

Sygn. akt: KIO 2480/18

WYROK
z dnia 17 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy "PRIMEX" M. Ł., Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Inwestycyjne "WUDIMEKS" Sp. z o.o. Al. Jana Pawła II 132, 42-202 Częstochowa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie ul. Legionów 52, 42-202 Częstochowa**

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy "PRIMEX" M. Ł., Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Inwestycyjne "WUDIMEKS" Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie ul. Legionów 52, 42-202 Częstochowa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **M. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy "PRIMEX" M. Ł., Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Inwestycyjne "WUDIMEKS" Sp. z o.o. Al. Jana Pawła II 132, 42-202 Częstochowa**, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: **Miejskiego Zarządu Dróg i Transportu w Częstochowie ul. Legionów 52, 42-202 Częstochowa** na rzecz odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **M. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy "PRIMEX" M. Ł., Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Inwestycyjne "WUDIMEKS" Sp. z o.o. Al. Jana Pawła II 132, 42-202 Częstochowa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika;
3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Częstochowie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2480/18

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: Świadczenie usług związanych z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu oraz nadzór i rozliczanie robót przy realizacji projektu pod nazwą: Budowa węzłów przesiadkowych na terenie miasta Częstochowy (dalej „Postępowanie” lub „Zamówienie”)

zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/ S 077-171851 z dnia 20 kwietnia 2018 r. przez **Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie ul. Legionów 52, 42-202 Częstochowa** (zwany dalej: „zamawiającym”).

W dniu 20 listopada 2018 r. zamawiający unieważnił postępowanie, na podstawie art. 93 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) – dalej „ustawa Pzp” oraz poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy "PRIMEX" M. Ł., Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Inwestycyjne "WUDIMEKS" Sp. z o.o. Al. Jana Pawła II 132, 42-202 Częstochowa** – zwany dalej „odwołującym”, o odrzuceniu oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp.

W dniu 30 listopada 2018 r. odwołujący, działając na podstawie art 180 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty, wykluczeniu go z udziału w postępowaniu i unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu, pomimo że odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu i wykazał dysponowanie zasobem podmiotu trzeciego, na który powoływał się w ramach wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - dalej „SIWZ”;
2. art. 89 ust. 1 pkt 1, pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego, pomimo że jej treść jest zgodna z ustawą i odpowiada treści SIWZ;
3. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez jego zastosowanie i unieważnienie postępowania przez zamawiającego, pomimo że odwołujący nie podlega wykluczeniu i złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu;
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i nieprzeprowadzenie postępowania w sposób zgodny z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Również z daleko idącej ostrożności procesowej zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

5. art. 24 ust 4 ustawy Pzp, przez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że nie podlegał on wykluczeniu z postępowania;

6. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przez jego niezastosowanie i nie wezwanie do złożenia wyjaśnień i dokumentów potwierdzających wymagane doświadczenie;
7. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, przez przyjęcie przez zamawiającego, że nie jest możliwe żądanie przez zamawiającego złożenia przez odwołującego wyjaśnień, dotyczących treści oferty.

Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, wykluczenia go z udziału w postępowaniu oraz unieważnienia postępowania;
 2. nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny oferty odwołującego i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
- oraz zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Podnosząc powyższe wskazał, że zamawiający, pismem z dnia 20 listopada 2018 r. powiadomił odwołującego, że był zobowiązany odrzucić jego ofertę z na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jako uzasadnienie faktyczne odrzucenia wskazał, że w celu wykazania doświadczenia powołał się on na zasoby osoby trzeciej tj. International Management Service Sp. z o.o. - dalej „IMS”, zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie, zgodnie z oświadczeniem zawartym w pkt 9 oferty, odwołujący zamierzał powierzyć IMS Podwykonawstwo w opisanym tam zakresie („doradztwo i konsultacje”). Przy podwykonawstwie z użyczeniem doświadczenia wymagane jest, aby podmiot użyczający doświadczenie, realizował roboty lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 22a ust. 4 ustawy Pzp). Tym samym, w niniejszym postępowaniu, wymagane było rzeczywiste uczestnictwo IMS w nadzorowaniu dostawy i montażu Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej. Co za tym idzie, personel w zakresie wskazanym winien być skierowany do pracy przez IMS. Niewystarczające jest samo zapewnienie doradztwa i konsultacji przy sprawowaniu nadzoru przez inne osoby. Z uwagi na powyższe zamawiający uznał, że oferta odwołującego jest niezgodna z ustawą Pzp. W dalszej treści pisma uzasadniał, że z uwagi na to, iż zakres podwykonawstwa został wskazany już w samym druku „Oferta”, to niemożliwe jest zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i złożenie przez odwołującego dodatkowych wyjaśnień, gdyż prowadziłyby to do niedopuszczalnej zmiany treści oferty.

Odwołujący wskazywał, że nie zgadza się z powyższą decyzją zamawiającego. Podnosił, że zgodnie z pkt 6.2. SIWZ zamawiający określił jako warunek doświadczenia: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej i w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie -

zrealizowali (zakończyli) przynajmniej dwie usługi polegające na pełnieniu funkcji Menadżera, Inwestora zastępczego, Kierownika Zespołu Nadzoru lub Inżyniera Kontraktu w zakresie budowy lub przebudowy drogi wraz z odwodnieniem, oświetleniem i teletechniką o wartości minimum 5 mln PLN brutto każda, doprowadzone co najmniej do wystawienia świadectwa przejścia/ protokołu odbioru oraz posiadają wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, tj. wykażą wykonanie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - co najmniej: a) 1 usługi polegającej na pełnieniu funkcji Inwestora Zastępczego lub Inżyniera Kontraktu dla zadania dotyczącego wykonania systemu ITS dotyczącego dostawy i wdrożenia systemu dynamicznej informacji pasażerskiej współpracującego z minimum 50 tablicami dynamicznej informacji pasażerskiej; b) 1 usługi polegającej na pełnieniu funkcji Inwestora Zastępczego lub Inżyniera Kontraktu dla zadania polegającego na dostawie i uruchomieniu minimum 5 kamer monitoringu wizyjnego." W zakresie potwierdzenia spełnienia ww. warunków odwołujący samodzielnie potwierdził trzy z tych warunków. W celu potwierdzenia czwartego warunku opisanego w lit. a) odwołujący posiłkował się potencjałem podmiotu IMS. Odwołujący w pkt 10 formularza „Oferta” wskazał podmiot trzeci oraz opisał, że powołuje się na jego doświadczenie w zakresie opisanym w punkcie 6.2. SIWZ, w pkt 9 oświadczył, że zgodnie z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia: a) wykonanie części dotyczącej doradztwa i konsultacji firmie IMS. Kolejno w JEDZ podmiot IMS oświadczył: podwykonawca - doradztwo i konsultacje, nadzór poprawności wykonywanych usług objętych przedmiotem zamówienia, w szczególności dotyczącej wykonania systemu ITS w zakresie dostawy i wdrożenia systemu dynamicznej informacji pasażerskiej współpracującej z tablicami DIP, rozwiązywanie problemów i ważnych rozstrzygnięć realizacyjnych, bezpośredni udział w sporządzaniu dokumentów wymaganych w procesie inwestycyjnym. Dodatkowo w „Zobowiązaniu do udostępnienia zasobów” IMS złożył oświadczenie w punkcie pn. Sposób wykorzystania w/w zasobów przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia: zdolność techniczna / zawodowa tj. podwykonawstwo w zakresie doradztwa technicznego i konsultacji: sposób wykonania usług doradztwa i konsultacji polegać będzie na nadzorze poprawności wykonywania usługi objętej przedmiotem zamówienia, w szczególności dotyczącej wykonania systemu ITS w zakresie dostawy i wdrożenia systemu dynamicznej informacji pasażerskiej współpracującego z tablicami dynamicznej informacji pasażerskiej. Dotyczyć to będzie także rozwiązywania konkretnych problemów i ważnych rozstrzygnięć realizacyjnych. Doradztwo polegać będzie także na bezpośrednim udziale w sporządzaniu dokumentów wymaganych w procesie inwestycyjnym.

Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt

6.2.11 a) SIWZ poprzez powołanie się na doświadczenie i wiedzę IMS. Potwierdzeniem spełnienia tego warunku (i jednocześnie doświadczenia IMS) jest także treść poświadczenia tego doświadczenia poprzez Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie nr NO.054.30.2016. W ślad za powyższym odwołujący przedstawił zobowiązanie IMS, w którym wyraźnie wskazano, że IMS, stosownie do art. 22a ustawy Pzp odda wykonawcy na cały okres realizacji zamówienia i w celu jego należytego wykonania, do dyspozycji niezbędne zasoby w postaci zdolności technicznej/ zawodowej. W zobowiązaniu z dnia 6 listopada 2018 r. wyraźnie podano sposób wykorzystania tych zasobów przez wykonawcę, podmiot trzeci oświadczył też w treści zobowiązania, że w zakresie dysponowania udzielonym zasobem będzie go łączyła z wykonawcą umowa o podwykonawstwo. Należy zwrócić szczególną uwagę na to, że także w SIWZ (a dokładnie w piśmie z dnia 29 i 31 października 2018 r. zmieniającym warunki SIWZ) wskazano, iż usługa Inżyniera Kontraktu obejmuje doradztwo dla zamawiającego o charakterze technicznym, organizacyjnym (w tym formalno-prawnym) w zakresie poprawnej (w założonym terminie, budżecie i jakości) realizacji Kontraktu (cyt. Przedmiotem zamówienia jest: Wspólny Słownik Zamówień: 71540000-5 - Usługi zarządzania budową, 71520000-9 - Usługi nadzoru budowlanego). Usługa Inżyniera Kontraktu obejmuje między innymi: zarządzanie i koordynację realizacji budowy; nadzór nad prawidłową realizacją Kontraktu; doradztwo dla zamawiającego o charakterze technicznym, organizacyjnym (w tym formalno-prawnym) w zakresie poprawnej (w założonym terminie, budżecie i jakości) realizacji Kontraktu; nadzór robót budowlanych, dostaw i usług realizowanych przez wykonawcę Kontraktu, w tym weryfikacja i opiniowanie dokumentacji; wsparcie zamawiającego w przejściowych i końcowym rozliczeniu realizacji Zadania, w tym w zakresie wynikającym z przyznanego dofinansowanie ze środków Unii Europejskiej oraz wypełnianiu przez zamawiającego obowiązków sprawozdawczych. Uprawniony jest zatem wniosek, iż treść SIWZ i oferty odwołującego oraz zobowiązania IMS są w tym zakresie całkowicie zbieżne.

W ocenie odwołującego warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej/ zawodowej zostały określone w pkt 6 SIWZ, uzupełnionej zgodnie z treścią powiadomienia o zmianach w SIWZ z dnia 29 października 2018 r. i obejmowały obowiązek legitymowania się realizacją usług wskazanych szczegółowo w punkcie 6.2.11 SIWZ, w tym dotyczyły skierowania osób do pełnienia poszczególnych funkcji wymienionych w punkcie 6.2 SIWZ. W zakresie części użyczanej przez podmiot IMS wymagano skierowania 1 osoby do pełnienia funkcji Inspektora ds. ITS (pkt 6.2.1 ppkt 6 SIWZ), nie wymagając podania innych osób, które byłyby zaangażowane w realizację tej części zamówienia. Odwołujący potwierdził warunek w zakresie osób, wskazując w swojej ofercie osobę takiego inspektora pana M. K.,

dla którego określił jako podstawę dysponowania: bezpośrednia - umowa o pracę. Należy jednak zwrócić uwagę, że wiedza, doświadczenie oraz zakres pracy Inspektora nadzoru ds. ITS nie są tożsame z wiedzą, doświadczeniem i zakresem pracy Inżyniera kontraktu i nie są wystarczające dla poprawnego wykonania i wdrożenia tego systemu. W ramach wymaganych obowiązków Inżyniera Kontraktu mieszczą się bowiem nie tylko obowiązki Inspektora nadzoru. Obowiązki Inspektora nadzoru polegać będą głównie na nadzorowaniu robót w terenie, przy montażu instalacji i urządzeń. Obowiązki Inżyniera Kontraktu są znacznie szersze, gdyż obejmują także konieczność nadzorowania prac nad systemem komputerowym, zastosowaniem i skonfigurowaniem właściwego oprogramowania, prawidłowym podłączeniem wszystkich zastosowanych urządzeń w jeden sprawnie działający system, nadzorem nad przeprowadzeniem prób i badań oraz nad nadzorem końcowym wdrożenia systemu do użytkowania. W tym zakresie odwołujący w pełni korzystać będzie ze zgłoszonego w ofercie podwykonawcy - IMS. Do wykonania tych zadań zostanie oddelegowany do Częstochowy Pan M. S., który posiada właściwą wymaganą wiedzę i doświadczenie w tym zakresie. Należy dodać, że zamawiający w SIWZ zalecał zastosowanie takiego rozwiązania, gdyż w pkt. 4.1. „Zakresu usług”, który stanowi załącznik do SIWZ zapisał: Nadzór nad realizacją Kontraktu będzie powierzony osobom wskazanym w Ofercie Wykonawcy na formularzu „Wykaz osób”, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ oraz innym osobom, posiadającym uprawnienia wymagane obowiązującymi przepisami prawa, właściwe dla stanowisk jakie zostaną im powierzone. Wykonawca zaproponuje kandydatury osób na stanowiska nie wymienione w jego Ofercie najpóźniej na 14 dni przed planowanym terminem rozpoczęcia przez nich pracy. Również w zakresie, w jakim opisał wymagania co do ilości personelu wskazał, że są one wymaganiami minimalnymi, Wykonawca powinien przeprowadzić właściwe analizy i uwzględnić w ofercie zatrudnienie takiej ilości osób, aby zapewnić sprawną i terminową realizację przedmiotu zamówienia. Na etapie postępowania przetargowego zamawiający nie wymagał wskazania osób na te stanowiska. Odwołujący podkreślił, że IMS będzie brać udział w realizacji zamówienia w zakresie udzielonego przez siebie doświadczenia, a więc tylko w zakresie pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu dla wykonania systemu ITS, dlatego nie jest prawdą, w świetle przytoczonych oświadczeń odwołującego i podmiotu udostępniającego zasób, że odwołujący zapewnia tylko doradztwo i konsultacje przy sprawowaniu nadzoru przez inne osoby. Czynny udział IMS w realizacji zamówienia w powyższym zakresie wynika wyraźnie z treści powołanego zobowiązania, a także z treści JEDZ (2 egzemplarze) Odwołującego i JEDZ spółki IMS. w którym wskazano, że rolą IMS w zamówieniu jest podwykonawstwo które, na gruncie reguł wykładni języka polskiego, należy jednoznacznie identyfikować jako udział w wykonaniu danego zamówienia (ściślej: strona 3 JEDZ spółki IMS).

W ocenie odwołującego nie było żadnych podstaw prawnych do odrzucenia jego oferty na podstawie art.89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp, bowiem nie zaistniała sytuacja aby odwołujący złożył ofertę niezgodną z ustawą czy SIWZ. Sam zamawiający, mimo ciążącego na nim obowiązku, nie wskazał w odrzuceniu oferty odwołującego informacji, z którym przepisem ustawy, która treść oferty jest niezgodna. Tak samo brak w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazania, które konkretnie postanowienia treści oferty są niezgodne z którym zapisem SIWZ. Uzasadnienie o odrzuceniu oferty nie może zawierać ogólnikowego uzasadnienia.

Zamawiający, w dniu 20 listopada 2018 r., zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, zamieścił informację o wniesieniu odwołania na swojej stronie internetowej, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający, przed otwarciem posiedzenia wyznaczonego na dzień 12 grudnia 2018 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. W treści złożonego pisma procesowego wskazywał, że podejmując decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego, miał na względzie wskazany w pkt 9 formularza „Oferta” zakres prac realizowanych przez podmiot trzeci w formie: doradztwa i konsultacji. W jego ocenie jest to zakres niewystarczający do spełnienia warunku opisanego w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, albowiem podmiot trzeci będzie jedynie brał udział w realizacji zamówienia, co nie oznacza, że będzie ten zakres realizował. Jednocześnie wpisanie tego zakresu do treści oferty uniemożliwia zamawiającemu dokonanie jakichkolwiek czynności sanacyjnych w trybie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp lub art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Każde poprawienie treści oferty będzie stanowiło niedozwoloną zmianę treści złożonej oferty, co jest zabronione w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie zamawiającego nie został naruszony żaden z przepisów przywołanych przez odwołującego w treści odwołania. Zwrócił uwagę, że zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp jest bezprzedmiotowy, bowiem zamawiający nie wykluczył odwołującego z postępowania. Skoro uznał, że jego oferta winna być odrzucona to nie było konieczne wykluczenie go z postępowania o udzielenie zamówienia. Niezasadny jest również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp, bowiem wskazany w pkt 9 oferty odwołującego sposób realizacji podwykonawstwa przez IMS jest niezgodny z treścią art. 22a ust. 4 ustawy Pzp. Niezgodność treści oferty z ustawą polega na tym, że doradztwo i konsultacje nie jest realizowaniem usługi (pojęcie węższe) a jedynie udziałem w jej realizacji (pojęcie szersze). Z uwagi na to, że zapisy

w samej ofercie powinny być brane pod uwagę w pierwszej kolejności przy odczytywaniu jej treści, to ich jednoznaczne sformułowanie wyklucza potrzebę badania w tym zakresie zapisów pozostałych dokumentów dołączonych do oferty. Tym samym zapisy w JEDZ lub oświadczeniu podwykonawcy nie zmieniają treści oferty odwołującego. Z uwagi na to, że wymagania z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp zostały wprowadzone do wzoru umowy (§6 ust. 12 i ust. 13), który jest elementem SIWZ, to treść pkt 9 oferty stanowi również o niezgodności z treścią SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, ofertą odwołującego złożoną w postępowaniu, informacją o unieważnieniu postępowania i odrzuceniu oferty odwołującego, po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp oraz złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający dokonał oceny złożonych ofert, w wyniku czego odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp. W związku z tym, że oferta odwołującego była jedyną ofertą złożoną w postępowaniu, zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Gdyby zamawiający dokonał prawidłowej oceny ofert, oferta złożona przez odwołującego byłaby najkorzystniejszą w postępowaniu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez odwołującego, jak również dopuściła i oceniła dowód złożony przez odwołującego, zgodnie z wnioskiem złożonym na posiedzeniu w postaci oświadczenia złożonego przez Pana M. S.,

na okoliczność czynnego uczestnictwa podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji przedmiotowego zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż przedmiotem postępowania, zgodnie z Rozdziałem 3 pkt 3.1 SIWZ, jest świadczenie usług związanych z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu oraz nadzór i rozliczanie robót przy realizacji projektu pod nazwą: Budowa węzłów przesiadkowych na terenie miasta Częstochowy. W Rozdziale tym, jak też w załączniku nr 1 do umowy – Zakres usług, pkt 1.1 Przedmiot zamówienia zamawiający opisał zakres zamówienia: Usługa Inżyniera Kontraktu obejmuje: (i) zarządzanie i koordynację realizacji budowy, (ii) nadzór nad prawidłową realizacją Kontraktu, (iii) doradztwo dla zamawiającego o charakterze technicznym, organizacyjnym (w tym formalno-prawnym) w zakresie poprawnej (w założonym terminie, budżecie i jakości) realizacji Kontraktu, (iv) nadzór robót budowlanych, dostaw i usług realizowanych przez wykonawcę Kontraktu, w tym weryfikacja i opiniowanie dokumentacji, (v) wsparcie zamawiającego w przejściowych i końcowym rozliczeniu realizacji Zadania, w tym w zakresie wynikającym z przyznanego dofinansowanie ze środków Unii Europejskiej oraz wypełnianiu przez zamawiającego obowiązków sprawozdawczych.

Ponadto Izba ustaliła, że w Rozdziale 6 SIWZ – Warunki udziału w postępowaniu zamawiający wymagał, w zakresie wykazania spełnienia warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, aby wykonawcy wykazali, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali (zakończyli) przynajmniej 2 usługi polegające na pełnieniu funkcji Menadżera, Inwestora zastępczego, Kierownika Zespołu Nadzoru lub Inżyniera Kontraktu w zakresie budowy lub przebudowy drogi wraz z odwodnieniem, oświetleniem i teletechniką o wartości minimum 5 000 000,00 PLN brutto każda, doprowadzone co najmniej do wystawienia świadectwa przejęcia/protokołu odbioru oraz posiadali wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, tj. wykazali wykonanie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej: a) 1 usługi polegającej na pełnieniu funkcji Inwestora Zastępczego lub Inżyniera Kontraktu dla zadania dotyczącego wykonania systemu ITS dotyczącego dostawy i wdrożenia systemu dynamicznej informacji pasażerskiej współpracującego z minimum 50 tablicami dynamicznej informacji pasażerskiej, b) 1 usługi

polegającej na pełnieniu funkcji Inwestora Zastępczego lub Inżyniera Kontraktu dla zadania polegającego na dostawie i uruchomieniu minimum 5 kamer monitoringu wizyjnego. Ponadto zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia skierowali do realizacji zamówienia publicznego osoby posiadające uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalnościach: (i) dla funkcji Inżyniera Kontraktu; (ii) dla funkcji inspektora nadzoru robót drogowych; (iii) dla funkcji inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych; (iv) dla funkcji inspektora nadzoru robót instalacyjnych, precyzując wymagania odnośnie wymienionych osób.

Odwołujący, w złożonej ofercie, w pkt 9 poinformował, że zgodnie z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia: wykonanie części dotyczącej doradztwa i konsultacji firmie IMS. W pkt 10 złożył oświadczenie, że powołuje się na zasoby IMS, na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w zakresie spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1b pkt 3, w zakresie opisanym w pkt 6.2. SIWZ. Wraz z ofertą odwołujący złożył standardowy formularz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej „JEDZ”), dla każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz podmiotu trzeciego - IMS oraz „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia” – zgodnie z wzorem załączonym przez zamawiającego do SIWZ (załącznik nr 5 do SIWZ). Zgodnie z jego treścią osoba upoważniona do reprezentowania IMS oświadczała, że na okres realizacji zamówienia i w celu jego należytego wykonania odda do dyspozycji niezbędne zasoby w postaci zdolności technicznej/ zawodowej, wpisując w punkcie sposób wykorzystania zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia: sposób wykonywania usług doradztwa i konsultacji polegać będzie na nadzorze poprawności wykonywania usługi objętej przedmiotem zamówienia, w szczególności dotyczącej wykonania systemu ITS w zakresie dostawy i wdrożenia systemu dynamicznej informacji pasażerskiej współpracującego z tablicami dynamicznej informacji pasażerskiej. Dotyczyć to będzie także rozwiązywania konkretnych problemów i ważnych rozstrzygnięć realizacyjnych. Doradztwo polegać będzie także na bezpośrednim udziale w sporządzaniu dokumentów wymaganych w procesie inwestycyjnym.

Pismem z 20 listopada 2018 r. zamawiający powiadomił odwołującego o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji wskazywał, że wykonawca, w celu wykazania doświadczenia, powoływał się na zasoby osoby trzeciej tj. IMS, zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie, zgodnie z pkt 9 oferty, odwołujący zamierzał powierzyć IMS podwykonawstwo w opisanym

tam zakresie tj. „doradztwo i konsultacje”. Przy podwykonawstwie z użyczeniem doświadczenia wymagane jest, aby podmiot użyczający doświadczenie, realizował roboty lub usługi do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 22a ust. 4 ustawy Pzp). Tym samym, w niniejszym postępowaniu, wymagane było uczestnictwo IMS w nadzorowaniu dostawy i montażu Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej (dalej „SDIP”). Co za tym idzie personel skierowany do prac w zakresie SDIP winien być delegowany przez IMS. Nie jest wystarczające samo zapewnienie doradztwa i konsultacji przy sprawowaniu nadzoru przez inne osoby. Powyższe przesądza, że oferta odwołującego jest niezgodna z ustawą Pzp. Ponadto zamawiający wskazywał, że z uwagi na to, że zakres podwykonawstwa został wskazany w druku oferty, niemożliwe było zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i wezwanie do złożenia wyjaśnień, gdyż to prowadziłoby do niedopuszczalnej zmiany treści złożonej oferty. Niezgodności treści oferty z treścią SIWZ zamawiający upatrywał również w zapisach wzoru umowy, w §6 pkt 12 zapisano, że: „Jeżeli Wykonawca, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, powoływał się na zdolności innych podmiotów (art. 22a ust. 1 i 4 Ustawy Pzp), to zobowiązany jest zapewnić rzeczywiste uczestnictwo tych podmiotów przy świadczeniu usług w czasie realizacji inwestycji”.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W niniejszej sprawie zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego, w oparciu o przesłankę opisaną w art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp. Jednocześnie w uzasadnieniu faktycznym wskazywał, że niezgodność ta polega na tym, że wymieniony w ofercie podmiot trzeci tj. IMS ma być podwykonawcą odwołującego w zakresie wynikającym w treści złożonej oferty w postaci „doradztwa i konsultacji”. Tymczasem przy podwykonawstwie z użyczeniem doświadczenia wymagane jest, aby podmiot użyczający doświadczenie, realizował roboty lub usługi do realizacji których te zdolności są wymagane co w niniejszym postępowaniu wymaga uczestnictwa IMS w nadzorowaniu dostawy i montażu SDIP. Co za tym idzie personel skierowany do prac w zakresie SDIP winien być delegowany przez IMS. Powyższe, w ocenie zamawiającego przesądza, że oferta odwołującego jest niezgodna z ustawą Pzp. Zamawiający, wskazując przesłankę

niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, przywoływał zapisy wzoru umowy, które nakazywały aby podmiot trzeci, na którego zasoby powoływał się wykonawca w ofercie zapewnił rzeczywiste uczestnictwo tych podmiotów przy świadczeniu usług w czasie realizacji inwestycji.

Należy zauważyć, że art. 22a ustawy Pzp stanowi, że wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów przy realizacji zamówienia, musi udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Ponadto w myśl art. 22a ust. 4, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Oznacza to, że podmiot trzeci, wskazany przez wykonawcę w ofercie, musi wykonać usługi w takim zakresie, w jakim zostają udostępnione zasoby celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ugruntowane w tym zakresie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje ponadto, że do uznania spełnienia przesłanki, o której mowa w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp nie wystarczy udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia poprzez doradztwo, konsultacje czy kontrolę, bowiem takie rozwiązanie powoduje, że to inny podmiot wykonuje zamówienie a nie podmiot trzeci w zakresie, w jakim udostępnił swoje zasoby. Izba podkreśla ponadto, że wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą składającym ofertę.

Ponadto należy zauważyć, że zamawiający, w niniejszym postępowaniu zastosował tzw. „procedurę odwróconą”, o której stanowi art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z cytowanym przepisem zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Wynika stąd, że zamawiający, który zastrzegł taką możliwość w ogłoszeniu lub SIWZ (co zamawiający uczynił w przedmiotowym postępowaniu), może - w ramach tzw. procedury odwróconej - w pierwszej kolejności dokonać oceny ofert, a dopiero w drugiej kolejności dokonać oceny wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej. Co istotne dla oceny czynności zamawiającego w niniejszym postępowaniu w procedurze tej ocena ofert poprzedza ocenę, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W przypadku gdy

w postępowaniu złożonych zostanie więcej niż jedna oferta, inni wykonawcy niż wykonawca, który złożył ofertę ocenioną jako najkorzystniejsza, nie są przez zamawiającego badani, czy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu. Z kolei ocena ofert, dokonywana przez zamawiającego w ramach procedury odwróconej to badanie ofert - oświadczeń lub dokumentów nań się składających (oferta sensu largo) pod każdym innym, niż podmiotowy względem, co oznacza konieczność sprawdzenia w odniesieniu do wszystkich ofert, czy nie istnieją podstawy do odrzucenia którejkolwiek z nich, a zatem zastosowania art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Z całą pewnością nie obejmuje ona badania tych oświadczeń lub dokumentów, które dotyczą oceny, czy wykonawcy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, ponieważ - jak wprost wskazano w przepisie art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp - ta ocena jest dokonywana przez zamawiającego w drugiej kolejności i wyłącznie w odniesieniu do jednego wykonawcy (wykonawcy, który złożył ofertę ocenioną jako najkorzystniejsza). Przekładając to na realia przedmiotowej sprawy należy w tym miejscu wskazać, że w przypadku, gdy zamawiający, w toku oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu stwierdzi, że wykonawca nie wykazał, że realizując zamówienie będzie realnie dysponował zasobami podmiotu trzeciego a podmiot ten wykona usługi, których dotyczy udostępniony zasób w postaci wiedzy i doświadczenia, winien wykluczyć tego wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, powołując się na art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Tymczasem zamawiający, podejmując decyzję ze sfery dotyczącej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, powołał się na przesłanki odnoszące się do badania treści złożonych ofert, w rezultacie czego odrzucił ofertę odwołującego jako niezgodną z treścią ustawy oraz SIWZ.

Zamawiający dopatrywał się niezgodności treści oferty z ustawą Pzp z tego powodu, że odwołujący powołał się na zasoby podmiotu trzeciego – IMS. Ponadto w treści oferty wskazał, że zamierza powierzyć temu podmiotowi podwykonawstwo w zakresie „doradztwa i konsultacji”, co z kolei zdaniem zamawiającego nie dowodzi, że podmiot ten będzie faktycznie uczestniczył w realizacji zamówienia. Zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp wymagane jest aby podmiot trzeci użyczający zasoby realizował roboty budowlane lub usługi do realizacji których te zdolności są wymagane. Tymczasem naruszeniem, stanowiącym spełnienie tej przesłanki odrzucenia oferty, będzie każde złożenie oferty, która w całości lub w części nie odpowiada wymogom wskazanym w ustawie Pzp lub przepisach wykonawczych do tej ustawy, a których to niezgodności nie można poprawić (uzupełnić – w przypadku braków) w oparciu o przepisy Pzp. Nie można jednak mówić o niezgodności z przepisami ustawy Pzp w przypadku wątpliwości zamawiającego powstałych na tle złożonego w ofercie odwołującego oświadczenia, a dotyczącego faktu realizacji części zamówienia przez podmiot udostępniający potencjał wiedzy i doświadczenia. Niniejsze kwestie winny zostać przez

zamawiającego ocenione w kontekście spełnienia warunków udziału w postępowaniu i ewentualnie mogłyby stanowić przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Z kolei niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, to tzw. kwestie "merytoryczne", a zatem dotyczące sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie lub też polegające na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ. W omawianym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z niezgodnością, w zakresie w jakim przedmiot oferowanego świadczenia jest ze zobowiązaniem składanym w ofercie niezgodny, a zatem zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego z tego powodu. Tym samym należy stwierdzić, że potwierdziły się zarzuty formułowane przez odwołującego naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp.

Niezależnie od przywołanej przesłanki, jako podstawy odrzucenia oferty odwołującego, Izba stwierdziła, że odwołujący, wykazując spełnienie warunku w zakresie, w jakim powoływał się na zasoby podmiotu trzeciego potwierdził, że podmiot ten będzie brał udział w realizacji zamówienia. Zgodnie z opisem zawartym w SIWZ przedmiot zamówienia polegać ma na świadczeniu usług Inżyniera Kontraktu. Usługa ta obejmuje między innymi doradztwo dla zamawiającego w zakresie poprawnej realizacji kontraktu. Odwołujący w treści oferty, określając zakres w jakim zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia IMS wpisał – doradztwo i konsultacje, co jest zbieżne z przedmiotem zamówienia realizowanego dla zamawiającego. Z treści samej oferty i oświadczenia tam złożonego nie można wywieść, jak próbował to czynić zamawiający, że zakres zadań powierzonych podwykonawcy – IMS polegał będzie na doradzaniu doradcy – odwołującemu.

Ponadto, co wynika z treści przepisu 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. Za dowód tego typu, w świetle brzmienia komentowanego przepisu, w szczególności należy uznać zobowiązanie podmiotu trzeciego o oddaniu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Przykładowe wskazanie tego typu środka dowodowego jednoznacznie przesądza, że jest to dowód dopuszczalny i uznawany przez ustawę za wystarczający. Odwołujący do oferty załączył oświadczenie podmiotu trzeciego, z którego wynika jaki zakres zamówienia zostanie przez ten podmiot zrealizowany tj. w części dot. systemu ITS. W zakresie czynności podmiotu trzeciego znajdzie się rozwiązywanie problemów i ważnych rozstrzygnięć realizacyjnych, jak też bezpośredni udział w sporządzaniu dokumentów. Te sformułowania

świadczą jednoznacznie, że udział podmiotu trzeciego nie będzie polegał, jak twierdzi zamawiający, na doradztwie w doradzaniu zamawiającemu, ale na bezpośrednim udziale podmiotu trzeciego w realizacji zadania polegającego na świadczeniu usług inżyniera kontraktu dla inwestycji pn. Budowa węzłów przesiadkowych na terenie miasta Częstochowy.

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego, że personel w zakresie wskazanym tj. nadzorujący dostawę i montaż Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej winien być skierowany do pracy przez IMS Izba podzieliła argumentację odwołującego w tym zakresie. Zamawiający w załączniku do umowy - zakres usług dopuścił bowiem, aby wykonawcy zaproponowali kandydatury osób na inne stanowiska, niż wskazane w ofercie, na 14 dni przed terminem rozpoczęcia pracy przez te osoby. Zamawiający wymagał, aby odwołujący wskazał w ofercie osobę, która pełniła będzie funkcję inżyniera kontraktu, co odwołujący uczynił. Podnosił jednocześnie, że zakres jej obowiązków wykonywanych na kontrakcie jest szerszy, niż wynikający ze sprawowania nadzoru nad pracami dotyczącymi dostawy i montażu systemu SDIP. Zamawiający nie kwestionował tego stanowiska. Zatem odwołujący, poza osobami wymienionymi w ofercie, ma możliwość skierowania dodatkowych osób do nadzorowania tych robót, co zamierza zrealizować kierując Pana M. S., który pełniąc funkcję z-cy inżyniera kontraktu będzie nadzorował zadania związane z realizacją tego systemu. Na okoliczność powyższego odwołujący przedłożył na posiedzeniu dowód w postaci oświadczenia podpisanego przez Pana M. S., z treści którego wynika, że Jego uczestnictwo w realizacji zadania polegało będzie, w ramach szerokich obowiązków inżyniera kontraktu, na nadzorze nad realizacją systemu ITS.

Tym samym, w ocenie Izby, odwołujący sprostał wymaganiom wykazania, że podmiot trzeci będzie realizował usługi w zakresie, w jakim udostępnił swoje zasoby odwołującemu. Mając na uwadze argumentację zamawiającego, wskazywaną w treści odpowiedzi na odwołanie, jak też powoływaną na rozprawie, Izba pragnie również zauważyć, że dokument w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego, podlega uzupełnieniu na wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W sytuacji, gdy zamawiający uznaje, że z treści zobowiązania nie wynika realne udostępnienie zasobu podmiotu trzeciego, zobligowany jest najpierw wezwać wykonawcę do jego uzupełnienia wskazując na nieprawidłowości w ofercie a następnie, w przypadku uznania, że dokument ten w dalszym ciągu nie potwierdza realności udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego, może wykluczyć wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący: