyce w ciągu drogi krajowej nr 78”

OŚWIADCZAM/-MY, iż:

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

- zdolność techniczna lub zawodowa, o której mowa w pkt 8.2.4.
- zdolność ekonomiczna lub finansowa, o której mowa w pkt 8.2.3.

b) sposób i okres udostępnienia oraz wykorzystania ww. zasobów będzie następujący:

Powyższe zasoby zostaną udostępnione na cały okres realizacji ww. zamówienia. Zasoby zostaną wykorzystane jako:

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

c) zrealizuję usługi, których ww. zasoby (zdolności) dotyczą, w zakresie:

Podwykonawstwo w ww. zakresie, których wskazane zdolności dotyczą – świadczenie usługi nadzoru nad robotami budowlanymi (Pkt c) odnosi się do warunków udziału w postępowaniu dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia.)

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

W odpowiedzi na wezwanie z 5 września 2024 r. do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych Odwołujący złożył m.in.:

- Wykaz usług, w którym powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego polegające na realizacji inwestycji pn. Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie kontraktem pn. „Budowa autostrady A-18 Olszyna - Golnice (przebudowa jezdni południowej) odc. 2 od km 11+860 do 33+760.
- Wykaz osób, w którym podał osoby do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu, Technologa oraz Głównego Specjalisty ds. rozliczeń, w odniesieniu do każdej z tych osób wskazując na dysponowanie bezpośrednio.

Zamawiający 2 października 2024 r. wezwał Odwołującego m.in. do złożenia wyjaśnienia, w jaki sposób zorganizuje on swoją współpracę z Biurem Inżynierskie Via Regia Sp. z o.o. w celu zapewnienia realnego wykorzystania przekazywanych zasobów przy realizacji niniejszego zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący wyjaśnił:

Wykonawca zamierza zawrzeć z Via Regia Sp. z o.o. umowę o podwykonawstwo, w ramach której Via Regia Sp. z o.o. zostanie powierzone usługi nadzoru w branży drogowej oraz mostowej. W tym w szczególności nad robotami określonymi w pkt 1.3 OPZ ppkt 2 i 4, 13.

Via Regia Sp. z o.o. będzie świadczył usługę polegającą na zarządzaniu, pełnieniu kontroli i nadzoru inwestorskiego oraz współpracy ze służbami zamawiającego w zakresie sprawozdawczości.

Via Regia Sp. z o.o. będzie również odpowiedzialna za zapewnienie i koordynację pracy następujących członków personelu:

- Inżynier Kontraktu,
- Główny specjalista ds. rozliczeń,
- Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej,
- Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej,
- Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej, drogowej.

Via Regia Sp. z o.o. będzie brać udział we wszystkich czynnościach określonych w OPZ oraz wzorze umowy, na wszystkich etapach świadczenia usługi.

Pismem z Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b, pkt 4 oraz pkt 10 ustawy Pzp. W uzasadnieniu tej czynności Zamawiający wskazał m.in.:

(...) PROKOM Consulting Sp. z o.o. – składając na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego – wskazał na bezpośrednie dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. na stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy Wykonawcą a ww. osobami, na których dysponowanie Wykonawca się powołuje.

Powyższe oznacza, że w takim wypadku nie stosuje się art. 118 ustawy Pzp, gdyż w podanym przez Wykonawcę zakresie nie występują żadne zasoby podmiotów trzecich, a wyłącznie zasoby własne Wykonawcy.

Jak wynika z powyższego, w złożonym zobowiązaniu podmiot udostępniający zasoby wskazał, że zamierza udostępnić Wykonawcy swoje zasoby m.in. w zakresie „zdolności technicznej lub zawodowej, o której mowa w pkt 8.2.4”, natomiast Wykonawca w zakresie spełnienia warunku udziału dot. osób powołał się na bezpośrednie dysponowanie Inżynierem Kontraktu, Technologiem oraz Głównym Specjalistą ds. rozliczeń. (...)

W ocenie Zamawiającego, wskazane powyżej wyjaśnienia PROKOM Consulting Sp. z o.o. w sposób niebudzący wątpliwości prowadzą do zmiany treści Formularza ofertowego i zobowiązania udostępnionych zasobów w zakresie dotyczącym sposobu realizacji zamówienia (tj. stopnia i zakresu zaangażowania podmiotu trzeciego przy realizacji przedmiotowej usługi) i spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, dokonana w taki sposób zmianę należy uznać za zmianę istotną.

Z treści zobowiązania podmiotu Biura Inżynierskiego Via Regia Sp. z o.o. wynika, że ww. podmiot udostępni Wykonawcy swoje zasoby m.in. w zakresie: „zdolności technicznej lub zawodowej, o której mowa w pkt 8.2.4”.

W tym miejscu należy podkreślić, że z zobowiązania podmiotu Biura Inżynierskiego Via Regia Sp. z o.o. nie wynika przekazanie do wykonania zamówienia pracowników wskazanych na konkretne stanowiska w ramach kluczowego personelu.

Zgodnie z Wykazem osób złożonym przez Wykonawcę, osoby wskazane jako Ekspertki kluczowi tj. Inżynier Kontraktu, Technolog, Główny Specjalista ds. rozliczeń, stanowią personel Wykonawcy poprzez dysponowanie bezpośrednio (czyli tzw. zasoby własne).

Również wcześniejsze wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę w piśmie z dnia 08.07.2024 r. stanowiącym odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 21.06.2024 r., skierowane w trybie m.in. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych prowadzą do wniosku, że personel skierowany do realizacji zamówienia stanowi zasób własny Wykonawcy. (...)

Poprzez złożenie Wykazu osób, PROKOM Consulting Sp. z o.o. potwierdził, że w zakresie zdolności dot. osób (dysponowania Ekspertami Kluczowymi) Wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Tym samym Wykonawca zdefiniował zakres polegania na zasobach podmiotu udostępniającego zasoby i to jego obciążają wszelkie konsekwencje, które wiążą się z wynikającą z treści dokumentów załączonych do oferty deklaracją korzystania z zasobów podmiotu trzeciego z wyłączeniem osób przewidzianych na stanowisko: Inżyniera Kontraktu, Technologa oraz Głównego

Specjalisty ds. roszczeń, które wskazane zostały jako zasoby własne Wykonawcy.

Powyższe oznacza, że Wykonawca nie może w zakresie zdolności dot. osób, po terminie składania ofert, powołać się na zasoby podmiotu trzeciego w ww. zakresie. (...)

Zdaniem Zamawiającego, Wykonawca pismem z dnia 08.10.2024 r. – wbrew złożonym uprzednio zobowiązaniem podmiotu udostępniającego zasoby i Wykazem osób – w sposób niezgodny z ustawą Pzp rozszerzył zakres korzystania z zasobów podmiotu trzeciego ponad wynikający z treści oferty, poprzez wskazanie, że podmiot trzeci będzie realizował usługi m.in. poprzez delegowanie do pracy Inżyniera Kontraktu Technologa oraz Głównego Specjalisty ds. roszczeń. (...)

Niezależnie od okoliczności przytoczonych powyżej, przywołane powyżej okoliczności faktyczne jednoznacznie wskazują również na złożenie przez Wykonawcę oferty, która jest niezgodna z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp (...)

Z analizy przedłożonego do oferty zobowiązania wynika jednoznacznie, że podmiot udostępniający zasoby, tj. Biuro Inżynierskie Via Regia Sp. o.o., który posiada doświadczenie w realizacji usługi, dla której te zdolności są wymagane, nie będzie realizował przedmiotowej usługi w pełnym zakresie odpowiadającym warunkom udziału w niniejszym postępowaniu.

Podmiot udostępniający zasoby Wykonawcy zobowiązał się wyłącznie do wykonania części zakresu zamówienia (części usług w zakresie nadzoru) w stosunku do wykazywanego w całości warunku udziału.

Ze złożonego zobowiązania nie wynika jednoznacznie i precyzyjnie, że Biuro Inżynierskie Via Regia Sp. o.o. będzie świadczyć usługi nadzoru w branży mostowej i drogowej, i brać udział we czynnościach określonych w OPZ.

Z kolei wskazane w zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby doradztwo, konsultacje, wydawanie opinii, w odniesieniu do przedmiotu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem, nie może zostać uznane za wystarczające z punktu widzenia zapewnienia należytego wykonania zamówienia, ponieważ nie gwarantuje, że Wykonawcy zostaną rzeczywiście w pełni udostępnione zasoby niezbędne do wykonania zamówienia. Doradztwo, konsultacje, wydawanie opinii nie stanowią w ocenie Zamawiającego potwierdzenia czynnej i pełnej realizacji usługi objętej warunkiem udziału w postępowaniu w niniejszym postępowaniu.

(...) prawidłowe i skuteczne skorzystanie z doświadczenia zawodowego podmiotu – Biura Inżynierskiego Via Regia Sp. o.o. w zakresie nadzoru musi wiązać się również z bezpośrednim skierowaniem przez ten podmiot i zaangażowaniem do realizacji usługi co najmniej Personelu Kluczowego, a w szczególności Inżyniera Kontraktu. Powyższe jest kluczowe dla oceny realności udostępnionego zasobu.

Jednocześnie jak wynika z dokumentacji postępowania, Wykonawca składając na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego – wskazał na bezpośrednie dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. Inżyniera Kontraktu, Technologa oraz Głównego Specjalisty ds. roszczeń. Z zobowiązania nie wynika, że to Biuro Inżynierskie Via Regia Sp. z o.o. deleguje do wykonania zamówienia pracowników wskazanych na konkretne stanowiska w ramach kluczowego personelu.

W konsekwencji Biuro Inżynierskie Via Regia Sp. z o.o. nie deklaruje swojego udziału w wykonaniu zamówienia w takim zakresie, jaki wynika to z brzmienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w SWZ. (...)

Zamawiający nie ma również w stanie faktyczny sprawy podstaw do wezwania Wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego, ponieważ wezwanie do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego stanowiłoby próbę niedopuszczalnej przez ustawę Pzp ingerencji w treść oferty, która ma na celu uzupełnienie oferty o elementy pierwotnie w niej niezawarte.

Nie ulega wątpliwości, że zmiana ww. zakresie miałaby charakter istotny, gdyż dotyczyłaby zakresu i sposób realizacji zamówienia wskazanego w ofercie. Tym bardziej, że brak jest podstaw do tego, aby dokonywać zmiany treści oferty na podstawie zobowiązania podmiotu trzeciego. Nie ulega wątpliwości, że oferta stanowi oświadczenie wykonawcy, które powinno być sformułowane i skonkretyzowane już w momencie jej złożenia. Zdaniem Zamawiającego niedopuszczalne jest uzupełnienie zakresu podwykonawstwa podmiotu udostępniającego zasoby, w przypadku, gdy w pierwotnie złożonej ofercie istnieje różnica między zakresem udostępnionego zasobu wskazanego w zobowiązaniu, a zakresem jaki podmiot trzeci musi zrealizować zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp. (...)

Analiza przedłożonych dokumentów wskazuje zatem jednoznacznie, iż Wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w odniesieniu do zakresu zaangażowania ww. podmiotu przy realizacji przedmiotowej usługi, wskazując że podmiot ten będzie realizował usługę w pełnym zakresie objętym przedmiotowym warunkiem udziału w postępowaniu przy zapewnieniu m.in. osoby na stanowisku Inżyniera Kontraktu, podczas gdy z treści zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, jak i Wykazu osób złożonego przez Wykonawcę wynikają okoliczności przeczące wyjaśnieniom Wykonawcy z dnia 08.10.2024 r. (...)

*W ocenie Zamawiającego, powyższe mogło doprowadzić do wykreowania u Zamawiającego błędnego przekonania o okolicznościach nie mających potwierdzenia w rzeczywistości, a mianowicie w zakresie dotyczącym stopnia i zakresu zaangażowania podmiotu trzeciego przy realizacji przedmiotowej usług, i w konsekwencji że stosunek łączący Wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby gwarantuje Wykonawcy rzeczywisty dostęp do niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.*

*Co więcej, wprowadzenie w błąd dotyczy istotnych informacji, mających wpływ na ostateczną ocenę oferty Wykonawcy pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. (...)*

*Przedstawienie takich informacji oznacza podanie nieprawdziwych informacji, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, przy czym bez wątplenia można również Wykonawcy przypisać winę w postaci lekkomyślności lub niedbalstwa.*

*(...) przedstawienie przez Wykonawcę w piśmie z dnia 08.10.2024 r., czyli w oświadczeniu własnym, w jaki sposób zamierza spełnić warunek udziału określony w tym postępowaniu przez Zamawiającego, stanowi rażące naruszenie tego wzorca. Ze złożonego bowiem wraz z ofertą zobowiązania wynika, że podmiot trzeci nie deklaruje swojego udziału w wykonaniu zamówienia w takim zakresie, jaki był konieczny według obowiązującego warunku udziału w postępowaniu, a ponadto Wykonawca składając na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego samodzielnie wskazał na bezpośrednie dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. (...)*

Izba zważyła, co następuje:

Przepisy, których naruszenie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, stanowią:

- art. 226 ust. 1 ustawy Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: pkt 2 lit. a: została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, pkt 2 lit. b: niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, pkt 3: jest niezgodna z przepisami ustawy;
- art. 123 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;
- art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp: Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
- art. 128 ust. 1 ustawy Pzp: Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania;
- art. 122 ustawy Pzp: Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo uznał, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, jednak odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp było przedwcześnie. Z kolei odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp było niezasadne.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że Odwołujący nie wykazał za pomocą zasobów podmiotu trzeciego (Via Regia) spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia (pkt 8.2.4.1. IDW). Odwołujący bowiem nie wykazał, że udostępnienie tego doświadczenia jest realne i wystarczające do realizacji zamówienia, a udzielone Zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące sposobu przekazania tego zasobu są próbą rozszerzenia zakresu polegania na potencjale podmiotu udostępniającego zasoby.

Podkreślenia wymaga, że warunkiem skutecznego powołania się na zasoby innego podmiotu jest zapewnienie

rzeczywistego dostępu do tych zasobów w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia. Jak stanowi art. 118 ust. 4 ustawy Pzp, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności: 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby; 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia; 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą. Ponadto, stosownie do art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W świetle przytoczonych wyżej przepisów, dla skutecznego wykazania warunku udziału w postępowaniu za pomocą potencjału podmiotu trzeciego jest udostępnienie tego zasobu w zakresie i w sposób zapewniający rzeczywisty transfer takiego doświadczenia, które jest opisane w warunku udziału w postępowaniu, co w odniesieniu do warunku dotyczącego doświadczenia wiąże się z koniecznością wykonania usług przez podmiotu udostępniającego, w takim zakresie, w jakim doświadczenie zostało udostępnione.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał doświadczenie w realizacji jednego zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. G jednojezdniowych o wartości robót co najmniej 73 mln PLN netto oraz budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy. W ocenie Izby zasadne jest twierdzenie Zamawiającego, że z załączonego do oferty zobowiązania wynika jednoznacznie, że spółka Via Regia nie będzie realizowała przedmiotowej usługi w pełnym zakresie odpowiadającym warunkowi udziału w niniejszym postępowaniu. Podmiot ten zobowiązał się bowiem wyłącznie do wykonania części zakresu zamówienia (części usług w zakresie nadzoru). Zobowiązanie nie potwierdza, że będzie on świadczyć usługi nadzoru w branży mostowej i drogowej oraz brać udział we czynnościach określonych w OPZ. Z kolei pozostałe czynności, do których zobowiązał się ten podmiot (o charakterze opiniodawczo-doradczym) nie są wystarczające do realnego przekazania doświadczenia.

Ponadto, zdaniem Izby, przekonująca jest argumentacja Zamawiającego, że z uwagi na specyfikę przedmiotowych usług nadzoru nad realizacją robót budowlanych, prawidłowe i skuteczne skorzystanie z doświadczenia zawodowego innego podmiotu w zakresie nadzoru powinno wiązać się również z bezpośrednim skierowaniem przez ten podmiot i zaangażowaniem do realizacji usługi co najmniej Personelu Kluczowego, a w szczególności Inżyniera Kontraktu. Jak bowiem wskazał Zamawiający: *Nadzór nad realizacją Kontraktu będzie sprawowany przez m.in. osoby wykazane na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tj. Personel Kluczowy). Celem zapewnienia należytego wykonania Usługi, wykonawca jest zobowiązany zapewnić na etapie realizacji Umowy osoby wskazane w wykazie osób i formularzu kryteria pozacenowe, legitymujące się odpowiednim doświadczeniem. Wymagania dotyczące Personelu Kluczowego zostały podane w Tomie I, Rozdziale 1, SWZ. Na czele Zespołu Konsultanta stać będzie Inżynier Kontraktu, który będzie działał zgodnie z rolą, jaką przypisano Inżynierowi w Warunkach Kontraktu zatytułowanych „Warunki Ogólne Kontraktu - Warunki Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego” COSMOPOLI CONSULTANTS, wydanie angielsko - polskie 2000. Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999 (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils), jak również będzie pełnił funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego zgodnie z przepisami polskiego prawa i postanowieniami odpowiednich pozwoleń na prowadzenie robót, a także wspierał Zamawiającego we wszystkich czynnościach związanych z realizacją Projektu (pkt 1 i pkt 2 SWZ TOM III).* Powyższe nie było zresztą kwestionowane w zarzutach podniesionych w odwołaniu.

Odwołujący jednak przewidział do realizacji zamówienia personel kluczowy będący jego zasobem własnym, co jednoznacznie wynika z treści złożonego wykazu osób, w którym Odwołujący wskazał na bezpośrednie dysponowanie podanym w wykazie personelem. Treść wykazu osób jest spójna ze złożonym zobowiązaniem spółki Via Regia, w którym co prawda wskazano na udostępnienie zdolności technicznej lub zawodowej, o której mowa w pkt 8.2.4 IDW, bez skonkretyzowania, że dotyczy to tylko podpunktu 1, jednak przy przedstawieniu sposobu udostępnienia zasobów wskazano jedynie na delegowanie pozostałych pracowników posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie. W ocenie Izby analiza łącznie złożonego wykazu osób oraz zobowiązania do udostępnienia zasobów prowadzi do wniosku, że personel kluczowy będzie zasobem własnym Odwołującego, zaś Via Regia, w celu przekazania swojego doświadczenia zapewni m.in. oddelegowanie pozostałych pracowników.

Następnie, w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach dotyczących sposobu zorganizowania współpracy z Via Regia w celu zapewnienia realnego wykorzystania przekazywanych zasobów, Odwołujący wskazał, że: *Via Regia Sp. z*

*o.o. będzie również odpowiedzialna za zapewnienie i koordynację pracy następujących członków personelu: Inżynier Kontraktu, Główny specjalista ds. rozliczeń, Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej, Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej, drogowej. Powyższe – zdaniem Izby – jest próbą powołania się na zasób podmiotu trzeciego w szerszym zakresie niż wskazany we wcześniej przedstawionych dokumentach, co jest niedopuszczalne w świetle art. 123 ustawy Pzp. Personel kluczowy, zgodnie z wykazem osób i złożonym zobowiązaniem Via Regia, nie miał być bowiem zasobem udostępnionym przez ten podmiot, ale zasobem własnym wykonawcy. Tymczasem Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach, że to Via Regia zapewni członków personelu kluczowego, co można rozumieć wyłącznie jako oddelegowanie personelu tej spółki do realizacji zamówienia.*

Za nieprzydatny do oceny zasadności zarzutów Izba uznała przedstawiony przez Odwołującego dowód w postaci protokołu z negocjacji, złożony w celu wykazania ustaleń co do zakresu udostępnianych zasobów. Powyższy dokument nie był przedstawiony Zamawiającemu w toku postępowania odwoławczego i nie mógł być podstawą dokonanej przez Zamawiającego oceny, a okoliczności z niego wynikające nie mają potwierdzenia ani w wykazie osób, ani w treści przedstawionego zobowiązania.

Za nieprzekonującą należy uznać argumentację Odwołującego dotyczącą możliwości skierowania do pełnienia ww. funkcji zarówno z ramienia Via Regia Sp. z o.o., jak i Odwołującego. Powyższe jest o tyle niewiarygodne, że Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach dotyczących zaoferowanej ceny nie wykazał kosztów podwójnej obsady personelu kluczowego. Uprawnione jest zatem twierdzenie, że na etapie składania oferty Odwołujący nie przewidywał takiego sposobu realizacji zamówienia, który został przyjęty dopiero na potrzeby postępowania odwoławczego, w celu odparcia twierdzeń strony przeciwnej. Podobnie, nietrafna jest argumentacja Odwołującego dotycząca możliwości dokonania po zawarciu umowy zmiany personelu na personel Via Regia. Jak słusznie wskazał Zamawiający, *zgodnie z postanowieniami Umowy (SWZ TOM II) wykonawca nie może w sposób dowolny dokonywać zmian w składzie Personelu Kluczowego wskazanego w Wykazie osób oraz Kryteriach pozacenowych. Zmiany wymagają uzyskania wcześniejszej pisemnej zgody Kierownika Projektu, a osoby proponowane w ramach zmiany Personelu Kluczowego Konsultanta wskazanego w Ofercie muszą spełniać wymagania podane w SWZ, z uwzględnieniem poziomu Oferty Konsultanta (w zakresie Kryteriów pozacenowych)*. Przyjęcie natomiast stanowiska Odwołującego powodowałoby aprobatę dla jedynie formalnego, a w rzeczywistości fikcyjnego wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku dotyczącego dysponowania wymaganym doświadczeniem, jednak sankcje zastosowane przez Zamawiającego były niezasadne.

Po pierwsze, niezrozumiałe jest odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z przepisami ustawy, z powołaniem się na niezgodność z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, że skutkiem takiego sposobu powołania się na doświadczenie podmiotu trzeciego, który nie odpowiada dyspozycji ww. przepisu, jest niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający zdaje się jednak nie dostrzegać, że w sytuacji, gdy złożone dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu, ustawa wprost przewiduje konieczność skierowania do wykonawcy wezwania czy to na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, czy też – w przypadku polegania na zasobach innego podmiotu – na podstawie art. 122 ustawy Pzp. Wobec takich regulacji ustawowych nie sposób wywodzić zakazu takiego wezwania z zasady niezmienności oferty.

Ponadto wskazać należy, że jeśli Zamawiający wywodzi niezgodność oferty z ustawą z próby niezgodnego z art. 123 ustawy Pzp rozszerzenia zakresu polegania na zdolnościach podmiotu trzeciego, to również takie stanowisko nie zasługuje na aprobatę. Biorąc pod uwagę, że przepisy ustawy nie określają sankcji związanych z takim działaniem wykonawcy, za jedyny skutek niezgodności takiego działania z art. 123 ustawy Pzp można uznać jego nieskuteczność. Oznacza to, że jeśli wykonawca postępuje w sposób niezgodny z ww. przepisem, to spełnianie warunku nie może być uznane za wykazane, a konsekwencją takiej sytuacji jest obowiązek skierowania do wykonawcy stosownego wezwania, a dopiero w przypadku niewykazania warunku na skutek takiego wezwania – odrzucenie oferty. Brak jest natomiast podstaw do odrzucenia oferty jako niezgodnej z ustawą.

W ocenie Izby obowiązkiem Zamawiającego było skierowanie do Odwołującego wezwania na podstawie art. 122 ustawy Pzp. Przepis ten jest bowiem przepisem szczególnym w stosunku do art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (odnoszącego się generalnie do podmiotowych środków dowodowych), stosowanym w sytuacji, gdy wykonawca w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu polega na zdolnościach innych podmiotów. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, *przepis art. 122 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest samodzielną i osobną przesłanką do wezwania wykonawcy do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub samodzielnego wykazania spełniania warunku. Przepis ten jest jedynie wskazówką co do sposobu uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego na podstawie art. 128 ust. 1 ww. ustawy w sytuacji, gdy wykonawca korzysta z udostępnienia zasobu, a zasób ten nie*

potwierdza spełniania warunku udziału. Tym samym zastosowanie art. 122 zawsze wiąże się z uzupełnieniem podmiotowego środka dowodowego w rozumieniu art. 128 ust. 1 tej ustawy (wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 3152/24). W rozpoznawanej sprawie doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie zostało udostępnione w wystarczającym zakresie i w sposób realny, co odpowiada dyspozycji art. 122 ustawy Pzp. Zamawiający nie przedstawił żadnego uzasadnienia dla braku możliwości zastosowania tego przepisu. W ocenie Izby, nawet dostrzegając ograniczenie możliwości skuteczności zastąpienia Via Regia innym podmiotem, ze względu na brak możliwości rozszerzenia zakresu zasobów w stosunku do treści oferty, przepis art. 122 ustawy Pzp, daje wykonawcy możliwość wykazania samodzielnego spełniania warunków udziału w postępowaniu, a Zamawiający nie może odstąpić od takiego wezwania na podstawie własnych przewidywań co do tego, czy wykonawca będzie w stanie to zrobić. Dopiero nieskuteczne wezwanie w trybie art. 122 ustawy Pzp może być podstawą odrzucenia oferty Odwołującego.

Niezasadne – zdaniem Izby – jest odrzucenie oferty Odwołującego, jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania z uwagi na przedstawienie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd. Zauważenia wymaga, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, jako mający charakter sankcyjny, nie może być interpretowany rozszerzająco. Sankcja wynikająca z zastosowania tego przepisu jest tym bardziej dotkliwa, że wywołuje skutki nie tylko w danym postępowaniu, ale również w postępowaniach przyszłych – stosownie do art. 111 pkt 6 ustawy Pzp, wykluczenie wykonawcy następuje na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. W związku z powyższym stosowanie tego przepisu wymaga ścisłej interpretacji i szczególnej rozwagi. Jak przyjmuje się w orzecznictwie, art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp odnosi się do przedstawienia istotnych dla decyzji zamawiającego informacji nieprawdziwych, tj. niezgodnych z rzeczywistością. W ocenie Izby niezasadne jest rozszerzanie tego przepisu na przedstawiane przez wykonawcę informacje mające charakter wyjaśnienia pewnych założeń dotyczących przyszłego sposobu realizacji zamówienia, w tym przypadku – sposobu współpracy z podmiotem udostępniającym zasoby. O ile wyjaśnienia te nie zasługiwały na pozytywną ocenę pod kątem spełniania warunku udziału w postępowaniu, to trudno dokonać ich oceny pod kątem prawdziwości. Dotyczą one bowiem założeń odnoszących się do etapu realizacji zamówienia. Nie można wykluczyć, że Odwołujący dokonał z Via Regia uzgodnień co do sposobu organizacji współpracy przedstawionej w wyjaśnieniach i w tym znaczeniu przedstawił informacje prawdziwe, jednak uzgodnienia te w sposób spóźniony, a zatem niedozwolony rozszerzają zakres tej współpracy. To, że wyjaśnienia są niezgodne z art. 123 i art. 118 ustawy Pzp, a zatem nie potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu, nie jest tożsame z przedstawieniem informacji wprowadzających w błąd w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Gdyby przyjąć stanowisko Zamawiającego, należałoby uznać, że co do zasady nieskuteczna czy nieudolna próba wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wyczerpuje dyspozycję art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Z taką interpretacją nie sposób się zgodzić.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu w całości, w tym znaczeniu, że odrzucenie oferty Odwołującego na wszystkich podstawach prawnych okazało się niezasadne lub co najmniej przedwczesne. Jednocześnie Izba uznała za zasadne żądanie ewentualne, dotyczące nakazania Zamawiającemu skierowania do Odwołującego wezwania w trybie art. 122 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1, stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca.....

.....

.....