

WYROK

z dnia 28 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2019 r. przez wykonawcę M. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Bud-Trans Roboty Budowlano-Drogowe M. K. w Sieradzu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasto Sieradz

przy udziale wykonawcy J. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą J. P. w Żaglinach

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę M. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Bud-Trans Roboty Budowlano-Drogowe M. K. w Sieradzu i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Bud-Trans Roboty Budowlano-Drogowe M. K. w Sieradzu, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy M. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Bud-Trans Roboty Budowlano-Drogowe M. K. w Sieradzu na rzecz zamawiającego Gminy Miasta Sieradz kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Sieradzu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 28 maja 2019 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 873/19

Zamawiający - Gmina Miasto Sieradz z siedzibą przy Placu Wojewódzkim 1, 98-200

Sieradz, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa ul. Starowarckiej w Sieradzu”, o numerze nadanym przez zamawiającego WOR-Z.271.12.2019, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 marca 2019 r. pod numerem 528303-N-2019, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na roboty budowlane prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości poniżej 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 8 maja 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców uczestniczących w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej. Od tej czynności zamawiającego, w dniu 13 maja 2019 r., środek zaskarżenia wniosła M. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Bud-Trans Roboty Budowlano-Drogowe M. K. z siedzibą przy ul. Uniejowskiej 170A, 98-200 Sieradz, dalej zwana jako „odwołujący”.

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

1. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegające na tym, że Zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty, co do której miała miejsce niedozwolona zmiana jej pierwotnej treści w zakresie odnoszącym się do sposobu wykonania zamówienia, gdyż wybrany Wykonawca, realizując w trybie art. 26 ust. 3 PZP wezwanie do złożenia wyjaśnień, dokonał w istocie zmiany treści oferty, składając nowe oświadczenie co do wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego. Powyższe było zatem oczywiście niedopuszczalne na tym etapie postępowania, gdyż procedura uzupełnienia dokumentów, o której mowa w art. 26 ust. 3 PZP nie może prowadzić do obejścia przepisu art. 87 tejże ustawy i zmiany treści oferty,

2. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegające na tym, że Zamawiający zaniechał rzeczywistego ustalenia istnienia przesłanek warunkujących wybór oferty Wykonawcy i zlekceważył obiektywne wątpliwości co do spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnienia przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, które to obiektywne wątpliwości niewątpliwie występują w niniejszej sprawie, albowiem Wykonawca posłużył się w przedmiotowym postępowaniu różnej treści Załącznikami

nr 4 i nr 4a, ale opatrzonymi tą samą datą sporządzenia (dwa załączniki nr 4 o różnej treści ale z tej samej daty i dwa załączniki nr 4a różnej treści i również z tej samej daty) co wprost uzasadnia istnienie wątpliwości dotyczących rzetelności sporządzonych dokumentów i wątpliwości dotyczących prawdziwości treści tychże dokumentów, na co zwróciła uwagę Zamawiającemu Odwołująca pismem z dnia 8 maja 2019 roku złożonym przed dokonaniem przez Zamawiającego wyboru oferty Wykonawcy,

3. w konsekwencji zaś naruszeń wskazanych w pkt 1 - 2 powyżej, naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty

nieodpowiadającej kryteriom wyboru ofert, co Skarżąca wykaże w drodze postępowania dowodowego w niniejszej sprawie,

4. w konsekwencji zaś naruszeń wskazanych w pkt 1 - 3 powyżej, naruszenie przepisu art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezapewnienie przez Zamawiającego w toku prowadzenia postępowania zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania jego uczestników, w tym przede wszystkim w niezapewnieniu przejrzystości postępowania, w sytuacji gdy Skarżąca zgłaszała uzasadnione wątpliwości co do prawdziwości oświadczeń składanych przez wybranego Wykonawcę oraz konkretne wnioski o ich weryfikację, co Zamawiający nie tylko mógł, ale i musiał wyjaśnić, zważywszy na konieczność eliminacji w postępowaniu ewentualnych wątpliwości co do nieuczciwej konkurencji, w sytuacji wydatkowania niebagatelnego środków publicznych.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i unieważnienie dokonanej przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie postępowania, a w przypadku gdyby doszło do zawarcia umowy - unieważnienia zawartej w ten sposób umowy i nakazanie ponownego dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Ponadto wniesiono o zasądzenie na rzecz odwołującego uiszczonego wpisu oraz kosztów poniesionych w postępowaniu przed Krajową izbą Odwoławczą, w tym kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub posiedzenia Izby i wynagrodzenia pełnomocnika, jeśli taki pojawi się w sprawie.

Odwołujący wniósł również o:

dopuszczenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania, na okoliczność ich treści,

dopuszczenie dowodów z zeznań wskazanych sześciu świadków, na okoliczność braku spełnienia przez J. P. warunków udzielenia zamówienia, uchybień zamawiającego w procedurze wyboru ofert, zasadności odwołania,

zobowiązanie zamawiającego do pozyskania od J. P. umów o pracę zawartych z P. S.,

P. S., M. G., E. P. oraz formularzy zgłoszeniowych ZUS ZUA dotyczących wyżej wymienionych osób, ewentualnie zobowiązanie w wymienionym zakresie J. P.,

zobowiązanie zamawiającego do pozyskania od J. P. zaświadczenia od inwestora

(zamawiającego) o zgłoszeniu jej jako podwykonawcy w zakresie wykonania prac wskazanych w załączniku nr 4 oraz przedłożenia umów o podwykonawstwo tj. usług dotyczących wykonanych na rzecz firmy BUDMAR M. B. oraz firmy KEG INWESTYCJE E. G., ewentualnie zobowiązanie w wymienionym zakresie J. P.

W uzasadnieniu wniesionego środka ochrony prawnej odwołujący wskazał co następuje.

Pismem z dnia 25 kwietnia 2019 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy J. P., aby - w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. - złożyła wyjaśnienia i uzupełniła dokumenty dotyczące złożonej oferty, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie branży sanitarnej i elektrycznej. Ze złożonych referencji nie wynikało bowiem wykonanie kanalizacji deszczowej o długości nie mniejszej niż 150 mb. Natomiast ze złożonego wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, a także z załączonych uprawnień, nie wynikał fakt, że pan E. P., wskazany jako kierownik robót branży elektrycznej, posiada uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej, w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych oraz elektroenergetycznych - wykonawca przedstawił decyzję o stwierdzeniu przygotowania pana E. P. do kierowania budową i robotami w budownictwie osób fizycznych, a więc kryteria obiektywnie niewystarczające dla spełnienia warunków zamówienia.

W konsekwencji powyższego doszło do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia oferty, złożonej przez wykonawcę J. P. Zdaniem odwołującego wykonawca dokonał przy tej okazji daleko idących zmian w treści oferty, tj.:

1) zmiany jednej z osób skierowanych do wykonywania usługi, z pana E. P., którego posiadane uprawnienia nie były pierwotnie zgodne z wymogami SIWZ i nie potwierdzały posiadanych uprawnień, i zastąpienie tej osoby inną osobą, niewskazaną w ofercie tj. panem P. S. (vide: załącznik nr 4a pn. „Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego”),

2) zmiany wykazu robót budowlanych w pkt 2 załącznika nr 4, poprzez zastąpienie pierwotnie wskazanej usługi inną usługą, z dodatkowym złożeniem referencji przez inny podmiot, niż wskazany w treści oferty.

Tym samym, w ocenie odwołującego, wykonawca dokonał rzeczywistej zmiany treści

swojej oferty, pod pozorem jej uzupełnienia.

Dalej odwołujący podniósł, iż procedura uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, w trybie z art. 26 ust. 3 p.z.p., nie może prowadzić do zmiany oferty. Prawo do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń nie może być bowiem rozumiane jako uprawnienie do przedstawienia nowych dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Natomiast oświadczenie wykonawcy J. P. stanowiło niedopuszczalną zmianę treści pierwotnie złożonej oferty, bowiem wykonawca złożył w istocie nowe oświadczenie, co do sposobu wykonania zamówienia. Tego rodzaju zmiana, nieobjęta treścią pierwotnej oferty, w sposób oczywisty ma negatywny wpływ na równowagę w postępowaniu w stosunku do innych oferentów, zaś uwzględnienie proponowanych przez wybranego wykonawcę zmian jest niedopuszczalne na tym etapie postępowania.

Według odwołującego wykaz osób, którymi wykonawca zamierza posługiwać się przy wykonywaniu umowy, jest elementem pierwotnie złożonej oferty - w szczególności, jeśli od konkretnych kwalifikacji wskazanych osób zależy spełnienie przez wykonawcę zasadniczych warunków zamówienia. W tej sytuacji, taka zmiana treści oferty, oznacza w istocie zmianę sposobu wykonania zamówienia, co prowadzi do naruszenia art. 87 ust. 1 p.z.p.

Umożliwienie wykonawcom takiego działania prowadziłoby do paraliżu postępowania przetargowego, gdyż każdy z nich mógłby zmieniać pierwotnie zadeklarowany sposób wykonania zamówienia, powołując się na różnorodne okoliczności, stosownie do własnych potrzeb. Ponadto stałoby to w rażącej sprzeczności z zasadą wyrażoną przez ustawodawcę w art. 87 ust. 1 p.z.p., tj. zasadą niezmienności złożonych ofert. Nie ulega bowiem wątpliwości, że gdyby wybrany wykonawca nie zmienił treści oferty w zakresie osób zadeklarowanych do realizacji umowy, to w tym przypadku jego oferta nie spełniłaby warunków zamówienia, co zdaniem odwołującego prowadzi do wniosku, że wykonawca dokonał istotnych merytorycznych zmian w treści oferty.

Odwołujący podniósł również, że zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 1 p.z.p., w toku badania i oceny oferty, niedopuszczalne jest dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Z kolei stosownie do brzmienia art. 87 ust. 2 p.z.p., jedynym wyjątkiem od tej reguły jest możliwość poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujących istotnych zmian w treści oferty - co uwarunkowane jest spełnieniem przesłanek tejże normy.

W dalszej kolejności odwołujący odwołał się do orzecznictwa TSUE, które w opinii odwołującego sprzeciwia się możliwości uzupełnienia dokumentów w postępowaniu, jeśli przedstawiają one nowe informacje, które nie były zawarte wcześniej, w pierwotnie złożonej ofercie.

Według odwołującego w wyroku TSUE z dnia 4 maja 2017 r. wydanym w sprawie C- 387/14, Trybunał stwierdził, że artykuł 51 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w związku z art 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta. Z wskazanego wyroku dla odwołującego wynika zatem, iż Trybunał uznał, iż zakaz zmiany treści oferty rozciąga się nie tylko na dokumenty przedmiotowe (oferta sensu stricto), ale również na dokumenty podmiotowe (oferta sensu largo), co prowadzi do wniosku, że nie jest możliwe uzupełnienie nowych dokumentów, wykazujących spełnianie warunków udziału w postępowaniu (np. przedłożenie nowych referencji, uzupełnienie nowych osób w wykazie osób, etc.).

W ocenie odwołującego podobną tezę zawiera wyrok z dnia 11 maja 2017 r. wydany w sprawie C-131/16, zgodnie z którym „Zasadę równego traktowania wykonawców zapisaną w art. 10 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej energetyki, transportu i usług pocztowych, należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca wezwała oferenta do dostarczenia oświadczeń lub dokumentów, których przedstawienia wymagała specyfikacja istotnych warunków zamówienia, a których nie dostarczono w terminie składania ofert”.

Odwołujący zaznaczył również, że pomimo wejścia w życie dyrektywy 2014/24/UE oraz dyrektywy 2014/23/UE prezentowane orzecznictwo TSUE pozostaje w pełni aktualne. Nie budzi bowiem jego wątpliwości fakt, iż na gruncie uchylonych, jak i obowiązujących dyrektyw - zarówno w reżimie klasycznym, jak i sektorowym - naczelnymi zasadami udzielania zamówienia pozostają przywołane w obu wyżej wskazanych wyrokach zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców.

Dalej odwołujący zauważył, że skoro wybrany przez zamawiającego wykonawca -

w skutek niedopuszczalnej zmiany treści oferty - spełnia warunki udziału w postępowaniu, to nie było przeszkodą, aby te, istotne dla treści oferty elementy, powołał w pierwotnej ofercie. Ryzyko podjętych decyzji biznesowych winno być ponoszone przez wykonawcę, zaś w przedmiotowym postępowaniu ryzyko to zmaterializowało się i w żadnym wypadku nie powinno skutkować wyborem oferty wykonawcy J. P., jako oferty najkorzystniejszej.

Następnie odwołujący podkreślił, że w toku postępowania zgłaszał zamawiającemu konieczność weryfikacji dokumentów i oświadczeń składanych przez wybranego wykonawcę. Istotnym jest, że wykonawca ten deklaruje, iż dysponuje m.in. potencjałem wykonawczym w zakresie czterech kierowników budowy i robót z których każdy - według deklaracji wykonawcy - zatrudniony jest na umowę o pracę. Natomiast w ocenie odwołującego z zasad doświadczenia życiowego wynika, że okoliczność ta jest mało prawdopodobna, albowiem wiąże się to ze znacznymi stałymi kosztami prowadzenia działalności gospodarczej, co w przypadku niewielkiej firmy wykonawcy (jednoosobowej działalności gospodarczej), jest prawie niespotykane w praktyce. Tym samym zamawiający winien ustalić, czy wykonawca rzeczywiście, w dacie złożenia oferty, dysponował na podstawie umowy o pracę przedmiotowymi osobami i rzeczywiście mógł, w oparciu o przedmiotową umowę, skierować te osoby do wykonania zamówienia.

Odwołujący dodał, że pismami z dnia 8 i 9 maja 2019 r., zwrócił się do zamawiającego o weryfikację, czy deklaracja wykonawcy odpowiada w tym zakresie rzeczywistości, w tym - aby zwrócono się o przedłożenie umów o pracę, zawartych z osobami wskazanymi w wykazach. Ewentualnie, aby zamawiający zwrócił się również o przedłożenie formularzy ZUS ZUA dotyczących tych pracowników. Powyższe dało się zatem zweryfikować z łatwością, albowiem tego rodzaju dokumenty powinny być dostępne od ręki, w księgowości każdego pracodawcy. Niemniej, zamawiający całkowicie te zastrzeżenia zlekceważył (dowód: pismo z 08.05.2019 r., doręczone przed dokonaniem wyboru wykonawcy przez zamawiającego, pismo z dn. 09.05.2019).

Ponadto wykonawca J. P., dokonując uzupełnienia oferty, przedłożyła zamawiającemu dwa załączniki oznaczone jako „załącznik 4a” z tej samej daty, gdzie w jednym z nich pośród pracowników wykonawcy, wymienia się pana E. P., a kiedy okazuje się, że osoba ta nie ma uprawnień, to w drugim załączniku zostaje on zastąpiony przez pana P. S. Oba wykazy zostały sporządzone tego samego dnia, tj. 24.04.2019 r. W konsekwencji, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, znajdują się dwa załączniki nr 4a o różnej treści, opatrzone tą samą datą.

W ocenie odwołującego powyższe powoduje uzasadnione i obiektywne wątpliwości, nie tylko odnośnie faktu sporządzenia wykazów w tym samym dniu, ale również co do ich treści merytorycznej. Skoro w dokumentacji postępowania widnieją różnej treści załączniki nr 4a, datowane na ten sam dzień, to obowiązkiem zamawiającego jest usunięcie wątpliwości co do ich treści, jak i co do rzeczywistego spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Tożsama sytuacja ma również miejsce w stosunku do załącznika nr 4 pn. „Wykaz robót budowlanych”, który również został przedłożony przez wykonawcę w dwóch egzemplarzach o różnej treści, z tej samej daty (dowód: wydruk z akt postępowania dot. załączników nr 4a, wydruk z akt postępowania dot. załączników nr 4). Zdaniem odwołującego zamawiający winien ustalić, czy wykonawca rzeczywiście, w dacie złożenia oferty, dysponował na podstawie umowy o pracę wskazanymi osobami i rzeczywiście mógł, w oparciu o przedmiotową umowę o pracę, skierować ich do wykonania zamówienia, a przede wszystkim wyjaśnić, który z załączników nr 4a oraz 4 stanowi treść oferty podlegającej wyborowi.

Powyższe, w opinii odwołującego, powinno również być podstawą dla zamawiającego do uzyskania wyjaśnień od wykonawcy, gdyż tego rodzaju zmiana deklarowanego potencjału wykonawczego rodzi wątpliwości, czy w chwili uzupełnienia oferty o innego pracownika, oświadczenie wykonawcy nadal pozostawało aktualne, według stanu na dzień składania oferty. W odniesieniu zatem do podstawy do dysponowania osobą pana P. S. wykonawca w żaden sposób nie wykazał, iż dysponował tą osobą w formie zawartej umowy o pracę, w dniu złożenia oferty, co jest obligatoryjne odnośnie aktualności dokumentów, w przypadku ich uzupełnienia. W szczególności, że wykonawca w dacie złożenia oferty wskazał inną osobę, a nie pana P. S., pomimo tego, że winien dysponować tą osobą na podstawie umowy o pracę (inna podstawa dysponowania stanowiłaby w istocie wprowadzenie zamawiającego w błąd), już w dacie upływu terminu na złożenie oferty.

Podsumowując, w ocenie odwołującego, zachodzą uzasadnione i obiektywne wątpliwości dotyczące dokumentów przedłożonych przez wykonawcę J. P.. Z okoliczności takich jak to, że wykonawca nie jest dużym przedsiębiorstwem, zaś dwa załączniki nr 4a z tej samej daty, ale różnej treści, miałyby potwierdzać zatrudnienie na umowę o pracę czterech kierowników robót i budowy - wynika w istocie obowiązek wyjaśnienia przez zamawiającego, przedmiotowych nieścisłości i okoliczności powstania dwóch załączników nr 4a o różnej treści, z tej samej daty, co w ocenie odwołującego potwierdza wyrok Izby z 07.10.2013 r. sygn. akt KIO 2217/13.

W opinii odwołującego należy zaznaczyć również, że uzasadnione wątpliwości co do aktualności przedłożonych wcześniej przez wykonawcę dokumentów, w zależności od

konkretnego stanu faktycznego, może wywołać np. informacja pozyskana od innych wykonawców. Zaś skutkiem powzięcia takiej wiadomości od podmiotu trzeciego, winna być konieczność dokonania oceny, czy wezwanie wykonawcy o dokument aktualny jest niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast taka niezbędność zaistnieje wtedy, gdy pojawia się ryzyko udzielenia zamówienia wykonawcy, który w toku postępowania przestał spełniać warunki udziału w postępowaniu lub zaszły wobec niego przesłanki wykluczenia. Wskazując zaś na kolejne wątpliwości, dotyczące prawdziwości składanych przez wykonawcę J. P. dokumentów i oświadczeń, odwołujący zauważa, że niewiarygodne jawią się również przedłożone przez wykonawcę referencje.

W odniesieniu do uzupełnionych referencji, wystawionych przez firmę BUDMAR M. B., dotyczących wykonania przez wybranego wykonawcę kanalizacji deszczowej, odwołujący wskazał, że firma BUDMAR M. B. nie była generalnym wykonawcą inwestycji, którą miała realizować J. P., tj. budowy drogi ulicy Brzozowej w miejscowości Chorzele. Tożsame zastrzeżenia, zdaniem odwołującego, można formułować także wobec referencji wystawionych przez KEG Inwestycje E. G., gdyż również w tym przypadku nie pochodzą one od generalnego wykonawcy (dowód: ogłoszenia o wyniku postępowań dotyczących inwestycji, z których wykonawca wywodzi swoje referencje). Niezbędne jest zatem zweryfikowanie zakresu robót wykonywanych na tych inwestycjach, tym bardziej, że względu na na posłużenie się przez wykonawcę różnej treści załącznikami nr 4 z tej samej daty, czego zamawiający zaniechał.

W konsekwencji powyższego, według odwołującego, zamawiający - swoją bezczynnością i brakiem dążenia do uzyskania niezbędnych wyjaśnień - naruszył fundamentalną zasadę prawa zamówień publicznych, wynikającą z art. 7 p.z.p. Na zamawiającym ciąży bowiem obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania, a także przejrzystość postępowania. Prawo zamówień publicznych realizuje zasadę zapewnienia uczciwej konkurencji poprzez obowiązek eliminowania wykonawców nierzetelnych i niewiarygodnych. Nie chodzi bowiem o zapewnienie jakiegokolwiek konkurencji, tylko konkurencji na odpowiednim poziomie - gwarantującym, że zobowiązania wynikające z oferty i umowy będą należycie wykonane. Temu też służą przepisy obowiązujące na etapie oceny ofert, nakazujące m.in. wyjaśnienie wszelkich wątpliwości dotyczących treści oferty i spełnienia przez wykonawcę warunków udzielenia zamówienia. Nie może być tak, że dowolne deklaracje wykonawcy nie zostają poddane nawet minimalnej weryfikacji, w tym zwłaszcza, jeśli na taką konieczność wskazują inni oferenci, a te deklaracje wykonawcy - już same w sobie - rodzą uzasadnione i istotne wątpliwości sporządzenia ich wyłącznie na potrzeby rozstrzygnięcia postępowania, jeśli różne deklaracje (o różnej treści) wykonawcy składane są w tej samej dacie. Zamawiający decyduje o transferze niebagatelnych środków publicznych i tego rodzaju wątpliwości, co zaistniałe w niniejszej sprawie, nie mogą być w żadnym wypadku bagatelizowane.

Odwołujący dodał też, że wskazywane wątpliwości, w sposób łatwy i nie nastroczający nadzwyczajnych trudności, mogą zostać usunięte przez przedłożenie odpowiedniej dokumentacji, o której mowa w niniejszym odwołaniu, a która potwierdzałaby brak istnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z przedmiotowego postępowania. Wówczas, w sposób jednoznaczny, można zweryfikować te przesłanki i usunąć wszelkie wątpliwości odnośnie informacji zawartych w załącznikach nr 4 i 4a.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie, w formie pisemnej, wniósł pełnomocnik strony, wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości oraz o obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą VAT.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę J. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą J. P. z siedzibą w Żaglinach 33, 98-160 Sędziejowice, zgłaszającą przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zwaną 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 i odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w uwierzytelnionej kopii przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, złożonymi ofertami, korespondencją prowadzoną w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący i zamawiający podtrzymali stanowiska złożone pisemnie, zaś przystępujący poparł twierdzenia zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający ustalił, iż odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., zostało wniesione przez podmiot uprawniony, a także dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p., zatem podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej.

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

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek materialnoprawnych, wskazanych w art. 179 ust. 1 p.z.p., które warunkują możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

Zgodnie z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej oferta odwołującego znajduje się na drugim miejscu w rankingu ofert, zatem potwierdzenie się zarzutów zawartych w odwołaniu spowodowałoby, że odwołujący mógłby uzyskać zamówienie publiczne, zaś wskazane w odwołaniu naruszenia przez zamawiającego norm p.z.p. powodują możliwość poniesienia przez niego szkody.

Przystępujący podnosił, że zawarty w odwołaniu wniosek odwołującego o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powoduje, że wykonawca ten nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia, a także - iż w tym zakresie - nie można powoływać się na chęć uzyskania zamówienia w przyszłym postępowaniu.

W ocenie Izby uwzględnienie odwołania, które kwestionuje wybór oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej, w pierwszej kolejności, spowodowałoby obowiązek zbadania i oceny oferty odwołującego i ewentualny jej wybór. Co powoduje, że na kanwie norm p.z.p. wniosek odwołującego o unieważnienie postępowania jest materialnie wadliwy. Nie byłoby zatem podstaw do zobligowania zamawiającego do czynności niezgodnej z normami p.z.p. i odstąpienia od oceny oferty odwołującego, a więc wniosek o unieważnienie postępowania jest niewykonalny i jako taki nie mógłby się ostać.

Przyjęcie argumentacji przystępującego i odmówienie odwołującemu posiadania legitymacji materialnej do wniesienia odwołania, spowodowałby odstąpienie od merytorycznego badania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z powodu wadliwego wniosku odwołującego, którym Izba nie jest związana. Nie sposób zatem przyznać przystępującemu racji. Godzi się także zauważyć, że działanie takie nie znajduje oparcia w celach dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EEG i 92/13/EEG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, kiedy w ocenie Izby podstawowe pojęcia, warunkujące dostęp wykonawców do systemu środków ochrony prawnej, winny uwzględniać postulaty dyrektywy odwoławczej, a tym samym winny być interpretowane z uwzględnieniem wykładni proeuropejskiej.

Dodatkowo, jedynie na marginesie, należy zaznaczyć, że stanowisko przystępującego o braku możliwości żądania unieważnienia postępowania, jest - co do zasady - sprzeczne z orzeczeniem z 5 kwietnia 2016 r. wydanym w sprawie C-689/13, gdzie Trybunał Sprawiedliwości UE wyraził pogląd, że wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej, nawet w sytuacji gdy skutkiem miałyby być unieważnienie postępowania, gdyż wówczas wykonawcy mogą ubiegać się o rzeczne zamówienie publiczne w kolejnym postępowaniu.

Wobec powyższego, w świetle prounijnej wykładni przepisów dotyczących zamówień publicznych, pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia winno być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, a winno być łączone z definicją legalną zamówienia publicznego, zawartą w art. 2 pkt 13 p.z.p. Niezależnie od liczby postępowań o udzielenie zamówienia - o tożsamym przedmiocie, które prowadzone są przez tego samego zamawiającego - dopóki nie zostanie zawarta umowa, to jest to ubieganie się o to samo - dane zamówienie publiczne i do tego czasu wykonawca ma interes w jego uzyskaniu, rozumiany jako możliwość wykonania zamówienia publicznego w kolejnym, nowym postępowaniu.

Konkludując, w ocenie składu orzekającego przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 p.z.p. zostały spełnione i nie ma podstaw do przychylenia się do stanowiska przystępującego i odmówienia odwołującemu prawa do oceny przez Izbę prawidłowości czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, co zostało zaskarżone we wniesionym środku ochrony prawnej, ponieważ odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia odwołania.

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

I. W ogłoszeniu o zamówieniu nr 528303-N-2019 zamawiający zawarł następujące wymagania:

1) zgodnie z sekcją III.1.3 zdolność techniczna lub zawodowa, o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który:

a) „wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania

ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej: - jedną robotę polegającą na wykonaniu drogi o nawierzchni asfaltowej o długości nie mniejszej niż 150 mb, - jedną robotę polegającą na wykonaniu kanalizacji deszczowej o długości nie mniejszej niż 150 mb, - jedną robotę polegającą na wykonaniu oświetlenia ulicznego o długości minimum 150 mb. (...)",

b) „wykaże, że dysponuje osobami mogącymi pełnić funkcję: - kierownika budowy branży drogowej i posiadającego uprawnienia budowlane w specjalności drogowej lub konstrukcyjno-budowlanej, jeżeli w zakresie tej specjalności mieszczą się obiekty drogowe, wykształcenie co najmniej średnie techniczne oraz minimum 5 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy lub robót (liczone od dnia uzyskania uprawnień budowlanych), - kierownika robót branży elektrycznej i posiadającego uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, wykształcenie co najmniej średnie techniczne oraz minimum 3 lata doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy lub robót (liczone od dnia uzyskania uprawnień budowlanych), - kierownika robót branży sanitarnej i posiadającego uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych, wykształcenie co najmniej średnie techniczne oraz minimum 3 lata doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy lub robót (liczone od dnia uzyskania uprawnień budowlanych)".

Powyższe ma odzwierciedlenie w lit. b pkt 2 rozdziału VIII SIWZ - warunki udziału w postępowaniu.

2) zgodnie z sekcją III.5.1, na potwierdzenie wskazanych warunków dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, wykonawcy zobowiązani są złożyć:

„b) wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie

ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których

roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym, czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty. Wykaz robót budowlanych należy sporządzić wg załącznika nr 4,

c) wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego należy sporządzić wg załącznika nr 4a (...)"

Powyższe ma odzwierciedlenie w lit. b i c ppkt 2 pkt 2 rozdziału X SIWZ - wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

II. Termin składania ofert w postępowaniu upłynął 08.04.2019 r. (sekcja IV.6.2 ogłoszenia o zamówieniu, pkt 1 rozdziału XXIII SIWZ).

III. Wezwanie przystępującego do złożenia oświadczeń i dokumentów:

1) pismem z 15.04.2018 r., na podstawie art. 26 ust. 2 p.z.p., zamawiający wezwał przystępującego do złożenia m.in. dokumentów potwierdzających, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu (pkt 2 wezwania).

2) w odpowiedzi na powyższe wezwanie, w dniu 24.04.2019 r., przystępujący przedłożył m.in.

a) wykaz trzech osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego (wypełniony załącznik nr 4a do SIWZ), gdzie w informacji o podstawie dysponowania tymi osobami wskazano „umowa o pracę”. Data wykazu 24.04.2019 r.

b) wykaz trzech robót budowlanych (wypełniony załącznik nr 4 do SIWZ). Data wykazu 24.04.2019 r.

3) pismem z 25.04.2018 r., na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p., zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie

warunków udziału w postępowaniu w zakresie branży sanitarnej i elektrycznej

- co do roboty polegającej na wykonaniu kanalizacji deszczowej o długości nie mniejszej niż 150 mb, a także co do osoby kierownika robót branży elektrycznej.

4) w odpowiedzi na powyższe wezwanie, w dniu 30.04.2019 r., przystępujący przedłożył dwa nowe wykazy, z 24.04.2019 r., gdzie w wykazie osób zamiast pana E. P. wskazano pana P. S., zaś w wykazie robót zamiast roboty dotyczącej przebudowy ul. Wiązowej w Pabianicach wskazano budowę drogi - ul. Brzozowej w miejscowości Chorzele wraz z przebudową drogi wojewódzkiej nr 614 w zakresie włączenia projektowanej ul. Brzozowej do ul. Zarębskiej.

Stan faktyczny rozpoznawanej sprawy nie był pomiędzy stronami sporny. Postawione przez odwołującego zarzuty wniesionego środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę

sprawy do trzech osi sporu:

- do weryfikacji czy w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, w trybie art. 26 ust.

3 p.z.p., przystępujący dokonał nieuprawnionej zmiany treści oferty, co narusza art.

87 ust. 1 p.z.p.,

- do zbadania czy zamawiający w sposób prawidłowy ocenił, że przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej, w świetle okoliczności podnoszonych przez odwołującego,

- w konsekwencji powyższego, do sprawdzenia czy działania i zaniechania zamawiającego spowodowały naruszenie art. 91 ust. 1 p.z.p., poprzez nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej, a także czy w postępowaniu doszło do naruszenia zasad naczelnych p.z.p., wskazanych w art. 7 ust. 1 p.z.p.;

Izba 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 rozpoznający odwołanie, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożonej przez zamawiającego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, ofertę przystępującego, korespondencję prowadzoną w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomiędzy zamawiającym, a przystępującym - mając na względzie zakres sprawy określony przez okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu - stwierdził, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie mogą prowadzić do wniosku, że w sprawie doszło do naruszenia prawa przez zamawiającego, a w konsekwencji uznania odwołania za uzasadnione.

Przeciwnie, w ocenie Izby, całość zebranego materiału procesowego wskazuje,

w sposób nie budzący wątpliwości, na prawidłowość kwestionowanych przez odwołującego

czynności zamawiającego, co powoduje, że odwołanie - jako nie posiadające uzasadnionych podstaw - należało oddalić.

W zakresie zarzutu nr 1 - naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 w zw. z art.

87 ust. 1 p.z.p., polegającego na tym, że zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty, co do której miała miejsce niedozwolona zmiana jej pierwotnej treści, w zakresie odnoszącym się do sposobu wykonania zamówienia, gdyż wybrany wykonawca, realizując w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. wezwanie do złożenia wyjaśnień, dokonał w istocie zmiany treści oferty, składając nowe oświadczenie co do wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, co było niedopuszczalne na tym etapie postępowania, gdyż procedura uzupełnienia dokumentów, o której mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p. nie może prowadzić do obejścia przepisu art. 87 tejże ustawy i zmiany treści oferty - Izba stwierdziła, jak niżej.

Na wstępie rozważań należy poczynić kilka wstępnych uwag natury ogólnej, bowiem odwołujący sformułował rozpoznawany zarzut na mylnym utożsamieniu treści oferty (oferowany przedmiot zamówienia) z dokumentami i oświadczeniami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu (sytuacja podmiotowa wykonawcy). O ile potocznie można przyjąć, że ofertą są wszystkie dokumenty i oświadczenia składane zamawiającemu, to takie pojęcie oferty nie ma odzwierciedlenia w normach p.z.p. i aktach wykonawczych do ustawy. Wobec normatywnego braku zrównania oferty z oświadczeniami i dokumentami wraz z nią składanymi, w orzecznictwie i doktrynie, ukształtowało się pojęcie oferta sensu stricto i oferta sensu largo, jednakże nie jest to podział dokonany przez ustawodawcę, a to na tym polu skład orzekający przeprowadza wywód.

W normach p.z.p. ustawodawca, w sposób jednoznaczny, rozróżnia ofertę od innych dokumentów i oświadczeń składanych w postępowaniu, w oparciu o art. 25 ust. 1 p.z.p. Przykładowo w art. 20 ust. 1 p.z.p. wskazano, że komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powoływanym do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania i oceny ofert. Zatem gdyby ofertą byłyby również dokumenty podmiotowe, dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu, racjonalny ustawodawca nie określałby oddzielnego obowiązku komisji przetargowej do oceny oświadczeń i dokumentów składanych na potwierdzenie warunków, a ograniczyłby się na wskazaniu, że organ ten powołuje się do badania i oceny ofert.

Tym niemniej ustawowy podział na treść oferty i na zdolność podmiotową wykonawcy, w szczególności w zakresie potencjału kadrowego (zdolność techniczna lub zawodowa, określona w art. 22 ust. 1b pkt 3 p.z.p.) nie budzi wątpliwości podmiotów działających na rynku zamówień publicznych. W art. 26 ust. 1 p.z.p. ustawodawca zawarł obowiązek wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p. - czyli tu spomego wykazu osób - potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zatem i w tej normie widać jaskrawy podział na ofertę i składany na wezwanie wykaz osób, co jest fundamentalną wiedzą, wynikającą z treści ustawy.

W normach p.z.p. nie sposób znaleźć argumentów za scaleniem oferty z oświadczeniami, dotyczącymi zdolności podmiotowej, jak czyni to odwołujący. W orzecznictwie można spotkać problemy uczestników rynku zamówień publicznych z zakwalifikowaniem dokumentów, będących na pograniczu sytuacji podmiotowej wykonawcy, a przedmiotu zamówienia (np. liczne orzecznictwo dotyczące próbki, w zależności od statusu, który w dokumentacji postępowania nada jej zamawiający), co następnie powoduje problemy z określeniem czy taki brak, w oparciu o art. 26 ust. 3 p.z.p., może być uzupełniony, czy też nie. Jednakże, spome oświadczenie, potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu w postaci potencjału kadrowego, jednoznacznie dotyczy sytuacji podmiotowej przedsiębiorcy, zatem jest wprost wskazane przez ustawodawcę, jako podlegające uzupełnieniu, co powoduje, że stanowisko odwołującego nie znajduje oparcia w przepisach prawa i jest z nimi sprzeczne.

Wskazane rozróżnienie znajduje odzwierciedlenie w judykaturze, za Sądem Okręgowym w Katowicach (wyrok z 10.11.2011 r., sygn. akt XIX Ga 477/11) należy wskazać, że „treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie wykonane na rzecz zamawiającego na podanych przez niego warunkach umownych, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie przez niego zawarta. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać potrzebom zamawiającego; co oznacza, że sens i zakres oświadczeń składających się na treść oferty odpowiadał merytorycznym wymaganiom zamawiającego.”

Wobec powyższego treść oferty dotyczy strony przedmiotowej świadczenia oferowanego zamawiającemu przez wykonawcę, są to wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, cena, technologia wykonania zobowiązania etc. i jeżeli wykonawca, w tym zakresie, nie spełni w ofercie wymagań dokumentacji postępowania, jego oferta zostanie odrzucona (art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.). Ustawodawca ustanowił więc instrument chroniący uczestników rynku, aby nie odrzucać ofert z powodów błahych. Mowa o wskazanym w art. 87 ust. 1 p.z.p. trybie wezwania do złożenia wyjaśnień, gdzie granicą skorzystania z dobrodziejstwa tej normy jest zakaz dokonywania zmiany w treści oferty, poprzez nieuprawnione negocjacje, jak również o ust. 2 tego przepisu, gdzie dopuszczono poprawę omyłek w ofercie. W tym zakresie na szczególną uwagę zasługuje wezwanie do złożenia wyjaśnień, co do informacji potwierdzających cechy oferowanych produktów, usług czy robót budowlanych, które nie może prowadzić do zmiany treści złożonej przez wykonawcę oferty,

kiedy przedstawienie wyjaśnień prowadziło do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez wykonawcę nowej oferty (por. orzeczenie TSUE z 04.05.2017 r. w sprawie C-387/14, orzeczenie TSUE z 07.04. 2016 r. w sprawie C-324/14).

Z kolei warunki udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 p.z.p.) dotyczą zdolności podmiotowej wykonawcy i służą weryfikacji, czy wykonawca posiada zdolność do prawidłowej realizacji zamówienia. Zamawiający, oceniając zdolność do należytego wykonania przyszłej umowy, bada czy warunki podmiotowe wykonawcy - w postaci kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności, sytuacji ekonomicznej lub finansowej, zdolności technicznej lub zawodowej - będące minimalnymi poziomami zdolności, określonymi w dokumentacji postępowania, dają gwarancję należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu prowadzi zaś do wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p.). Przy czym wykluczenie wykonawcy jest czynnością ostateczną, a przed jej dokonaniem na zamawiającym ciąży ustawowe obowiązki, zmierzające do ustalenia czy wykonawca rzeczonych zdolności nie posiada. W ustalonym stanie sprawy będą to obowiązki ustanowione w art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p., dotyczące wezwania do złożenia wyjaśnień, co do przedłożonego wykazu osób, bądź jego uzupełnienia lub poprawienia.

Przybliżone powyżej założenia ustawodawcy należy mieć na względzie przy interpretowaniu zarzucanej przez odwołującego niedopuszczalnej zmiany treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 1 p.z.p., o czym - zdaniem odwołującego - świadczy wskazanie przez przystępującego nowej osoby w wykazie osób. Kiedy, w ocenie Izby, „treść oferty” dotyczy jej aspektu przedmiotowego, zatem zakaz dokonywania zmian treści oferty nie obejmuje oświadczeń i dokumentów podmiotowych, składanych celem potwierdzenia, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Co więcej, dopuszczalność zmiany dokumentów podmiotowych została wprost wyartykułowana przez ustawodawcę - jak wcześniej zaznaczono z art. 26 ust. 3 p.z.p. wynika ustawowy obowiązek zamawiającego do wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczenia lub dokumentu, kiedy złożone oświadczenie, czy dokument, nie potwierdza spełniania określonego warunku i takie uzupełnienie nierzadko prowadzi do zmiany wykazywanego potencjału, jak miało miejsce w rozpoznawanym sporze (vide pkt III ppkt okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia).

Wykładnia postulowana przez odwołującego prowadziła do całkowitego braku możliwości uzupełnienia złożonych oświadczeń i dokumentów, kiedy możliwość taka wynika wprost z treści cytowanej normy. Zatem pozostało niewyjaśnionym, jak ustawowy obowiązek wezwania do uzupełnienia, kiedy oświadczenia lub dokumenty nie potwierdzają wymagań zamawiającego, w ogóle mogłyby być realizowane, jeżeli przyjąć - za odwołującym - że informacje tam zawarte stanowią treść oferty. Przyjęcie takiego stanowiska powodowałoby, że tryb naprawczy, określony w art. 26 ust. 3 p.z.p., nie mógłby być stosowany, bowiem każde wyjaśnienie czy uzupełnienie, powodowałoby nieuprawnioną zmianę treści oferty. Umknęło przy tym odwołującemu, że z treści art. 87 ust. 1 p.z.p. i art. 26 ust. 3 p.z.p. wynika wprost, że są to całkowicie różne ustawowe instrumenty, dotyczące zupełnie innego przedmiotu i nie ma żadnych podstaw do przyjęcia pomiędzy tymi normami takiej korelacji, jak podnosił odwołujący.

Skład orzekający wskazuje dalej, że nie podziela argumentacji odwołującego, iż orzecznictwo TSUE (wyrok z 04.05.2017 r. w sprawie C-387/14 i wyrok z 11.05.2017 r. w sprawie C-131/16) sprzeciwia się możliwości uzupełnienia oświadczenia w rozpoznawanym odwołaniem postępowaniu.

Odwołujący pominął, iż z art. 59 ust. 4 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, wynika możliwość zwrócenia się do wykonawców o uzupełnienie lub wyjaśnienie zaświadczeń otrzymanych zgodnie z art. 60 i 62 dyrektywy i krótko wskazać należy, że treść ta odpowiada art. 26 ust. 3 p.z.p., a więc nie ma podstaw do przyjęcia, że możliwość uzupełnienia, wynikająca z norm europejskich, narusza naczelne zasady zamówień publicznych, skoro zostało to wprost wskazane w przepisach.

Dalej skład rozpoznający odwołanie stwierdził, że argumentacja odwołującego opiera się na selektywnym zacytowaniu fragmentów dwóch wyroków Trybunału Sprawiedliwości UE, z pominięciem problemu prawnego, który był ich przedmiotem i bez zrozumienia kontekstu zapadłego rozstrzygnięcia, a także bez uwzględnienia stanu prawnego, w jakim zapadły.

Wyrok wydany w sprawie C-387/14 Esaprojekt sp. z o.o./Województwo Łódzkie dotyczył dokumentów, których nie zawierała pierwotna oferta, takich jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia. Zatem, w wyniku uzupełnienia dokumentów, zamawiający dowiedział się o zmianie sytuacji podmiotowej wykonawcy - zamówienie nie byłoby realizowane indywidualnie przez wykonawcę, a za pomocą innego podmiotu, na którego zasoby nie powołano się w ofercie. Trybunał uznał to za znaczącą zmianę pierwotnej oferty, przypominając raczej przedstawienie nowej oferty, która w sposób nieuzasadniony potraktowałaby danego

wykonawcę korzystniej w stosunku do innych kandydatów. W konsekwencji zmiana strony podmiotowej, w postaci powoływania się - po złożeniu oferty - na zasoby nowego podmiotu trzeciego, nie powinna być dopuszczalna na gruncie art. 26 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p.

Tym niemniej, z analizowanych przepisów, na tle rozstrzyganego stanu faktycznego, Trybunał nie wywiódł generalnego zakazu dokonania uzupełniania przez wykonawcę o inne dokumenty czy oświadczenia, gdy okaże się, że pierwotnie złożone nie są wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wręcz przeciwnie, nie jest zabronione powoływanie się na własne doświadczenie (i inne kwalifikacje podmiotowe), nawet niewskazane wcześniej, w sytuacji niespełnienia warunków przez powołany podmiot trzeci. Zatem istotnym jest czy podmiot ten był wskazany, czy nie w ofercie. Natomiast własnymi zasobami wykonawca dysponuje autonomicznie i nie powoduje to rozszerzenia struktury podmiotowej. Własne zdolności stanowią obiektywny atrybut wykonawcy, przypisany do niego, niezależnie od etapu postępowania. Przykładowo wykonawca, który w wyniku uzupełnienia, chce powołać się na własne doświadczenie, niewskazane wcześniej, nie kreuje nowych okoliczności, bowiem doświadczenie to posiadał obiektywnie, niezależnie od wskazania go w ofercie (por. opinia rzecznika generalnego w sprawie Esaprojekt, przypis nr 13: „Pomimo że nie jest to przedmiotem sporu w niniejszej sprawie, nie wykluczam możliwości, że oferentowi można by zezwolić na wskazanie innych własnych doświadczeń”).

Podsumowując powyższe trudno wywieść z przywołanego orzeczenia, zapadłego na tle konkretnego stanu faktycznego, w nieaktualnym stanie prawnym, jakichkolwiek wniosków przemawiających za zakazem wskazania nowego kierownika robót. Zrównanie pojawienia się w postępowaniu, na etapie uzupełnienia oferty, nowego podmiotu, nie jest tożsame z wykazaniem się nową osobą, będącą potencjałem własnym wykonawcy, ponieważ to nie powoduje żadnej zmiany w sytuacji podmiotowej przystępującego.

Natomiast drugi z powołanych wyroków TSUE, w sprawie C-131/16 Archus sp. z o.o., Gama J. L. /Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., dotyczył zamówień sektorowych, gdzie w SIWZ wskazano, że oferenci powinni przedstawić wraz z ofertą na usługi dwa materiały w postaci zeskanowanej odbitki dokumentu (ocenianej w kryteriach oceny ofert) i próbki mikrofilmu (potwierdzającej jakość oferowanego produktu).

Przybliżenie stanu faktycznego sprawy wskazuje, że wyrok ten dotyczy treści oferty - oferowanego przedmiotu zamówienia, a nie sytuacji podmiotowej wykonawcy i nie ma żadnych podstaw do przenoszenia też omawianego orzeczenia na kanwę rozpoznawanego sporu, dotyczącego wyłącznie zdolności podmiotowej, a nie oferowanego przedmiotu. Różnica pomiędzy dokumentami składającymi się na treść oferty, będącymi dokumentami przedmiotowymi, które mają na celu jedynie potwierdzić zgodność zaoferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego, ma istotne znaczenie dla rozpoznawanej sprawy, ponieważ dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p. mogą być uzupełniane (art. 26 ust. 3 p.z.p.), w przeciwieństwie do dokumentów, które tworzą merytoryczną treść oferty.

Zauważyć również należy, że sporne zdolności zawodowe i techniczne nie były oceniane w kryteriach oceny ofert - zamawiający, zgodnie z sekcją IV. 2 ogłoszenia o zamówieniu i pkt 4 rozdziału XXV SIWZ, przyznawał punkty za cenę i okres gwarancji, zaoferowany w ofertach.

Nie doszło też do postulowanej przez odwołującego zmiany sposobu wykonywania zamówienia. Sposób realizacji umowy narzucił zamawiający, poprzez wskazanie, że do wykonania umowy niezbędny będzie kierownik robót branży elektrycznej o określonych kwalifikacjach zawodowych, zatem zmiana pana E. P. na pana P. S., powoduje wyłącznie zmianę co do osoby, a nie co do sposobu, w jaki umowa ma być realizowana.

Ponadto stanowisko składu orzekającego jednoznacznie potwierdza wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 09.09.2019 r. sygn. akt XGa 227/09, gdzie wskazano, że „art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych pozwala wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego wskazać inną niż wykazana w dokumentach złożonych wraz z ofertą, osobę, która będzie wykonywać zamówienie, posiadającą kwalifikacje i doświadczenie odpowiadające wymaganiom zamawiającego, pod warunkiem, że osoba taka posiadała - nie później niż w dniu, w którym upłynął termin do składania ofert - kwalifikacje i doświadczenie odpowiadające wymaganiom zamawiającego.”

W konsekwencji powyższego, wobec braku wykazania naruszenia przez zamawiającego norm p.z.p. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzut nr 1 z petitum odwołania.

W zakresie zarzutu nr 2 - naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 p.z.p., polegającego na tym, że zamawiający zaniechał rzeczywistego ustalenia istnienia przesłanek warunkujących wybór oferty wykonawcy i zlekceważył obiektywne wątpliwości, co do spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnienia przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,

które to obiektywne wątpliwości niewątpliwie występują w niniejszej sprawie, albowiem wykonawca posłużył się w przedmiotowym postępowaniu różnej treści załącznikami nr 4 i nr 4a, ale opatrzonymi tą samą datą sporządzenia (dwa załączniki nr 4 o różnej treści, ale z tej samej daty i dwa załączniki nr 4a o różnej treści i również z tej samej daty), co wprost uzasadnia istnienie wątpliwości, dotyczących rzetelności sporządzonych dokumentów i wątpliwości, dotyczących prawdziwości treści tychże dokumentów, na co odwołujący zwrócił uwagę zamawiającemu pismem z dnia 8 maja 2019 r., złożonym przed dokonaniem przez zamawiającego wyboru oferty - Izba stwierdziła jak niżej.

W ramach uwag wstępnych Izba wskazuje, że obowiązkiem zamawiającego jest badanie i ocena zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia publicznego, kiedy - przez przyzmat 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.). Przy czym 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 zatem 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.

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. Zaś ustalając 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 powziąłby wątpliwości co do treści, kompletności, poprawności czy adekwatności złożonych przez wykonawcę dokumentów, czy też nie.

Należy również zaznaczyć, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie, że 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 podzielił i przyjmuje za własne.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje co następuje.

Odwołujący podnosił, w odniesieniu do dokumentów przystępującego, potwierdzających należyte wykonanie robót na rzecz BUDMAR M. B., w zakresie kanalizacji deszczowej i na rzecz KEG Inwestycje E. G., dotyczących oświetlenia ulicznego, że przedsiębiorcy wystawiający referencje nie byli generalnymi wykonawcami inwestycji, wskazanych w wykazie robót przystępującego. Okoliczność ta, w ocenie odwołującego, wskazuje, że należy zweryfikować zakres robót wykonanych przez przystępującego na rzeczonych inwestycjach.

Odwołujący wskazywał również, iż przystępujący w złożonych wykazach osób zadeklarował, że dysponuje potencjałem osobowym w zakresie kierowników budowy i robót, z których każdy, według deklaracji wykonawcy, jest zatrudniony na umowę o pracę. Natomiast w ocenie odwołującego z zasad doświadczenia życiowego wynika, że okoliczność ta jest mało prawdopodobna, gdyż wiąże się ze znacznymi stałymi kosztami prowadzenia działalności gospodarczej, co w przypadku niewielkiej firmy przystępującego (jednoosobowej działalności gospodarczej) jest prawie niespotykane w praktyce. Zdaniem odwołującego zamawiający winien ustalić, czy wykonawca rzeczywiście, w dacie złożenia oferty, dysponował na podstawie umowy o pracę wskazanymi osobami i czy rzeczywiście mógł, w oparciu o umowę o pracę, skierować te osoby do wykonania zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza zweryfikowała podniesione zarzuty, w ramach okoliczności faktycznych wskazanych w odwołaniu.

W zakresie potencjału przystępującego, dotyczącego wykazania się posiadanym doświadczeniem w wykonaniu robót budowlanych, wskazanych w lit. a pkt 1 pkt I okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia, Izba wskazuje jak niżej.

Skład orzekający nie podzielił wątpliwości odwołującego, dotyczących dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót, wskazanych w poz. 2 i 3 wykazu robót budowlanych przystępującego, opierających się na twierdzeniu, że nie pochodzą one od generalnego wykonawcy, a od podmiotów, na rzecz których przystępujący wykonał wskazane roboty - co w ocenie odwołującego rodzi wątpliwości co do ich prawdziwości i wiarygodności.

W ocenie Izby złożone poświadczenia stanowią oświadczenia wiedzy, w formule dokumentu prywatnego wykazującego, że osoba pod nim podpisana, w konkretnej dacie, złożyła oświadczenie określonej treści - każdy, kto wiedzę ma, może takie oświadczenie złożyć. Aby zatem skutecznie podważyć wiarygodność dokumentu prywatnego, wymagane jest przeprowadzenie kontrdowodu - na przykład na okoliczność, że osoba, która podpisała dokument nie miała, bądź nie mogła mieć, wiedzy na określony temat, bądź że w rzeczywistości zdarzenia miały inny obrót niż ten, który został udokumentowany.

To jednak wymagałoby większej inicjatywy dowodowej po stronie odwołującego, który w omawianym zakresie, ograniczył się wyłącznie do wskazywania, że przedłożone dokumenty będą jego subiektywne wątpliwości, ponieważ nie pochodzą od generalnego wykonawcy. Tym niemniej, skoro przystępujący wykonał roboty na rzecz podwykonawców, wystawiających spome referencje, trudno podzielić argumentację odwołującego, że oświadczenie - pochodzące bezpośrednio od podmiotu, na rzecz którego wykonano roboty (a więc od podmiotu posiadającego najpełniejszą wiedzę czy roboty wykonano należyście), budzi jakiegokolwiek wątpliwości.

Dalej zaznaczyć należy, że odwołujący nie zakwestionował treści referencji, brak jest w odwołaniu twierżeń co do prawidłowości wykonania, zakresu lub przedmiotu wskazanych w nich robót. Odwołujący ograniczył się wyłącznie do głośłownej oceny, że dokumenty te są wątpliwe, z powodu wystawienia przez podwykonawcę wskazanych inwestycji. Zatem w odwołaniu de facto nie zaferowano żadnych okoliczności, mogących stanowić podstawę do przyjęcia, że dokumenty powodują jakiegokolwiek obiektywne wątpliwości, bowiem jest ono w tym zakresie merytorycznie puste. Takie sformułowanie zarzutu, przez podmiot, na którym spoczywa onus probandi, powoduje, że zarzut ten nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony, ponieważ niczym nie poparte, subiektywne spekulacje strony, nie mogą być podstawą do stwierdzenia naruszenia prawa przez zamawiającego.

W zakresie potencjału przystępującego, dotyczącego wykazania się dysponowaniem odpowiednim personelem, wskazanym w lit. b pkt 1 pkt I okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia, Izba stwierdziła co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający zaznacza, że powołanie się przez odwołującego na zasady doświadczenia życiowego nie jest wystarczające do skutecznego podważenia oświadczenia przystępującego o zatrudnieniu pracowników na stanowiskach kierowniczych na umowę o pracę, które zawarto w wykazie osób. W ocenie Izby nie znajduje bowiem podstaw do wzruszenia oceny zamawiającego - który uznał, że wykaz osób przystępującego nie budzi żadnych wątpliwości, a jego treść daje podstawę do wyboru oferty wykonawcy, jako oferty najkorzystniejszej - sam fakt, że stan faktyczny jest przez odwołującego oceniany inaczej.

W orzecznictwie sądów powszechnych, niespomnie od wielu lat, przyjmuje się, że skuteczne podważenie oceny jakiegoś dowodu (tutaj wykazu osób przystępującego, w zakresie oświadczenia dotyczącego dysponowania kierownikami na podstawie stosunku pracy), nie może wynikać jedynie z subiektywnego przekonania strony, że dowód ten ma inną moc, niż przyjęta przez podmiot, który dokonywał jego oceny. Odwołujący zakwestionował ocenę zamawiającego i w istocie nic konkretnego jej nie zarzucał, ograniczając się do twierdzenia, że - w oparciu o swoje własne przekonanie - on wskazane oświadczenie oceniłby inaczej. Przy czym powołanie się na jeden z elementów oceny, jakim jest doświadczenie życiowe, nie powoduje, że wykazowi osób przystępującego należy odmówić waloru prawdziwości czy wiarygodności.

Skuteczne podważenie oceny zamawiającego - i wykazanie, że doszło w tym zakresie do naruszenia prawa, a tym samym, że odwołanie posiada uzasadnione podstawy - wymaga, aby odwołujący wskazał na błąd, który popełnił zamawiający. Błąd ten musiałby być zauważalny, możliwy do wyjaśnienia przez pryzmat zasad racjonalnej oceny, wówczas możliwe byłoby wykazanie, że starannie działający zamawiający oceniłby oświadczenie w wykazie przystępującego (lub chociażby mógłby je ocenić) w sposób odmienny, niż zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - w tym, że uzasadnionym byłoby chociażby wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Tymczasem, w rozpoznawanej sprawie żadne okoliczności - czy to wynikające z dokumentacji postępowania, czy wskazywane przez odwołującego - do takiej odmiennej oceny nie mogły doprowadzić.

Jedynie na marginesie należy wskazać, że z doświadczenia życiowego, w obecnych realiach gospodarczych, wynika raczej okoliczność odmienna od tej postulowanej przez odwołującego, nie mniej jednak ocena stanu faktycznego dokonywana jest w konkretnym przypadku, z uwzględnieniem indywidualnych okoliczności danej sprawy, a nie poprzez generalizację danego segmentu rynku, czy podmiotów na nim działających.

Po wtóre, Izba stwierdziła, że poprzez złożone trzy umowy o pracę, zawarte od 1 kwietnia 2019 r. z P. S., P. S. i M. G., odwołujący wykazał, że jego oświadczenie z wykazu o zatrudnieniu tych osób, pełniących funkcje kierowników, na podstawie umowy o pracę, jest zgodne ze stanem faktycznym. Ponadto data zawarcia umów wskazuje, że rzeczonymi osobami przystępujący dysponował w momencie złożenia oferty, a także w momencie składania dokumentów i oświadczeń, zarówno na pierwsze, jak i na drugie wezwanie zamawiającego.

Dalej Izba wskazuje, że nie ma podstaw do kwestionowania oświadczenia o zatrudnieniu na umowę o pracę, popartego złożonymi umowami o pracę, w oparciu o treść zaświadczenia przystępującego wystawionego przez Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu w opłacaniu składek, z dnia 19 kwietnia 2019 r., na co wskazywał odwołujący. Kierownicy zostali zatrudnieni od 1 kwietnia 2019 r., kiedy rozliczanie i zapłata składek, w tym na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, następuje za każdy miesiąc kalendarzowy - tu do 15 dnia następnego miesiąca, a więc do dnia 15 maja 2019 r. (art. 46 i 47 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 300 ze zm.)). Zatem, wdacie wystawienia zaświadczenia, które wskazuje ewentualne zaległości na dzień wystawienia, przystępujący nawet nie mógłby być zobowiązany do zapłaty tych składek, czy zalegać ze składkami, ponieważ nie upłynął termin ich rozliczenia i zapłaty.

Nie budzi przy tym wątpliwości Izby - i nie budziło wątpliwości zamawiającego - że oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokonuje się na podstawie wykazu osób i wykazu robót, złożonych w dniu 30 kwietnia 2019 r., na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia, w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. (vide pkt III ppkt 4 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia). Wcześniejsze wykazy zamawiający ocenił jako niepotwierdzające posiadania przez przystępującego odpowiedniej zdolności technicznej i zawodowej, natomiast to wykazy złożone w trybie naprawczym, w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia, stanowiły podstawę do wyboru oferty przystępującego, jako najkorzystniejszej. Zatem to kierownicy w osobach P. S., P. S. i M. G. są potencjałem przystępującego - według Izby ocenionym prawidłowo - jako potwierdzający spełnienie warunku w zakresie dysponowania odpowiednimi osobami.

Ponadto Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, który wskazywał, że tożsama data wykazów (dwa wykazy osób i wykazy robót z 24 kwietnia 2019 r.), wskazuje na obowiązek zamawiającego wyjaśnienia ich treści. Należy zaznaczyć, że wykazy te nie są sprzeczne, zatem trudno podzielić argumentację o rzekomych wątpliwościach. Jak również ta sama data na wykazie osób, czy na wykazie robót, nie świadczy o tym, że wykazy zawierają wątpliwe, czy wadliwe dane w swojej merytorycznej treści - w szczególności, że odwołujący takich niezgodności, czy wątpliwości, co do treści wykazów przystępującego nie wykazał.

Należy przypomnieć, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym. Natomiast skutkiem skargowego charakteru postępowania odwoławczego przed Izbą jest obowiązek przedstawiania przez strony dowodów, na potwierdzenie faktów, z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne, zgodnie z zasadą ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat wyrażoną w art. 190 ust. 1 p.z.p., a więc to na odwołującym spoczywał ciężar wykazania, że oświadczenia przystępującego zawarte w wykazie osób i w wykazie robót są wadliwe, czy budzą obiektywne wątpliwości, które należałoby wyjaśnić.

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). Zatem strona, która w postępowaniu odwoławczym nie udowodni faktów, z którymi wiąże korzystne dla siebie konsekwencje prawne i nie podoła ciężarowi dowodowemu, musi liczyć się z materialnoprawnym skutkiem nieudowodnienia istotnych faktów, co w konsekwencji powoduje oddalenie odwołania.

Mając na uwadze powyższe Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzut nr 2 z petitum odwołania, jako bezzasadny, bowiem odwołujący nie wykazał, aby zarzut ten posiadał uzasadnione podstawy.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła również twierdzeń odwołującego o naruszeniu przez zamawiającego art. 91 ust. 1 p.z.p., poprzez wybór oferty nieodpowiadającej kryteriom wyboru ofert, a także o naruszeniu art. 7 p.z.p., poprzez niezapewnienie przez zamawiającego, w toku prowadzenia postępowania, zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania jego uczestników, w tym niezapewnienie przejrzystości postępowania.

Wobec stwierdzenia przez Izbę, że zarzuty podnoszone przez odwołującego w pkt 1 i 2 petitum odwołania są bezpodstawne i w konsekwencji ich oddalenia przez Izbę, nie mogły zostać również uwzględnione powiązane z nimi zarzuty oznaczone nr 3 i 4, które jako

niepotwierdzone w ustalonym stanie sprawy zostały przez Izbę oddalone, ponieważ nie wykazano aby wybór oferty najkorzystniejszej był nieprawidłowy, a także niepotwierdzonym zostało wskazywane przez odwołującego naruszenie zasad naczelnych p.z.p., uregulowanych w art. 7 ust. 1 p.z.p.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że w poczet materiału dowodowego sprawy zostały włączone dowody w postaci dwóch ogłoszeń o wyborze oferty najkorzystniejszej (z 6 lipca 2018 r. i z 28 maja 2018 r.), tym niemniej nie było sporu w zakresie tego kto był generalnym wykonawcą inwestycji, zawartych w ogłoszeniach i wykazie robót przystępującego.

Skład orzekający pominął wniosek dowodowy w przedmiocie przeprowadzenia dowodu z zeznań sześciu świadków: P. S., P. S., M. G., E. P., J. P. i J. K. Odwołujący wskazał, że dowód ten winien być przeprowadzony na okoliczność braku spełnienia przez wykonawcę J. P. warunków udzielenia zamówienia, uchybień zamawiającego w procedurze wyboru ofert, zasadności odwołania. Izba stwierdziła, że dowód ten został powołany na okoliczność ocen i poglądów, a nie faktów. Zatem wniosek ten jest sprzeczny z art. 190 ust. 1 in principio p.z.p., zgodnie z którym dowody winny być powoływane dla stwierdzenia faktów, a więc na potwierdzenie okoliczności faktycznych, a nie ocen formułowanych przez osoby przesłuchiwane, bowiem te nie są przedmiotem dowodu.

Izba pominęła również wniosek odwołującego o zobowiązanie zamawiającego do pozyskania od J. P. umów o pracę zawartych z P. S., P. S., M. G., E. P. oraz formularzy zgłoszeniowych ZUS ZUA, dotyczących wyżej wymienionych osób, ewentualnie zobowiązanie w wymienionym zakresie J. P.. Izba pominęła także wniosek o zobowiązanie zamawiającego do pozyskania od J. P. zaświadczenia od inwestora (zamawiającego) o zgłoszeniu jej jako podwykonawcy, w zakresie wykonania prac wskazanych w załączniku nr 4 oraz przedłożenia umów o podwykonawstwo, tj. usług dotyczących wykonanych na rzecz firmy BUDMAR M. B. oraz firmy KEG INWESTYCJE E. G., ewentualnie zobowiązanie w wymienionym zakresie J. P.

Powyższe wnioski odwołującego, zawarte w odwołaniu, nie zawierają wskazania okoliczności, na które dowody miałyby zostać przeprowadzone. Odwołujący nie zdecydował się również na konwalidowanie tego braku podczas rozprawy.

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 wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p.

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 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. § 3 pkt 2 lit. b 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 i uzasadnionymi kosztami zamawiającego, w postaci wynagrodzeniem pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą VAT.

Przewodniczący: