

**Sygn. akt: KIO/KD 29/20**

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 23 czerwca 2020 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń od wyników kontroli doraźnej zgłoszonych pismem z dnia 26 maja 2020 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez

**Muzeum Bitwy pod Grunwaldem w Stębarku**  
**ul. Stębark 1**  
**14-107 Gierzwałd**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 19 maja 2020 roku w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Rozbudowa, przebudowa i remont budynku Muzeum Bitwy pod Grunwaldem w Stębarku”

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**  
**Członkowie: Magdalena Grabarczyk**  
**Monika Kawa - Ogorzałek**

wyraża następującą opinię:

1. nie uwzględnia zastrzeżeń Zamawiającego w zakresie naruszeń wykazanych w pkt 1 i 2 Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 19 maja 2020r.,
2. uwzględnia zastrzeżenia Zamawiającego w zakresie naruszenia wykazanego w pkt 3 Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 19 maja 2020r.,

## Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 4 ustawy Pzp, przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego - Muzeum Bitwy pod Grunwaldem w Stębarku, którego przedmiotem była „Rozbudowa, przebudowa i remont budynku Muzeum Bitwy pod Grunwaldem w Stębarku”. W wyniku przeprowadzonej kontroli zostały stwierdzone następujące naruszenia:

1. naruszenie art. 26 ust. 4 i art. 22a ust. 6 w zw. z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy RS Investment Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści zobowiązania złożonego przez Holdinwest Sp. z o.o. w zakresie sposobu realizacji zamówienia zgodnie z treścią art. 22a ust. 4 ustawy Pzp - lub stosownie do art. 22a ust. 6 ustawy Pzp - do zastąpienia ww. podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, z jednoczesnym wykazaniem zdolności dotyczących doświadczenia zawodowego;
2. naruszenie art. 41 pkt 7a ustawy Pzp poprzez zaniechanie wskazania w treści ogłoszenia o zamówieniu informacji o dokumentach żądanych od wykonawców, dotyczących podmiotów trzecich, na zasoby których powołuje się ten wykonawca, a więc o dokumentach, o których mowa w § 9 ust. 2 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. z 2016 r., poz. 1126), dalej: „rozporządzenie” oraz naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zamieszczenia w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia informacji o dokumentach żądanych od wykonawcy, dotyczących podmiotów trzecich, na zasoby których powołuje się ten wykonawca;
3. naruszenie art. 22 ust. 1a ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami przewidzianymi do realizacji przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny oraz ograniczający dostępność zamówienia dla wykonawców poprzez żądanie od wykonawców dysponowania osobami na stanowiska poszczególnych kierowników robót branżowych, posiadającymi doświadczenie jako kierownik budowy.

W zakresie naruszenia nr 1, zawartego w Informacji o wyniku kontroli z dnia 19 maja 2020r., Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podniósł, że uzupełnione na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 listopada 2018r. zobowiązanie podmiotu trzeciego Holdinwest sp. z o.o., który udostępnił swoje zasoby w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (wykonawca nie wykazał żadnego własnego doświadczenia) nie zawiera w szczególności informacji czy spółka Holdinwest będzie realizowała roboty budowlane stanowiące przedmiot zamówienia. Zamawiający nie wezwał wykonawcy do wyjaśnienia treści ww. zobowiązania.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że zgodnie z treścią 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. Ponadto, zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Z kolei zgodnie z treścią art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, 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.

Z powyższego wynika, że wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu musi udowodnić, że będzie w sposób realny dysponował tymi zasobami. Może to wykazać w szczególności poprzez złożenie zobowiązania podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy swoich zasobów, jednakże z treści takiego zobowiązania powinno jednoznacznie wynikać, w jaki sposób i na jakich zasadach to udostępnienie będzie się odbywać. Zamawiający ma bowiem obowiązek zweryfikować, na etapie oceny ofert, czy wykonawca faktycznie spełnia warunki udziału w postępowaniu i daje rękojmię należytej realizacji przedmiotu zamówienia, pomimo iż sam nie dysponuje wymaganym potencjałem. Innymi słowy, aby zamawiający mógł dokonać oceny, czy zasoby są udostępniane w zakresie „niezbędnym”, tj. w zakresie gwarantującym należyłą realizację zamówienia, podmiot trzeci musi je uprzednio szczegółowo wskazać. Jeżeli zakres jest zbyt mały, tj. nie jest udostępniany w zakresie niezbędnym i nie gwarantuje właściwego

wykonania zamówienia, zamawiający ma prawo żądać jego uzupełnienia wraz z uzasadnieniem.

Co więcej, Ustawodawca w sposób szczególny potraktował udostępnianie zasobów w postaci wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia, przesądzając jednoznacznie, iż w przypadku posługiwania się przez wykonawcę potencjałem innego podmiotu w powyższym zakresie, podmiot ten musi zrealizować roboty budowlane lub usługi, do realizacji których zdolności te są wymagane. Wynika to z faktu, iż zasoby wymienione w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp są nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, a w konsekwencji niemożliwe do dalszego ich udzielenia bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia. Oznacza to, że podmiot udostępniający zasoby powinien w sposób wyraźny zobowiązać się do uczestnictwa w wykonaniu zamówienia, w postaci wykonania robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane.

W zakresie naruszenia nr 2, zawartego w Informacji o wyniku kontroli z dnia 19 maja 2020r., Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, podniósł, że zgodnie z treścią art. 22a ust. 3 ustawy Pzp zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 - 22 i ust. 5 ustawy Pzp. Z kolei zgodnie z § 9 ust. 2 rozporządzenia, zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9 rozporządzenia (tj. takich samych, jakich żąda od wykonawcy).

Z powyższych przepisów wynika m.in. obowiązek zamawiającego do przeprowadzenia weryfikacji podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby pod kątem braku podstaw wykluczenia z postępowania wobec tego podmiotu. Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 1 kwietnia 2019 r. (sygn. akt KIO/KU 21/19) stwierdziła, że podmiot udostępniający zasoby powinien być weryfikowany pod kątem podstaw wykluczenia w takim samym zakresie jak wykonawca. Tym samym należy stwierdzić, iż weryfikacja podmiotu udostępniającego zasoby musi zostać przeprowadzona w takim samym zakresie, jak weryfikacja wykonawcy, któremu podmiot ten zasoby udostępnia. Inne stanowisko prowadziłoby do odmiennego traktowania wykonawców powołujących się na zasoby podmiotu trzeciego i tych, którzy z pomocy takiego podmiotu nie korzystają, co stanowiłoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto, zgodnie z dyspozycją art. 41 pkt 7a ustawy Pzp, ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1 ustawy Pzp, zawiera co najmniej: wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Z powyższego przepisu jednoznacznie wynika, że zamawiający ma obowiązek wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Zaniechanie wskazania w treści ogłoszenia o zamówieniu informacji o dokumentach żądanych od wykonawcy, dotyczących podmiotów trzecich, a więc o dokumentach, o których mowa w § 9 ust. 2 rozporządzenia, stanowi naruszenie art. 41 pkt 7a ustawy Pzp.

Dodatkowo, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, SIWZ zawiera wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. W konsekwencji, zaniechanie zamieszczenia w treści SIWZ informacji o dokumentach żądanych od wykonawcy, dotyczących podmiotów trzecich, na zasoby których powołuje się ten wykonawca, stanowi dodatkowo naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że wykonawca RS Investment sp. z o.o. złożył oświadczenie, że w stosunku do podmiotu Holdinwest sp. z o.o. nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania z art. 24 ust. 1 pkt 12-23 ustawy Pzp (dopiero na wezwanie Instytucji Pośredniczącej zamawiający przedstawił oświadczenie, w którym wykonawca oświadcza, że w stosunku do podmiotu Holdinwest sp. z o.o. nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania art. 24 ust. 1 pkt 12-23 oraz art. 24 ust. 5 pkt 1-8. Poza oświadczeniem wykonawca nie złożył żadnych dokumentów, które potwierdzałyby brak podstaw wykluczenia z postępowania podmiotu Holdinwest sp. z o.o., natomiast zamawiający nie wezwał wykonawcy do ich uzupełnienia.

W treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ nie znalazła się informacja, że zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów oraz oświadczeń potwierdzających brak podstaw wykluczenia z postępowania, w zakresie wymaganym dla wykonawcy, tj. informacja określona w § 9 ust. 2 rozporządzenia.

Na skutek zaniechania, o którym mowa w powyższym naruszeniu, zamawiający nie miał możliwości wezwania wykonawcy do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp brakujących dokumentów, potwierdzających brak podstaw wykluczenia z postępowania wobec podmiotu Holdinwest Sp. z o.o. W konsekwencji, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że zamawiający nie miał możliwości zweryfikować, czy wobec

podmiotu udostępniającego zasoby wybranemu wykonawcy nie zachodzą przesłanki wykluczenia, a tym samym, zamawiający nie zbadał skutecznie, czy wobec wybranego wykonawcy nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania. Prezes Urzędu Zamówień uznał, że w chwili obecnej nie jest możliwe sprawdzenie, czy na dzień składania ofert (13.11.2018 r.) i w trakcie postępowania zachodziły przesłanki wykluczenia z postępowania wobec podmiotu Holdinwest Sp. z o.o., a tym samym wobec wykonawcy RS Investment Sp. z o.o. W związku z tym, nie sposób stwierdzić, że powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W zakresie naruszenia nr 3, zawartego w Informacji o wyniku kontroli z dnia 19 maja 2020r., Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, podniósł że zamawiający konstruuje warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia zawodowego poszczególnych kierowników robót branżowych, naruszył przepis art. 22 ust. 1a ustawy Pzp. Zamawiający żądał bowiem, aby osoby te posiadały doświadczenie na stanowisku kierownika budowy, pomimo iż miały pełnić wyłącznie funkcje kierowników robót branżowych i wystarczającym byłoby posiadanie przez nie doświadczenia na stanowiskach tychże kierowników robót branżowych. Za nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia należy uznać wymóg posiadania doświadczenia na stanowisku wyższym niż to, które będzie się faktycznie pełniło na danym zamówieniu. Do prawidłowej realizacji zadań przypisanych do poszczególnych kierowników robót branżowych wystarczające jest posiadanie przez proponowane osoby doświadczenia na analogicznych stanowiskach.

Żądanie od wykonawców dysponowania osobami na stanowiska poszczególnych kierowników robót branżowych, posiadającymi doświadczenie jako kierownik budowy, jest warunkiem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, gdyż ogranicza dostępność zamówienia dla wykonawców, którzy mogliby wykazać się osobami posiadającymi doświadczenie jako kierownicy robót branżowych, tj. osobami zdolnymi do prawidłowego wykonania zamówienia. Wobec powyższego należy uznać, że opisując w ten sposób warunki udziału w postępowaniu zamawiający naruszył dyspozycję art. 22 ust. 1a ustawy Pzp. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, iż mając na uwadze, że:

- w toku postępowania wykonawcy nie zwracali się do zamawiającego z wnioskiem o zmianę warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia osób proponowanych na stanowiska kierowników robót branżowych,
- wykonawcy nie skorzystali ze środków ochrony prawnej w zakresie brzmienia ww. warunków udziału w postępowaniu,
- zamawiający ocenił oferty na podstawie warunku udziału w postępowaniu, którego brzmienie byłoby prawidłowe i nie wykluczył z postępowania żadnego wykonawcy, który nie spełniał literalnie (tj. nieprawidłowo) opisanych warunków udziału w postępowaniu,

nie sposób stwierdzić, że powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający, pismem z dnia 26 maja 2020r., zgłosił umotywowane zastrzeżenia od wyników kontroli, wskazując m.in., że art. 22a ust. 2 ustawy Pzp nie precyzuje, w jaki sposób należy udowodnić dysponowanie niezbędnymi zasobami, a także co powinno zawierać zobowiązanie podmiotów oddających swoje zasoby, a ocena, czy przedłożone przez wykonawcę dokumenty „udowadniają” dysponowanie „niezbędnymi zasobami” podmiotu trzeciego, należy wyłącznie do zamawiającego. W opinii Zamawiającego, zobowiązanie podmiotu Holdinwest Sp. z o.o. zawierało wszystkie niezbędne elementy, o których mówi art. 22a ust. 2 ustawy Pzp i nie było podstaw do jego kwestionowania.

Zdaniem Zamawiającego zostały również spełnione przesłanki określone art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, a wykonawca zapewnił realny udział spółki Holdinwest w realizacji zamówienia, stosownie do treści zobowiązania złożonego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. „W szczególności udostępnienie zasobów i doświadczenia firmy Holdinwest nastąpiło w realnej formie (potwierdzone pisemnie zgodnie z ustawą Kodeks cywilny) poprzez zapewnienie przez Holdinwest Sp. z o.o. warunków do pozyskania sprzętu i urządzeń niezbędnych do realizacji prac budowlanych oraz innych urządzeń, świadczeniu doradztwa technicznego, pomoc w uzyskaniu przez RS Investment Sp. z o.o. nowych dostawców materiałów budowlanych oraz nowych dostawców usług budowlanych (podwykonawców). Potwierdzeniem realnego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia jest faktura nr 26/Z-A/2019 z 20 grudnia 2019 r. wystawiona przez Holdinwest za czynności zrealizowane w ramach przetargu. (...). Należy wyjaśnić, że realizacja robót budowlanych to nie tylko prace techniczne wykonywane przez pracowników fizycznych ale również kierownictwo, doradztwo i nadzór na prawidłową realizacją tych robót”.

Zamawiający podniósł, że zgodnie aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, doradztwo i konsultacje są prawnie dopuszczalne w przypadku korzystania z doświadczenia innych podmiotów w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane. Na poparcie swoich twierdzeń Zamawiający przytoczył wyrok z dnia 17 stycznia 2020 r. (sygn. akt KIO 2658/19), w którym Izba przytoczyła treść art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, a następnie stwierdziła: „Wobec tego, według zapatrywania Izby - takie doradztwo i konsultacje same w sobie są prawnie dopuszczalne, o ile udział świadczeniodawcy zapewni realny transfer tego doświadczenia, co może się ziścić poprzez realizację przedmiotu zamówienia”. Ponadto, Zamawiający wskazał, że z przepisów ustawy Pzp nie wynika obowiązek zapewnienia podwykonawstwa podmiotu trzeciego. Na potwierdzenie Zamawiający przytoczył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 stycznia 2020 r. (sygn. akt KIO 2659/19), z którego wynika, że „w ocenie Izby nie można z góry zakładać, że realne udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego

zdolności technicznej lub zawodowej jest tożsame z zaangażowaniem podmiotu trzeciego przekazującego swój potencjał w charakterze podwykonawcy”.

Zamawiający nie zgodził się ze stwierdzeniem, że naruszenie z punktu 1. mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Oprócz powyższych argumentów Zamawiający poinformował, że oferta drugiego wykonawcy znacznie przekraczała kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zatem nie doszłoby do jej wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Zamawiający zwrócił również uwagę na omyłkę pisarską, znajdującą się na drugiej stronie Informacji o wyniku kontroli, zgodnie z którą Zamawiający naruszył art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, co nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem zawartym w punkcie 2. Informacji o wyniku kontroli, że w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ nie została wskazana informacja o dokumentach żądanych od wykonawcy w zakresie podmiotów trzecich. „Muzeum określiło bowiem w ogłoszeniu i SIWZ, że w przypadku powoływania się na zasoby wykonawca zobowiązany jest złożyć oświadczenie zawierające informację o podmiotach, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy”. Zamawiający podkreślił, że „ze względu na wartość zamówienia poniżej kwot określonych w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, Muzeum było bowiem uprawnione do określenia w formie „oświadczenia wykonawcy” dokumentów na temat podmiotów udostępniających zasoby. Dopuszcza to wprost art. 25a ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp”. Zamawiający nie zgodził się również z twierdzeniem, że naruszył § 9 ust. 2 rozporządzenia, bowiem skoro wartość zamówienia była niższa od kwot określonych w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, to wystarczającą formą udowodnienia braku podstaw do wykluczenia z postępowania wobec podmiotu trzeciego było oświadczenie w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, stosownie do treści art. 25a ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający podkreślił, że „RS Investment złożyło wraz z ofertą zgodne z SIWZ oświadczenie (na podstawie art. 25a ust. 1), dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu (...) oraz oświadczenie (na podstawie art. 25a ust 1) dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania, w tym czy zachodzą przesłanki wykluczenia wobec osoby udostępniających zasoby (...). Oznacza to, że zgodnie z art. 22a ust. 3, art. 25 ust. 1 i 2 i art. 25a ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający prawidłowo określił w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ wymagane od wykonawcy dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, tj. Muzeum wymagało w SIWZ i ogłoszeniu złożenia dokumentu w formie „oświadczenia dotyczącego podmiotu, na którego zasoby powołuje się wykonawca”, zawierającego informację o braku podstaw do wykluczenia z postępowania. W świetle ww. przepisów ustawy Pzp Zamawiający mógł ocenić na podstawie tych dokumentów, że nie zachodzą przesłanki do wykluczenia wobec podmiotu udostępniającego zasoby”.



Zamawiający powtórzył swoje wyjaśnienia złożone w toku kontroli doraźnej, że nieprawidłowe sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego było omyłką pisarską, a wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu prawidłowo je zinterpretowali, o czym świadczy fakt, że żaden z nich nie zadał pytania w tym zakresie ani nie skorzystał ze środków ochrony prawnej.

Zamawiający wskazał, że „na skutek omyłki pisarskiej zawarł w ogłoszeniu i SIWZ zapis o wymaganym doświadczeniu na stanowisku kierownika budowy zamiast doświadczenia na stanowisku kierownika poszczególnych robót branżowych. Omyłka powstała na etapie sporządzania ogłoszenia i SIWZ i była spowodowana kopiowaniem poszczególnych warunków i dostosowaniem treści do wymagań w zakresie doświadczenia w poszczególnych branżach. Wyraźnie z treści SIWZ wynika prawdziwa intencja Zamawiającego na etapie postępowania, że kierownik robót danej branży powinien wykazać się doświadczeniem (określonym w SIWZ) w kierowaniu robotami tej branży. Każdy z wykonawców potraktował zapis w SIWZ i ogłoszeniu właściwie, odczytał intencje Zamawiającego i złożył oferty zgodnie z pierwotną intencją Zamawiającego. (...). Omyłki pisarskie w skomplikowanych i obszernych dokumentach, takich jak SIWZ i ogłoszenie, niewątpliwie zdarzają się. Organ kontroli nie może jednak wykorzystywać oczywistych omyłek pisarskich (polegających na zamianie jednego słowa „budowy” na „roboty”) do formułowania niezgodnych z prawdą ocen na temat rzekomego naruszenia zasady uczciwej konkurencji, stosowania nadmiernych i niewspółmiernych wymogów w zakresie doświadczenia, w stosunku do funkcji, które kierownicy robót branżowych mieli pełnić”.

W odpowiedzi z dnia 8 czerwca 2020r. Prezes Urzędu Zamówień podtrzymał stanowisko i argumentację wyrażoną w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 19 maja 2020r. odnośnie wszystkich wskazanych naruszeń. Jedynie w zakresie naruszenia wykazanego w pkt 3 Informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że z uwagi na złożone przez Zamawiającego wyjaśnienia oraz całokształt okoliczności faktycznych naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania tj. miało charakter wyłącznie formalny.

**Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania, objętego kontrolą, a także po zapoznaniu się z zastrzeżeniami Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza:**

- a. nie uwzględnia zastrzeżeń Zamawiającego w zakresie naruszeń wykazanych w pkt 1 i 2 Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 19 maja 2020r.,**
- b. uwzględnia zastrzeżenia Zamawiającego w zakresie naruszenia wykazanego w pkt 3 Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 19 maja 2020r.**

I. W zakresie naruszenia wykazanego w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli, Izba w pełni podzieliła ustalenia faktyczne i argumentację prawną zaprezentowaną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Informacji o wyniku kontroli z dnia 19 maja 2020r. oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiającego z dnia 8 czerwca 2020r.

Zgodnie z art. 22a ust. 2 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. Art. 22a ust. 4 Pzp przewiduje, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Wykonawca, powołujący się na zasoby innego podmiotu przy wykazaniu warunków udziału w postępowaniu musi udowodnić, że będzie dysponował tymi zasobami w sposób realny. Ustawodawca w art. 22a ust. 4 Pzp w sposób szczególny potraktował udostępnienie zasobów nierozzerwalnie związanych z danym podmiotem takich jak: wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie, przewidując iż w takim przypadku koniecznym jest, aby podmiot udostępniający zasoby zrealizował roboty budowlane lub usługi, do realizacji których udostępnione zdolności są wymagane. Realizacja robót budowlanych przez podmiot udostępniający zasoby w postaci doświadczenia nie może polegać na jakimkolwiek uczestnictwie w wykonywaniu zamówienia, lecz musi być faktyczną realizacją robót, do których udostępniane zasoby są wymagane. Z treści dokumentów złożonych przez podmiot udostępniający zasoby musi zatem w sposób jednoznaczny wynikać, w jaki sposób, na jakich zasadach i w jakim zakresie udostępnione zasoby zostaną wykorzystane przez wykonawcę przy realizacji zamówienia.

Podzielić należy dokonaną przez Kontrolujących ocenę złożonego Zamawiającemu zobowiązania podmiotu Holdinwest sp. z o.o., w którym wskazano jedynie, że podmiot ten oddaje do dyspozycji wykonawcy niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Brak w treści tego zobowiązania informacji o tym, w jaki sposób i w jakim charakterze podmiot udostępniający zasób doświadczenia zrealizuje roboty budowlane stanowiące przedmiot zamówienia.

Podkreślić należy, że ocena realności udostępnionych zasobów i sposób ich wykorzystania przy realizacji umowy winna być dokonana przez Zamawiającego w oparciu o przedłożone przez wykonawcę dokumenty i oświadczenia na etapie badania i oceny ofert. Stąd bez znaczenia dla oceny stwierdzonego naruszenia jest późniejsze dowodzenie realności udostępnienia zasobów i wykazywanie w toku kontroli przez Zamawiającego zakresu czynności wykonanych w trakcie realizacji zamówienia przez podmiot trzeci czy składanie faktur Holdinwest za prace wykonane w trakcie realizacji zamówienia. Abstrahując od powyższego, słusznym jest stanowisko zaprezentowane w odpowiedzi na zastrzeżenia, że czynności sprowadzające się do pomocy w pozyskaniu sprzętu, doradztwie technicznym czy pomocy w uzyskaniu nowych dostawców materiałów i usług budowlanych nie polegają w istocie na wykonaniu robót budowlanych przez podmiot trzeci, który udostępnił zasób w postaci doświadczenia w realizacji robót budowlanych o określonej wartości i kubaturze budynków. W efekcie roboty budowlane, będące przedmiotem tego zamówienia polegające na rozbudowie, przebudowie i remoncie budynku Muzeum są realizowane przez samego wykonawcę, który nie wykazał w ofercie żadnego doświadczenia w realizacji robót budowlanych o charakterze podobnym do przedmiotu zamówienia.

Izba podzieliła stanowisko, że w zaistniałym przypadku, obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie wykonawcy RS Investment Sp. z o.o. do wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp treści zobowiązania ww. podmiotu w zakresie sposobu realizacji zamówienia zgodnie z treścią art. 22a ust. 4 Pzp, lub - stosownie do art. 22a ust. 6 Pzp - do zastąpienia ww. podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, z jednoczesnym wykazaniem zdolności dotyczących doświadczenia zawodowego. Zaniechanie powyższych czynności przez Zamawiającego stanowi naruszenie art. 26 ust. 4 i art. 22a ust. 6 w zw. z art. 22a ust. 4 Pzp.

Wobec braku wykazania realności udostępnionych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą oraz z którym została podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego, zasadnym jest także stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, iż wykazane naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Przy ocenie wpływu naruszenia na wynik postępowania, nie ma znaczenia argumentacja Zamawiającego, zawarta w zastrzeżeniach, że cena drugiej oferty przekraczała kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. W takiej sytuacji, gdyby hipotetycznie doszło do wyboru oferty przekraczającej budżet Zamawiającego i unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego to oferta wykonawcy RS

Investment sp. z o.o. nie została wybrana, co oznacza, że również w takim przypadku wykazane naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

II. Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie naruszenia nr 2 wykazanego w Informacji o wyniku kontroli.

Stosownie do art. 22a ust. 3 Pzp zamawiający bada czy wobec podmiotu udostępniającego wykonawcy zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną nie zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 (przesłanki obligatoryjne) i ust. 5 (przesłanki fakultatywne). Zgodnie z § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. 2016, poz. 1126 ze zm.), zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9.

Z art. 22a ust. 3 Pzp wynika, że podmiot trzeci podlega takiemu samemu badaniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie przesłanek wykluczenia i spełnienia warunków udziału jak wykonawca. Obecnie obowiązujące przepisy zobowiązują zamawiającego do żądania dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego w każdej sytuacji, bez względu na to czy podmiot będzie brał udział w realizacji zadania czy też nie. Zamawiający bada zatem zawsze i w pełnym zakresie czy podmiot trzeci podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13-22, zaś w przypadku przesłanek fakultatywnych z art. 24 ust. 5 Pzp badanie podmiotu trzeciego zachodzi w sytuacji, gdy zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy w oparciu o przesłanki z art. 24 ust. 5 Pzp. Przywołany § 9 ust. 2 rozporządzenia daje podstawę do żądania dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 12-22 oraz art. 24 ust. 5 Pzp w odniesieniu do podmiotów udostępniających zasoby.

W konsekwencji zamawiający żąda tych samych dokumentów dotyczących podmiotów trzecich, których żąda od wykonawcy a podmiot udostępniający zasoby podlega weryfikacji pod kątem podstaw wykluczenia w takim samym zakresie jak wykonawca. Jeśli zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy na podstawie którejkolwiek z przesłanek fakultatywnych, to wykonawca, który polega na zasobach podmiotu trzeciego przedstawia w odniesieniu do tego podmiotu takie dokumenty, jakie są przez zamawiającego od niego wymagane w celu wykazania braku podstaw wykluczenia. Wykonawca wezwany do przedłożenia dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 1 Pzp lub 26 ust. 2 Pzp przedkłada także odpowiednie

dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego. W sytuacji, gdy wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu posiłkuje się potencjałem osób trzecich, to niezłożenie dokumentów odnoszących się do podmiotu trzeciego może skutkować – po wyczerpaniu procedury uzupełnienia dokumentów - wykluczeniem wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Izba podzieliła ustalenia faktyczne, dokonane w toku kontroli:

Zamawiający w rozdziale 4 pkt 3 ppkt 8 SIWZ przewidział wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 Pzp oraz na podstawie wszystkich przesłanek fakultatywnych. Na potwierdzenie spełniania ww. warunków wymagał przedstawienia wraz z ofertą oświadczeń, o których mowa w art. 25a ust. 1 i art. 25 a ust. 6 Pzp.

Zgodnie z ww. załącznikiem nr 4 do SIWZ wykonawca zobowiązany był złożyć oświadczenie o braku zaistnienia wobec niego zarówno obligatoryjnych jak i fakultatywnych przesłanek wykluczenia (art. 24 ust. 1 pkt 12-23 oraz art. 24 ust. 5 pkt 1-8 Pzp), natomiast w odniesieniu do podmiotu na zasoby, którego powołuje się wykonawca brak było odwołania się do fakultatywnych przesłanek wykluczenia (art. 24 ust. 5 pkt 1-8 Pzp).

Ponadto, zgodnie z Rozdziałem 5 pkt 3.1) i 3.2), na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia zamawiający żądał dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 2 (zaświadczenie naczelnika US) i 4 (odpis z właściwego rejestru lub CEiIDG) rozporządzenia.

Zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ, wykonawcy biorący udział w postępowaniu mieli oświadczyć, że w stosunku do podmiotów, na których zasoby się powołują, nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania z art. 24 ust. 1 pkt 12-23 Pzp (we wzorze oświadczenia zamawiający pominął podstawy fakultatywne wykluczenia z postępowania wynikające z art. 24 ust. 5 Pzp, a których wymagał w stosunku do wykonawcy).

W treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ nie znalazła się informacja, że zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Pzp, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów oraz oświadczeń potwierdzających brak podstaw wykluczenia z postępowania, w zakresie wymaganym dla wykonawcy.

Wykonawca RS Investment sp. z o.o. złożył oświadczenie, że w stosunku do podmiotu Holdinwest Sp. z o.o. nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania z art. 24 ust. 1 pkt 12-23 Pzp, a na wezwanie Instytucji Pośredniczącej zamawiający przedstawił oświadczenie, w którym wykonawca oświadcza, że w stosunku do podmiotu Holdinwest Sp. z o.o. nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania z art. 24 ust. 1 pkt 12-23 oraz art. 25 ust. 5 pkt 1-8 Pzp. Poza tym oświadczeniem wykonawca nie złożył żadnych dokumentów, które potwierdzałyby brak podstaw wykluczenia z postępowania podmiotu Holdinwest Sp. z o.o., a zamawiający nie wezwał wykonawcy do ich uzupełnienia.

Przepis art. 25a ust. 3 pkt 2 Pzp, na który w zastrzeżeniach powołuje się Zamawiający dotyczy wstępnego potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu i przewiduje on, że w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów zamieszcza informacje o tych podmiotach w oświadczeniu wykonawcy. Art. 26 ust. 2 Pzp daje zamawiającemu podstawę do wezwania wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej do złożenia w wyznaczonym terminie nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Zakres żądanych dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia i spełnienie warunków udziału w postępowaniu pozostaje w dyspozycji zamawiającego, który określa te dokumenty w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ.

Zauważyć należy, że w analizowanym postępowaniu o zamówienie publiczne, Zamawiający, korzystając z dyspozycji art. 26 ust. 2 Pzp, żądał od wykonawców złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 1 i 8 Pzp tj. odpisu z właściwego rejestru lub CEiDG oraz zaświadczenia naczelnika US. Skoro Zamawiający, wyłącznie na podstawie swojej własnej decyzji, żądał od wykonawców złożenia ww. dokumentów, miał również obowiązek, w świetle przepisów art. 22a ust. 3 Pzp oraz § 9 ust. 2 rozporządzenia, żądać tych samych dokumentów w stosunku do podmiotu udostępniającego zasoby.

W kontekście powyższego, zasadnym jest stwierdzenie, że Zamawiający zaniechał wskazania w treści ogłoszenia o zamówieniu informacji o dokumentach żądanych od wykonawcy, dotyczących podmiotów trzecich, na zasoby których powołuje się ten wykonawca, a więc o dokumentach, o których mowa w § 9 ust. 2 rozporządzenia. Na skutek tego zaniechania Zamawiający nie dokonał rzetelnej weryfikacji czy wobec podmiotu udostępniającego zasoby nie zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 Pzp. Zdaniem Izby, wykazane naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

III. Izba uwzględniła zastrzeżenia Zamawiającego w zakresie naruszenia wykazanego w pkt 3 Informacji o wyniku kontroli z dnia 19 maja 2020r. Izba uwzględniła wyjaśnienia Zamawiającego, iż zapis o doświadczeniu na stanowisku „kierownika budowy” zamiast na stanowisku „kierowników robót budowlanych” był wynikiem niezamierzonej omyłki pisarskiej powstałej na etapie przygotowania dokumentacji przetargowej. Zdaniem Izby, logiczna analiza całokształtu treści wymagań dotyczących kierowników poszczególnych robót skłania do twierdzenia, że skoro Zamawiający wymagał wykazania się dysponowaniem osób posiadających uprawnienia kierowników poszczególnych robót branżowych (uprawnienia do kierowania robotami instalacyjnymi w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych; w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji bezprzewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą czy do kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, takim jak: sieci, instalacje i urządzenia elektryczne i elektroenergetyczne) to wyłącznie w takim samym zakresie tj. odnoszącym się do poszczególnych branż, badał doświadczenie tychże osób. Wykonawcy, ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie mieli problemu z poprawnym odczytaniem wymagań, w sposób zgodny z intencją Zamawiającego i słusznie przyjęli, że kierownik danej branży musi wykazać się doświadczeniem w kierowaniu robotami danej branży a nie kierownika całej budowy. Świadczą o tym złożone przez wykonawców wykazy personelu. Z tych względów, zdaniem Izby, słusznym jest stanowisko Zamawiającego, że zapis o kierowniku „budowy”, zamiast kierowniku „robót” był jedynie wynikiem omyłki, która - co istotne - nie miała wpływu na właściwe zrozumienie intencji Zamawiającego i zakresu badania doświadczenia kierowników poszczególnych robót branżowych. Uwzględniając powyższe, zdaniem Izby, nadmierne i nieuzasadnione są twierdzenia kontrolującego, że poprzez takie sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami przewidzianymi do realizacji przedmiotu zamówienia doszło do ograniczenia dostępności do zamówienia i określenia warunków w sposób nieproporcjonalny.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....