

Sygn. akt: KIO 1027/21

WYROK

z dnia 26 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 21 maja 2021r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 6 kwietnia 2021r.

przez **odwołującego**: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Ayesa Polska Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum ul. Szyb Walenty 26a, 41-700 Ruda Śląska, PROKOM Construction Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum ul. Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego**: Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie, ul. Reymonta 20, 30-059 Kraków

przy udziale **przystępującego**: Firma Inżynierska ARCUS Sp. z o.o. Sp. k., ul. Kuźnicy Kołtająowskiej 17i/37, 31-234 Kraków, zgłaszającego przystąpienie **po stronie zamawiającego**

orzeka

1. oddala odwołanie
 2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Ayesa Polska Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum ul. Szyb Walenty 26a, 41-700 Ruda Śląska, PROKOM Construction Sp z o.o. - Partner Konsorcjum ul. Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec
- i
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Konsorcjum: Ayesa Polska Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum ul. Szyb Walenty 26a, 41-700 Ruda Śląska,

Sygn. akt KIO 1027/21

PROKOM Construction Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum ul. Reymonta 30/1, 41-200
Sosnowiec, tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) 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:

Uzasadnienie

Odwołujący to wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia

1) Ayesa Polska Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum

ul. Szyb Walenty 26a, 41-700 Ruda Śląska

2) PROKOM Construction Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum ul. Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec

reprezentowani przez:

dr P. K., radcą prawnego, P. S., adwokat adres korespondencyjny: DWF Poland Jamka Sp. k. Pl. Małachowskiego 2, 00-066 Warszawa

Zamawiający: Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie

ul. Reymonta 20, 30-059 Kraków

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: Świadczenie usługi Inżyniera Kontraktu dla zad. pn.: „Rozbudowa al. 29-Listopada na odc. od ul. Opolskiej do granic m-a Krakowa o dł. około 2.6km w formie zaprojektuj-wybuduj-zgodnie z warunkami FIDIC”

Numer referencyjny: ZIM.ZP.262.2.1.2020

Numer ogłoszenia w DUUE: 2020/S 049-116369

Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2019 poz.2019 t.j.; dalej jako: "nowa ustawa Pzp") w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2019.2020 t.j.), składa odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu Odwołującego w dniu 24 marca 2021 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2019.1843 t.j.; dalej: "ustawa Pzp") w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp do uzupełnienia Wykazu usług wraz z dowodami ich należytego wykonania na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI ust. 1 pkt 1.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: "SIWZ") w związku z oceną przez Zamawiającego, iż Odwołujący nie wykazał spełniania określonego w pkt. VI ust. 1 pkt 1.1 SIWZ warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 i art. 22a ust. 2 i 4 ustawy Pzp poprzez wezwanie Odwołującego w dniu 24 marca 2021 r. do uzupełnienia Wykazu usług wraz z dowodami ich należytego wykonania, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI ust. 1 pkt 1.1 SIWZ w związku z oceną przez Zamawiającego, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia określonego w pkt. VI ust. 1 pkt 1.1 SIWZ warunku udziału w postępowaniu w sytuacji, w której Odwołujący wskazał spełnienie określonego w pkt. VI ust. 1 pkt 1.1. SIWZ warunku udziału w Postępowaniu powołując się na zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A. (dalej "Ayesa Hiszpania"), który to podmiot zobowiązał się do udostępnienia swoich zasobów na rzecz Odwołującego oraz zrealizowania usług do realizacji których te zdolności są wymagane.

W związku z powyższym, w imieniu Odwołującego wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia Wykazu usług z dnia 24 marca 2021 r.

Wniosek o zasądzenie kosztów: Ponadto, Odwołujący wnosi o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Interes Odwołującego w rozumieniu art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp: Naruszenie przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp ma istotny wpływ na wynik Postępowania i narusza interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, bowiem skierowane przez Zamawiającego w dniu 24 marca 2021 r. wezwanie Odwołującego do uzupełnienia Wykazu usług w związku z oceną przez Zamawiającego, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia określonego w pkt. VI ust. 1 pkt 1.1 SIWZ warunku udziału w postępowaniu może skutkować wykluczeniem Odwołującego z Postępowania. Nadto, dokonana przez Zamawiającego ocena braku wykazania przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, w sytuacji, w której Odwołujący wykazał ich spełnienie, w oczywisty sposób narusza interes Odwołującego i może skutkować wykluczeniem Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości realizacji zamówienia oraz wygenerowania zysku z tego tytułu.

Termin na wniesienie odwołania: O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął wiadomość w dniu 24 marca 2021 r., tj., w którym Zamawiający przesłał Odwołującemu wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do

uzupełnienia Wykazu usług. W świetle powyższego Odwołujący wnosząc odwołanie w dniu 6 kwietnia 2021 r. na podstawie art. 515 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy Pzp dotrzymał 10-dniowego terminu na jego wniesienie.

Odwołujący uiszczył wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

UZASADNIENIE

I. Stan faktyczny

1. Zamawiający prowadzi postępowanie pn. Świadczenie usługi Inżyniera Kontraktu dla zad. pn.: „Rozbudowa al. 29-Listopada na odc. od ul. Opolskiej do granic m-a Krakowa o dł. około 2.6 km w formie zaprojektuj-wybuduj-zgodnie z warunkami FIDIC”.

2. Zamawiający wymagał w pkt VI ust. 1 pkt 1.1. SIWZ od wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia wykazaniem się wiedzą i doświadczeniem w zakresie realizacji co najmniej jednej usługi polegającej na nadzorowaniu robót budowlanych obejmujących budowę lub przebudowę lub rozbudowę drogi klasy min. G wraz z wiaduktem kolejowym lub mostem kolejowym o rozpiętości przęsła nie mniejszej niż 30 m. o łącznej wartości inwestycji min. 47 000 000,00 zł.

3. Dodatkowo Zamawiający w pkt 1.2 wyżej wskazanej regulacji wymagał od wykonawców, aby dysponowali personelem zdolnym do realizacji zamówienia. Zamawiający żądał wykazania, że wykonawca posiada co najmniej:

1.2.16 Jedną osobą, która będzie pełnić w trakcie realizacji zamówienia funkcję Inspektora nadzoru robót mostowych - osobą legitymującą się:

Posiadaniem co najmniej trzyletniego doświadczenia zawodowego w nadzorowaniu robotami mostowymi na dwóch inwestycjach o wartości nie mniejszej niż 25 000 000,00 zł łącznie.

1.2.17 Jedną osobą, która będzie pełnić w trakcie realizacji zamówienia funkcję Inspektora nadzoru robót drogowych - osobą legitymującą się:

Posiadaniem co najmniej trzyletniego doświadczenia zawodowego w nadzorowaniu robót drogowych na dwóch inwestycjach o wartości nie mniejszej niż 20 000 000,00 zł każda.

Dowód: SIWZ - w aktach postępowania

4. W postępowaniu oferty złożyło sześciu wykonawców, w tym Odwołujący.

Dowód: Informacja z otwarcia ofert z dnia 15.05.2020 r. - w aktach postępowania

5. Odwołujący zadeklarował w ofercie, że w zakresie wiedzy i doświadczenia będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego - Ayesa Hiszpania. Do oferty dołączone zostało zobowiązanie do udostępnienia zasobów, w którym zostało wskazane, że: "Oświadczam, iż:

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

- W zakresie zdolności technicznej i zawodowej doświadczenie w realizacji usługi poświadczonej referencjami wydanymi dnia 23.02.2016 r. przez Urząd Robót Publicznych Wspólnoty Andaluzji dotyczącymi kontraktu pn.: „PEŁNIENIE NADZORU INWESTORSKIEGO ORAZ ZARZĄDZANIA KONTRAKTEM BUDOWY AUTOSTRADY A-316, ODCINEK: MANCHA REAL" realizowanego w okresie od marca 2007 roku do 27 października 2015 roku.

Prace wykonywane w ramach tej umowy polegały na pełnieniu nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi obejmującymi budowę drogi klasy A. Wartość robót budowlanych wyniosła 33 082 276,08 euro netto. Średni kurs NBP waluty euro na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu tj. 10.03.2020 wynosił 4,3200 PLN co daje kwotę 142 915 432,67 złotych netto.

Usługa została wykonana należycie.

- Referencje wydanie dnia 6 lutego 2014 roku przez Entidad Publica Empresarial ADIF Administrador de Infraestructuras Ferroviarias dotyczące kontraktu na Usługi konsultacyjne i pełnienie nadzoru inwestorskiego dla kontroli prac nad budową Korytarza Śródziemnomorskiego Kolei Szybkobieżnej, Odcinek Los Gallardos -Sorbas realizowanego w okresie od 16.10.2009r do 31.10.2013r. Usługa polegała na pełnieniu nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi obejmującymi budowę wiaduktu kolejowego:

- Wiadukt na Rambla Almocaizar, rozpiętość najdłuższego przęsła wynosi 51m

- W zakresie potencjału kadrowego zobowiązujemy się do udostępnienia pracowników na stanowiska: Inspektora Nadzoru robót drogowych, Inspektora Nadzoru robót mostowych

b) sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów będzie następujący:

Deklarujemy rzeczywisty udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy poprzez faktyczne wykonanie części usług jak również poprzez udostępnienie pracowników na stanowiska: Inspektora Nadzoru robót drogowych, Inspektora Nadzoru robót mostowych Deklarujemy również udzielanie stałego wsparcia merytorycznego na rzecz Wykonawcy podczas całego okresu realizacji zamówienia, delegowanie pracowników posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie, wydawanie opinii oraz stałe doradztwo dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia. Zobowiązujemy się do świadczenia

jako podwykonawca usług nadzoru inwestorskiego nad następującym zakresem: branża drogowa w zakresie czynności wykonywanych przez Inspektora Nadzoru robót drogowych, branża mostowa w zakresie czynności wykonywanych przez Inspektora nadzoru robót mostowych.

- W zakresie potencjału kadrowego zobowiązujemy się do udostępnienia pracowników na stanowiska: Inspektora Nadzoru robót drogowych, Inspektora Nadzoru robót mostowych.

c) zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący:

Zobowiązujemy się do świadczenia jako podwykonawca usług nadzoru inwestorskiego nad następującym zakresem: branża drogowa w zakresie czynności wykonywanych przez Inspektora Nadzoru robót drogowych, branża mostowa w zakresie czynności wykonywanych przez Inspektora nadzoru robót mostowych."

Dowód: oferta Odwołującego - w aktach postępowania

6. Oferta Odwołującego uplasowała się na pierwszym miejscu w rankingu ofert. Zamawiający w dniu 25 stycznia 2021 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy do złożenia m.in.

dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt VI ust. 1 pkt 1.1 i 1.2 SIWZ.

Dowód: wezwanie z dnia 25 stycznia 2021 r. - w aktach postępowania

7. Odwołujący w dniu 4 lutego 2021 r. przekazał Zamawiającemu Wykaz usług, w którym wskazał następujące usługi:

Lp	Przedmiot usługi
----	------------------

(należy wskazać usługę wraz z podaniem informacji niezbędnych do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanego w sekcji VI pkt 1.1 SIWZ) Data wykonania usługi (dzień/miesiąc/rok)

Podmiot, na rzecz którego usługa została wykonana (nazwa i adres)

1.	„PEŁNIENIE NADZORU INWESTORSKIEGO ORAZ ZARZĄDZANIA KONTRAKTEM BUDOWY AUTOSTRADY A-316, ODCINEK: MANCHA REAL”
----	--

Prace wykonywane w ramach tej umowy polegały na pełnieniu nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi obejmującymi budowę drogi klasy A_ Wartość robót budowlanych wyniosła 33 082 270,08 euro netto. Średni kurs NBP waluty euro na dzień publikacji

ogłoszenia o zamówieniu tj. 10.03.2020 wynosi) 4,3200 PLN co daje kwotę 142 915 432,67 złotych netto.

Usługa została wykonana należycie. 15.03.2007-27.10.2015r. Urząd Robót Publicznych Wspólnoty Andaluzji (AOPJA) wcześniej Zarządzanie Infrastrukturą Andaluzji (GIASA)
Adres: Avenida Di ego Martinez Banio 10, Sewilla

2. Usługi konsultacyjne i pełnienie nadzoru inwestorskiego dla kontroli prac nad budową Korytarza Śródziemnomorskiego Kolei Szybkobieżnej, Odcinek Los Gallardos -Sorbas

Usługa polegała na pełnieniu nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi i obejmowała budowę wiaduktu kolejowego:

- Wiadukt na Rambla Al moczarska, rozpiętość najdłuższego przęsła wynosi 51 m

Usługa została wykonana należycie. 16.10.2009r-31.10.2013r Entidad Publica Empresarial ADIF Administrador de Infraestructuras Ferroviarias

Adres: P. de la Castellana 67 28071 Madrid

8. Odwołujący przekazał także Wykaz osób, w którym na stanowisko Inspektora Nadzoru robót w branży drogowej oraz w branży mostowej wskazał następujące osoby:

16 M. Z. Uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności mostowej MAP/0245/OWO M/06 Kraków. 21.12.2006r. Inspektor nadzoru robót mostowych Doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu robót mostowych na dwóch inwestycjach o wartości nie mniejszej niż 25.000.000 PLN brutto łącznie:

1., Przebudowa DW791 na odcinku od DK1 do DK78. Etap I „Budowa obwodnicy miejscowości Myszków”, nadzorowanie robót mostowych, wartość 92 mln brutto:

2. Budowa autostrady A4 na odcinku Rzeszów (węzeł Wschód) - Jarosław (węzeł Wierzbna). nadzorowanie robót mostowych, wartość inwestycji 719 mln złotych brutto. dysponowanie pośrednie, zasoby podmiotu trzeciego.

17 A. P. Uprawnienia budowlane do kierowania budową i robotami w specjalności konstrukcyjno- inżynierskiej w zakresie dróg i nawierzchni lotniskowych bez ograniczeń Nr ewid. 677/93 Katowice. 11.10.1993r. Inspektor nadzoru robót drogowych doświadczone zawodowe w nadzorowaniu robót drogowych na dwóch inwestycjach o wartości nie mniejszej niż 20.000.000.00 PLN brutto każda:

1. Rozbudowa DW 755 etap III A od km 12+124,50 do km 16+247,00 wraz z budową obwodnicy Ćmielowa, nadzorowanie robót drogowych, wartość: 61,8 mln zł. brutto;

2. Przebudowa odcinka drogi wojewódzkiej nr 751 Podgórze - Bodzentyn ok. 2,5 km, przebudowa drogi wojewódzkiej m 751 im odcinka Bodzentyn - Dąbrowa Dolna długość ok. 4,0 km, nadzorowanie robót drogowych, wartość: 22,4 mln zł. brutto: Dysponowane pośrednio, zasoby podmiotu trzeciego

Dowód: dokumenty złożone przez Odwołującego w dniu 4 lutego 2021r.- w aktach postępowania.

9. W dniu 25 lutego 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia Wykazu osób. W dniu 05 marca 2021 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu uzupełniony Wykaz usług i wyjaśnił, że będzie dysponował Panem Ż. oraz Panem P. bezpośrednio - dokonał także stosownej zmiany w Wykazie usług w tym zakresie. Odwołujący wyjaśnił, że omyłkowo określił, iż wyżej wskazanymi osobami dysponuje, jako zasoby podmiotu trzeciego.

Dowód: wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów art. 26 ust. 3 i 4 z dnia 25 lutego 2021 r.; wyjaśnienia i uzupełniony Wykaz z dnia 05 marca 2021 r. - w aktach postępowania

10. W dniu 11 marca 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień:

Wobec powyższego, Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień:

1) w jaki sposób zasób podmiotu trzeciego będzie brał udział w realizacji niniejszego zamówienia?

2) w jaki sposób będzie przekazana i wiedza i doświadczenie zasobu podmiotu trzeciego?

3) jaki będzie zakres udziału zasobu podmiotu trzeciego przy wykonywaniu niniejszego zamówienia?

Dowód: wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 11 marca 2021 r. - w aktach postępowania

11. Odwołujący udzielił następującej odpowiedzi: "Zgodnie z treścią zobowiązania podmiot trzeci udostępni dodatkowe osoby na stanowiska Inspektora Nadzoru robót drogowych oraz Inspektora Nadzoru robót mostowych. Podmiot udostępniający zasoby będzie realnie uczestniczył w realizacji przedmiotu zamówienia poprzez świadczenie usługi nadzoru w charakterze podwykonawcy nad następującym zakresem: branża drogowa w zakresie czynności wykonywanych przez dodatkową osobę pełniącą funkcję Inspektora Nadzoru robót drogowych, branża mostowa w zakresie czynności wykonywanych przez dodatkową osobę pełniącą funkcję Inspektora nadzoru robót mostowych.

Jak wskazano w zobowiązaniu Wykonawca będzie również korzystał z potencjału podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia. Dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego w tym zakresie będzie odbywało się poprzez wykonanie części obowiązków Wykonawcy przez podwykonawcę Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A. w zakresie wskazanym powyżej, jak również poprzez stałe wsparcie merytoryczne/ delegowanie pracowników posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie, wydawanie opinii oraz stałe doradztwo dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia."

Dowód: wyjaśnienia Odwołującego z dnia 15 marca 2021 r. - w aktach postępowania

12. W dniu 24 marca 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia Wykazu usług poprzez złożenie nowego Wykazu, w którym Odwołujący miałby wykazać się doświadczeniem własnym. W treści wezwania Zamawiający wskazał, że:

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający postawił warunek wiedzy i doświadczenia odnoszący się do nadzorowania konkretnych robót branży drogowej i mostowej, a Wykonawca, w zakresie obu części warunku, powołał się na zdolności innego podmiotu. W złożonym zobowiązaniu do udostępnienia zasobów, podmiot trzeci zobowiązał się do udostępnienia swoich pracowników na stanowiska: inspektora Nadzoru robót drogowych oraz Inspektora Nadzoru robót mostowych, bo tylko poprzez bezpośredni udział w realizacji zamówienia może realnie uczestniczyć w realizacji tej części zamówienia, dla której złożył zobowiązanie i może realnie nastąpić przekazanie jego wiedzy i doświadczenia. Z treści złożonego zobowiązania wynikało jednoznaczne zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia potencjału w trakcie realizacji zamówienia oraz jednoznaczna deklaracja co do faktycznego uczestnictwa w realizacji przedmiotowego zamówienia w określony sposób. Zobowiązanie innego podmiotu było zgodne z normą art. 22a ust 4 ustawy Pzp, natomiast Wykonawca, swoimi wyjaśnieniami, zmienił oświadczenie tego podmiotu, stwierdzając de facto, że zamówienie wykona w całości samodzielnie, za pomocą swoich pracowników.

Dysponowanie zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów Zamawiającego co do tego, w jakim zakresie nastąpiło udostępnienie potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia.

Zamawiający nie zaprzecza, że dysponując odpowiednimi osobami, doświadczonymi w wykonywaniu podobnych usług, możliwe jest należyte i terminowe wykonanie przedmiotowego zamówienia. Takim dysponowaniem nie można jednak zastąpić wykazania, w sposób określony w treści specyfikacji, dysponowania wiedzą i doświadczeniem. Zamawiający dla uzyskania pewności prawidłowej realizacji zamówienia postawił różne warunki, a każdy z nich ma inny charakter i znaczenie.

W ocenie Zamawiającego, zakres realizacji zamówienia przez inny podmiot nie jest realny i nie gwarantuje prawidłowej realizacji zamówienia, ponieważ tak naprawdę będzie ono wykonywane przez Wykonawcę, który nie posiada, wymaganego przez Zamawiającego, doświadczenia.

W związku z powyższym, Zamawiający nie może uznać, że Wykonawca wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający nie może dopuścić do sytuacji, aby usługi wykonał Wykonawca, który samodzielnie nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, niezależnie od tego, jak wysoko ocenia swoje umiejętności. Stanowiłoby to obejście przepisów, nie tylko art 22a ustawy Pzp, ale również samej zasady, że zamówienie ma wykonać: podmiot posiadający określone kwalifikacje zawodowe (art 22 ustawy Pzp), które z kolei wskazywane i oceniane są według warunków określonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wobec powyższego, Zamawiający, na podstawie art. 26 ust 3 w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, wzywa Wykonawcę do uzupełnienia „Wykazu usług” wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane (przy uwzględnieniu warunku wskazanego w sekcji VI pkt 1.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia) oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy.

Dowód: wezwanie z dnia 24 marca 2021 r. - w załączeniu

13. Dokonana przez Zamawiającego ocena, iż Odwołujący nie wykazał spełniania określonego w pkt VI ust. 1 pkt 1.1 SIWZ warunku udziału w Postępowaniu i w konsekwencji spełniła się hipoteza wskazana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest błędna.

II Zarzuty

14. Odwołujący stoi na stanowisku, że zakres oraz treść wezwania do uzupełnienia Wykazu usług z dnia 24 marca 2021 r. stanowi rażące naruszenie przepisów art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp w zw. art. 22a ust. 2 i 4 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał pobieżnej i arbitralnej analizy dokumentów złożonych przez Odwołującego w toku postępowania. Przede wszystkim wskazać należy, że jest bezsporne pomiędzy stronami, iż wskazane w Wykazie usług zamówienia wykonane przez

Ayesa Hiszpania, spełniają wymagania określone w pkt. VI ust.1 pkt 1.1. SIWZ. Sporna jest ta okoliczność, czy Ayesa Hiszpania w sposób rzeczywisty udostępniła na rzecz Odwołującego swoje zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia. W związku z tym, iż Zamawiający ocenił, że Ayesa Hiszpania nie udostępniła skutecznie na rzecz Odwołującego swojej wiedzy i doświadczenia, stwierdził, że zachodzą podstawy do wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia Wykazu usług na potwierdzenie spełniania określonego w pkt. VI ust. 1 pkt 1.1. SIWZ warunku.

A. "Realność" udostępnienia zasobu

15. Zamawiający w wezwaniu z dnia 24 marca 2021 r. wskazuje, że z zobowiązania Ayesa Hiszpania nie wynika, że doszło do realnego udostępnienia zasobów, a także że podmiot ten faktycznie będzie brał udział w realizacji zamówienia i w związku z tym Odwołujący nie wykazał spełniania określonego w pkt. VI ust. 1 pkt 1.1. SIWZ warunku udziału w Postępowaniu. Zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Według art. 22a ust. 2 ustawy Pzp "Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia."

16. W § 9 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2020.1282 t.j.) zostało wskazane, że "W celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający może żądać dokumentów, które określają w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;

4) czy podmiot, 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."

17. Powyższe regulacje nakładają na wykonawcę, który polega na zasobach innego podmiotu obowiązek wykazania realności udostępnionych zasobów tj. wykazania, że rzeczywiście na potrzeby wykonania zamówienia będzie opierał się i wykorzystywał udostępniony mu zasób.

18. Genezy wprowadzenia do polskiej ustawy prawo zamówień publicznych powyższych regulacji należy poszukiwać w potrzebie ukrócenia spotykanej w poprzednich latach procedury tzw. handlu referencjami, tj. wyeliminowania z rynku zamówień publicznych sytuacji, w których "referencje" stanowią przedmiot obrotu pomiędzy poszczególnymi podmiotami skutkujących tym, że udział podmiotu udostępniającego zasoby kończył się w momencie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W celu ograniczenia skali tego zjawiska ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie do ustawy regulacji nakładających na wykonawcę obowiązek wykazania już na etapie złożenia oferty czy, i w jaki sposób, zamierza zaangażować podmiot trzeci i udostępnione przez niego zasoby do wykonania zamówienia.

19. Odwołujący nie kwestionuje twierdzeń Zamawiającego, że udostępnienie zasobów powinno mieć charakter realny i nie może być przedmiotem domniemań czy domysłów Zamawiającego, jednakże stanowczo nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że w stanie faktycznym będącym przedmiotem niniejszego odwołania, poleganie przez Odwołującego na zasobach Ayesa Hiszpania nie ma charakteru realnego.

20. W zobowiązaniu Ayesa Hiszpania udział (zaangażowanie) podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia został określony wielopłaszczyznowo, a podmiot trzeci będzie realizował zamówienie na kilka sposobów.

21. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że podmiot trzeci zobowiązał się do zapewnienia w realizacji zamówienia Inspektora Nadzoru robót w branży drogowej oraz Inspektora Nadzoru robót w branży mostowej ("udostępnienie pracowników na stanowiska: Inspektora Nadzoru robót drogowych, Inspektora Nadzoru robót mostowych"). W zobowiązaniu nie wskazano danych personalnych (imion i nazwisk) pracowników mających zostać oddelegowanych do realizacji zamówienia. Podmiot trzeci zobowiązał się jednakże, że inspektorzy danych branż z ramienia jego firmy będą brać udział w realizacji zamówienia.

22. Wskazać należy także, że każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu był zobowiązany do wykazania się dysponowaniem personelem o określonych kompetencjach wskazanych w pkt VI ust. 1 pkt 1.2 SIWZ, niezależnie od obowiązku wykazania się określonym w pkt. VI ust. 1 pkt 1.1. SIWZ doświadczeniem. Dysponowaniem taką kadrą wykazał się Wykonawca. W tym zakresie Odwołujący nie polega na zasobach Ayesa Hiszpania, ale dysponuje osobami P-a Ż. i P-a P. bezpośrednio.

23. Podkreślić jednakże należy, że na etapie realizacji umowy wykonawca (i) może realizować zamówienie poprzez zaangażowanie zasobów kadrowych wskazanych w Wykazie osób, (ii) realizować zamówienie przy wykorzystaniu personelu wskazanego w Wykazie osób oraz dodatkowego / zastępczego / wymiennego personelu, (iii) dokonać po zawarciu umowy zmiany personelu wskazanego w Wykazie osób na inne osoby spełniające wymagania określone w SIWZ.

24. Żadne z powyższych rozwiązań nie stoi zarówno w sprzeczności z ustawą Pzp, jak i dokumentacją przetargową, która wprost w pkt 4.1.16 i 4.1.17 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej jako: "OPZ"; strona 33) wskazuje, że ilość wymaganego personelu na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu to „minimalna liczba osób”:

4.1.16 dla funkcji Inspektor nadzoru robót mostowych minimalna liczba osób: 1 osoba

minimalne doświadczenie i kwalifikacje: zgodnie z zapisami SIWZ

4.1.17 dla funkcji Inspektor nadzoru robót drogowych minimalna liczba osób: 1 osoba

minimalne doświadczenie i kwalifikacje: zgodnie z zapisami SIWZ

25. Zamawiający określił w OPZ (pkt 3.2.1) obowiązek skierowania do realizacji zamówienia konkretnych osób, na których doświadczenie powołuje się wykonawca w toku postępowania przetargowego, ale obowiązek ten dotyczy jedynie osób, które zostały wskazane w samej ofercie w Wykazie osób złożonym na potrzeby kryterium oceny ofert. W pozostałym zakresie Zamawiający nie czyni takiego zastrzeżenia - dopuszczając w tym zakresie możliwość zmiany lub poszerzenia składu personelu.

26. Dopuszczalność poszerzenia lub zmiany członków zespołu ekspertów została wyrażona wprost w § 14 wzoru umowy oraz pkt 4.0 OPZ, gdzie wskazano, że:

Jeśli Inżynier Kontraktu uzna, że zaproponowany skład Zespołu Inżyniera Kontraktu w zakresie wymaganym przez Zamawiającego nie pozwala na wypełnienie wszystkich obowiązków wskazanych w niniejszym OPZ i w Umowie, Inżynier Kontraktu zatrudni dodatkowe osoby, których wynagrodzenie należy uwzględnić w łącznym wynagrodzeniu ryczałtowym Inżyniera Kontraktu tj. w kwocie oferty.

27. Dodatkowo wskazać należy, że zgodnie z zapisami pkt 3.4 OPZ obowiązkiem Inżyniera Projektu będzie dokonanie podziału oraz rozdzielenie obowiązków wynikających z OPZ pomiędzy poszczególnych członków jego personelu:

- 3.4 Uwagi na temat organizacji Zespołu Inżyniera Kontraktu

Inżynier Kontraktu może elastycznie dokonywać podziału obowiązków w ramach, poszczególnych członków Personelu Inżyniera Kontraktu.

Dla zastosowania powyższych rozwiązań niezbędna jest zgoda Kierownika Projektu. Rozwiązania takie nie mogą dezorganizować pracy Wykonawcy Przedsięwzięcia, lub negatywnie wpływać na terminowość wypełniania obowiązków przez Inżyniera Kontraktu, Zaakceptowanie przez Kierownika projektu połączenia (lub podziału) zakresów obowiązków i przejęcia ich przez inną osobę (większą liczbę osób) nie upoważnia do zmiany stawki wynagrodzenia przewidzianej w Umowie.

28. Inżynier Kontraktu po podpisaniu umowy będzie zobowiązany do opracowania schematu organizacyjnego swojego zespołu, w tym również uwzględniającego dodatkowy personel, w tym gwarantowany przez podmiot trzeci:

Inżynier Kontraktu w terminie 14 dni od podpisania Umowy opracuje i przedstawi do akceptacji Kierownika Projektu, schemat organizacyjny Zespołu Inżyniera Kontraktu wraz ze szczegółowym zakresem obowiązków i uprawnień jakie zamierza przekazać poszczególnym osobom wchodzącym w skład Zespołu Inżyniera Kontraktu. Kierownik Projektu zatwierdzi przedłożony schemat organizacyjny (oraz jego aktualizacje) w terminie 7 dni lub odmówi zatwierdzania z podaniem na piśmie przyczyn odmowy.

29. Z powyższych postanowień OPZ w sposób jednoznaczny wynika, że Inżynier Kontraktu uprawniony jest do swobodnego kształtowania składu i zakresu swojego zespołu. Przyjęte przez Odwołującego założenie, że do wykonania zamówienia zaangażuje dodatkowych Inżynierów Nadzoru robót w branży drogowej i mostowej jest dopuszczalne na gruncie postanowień dokumentacji przetargowej regulującej prawa i obowiązki wykonawcy w tym zakresie. Nie można czynić zatem Odwołującemu zarzutów co do prawidłowości i dopuszczalności przyjętego modelu realizacji umowy poprzez personel własny oraz personel udostępniony przez Ayesa Hiszpania.

30. W związku z powyższym trudno zgodzić się z Zamawiającym, że przyjęty przez Odwołującego sposób wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego nie gwarantuje realności wykorzystania zasobu Ayesa Hiszpania. Jak zostało to wskazane w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów, podmiot trzeci i Odwołującego będzie łączyła umowa o pod

wykonawstwo, w ramach której jednym z obowiązków podmiotu trzeciego będzie udostępnienie dodatkowej kadry, która będzie czynnie brała udział w realizacji zamówienia.

31. Powyższe rozwiązanie należy oceniać w sposób pozytywny, gdyż gwarantuje ono (i) bezpośredni transfer wiedzy od podmiotu trzeciego, (ii) faktyczny udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, (iii) zapewnienie ciągłości pracy Inspektorów Nadzoru robót w wyżej wskazanych specjalnościach zwłaszcza w sytuacjach awaryjnych (tj. absencji jednego z Inspektorów lub konieczności jego rezygnacji), (iv) wyższą jakość świadczonej usługi (duplikacja wiedzy merytorycznej).

32. W zobowiązaniu do udostępnienia zasobów, Ayesa Hiszpania zobowiązała się także do "delegowania pracowników" do realizacji zamówienia. Mowa tutaj o dodatkowym personelu niezbędnym do wykonania usługi, w tym także personelu doradczym i pomocniczym posiadającym wiedzę i doświadczenie w świadczeniu usług nadzoru w specjalności drogowej oraz specjalności mostowej. Pracownicy oddelegowani do realizacji zamówienia stanowią będąc materialny nośnik wiedzy i doświadczenia posiadanej przez Ayesa Hiszpania co powoduje, że udział podmiotu trzeciego będzie miał charakter faktyczny (materialny, weryfikowalny).

33. W zakres obowiązków Ayesa Hiszpania, zgodnie z treścią zobowiązania, będzie wchodziło także "wydawanie opinii", "stałe doradztwo dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia", "wsparcie merytoryczne", a więc udział podmiotu trzeciego nie będzie się ograniczał jedynie do fizycznego wykonywania usług w powyższych branżach poprzez członków personelu, ale również będzie polegał na niematerialnym transferze wiedzy oraz udzieleniu Odwołującemu niezbędnego dla prawidłowej realizacji usługi wsparcia.

34. Wsparcie poprzez wydawanie opinii, udzielanie porad czy zabieranie stanowiska merytorycznego należy uznać jako wykonanie części zamówienia. Czynności te stanowią bowiem jedno z podstawowych obowiązków Inżyniera Kontraktu wynikających z OPZ - jako przykład należy wskazać:

a. Pkt 2.3 (strona 8):

Do obowiązków Inżyniera Kontraktu w okresie świadczenia usługi należy:

- administrowanie, nadzór, kontrola, weryfikacja projektów budowlanych, wykonawczych i warsztatowych oraz dokumentów technicznych, nadzór nad robotami budowlanymi, sporządzanie miesięcznych sprawozdań z realizacji Przedsięwzięcia, w tym sprawozdania dot. stanu zaawansowania prac projektowych i robót budowlanych - rzeczowego i finansowego, oraz sporządzanie raportów na temat ewentualnych opóźnień w realizacji poszczególnych etapów realizacji prac projektowych i robót

budowlanych, rozliczenie Kontraktu a także opiniowanie wszelkich dokumentów przygotowanych przez Wykonawcę Przedsięwzięcia, a następnie przekazanie ich Zamawiającemu wraz z opinią Inżyniera Kontraktu, opracowanie dokumentów niezbędnych do finansowego rozliczenia Kontraktu.

b. Pkt 3.1 (pkt 11):

Wszelkie wnioski i rekomendacje formułowane przez Inżyniera Kontraktu dla Zamawiającego powinny zawierać wyczerpujące uzasadnienie (oparte w zależności od sytuacji na analizie np. Programów, dokumentów kontraktowych, kosztów, sytuacji rynkowej, powszechnie obowiązujących przepisów prawa itp.) wraz z konkretnym stanowiskiem w sprawie. Zamawiający zastrzega sobie prawo ostatecznego podejmowania decyzji w sprawach kluczowych dla realizacji Kontraktu — równocześnie biorąc pod uwagę

35. Udzielane opinie na temat pojawiających się problemów, czy zagadnień w okresie całej realizacji umowy będą wydawane przez Ayesa Hiszpania i będą poparte posiadanym przez ten podmiot doświadczeniem oraz wypracowanym know - how, Umowa o podwykonawstwo zakładać będzie zasady współpracy w tym zakresie, które będą przewidywać sposób przekazywania informacji i dokumentów celem zaopiniowania / zarekomendowania / udzielenia wsparcia merytorycznego przez podmiot trzeci.

36. Przekazanie know - how jest o tyle istotne w tej sytuacji, że wyspecyfikowany w OPZ zakres czynności do jakich będzie zobowiązany Odwołujący, wymagać będzie niejednokrotnie konsultacji, kolegialnie wypracowanych uzgodnień oraz prezentowania stanowiska bazującego na posiadanych przez podmiot trzeci doświadczeniach w realizacji podobnych przedsięwzięć (w tym w szczególności nabytych na kanwie inwestycji, na które powołuje się Wykonawca w Wykazie usług). W przypadku zamówień, których przedmiot zamówienia ma specjalistyczny i niematerialny charakter - jak ma to miejsce w analizowanym przypadku - o powodzeniu projektu decyduje nie tylko zakres posiadanego personelu, ale również dobór kompetentnych oraz doświadczonych kontrahentów, którzy posiadają historyczną oraz merytoryczną bazę wiedzy niezbędną realizacji zamówienia.

37. Tego rodzaju sposób wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego jest dopuszczalny i uznawany, jako realny udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, co potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: "Zgodnie z art. 22a ust 1 p.z.p. wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Wobec tego. doradztwo i konsultacje same w sobie są prawnie dopuszczalne, o ile udział

świadczeniodawcy zapewni realny transfer tego doświadczenia, co może się ziszczyć poprzez realizację przedmiotu zamówienia." (KIO 2658/19) czy "Oddanie do dyspozycji przez podmiot trzeci zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia musi łączyć się z koniecznością udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia, przy czym udział ten może przybrać dowolną formę, nie tylko podwykonawstwa, ale także doradztwa, konsultacji czy innej formy merytorycznego wsparcia." (KIO 196/16)

38. Podsumowując powyższe rozważania należy wskazać, że żaden z przepisów nie wskazuje na podstawie jakich kryteriów należy oceniać, czy dane udostępnienie zasobów ma charakter realny, a treść zobowiązania gwarantuje, że podmiot trzeci faktycznie będzie brał udział w realizacji zamówienia. Powyższa ocena powinna każdorazowo być dokonywana indywidualnie i w kontekście okoliczności faktycznych danej sprawy.

39. Realność, w kontekście brzmienia art. 22a ust. 2 i ust. 4 ustawy Pzp, winna być dokonywana w kontekście czy opisany w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów sposób wykorzystania danego zasobu (i) jest możliwy, (ii) gwarantuje faktyczny udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia, (iii) wykonawcę będzie miał możliwość "czerpania" z zasobu podmiotu trzeciego.

40. W ocenie Odwołującego przedstawione przez niego zobowiązanie Ayesa Hiszpania spełnia powyższe kryteria. Wskazać bowiem, że warunki realizacji zamówienia dopuszczają możliwość zaangażowania dodatkowych Inspektorów Nadzoru do realizacji zamówienia z uwagi na fakt, że przedmiotem zamówienia jest usługa, tj. czynności o charakterze niematerialnym wykorzystanie wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego poprzez zaangażowanie go w wykonywanie czynności polegających na wydawaniu opinii, rekomendacji czy innych form wsparcia merytorycznego jest dopuszczalny i faktycznie będzie miał wpływ na jakość i terminowość świadczonej usługi. W przeciwieństwie do zamówień, których przedmiotem są dostawy czy roboty budowlane, w przypadku zamówienia których przedmiotem jest usługa o powodzeniu danego przedsięwzięcia niejednokrotnie przesądza doświadczenie i know - how wykonawcy, którym dysponuje.

41. W zobowiązaniu do udostępnienia zasobów przewidziano, że zasoby zostaną przekazane zarówno w postaci nośnika materialnego (dodatkowi inspektorzy, oddelegowanie pracowników), jak i w postaci niematerialnej (dyspozycja Ayesa Hiszpania do wydania wiążących ocen / stanowisk / rekomendacji związanych ze zdarzeniami mającymi miejsce podczas procesu inwestycyjnego). Zatem nie sposób zakwestionować dopuszczalności przyjętego w tym zakresie rozwiązania.

42. Dalej wskazać należy, że w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów parokrotnie pojawia się deklaracja, że Ayesa Hiszpania będzie brała udział w realizacji zamówienia, jako

podwykonawca. Udział podmiotu trzeciego będzie zatem "namacalny" i weryfikowalny również przez samego Zamawiającego, gdyż § 17 wzoru umowy nakłada na wykonawcę obowiązek {z którego wykonawca nie może się zwolnić} zaangażowania podmiotu trzeciego do realizacji zamówienia. Co więcej, z treści wyżej wskazanej regulacji wynika, że Odwołujący nie będzie miał możliwości ani formalnego, ani faktycznego zmniejszenia zakresu zaangażowania Ayesa Hiszpania względem za deklarowanego w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów. Zamawiający na podstawie § 18 wzoru umowy będzie z kolei badał prawidłowość przedstawionej umowy o podwykonawstwo pomiędzy Odwołującym a Ayesa Hiszpania. W przypadku, w którym jej treść umowy o podwykonawstwo nie będzie odpowiadała deklaracjom wskazanym w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów i ofercie, Zamawiający będzie posiadał uprawnienie do zgłoszenia zastrzeżeń do jej treści i zobowiązania wykonawcy do jej poprawy.

Zaniechanie działań w tym zakresie będzie uprawniało Zamawiającego do rozwiązania umowy z Odwołującym na podstawie § 25 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy ze wszystkimi tego konsekwencjami. Nie sposób także pominąć i tej okoliczności, że Ayesa Hiszpania jest spółką wchodzącą w tę samą grupę kapitałową co Ayesa Polska Sp. z o.o. (lider konsorcjum). Okoliczność ta ma niebagatelne znaczenie w kontekście oceny realności udostępnienia zasobów przez Ayesa Hiszpania (spółki matki) na rzecz Ayesa Polska Sp. z o.o. (spółki córki).

43. W świetle powyższego Odwołujący nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego, że dokonał zmiany oświadczenia zawartego w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów. W ocenie Odwołującego zarówno zobowiązanie, jak i treść składanych wyjaśnień, opisują w jaki sposób Odwołujący zamierza wykonać zamówienie przy wykorzystaniu wiedzy i doświadczenia Ayesa Hiszpania.

44. Dlatego też Odwołujący stoi na stanowisku, że Ayesa Hiszpania w sposób skuteczny udostępniła swoje zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia, a zobowiązanie potwierdza, że podmiot ten będzie faktycznie brał udział w realizacji zamówienia. W świetle powyższego Odwołujący wykazał, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami Ayesa Hiszpania w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz że stosunek łączący Odwołującego z Ayesa Hiszpania gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów Ayesa Hiszpania. Tym samym także Odwołujący wykazał spełnianie określonego w pkt. VI ust. 1 pkt 1.1. S1WZ warunku udziału w Postępowaniu. W konsekwencji Zamawiający nie był uprawniony do wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp pismem z dnia 24 marca 2021 r. do uzupełnienia Wykazu usług, a czynność ta nie ma podstaw ani prawnych, ani faktycznych.

B. Niezasadne utożsamianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (pkt VI ust. 1 pkt 1.1 SIWZ) z warunkiem dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia (pkt VI ust. 1 pkt 1.2 SIWZ)

45. Przedmiotem udostępnionych przez Ayesa Hiszpania zasobów jest posiadana przez ten podmiot wiedza i doświadczenie w realizacji usług spełniających wymagania określone w pkt VI ust. 1 pkt 1.1 SIWZ. W zobowiązaniu Ayesa Hiszpania, jako jeden ze sposobów wykorzystania zasobu podmiotu trzeciego wskazano zapewnienie pracowników na stanowiska: Inspektor Nadzoru robót drogowych oraz Inspektora Nadzoru robót mostowych. W toku składanych wyjaśnień Odwołujący wskazał, że personel wskazywany w Wykazie osób na potrzeby potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI ust. 1 pkt 1.2 SIWZ jest jego personelem własnym, którym będzie dysponował bezpośrednio. Jednocześnie ponownie wskazać należy, że Odwołujący wskazał, iż personel, na który powołuje się Ayesa Hiszpania w zobowiązaniu, będzie stanowił personel dodatkowy, ponad wymagane przez Zamawiającego minimum, który będzie brał udział w realizacji zamówienia.

46. Zamawiający przyjmuje, że okoliczność zadeklarowania przez Wykonawcę, że cały personel wskazany w Wykazie osób będzie jego personelem własnym powoduje automatycznie, że Wykonawca nie ma możliwości powoływać się na zasoby innego podmiotu w zakresie wiedzy i doświadczenia na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Twierdzenie to jest błędne. Wskazać należy, że przepis art. 22a ust. 1 ustawy Pzp ustanawia uprawnienie wykonawcy do powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przepis § 9 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określa zaś minimum informacji, jakie powinny zostać zawarte w zobowiązaniu podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów wykonawcy. Do tych elementów zalicza się: (i) zakres udostępnianych zasobów, (ii) sposób ich wykorzystania, (iii) zakres i udział innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, (iv) informacja czy podmiot, który udostępnia zasoby będzie realizował (jako podwykonawca) ten zakres prac, który dotyczy udostępnianych zdolności.

47. Żaden z wyżej wskazanych przepisów nie określa, ani w jaki sposób zasoby powinny zostać udostępnione, ani w jaki sposób wykonawca powinien wykorzystać zasoby na potrzeby realizowanego zamówienia publicznego. Kwestia ta pozostaje w gestii samego wykonawcy oraz wynika z ukształtowanego pomiędzy nim, a podmiotem trzecim stosunku prawnego, w którego treść Zamawiający nie ma prawa ingerować. Z przepisów nie wynika również, że w przypadku udostępnienia przez podmiot trzeci zasobów w postaci wiedzy i

doświadczenia, udział podmiotu trzeciego powinien zostać zagwarantowany poprzez oddelegowanie konkretnych osób do wykonania zamówienia, a tym bardziej osób, którymi winien dysponować wykonawca w celu wykazania spełniania innego warunku udziału w postępowaniu. Oddelegowanie do realizacji zamówienia danego pracownika, czy pracowników jest jedną, ale nie jedyną z form faktycznego i rzeczywistego udziału podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. Gdyby ustawodawca uzależniał możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu od jednoczesnego udostępnienia przez ten podmiot swoich pracowników, dałby temu wyraz w regulacjach określonych w ustawie lub aktach wykonawczych. Rozumiany przez Zamawiającego sposób korzystania z zasobów podmiotu trzeciego nie znajduje również potwierdzenia w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W świetle powyższego Odwołujący informuje, że kategorycznie nie zgadza się z Zamawiającym, iż podmiot trzeci udostępniający wiedzę i doświadczenie jest zobowiązany również do udostępniania osób na konkretne stanowiska i że tylko taki transfer zasobu daje możliwość uznania, że mamy do czynienia z realnym dysponowaniem danym zasobem.

48. Wskazania wymaga, że gdyby przyjąć argumentację Zamawiającego za zasadną każdorazowo podmiot udostępniający zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia byłby jednocześnie zobowiązany do udostępnienia osób zdolnych do realizacji zamówienia. Bo tylko w taki sposób - zdaniem Zamawiającego - mogłoby dojść do urzeczywistnienia udostępnienia zasobu. Powyższe wyłączałoby również możliwość korzystania z zasobów dwóch lub więcej podmiotów, w których jeden z nich udostępnia wiedzę i doświadczenie, a drugi personel niezbędny do realizacji zamówienia.

C. Pomięcie przez Zamawiającego okoliczności deklaracji podmiotu trzeciego udziału w realizacji zamówienia jako podwykonawca

49. Jak zostało już to wskazane powyżej, Zamawiający zarzuca również Odwołującemu w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 24 marca 2021 r., że dokonał zmiany oświadczenia podmiotu trzeciego. Odwołujący zdaniem Zamawiającego "swoimi wyjaśnieniami zmienił oświadczenie tego podmiotu, stwierdzając de facto, że zamówienie wykona w całości samodzielnie, za pomocą swoich pracowników Odwołujący stanowczo nie zgadza się z powyższym stanowiskiem wskazując, że jest ono sprzeczne z treścią zobowiązania do udostępnienia zasobów (udział podmiotu trzeciego będzie miał charakter faktyczny i będzie polegał na "udziale w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy poprzez faktyczne wykonanie przedmiotu zamówienia") oraz wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w dniu 15.03.2021 r.

"(...) Wykonawca będzie również korzystał z potencjału podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia. Dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego w tym zakresie

będzie odbywało się poprzez wykonanie części obowiązków Wykonawcy przez podwykonawcę Ayesa Ingeniería y Arquitectura S.A. w zakresie wskazanym powyżej, jak również poprzez stałe wsparcie merytoryczne, delegowanie pracowników posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie, wydawanie opinii oraz stałe doradztwo dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia."

50. Powyższy fragment wyjaśnień został w całości pominięty przez Zamawiającego przy dokonywaniu analizy okoliczności niniejszej sprawy, co w konsekwencji! skutkowało uznaniem przez Zamawiającego, że Odwołujący dokonał zmiany oświadczenia własnego i oświadczenia podmiotu trzeciego. Odwołujący pragnie wskazać, że wszelkie czynności Zamawiającego podejmowane w Postępowaniu powinny być poprzedzone kompleksową analizą wszystkich okoliczności sprawy, a nie jedynie wybiórczych fragmentów pism składanych przez wykonawców.

51. Zamawiający w treści wezwania wskazuje również, że w jego ocenie "zakres realizacji zamówienia przez inny podmiot nie jest realny i nie gwarantuje prawidłowej realizacji zamówienia, ponieważ tak naprawdę będzie ono wykonywane przez Wykonawcę, który nie posiada, wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia". Odnosząc się do powyższego sformułowania Odwołujący pragnie wskazać, że Zamawiający nie wskazuje na podstawie jakich dokumentów lub okoliczności stwierdza, że zamówienie będzie wykonywane przez Odwołujący bez udziału podwykonawców w zakresie branży drogowej i branży mostowej.

52. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający całkowicie arbitralnie i odgórnie założył, że Odwołujący będzie próbował obejść przepisy art. 22a ustawy Pzp. Powyższe złożenie jest krzywdzące dla Odwołującego, zwłaszcza w kontekście, że ze złożonych przez niego dokumentów i wyjaśnień wynikają zgoła odmienne okoliczności. Odwołujący w sposób stały i ciągły deklaruje udział Ayesa Hiszpania w realizacji zamówienia. Powyższe twierdzenie Zamawiającego stanowi wyraz interpretacji własnej niepopartej żadnym miarodajnym argumentem.

53. Wykonawca pragnie wskazać, że zgodnie z OPZ w ramach czynności obejmujących pełnienie nadzoru nad branżą drogową oraz branżą mostową wykonawca jest zobowiązany do wykonania szeregu działań, w tym także w branży drogowej oraz w branży mostowej. Do takich obowiązków zalicza się m.in.: egzekwowanie wymaganej zawartości i jakości opracowań projektowych, opiniowanie i zatwierdzanie rozwiązań projektowych, stwierdzanie zgodności dokumentacji z Kontraktem na roboty budowlane, monitorowanie postępu prac, raportowanie Zamawiającemu, zatwierdzenie projektów budowlanych (pkt 3.1.2 OPZ), czuwanie nad realizacją robót budowlanych, wydawanie Poleceń zmian, stałego

nadzorowania badań i robót budowlanych, sprawdzanie wykonywanych robót i informowanie o wykrytych wadach, identyfikowanie ryzyk roszczeń wykonawcy robót budowlanych, nadzór nad realizacją tymczasowej organizacji ruchu (pkt 3.1.2 OPZ). Dodatkowo na stronie 15 i nast. OPZ zostały określone szczegółowo dodatkowe obowiązki Inżyniera Kontraktu w zakresie podejmowania samodzielnych decyzji, wydawania opinii i rekomendacji etc. Między innymi te czynności, które w zakresie, w jakim dotyczą branży drogowej i branży mostowej, zostaną powierzone podmiotowi trzeciemu, na którego zasobach bazuje Odwołujący, w ramach umowy o podwykonawstwo - i będą realizowane m.in. poprzez udostępniony Odwołującemu personel, ale również w ramach udzielanego wsparcia merytorycznego.

54. Podwykonawcy zostanie powierzone świadczenie usługi nadzoru nad branżą drogową oraz nad branżą mostową. Poza zakresem prac Ayesa Hiszpania pozostanie wyłącznie zakres czynności wykonywanych bezpośrednio i osobiście przez p. M. Ż. oraz Pana A. Pl., którymi dysponuje w sposób bezpośredni PROKOM Construction Sp. z o.o. (partner konsorcjum Odwołującego). Tym niemniej, nawet czynności p. Ż. i p. P. będą wykonywane pod ścisłym nadzorem i według wskazań Ayesa Hiszpania oraz z uwzględnieniem posiadanego przez Ayesa Hiszpania know-how. Ayesa Hiszpania zapewni P-u Ż. i P-u P. pełne wsparcie i zaplecze techniczne oraz prawne niezbędne do oceny realizacji przez generalnego wykonawcę robót budowlanych przedsięwzięcia w branży drogowej i mostowej.

55. W tym zakresie Ayesa Hiszpania zapewni nie tylko wiedzę i doświadczenie dotyczące oceny przygotowanego przez generalnego wykonawcę harmonogramu robót, planowania przepływów finansowych i rozliczeń z podwykonawcami, ale także wsparcie w zakresie prawidłowości oceny projektów i realizacji robót budowlanych. Zakres podwykonawstwa Ayesa Hiszpania nie będzie zatem ograniczał się do czynności pozornych, ale będzie polegał na faktycznym udziale tego podmiotu w realizacji zamówienia w branży drogowej i mostowej. Dokładny zakres podwykonawstwa Ayesa Hiszpania z uwzględnieniem należnego Ayesa Hiszpania wynagrodzenia zostanie określony w umowie o podwykonawstwo, której realizacja tj. faktyczne wykonanie czynności przez Ayesa Hiszpania i otrzymanie z tego tytułu odpowiedniego wynagrodzenia, podlega weryfikacji przez Zamawiającego. Pozostała część zamówienia np. branża kolejowa czy też rozliczenia etc. zostaną wykonana samodzielnie przez Odwołującego (lub jego podwykonawców).

56. W świetle powyższego, wszelkie argumenty Zamawiającego, że Odwołujący delegując do realizacji zamówienia w całości personel własny będzie próbował uchylać się od obowiązku zaangażowania podmiotu trzeciego w wykonanie zamówienia są niemożliwe

do zaakceptowania w kontekście ustanowionych przez Zamawiającego warunków wykonania zamówienia.

57. Mając na względzie powyższe nie sposób przyjąć, że Odwołujący nie wykazał realności udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego.

D. Niezasadne nałożenie na Odwołującego obowiązku samodzielnego wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI ust. 1 pkt 1.1 SIWZ

58. W treści wezwania zostało również wskazane, że "Zamawiający nie może uznać, że Wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający nie może dopuścić do sytuacji, aby usługi wykonał Wykonawca, który samodzielnie nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, niezależnie od tego jak wysoko ocenia swoje umiejętności. Stanowiłoby to obejście przepisów, nie tylko art. 22a ustawy Pzp, ale również samej zasady, że zamówienie ma wykonać podmiot posiadający określone kwalifikacje zawodowe (art. 22 ustawy Pzp), które to z kolei wskazywane i oceniane są według warunków określonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia."

59. Powyższe stanowisko stanowi przejaw zmiany treści SIWZ po dacie składania ofert, tj. określenie przez Zamawiającego w wezwaniu obowiązku, aby wykonawca samodzielnie, bez możliwości powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego, wykazał się spełnieniem warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt VI ust. 1.1 SIWZ. Powyższe działanie jest niedopuszczalne na gruncie prawa zamówień publicznych.

60. Wskazać należy, że zgodnie z pkt VI ust. 3 SIWZ Zamawiający wprost dopuścił możliwość powoływania się na zasoby innych podmiotów, niezależnie od charakteru i zakresu udostępnianego zasobu:

Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

61. Zamawiający nie zastrzegł również obowiązku osobistego wykonania części zamówienia w zakresie pełnienia usługi w branży drogowej oraz w branży mostowej. Zatem na tym etapie postępowania Zamawiający nie może oczekiwać, że Odwołujący wykaże, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa powyżej, a następnie

sam zrealizuje zamówienie. Zamawiający oczekując od Odwołującego, że wykaże się zasobem własnym w postaci wiedzy i doświadczenia, powinien taki wymóg wyartykułować w sposób jasny i precyzyjny w SIWZ. Gdyby Odwołujący jeszcze na etapie przygotowania oferty posiadał wiedzę o rzeczywistych oczekiwaniach Zamawiającego, być może dokonałby odmiennego doboru współkonsorcjantów i kontrahentów. Brak precyzji po stronie Zamawiającego nie może rodzić negatywnych skutków dla Odwołującego.

62. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: "Ustalone przez zamawiającego wymagania SIWZ mogą być zmienione wyłącznie do terminu otwarcia ofert, po którym uprawnienie zamawiającego do kształtowania SIWZ wygasa (arg. z art. 38 ust 4 p.z.p.). Postanowienia specyfikacji wiążą zamawiającego i wykonawców na równych prawach, co więcej - zamawiający staje się niejako zakładnikiem postanowień specyfikacji. W konsekwencji, nawet jeśli zamawiający ustalił swoje wymagania na bardzo wysokim poziomie lub w sposób restrykcyjny, jest zobowiązany do dokonywania czynności w postępowaniu stosownie do ustalonych wymagań. Niedopuszczalne jest odstępianie, przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badaniu i ocenie ofert, od części ustalonych wymagań. Uznanie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu / przyznanie punktów jego ofercie wyłącznie na podstawie spełnienia części wymagań zawartych w SIWZ łamie zasady wskazane w art. 7 ust 1 p.z.p." (KIO 263/15) oraz "Po terminie składania ofert, ocena oferty może być dokonana tylko w oparciu o takie brzmienie SIWZ, jakie zostało ustalone, zaś jakiegokolwiek odstępstwa i nierespektowanie postanowień SIWZ i ogłoszenia stanowiłoby naruszenie podstawowych zasad postępowania. Trudno dopatrzeć się w działaniu zamawiającego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, jeśli ten dokonał podstawienia wynikającej ze złożonych dokumentów sytuacji wykonawcy do wymagań wyartykułowanych w obowiązującej w dniu składania ofert SIWZ. Przeciwnie, naruszeniem kardynalnych zasad byłoby, po terminie składania ofert, na etapie ich oceny, nierespektowanie postawionych wymagań, co byłoby równoznaczne z preferencyjnym traktowaniem tych wykonawców, wobec których odstępiono od określonych wymagań." (KIO 672/15)

63. W świetle wezwania Zamawiającego należy uznać, jako rażąco naruszające przepisy ustawy Pzp, oraz ukształtowanego w tym zakresie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający nie posiada bowiem arbitralnej możliwości zmiany wymagań w zakresie sposobu wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu na etapie badania i oceny ofert.

W świetle powyższego odwołujący wnosi jak na wstępie.

ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE

Działając w imieniu Zamawiającego, na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 z późn. zm. - zwana dalej „nową Pzp”) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 z późn. zm.), składa odpowiedź na odwołanie złożone w dniu 06.04.2021 r. przez Odwołującego - Konsorcjum Firm: Ayesa Polska Sp. z o.o., Prokom Construction Sp. z o.o. i wnosi o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego.

UZASADNIENIE

W dniu 10.03.2020 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Powyższe oznacza, że do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2019, poz. 1843 z późn. zm.). Niniejsze postępowanie prowadzone jest - zgodnie z sekcją III.4 SIWZ - w trybie tzw. „procedury odwróconej”, w której to Zamawiający najpierw ocenia oferty pod kątem przedmiotowym, celem ustalenia rankingu ofert nie podlegających odrzuceniu i dopiero po tym badaniu przystępuje do weryfikacji podmiotowej Wykonawcy, którego ofertę ocenił najwyżej.

Odwołujący w dniu 06.04.2021 r. poinformował Zamawiającego o wniesieniu odwołania zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 i art. 22a ust. 2 i 4 ustawy Pzp poprzez wezwanie Odwołującego w dniu 24 marca 2021 r. do uzupełnienia Wykazu usług wraz z dowodami ich należytego wykonania, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI ust. 1 pkt 1.1 SIWZ w związku z oceną przez Zamawiającego, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia określonego w pkt. VI ust. 1 pkt 1.1 SIWZ warunku udziału w postępowaniu w sytuacji, w której Odwołujący wskazał spełnianie określonego w pkt. VI ust. 1 pkt 1.1. SIWZ warunku udziału w Postępowaniu, powołując się na zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia Ayesa Inżynieria y Arquitectura S.A. (dalej "Ayesa Hiszpania"), który to podmiot zobowiązał się do udostępnienia swoich zasobów na rzecz Odwołującego oraz zrealizowania usług do realizacji których te zdolności są wymagane, oraz żądając unieważnienia czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia Wykazu usług z dnia 24 marca 2021 r.

Ustosunkowując się merytorycznie do podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 i art. 22a ust. 2 i 4 ustawy Pzp, Zamawiający podtrzymuje w całości swoje stanowisko i uznaje, że dokonana ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI ust. 1 pkt 1.1 SIWZ i podjęta przez Zamawiającego czynność wezwania Odwołującego w dniu 24 marca 2021 r. do uzupełnienia Wykazu usług wraz z dowodami ich należytego wykonania, są zgodne z ustawą Pzp.

A. "Realność" udostępnienia zasobów

Zamawiający, wbrew twierdzeniom Odwołującego, że: „Zamawiający w wezwaniu z dnia 24 marca 2021 r. wskazuje, że z zobowiązania Ayesa Hiszpania nie wynika, że doszło do realnego udostępnienia zasobów, a także że podmiot ten faktycznie będzie brał udział w realizacji zamówienia” nie neguje faktu, że podmiot udostępniający zasoby zobowiązał się do wykonania jako podwykonawca części usług, co zawarł w swoim zobowiązaniu. Powyższe znalazło również potwierdzenie w pierwotnie złożonym Wykazie osób, poprzez wskazanie w nim Inspektora Nadzoru robót w branży drogowej oraz Inspektora Nadzoru robót w branży mostowej, dla których, w kolumnie „podstawa dysponowania” Odwołujący wskazał „zasób podmiotu trzeciego”. Pierwotne oświadczenie Odwołującego (w Wykazie osób) oraz podmiotu trzeciego Ayesa Hiszpania (w zobowiązaniu), były spójne i nie budziły żadnych wątpliwości Zamawiającego.

Wątpliwości po stronie Zamawiającego powstały dopiero w momencie udzielenia wyjaśnień przez Odwołującego i zmianę Wykazu osób w zakresie podstawy, na jakiej dysponuje ww. inspektorami nadzoru robót w branży drogowej oraz mostowej, na „dysponowanie bezpośrednio” (czyli zasób własny). Wykaz osób przestał być spójny ze zobowiązaniem Ayesa Hiszpania i wzbudził zastrzeżenia Zamawiającego. Co innego bowiem, w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów, deklarował podmiot trzeci, a co innego Odwołujący deklaruje w Wykazie osób. Zasób zobowiązał się przekazać swoją wiedzę i swoje doświadczenie w dwóch głównych i kluczowych branżach zamówienia, a to przekazanie miało nastąpić poprzez sprawowanie w nich funkcji inspektorów nadzoru. Ayesa Hiszpania deklarowała realne uczestnictwo i wykonanie części zamówienia (czyli sprawowanie funkcji Inspektorów Nadzoru robót w branży drogowej oraz w branży mostowej) poprzez swoich inspektorów, natomiast Odwołujący nie chce z tego skorzystać. Deklaruje samodzielne (tj. poprzez własnych pracowników) wykonanie części zamówienia, do realizacji której zobowiązał się podmiot trzeci Ayesa Hiszpania.

Na temat kontekstu wszystkich dokumentów składanych przez Wykonawcę, które należy brać pod uwagę przy ocenie realności udostępnienia zasobów wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 stycznia 2017 r. Sygn. akt. KIO 2491/16: „W ocenie

Izby zobowiązanie, które zostało uzupełnione, wskazuje na zakres zasobów udostępnianych wykonawcy, wiedzę i doświadczenie oraz zasoby kadrowe, wskazując konkretnie, o jakie zasoby chodzi. Ze zobowiązania tego wynika, iż podmiot udostępniający zasoby kadrowe w tym konkretnym postępowaniu ma świadomość, że wskazane osoby spełniają warunki postawione przez zamawiającego (...) mają przypisaną konkretną funkcję - rolę, którą pełnią, co jest zgodne z wykazem i informacjami tam zawartymi. Wskazany jest też stosunek łączący podmiot udostępniający z wykonawcą - umowa cywilnoprawna - oraz czas udostępnienia zasobów.

KIO zgodziła się z argumentacją przedstawioną przez przystępującego, że analizując złożone zobowiązanie, należy brać pod uwagę kontekst innych dokumentów. Przede wszystkim zgodnie z oświadczeniem złożonym w pkt 15 formularza ofertowego zakres udostępnianych zasobów to prace projektowe. W ocenie KIO oświadczenie wraz ze zobowiązaniem rozwiewa wszelkie wątpliwości stawiane przez odwołującego wobec treści przedstawionych dokumentów. Należy zgodzić się z zamawiającym, że nie miał on w takim przypadku obowiązku żądania np. zawartych umów cywilnoprawnych, gdyż powyższe udostępnienie, jego realność powinno być wykazane zobowiązaniem, które zostało przez wykonawcę złożone. W ocenie KIO zakres zobowiązania można wyczytać z jego treści. Wynika z niego, że udostępniane zasoby to projektanci, co niewątpliwie jest zgodne i spójne z oświadczeniem złożonym w pkt 15 formularza ofertowego określającego zakres udostępnienia, tj. prace projektowe". Sytuacja opisana w ww. wyroku jest analogiczna z sytuacją, która miała miejsce w przedmiotowym postępowaniu do momentu, gdy Odwołujący nie zmienił oświadczenia w zakresie dysponowania inspektorami nadzoru w branżach drogowej i mostowej.

Powyższe działanie Odwołującego spowodowało niezgodność z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp zgodnie z którym, Wykonawca może polegać na zdolnościach innego podmiotu, ale podmiot ten jest zobowiązany zrealizować zamówienie w zakresie, w jakim udostępnił swoje własne zasoby. Realne udostępnienie zasobów może polegać wyłącznie na wykonaniu usług, przez podmiot udostępniający, do których takie zdolności są wymagane. Wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu, zobowiązany jest do zaangażowania, w sposób bezpośredni, tego podmiotu w realizację przedmiotu zamówienia tak, aby poleganie na potencjale było realne.

Zamawiający nie zaprzecza, że Odwołujący może realizować zamówienie w różny sposób, (jak wskazał w pkt 23 odwołania), jednakże w odniesieniu do osób sprawujących funkcje inspektorów nadzoru branż drogowej i mostowej muszą oni pochodzić od podmiotu trzeciego, ponieważ do tego się on zobowiązał wskazując sposób przekazania swojej wiedzy

i doświadczenia potrzebnego do spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odmienne działanie byłoby sprzeczne z zasadami równego traktowania Wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz niedozwoloną zmianą oświadczenia złożonego w ofercie i przedmiotowe udostępnienie czyniło pozornym.

Zamawiający nie zaprzecza również, że w treści Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej „OPZ”) dopuścił, aby poszczególne funkcje pełniła więcej niż jedna osoba (zarzut z pkt 24 i nast. odwołania), jednak składając Wykaz osób Odwołujący wskazał tylko jedną osobę, która miałaby sprawować funkcję inspektora nadzoru branży drogowej oraz tylko jedną osobę, która miałaby sprawować funkcję inspektora nadzoru branży mostowej. O „dodatkowych”, bliżej nie określonych, inspektorach nadzoru w ww. branżach, Zamawiający dowiedział się dopiero z odpowiedzi na pisma kierowane do Odwołującego dotyczące wątpliwości w zakresie realności udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci.

Zamawiający nadmienia, że poszerzenie składu Zespołu Inżyniera Kontraktu nie może odnosić się do inspektorów nadzoru, ponieważ obowiązki inspektora nadzoru nie mogą zostać powierzone innej osobie. Prawa i obowiązki inspektora nadzoru wynikają wprost z ustawy Prawo Budowlane (art. 25 i 26) należy do nich m.in. wydawanie kierownikowi budowy lub kierownikowi robót poleceń, potwierdzonych wpisem do dziennika budowy. Wpisów do dziennika budowy nie mogą dokonywać jakiegokolwiek bliżej nieokreślone osoby (np. dodatkowi inspektorzy nadzoru), bowiem ustawa prawo budowlane wprost wymienia zamknięty katalog osób, mających takie prawo.

Ustawa Prawo Budowlane nakłada na osobę sprawującą funkcję Inspektora nadzoru inwestorskiego określone obowiązki oraz wskazuje jej uprawnienia. Osoba przejmująca obowiązki składa oświadczenie o przejęciu obowiązków Inspektora nadzoru inwestorskiego, zostaje zgłoszona do Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego i to ta osoba odpowiada karnie za nienależyte wykonywanie samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie (art. 91-95 ustawy Prawo Budowlane wskazuje za to szereg sankcji).

Zamawiający nie ma wpływu na to jakie dodatkowe obowiązki czy uprawnienia (nie wynikające z ustawy Prawo Budowlane, których nie da się powierzyć komuś innemu, poza inspektorem nadzoru) Kierownik projektu powierzy inspektorom nadzoru (np. pochodzące ze sfery organizacyjnej Odwołującego). W tym zakresie Odwołujący ma pełną dowolność, jednak obowiązków inspektora nadzoru nie może on przenieść na inną osobę, ponieważ byłoby to niezgodne z ustawą Prawo Budowlane.

Sprawowanie funkcji „dodatkowych inspektorów”, pomijając fakt, że jest to sprzeczne z treścią zobowiązania podmiotu trzeciego, a również ustawa Prawo Budowlane nie przewiduje takiej funkcji, nie jest wystarczające do wypełnienia normy zawartej w art. 22a

ust. 4 ustawy Pzp tzn.: „jest zobowiązany wykonać tę część zamówienia do wykonania, której zdolności te są wymagane”.

Artykuły 25 i 26 ustawy Prawo Budowlane, wymagają osobistego uczestniczenia w procesie budowlanym, czego niewątpliwie nie zapewnia samo „wydawanie opinii”, „stałe doradztwo dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia” czy „wsparcie merytoryczne” (wskazane w pkt 33 odwołania). Odwołujący w ogóle nie wskazuje w jaki sposób powyższe czynności miałyby się odbywać. Dodatkowo, podkreślić również należy, że wykonywanie nadzoru budowlanego w branżach drogowej i mostowej stanowi główną i najważniejszą część zamówienia, natomiast wydawanie opinii, doradztwo czy wsparcie merytoryczne, stanowiłyby jedynie jego ułamek (bardzo znikomą część), a jednocześnie można założyć, że mogą one w ogóle nie nastąpić.

Nadmienić należy, że nadzór budowlany wymaga udziału na budowie, ponieważ to tam faktycznie rozgrywa się podejmowanie decyzji i korzystanie z wiedzy i doświadczenia. Udział podmiotu trzeciego w realizacji niniejszego zamówienia, w sposób jaki deklaruje Odwołujący, nie gwarantuje udziału na budowie tylko bliżej nieokreślone przekazanie sumy doświadczeń, a nie można z wiedzy w zakresie budownictwa korzystać na odległość i w oderwaniu od stanu faktycznego na budowie. Warunek doświadczenia został tak postawiony, aby mógł zagwarantować Zamawiającemu nadzór nad inwestycją osób doświadczonych w realizacjach analogicznych inwestycji, natomiast podmiot posiadający odpowiednią wiedzę i doświadczenie w realizacji inwestycji powinien być obecny na budowie przynajmniej tak często, jak sam inspektor nadzoru - co jest w tym konkretnym przypadku mało prawdopodobne. Specyfika zamówienia i charakter wymaganej wiedzy i doświadczenia, niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia, determinuje osobisty udział w wykonaniu zamówienia podmiotu, który taką wiedzę i doświadczenie przekazuje.

Zamawiający nie neguje również faktu, że w pewnych sytuacjach, doradztwo i konsultacje (wskazane w pkt 33 i nast. odwołania) są dopuszczalne i mogą być wystarczające do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w przypadku polegania na zasobach podmiotu trzeciego, jednak nie może być za takie uznane w sytuacji, która ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu, tj. gdzie podmiot udostępniający zasoby wprost wskazuje, że przekaże swoją wiedzę i swoje doświadczenie poprzez oddelegowanie swoich pracowników do sprawowania funkcji inspektorów nadzoru w branżach drogowej oraz mostowej. Podkreślić należy, że w dwóch głównych i największych branżach będących przedmiotem zamówienia, w których, zgodnie z Sekcją VI pkt 1 ppkt 1.1 SIWZ, Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem: „w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował

(zakończył) co najmniej jedną usługę polegającą na nadzorowaniu robót budowlanych obejmujących budowę lub przebudowę lub rozbudowę drogi klasy min. G. o łącznej wartości nadzorowanej inwestycji minimum 47 000 000,00 PLN brutto, oraz zrealizował (zakończył) co najmniej jedną usługę polegającą na nadzorowaniu robót budowlanych obejmujących budowę lub rozbudowę wiaduktu kolejowego lub mostu kolejowego o rozpiętości przęsła nie mniejszej niż 30 metrów”

Doradztwo i konsultacje oraz nadzór nad marginalną częścią zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby był przedmiotem rozważań Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 19 maja 2017 r. Sygn. akt: KIO 890/17: „Według zapatrywania Izby powyższe zobowiązania nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunku doświadczenia i zdolności zawodowej, bowiem podmioty te ograniczyły w tych zobowiązaniach zakres zadeklarowanego podwykonawstwa w sposób nieodpowiadający doświadczeniu niezbędnemu do realizacji przedmiotu zamówienia.

W pierwszym przypadku brak jest zobowiązania do pełnienia nadzoru inwestorskiego, a jest wskazana jedynie realizacja poprzez doradztwo i konsultacje w obszarze zarządzania i rozliczania inwestycji, co znacznie zawęży konieczne do wykonania przedmiotu zamówienia doświadczenie.

W drugim przypadku, to ograniczenie udostępnionego doświadczenia przejawia się w zobowiązaniu do nadzoru na etapie dokumentacji projektowej w branży energetycznej i elektrycznej, telekomunikacyjnej oraz sanitarnej, z pominięciem zdolności zawodowej odnoszącej się do branży drogowej, stanowiącej podstawowy zakres przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie, Izba stanęła na stanowisku, że zlecenie tym podmiotom podwykonawstwa w zakresie jedynie 3% nie zapewni należytego wykonania kontraktu.”

Stanowisko Zamawiającego w pełni podziela m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2014 r. Sygn. akt: KIO 735/14: „Można sobie wyobrazić sytuację, gdy podmiot trzeci udzielając wiedzy i doświadczenia w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, co znajdzie wyraz w przekazaniu referencji (lub innego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostaw, usług lub robót) z prawem do posłużenia się nimi w postępowaniu o zamówienie, w ogóle nie będzie brał udziału w wykonaniu tego zamówienia albo jego udział będzie obejmował zakres całkowicie odmienny i niezwiązany zupełnie z przedmiotem oddanego zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia lub też jego udział będzie nieadekwatny i zważywszy na przedmiot zamówienia czy też wymagania zamawiającego. Taki stan będzie stanowił niewątpliwie użyczenie jedynie dokumentu w

postaci referencji (lub innego tego rodzaju dokumentu) dla formalnego wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.”

Wobec powyższego, Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko, iż Odwołujący w złożonych dokumentach nie udowodnił, że udostępnienie zasobów Ayesa Hiszpania będzie realne i podmiot ten będzie faktycznie brał udział w realizacji zamówienia. Zamawiający nadmieniał, że Wykonawca w ogóle nie posiada wiedzy i doświadczenia w zakresie nadzorowania robót drogowych oraz mostowych (wskazanych w sekcji VI. pkt 1. ppkt 1.1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia), w związku z czym udział w realizacji zamówienia, zważywszy na jego rodzaj, nie może polegać jedynie na przekazaniu wiadomości i umiejętności oraz doradztwie. Ze względu na wielkość, złożoność, charakter czy stopień skomplikowania robót budowlanych będących przedmiotem nadzoru oraz znaczenie i częstotliwość czynności podejmowanych przez poszczególnych inspektorów nadzoru inwestorskiego, ograniczenie wypełniania warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia jedynie do usług o charakterze konsultingowym nie będzie wystarczające.

B. Niezasadne utożsamianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (pkt VI ust. 1 pkt 1.1 SIWZ) z warunkiem dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia (pkt VI ust. 1 pkt 1.2 SIWZ)

Odnosząc się do powyższego zarzutu (wskazanego w pkt 45-48), Zamawiający nie neguje, że Odwołujący samodzielnie spełnia warunek wskazany w Sekcji VI pkt 1 ppkt 1.2 SIWZ, dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający jest również zgodny co do tego, że kwestia w jaki sposób zostanie przekazana wiedza i doświadczenie podmiotu trzeciego może przyjąć różne formy i pozostaje to wyłącznie w gestii tego podmiotu i Wykonawcy, któremu te zasoby zostają przekazane (np. poprzez umowę regulującą wzajemną współpracę). Sytuacja zmienia się jednak, tak jak ma to miejsce w przedmiotowej sprawie, jeśli podmiot udostępniający swoje zasoby wprost oświadcza (w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów), że transfer jego wiedzy i doświadczenia w zakresie nadzorowania robót, zostanie przeniesiony poprzez sprawowanie funkcji inspektorów nadzoru w branżach drogowej i mostowej.

Zamawiający również zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, że „Oddelegowanie do realizacji zamówienia danego pracownika, czy pracowników jest jedną, ale nie jedyną z form faktycznego i rzeczywistego udziału podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia”, ale jeśli Odwołujący wybrał taki sposób wykazania realności udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego, to nie może na późniejszym etapie się z tego wycofywać.

Spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający ocenia na podstawie złożonych przez Wykonawcę dokumentów, a skoro jest w nich (konkretnie w zobowiązaniu) wskazany

sposób w jaki podmiot udostępniający zasoby zamierza przekazać swoją wiedzę i doświadczenie, to Odwołujący nie może czynić zarzutów Zamawiającemu, że ten wymaga od Odwołującego spełnienia tych warunków w taki właśnie sposób.

C. Pomięcie przez Zamawiającego okoliczności deklaracji podmiotu trzeciego udziału w realizacji zamówienia jako podwykonawca

Również ten zarzut jest chybiony. Zamawiający z należytą starannością zbadał czy Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu zgodnie z opisem wynikającym z zapisów SIWZ i podtrzymuje swoje stanowisko, że w jego ocenie, zakres realizacji zamówienia przez inny podmiot nie jest realny i nie gwarantuje prawidłowej realizacji zamówienia. Jak już zostało to wytłumaczone w części A niniejszej odpowiedzi, podmiot udostępniający zasoby zobowiązał się przekazać swoją wiedzę i doświadczenie poprzez oddelegowanie swoich pracowników do pełnienia funkcji inspektorów nadzoru w branżach drogowej i mostowej, natomiast Odwołujący, w swoim oświadczeniu (złożonym na późniejszym etapie postępowania), pomniejsza rolę podmiotu trzeciego wykazując, że funkcje inspektorów nadzoru powierzy swoim pracownikom. Zmiana ta dotyczy istoty związanej z poleganiem na kwalifikacjach zawodowych pracowników podmiotu trzeciego, jakim jest zapewnienie ich udziału w realizacji zamówienia, a w takiej sytuacji nie nastąpi przekazanie wiedzy i doświadczenia podmiotu (zgodnie ze zobowiązaniem).

Zamawiający nie może zgodzić się z twierdzeniem, że przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu nie wziął pod uwagę deklaracji podmiotu trzeciego udziału w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Zobowiązanie podmiotu trzeciego jest jasne, klarowne i nie budzi żadnych zastrzeżeń. Zastrzeżenia Zamawiającego budzi jednak deklarowany sposób realizacji zamówienia przez Odwołującego.

Zamawiający w dniu 11.03.2021 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień:

- 1) w jaki sposób zasób podmiotu trzeciego będzie brał udział w realizacji niniejszego zamówienia?
- 2) w jaki sposób będzie przekazana i wiedza i doświadczenie zasobu podmiotu trzeciego?
- 3) jaki będzie zakres udziału zasobu podmiotu trzeciego przy wykonywaniu niniejszego zamówienia?

Odwołujący ograniczył się tylko do krótkiej odpowiedzi: „Zgodnie z treścią zobowiązania podmiot trzeci udostępni dodatkowe osoby na stanowiska Inspektora Nadzoru robót drogowych oraz Inspektora Nadzoru robót mostowych. Podmiot udostępniający zasoby

będzie realnie uczestniczył w realizacji przedmiotu zamówienia poprzez świadczenie usługi nadzoru w charakterze podwykonawcy nad następującym zakresem: branża drogowa w zakresie czynności wykonywanych przez dodatkową osobę pełniącą funkcję Inspektora Nadzoru robót drogowych, branża mostowa w zakresie czynności wykonywanych przez dodatkową osobę pełniącą funkcję Inspektora nadzoru robót mostowych.

Jak wskazano w zobowiązaniu Wykonawca będzie również korzystał z potencjału podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia. Dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego w tym zakresie będzie odbywało się poprzez wykonanie części obowiązków Wykonawcy przez podwykonawcę Ayesa Ingeniería y Arquitectura S.A. w zakresie wskazanym powyżej, jak również poprzez stałe wsparcie merytoryczne, delegowanie pracowników posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie, wydawanie opinii oraz stałe doradztwo dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia”.

Analizując powyższą odpowiedź Odwołującego, Zamawiający nie mógł uznać, że sprawowanie funkcji „dodatkowych” inspektorów nadzoru oraz doradztwo i konsultacje dają gwarancję realnego udostępnienia zasobów. Powyższe czynności stanowią jedynie małą część przedmiotu zamówienia i nawet wykonywanie ich w charakterze podwykonawcy przez Ayesa Hiszpania nie gwarantuje Zamawiającemu należytego wykonania zamówienia przez Odwołującego.

D. Niezasadne nałożenie na Odwołującego obowiązku samodzielnego wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI ust. 1 pkt 1.1 SIWZ

Zamawiający zauważa, że w żadnym miejscu wezwania z dnia 23.03.2021 r. nie zobowiązał Odwołującego do samodzielnego wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI ust. 1 pkt 1.1 SIWZ. Zamawiający skierował wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, a art. 22a ust. 6 ustawy Pzp brzmi „Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

- 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
- 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.” Wobec powyższego, również ten zarzut jest kompletnie chybiony.

Dodatkowo Zamawiający zwraca uwagę, że Wykonawca w odpowiedzi na uzupełnienie dokumentów z art. 26 ust. 3 u Pzp złożył wyjaśnienia i nowe zobowiązanie podmiotu trzeciego (Ayesa Hiszpania).

Dlatego też mając na uwadze przedstawione w niniejszym piśmie argumenty, Zamawiający wnosi jak na wstępie, oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Zamawiający prowadzi postępowanie na „Świadczenie usługi Inżyniera Kontraktu dla zadania p.n.” Rozbudowa Al.29 Listopada na odcinku od ul. Opolskiej do granic miasta Krakowa o długości około 2,6 km w formie zaprojektuj – wybuduj - zgodnie z warunkami FIDIC”.

W dniu 10.03.2020 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2020/S 049-116369.

Do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2019, poz. 1843 z zm.).

Postępowanie prowadzone - zgodnie z sekcją III.4 SIWZ - w trybie tzw. „procedury odwróconej”, w której Zamawiający ocenia oferty pod kątem przedmiotowym, celem ustalenia rankingu ofert nie podlegających odrzuceniu i po badaniu przystępuje do weryfikacji podmiotowej Wykonawcy, którego ofertę ocenił najwyżej.

Odwołujący w dniu 06.04.2021 r. wniósł odwołanie i zawiadomił w tym dniu Zamawiającego o wniesieniu odwołania zarzucając naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 i art. 22a ust. 2 i 4 ustawy Pzp przez wezwanie Odwołującego w dniu 24 marca 2021 r. do uzupełnienia Wykazu usług wraz z dowodami ich należytego wykonania.

Odwołujący zgodnie z wezwaniem ma wykazać spełnianie warunku udziału w postępowaniu (pkt VI ust. 1 pkt 1.1 SIWZ) w związku z oceną przez Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał spełniania określonego w pkt. VI ust. 1 pkt 1.1 SIWZ warunku udziału w

postępowaniu, w sytuacji gdy Odwołujący wskazał spełnienie wymogu pkt. VI ust. 1 pkt 1.1. SIWZ udziału w Postępowaniu, powołując się w złożonej ofercie na zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia od Ayesa Ingeniería y Arquitectura S.A. ("Ayesa Hiszpania").

Ayesa Hiszpania zobowiązał się do udostępnienia posiadanych zasobów doświadczenia zawodowego na rzecz Odwołującego oraz zrealizowania usług do realizacji których te zdolności są wymagane (jako podwykonawca). Odwołujący żąda unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 24 marca 2021 r. to jest wezwania Odwołującego do uzupełnienia Wykazu usług.

Tak więc podmiot udostępniający zasoby Ayesa Hiszpania zobowiązał się do wykonania jako podwykonawca części usług, a co zawarł w swoim Zobowiązaniu, zgodnie ze złożoną ofertą przez Odwołującego. Powyższe zobowiązanie Ayesa Hiszpania znalazło również potwierdzenie w pierwotnie złożonym Wykazie osób, przez wskazanie w nim Inspektora Nadzoru Robót w branży drogowej oraz Inspektora Nadzoru Robót w branży mostowej dla których, w kolumnie tabeli Wykaz osób „podstawa dysponowania” Odwołujący wpisał „zasób podmiotu trzeciego”. Pierwotne oświadczenie Odwołującego - Wykaz osób oraz Zobowiązanie podmiotu trzeciego Ayesa Hiszpania były spójne i jednoznaczne co nie budziło żadnych wątpliwości po stronie Zamawiającego co do zadysponowania osób pośrednio to jest od udostępniającego zasoby.

Wątpliwości po stronie Zamawiającego powstały dopiero w dniu udzielenia odpowiedzi (dnia 5 marca 2021r.) przez Odwołującego, na wezwanie Zamawiającego w trybie art.26 ust.3 i ust.4 ustawy Pzp przez zmianę Wykazu osób w zakresie podstawy, na jakiej dysponuje Inspektorami Nadzoru Robót w branży drogowej oraz mostowej, na „dysponowanie bezpośrednio” czyli zasób własny (pismo w aktach sprawy). W treści tych wyjaśnień znalazło się oświadczenie „Dodatkowo wykonawca informuje, że omyłkowo wskazał Pana M. Ż. oraz Pana A. P. jako zasób podmiotu trzeciego. W/w osoby stanowią potencjał partnera konsorcjum i pozostają w dysponowaniu bezpośrednim. W załączeniu przekazujemy wykaz osób zawierający niezbędne informacje”. W zaistniałej sytuacji Wykaz osób przestał być spójny i jednoznaczny ze zobowiązaniem Ayesa Hiszpania i wzbudził zastrzeżenia Zamawiającego. Jak podnosił Zamawiający co innego znajdowało się w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci Ayesa Hiszpania, a co innego Odwołujący deklaruje w Wykazie osób przez jego zmianę po złożeniu oferty. Podmiot trzeci Ayesa Hiszpania zobowiązał się przekazać swoją wiedzę i swoje doświadczenie w dwóch głównych i kluczowych branżach zamówienia, a to przekazanie miało nastąpić poprzez sprawowanie w nich funkcji Inspektorów Nadzoru. Ayesa Hiszpania w złożonym Zobowiązaniu deklarował wykonanie części zamówienia to jest sprawowanie funkcji Inspektorów Nadzoru robót w

branży drogowej oraz w branży mostowej przez swoich Inspektorów, a Odwołujący nie chce z tego skorzystać i deklaruje samodzielne przez własnych pracowników wykonanie części zamówienia, do realizacji której zobowiązał się podmiot trzeci Ayesa Hiszpania. Zamawiający w dniu 11 marca 2021r. w trybie art.26 ust.4 ustawy Pzp zwrócił się ponownie do odwołującego o wyjaśnienie w jaki sposób zasób podmiotu trzeciego będzie brał udział w realizacji niniejszego zamówienia, w jaki sposób będzie przekazana wiedza i doświadczenie zasobu podmiotu trzeciego, jaki będzie zakres udziału zasobu podmiotu trzeciego przy wykonywaniu niniejszego zamówienia (pismo w aktach sprawy). W dniu 15 marca 2021r. odwołujący wyjaśnił, że podmiot trzeci udostępni dodatkowe osoby na stanowiska Inspektorów Nadzoru Robót drogowych i mostowych w związku z podwykonawstwem oraz w zakresie wiedzy i doświadczenia przez stałe wsparcie merytoryczne, delegowanie pracowników, wydawanie opinii, stałe doradztwo (pismo w aktach sprawy).

W tym stanie rzeczy Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień Odwołującego jak i złożonego Wykazu osób w dniu 5 marca 2021r. wezwał Odwołującego w dniu 24 marca 2021r. do uzupełnienia Wykazu usług zgodnie z warunkiem sekcji VI pkt 1.1. SIWZ. Bowiem Zamawiający stwierdził, że Odwołujący swoimi wyjaśnieniami oraz przez złożenie nowego Wykazu osób (dnia 5 marca 2021r.) de facto zamówienie wykona w całości samodzielnie za pomocą swoich pracowników. Odwołujący powyższą czynność Zamawiającego zaskarżył co do jej zasadności, a co stało się przedmiotem rozstrzygnięcia Izby.

Izba dokonując badania i oceny zasadności wezwania Zamawiającego z dnia 24 marca 2021r. miała na uwadze jak poniżej.

Postępowanie Odwołującego w związku z powołaniem się na zasoby podmiotu trzeciego podlega ocenie przy uwzględnieniu treści art. 22a ust. 4 ustawy Pzp zgodnie z którym, wykonawca przy robotach budowlanych oraz usługach może polegać na zdolnościach innego podmiotu. Natomiast podmiot ten jest zobowiązany zrealizować zamówienie w zakresie, w jakim udostępnił własne zasoby innemu podmiotowi, w tym przypadku Odwołującemu. Realne udostępnienie zasobów może polegać wyłącznie na wykonaniu usług, przez podmiot udostępniający zasoby doświadczenia, do których wykonania takie zdolności są wymagane. Wykonawca powołujący się na zasoby doświadczenia podmiotu trzeciego (innego), zobowiązany jest do zapewnienia zaangażowania trzeciego podmiotu w wykonanie usługi (Inspektorzy nadzoru inwestorskiego w branży drogowej i mostowej) w sposób bezpośredni tak, aby udostępnienie potencjału było realne w tym przypadku Inżyniera Kontraktu w ramach FIDIC.

Zwłaszcza w odniesieniu do osób pełniących funkcje Inspektorów Nadzoru branży drogowej i mostowej powinni oni pochodzić od podmiotu trzeciego, ponieważ do tego zobowiązał się

podmiot trzeci, ponieważ tak wskazał sposób udostępnienia posiadanej wiedzy i doświadczenia wymaganej do spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W przeciwnym wypadku stanowiłoby to zmianę również oświadczenia złożonego w ofercie Odwołującego.

Zasadnie Zamawiający stwierdził, że poszerzenie składu Zespołu Inżyniera Kontraktu nie może odnosić się do Inspektorów Nadzoru, ponieważ obowiązki inspektora nadzoru nie mogą zostać powierzone innej osobie. Prawa i obowiązki inspektora nadzoru wynikają wprost z ustawy Prawo Budowlane (art. 25 i 26) należy do nich m.in. wydawanie kierownikowi budowy lub kierownikowi robót poleceń, potwierdzonych wpisem do dziennika budowy. Wpisów do dziennika budowy nie mogą dokonywać jakiegokolwiek bliżej nieokreślone osoby (np. dodatkowi inspektorzy nadzoru, jak wskazał Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 15 marca 2021r.), bowiem ustawa Prawo budowlane wprost wymienia zamknięty katalog osób, mających takie prawo.

Ustawa Prawo Budowlane nakłada na osobę sprawującą funkcję Inspektora nadzoru inwestorskiego określone obowiązki oraz wskazuje jej uprawnienia. Osoba przejmująca obowiązki składa oświadczenie o przejęciu obowiązków Inspektora nadzoru inwestorskiego, zostaje zgłoszona do Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego i to ta osoba odpowiada w tym karnie za nienależyte wykonywanie samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie (art. 91-95 ustawy Prawo Budowlane wskazuje szereg sankcji).

Zamawiający nie ma wpływu na to jakie dodatkowe obowiązki czy uprawnienia (nie wynikające z ustawy Prawo Budowlane, których nie da się powierzyć komuś innemu, poza inspektorem nadzoru) Kierownik projektu powierzy inspektorom nadzoru (np. pochodzące ze sfery organizacyjnej Odwołującego). W tym zakresie Odwołujący ma pełną dowolność, jednak obowiązków inspektora nadzoru nie może on przenieść na inną osobę, ponieważ byłoby to niezgodne z ustawą Prawo budowlane.

Przywoływanie przez Odwołującego funkcji tzw. „dodatkowych inspektorów”, wbrew treści zobowiązania podmiotu trzeciego, jest również wbrew ustawie Prawo budowlane, które nie przewiduje funkcji dodatkowych inspektorów poza Inspektorami właściwymi, a także nie jest wystarczające do wypełnienia normy zawartej w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp tzn.: „jest zobowiązany wykonać tę część zamówienia do wykonania, której zdolności te są wymagane”.

Artykuły 25 i 26 ustawy Prawo budowlane, wymagają osobistego uczestniczenia w procesie budowlanym, czego niewątpliwie nie zapewnia samo „wydawanie opinii”, „stałe doradztwo dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia” czy „wsparcie merytoryczne” (wyjaśnienie Odwołującego z dnia 15 marca 2021r.). Słusznie Zamawiający podkreślał, że ze względu na przedmiot zamówienia wykonywanie nadzoru budowlanego w branżach drogowej i

mostowej stanowi główną i najważniejszą część zamówienia, a wydawanie opinii, doradztwo czy wsparcie merytoryczne, stanowiłyby jedynie jego ułamek (bardzo znikomą część), a jednocześnie można założyć, że mogą one w ogóle nie nastąpić.

Izba podziela również argumentację i wyjaśnienia Zamawiającego w poniższym zakresie.

zgodnie z Sekcją VI pkt 1 ppkt 1.1 SIWZ, Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem: „w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował (zakończył) co najmniej jedną usługę polegającą na nadzorowaniu robót budowlanych obejmujących budowę lub przebudowę lub rozbudowę drogi klasy min. G. o łącznej wartości nadzorowanej inwestycji minimum 47 000 000,00 PLN brutto, oraz zrealizował (zakończył) co najmniej jedną usługę polegającą na nadzorowaniu robót budowlanych obejmujących budowę lub rozbudowę wiaduktu kolejowego lub mostu kolejowego o rozpiętości przęsła nie mniejszej niż 30 metrów”

Odwołujący w złożonych dokumentach nie udowodnił, że udostępnienie zasobów Ayesa Hiszpania będzie realne i podmiot ten będzie faktycznie brał udział w realizacji zamówienia. Zamawiający nadmieniał, że Wykonawca w ogóle nie posiada wiedzy i doświadczenia w zakresie nadzorowania robót drogowych oraz mostowych (wskazanych w sekcji VI. pkt 1. ppkt 1.1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia), w związku z czym udział w realizacji zamówienia, zważywszy na jego rodzaj, nie może polegać jedynie na przekazaniu wiadomości i umiejętności oraz doradztwie. Ze względu na wielkość, złożoność, charakter czy stopień skomplikowania robót budowlanych będących przedmiotem nadzoru oraz znaczenie i częstotliwość czynności podejmowanych przez poszczególnych inspektorów nadzoru inwestorskiego, ograniczenie wypełniania warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia jedynie do usług o charakterze konsultingowym nie będzie wystarczające.

Zamawiający nie neguje, że Odwołujący samodzielnie spełnia warunek wskazany w Sekcji VI pkt 1 ppkt 1.2 SIWZ, dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający jest również zgodny co do tego, że kwestia w jaki sposób zostanie przekazana wiedza i doświadczenie podmiotu trzeciego może przyjąć różne formy i pozostaje to wyłącznie w gestii tego podmiotu i Wykonawcy, któremu te zasoby zostają przekazane (np. poprzez umowę regulującą wzajemną współpracę). Sytuacja zmienia się jednak, tak jak ma to miejsce w przedmiotowej sprawie, jeśli podmiot udostępniający swoje zasoby wprost oświadcza (w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów), że transfer jego wiedzy i doświadczenia w zakresie nadzorowania robót, zostanie przeniesiony poprzez sprawowanie funkcji inspektorów nadzoru w branżach drogowej i mostowej pracowników podmiotu trzeciego, jakim jest zapewnienie ich udziału w realizacji zamówienia, a w takiej

sytuacji nie nastąpi przekazanie wiedzy i doświadczenia podmiotu (zgodnie ze zobowiązaniem).

Zamawiający w dniu 11.03.2021 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień:

- 1) w jaki sposób zasób podmiotu trzeciego będzie brał udział w realizacji niniejszego zamówienia?
- 2) w jaki sposób będzie przekazana i wiedza i doświadczenie zasobu podmiotu trzeciego?
- 3) jaki będzie zakres udziału zasobu podmiotu trzeciego przy wykonywaniu niniejszego zamówienia?

Odwołujący ograniczył się tylko do krótkiej odpowiedzi: „Zgodnie z treścią zobowiązania podmiot trzeci udostępni dodatkowe osoby na stanowiska Inspektora Nadzoru robót drogowych oraz Inspektora Nadzoru robót mostowych. Podmiot udostępniający zasoby będzie realnie uczestniczył w realizacji przedmiotu zamówienia poprzez świadczenie usługi nadzoru w charakterze podwykonawcy nad następującym zakresem: branża drogowa w zakresie czynności wykonywanych przez dodatkową osobę pełniącą funkcję Inspektora Nadzoru robót drogowych, branża mostowa w zakresie czynności wykonywanych przez dodatkową osobę pełniącą funkcję Inspektora nadzoru robót mostowych.

Jak wskazano w zobowiązaniu Wykonawca będzie również korzystał z potencjału podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia. Dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego w tym zakresie będzie odbywało się poprzez wykonanie części obowiązków Wykonawcy przez podwykonawcę Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A. w zakresie wskazanym powyżej, jak również poprzez stałe wsparcie merytoryczne, delegowanie pracowników posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie, wydawanie opinii oraz stałe doradztwo dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia”.

Zamawiający zauważa, że w żadnym miejscu wezwania z dnia 24.03.2021 r. nie zobowiązał Odwołującego do samodzielnego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI ust. 1 pkt 1.1 SIWZ. Zamawiający skierował wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, a art. 22a ust. 6 ustawy Pzp brzmi „Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

- 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub

- 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1."

Izba podsumowując ustalenia stwierdza.

Nadzór budowlany wymaga stałej, bieżącej obecności na budowie, ponieważ tam faktycznie podejmowane są decyzje, które wymagają wiedzy i doświadczenia, nie zadeklarowanej w złożonej ofercie Odwołującego. Udział podmiotu trzeciego w realizacji niniejszego zamówienia, w sposób jaki deklaruje Odwołujący, nie gwarantuje udziału na budowie tylko bliżej nieokreślone przekazanie sumy doświadczeń, a nie można z wiedzy w zakresie budownictwa korzystać na odległość i w oderwaniu od stanu faktycznego na budowie. Warunek doświadczenia został tak postawiony, aby mógł zagwarantować Zamawiającemu nadzór nad inwestycją osób doświadczonych w realizacjach analogicznych inwestycji, natomiast podmiot posiadający odpowiednią wiedzę i doświadczenie w realizacji inwestycji powinien być obecny na budowie przynajmniej tak często, jak sam inspektor nadzoru - co jest w tym konkretnym przypadku mało prawdopodobne. Specyfika zamówienia i charakter wymaganej wiedzy i doświadczenia, niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia, determinuje osobisty udział w wykonaniu zamówienia podmiotu, który taką wiedzę i doświadczenie przekazuje. Powyższe wątpliwości Zamawiającego, znalazły potwierdzenie na rozprawie (Jednocześnie stwierdzam, że mówienie na rozprawie, czy posiedzeniu o trybie online lub innych formach zdalnych, np. telenarady, trudno przyjąć to jako wiarygodne i możliwe przy realizacji robót drogowych i mostowych).

Z kolei odwołujący odpierając argumentację Zamawiającego co do konkretyzacji w ofercie osób wyznaczonych do pełnienia funkcji Inspektorów nadzoru w branży drogowej i mostowej, podkreślał, że w zobowiązaniu podmiotu trzeciego tychże inspektorów nie wymieniono z imienia i nazwiska („Również nie jest prawdziwe twierdzenie, że Ayesa Hiszpania niejako zadeklarowała inspektorów nadzoru drogowego i mostowego, a zwłaszcza przez imienne ich wskazanie. Owszem z treści zobowiązania Ayesy Hiszpania wynika, że gwarantuje do realizacji zamówienia również pracowników. Niemniej nie wymienia ich w żadnym miejscu z imienia i nazwiska”).

Wobec powyższej argumentacji dla Izby przesądzającym jest, że w zobowiązaniu podmiotu trzeciego użyto sformułowania „pkt a) „W zakresie potencjału kadrowego zobowiązujemy się do udostępnienia pracowników na stanowiska: Inspektora nadzoru robót drogowych, Inspektora Nadzoru robót mostowych” i jak już wyżej wskazano w pierwotnym Wykazie osób Pan M. Ż. i Pan A. P. byli osobami w dyspozycji pośredniej, a nie bezpośredniej. Tak więc

twierdzenie Odwołującego na rozprawie, że osoby na stanowiska Inspektorów Nadzoru drogowego i mostowego nie byli wskazani z imienia i nazwiska w ofercie (Wykaz osób) jest nieuprawnione. Owszem nie byli wskazani z imienia i nazwiska w zobowiązaniu podmiotu trzeciego, ale byli wskazani w Wykazie osób - oświadczenie Odwołującego.

W ocenie Izby

W tym stanie rzeczy zasadnie Zamawiający przyjął, że złożona oferta wskazała, w związku z udostępnieniem zasobu podmiotu trzeciego, osoby na stanowiska Inspektorów Nadzoru drogowego i mostowego w osobach Pana M. Ż. i Pana A. P. jako inspektorów, których zadysponował podmiot trzeci Ayesa Hiszpania (dyspozycja pośrednia), a nie zadysponował Odwołujący (dyspozycja bezpośrednia).

Także zasadnie Zamawiający wystosował do Odwołującego wezwanie z dnia 24 marca 2021r. (w aktach sprawy) do uzupełnienia w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp „Wykazu usług”, w związku ze zmianą w „Wykazie osób”, z własnej inicjatywy i po złożeniu oferty, dyspozycji Inspektorów Nadzoru branży drogowej i mostowej z „pośredniej” na „bezpośrednią”, a co uczynił i wyjaśnił Odwołujący składając pismo z dnia 5 marca 2021 roku (w aktach sprawy).

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie wykazał naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, które miałyby wpływ na wynik postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 1 w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000,00 złotych. Zamawiający nie zgłosił kosztów zastępstwa procesowego.

Przewodniczący: