

Sygn. akt: KIO 281/23

Sygn. akt: KIO 282/23

WYROK

z dnia 15 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lutego 2023 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A. w dniu 31 stycznia 2023 r. przez wykonawcę: **Technitel Polska S.A. z siedzibą w Zgierzu (KIO 281/23)**

B. w dniu 31 stycznia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe ELEKTROINSTAL Miechów Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe ELEKTROINSTAL S.O. z siedzibą lidera w Miechowie (KIO 282/23)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Komendę Wojewódzką Policji w Katowicach**

przy udziale wykonawcy: **Geo-Kat Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 281/23 i KIO 282/23

orzeka:

1. Oddala odwołania

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: Technitel Polska S.A. z siedzibą w Zgierzu (sprawa o sygn. akt KIO 281/23) i wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe ELEKTROINSTAL Miechów Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe ELEKTROINSTAL S.O. z siedzibą lidera w Miechowie (sprawa o sygn. akt KIO 282/23), i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Technitel Polska S.A. z siedzibą w Zgierzu (sprawa o sygn. akt KIO 281/23) i kwotę

10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe ELEKTROINSTAL Miechów Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe ELEKTROINSTAL S.O. z siedzibą lidera w Miechowie (sprawa o sygn. akt KIO 282/23), tytułem wpisu od odwołań.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 281/23

Sygn. akt: KIO 282/23

Uzasadnienie

Komenda Wojewódzka Policji w Katowicach (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - dalej: „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „KWP Katowice - modernizacja systemu monitoringu, kontroli dostępu, systemu alarmowego i przeciwpożarowego - etap II.”; nr postępowania: ZP-2380-340/2022 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”), o wartości szacunkowej niższej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 16 września 2022 r., pod numerem 2022/BZP 00350890/01.

W dniu 26 stycznia 2023 r. zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej tj. Geo-Kat Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Geo-Kat” lub „przystępujący”). Jednocześnie zawarł informację, że oferty pozostałych wykonawców ubiegających się o to zamówienie, nie uzyskały żadnych punktów w kryteriach oceny ofert, gdyż zostały odrzucone.

Wykonawca **Technitel Polska S.A. z siedzibą w Zgierzu** (dalej „Technitel” lub „odwołujący”) w dniu 31 stycznia 2023 r. wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty Geo-Kat i odrzucenia oferty odwołującego (sprawa o sygn. akt KIO 281/23).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że ten naruszył niżej wymienione przepisy ustawy Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt. 2b w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Technitel w sytuacji, gdy oferent spełnił warunki udziału w postępowaniu, a sposób interpretacji warunku przez zamawiającego godził w zasadę przejrzystości i uczciwej konkurencji;
2. art. 239 ust. 1 w związku z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie była najkorzystniejsza w świetle przepisów ustawy Pzp i wskazanych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu, a następnie ponowienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Uzasadniając podnoszone w odwołaniu zarzuty wykonawca Technitel w pierwszej kolejności wskazał, że w toku badania i oceny ofert został wezwany przez zamawiającego do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Technitel, w wyznaczonym terminie, przedłożył m.in. wykaz robót wraz z dowodami, że roboty te zostały wykonane należycie tj. w wykazie robót wymienił dwanaście robót budowlanych dla prac związanych z systemami kontroli dostępu, których suma wynosi 648 210,00 zł. brutto oraz dwadzieścia robót budowlanych, której wartość prac związanych z systemami CCTV wynosi 3 858 879,00 zł. brutto (w tym jedną robotę z zakresu prac związanych z systemami CCTV o wartości 1 840 449,00 zł. brutto).

Odwołujący przypomniał treść warunku udziału w postępowaniu, opisanego w Sekcji VII punkt 1.4.1 specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”), w zakresie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej, który dotyczył posiadanego doświadczenia. Przedmiotem sporu jest treść warunku opisanego w pkt 1.4.1.b1, a więc wykonania minimum dwóch porównywalnych do udzielanego zamówienia robót budowlanych, każdej z osobna obejmujących swoim zakresem prace związane z systemami kontroli dostępu, CCTV, których suma wartości wyniosła dla prac związanych z systemami kontroli dostępu co najmniej 600 000,00 zł. brutto. W ocenie zamawiającego warunkiem było, aby maksymalnie dwie roboty budowlane dawały wartości 600 000, 00 zł. brutto, odwołujący z kolei stoi na stanowisku, że dopuszczalnym było uzyskanie tej wartości z więcej niż dwóch robót budowlanych.

Odwołujący przypomniał, że wstępnie spór zarysował się już na etapie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Technitel został wezwany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych tj.: wykazu robót oraz dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie. Podnosił, że zamawiający nie wyjaśnił dokładnie w wezwaniu, w czym upatruje ewentualnej nieprawidłowości, tym samym nie dając odwołującemu odpowiedniej szansy na uzupełnienie - zmuszając go do zgadywania jakich braków dopatrzył się zamawiający. W tej sytuacji, w odpowiedzi na wezwanie, odwołujący z ostrożności odniósł się do różnych potencjalnych zarzutów jakie mógł mieć zamawiający i dołączył swoją kalkulację, sumując wartości poszczególnych robót aby wykazać, że ich suma wynosi powyżej 600 000,00 zł. oraz dodatkowo wyjaśnił, że zamawiający wymagał co najmniej dwóch (a zatem dwóch lub

więcej) robót, których suma wartości dla prac związanych z systemami kontroli dostępu wynosiła 600 000,00 zł. brutto oraz, iż z wskazanego zapisu wynika, że doświadczenie może być wykazane w ramach więcej niż dwóch robót, a kryterium podlegającym weryfikacji jest suma wartości wykonanych robót.

Odwołujący zaznaczył, że takie rozumienie treści warunku wynika z brzmienia zapisu, które po uporządkowaniu dla większej przejrzystości jest następujące: zamawiający żąda, aby wykonawca udowodnił, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie minimum (...) dwie (...) roboty budowlane (...) których suma wartości wyniosła dla prac związanych z systemami kontroli dostępu co najmniej 600 000,00 zł brutto.

Odwołujący zauważył, że zamawiający nie podzielił tej argumentacji i odrzucił ofertę odwołującego. Zamawiający uznał, że interpretacja odwołującego jest sprzeczna z wypracowaną praktyką interpretacji warunków stawianych przez zamawiających. Wskazał, że nie zawarł w dokumentacji zapisu o dopuszczeniu sumowania zamówień o niższej wartości, celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Z tej też przyczyny odrzucił ofertę odwołującego i dokonując wyboru jedynej innej oferty, pozostającej w rankingu ofert. Oferta ta jest mniej korzystna od oferty odwołującego.

Polemizując ze stanowiskiem zamawiającego, Technitel argumentował, że zamawiający dopuścił się interpretacji SWZ na niekorzyść odwołującego, naruszając tym samym art. 16 ust. 1 ustawy Pzp. Nie jest prawdą, że interpretacja wykonawcy jest sprzeczna z wypracowaną praktyką interpretacji warunków stawianych przez zamawiających. Wręcz przeciwnie, zamawiający zdając sobie sprawę z wagi precyzji słów w sytuacji, gdy chcą aby wykonawca wykazał się jakąś robotą określonej wartości - wyraźnie wskazują to w specyfikacji. W szczególności poprzez sformułowania takie jak np. „co najmniej dwóch robót o wartości 100 000,00 zł. każda”. W warunkach niniejszego postępowania nie można doszukać się takich słów, wskazujących na wymagania co do wartości pojedynczej roboty.

Dalej odwołujący zaznaczył, że jeżeli zamawiający chciał, aby wykonawca wykazał się wykonaniem maksymalnie dwóch robót o wartości 600 000,00 zł., to powinien był zapisać „dokładnie dwóch” zamiast „minimum dwóch”. Zwrócił ponadto uwagę, że interpretacja podana przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty, iż wymagane było „Zsumowanie dwóch różnych rodzajowo zamówień, które łącznie odpowiadają pełnemu zakresowi przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu” nie znajduje odzwierciedlenia w zapisie specyfikacji, który brzmi: „minimum dwie porównywalne do udzielanego zamówienia roboty budowlane, każda z osobna obejmująca swoim zakresem

prace związane z systemami kontroli dostępu, CCTV". Z cytowanego zapisu nie wynika w żaden sposób, że jedna robota musi obejmować system kontroli dostępu, a druga robota musi obejmować system CCTV. Jeśli taka była intencja zamawiającego - to winien był zapisać punkt b) w zupełnie inny sposób np.: „co najmniej jedną robotę budowlaną obejmującą swoim zakresem prace związane z systemami kontroli dostępu, o wartości co najmniej 600 000,00 zł. brutto oraz co najmniej jedną robotę budowlaną, obejmującą swoim zakresem prace związane z systemami CCTV o wartości co najmniej 900 000,00 zł brutto". Z żadnego zapisu SWZ nie wynika ograniczenie ilości robót, z których zostanie uzyskana wskazana kwota 600 000,00 zł. Wręcz przeciwnie, zamawiający wyraźnie posługuje się liczbą mnogą i wyraźnie wskazuje na sumę wartości robót.

Dodatkowo odwołujący nadmienił, że w SWZ pod punktem 1.4.1. znajduje się zapis, że zamawiający przez jedną robotę rozumie robotę budowlaną wykonaną w ramach jednej umowy, na jednym lub kilku obiektach. Co za tym idzie, należy uznać że zamawiający wskazuje iż dopuszcza doświadczenie polegające na wykonaniu kilku mniejszych, niezależnych od siebie instalacji systemu kontroli dostępu w kilku różnych obiektach, a zatem nie wymaga aby doświadczenie było związane z wykonaniem jednego systemu o wartości 600 000,00 zł. Przy czym należy zwrócić uwagę, że z punktu widzenia nabycia odpowiedniej wiedzy i doświadczenia oraz umiejętności technicznych przez wykonawcę, których wykazanie jest istotą przedmiotowego warunku, nie ma znaczenia czy wykonanie na kilku obiektach było objęte jedną umową czy osobnymi umowami.

Co więcej, Technitel w przedłożonym wykazie robót, w zakresie kontroli dostępu, wskazał głównie roboty polegające na montażu tego typu systemów na obiektach będących stacjami energetycznymi należącymi do operatorów sieci energetycznej (np. Tauron, PGE, Energa, PKP Energetyka). Te roboty były wykonywane w ramach odrębnych umów z różnymi generalnymi wykonawcami - jedna umowa dotyczyła jednej stacji, ale odbiorcami końcowymi byli ci sami operatorzy energetyczni, a co za tym idzie systemy były wykonywane według powtarzającego się zestawu standardów i wymagań oraz, co najważniejsze w ramach sieci danego operatora stanowiły spójną całość, ponieważ były włączane do wspólnego systemu nadrzędnego obejmującego cały obszar działania tego operatora. W następstwie tego, należy uznać że Technitel posiada doświadczenie w pracy przy systemach kontroli dostępu o dużej wielkości i stopniu skomplikowania, gdyż uczestniczył w realizacji takich systemów, a z punktu widzenia nabycia wiedzy technicznej nie ma znaczenia, że były one realizowane etapami w ramach odrębnych umów.

Z ostrożności odwołujący podnosił, że nawet gdyby uznać, że dopuszczalną jest także ta alternatywna interpretacja zaproponowana przez zamawiającego, to nie był on uprawniony do jej zastosowania. Z utrwalonego orzecznictwa KIO wynika, że wszelkie

wątpliwości w SWZ należy interpretować na korzyść wykonawców. Ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień SWZ powinna ponieść zawsze strona, która ten dokument zredagowała czyli zamawiający. Przyjęcie interpretacji zawężającej, korzystnej dla niektórych tylko wykonawców, godzi w zasadę zapewnienia uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania. (tak np. w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2017 r., sygn. akt: KIO/KD 38/17 oraz w wyroku KIO z dnia 16 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1236/19).

W ocenie odwołującego, dokonana zaś przez zamawiającego interpretacja w sposób oczywisty nakierowana była na odrzucenie jego oferty. W treści wezwania do uzupełnienia, zamawiający bardzo ogólnikowo wskazał na brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie wskazując wcale, że w jego ocenie sumować można wyłącznie wartość dwóch robót. Z orzecznictwa wyraźnie wynika zakaz takiego działania (w tym miejscu wskazał na treść wyroku KIO z dnia 7 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2762/12).

Swoje odwołanie w dniu 31 stycznia 2023 r. wnieśli także wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe ELEKTROINSTAL Miechów Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe ELEKTROINSTAL S.O. z siedzibą lidera w Miechowie** (dalej: „Konsorcjum Elektroinstal” lub „odwołujący”).

Odwołanie zostało wniesione wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności wyboru oferty GEO-KAT jako najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty odwołującego (sprawa o sygn. akt KIO 282/23).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że ten prowadząc postępowanie naruszył przepisy:

1. art. 239 w zw. z art.16, art. 17 ust. 2 w zw. art. 253 pkt. 1 ustawy Pzp poprzez wybór najkorzystniejszej oferty, innej firmy niż odwołującego;
2. art. 226 ust. 1 pkt 3 poprzez odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z przepisami ustawy Pzp. Przesłanka ta nie ma zastosowania w przedmiotowej sprawie, gdyż podmiot udostępniający zasoby powinien być zastąpiony przez inny podmiot w trybie art. 122 ustawy Pzp;
3. art. 122 w zw. z art. 128 ust.1 ustawy Pzp poprzez zastąpienie dotychczasowego podmiotu udostępniającego zasoby przez inny podmiot, który udostępni zasoby w zakresie kwestionowanym przez zamawiającego;

4. art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z pkt. 4a) formularza ofertowego w związku Sekcją XI- Podwykonawstwo SWZ w zakresie braku żądania stosownych wyjaśnień oraz art. 462 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności zamawiającego z dnia 26 stycznia 2023 r. w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty odwołującego; dokonania ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego, a w szczególności zastosowaniem art. 122 ustawy Pzp przez zamawiającego; dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty odwołującego.

Odwołujący podnosił, że jego zdaniem odrzucenie jego oferty odbyło się z naruszeniem powszechnie obowiązujących przepisów.

Odnosząc się do treści uzasadnienia zamawiającego, zawartego w informacji o odrzuceniu oferty Konsorcjum Elektroinstal zwracał uwagę, że odrzucenie oferty na podstawie jej niezgodności z ustawą następuje w przypadku niezgodności oferty z wymaganiami określonymi w przepisach ustawy Pzp, a nie jakichkolwiek innych ustaw. Dotyczy to również przepisów wykonawczych, wydanych na jej podstawie (art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp). Potwierdzeniem powyższej tezy jest Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2022 r., sygn. akt KIO 659/22.

W informacji o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 26 stycznia 2023 r. zamawiający stwierdził, że nie został dochowany wymóg określony w art. 118 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący z tym twierdzeniem się nie zgadzał z tych powodów, że jak zauważył zobowiązanie podmiotu trzeciego stanowi podmiotowy środek dowodowy. Przywołał treść wyroku KIO z 24 września 2021 r., sygn. akt KIO 2353/21 w którym podniesiono, że wykładnia art. 118 ust. 3 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby stanowi podmiotowy środek dowodowy, a tym samym podlega on regulacji przewidzianej w art. 128 ust. 1 lub 4 ustawy Pzp. Tymczasem zamawiający zaniechał wzywania odwołującego do zastąpienia danego podmiotu innym podmiotem w myśl art. 122 ustawy Pzp. Na obowiązek spełnienia powyższego obowiązku przez zamawiającego wskazuje Wyrok KIO z dnia 4 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1483/22, z którego wynika, że: Jeżeli spełnienie warunku udziału w postępowaniu polegało na udostępnieniu zasobów podmiotu trzeciego, który nie wykazał jego spełnienia, to skutkuje to koniecznością wezwania wykonawcy do zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem lub podmiotami albo samodzielnego spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę. Potwierdzeniem powyższego stanowiska, jest również Wyrok KIO z dnia 28 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 128/22; Wyrok KIO z dnia 22 lutego 2022 r., sygn. akt KIO

334/22; Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3761/21 czy też Wyrok KIO z dnia 18 maja 2021 r., sygn. akt KIO 939/21.

Odwołujący dalej argumentował, że analiza treści art. 118 ust. 3 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że zobowiązanie podmiotu trzeciego nie stanowi oferty, co potwierdza ww. wyrok KIO z dnia 24 września 2021 r., sygn. akt KIO 2353/21. Jest to podmiotowy środek dowodowy, do którego ma zastosowanie między innymi art. 122 w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający odnosząc się do treści oferty, odnosi się do starego stanu prawnego i nieobowiązującej linii orzeczniczej KIO.

Definiując ofertę poprzez treść formularza ofertowego w zakresie podwykonawstwa i udostępniania zasobów przez osoby trzecie, narusza przy tym przepisy art. 122 oraz 118 ust. 3, a także art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w związku brzmieniem Sekcji X i XI SWZ. Zgodnie z Sekcją XVI - Opis sposobu przygotowania oferty, w punkcie 1 wskazano na definicję oferty: Ofertę stanowi wypełniony formularz ofertowy, kosztorys w formie kalkulacji uproszczonej wraz z wykazami materiałów, sprzętów i robocizny, oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Z przedmiotowej definicji wynika wprost, że zobowiązanie osoby trzeciej w trybie art. 118 ustawy Pzp nie stanowi oferty. W przypadku zastosowania art. 122 ustawy Pzp następuje z mocy prawa zmiana treści formularza ofertowego w pkt 4 SWZ, w przypadku zmiany podwykonawcy udostępniającego zasoby.

Wobec poniższego twierdzenia zamawiającego, że: Powyższe okoliczności, w ocenie zamawiającego wskazują na złożenie oferty, która w swej treści jest niezgodna z treścią art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którą w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zatem, skoro oferta została złożona z naruszeniem art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, to zaistniała przesłanka odrzucenia oferty określona w art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą Pzp. Ponadto, wezwanie do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego jest próbą niedopuszczalnej przez ustawę Pzp ingerencji w treść oferty, która ma na celu uzupełnienie treści oferty o elementy pierwotnie w niej niezawarte. Oferta stanowi oświadczenie wykonawcy, które powinno być sformułowane i skonkretyzowane już w momencie jej złożenia. Nie mogą prowadzić do zmiany formularza ofertowego czyli oferty. Zmiana taka miałaby charakter istotny, gdyż dotyczyłaby zakresu i sposobu realizacji zamówienia wskazanego w ofercie. Tym bardziej nie można dokonywać zmiany treści oferty na podstawie zobowiązania podmiotu trzeciego - są bezpodstawne oraz przeczą sobie nawzajem, co tym samym wskazuje na naruszenie przepisów ustawy Pzp, i potwierdza,

że zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Konsorcjum Elektroinstal z naruszeniem cytowanych w odwołaniu przepisów.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego w obu sprawach, po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca **GEO-KAT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.**

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołania, wnosząc o ich oddalenie w całości jako bezzasadnych.

Przystępujący do postępowania odwoławczego w obu sprawach wykonawca GEO-KAT złożył do akt sprawy, pisma procesowe z 13 lutego 2023 r., prezentujące jego stanowisko.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią wniesionych odwołań, odpowiedzią zamawiającego na nie, treścią pism procesowych przedłożonych przez wykonawcę GEO-KAT, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk odwołujących się wykonawców i przystępującego do postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego wykonawcy, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołujących przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez nich legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że ich interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący się wykonawcy złożyli swoje oferty w postępowaniu i ubiegają się o udzielenie zamówienia. Zamawiający dokonał czynności polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty GEO-KAT i odrzucił oferty odwołujących się wykonawców. Tym samym w okolicznościach niniejszej sprawy każdy z wykonawców może doznać szkody w wyniku naruszenia wskazywanych przez nich przepisów ustawy Pzp, gdyż w razie dokonania powtórnej oceny ofert, mają szansę być wybrani w tym postępowaniu, zawrzeć umowę, zrealizować zamówienie a w rezultacie na osiągnięcie zysku z jego realizacji.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w Sekcji IV SWZ są roboty budowlane: KWP Katowice - modernizacja systemu monitoringu, kontroli dostępu, systemu alarmowego i przeciwpożarowego - etap II.

W Sekcji VII zawarto informacje o warunkach udziału w postępowaniu, które muszą spełnić wykonawcy, w tym w zakresie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej (pkt 1.4). Zgodnie z treścią pkt 1.4.1 zamawiający, w zakresie posiadanego doświadczenia, wymagał: Zamawiający żąda, aby wykonawca udowodnił, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie minimum: (a) jedną porównywalną do udzielanego zamówienia robotę budowlaną obejmującą swoim zakresem prace związane z systemami kontroli dostępu i CCTV, których wartość wynosiła co najmniej 1 500 000,00 zł brutto; lub (b) dwie porównywalne do udzielanego zamówienia roboty budowlane każda z osobna obejmująca swoim zakresem prace związane z systemami kontroli dostępu, CCTV, których suma wartości wyniosła: (b1) dla prac związanych z systemami kontroli dostępu co najmniej 600 000,00 zł brutto; (b2) dla prac związanych z CCTV co najmniej 900 000,00 zł brutto. Poniżej znalazła się następująca uwaga: Zamawiający przez jedną robotę rozumie robotę budowlaną wykonaną w ramach jednej umowy na jednym lub kilku obiektach.

W Sekcji VIII - Wykaz podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych składanych przez wykonawcę zamawiający przewidział, że na wezwanie zamawiającego i w terminie przez niego wyznaczonym, wykonawca będzie zobowiązany złożyć wymienione podmiotowe środki dowodowe, w tym w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących żądanego doświadczenia - wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego, nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty, złożone zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWZ.

W Sekcji X pkt 2 SWZ, opisano sytuację, w której wykonawca, realizując zamówienie, będzie polegał na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby: Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Do oferty należy załączyć załącznik nr 5 do SWZ - zobowiązanie innego podmiotu.

Izba ustaliła ponadto, że wykonawca Technitel, którego oferta została oceniona najwyżej był wzywany przez zamawiającego do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym pismem z 21 listopada 2022 r. został wezwany, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu robót. Zamawiający w skierowanym do Technitel piśmie przytoczył treść warunku zamieszczonego w Sekcji VII pkt 1.4.1 SWZ i wskazał, że przedłożony przez wykonawcę wykaz robót nie spełnia warunku w zakresie prac związanych z systemami kontroli dostępu, na kwotę co najmniej 600 000,00 zł.

W odpowiedzi na powyższe Technitel, w piśmie przewodnim z 23 listopada 2022 r. wyjaśnił, iż uzupełnił załącznik Wykaz robót w pozycjach 7 oraz 18 w kolumnie „Przedmiot zamówienia”, doprecyzowując w ten sposób, iż roboty realizowane przez wykonawcę wskazane w wymienionych punktach potwierdzają jednoznacznie, iż dotyczyły m.in. realizacji robót związanych z systemami kontroli dostępu oraz dopisano pozycję nr 22. Dalej stwierdzał, że w celu wykazania spełnienia warunku w zakresie posiadanego doświadczenia, wykonawca wykazuje spełnienie warunku poprzez potwierdzenie zrealizowania minimum dwóch, porównywalnych do udzielanego zamówienia robot budowlanych, gdzie każda z osobna obejmuje swoim zakresem prace związane z systemami kontroli dostępu, CCTV, których suma wartości wynosi odpowiednio: b1) dla prac związanych z systemami kontroli dostępu co najmniej 600 000,00 zł brutto; b2) dla prac związanych z CCTV co najmniej 900 000,00 zł brutto. Jego zdaniem zamawiający w pkt. b) cytowanym powyżej zapisał, że wymaga co najmniej dwóch robót, których suma wartości dla prac związanych z systemami kontroli dostępu wynosiła 600 000 zł brutto. Ze wskazanego zapisu wynika, że doświadczenie może być wykazane w ramach więcej niż 2 robót, a kryterium podlegającym weryfikacji jest suma wartości wykonanych robót. Z kolei Technitel, w Wykazie robót wskazuje 22 roboty budowlane (potwierdza to spełnienie wymogu wskazania minimum dwóch robót budowlanych), porównywalne do udzielanego zamówienia, gdzie każda z osobna obejmuje swoim zakresem prace związane z systemami kontroli dostępu, CCTV, których suma wartości wynosi odpowiednio: b1) dla prac związanych z systemami kontroli dostępu: 722.010,00 zł brutto, w tym: Poz. 1: 150.060,00 zł - zakres związany z kontrolą

dostępu, Poz. 2: 12.300,00 zł - zakres związany z kontrolą dostępu, Poz. 4: 12.300,00 zł - zakres związany z kontrolą dostępu, Poz. 7: 135.300,00 zł - zakres związany z kontrolą dostępu, Poz. 9: 104.550,00 zł - zakres związany z kontrolą dostępu, Poz. 10: 79.950,00 zł - zakres związany z kontrolą dostępu, Poz. 11: 12.300,00 zł - zakres związany z kontrolą dostępu, Poz. 12: 12.300,00 zł - zakres związany z kontrolą dostępu, Poz. 17: 79.950,00 zł - zakres związany z kontrolą dostępu, Poz. 18: 18.450,00 zł - zakres związany z kontrolą dostępu, Poz. 20: 12.300,00 zł - zakres związany z kontrolą dostępu, Poz. 21: 18.450,00 zł - zakres związany z kontrolą dostępu, Poz. 22: 73.800,00 zł - zakres związany z kontrolą dostępu. Łączna suma wartości zrealizowanych robót, związanych z systemami kontroli dostępu, wynosi 722 010,00 zł. brutto, czyli jest to kwota przewyższająca wartość wskazaną przez zamawiającego tj. 600 000,00 zł. brutto. Na zakończenie Technitel stwierdził, że uzupełnienie załącznika z Wykazem Robót jednoznacznie potwierdza, iż wykonawca spełnia warunek dotyczący udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, wskazany w SWZ Sekcja VII punkt 1.4.1.

Izba ustaliła także, że Konsorcjum Elektroinstal w treści złożonej oferty w pkt 4, złożył następujące oświadczenie: 4. Oświadczam, że zakres objęty przedmiotem zamówienia wykonam z udziałem podwykonawcy/ców, którym zamierzam powierzyć zakres: a) prace instalacyjne, który wykona firma (podać nazwę i adres podwykonawcy oraz dane kontaktowe, jeśli są znane): Podwykonawca nie jest znany na etapie składania oferty; b) uruchomienie, który wykona firma (podać nazwę i adres podwykonawcy oraz dane kontaktowe, jeśli są znane): Symetrium Sp. z o.o., ul. Krakowska 280 32-080 Zabierzów. Do Formularza oferty załączono Załącznik nr 5 do SWZ - zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, z którego wynika m.in., że: 4. Czy podmiot, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą - w zakresie uruchomienia instalacji. Z kolei w załączniku nr 13 do SWZ znajdowało się oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, składane na podstawie art. 125 ust. 5 ustawy Pzp, a dotyczące braku istnienia podstaw wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Podmiot trzeci zadeklarował: Oświadczam, że spełniam warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w SWZ Sekcja VII pkt 1 ppkt 1.4.1 w następującym zakresie: zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie posiadanego doświadczenia.

Skład orzekający ustalił ponadto, że zamawiający dokonał wyboru oferty GEO-KAT jako najkorzystniejszej, o czym poinformował wykonawców ubiegających się o zamówienie pismem z 26 stycznia 2023 r.

Jednocześnie, w piśmie powyższym poinformował wykonawcę Technitel, że jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2b ustawy Pzp, jako że została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu faktycznym wskazał, że wykonawca Technitel, w wyniku badania i oceny ofert został wezwany do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca w wyznaczonym terminie przedłożył m.in. wykaz robót wraz z dowodami potwierdzającymi, że roboty te zostały wykonane należycie tj. w wykazie robót wskazał 12 (dwanaście) robót budowlanych dla prac związanych z systemami kontroli dostępu, których suma wynosi 648 210,00 zł brutto oraz 1 (jedną) robotę budowlaną, której wartość prac związanych z systemami kontroli dostępu i CCTV wynosi 1 840 449,00 zł brutto. Dalej zamawiający stwierdzał, że z uwagi na fakt, iż przedłożony wykaz robót nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w zakresie prac związanych z systemami kontroli dostępu, na kwotę co najmniej 600 000,00 zł. brutto, wykonawca na podstawie art. 128 ustawy Pzp został wezwany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych tj.: wykazu robót oraz dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie. W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca podtrzymał swoje stanowisko, iż zamawiający w pkt b) warunku udziału w postępowaniu, zapisał że wymagał co najmniej dwóch robót, których suma wartości dla prac związanych z systemami kontroli dostępu wynosiła 600 000,00 zł. brutto oraz, iż ze wskazanego zapisu wynika, że doświadczenie może być wykazane w ramach więcej niż 2 robót, a kryterium podlegającym weryfikacji jest suma wartości wykonanych robót. W ocenie zamawiającego, uzasadnienie przedstawione przez wykonawcę nie zasługuje na uwzględnienie. Interpretacja przedstawiona przez wykonawcę nie zawiera żadnej merytorycznej analizy, a opiera się wyłącznie na przywołaniu zwrotu „co najmniej dwie roboty”. Należy zauważyć, że zaproponowana przez wykonawcę interpretacja sprzeczna jest z wypracowaną praktyką interpretacji warunków stawianych przez zamawiających. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający dopuścił wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia na dwa sposoby: (1) wykonanie jednego zamówienia obejmującego roboty w pełnym zakresie odpowiadające rodzajowo przedmiotowi zamówienia w niniejszym postępowaniu, albo (2) zsumowanie dwóch różnych rodzajowo zamówień, które łącznie odpowiadają pełnemu zakresowi przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu. Sformułowanie „co najmniej” dotyczy określenia minimalnego poziomu doświadczenia, jakie powinien posiadać wykonawca. Oznacza to, że wykonawca może posiadać doświadczenie w realizacji więcej niż jednej roboty w danym zakresie realizacji o wymaganej przez zamawiającego wartości, ale do spełnienia warunku wymagane jest wykonanie „co najmniej” określonej przez zamawiającego ilości takich robót. Podkreślił, że w dokumentach zamówienia nie zawarł

zapisu o dopuszczeniu sumowania zamówień o niższej wartości, celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W związku z powyższym w ocenie zamawiającego, brak jest podstaw do uznania argumentacji wykonawcy i uznania wykazanego przez niego doświadczenia, jako spełniającego warunek udziału w postępowaniu.

Zamawiający taką samą decyzję o odrzuceniu oferty podjął w odniesieniu do Konsorcjum Elektroinstal, wskazując jako podstawę prawną tej czynności art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym wskazał, że zamawiający w treści SWZ sekcja VII punkt 1.4.1 ustanowił warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia. Wykonawca złożył ofertę, w której w pkt. 4 a) formularza ofertowego oświadczył, że zamierza zlecić prace instalacyjne podwykonawcy, który nie jest znany na etapie składania oferty, a w pkt 4 b) formularza ofertowego oświadczył, że zamierza zlecić podwykonawcy: Symetrium Sp. z o.o. z Zabierzowa następujące części zamówienia: uruchomienie. Ponadto załączył do oferty oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby według załącznika nr 5 do SWZ, że Symetrium Sp. z o.o. z Zabierzowa zrealizuje usługi w zakresie uruchomienia instalacji. Wykonawca samodzielnie nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, określonego w SWZ i był uprawniony do polegania na zdolnościach technicznych i zawodowych innych podmiotów, na podstawie art.118 ust. 1 Pzp. Przypomniał również treść art. 118 ust. 2 oraz ust. 3 ustawy Pzp.

Dalej zauważył, że wykonawca załączył do oferty zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych mu zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W treści zobowiązania, podwykonawca zobowiązał się udostępnić wykonawcy posiadane zasoby, obejmujące zdolności techniczne i zawodowe w zakresie wiedzy i doświadczenia tj. zobowiązał się umożliwić wykonawcy korzystanie z udostępnionych zasobów poprzez udział w realizacji zamówienia w zakresie uruchomienia instalacji. Zestawiając treść powyższego zobowiązania, którego celem jest udowodnienie zamawiającemu, że wykonawca realizując zamówienie będzie dysonował niezbędnymi zasobami na potrzeby realizacji zamówienia, oraz wymogu że podmiot, który te zasoby udostępni będzie wykonywał zamówienie w zakresie, do realizacji którego te zasoby są wymagane, z warunkiem udziału w postępowaniu określonym w pkt 1.4.1 sekcja VII SWZ, w ocenie zamawiającego nie można stwierdzić, że treść zobowiązania potwierdza, że wykonawca będzie dysonował zasobami podmiotu trzeciego, w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia w części, dla której przedmiotowe zdolności są wymagane.

Treść zobowiązania złożonego wraz z ofertą w zakresie udostępnionych zasobów, nie pokrywa się z zakresem objętym warunkiem zamówienia określonym w pkt. 1.4.1 sekcji VII SWZ. Umożliwienie wykonawcy korzystanie z udostępnionych zasobów zdolności

technicznych i zawodowych poprzez wzięcie udziału w realizacji robót, do realizacji których te zdolności są wymagane, nie stanowi potwierdzenia, że podmiot trzeci realnie i faktycznie zrealizuje zamówienie, w zakresie dla którego określony został przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do doświadczenia. Uruchomienie instalacji, realizowane przez podmiot trzeci, nie stanowi potwierdzenia czynnej i pełnej realizacji roboty objętej warunkiem zamówienia określonej w pkt 1.4.1 sekcja VII SWZ. Wniosek taki potwierdza również treść formularza ofertowego pkt 4 b), w którym wykonawca wyraźnie wskazuje część zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcy tj. uruchomienie instalacji, co stanowi zakres znacznie węższy od wskazanego w warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto treść formularza ofertowego pkt 4 a) wskazuje część zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcy tj. prace instalacyjne bez wskazania podwykonawcy i trudno zamawiającemu wskazać jakie inne prace instalacyjne może wykonawca powierzyć nieznanemu podwykonawcy.

Z treści zobowiązania wynika, że podwykonawca weźmie udział w realizacji robót, do których zdolności są wymagane, jednak zważywszy na to, że podwykonawca w treści zobowiązania wskazał zakres usług do których zapewnienia się zobowiązał, a które nie pokrywają się z warunkiem udziału określonym w pkt. 1.4.1 sekcja VII SWZ, to należy przyjąć, że udział podwykonawcy w realizacji zamówienia będzie ograniczony jedynie do przywołanych w zobowiązaniu usług. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że nie został dochowany wymóg określony w art. 118 ust. 2 ustawy Pzp. Wobec powyższego nie można uznać, że zobowiązanie podmiotu trzeciego złożone do oferty potwierdza spełnienie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu.

Jednocześnie zamawiający stwierdził, że nie można wezwać wykonawcy do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Analiza treści formularza ofertowego (w szczególności pkt 4) wskazuje, że wykonawca zaoferował zamawiającemu realizację przedmiotowego zamówienia, powierzając zakres wymagany do zrealizowania przez podmiot udostępniający zasoby w postaci niezbędnego doświadczenia, w granicach węższych niż było to wymagane warunkiem udziału w postępowaniu, ograniczając go jedynie do uruchomienia instalacji. Zakres wskazany do realizacji przez podwykonawcę jest elementem oferty, stanowiącym o sposobie realizacji zamówienia tj. sposobie spełnienia świadczenia i jako element oferty nie może ulec zmianie po terminie składania ofert, tym bardziej, że odnosi się do obszaru decydującego o spełnieniu przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, a zatem jest decydującym co do możliwości ubiegania się przez wykonawcę o przedmiotowe zamówienie. W ocenie zamawiającego, nie ulega wątpliwości, że zaoferowany przez

wykonawcę w ofercie sposób realizacji zamówienia, stanowi naruszenie przepisu art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem wykonawca, który samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w SWZ w pkt 1.4.1 sekcji VII, a który na potwierdzenie spełnienia ww. warunku polega na zasobach innego podmiotu, oferuje realizację przedmiotu zamówienia przez ten podmiot w granicach mniejszych, niż doświadczenie wymagane do realizacji tego zamówienia. Podmiot trzeci, który posiada doświadczenie w realizacji robót, dla której te zdolności są wymagane, nie będzie realizował tych robót w zakresie odpowiadającym warunkowi udziału w postępowaniu. Zamawiający przywołał treść orzeczenia KIO z dnia 26 września 2016 r., sygn. akt KIO 1708/16 przypominając, że zgodnie z nim treść oferty to formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, składane wraz z formularzem ofertowym. Na gruncie przepisów ustawy Pzp, treść oferty to oświadczenie woli wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym, stanowiące jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Pod pojęciem treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego, przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości, warunków i sposobu realizacji oraz innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 9 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2245/17 zakres podwykonawstwa (tj. część zamówienia wskazana w ofercie, które wykonawca przeznacza do realizacji za pomocą podwykonawstwa) stanowi o sposobie spełnienia świadczenia przez wykonawcę i jako taki nie może ulegać zmianie po złożeniu oferty. Jednocześnie to art. 118 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje, że określone zasoby doświadczenia przy zamówieniach na roboty budowlane mogą być realnie udostępnione tylko przez realizację ich przez podmioty udostępniające. Tym samym przedmiotem oceny zamawiającego powinno być z jednej strony to, jak będzie wykonane zamówienie, a z drugiej czy potencjał udostępniony został w sposób realny i czy ta realność została zachowana tak w ofercie, jak i na etapie wykonania zamówienia (por. wyrok KIO z 14 września 2017 r., sygn. akt KIO 1751/17). Dlatego też wykonawca, który deklaruje, iż wykona zamówienie z udziałem podwykonawcy w konkretnym, ograniczonym zakresie (w tym wypadku w zakresie uruchomienia instalacji), nie może później podnosić, że podwykonawcom zostanie powierzona jednak większa część zamówienia. Tym bardziej do rozszerzenia zakresu podwykonawstwa, w stosunku do treści oświadczenia wykonawcy wyrażonego w ofercie, nie jest uprawniony sam zamawiający na podstawie oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby.

Powyższe okoliczności, w ocenie zamawiającego wskazują na złożenie oferty, która w swej treści jest niezgodna z treścią art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którą w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zatem, skoro oferta została złożona z naruszeniem art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, to zaistniała przesłanka odrzucenia oferty określona w art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą. Ponadto, wezwanie do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego jest próbą niedopuszczalnej przez ustawę Pzp ingerencji w treść oferty, która ma na celu uzupełnienie treści oferty o elementy pierwotnie w niej niezawarte. Oferta stanowi oświadczenie wykonawcy, które powinno być sformułowane i skonkretyzowane już w momencie jej złożenia. Nie mogą prowadzić do zmiany formularza ofertowego czyli oferty. Zmiana taka miałaby charakter istotny, gdyż dotyczyłaby zakresu i sposobu realizacji zamówienia wskazanego w ofercie. Tym bardziej nie można dokonywać zmiany treści oferty na podstawie zobowiązania podmiotu trzeciego. Powyższe ma odzwierciedlenie w wyroku KIO z dnia 13 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1174/20.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

w sprawie o sygn. akt KIO 281/23

Osią sporu w niniejszej sprawie była kwestia rozumienia treści warunku udziału w postępowaniu, opisanego w Sekcji VII pkt 1 ppkt 1.4.1 SWZ, a w szczególności tego jak należy rozumieć postanowienie opisane w pkt 1.4.1 b1) tj. czy dopuszczalne było uzyskanie wartości 600 000,00 zł. dotyczącej wykonania prac związanych z systemami kontroli dostępu z więcej niż dwóch robot budowlanych, jak wskazywał odwołujący czy też, jak rozumiał treść tego warunku zamawiający, a co stało się powodem dla którego odrzucił ofertę Technitel jako wykazanie, że nie więcej niż dwie roboty dają wartość 600 000,00 zł.

Na wstępie należy przypomnieć treści spornego warunku udziału w postępowaniu, opisanego w Sekcji VII, odnoszącego się do wymaganego doświadczenia. Zgodnie z zapisem w pkt 4.1.1 aby wykazać się doświadczeniem należało, w okresie ostatnich 5 lat wykonać: (a) jedną porównywalną do udzielanego zamówienia robotę budowlaną obejmującą swoim zakresem prace związane z systemami kontroli dostępu i CCTV, których wartość wynosiła co najmniej 1 500 000,00 zł brutto; lub (b) dwie porównywalne

do udzielanego zamówienia roboty budowlane każda z osobna obejmująca swoim zakresem prace związane z systemami kontroli dostępu, CCTV, których suma wartości wyniosła: (b1) dla prac związanych z systemami kontroli dostępu co najmniej 600 000,00 zł brutto; (b2) dla prac związanych z CCTV co najmniej 900 000,00 zł brutto. Czytając ten zapis łącznie, nie sposób wymagania tego rozumieć w inny sposób, niż możliwość wykazania się przez wykonawcę, że posiada doświadczenie w realizacji jednej roboty, obejmującej swym zakresem prace związane z systemami kontroli dostępu i CCTV, o wartości co najmniej 1 500 000,00 zł., albo też dwóch robót budowlanych odrębnie dla systemu kontroli (jedna umowa) oraz dla CCTV (jedna umowa). Podkreślić należy przy tym, że zamawiający w treści SWZ zdefiniował co należy rozumieć przez jedną robotę, precyzując, że pod pojęciem tym rozumie robotę budowlaną wykonaną w ramach jednej umowy, na jednym lub kilku obiektach.

Sposób rozumienia przez Technitel cytowanego warunku, wbrew temu co twierdzi on w swoim odwołaniu, nie może być inny niż wskazany powyżej. Nie budzi żadnych wątpliwości interpretacyjnych, które to wątpliwości mogłyby przemawiać na korzyść odwołującego, że słowo „dwie” w treści warunku należy odczytywać łącznie ze sformułowaniem „każda z osobna”. A zatem, wykonawca powinien wykazać się realizacją dwóch robót budowlanych, z czego jedna dotyczyć miała prac związanych z systemami kontroli dostępu, druga - prac związanych z CCTV. Słowa „dwie” w żaden sposób nie sposób przypisać do poszczególnych liter, poprzez wykazanie co najmniej dwóch prac związanych z systemami kontroli dostępu i dwóch z systemami CCTV.

Podkreślić należy, że przyjęcie takiej analizy, jak prezentował Technitel w swoim odwołaniu powodowałoby, że warunki określone w Sekcji VII pkt 1 ppkt 1.4.1, opisane w literach a) i b) byłyby nieproporcjonalne, a sam podział byłby nielogiczny. Interpretacja odwołującego prowadziłaby bowiem do sytuacji, w której w postępowaniu mogłyby brać udział podmioty o nieporównywalnym doświadczeniu, czyli zarówno taki, który wykonał jedno duże zamówienie o wartości co najmniej 1 500 000,00 zł. jak i taki podmiot, który zrealizował szereg zamówień, których wartość w skrajnym przypadku byłaby nie większa niż kilkadziesiąt tysięcy złotych. Nie sposób uznać, że takie zsumowane doświadczenie byłoby porównywalne do tego, którym legitymował się wykonawca, wykazując się doświadczeniem w wykonaniu jednego złożonego zamówienia, o dużej wartości.

Jednocześnie należy też zwrócić uwagę, że na etapie SWZ żaden z wykonawców nie zwracał się do zamawiającego, podnosząc jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące brzmienia spornego warunku, a dwaj pozostali uczestnicy postępowania, którzy złożyli w nim oferty wykazali swoje doświadczenie na potwierdzenie jego spełnienia, zgodnie z interpretacją prezentowaną przez zamawiającego.

Z kolei Technitel takie zastrzeżenia co do jego brzmienia sformułował dopiero na etapie skierowania do niego wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, twierdząc przy tym, że zamawiający nie wyartykułował w treści wezwania w czym upatruje nieprawidłowości w zakresie sposobu potwierdzenia spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu. Z tym twierdzeniem nie sposób się zgodzić, gdyż zamawiający w sposób precyzyjny w treści wezwania wskazał w czym dopatruje się błędów, zresztą Technitel wezwanie powyższe zrozumiał, o czym świadczy treść pisma przewodniego z 23 listopada 2022 r. w którym wskazał jak, w jego ocenie, warunek powyższy powinien być interpretowany.

Mając powyższe na uwadze zamawiający zasadnie podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2b ustawy Pzp, jako że została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji odwołanie należało oddalić.

w sprawie o sygn. akt KIO 282/23

Dla rozpoznania przedmiotowych zarzutów konieczne jest sformułowanie na wstępie kilku uwag w zakresie dotyczącym kwestii, które czy to stanowią podstawę dla czynności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, a w konsekwencji podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty Konsorcjum Elektroinstal, czy też mają zastosowanie w rozpoznawanej sprawie.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Na potrzeby rozstrzyganej sprawy wskazać ponadto należy, iż w myśl art. 118 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. W tym celu, zgodnie z ust. 3 ww. przepisu, wykonawca składa wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Ponadto koniecznym jest wskazanie na art. 123 ustawy Pzp który stanowi, że 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.

Przypomnienia wymaga również treść przepisu art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż zamawiający odrzucił ofertę odwołującego podając, jako uzasadnienie prawne, tą właśnie podstawę informując, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu jako niezgodna z przepisami ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym, informując i wyjaśniając powody podjęcia takiej decyzji, przywołał także cytowane wyżej art. 118 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp. W konkluzji stwierdził, że oferta Konsorcjum Elektroinstal, złożona z naruszeniem art. 118 ust. 2 ustawy Pzp podlega odrzuceniu.

Mając na uwadze zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu, ustalony w toku postępowania stan niniejszej sprawy, Izba doszła do przekonania, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty Elektroinstal była trafna, oparta na podstawach i przesłankach wynikających z treści cytowanych wyżej przepisów ustawy Pzp.

Izba ustaliła, co nie było sporne między stronami, że odwołujący samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt 1.4.1. sekcji VII SWZ. Powyższe wynika bowiem z treści oświadczenia, które złożył w treści Formularza ofertowego, wskazując następujące zakresy podwykonawstwa: 4. Oświadczam, że zakres objęty przedmiotem zamówienia wykonam z udziałem podwykonawców, którym zamierzam powierzyć zakres: a) prace instalacyjne, który wykona firma (podać nazwę i adres podwykonawcy oraz dane kontaktowe, jeśli są znane): Podwykonawca nie jest znany na etapie składania oferty; b) uruchomienie, który wykona firma (podać nazwę i adres podwykonawcy oraz dane kontaktowe, jeśli są znane): Symetrium Sp. z o.o. ul. Krakowska 280 32-080 Zabierzów. Tym samym, z treści oferty jednoznacznie wynikało, że odwołujący zamierza podzlecić podwykonawcy Symetrium, będącemu jednocześnie podmiotem trzecim, część zamówienia polegającą na uruchomieniu systemu. Prace związane z jego instalacją miały być podzleczone innemu podmiotowi, nieznanemu na etapie składania ofert. Do Formularza oferty załączono ponadto Załącznik nr 5 do SWZ - zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, z którego wynika m.in., że: 4. Czy podmiot, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą - w zakresie uruchomienia instalacji. Z kolei w załączniku nr 13 do SWZ znajdowało się oświadczenie podmiotu udostępniającego

zasoby, składane na podstawie art. 125 ust. 5 ustawy Pzp, a dotyczące braku istnienia podstaw wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Podmiot trzeci zadeklarował: Oświadczam, że spełniam warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w SWZ Sekcja VII pkt 1 ppkt 1.4.1 w następującym zakresie: zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie posiadanego doświadczenia. Treść oświadczeń składanych na etapie ubiegania się o zamówienie nie budzi zatem żadnych wątpliwości, że zamiarem odwołującego, który samodzielnie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, było poleganie na zasobach podmiotów trzecich.

Dodatkowo, również na rozprawie, odwołujący deklaruje, że samodzielnie nie spełnia warunków opisanych w pkt 1.4.1. sekcji VII SWZ, jednak znany jest mu inny podmiot, niż wymieniona w treści Formularza ofertowego spółka Symetrium, na zasobach którego chce polegać, a który warunki te spełnia i jest gotów wziąć udział w realizacji przedmiotowego zamówienia.

Ponadto, co równie istotne dla oceny rozpoznawanej sprawy, odwołujący w Formularzu oferty, jak też dokumentach złożonych wraz z ofertą skonkretyzował zakres, w jakim zamierza korzystać z zasobów podmiotu trzeciego, przy czym zakres ten ograniczył w stosunku do tego, jaki wynika z brzmienia cytowanego warunku. Powyższe ustalono na podstawie oświadczenia zawartego w pkt 4b Formularza ofertowego, w którym Konsorcjum Elektroinstal złożyło oświadczenie, że zamierza powierzyć wykonawcy Symetrium następujące części zamówienia: uruchomienie. Dodatkowo potwierdza to oświadczenie złożone przez odwołującego w pkt 4a Formularza, w którym deklaruje, że prace instalacyjne powierzy wykonawcy, który nie jest mu znany na etapie składania ofert. Zakres ten wynikał ponadto z treści zobowiązania Symetrium, który to zadeklarował, że udostępni odwołującemu posiadane zasoby, obejmujące zdolności techniczne i zawodowe, w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, a jego udział w realizacji zamówienia miał dotyczyć uruchomienia instalacji.

Z kolei, co wynika z treści cytowanego powyżej art. 118 ust. 2 ustawy Pzp wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W tym przypadku, co trafnie wywnioskował zamawiający z treści Formularza ofertowego, jak też złożonego oświadczenia Symetrium, udział wskazanego przez odwołującego podwykonawcy będzie ograniczony do tych części zadania, które wskazał on wprost w treści zobowiązania. Innymi słowy, nie deklaruje on swojego udziału w wykonaniu zamówienia w takim zakresie, jaki wynika z brzmienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w SWZ.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, który zdaje się bagatelizować treść Formularza oferty, w tym złożone w nim jednoznaczne w swej treści oświadczenia co do zakresu, w jakim zamierza polegać na zasobach podmiotu trzeciego, i spójny z tym oświadczeniem w swojej treści, złożony wraz z ofertą, dokument w postaci zobowiązania Symetrium, określającego w sposób precyzyjny i nie budzący wątpliwości w jaki sposób wykonawca zamierza zrealizować prace objęte przedmiotem zamówienia. Trafne są z kolei spostrzeżenia i wywód zamawiającego zawarty w piśmie informującym Konsorcjum Elektroinstal o odrzuceniu jego oferty, który wskazuje, że skoro odwołujący deklaruje, że wykona swoje zamówienie z udziałem podwykonawcy, który będzie udostępniał mu swoje zasoby w takim zakresie, w jakim zostało to wskazane w treści Formularza oferty, a zakres ten ogranicza się wyłącznie do uruchomienia, to nie jest możliwe późniejsze rozszerzenie zakresu tego podwykonawstwa a w konsekwencji zadeklarowanie, że inny podmiot, którym ma zamiar zastąpić ten wskazany przez niego w ofercie - zrealizuje większą, niż pierwotnie deklarowana część zamówienia.

W świetle bowiem art. 123 ustawy Pzp uprawnienie wykonawców biorących udział w postępowaniu do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego jest ograniczone w czasie, tj. przysługuje jedynie do upływu terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oznacza to, że wykonawca, który składając ofertę albo wniosek, potwierdzał w danym zakresie warunki udziału w postępowaniu albo kryteria selekcji za pomocą własnego potencjału, nie może, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, powołać się na zasoby podmiotu trzeciego. Ponadto, uprawnienie do powołania się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby po upływie tego terminu ograniczone jest do zakresu, w którym wykonawca na etapie składania wniosków albo ofert korzystał z udostępnianych zasobów (stanowisko takie jest zbieżne z tym, co Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła w uchwale z dnia 28 lutego 2020 r., sygn. akt KIO/KD 11/20).

Nie sposób zgodzić się zatem z odwołującym, który domaga się, aby zamawiający skierował do niego wezwanie do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego, z którego to musiałoby wynikać, że zakres powierzony temu podmiotowi będzie szerszy, niż ten wskazany pierwotnie w treści Formularza ofertowego i zadeklarowany w treści zobowiązania Symetrium. W istocie czynność ta prowadziłaby, jak to również dostrzegł zamawiający, do zmiany treści Formularza ofertowego w zakresie, w jakim zadeklarowane zostało w jaki sposób Konsorcjum Elektroinstal zrealizuje zamówienie. Izba nie podziela w tym zakresie oceny odwołującego, który uznaje dokonanie takiej zmiany za dopuszczalną i opartą na treści wskazywanych

przez niego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby w tym przypadku dokonana w taki sposób zmianę należy uznać za zmianę istotną, gdyż prowadzącą do zmiany treści oferty w zakresie, w jakim treść tej oferty stanowi o sposobie realizacji zamówienia i referuje do obszaru, decydującego o sposobie spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

W konsekwencji nie sposób jest także podzielić tezy odwołującego, że dopuszczalna jest w tym przypadku zmiana podmiotu udostępniającego Konsorcjum Elektroinstal swoje zasoby, a zamawiający winien skierować do niego wezwanie w trybie art. 122 ustawy Pzp. Odwołujący pomija bowiem całkowicie, że przepis ten ma zastosowanie jedynie wówczas, gdy konieczne staje się zastąpienie podmiotu trzeciego na inny z tej przyczyny, że ten udostępniający swoje zasoby nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. W tym przypadku warunek opisany w SWZ został jednak spełniony. Tym samym przepis nie ma zastosowania, nie można go bowiem czytać w sposób rozszerzający tj., że daje on możliwość nie tylko zmiany w zakresie podmiotu udostępniającego swoje zasoby, ale też w zakresie przedmiotu deklarowanego udostępnienia (w tym wypadku rozszerzenia zakresu, w jakim podmiot trzeci zadeklarował udostępnienie swoich zasobów).

W konsekwencji należy dojść do przekonania, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego była trafna. Nie da się bowiem, na mocy cytowanych przez niego przepisów, dokonać zmiany podmiotu na inny, który zrealizowałby zakres szerszy niż ten zadeklarowany w Formularzu oferty, a tego domaga się odwołujący, gdyż jak sam przyznał na rozprawie nie spełnia on samodzielnie warunków opisanych przez zamawiającego w SWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i 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).

Przewodniczący: