

**WYROK**  
**z dnia 19 marca 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: **Monika Szymanowska**

Protokolant:           Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2019 r. przez wykonawcę „AG - COMPLEX” Sp. z o. o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Piaseczno

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. w Piasecznie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1.umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zaniechania udostępnienia odwołującemu, w formie elektronicznej, wezwania zamawiającego z dnia 05.02.2019 r. oraz dokumentów wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. w Piasecznie, złożonych w odpowiedzi na to wezwanie, w sytuacji gdy komunikacja w postępowaniu między zamawiającym, a wykonawcami odbywa się w formie elektronicznej,
- 2.w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
- 3.kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę „AG - COMPLEX” Sp. z o. o. w Warszawie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:**

.....

**Uzasadnienie**

**do wyroku z dnia 19 marca 2019 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 375/19**

Zamawiający – Gmina Piaseczno, Urząd Miasta i Gminy w Piasecznie, z siedzibą przy ul. Kościuszki 5, 05 – 500 Piaseczno – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: ”Wykonanie prac związanych z pielęgnacją, utrzymaniem i zakładaniem zieleni na terenach będących w administrowaniu przez Gminę Piaseczno”, podzielone na części, o numerze nadanym przez zamawiającego 191/2018, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 grudnia 2018 r., pod numerem 2018/S 247 – 569544, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej jako „p.z.p.”

W dniu 20 lutego 2019 r. zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, w części pierwszej postępowania. Od tej czynności zamawiającego, w dniu 4 marca 2019 r., odwołanie wniósł wykonawca „AG - COMPLEX” Sp. z o.o. w Warszawie, z siedzibą przy ul. Płytowej 14, 03 – 046 Warszawa, zwany dalej jako „odwołujący”.

W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

- 1.naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej do realizacji części nr 1 zamówienia, podczas gdy w/w Wykonawca nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 2.naruszenia art. 26 ust. 3 PZP, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 PZP, w sytuacji gdy w/w Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 05.02.2019 r. złożył wykaz osób niepotwierdzający spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

3.naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 10a ust. 1 PZP oraz w zw. z § 6 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. 2017, poz. 1320), poprzez zaniechanie udostępnienia dokumentacji zamówienia (wezwanie z dnia 05.02.2019 r. oraz dokumentów Wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. złożonych w odpowiedzi na to wezwanie) w formie elektronicznej w sytuacji, gdy komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami w przedmiotowym postępowaniu odbywa się w formie elektronicznej – a Zamawiający udostępnił Odwołującemu dokumenty zeskanowane, zamiast dokumentów elektronicznych, co uniemożliwia dokonanie weryfikacji prawidłowości złożonego podpisu elektronicznego;

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części pierwszej zamówienia, dokonanej w dniu 20.02.2019 r. oraz wezwanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. w Piasecznie do złożenia dokumentów, w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (wykaz osób). Ponadto wniesiono o nakazanie zamawiającemu udostępnienia odwołującemu dokumentacji, w postaci wezwania zamawiającego z dnia 05.02.2019 r. oraz dokumentów wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. złożonych w odpowiedzi na to wezwanie, w formie elektronicznej.

Odwołujący wskazał również w odwołaniu dokumenty stanowiące załączniki do protokołu z postępowania i wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z tychże dokumentów.

W uzasadnieniu środka ochrony prawnej odwołujący wskazał co następuje.

Zamawiający w SIWZ, jak i w ogłoszeniu o zamówieniu, ustalił następujące warunki udziału w postępowaniu dla części pierwszej postępowania, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (str. 3 SIWZ oraz pkt III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu): „V.I. Dla części 1 zamówienia: (...) 2. Dysponuje:

- a)1 osobą dla każdej części zamówienia pełniącą funkcję kierownika robót, posiadającą wykształcenie wyższe o kierunku ogrodnictwem lub architektura krajobrazu oraz z minimum 5 letnim doświadczeniem zawodowym.
- b)1 osobą dla każdej części zamówienia pełniącą funkcję brygadzysty posiadającą wykształcenie średnie lub zawodowe ogrodnicze, z minimum 5 letnim doświadczeniem zawodowym”.

Dalej odwołujący wskazał kryteria oceny ofert, a także przybliżył oferty, które zostały złożone w postępowaniu. Następnie odwołujący podniósł, iż 05.02.2019 r. zamawiający wezwał wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. do złożenia, w trybie art. 26 ust. 1 p.z.p., dokumentów, w tym m.in. wykazu osób.

W odpowiedzi na to wezwanie, wykonawca przedłożył wykaz osób, wskazując w nim:

1.E.N. – kierownik robót

- uprawnienia: kwalifikacje nr 93073 (I stopień), 102342 (II stopień) w zakresie: Ogrodnictwo, Wydział Ogrodnictwa i Architektury Krajobrazu SGGW, data wydania uprawnień: 25.02.2011 r.,
- doświadczenie: od marca 2011 r. praca w zawodzie zgodnie z uprawnieniami przy pielęgnacji roślin ozdobnych i zakładaniu terenów zielonych (tj. doświadczenie zawodowe pow. 5 lat),
- stosunek wykonawcy do dysponowania osobą: dysponuję,

2.J.P. – brygadzysta

- uprawnienia: wykształcenie zawodowe ogrodnicze,
- doświadczenie: zatrudniony w PUK Piaseczno Sp. z o.o. w charakterze brygadzysty przy pracach związanych z pielęgnacją i utrzymaniem zieleni miejskiej, doświadczenie 5 lat,
- stosunek wykonawcy do dysponowania osobą: dysponuję;

Dowód: 1) wezwanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. do złożenia dokumentów z dnia 05.02.2019 r., 2) dokumenty złożone przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie (w dokumentacji posiadanej przez zamawiającego).

W oparciu o ww. informacje zawarte w wykazie osób zamawiający, w dniu 20.02.2019 r., dokonał wyboru oferty Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. w części pierwszej postępowania, jako oferty najkorzystniejszej (dowód: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 20.02.2019 r., w dokumentacji zamawiającego).

W ocenie odwołującego, mając na uwadze wyżej wskazane czynności zamawiającego, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że w wezwaniu z 05.02.2019 r. zamawiający błędnie wskazał art. 26 ust 2 p.z.p. – biorąc pod uwagę fakt, że wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p. Następnie, zdaniem odwołującego, podnieść należy, że zamawiający wadliwie ocenił spełnienie przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

W opinii odwołującego w wykazie osób, w informacjach dotyczących pani E.N.:

- a) wskazano datę uzyskania uprawnień, jednak nie podano których dotyczy to studiów, I stopnia czy II stopnia,
- b) nie określono, czy wymagane przez zamawiającego wykształcenie (wykształcenie wyższe o kierunku ogrodniczym lub architektura krajobrazu), ww. osoba zdobyła po ukończeniu studiów I czy II stopnia,
- c) wskazano, że doświadczenie ww. osoba posiada od marca 2011 r., ale nie jest możliwe ustalenie, czy uprawnienia wydane w 25.02.2011 r. dotyczą wymaganego przez zamawiającego kierunku studiów – od tego kiedy zostały ukończone studia (I czy II stopnia), o wymaganym przez zamawiającego kierunku, zależy początek obliczenia doświadczenia, które zostało wykazane w wykazie osób, ponieważ zgodnie z treścią wykazu osób należało wskazać „wymagane doświadczenie na przydzielonym stanowisku w celu wykazania spełnienia warunku po uzyskaniu uprawnień w jakim czasie”
- d) jako podstawę dysponowania ww. osobą wskazano „dysponuję”, przy czym z informacji zamieszczonych w internecie wynika, że ww. osoba jest zatrudniona w firmie Kordus Szkółkarstwo Ozdobne, zatem pod wątpliwość należy poddać fakt „dysponowania” ww. osobą przez wykonawcę,
- e) zgodnie z informacją zamieszczoną pod tabelą, wykonawca winien podać i opisać doświadczenie w taki sposób, by było możliwe wyliczenie okresu pełnienia przez tę osobę funkcji. Tymczasem z zamieszczonego opisu nie wynika w jakich okresach ww. osoba była zatrudniona i na jakich stanowiskach, nie jest zatem możliwe sprawdzenie i dokonanie weryfikacji tego, czego wymagał zamawiający.

Według odwołującego, zamawiający również błędnie ocenił spełnienie przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, co do wskazanej osoby pana J.P.:

- a) jako podstawę dysponowania ww. osobą wskazano „dysponuję”, przy czym z informacji wskazanych w tabeli nie wynika na jakiej podstawie wykonawca dysponuje ww. osobą – czy ma zawartą umowę o pracę, czy umowę zlecenie,
- b) zgodnie z informacją zamieszczoną pod tabelą, wykonawca winien podać i opisać doświadczenie w taki sposób, by było możliwe wyliczenie okresu pełnienia przez tę osobę funkcji. Tymczasem z zamieszczonego opisu nie wynika w jakich okresach ww. osoba była zatrudniona i na jakich stanowiskach. Jest tam zawarta jedynie lakoniczna informacja stanowiąca w zasadzie potwierdzenie warunku – „doświadczenie 5 lat”. Nie jest zatem możliwe sprawdzenie i dokonanie weryfikacji tego czego wymagał zamawiający.

Mając na uwadze powyższe wątpliwości, co do treści wykazu osób, zamawiający – w ocenie odwołującego – obowiązany był skierować wezwanie w trybie art. 26 ust 3 p.z.p., ponieważ wykaz złożony w odpowiedzi na wezwanie z dnia 05.02.2019 r. nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wskazanych przez wykonawcę osób. Zatem wybór oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o., w części pierwszej zamówienia, był przedwczesny.

W dalszej części uzasadnienia wniesionego odwołania odwołujący podniósł, iż wystąpił do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji zamówienia w zakresie przedmiotowego wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. oraz odpowiedzi złożonej przez wykonawcę na to wezwanie (dowód: wiadomość e – mail odwołującego z dnia 20.02.2019 r., w dokumentacji zamawiającego).

W dniu 21.02.2019 r. zamawiający udostępnił odwołującemu dokumenty, jednak w niewłaściwej formie. Z uwagi na fakt, że postępowanie prowadzone jest przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, udostępnienie dokumentacji zamówienia może nastąpić jedynie w formie, w jakiej dokumenty zostały złożone. Oznacza to, że jeżeli wykonawca złożył ofertę i odpowiedź na wezwanie z dnia 05.02.2019 r. w formie elektronicznej – zamawiający w tej formie obowiązany był udostępnić dokumenty.

Mając jednocześnie na uwadze fakt, że komunikacja pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą winna się odbyć w formie elektronicznej – wezwanie z dnia 05.02.2019 r., zamawiający obowiązany był udostępnić również w formie elektronicznej, zgodnie z § 6 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. 2017, poz. 1320). Zatem zamawiający, udostępniając rzeczne dokumenty, w formie skanu wydrukowanych dokumentów, naruszył art. 93 ust. 3 z zw. z art. 10a ust. 1 p.z.p. w zw. z § 6 ust. 1 i 2 ww. rozporządzenia (dowód: wiadomość e – mail z dnia 21.02.2019 r., w dokumentacji zamawiającego).

Wobec powyższego, w ocenie odwołującego, nie jest możliwe dokonanie weryfikacji prawidłowości złożonego podpisu elektronicznego, a zatem i przesądzenie, czy dokumenty zostały uzupełnione we właściwej formie.

Z tych wszystkich względów, biorąc pod uwagę przedstawione powyżej zarzuty, zdaniem odwołującego wniesione odwołanie jest zasadne, bowiem ochrona praw odwołującego w postępowaniu, realizowana za pomocą środków ochrony prawnej, winna zapewnić udział w postępowaniu w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Argumenty przedstawione na uzasadnienie zarzutów wskazują, iż zamawiający dopuścił się

naruszenia powyższych zasad.

Skład orzekający wskazuje, że tak określone zarzuty wniesionego środka zaskarżenia, zgodnie z art. 180 ust. 3 p.z.p., zakreśliły zakres sporu objętego kognicją Krajowej Izby Odwoławczej, w ramach przedmiotowego postępowania.

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem *a contrario* musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu zostały zawarte.

Przy czym należy zaznaczyć, że to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia, zaś po upływie zawitego terminu na wniesienie odwołania, nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie, jak i podnoszenie dodatkowych, nowych okoliczności, które nie znalazły się w treści odwołania.

Zwięzłe przedstawienie zarzutów, określenie żądania oraz wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania, powinno nastąpić już w chwili składania odwołania (art. 180 ust. 3 p.z.p.), zaś wykonawca, będący profesjonalnym uczestnikiem rynku zamówień publicznych, powinien mieć na względzie, że brak wskazania wszystkich okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, na których opiera postawione zamawiającemu zarzuty, jest jego obowiązkiem procesowym, wynikającym z przepisów prawa – przede wszystkim w interesie wykonawcy.

Granice rozpoznania sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą w postępowaniu odwoławczym, a także Sąd powszechny w postępowaniu skargowym, są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej, zatem zarówno Izba, jak i Sąd Okręgowy, są związani podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego, w toku rozprawy przed Izbą, okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, na kanwie art. 192 ust. 7 p.z.p., brane przez Izbę czy Sąd powszechny pod uwagę, choćby odwołujący próbował powiązać nowe zarzuty z ogólnie zakreślonymi okolicznościami faktycznymi wskazanymi w odwołaniu. Przeciwny pogląd doprowadziłby do sytuacji w której art. 192 ust. 7 p.z.p. stałby się regulacją iluzoryczną, a po stronie odwołujących preferowane byłoby jak najbardziej niejasne formułowanie podstaw faktycznych zarzutów, celem obejścia tej regulacji.

W konsekwencji powyższego, w ocenie składu orzekającego, krytycznie należy ocenić podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy, a nie ujęte w odwołaniu, rzekome dodatkowe wady wykazu osób przystępującego. Zaznaczenia również wymaga, że nowe okoliczności zostały głównie oparte na nieaktualnym wzorze wykazu osób, który został przez zamawiającego zmodyfikowany, poprzez zmianę treści dokumentacji postępowania z 14 stycznia 2019 r.

W dniu 14 marca 2019 r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie w której oświadczył, że uwzględnia zarzut dotyczący zaniechania udostępnienia dokumentacji postępowania w formie wskazanej przez odwołującego (zarzut nr 3), natomiast w stosunku do zarzutów dotyczących wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o. o. w Piasecznie (zarzuty nr 1 i 2) wniesiono o oddalenie środka zaskarżenia. Odpowiedz na odwołanie, w formie pisemnej, została złożona przez zamawiającego na posiedzeniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o. o. w Piasecznie, z siedzibą przy ul. Technicznej 6, 05 – 500 Piaseczną zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zwanego dalej jako „przystępujący”. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym przystępującego, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną przez zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie strony podtrzymały stanowiska złożone pisemnie, a przystępujący podzielił stanowisko zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający ustalił, iż rozpoznawana sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony oraz dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 p.z.p., a także art. 180 ust. 1 p.z.p., zatem podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej.

Następnie Izba ustaliła, że odwołanie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p., a także ustalono, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek wskazanych w art. 179 p.z.p., które warunkują możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego. Jak wskazał odwołujący posiada on interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w części pierwszej postępowania oraz może

ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p., z uwagi na fakt, że w tejże części postępowania oferta odwołującego zajęła drugą pozycję w rankingu ofert, a więc w przypadku potwierdzenia się zarzutów wskazanych w niniejszym odwołaniu, odwołujący ma szansę uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby odwołujący wykazał, a zamawiający nie zakwestionował interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przejawiającego się możliwością poniesienia przez odwołującego szkody, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p., zatem odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia odwołania.

Zarzut oznaczony nr 3 w *petitum* odwołania, dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 96 ust. 3 w zw. z art. 10a ust. 1 p.z.p. oraz w zw. z § 6 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. 2017, poz. 1320), poprzez zaniechanie udostępnienia dokumentacji zamówienia (wezwania z 05.02.2019 r. oraz dokumentów przystępującego, złożonych w odpowiedzi na to wezwanie) w formie elektronicznej, w sytuacji gdy komunikacja w postępowaniu, między zamawiającym, a wykonawcami odbywa się w formie elektronicznej – został przez zamawiającego uwzględniony, zamawiający przekazał odwołującemu rzeczne dokumenty w żądanej formie, w konsekwencji czego odwołujący zmodyfikował swoje stanowisko procesowe i wycofał rzeczony zarzut. Zatem orzekanie w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe.

Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze w tym przedmiocie, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 tenoru sentencji wyroku.

W oparciu o określone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia:

I.W rozdziale 5 SIWZ zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z pkt 5.3.VI.2 zamawiający ustalili warunek dotyczący posiadania odpowiedniej zdolności technicznej i zawodowej, dla części pierwszej zamówienia, co do wymagania dysponowania:

- a) 1 osobą dla każdej części zamówienia pełniącą funkcję kierownika robót, posiadającą wykształcenie wyższe o kierunku ogrodniczym lub architektura krajobrazu oraz z minimum 5 letnim doświadczeniem zawodowym,
- b) 1 osobą dla każdej części zamówienia pełniącą funkcję brygadzysty posiadającą wykształcenie średnie lub zawodowe ogrodnicze, z minimum 5 letnim doświadczeniem zawodowym.

Warunek ten został zwarty również w sekcji III ogłoszenia o zamówieniu – w pkt 1.3 zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe.

II.W rozdziale 6 SIWZ zamawiający wskazał wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Zgodnie z pkt 6.9 SIWZ w celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, wykonawcy winni złożyć wykaz osób (na każdą z części) dostępnych dla wykonawcy, w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (wzór stanowi załącznik nr D do SIWZ).

Powyższa treść została zwarta również w sekcji VI.3 ogłoszenia o zamówieniu.

Wzór załącznika nr D do SIWZ został przez zamawiającego zmodyfikowany, zmianą dokumentacji postępowania z dnia 14.01.2019 r. (odpowiedź na pytanie nr 4).

III.Wezwanie przystępującego do złożenia oświadczeń i dokumentów:

- 1) pismem z 05.02.2019 r., nr RZP.271.191.2018.BN.187, zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 2 p.z.p., wezwał przystępującego do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., w tym do złożenia wykazu osób,
- 2) w odpowiedzi na powyższe wezwanie przystępujący przedłożył m.in. wypełniony załącznik nr D do SIWZ, w którym wskazano panią E.N. i pana J.P.;

IV.W dniu 20.02.2019 r. zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Stan faktyczny rozpoznawanej sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena prawna wykazu osób przystępującego, dokonana przez zamawiającego. Postawione przez odwołującego zarzuty wniesionego środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę sprawy do dwóch osi sporu:

- do oceny czy zamawiający prawidłowo zweryfikował złożony przez przystępującego, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniej zdolności zawodowej, wykaz osób – w tym czy zamawiający winien skorzystać z art. 26 ust. 3 p.z.p. i wezwać przystępującego do wyjaśnienia lub uzupełnienia okoliczności wskazanych przez odwołującego,
- do weryfikacji czy nie doszło do przedwczesnego wyboru oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało

wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia".

Skład orzekający – po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, przedstawionej przez zamawiającego, biorąc pod uwagę zakres sprawy, zakreślony przez okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdził, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie mogą prowadzić do wniosku, iż w sprawie doszło do naruszenia prawa przez zamawiającego.

Przeciwnie, w ocenie Izby zamawiający prawidłowo ocenił wykaz osób złożony przez przystępującego, jako jednoznacznie potwierdzający spełnienie warunku posiadania wymaganej zdolności zawodowej, w postaci potencjału kadrowego. Odwołujący zaś nie wykazał, aby istniały uzasadnione podstawy do zastosowania trybu naprawczego, wskazanego w art. 26 ust. 3 p.z.p., a więc wybór oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej, jest czynnością prawidłową. Izba stwierdziła zatem, że nie ma podstaw do uznania rozpoznawanego odwołania, jako posiadającego uzasadnione podstawy, a więc zarzuty odwołania, postawione w pkt 1 i 2 *petitum* odwołania, jako bezzasadne, zostały przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalone.

Na podstawie art. 196 ust. 4 p.z.p. skład orzekający wskazuje, że zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p. o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, zaś w oparciu o art. 22 ust. 1a p.z.p. zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

W postępowaniu zainicjowanym rozpoznawanym odwołaniem zamawiający, na kanwie art. 22 ust. 1b pkt 3 p.z.p., określił sporny warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – warunek wskazany w pkt I okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Zaś w oparciu o art. 25 ust. 1 pkt 1 p.z.p. zamawiający żądał od wykonawców oświadczeń i dokumentów, niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu – zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 10 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, poz. 1126 ze zm.) – żądano złożenia wykazu osób, którego wzór stanowi załącznik nr D do SIWZ.

Należy zaznaczyć, że obowiązkiem zamawiającego jest badanie i ocena zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia publicznego, kiedy – przez pryzmat treści określonego warunku – weryfikuje się czy przedłożone przez wykonawcę oświadczenia i dokumenty potwierdzają spełnianie wymagań zamawiającego. Natomiast w przypadku, kiedy złożone oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania (art. 26 ust. 3 p.z.p.).

W ocenie składu orzekającego określony w art. 26 ust. 3 p.z.p. tryb naprawczy jest dla zamawiającego obligatoryjny, bowiem użycie przez ustawodawcę sformułowania „zamawiający wzywa” oznacza brak dowolności zamawiającego w stosowaniu omawianej normy. Jeżeli w określonym stanie faktycznym zostanie spełniona jedna z przesłanek stosowania przedmiotowej normy, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub wyjaśnienia stosownych oświadczeń lub dokumentów. Tryb ten ma zastosowanie do uzupełnienia brakujących dokumentów, a więc do dokumentów nowych, a także do dokumentów wadliwych (a więc już istniejących, ale nie potwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy braku podstaw do wykluczenia).

Zamawiający, aby poprawnie zastosować art. 26 ust. 3 p.z.p., musi poddać zaistniały w sprawie stan faktyczny krytycznej analizie pod kątem prawidłowości złożonych przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów, do wykazania spełniania warunków określonych w dokumentacji postępowania. Ustalając zatem wzorzec prawidłowego postępowania, do którego Izba, w toku orzekania, porówna podważane czynności i zaniechania zamawiającego – celem oceny ich prawidłowości – należy włączyć we wzorzec kontroli działania zamawiającego konieczność ustalenia, czy należycie działający zamawiający w danym stanie rzeczy powzięłyby wątpliwości co do kompletności, poprawności czy adekwatności złożonych przez wykonawcę dokumentów, czy też nie.

Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie nie jest właściwe korzystanie z uprawnień przysługujących zamawiającemu na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. w każdym przypadku, a zwłaszcza w sytuacji, gdy wykonawca faktycznie wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub brak podstaw do wykluczenia (*vide* wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 02.02.2017 r., sygn. akt XXIII Ga 1318/16). Natomiast „ocena, czy istniały podstawy do uruchomienia procedury naprawczej, zgodnie z art. 26 ust. 3 p.z.p., zawsze zależy od oceny konkretnych okoliczności danej sprawy” (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 01.03.2018 r. sygn. akt I CSK 657/17). Skład orzekający poglądy te popiera i przyjmuje za własne.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego sporu Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła co

następuje.

W spornym warunku, w przedmiocie dysponowania odpowiednim potencjałem zawodowym, zamawiający żądał, aby wykonawcy wykazali fakt dysponowania osobą pełniącą funkcję kierownika robót oraz osobą pełniącą funkcję brygadzysty. Izba zweryfikowała podnoszone przez odwołującego wątpliwości i wady wykazu osób przystępującego, w ramach okoliczności faktycznych wskazanych w odwołaniu.

W stosunku do osoby predystynowanej do pełnienia funkcji kierownika robót, pani E.N., Izba stwierdziła jak niżej.

Odwołujący podnosił, że nie określono w wykazie osób czy wymagane wykształcenie (wykształcenie wyższe o kierunku ogrodnictwem lub architektura krajobrazu) pani E.N. zdobyła po ukończeniu studiów pierwszego czy drugiego stopnia, ponadto według odwołującego nie jest możliwe ustalenie od kiedy należy liczyć doświadczenie tej pani.

W ocenie składu orzekającego z przedłożonego przez przystępującego wykazu potencjału kadrowego (kolumna nr 2) wynika, że wykształcenie w zakresie (na kierunku studiów) ogrodnictwo, osoba ta uzyskała na Wydziale Ogrodnictwa i Architektury Krajobrazu SGGW w dniu 25.02.2011 r. („data wydania uprawnień”). Wskazano również numer kwalifikacji dla studiów pierwszego, jak i drugiego stopnia „w zakresie: ogrodnictwo”.

Zatem wszystkie wymagane przez zamawiającego informacje co do uprawnień pani E.N., tj. numer, rodzaj, wykształcenie, zakres, data wydania, znajdują się w wykazie przystępującego. Potwierdza to jednoznacznie spełnienie warunku posiadania przez tą panią wykształcenia wyższego o kierunku ogrodnictwem, co winien wykazać wykonawca.

Odwołujący usiłując uzasadnić ferowaną przez siebie potrzebę dopytania przystępującego o konkretne daty ukończenia studiów pierwszego i drugiego stopnia, przez panią E.N., pominął, że w polskim systemie szkolnictwa wykształcenie wyższe uzyskuje się po ukończeniu studiów pierwszego stopnia.

Powyższe uregulowane zostało w ustawie z dnia 20 lipca 2018 r. (Dz. U. z 2018 r. poz. 1668) Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce, dalej zwanej jako „p.s.w.n.”. Zgodnie z art. 64 ust. 1 p.s.w.n. studia są prowadzone na poziomie: 1) studiów pierwszego stopnia, 2) studiów drugiego stopnia, 3) jednolitych studiów magisterskich. Natomiast na podstawie art. 77 ust. 1 p.s.w.n. absolwent studiów otrzymuje dyplom ukończenia studiów na określonym kierunku i profilu potwierdzający wykształcenie wyższe oraz tytuł zawodowy: 1) licencjata, inżyniera albo równorzędny potwierdzający wykształcenie wyższe na tym samym poziomie – w przypadku studiów pierwszego stopnia; 2) magistra, magistra inżyniera albo równorzędny potwierdzający wykształcenie wyższe na tym samym poziomie – w przypadku studiów drugiego stopnia i jednolitych studiów magisterskich.

Mając na uwadze powyższe wymagane przez zamawiającego uprawnienia zdobyto kończąc studia pierwszego stopnia na kierunku ogrodnictwo, zaś ukończenie studiów drugiego stopnia (również na kierunku ogrodnictwo) jest uzupełnieniem wykształcenia wyższego pani E.N., poprzez uzyskanie tytułu magistra. Uzasadnionym byłoby dopytywanie przystępującego kiedy zakończone zostały przez panią E.N. poszczególne stopnie studiów, wyłącznie w przypadku, kiedy studia pierwszego stopnia nie spełniałyby wymagań zamawiającego, co nie ma miejsca w dokumentacji postępowania – więc zamawiający nie miał podstaw do wyjaśniania okoliczności, które podnosił odwołujący, ponieważ uzyskanie wykształcenia wyższego, w tym tytułu zawodowego inżyniera ogrodnictwa, wypełnia wymóg SIWZ, tj. posiadania wykształcenia wyższego o kierunku ogrodnictwem lub architektura krajobrazu.

Dalej Izba stwierdziła, że z wykazu klarownie wynika, iż doświadczenie zawodowe, które pani E.N. zdobyła na „przydzielonym stanowisku w celu wykazania spełniania warunku, po uzyskaniu uprawnień” (nazwa kolumny nr 3 wykazu osób), czyli na stanowisku kierownika robót, po uzyskaniu uprawnień, należy liczyć – tak jak wskazano wprost w wykazie – „od marca 2011 r.” Informacja ta jest bezpośrednio związana z datą uzyskania uprawnień przez panią E.N. z kolumny nr 2 wykazu osób, tj. 25.02.2011 r., a także ma jednoznaczne odzwierciedlenie w zacytowanej nazwie kolumny nr 3. Podnoszona zatem przez odwołującego argumentacja jest wprost sprzeczna z treścią wykazu przystępującego, a rzekome wątpliwości nie są w stanie podważyć wykazania się posiadania przez panią E.N. odpowiednimi uprawnieniami i doświadczeniem.

Odwołujący podnosił również, że jako podstawę dysponowania panią E.N. przystępujący wskazał „dysponuję”, przy czym w ocenie odwołującego z informacji zamieszczonych w internecie wynika, że osoba ta jest zatrudniona w firmie Kordus Szkołkarstwo Ozdobne, a więc pod wątpliwość należy poddać fakt „dysponowania” panią E.N. przez wykonawcę.

Po pierwsze skład orzekający przypomina, że skutkiem skargowego charakteru postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą jest obowiązek przedstawiania przez strony dowodów na potwierdzenia faktów z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne, zgodnie z zasadą *ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat*, wyrażoną w art. 6 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. oraz art. 190 ust. 1 p.z.p., z której wynika wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych, a także usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z tego faktu wywodzi skutki prawne. Ponadto, przedstawienie przez stronę dowodu w celu wykazania określonych twierdzeń o faktach sprawy, z których wywodzi ona korzystne dla siebie skutki, nie jest jej prawem czy obowiązkiem procesowym, lecz ciężarem procesowym wynikającym i zagwarantowanym

przepisami prawa, przede wszystkim w jej własnym interesie (por. wyrok Sądu Najwyższego z 21.11.2011 r., sygn. akt II UK 69/11, wyrok Sądu Najwyższego z 17.06.2009 r., sygn. akt IV CSK 71/09).

Po wtóre należy przypomnieć, że odwołujący twierdził, że zamawiający winien powziąć wątpliwości co do treści wykazu osób i dopytać przystępującego, o okoliczności wskazane w odwołaniu. Jednakże umknęło uwadze odwołującego, że hipoteza art. 26 ust. 3 p.z.p. nie obejmuje jakichkolwiek, subiektywnych zastrzeżeń strony, oderwanych od brzmienia dokumentacji postępowania. Tryb naprawczy, określony w art. 26 ust. 3 p.z.p., nie znajdzie zastosowania dla rozwiania każdej wątpliwości konkurencji wykonawcy składającego oświadczenie czy dokument, bowiem jest on przeznaczony do usuwania obiektywnie uzasadnionych wątpliwości czy niezgodności, związanych z treścią warunku udziału w postępowaniu. Tak jak żądanie złożenia oświadczeń i dokumentów uzasadnione winno być ich niezbędnością do przeprowadzenia postępowania, tak również wymaganie i wyjaśnianie informacji w nich zawartych nie może odbywać się bez uwzględnienia celu w jakim oświadczenia i dokumenty są składane – potwierdzenia spełnienia określonego warunku udziału w postępowaniu.

Natomiast odwołujący pozostawił odwołanie w sferze spekulacji strony i ograniczył się do subiektywnych wątpliwości co do dysponowania przez przystępującego panią E.N., ponieważ z informacji z internetu wynika dla odwołującego, że osoba ta jest już zatrudniona. Warto zauważyć, że wykaz osób stanowi oświadczenie wiedzy, w formule dokumentu prywatnego i aby skutecznie podważyć wiarygodność takiego dokumentu, wymagane jest przeprowadzenie kontrdowodu, na przykład na okoliczność, że przystępujący nie dysponuje wskazanym pracownikiem.

Informacje ze stron internetowych, o których wspominał odwołujący, nie zostały Izbie przedstawione, zaś twierdzenia odwołującego pozostały gołosłowne. W ocenie składu orzekającego ciężar obalenia rzetelności wykazu osób przystępującego spoczywa, według reguł ogólnych, na tym, kto wywodzi z tego skutki procesowe, a więc na odwołującym, który nie podjął nawet próby wykazania podnoszonych okoliczności. Odwołujący wyprowadzał z brzmienia wykazu przystępującego tendencyjne wątpliwości, bez przedstawienia ich źródła. Zatem tak postawione zarzuty, przy bierności odwołującego w zakresie ciężącego na nim ciężarowi dowodowemu, nie mogły odnieść skutku polegającego na podważeniu oceny wykazu potencjału kadrowego, dokonanej przez zamawiającego.

W istocie formułkowe kwestionowanie przez odwołującego treści wykazu przystępującego nie mogło stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania – odwołujący oparł zarzuty na w jego ocenie występującym braku podania podstawy do dysponowania osobą kierownika. Pominięto przy tym, że zgodnie z treścią wykazu zamawiający żądał szczegółowych informacji wyłącznie, kiedy wykonawca wskaże, iż „będzie dysponować” daną osobą, a więc jedynie w tej sytuacji należało wykazać zamawiającemu stosunek wykonawcy zawarty z pracownikiem. Na próżno szukać również w dokumentacji postępowania wymogu dysponowania daną osobą, w oparciu o konkretny stosunek prawny, bowiem zamawiający nie postawił warunku zatrudnienia kadry w oparciu o umowę o pracę, czy umowę cywilnoprawną. Zatem nie wyjaśnionym pozostało, dlaczego ta informacja miałaby być tak relewantna dla postępowania objętego postępowaniem odwoławczym i dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w celu którego wykonawcy składali wykazy potencjału kadrowego.

Ponadto, należy zaznaczyć, że zamawiający nie zawarł w treści dokumentacji postępowania wymogu wyłącznego zatrudnienia osób, które zostały wskazane przez wykonawców jako potencjał kadrowy, do realizacji umowy dla zamawiającego. Brak jest zatem nawet hipotetycznej kolizji z rzekomym obecnym zatrudnieniem pani E.N.

Dalej skład orzekający wskazuje, że przystępujący z panią E.N. w dniu 29 stycznia 2019 r., zatem przed terminem wyznaczonym na składanie ofert, zawarł umowę zlecenia. Umowa ta została Izbie okazana. Skład rozpoznający odwołanie nie znalazł żadnych podstaw do zakwestionowania wiarygodności przedmiotowej umowy, strony również nie zgłaszały takich wniosków. Potwierdziło to jednoznacznie fakt dysponowania przez przystępującego kierownikiem robót, którym jest pani E.N., na podstawie okazanej umowy zlecenia.

Odwołujący podnosił również, że zgodnie z informacją zamieszczoną pod tabelą w wykazie osób przystępujący winien podać i opisać doświadczenie w taki sposób, aby było możliwe wyliczenie pełnienia przez wskazaną osobę funkcji, zaś z informacji przystępującego nie wynika w jakich okresach pani E.N. była zatrudniona i na jakich stanowiskach, zatem brak jest możliwości zweryfikowania tego, czego wymagał zamawiający.

Skład orzekający stwierdził, iż w wykazie przystępującego „wymagane doświadczenie na przydzielonym stanowisku” (kolumna nr 3), w stosunku do doświadczenia pani E.N., przeznaczonej na stanowisko kierownika robót, zostało ono wskazane jako „od marca 2011 roku praca w zawodzie, zgodnie z uprawnieniami (...) tj. doświadczenie zawodowe powyżej 5 lat.” Informacja ta jest spójna z datą uzyskania uprawnień z kolumny nr 2. Zatem już z samego zestawienia informacji z wykazu wynika, iż przystępujący wskazał doświadczenie pani E.N. na „przydzielonym stanowisku w celu wykazania spełnienia warunku” (nazwa kolumny nr 3), a więc dla pani E.N. na stanowisku kierownika robót (zgodnie z kolumną nr 1), wynoszące powyżej 5 lat – co jednoznacznie wypełnia wymagania zamawiającego.

Natomiast w stosunku co do podnoszonego przez przystępującego wymogu „wyliczenia” doświadczenia, kiedy przystępujący podał ilość lat doświadczenia, bez rozbicia na poszczególne lata czy daty, Izba wskazuje, że wymóg ten

dotyczy wyłącznie sytuacji kiedy istnieje potrzeba dokonywania wyliczeń okresów doświadczenia (np. sumowania poszczególnych okresów zatrudnienia, zgodnie z warunkami zliczania czasu pełnienia funkcji, wskazanymi w uwadze pod tabelą wykazu). Innymi słowy, skoro pracownik jest zatrudniony w sposób ciągły przez podany okres pełnienia wymaganej funkcji, to nie ma rzeczowej potrzeby do wykonywania jakichkolwiek kalkulacji, a jedynie brak ciągłości zatrudnienia wymaga dokonywania wyliczenia doświadczenia.

Takie rozumienie nakazu wyliczenia doświadczenia znajduje również bezpośrednie potwierdzenie w wykazie osób, który złożył odwołujący – dla pana A.R. istniała konieczność wyliczenia doświadczenia (zatem podano okresy do sumowania), zaś dla pani A.P. nie było potrzeby dokonywania wyliczenia i wskazano po prostu „8 lat”.

Mając na uwadze powyższe Izba wskazuje, że z wykazu osób w stosunku co do potencjału kadrowego w osobie kierownika robót, wynikają wszystkie informacje niezbędne dla oceny, czy wskazana tam osoba spełnia wymogi zamawiającego określone w lit. a pkt 5.3.V.I.2 SIWZ, tj. wykazano wymaganym środkiem dowodowym, w postaci oświadczenia przystępującego, że pani E.N. posiada wykształcenie wyższe o kierunku ogrodniczym, a także ponad 5 lat doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji na przydzielonym stanowisku – kierownika robót, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnych.

W stosunku do osoby predystynowanej do pełnienia funkcji brygadzysty, pana J.P. Izba stwierdziła jak niżej.

Odwołujący podnosił, że w wykazie osób przystępującego dla pana J.P. jako podstawę dysponowania wskazano „dysponuję”, przy czym z informacji wskazanych w tabeli nie wynika na jakiej podstawie przystępujący dysponuje ww. osobą – czy ma zawartą umowę o pracę, czy umowę zlecenie.

Izba stwierdziła, że w kolumnie nr 3 wykazu, przystępujący wskazał, że pan J.P. jest „zatrudniony w Przedsiębiorstwie Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o.”, zatem to nie wykaz przystępującego budzi wątpliwości, a zarzut odwołującego nie uwzględnia treści informacji z wykazu potencjału kadrowego wykonawcy. Przy czym skład orzekający wskazuje, jak już wcześniej zaznaczano, że zamawiając nie wymagał zawarcia konkretnego stosunku prawnego co do dysponowania daną osobą – nie postawiono w dokumentacji postępowania wymogu, aby dysponowanie odbywało się na podstawie umowy o pracę czy umowy zlecenia. Zatem Izba nie podzieliła wątpliwości odwołującego i nie znalazła podstaw do dopytania przystępującego czy przez zatrudnienie rozumie stosunek pracy, czy umowę cywilnoprawną, bowiem brak jest w dokumentacji postępowania nadania nawet nie istotnego, ale jakiegokolwiek znaczenia, dla tejże informacji.

Odwołujący również w stosunku do osoby brygadzysty podnosił zarzut braku wyliczenia okresów zatrudnienia na przydzielonym stanowisku. Wywód składu orzekającego w zakresie rozumienia warunku zamawiającego co do podania czasu pełnienia funkcji, w tym konieczności wyliczenia tych okresów, dokonany we wcześniejszej części uzasadnienia, również dla stanowiska brygadzysty zachowuje aktualność.

Krótko wskazać należy, że pan J.P. posiada doświadczenie 5 lat, uzyskane u przystępującego i wobec ciągłości okresów pełnienia wymaganej funkcji nie było rzeczowej potrzeby wyliczenia okresów doświadczenia, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnych.

W konsekwencji powyższego skład orzekający stwierdził, że z wykazu osób w stosunku co do potencjału kadrowego w osobie brygadzysty, wynikają wszystkie informacje niezbędne dla oceny, czy wskazana tam osoba spełnia wymogi zamawiającego określone w lit. b pkt 5.3.V.I.2 SIWZ, tj. wykazano wymaganym środkiem dowodowym, w postaci oświadczenia przystępującego, że pan J.P. posiada wykształcenie zawodowe ogrodnicze, a także 5 lat doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji na przydzielonym stanowisku – brygadzysty, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnych.

Konkludując, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej ustalone okoliczności faktyczne sprawy wskazują, że nie doszło do naruszenia prawa przez zamawiającego, w tym nie było podstaw do zastosowania wezwania do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia wykazu osób przystępującego, w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. Odwołujący pominął, iż zamawiający żądał złożenia oświadczenia, w postaci wykazu osób, celem wykazania spełnienia konkretnego warunku, dotyczącego posiadania odpowiedniej zdolności zawodowej – potencjału kadrowego o określonym wykształceniu i doświadczeniu. Zatem tryb naprawczy, wskazany w art. 26 ust. 3 p.z.p., dotyczący uzupełnienia, poprawienia czy wyjaśnienia wykazu, aktualizuje się wtedy, kiedy zamawiający, na podstawie treści oświadczenia wykonawcy, poweźmie wątpliwości co do spełniania warunku, wyłącznie w zakresie okoliczności w nim wskazanych – nie mogą to być jakiegokolwiek wątpliwości. Skoro ocena zdolności wykonawcy następuje przez pryzmat warunku udziału w postępowaniu, to weryfikacja czy środek dowodowy jest prawidłowy i kompletny, również winna przebiegać adekwatnie do brzmienia warunku.

Innymi słowy, potrzeba wezwania do wyjaśnienia lub uzupełnienia wykazu, zachodzi wyłącznie wtedy, gdy istnieje wątpliwość potwierdzenia spełnienia wymogów określonych w warunku, który wykaz ma udowodnić, a nie jakakolwiek niedokładność, nieprecyzyjność czy inny rzekomy mankament wykazu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy,

które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., zatem mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), obciążając odwołującego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu.

**Przewodniczący:**

.....