Sygn. akt: KIO 3499/20

WYROK
z dnia 22 stycznia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Justyna Tomkowska
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 stycznia 2021 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **28 grudnia 2020 roku** przez wykonawcę Odwołującego - **Zakład Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie**
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego**: Gminę Miejską Kraków, którą reprezentuje Zarząd Dróg Miasta Krakowa z siedzibą w Krakowie**
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie**: (1) Interviatech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą**
w Krakowie (Lider) oraz (2) O. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „PRODIM" O. N. z siedzibą w Krakowie (Partner), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego**: Zakład Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie i:**
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Zakład Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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:
……

Sygn. akt KIO 3499/20

UZASADNIENIE

Dnia 28 grudnia 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (tj. z dnia 11 września 2019 r., Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) dalej „ustawa Pzp", odwołanie złożył wykonawca **Zakład Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie**, dalej jako „Odwołujący".

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są: *Naprawy i remonty dróg zarządzanych przez ZDMK w Krakowie oraz terenów należących do Gminy Miejskiej Kraków w zakresie infrastruktury drogowej - obszar 2 Podgórze - część 1 obejmująca Dzielnice VIII, IX, X - część 2 obejmująca Dzielnice XI,XII,XIII*prowadzi Zamawiający: **Gmina Miejska Kraków, którą reprezentuje Zarząd Dróg Miasta Krakowa z siedzibą w Krakowie**.

Odwołanie złożono od:
1. czynności wyboru oferty złożonej przez konsorcjum firm w składzie: (1) Interviatech Sp. z o.o. oraz (2) „PRODIM" O. N., dalej jako „konsorcjum Interviatech" (którego liderem jest Interviatech) jako najkorzystniejszej oferty w części 2 zamówienia,
2. czynności badania i oceny oferty konsorcjum Interviatech,
3. zaniechania wykluczenia konsorcjum Interviatech z postępowania,
4. zaniechania wyboru oferty Odwołującego, mimo, że oferta złożona przez Odwołującego jest najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenie następujących przepisów prawa:
1. art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, w związku z naruszeniem art. 22d ust. 2 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie konsorcjum Interviatech z postępowania, pomimo nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej oraz pomimo braku posiadania wymaganych zdolności z uwagi na zaangażowanie zasobów konsorcjum Interviatech w inne przedsięwzięcia gospodarcze (zasoby osobowe zaangażowane w realizację na rzecz Gminy Miejskiej Kraków Zarząd Dróg i Transportu w Krakowie zadania pn.: „Naprawy i remonty dróg zarządzanych przez ZDMK
w Krakowie oraz terenów należących do Gminy Miejskiej Kraków w zakresie infrastruktury drogowej — Obszar 4 Nowa Huta obejmujący Dzielnice XIV - XVIII - znak sprawy: 7/II/2020"), co może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia;
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia konsorcjum Interviatech z postępowania:
   2.1. z uwagi na zamierzone wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału osobowego, podczas gdy wbrew nieprawdziwym deklaracjom konsorcjum Interviatech zawartym w ofercie, dokumentach JEDZ oraz złożonych wykazach osób, Konsorcjum Interviatech nie zamierza skierować przedstawionych tam osób do realizacji zamówienia, lecz wykorzystuje już te zasoby do realizacji innego zamówienia,
   2.2. względnie, z uwagi na przedstawienie, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadzających w błąd Zamawiającego informacji dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału osobowego, mających istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w postępowaniu, w związku z lekkomyślnym i bezrefleksyjnym wskazywaniem przedmiotowych zasobów ludzkich nie zważając na ograniczoną możliwość jednoczesnego wykorzystania tych zasobów w realizacji różnych umów w sprawie zamówienia;
3. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Na wypadek uznania przez Izbę, iż nie zachodzi podstawa do wykluczenia konsorcjum Interviatech na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, z ostrożności Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22d ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Interviatech do uzupełnienia Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia (wg załącznika nr 6 do SIWZ)
w sytuacji, gdy wskazane dotychczas zasoby zostały zaangażowane w innym przedsięwzięciu gospodarczym.

Odwołujący wnosił o:
1)uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:
a)unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum Interviatech jako najkorzystniejszej w zakresie części nr 2 zamówienia,
b)powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku wykluczenie
z postępowania konsorcjum Interviatech i wybór, jako najkorzystniejszej, oferty Odwołującego w zakresie części nr 2 zamówienia,
2)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący podkreślił, że posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż złożył
w postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu ofertę. W wyniku naruszenia wskazanych przepisów prawa Zamawiający dokonał wyboru innej oferty, co pozbawiło Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, jego realizacji oraz osiągnięcia zysku z wykonania umowy. Przeprowadzenie postępowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp powinno było doprowadzić do wyboru oferty Odwołującego. Zgodnie z informacją z dnia 18.12.2020 r.
o wyborze najkorzystniejszych ofert, oferta Odwołującego uplasowała się w rankingu porównania i oceny złożonych ofert na drugiej pozycji, otrzymując 90,44 pkt.

Odwołujący powziął informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania w dniu 18 grudnia 2020 r., na podstawie zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. W związku z powyższym termin do wniesienia odwołania pozostaje zachowany. Kopia odwołania została Zamawiającemu przesłana w dniu 28 grudnia 2020 r. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podniesiono, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są: Naprawy i remonty dróg zarządzanych przez ZDMK w Krakowie oraz terenów należących do Gminy Miejskiej Kraków w zakresie infrastruktury drogowej - obszar 2 Podgórze - część 1 obejmująca Dzielnice VIII, IX, X - część 2 obejmująca Dzielnice XI,XII,XIII.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane
w Dz.U.U.E. w dniu 30 września 2020 r. pod numerem 2020/S 190-457804. Zamawiający na swojej stronie internetowej udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wraz z wymienionymi w jej treści załącznikami. W dniu 09 listopada 2020 r. nastąpiło otwarcie ofert złożonych w postępowaniu. Do chwili upływu terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęły 2 oferty na cześć 2 zamówienia. Przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,
w wysokości 19.999.779,00 zł brutto na każdą z części.

W dniu 18 grudnia 2020 r. Odwołujący został poinformowany przez Zamawiającego
o wyborze oferty konsorcjum Interviatech jako najkorzystniejszej.

W ocenie Odwołującego, czynności podjęte przez Zamawiającego zostały dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający w treści SIWZ wskazał następujący warunek:
„W przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy na dzień składania ofert nie podlegają wykluczeniu z postępowania oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu na podstawie art. 22 ust. 1, 1a i 1b ustawy Pzp a w szczególności wykażą, że:
b) dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. Wykonawca, który weźmie udział w postępowaniu przetargowym winien dysponować osobami posiadającymi wykształcenie i kwalifikacje zawodowe: tj.
Wykonawca powinien dysponować minimum w zakresie części 1, części 2:
• co najmniej jedną osobą posiadającą wykształcenie i kwalifikacje zawodowe tj. uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń oraz posiada minimum 3 letnie doświadczenie, które nabył pełniąc funkcję kierownika budowy co najmniej jednej roboty polegającej na wykonaniu remontów utrzymaniowych o zakresie zbliżonym/porównywalnym do przedmiotu zamówienia (np. w mieście/aglomeracji miejskiej o liczbie ludności powyżej 100.000 mieszkańców)
•4 brygadami do wykonywania robót bitumicznych - 1 brygada powinna składać się z min. 6 osób
•5 brygadami do wykonywania prac brukarskich - 1 brygada powinna składać się z min. 4 osób”.

Jednocześnie Zamawiający poczynił zastrzeżenie, iż wymaga od wykonawcy wskazania składu osobowego brygad mogących zapewnić wykonywanie prac jednocześnie w różnych, miejscach, a których skład osobowy zagwarantuje terminową realizację zleconych prac.

Konsorcjum Interviatech, w dacie złożenia oferty, realizowało (i realizuje nadal) na rzecz Zamawiającego, umowę zawartą w wyniku uzyskania zamówienia pn.: „Naprawy
i remonty dróg zarządzanych przez ZDMK w Krakowie oraz terenów należących do Gminy Miejskiej Kraków w zakresie infrastruktury drogowej - Obszar 4 Nowa Huta obejmujący Dzielnice XIV -XVIII - znak sprawy: 7/II/2020".

We wspominanym przetargu Zamawiający sformułował warunki udziału w sposób następujący:
„W przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy na dzień składania ofert nie podlegają wykluczeniu z postępowania oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu na podstawie art. 22 ust. 1, 1a i 1b ustawy Pzp a w szczególności wykażą, że:
b) dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. Wykonawca, który weźmie udział w postępowaniu przetargowym winien dysponować osobami posiadającymi wykształcenie i kwalifikacje zawodowe: tj.
•co najmniej jedną osobą posiadającą wykształcenie i kwalifikacje zawodowe
tj. uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej
drogowej bez ograniczeń oraz posiada doświadczenie przy realizacji robót drogowych na terenach zabytkowych w miastach/aglomeracjach miejskich powyżej 100 tyś. mieszkańców przy zabytkach wpisanych do rejestru zabytków zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 2 sierpnia 2018 r.;

•5 brygadami do wykonywania robót bitumicznych - 1 brygada powinna składać się z min. 6 osób;
•5 brygadami do wykonywania prac brukarskich bitumicznych - 1 brygada powinna składać się z min. 4 osób.
UWAGA! W/w brygady będą mogły zapewnić wykonywanie prac jednocześnie w różnych miejscach, a ich skład osobowy zagwarantuje terminową realizację zleconych prac."

Jak wynika z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, przekazanego w dniu 17.04.2020 r. w sprawie: 7/II/2020, Konsorcjum w składzie tożsamym, w jakim złożyło ofertę w tym postępowaniu, zobowiązało się realizować w okresie 36 miesięcy od daty zawarcia umowy, zlecone roboty budowlane na łączną kwotę 43.251.825,00 zł brutto.

Zamawiający poczynił zatem zastrzeżenie, iż Wykonawca winien wskazać brygady zapewniające wykonywanie prac jednocześnie w różnych miejscach, a których skład osobowy zagwarantuje terminową realizację zleconych prac.

Odwołujący wskazał, że konsorcjum Interviatech celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu będącym podstawą złożenia odwołania złożyło *Wykaz osób wg Załącznika nr 6 do SIWZ* Analiza złożonych dokumentów prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż konsorcjum Interviatech przedstawiło, celem wykazania spełniania warunku dysponowania potencjałem osobowym, osoby realizujące, w dacie złożenia oferty, inne zamówienie. Zgodnie z treścią załącznika nr 6 do oferty złożonej w tym postępowaniu (znak 5/IX/2020), konsorcjum Interviatech zobowiązało się do realizacji zadania wskazanymi z imienia i nazwiska osobami (Wykaz osób z dnia 30.11.2020). Analiza porównawcza *Wykazu osób* złożonego w tym postępowaniu oraz *Wykazu osób* złożonego we wcześniejszym postępowaniu (znak 7/II/2020) ujawnia fakt, iż Kierownik Budowy Interviatech, Kierownik Budowy Prodim oraz 12 innych osób, zadeklarowanych do realizacji zadania na obszarze Nowej Huty, zostało wskazanych także do realizacji zamówienia, którego dotyczy to odwołanie.

Z uwagi na zakres zaangażowania tych osób w inne przedsięwzięcie (znak 7/II/2020), Zamawiający winien uznać, iż konsorcjum Interviatech nie wykazało dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, a nadto w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Analiza treści SIWZ oraz charakter realizowanych prac w ramach tego zamówienia prowadzi do wniosku, iż wobec zaangażowania szeregu osób w realizację innego kontraktu, oświadczenie Konsorcjum Interviatech o dysponowaniu wskazanymi zasobami osobowymi na potrzeby zamówienia jest fikcyjne.

Zamawiający w treści SIWZ obu postępowań zawarł tożsamy wymóg, aby wszystkie zadeklarowane zasoby osobowe mogły realizować jednocześnie prace w różnych miejscach.

Z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp wynika konieczność realnego dysponowania przez wykonawców wymaganym potencjałem. Jest to kluczowe w odniesieniu do zasobów osobowych i technicznych, które pełnią szczególną rolę przy wykonaniu zamówienia, bowiem w art. 22d ust. 2 ustawy Pzp ustanowiono szczególne uprawnienie, a zarazem i obowiązek zamawiającego, do stwierdzenia na każdym etapie, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Jak wskazuje się w doktrynie: *W sytuacji (zatem), gdy ze złożonych przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów wynika, że dysponuje on wymaganymi przez zamawiającego zasobami technicznymi oraz zawodowymi, mimo wszystko zamawiający może stwierdzić, że potencjał ten jest niewystarczający*. Tym samym w przepisach ustawy Pzp, rozporządzenia ws. rodzajów dokumentów oraz w treści SIWZ wprost i jednoznacznie przesądzono, że osoby i sprzęt wskazane przez wykonawcę w ofercie (tj. JEDZ oraz stosowne wykazy) powinny być dla wykonawcy nie tyle dostępne w ogólności, na potrzeby prowadzenia przez niego działalności jako takiej, lecz powinny być one dostępne na potrzeby wykonania konkretnego zaoferowanego świadczenia - tj. w przypadku zamówienia na realizację zadania pn: Naprawy i remonty dróg zarządzanych przez ZDMK w Krakowie oraz terenów należących do Gminy Miejskiej Kraków w zakresie infrastruktury drogowej - obszar 2 Podgórze - część 1 obejmująca Dzielnice VIII, IX, X - część 2 obejmująca Dzielnice XI,XII,XIII. Wykonawca winien realnie dysponować 5 brygadami do wykonywania prac brukarskich, składającymi się z co najmniej 4 osób każda.

W załączniku do odwołania Odwołujący wskazał osoby, którymi konsorcjum Interviatech zadeklarowało wykonywanie umowy w zakresie obszaru Podgórza. Odwołujący zaznaczył osoby, które są już zaangażowane w realizację umowy w zakresie obszaru Nowej Huty. Mamy zatem do czynienia z sytuacją, w której konsorcjum Interviatech zamierza realizować częściowo przy zaangażowaniu tego samego personelu dwa kontrakty, przy czym realizacja obu umów odbywać się będzie w tym samym czasie, a obie umowy generować będą konieczność zaangażowania, w różnych miejscach, wszystkich 5 brygad na każdym z obszarów. Wymóg jednoczesnej realizacji prac przez wszystkie pięć brygad brukarskich jest związany z faktem, iż praktyką Zamawiającego jest równoległe zlecanie prac brukarskich w różnych częściach powierzonego obszaru.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Odwołującego, najważniejszym powodem niemożności dzielenia przez pracowników czasu pomiędzy pracę w dwóch obszarach jest konieczność stałego wykonywania prac w każdym z nich. W szczególności praca przy robotach brukarskich trwa niemal przez cały okres trwania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawca zobowiązany jest do realizacji zarówno bieżących remontów, jak i zaplanowanych w Dzielnicach prac. Nie jest zatem możliwe, aby konsorcjum Interviatech na pewien czas kumulowało swoje zasoby w jednym obszarze, aby następnie skierować je do innego. Założenie takie jest nieuzasadnione, sprzeczne z treścią dokumentów postępowania i z rzeczywistością. Z istoty wymogu dotyczącego realnego dysponowania zasobem dla Odwołującego wynika, że zasób powinien być stale do dyspozycji wykonawcy, skoro Zamawiający w powołanej treści SIWZ wprowadził obowiązek dysponowania i jednoczesnej pracy 5 brygad w różnych miejscach zarówno na obszarze Podgórza, jak i Nowej Huty.

Z doświadczenia Odwołującego, który w dacie złożenia oferty realizuje umowę w zakresie obszaru Podgórza, wynika, iż stałą praktyką Zamawiającego jest zlecanie prac wymagających zaangażowania wszystkich 5 brygad do prac brukarskich.

Niezależnie od powyższego, w ramach stawianych w odwołaniu zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, Odwołujący podnosił, że konsorcjum Interviatech w treści złożonej oferty jednoznacznie wskazało, iż w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu nie posługuje się zasobami osobowymi innego podmiotu. Konsorcjum Interviatech posługuje się podwykonawcą (i jednocześnie innym podmiotem udostępniającym zasoby) jedynie w celu skorzystania z jego wiedzy i doświadczenia przy realizacji nawierzchni z kamienia naturalnego. Okoliczność ta wynika choćby z treści

zobowiązania innego podmiotu z dnia 04.11.2020 r. Ponadto zgodnie z przedstawionym w postępowaniu kosztorysem ofertowym, prace
z kamienia naturalnego stanowią jedynie 7,49 % zaplanowanych prac brukarskich.

Tymczasem jak wynika z treści *Wykazu osób* (Załącznik nr 6 do SIWZ), konsorcjum Interviatech wykazało w tabeli trzy brygady do wykonywania robót brukarskich (poz. 6, 7, 8 tabeli) składające się z osób zatrudnionych na umowę o pracę w innej firmie (ZUMD). Odwołujący wskazał, że z oczywistych dla niego względów osoby/brygady te nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Wpisanie w treść załącznika nr 6 do SIWZ kilkunastu pracowników ZUMD jako osób skierowanych do realizacji zamówienia przez konsorcjum Interviatech jest działaniem nieprawidłowym oraz stanowi wprowadzenie w błąd Zamawiającego co do faktu,
iż konsorcjum Interviatech dysponowało będzie, do wykonywania wszelkich robót brukarskich, 12 osobami zatrudnionymi przez podwykonawcę (poz. 6, 7, 8 tabeli).

Biorąc pod uwagę podniesione zarzuty naruszenia przez Zamawiającego wymienionych przepisów ustawy Pzp, Odwołujący stwierdził, że naruszenia te mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z tych względów odwołanie jego zdaniem pozostaje konieczne i uzasadnione.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu
o udzielenie zamówienia ofertach, wyjaśnieniach, odwołaniu, a także wyrażone ustnie
i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła,
co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes
w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody
w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, w tym wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, której ważność i prawidłowość jest kwestionowana, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum
w składzie: (1) Interviatech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (Lider) oraz (2) O. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „PRODIM" O. N. z siedzibą w Krakowie (Partner). Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Odwołujący w odwołaniu wiernie przytoczył fragmenty dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożonych ofert, złożonych dokumentów i wyjaśnień, mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu, nie zachodziła więc konieczność ich powtarzania.

Biorąc poczynione ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Zgodnie z art. 22d ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Niewątpliwie konstrukcja instytucji uregulowanej w treści art. 22d ust. 2 ustawy Pzp odnosi się do ustalonych warunków udziału w postępowaniu, jednak przede wszystkim odnosi się ona do faktycznej zdolności danego wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, a więc dostępnego mu na daną chwilę potencjału technicznego, zawodowego, czy osobowego i jego zaangażowania w inne przedsięwzięcia, który może wywołać negatywny wpływ na realizację zadania w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wprowadzenie tej regulacji prawnej miało zapewnić zamawiającym urealnienie wymagania od danego wykonawcy należytego wykonania zamówienia, starania się przez wykonawców o zamówienia przekraczające ich możliwości logistyczno-osobowe do wykonywania kilku przedsięwzięć gospodarczych w jednym czasie oraz koncentracji na danym rynku.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający podzielił je na części, określając, że poszczególne części dotyczą wykonywania prac
w odrębnych dzielnicach miasta i wprowadził ograniczenie, że wykonawca może złożyć ofertę tylko na jedną część. Z drugiej strony Zamawiający wprowadził zapis, że wymaga od wykonawcy wskazania składu osobowego brygad mogących zapewnić wykonywanie prac jednocześnie w różnych miejscach, a których skład osobowy zagwarantuje terminową realizację zleconych prac. Zamawiający ujął w SIWZ wymagania minimalne co do liczebności poszczególnych brygad. Specyfikacja nie zawierała jednak zastrzeżenia, że wskazane osobowo przez danego Wykonawcę brygady mają być ściśle przypisane do danego zobowiązania umownego.

Jednocześnie jak wskazywał Odwołujący część pracowników brygad wymienionych
w Wykazie osób została w sposób tożsamy przedstawiona przez Przystępującego w innej umowie realizowanej przez Przystępującego na rzecz Zamawiającego w innej dzielnicy miasta.

Dostrzeżenia w ocenie Izby wymaga, iż samo zaangażowanie zasobów w inne przedsięwzięcia gospodarcze nie powoduje automatycznie utraty zdolności do realizacji danego zamówienia przez wykonawcę i z automatu nie świadczy o możliwości wystąpienia negatywnego wpływu na realizację postępowania będącego przedmiotem oceny. Istotnym
z punktu widzenia analizowanego przepisu jest bowiem wykazanie czy owo zaangażowanie zasobów w inne przedsięwzięcia gospodarcze może wywołać negatywny wpływ na realizację tego zamówienia publicznego. Pomiędzy wykorzystaniem potencjału wykonawcy do realizacji innych przedsięwzięć gospodarczych, a drugą z przesłanek, dotyczącą możliwości wystąpienia zagrożenia należytego wykonania umowy, winien występować adekwatny związek przyczynowy, który należy wykazać.

W stanie faktycznym będącym przedmiotem rozpoznania Odwołujący, podnosząc naruszenie art. 22d ust. 2 ustawy Pzp, na którym spoczywał ciężar udowodnienia (zgodnie
z art. 6kc oraz art. 190 ust. 1 ustawy Pzp), nie uprawdopodobnił nawet, że zaangażowanie zasobów w inne przedsięwzięcia może mieć negatywny wpływ na realizację tego zamówienia publicznego. Przedstawiony Izbie materiał dowodowy na powyższą okoliczność nie był wystarczający. Choć Odwołujący wskazywał, że prowadzone w dzielnicach

prace wykonywane są w sposób bieżący i równoległy, to jako Wykonawca obecnie realizujący umowę na rzecz Zamawiającego nie wykazał, by rzeczywiście ten poziom zaangażowania pracowników brygad obywał się w ten sposób, by musieli być oni ściśle przypisani do danej umowy, danego zadania. Rozróżnić bowiem należy czynność potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu od czynności rzeczywistej realizacji przedmiotu zobowiązania i sposobu organizacji pracy posiadanych zasobów pracowniczych. Trudno bezwzględnie wymagać od wykonawców biorących udział w licznych postępowaniach przetargowych lub realizujących wiele kontraktów jednocześnie, aby przystępując do składania ofert musieli angażować każdorazowo personel dla danego postępowania, wyłączając go z udziału w wykonywaniu innych zadań czy z innych postępowań przetargowych, nie mając jednocześnie wiedzy, czy w rzeczywistości będą określone zamówienie realizować oraz pewności co do terminu rozpoczęcia robót. Istotne jest, czy w przypadku uzyskania zamówienia personel wskazany w toku postępowania będzie dostępny na potrzeby realizacji danego zadania i czy wykonawca jest to w stanie wykazać
w toku postępowania. Nawet jeżeli prace w danych dzielnicach wykonywane są równolegle, to nie muszą mieć one tożsamego charakteru i nie jest każdorazowo do ich wykonania niezbędny tożsamy zespół osób. A przynajmniej założyć należy, iż taka okoliczność będzie raczej wyjątkiem niż regułą. Nie jest więc wykluczona taka organizacja pracy, że dane osoby, stosowanie do zakresu i wymogów zadania do wykonania i potrzeb oraz posiadanych umiejętności będą odpowiednio przesuwane w ramach harmonogramów zadań. Dodatkowo zauważyć należy, iż liczbowo personel ujęty w ofercie Przystępującego był liczniejszy niż wymagania minimalne Zamawiającego. Fakt ten odnosi się do obu dzielnic, o których pisano w odwołaniu. Nie jest więc wykluczone, by w ramach posiadanych większych zasobów pracowników nastąpi delegowanie większej ilość pracowników brygad, wybór należy do wykonawcy i jest zależny od potencjału technicznego, który dany przedsiębiorca posiada.

Aby skutecznie wykazać, że na etapie wykonywania umowy sporny potencjał nie będzie dostępny dla Zamawiającego, co prowadzić powinno do wykluczenia wykonawcy, nie można pominąć odniesienia się do realiów realizacji zamówienia. Innymi słowy, ocena czy Zamawiający będzie dysponował kadrą wykonawcy w toku realizacji umowy nie może nie odnosić się do szeroko pojętych warunków świadczenia usługi. Niezbędne jest bowiem wykazanie, że umowa nie będzie realizowana – a przynajmniej z przyczyn obiektywnych nie będzie mogła być wykonywana – przez sporne zasoby, i dopiero wtedy można dokonać oceny czy zaangażowanie personelu jest realne czy fikcyjne i czy przyniesie Zamawiającemu negatywne skutki. Jak już zauważono w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia Zamawiający w SIWZ nie wprowadził zapisów o wyłączności pracy na jego rzecz określonego personelu. Wykonawcy w ramach realizacji przedmiotowej umowy nie będą otrzymywali wynagrodzenia za gotowość, dostępność tylko dla Zamawiającego.

Odwołujący, choć złożył wyciągi ze zleceń otrzymanych od Zamawiającego w ramach realizowanej umowy oraz wyciągi z istotnych postanowień umownych dla obu spornych postępowań o udzielnie zamówienia publicznego, to na ich postawie nie udowodnił, że harmonogram wykonywania prac nie pozwala na jednoczesne zaangażowanie w różne zamówienia, bądź że określenie sposobu realizacji zamówienia wyklucza wykonywanie
w czasie trwania umowy innych zleceń. Jak zauważył na rozprawie Zamawiający, Przystępujący dotychczas wykonując na jego rzecz zobowiązania umowne realizował je
z należytą starannością, terminowo, nie był obciążany karami umownymi. Odwołujący skonstruował zarzuty odwołania w oparciu o własne doświadczenia i własny sposób organizacji pracy brygad, co nie wyklucza, iż inny wykonawca może w odmienny sposób postulaty Zamawiającego zapewnienia mu odpowiedniego wykonania przedmiotu zamówienia zrealizować w inny sposób.

Zdaniem Izby zaangażowanie pracowników danego wykonawcy może być różne
w różnych momentach wykonywania prac, w zależności od potrzeb Zamawiającego, które również w danych latach wykonywania zobowiązania umownego mogą przyjąć różną wielkość i zakres. Okoliczności te mogą być także zależne choćby od panujących warunków pogodowych, których w dłuższym okresie nie da się przewidzieć, a także od wysokości środków na sfinansowanie zamówienia, która również z różnych przyczyn leżących po stronie Zamawiającego lub od niego niezależnych może podlegać korektom w zależności od bieżących potrzeb jednostki.

Odwołujący w przedstawionej argumentacji, tak w odwołaniu, jak i na rozprawie ograniczył się do wykazywania ograniczonej możliwości jednoczesnego wykorzystania zasobów osobowych w różnych umowach zawartych z tym samym Zamawiającym na podobne zakresowo prace. Natomiast w przypadku udowodnienia negatywnego wpływu takiego rozlokowania zasobów osobowych przedsiębiorcy na realizację przedmiotowego zamówienia Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów. Należało zdaniem składu dowieść, że nie będzie możliwe takie podzielenie posiadanego potencjału, by spowodowało to negatywny wpływ na przedmiotowe zamówienie. W tym zakresie Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji i materiału dowodowego.

Skład orzekający nie podzielił twierdzeń Odwołującego w przedmiocie zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do stanu wynikającego z treść załącznika nr 6 do SIWZ, gdzie Przystępujący wpisał kilkunastu pracowników zatrudnionych u podmiotu trzeciego jako osób skierowanych do realizacji zamówienia przez konsorcjum Interviatech. Odwołujący uważa takie działanie za nieprawidłowe oraz wprowadzające w błąd Zamawiającego co do faktu, iż konsorcjum Interviatech dysponowało będzie, do wykonywania wszelkich robót brukarskich 12 osobami zatrudnionymi przez podwykonawcę.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż Zamawiający wymagał w warunku udziału w postępowaniu dysponowania minimum 5 brygadami po 4 osoby. Jak wynika z wykazu złożonego przez Przystępującego ten minimalny zasób stanowią pracownicy obu konsorcjantów (brygady od nr 1 do nr 5). Ten zasób oceniany był i weryfikowany jako potwierdzający spełnienie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu. Natomiast dodatkowo, w skład brygad nr 6,7,8 wchodzą pracownicy zatrudnieni przez podmiot trzeci który pełnił będzie funkcję podwykonawcy Przystępującego. Podmiot ten złożył zobowiązanie, z którego wynika, że udostępnia on swój potencjał dla warunku wiedzy
i doświadczenia w zakresie wykonania nawierzchni z kamienia naturalnego min.1 200 m², deklarując uczestnictwo w realizacji zamówienia. Oznacza to, iż Przystępujący nie korzystał z zasobu osobowego podwykonawcy celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału
w postępowaniu dysponowania osobami posiadającymi wykształcenie i kwalifikacje zawodowe, tym samym informacje wynikające z Wykazu nie mogły wprowadzić Zamawiającego celowo lub lekkomyślnie w błąd. W tym też ujęciu Izba rozumie twierdzenia Zamawiającego płynące z odpowiedzi na odwołanie, gdzie zaznaczono, że Zamawiający nie badał składu osobowego brygad. Skoro Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że zaangażowanie pracowników Przystępującego w inne przedsięwzięcia gospodarcze będzie miało negatywny wpływ na realizację przedmiotowej umowy – o czym szerzej we wcześniejszej części uzasadnienia, zatem przedstawione informacje nie mogły

wprowadzić Zamawiającego w błąd. Zamawiającemu nie przedstawiono informacji w ten sposób, że odzwierciedlały one niezgodny z rzeczywistością stan rzeczy. Przystępujący nie zataił również żadnych informacji, zwłaszcza, że oba przedsięwzięcia gospodarcze, do których nawiązywało odwołanie, realizowane są na rzecz Zamawiającego. Jest to zatem podmiot posiadający najlepszą wiedzę w jaki sposób przebiega i przebiegać może realizacja danego zobowiązania umownego.

Odwołujący nie udowodnił zatem prawdziwości twierdzeń odwołania o nieprawdziwych deklaracjach Konsorcjum skierowania wskazanych w ofercie osób do realizacji umowy. W tym przypadku nie można uznać za wystarczające przytoczenie argumentów wykorzystywania zasobów osobowych w innych przedsięwzięciach gospodarczych.

Reasumując, oddaleniu podlegały również pozostałe wskazywane w odwołaniu naruszenia przepisów ustawy Pzp, będące konsekwencją głównych zarzutów, czyli naruszenia art. 22d ust. 2 i art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.

Konkludując, Izba uznała za niezasadne zarzuty wskazujące na naruszenie przez Zamawiającego przepisów wymienionych w *petitum* odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 ze zm.), który stanowi, że *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe*.

Ponadto, przepisy ustawy z Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 r. znajdują również zastosowanie do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie. Zgodnie bowiem z art. 92 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych, *do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.*

Przewodniczący:

……