sygn. akt: KIO 809/20

WYROK

z dnia 16 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 czerwca 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2020 r. przez

wykonawcę - P. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą INRAL P. A., Czosnówka, ul. Bialska 112; 21-500 Biała Podlaska,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Wisznice, ul. Rynek 35; 21-580 Wisznice,

przy udziale wykonawcy INVESTCOM sp. z o.o. ul. Pokoju 33 21-500 Biała Podlaska, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża P. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą INRAL P. A., Czosnówka, ul. Bialska 112; 21-500 Biała Podlaska i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez P. A.

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą INRAL P. A., Czosnówka,

ul. Bialska 112; 21-500 Biała Podlaska tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od P. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą INRAL P. A.,

Czosnówka, ul. Bialska 112; 21-500 Biała Podlaska na rzecz zamawiającego Gmina Wisznice, ul. Rynek 35; 21-580 Wisznice kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący: .....

sygn. akt: KIO 809/20

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Wisznica, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Pełnienie obowiązków inspektora nadzoru nad

inwestycjami prowadzonymi przez Gminę Wisznice w ramach realizacji projektu - Rewitalizacja obszarów zdegradowanych na terenie Gminy Wisznice".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych

z dnia 17 lutego 2020 r., pod nr 513244-N-2020.

Dnia 8 kwietnia 2020 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 14 kwietnia 2020 roku wykonawca P. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą INRAL P. A. (dalej „Odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

1) wykluczeniu P. A. z postępowania,

2) odrzuceniu oferty P. A.,

3) określeniu warunków udziału w postępowaniu w sposób wewnętrznie sprzeczny, poprzez wskazanie w pkt. 6.2.3.a) s.i.w.z., że wykonawca powinien spełnić minimalne warunki dotyczące doświadczenia w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, natomiast w pkt 8.7 s.i.w.z., że przedłożenie dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu powinno dotyczyć usług wykonywanych w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert.

4) zaniechaniu dokonania wyboru oferty P. A., jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie z udziału w postępowaniu P. A. i w konsekwencji odrzucenie złożonej przez niego oferty, pomimo że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, co wykazał stosownymi dokumentami,

2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez nieprecyzyjne wezwanie wykonawcy do przedłożenia dokumentów i udzielenie wyjaśnień, nie wskazania wykonawcy okoliczności budzących wątpliwości zamawiającego,

3. art. 22 ust 1a ustawy Pzp, poprzez wewnętrznie sprzeczne sformułowanie warunków udziału w postępowaniu,

4. art 7 ust 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

5. § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126 z późn. zm.) poprzez uznanie, że referencje i oświadczenia wykonawcy oraz podmiotu na rzecz, którego zostały wykonane usługi nie jest wystarczające do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym lub ustnym, w szczególności dowodów z dokumentów:

- oświadczenia A. W. z dnia 9 kwietnia 2020 r.,

- oświadczenia A. Ł. z dnia 9 kwietnia 2020 r.,

celem wykazania faktów zrealizowania przez odwołującego usługi polegającej na

nadzorowaniu inwestycji kubaturowej w branży budowlanej, elektrycznej i sanitarnej,

2) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wykluczenia P. A. i odrzucenia złożonej przez niego

oferty,

b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

c) uznania oferty złożonej przez P. A. za najkorzystniejszą,

d) zasądzenie od zamawiającego na rzecz P. A. kosztów postępowania

odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm prawem przepisanych zgodnie z fakturą pro forma przedłożoną w terminie późniejszym,

ewentualnie gdyby Izba uznała, że ocena spełniania przez P. A. warunków udziału w postponowaniu wymaga dalszych czynności przeprowadzonych przez

zamawiającego:

e) wezwania P. A. do złożenia dokumentów lub wyjaśnień

w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem

postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego

przepisów prawa, bowiem gdyby zamawiający przeprowadził czynności zgodnie z wymogami nakazanymi w ustawie Pzp, oferta odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Zdaniem odwołującego nie ulega wątpliwości, że doszło do niewłaściwego wezwania odwołującego, pismem z dnia 13 marca 2020 r. na podstawie art 26 ust. 3 ustawy Pzp, do przedłużenia dokumentów i złożenia wyjaśnień. Z przedłożonych pierwotnie przez

odwołującego dokumentów, po ich uważnej analizie wynikało, że:

- usługi wykonywane były na rzecz (...) Pracownia Projektowa i Nadzór Inwestycyjny Budownictwa Ogólnego - ostatnia kolumna w wykazie usług potwierdzających spełnianie warunku doświadczenia oraz referencje; inwestorem była Gmina Międzyrzec Podlaski - referencje akapit 2 wers 3,

- zakres wykonywanych usług obejmował roboty konstrukcyjno- budowlane, sanitarne i instalacyjne elektryczne.

Z kolei fakt wykonywania usługi na rzecz podmiotu innego niż Inwestor wskazywał, że usługa była realizowana w ramach „podwykonawstwa". Odwołujący zwrócił uwagę, że w żadnym piśmie skierowanym do odwołującego zamawiający nie wskazał, że dokumenty i oświadczenia złożone przez odwołującego budzą jego jakiekolwiek wątpliwości. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń bądź dokumentów lub do udzielania wyjaśnień w jeśli budzą one wskazane przez zamawiającego wątpliwości. Obowiązek zamawiającego polega na przywołaniu, w skierowanym do odwołującego wezwaniu okoliczności, które budzą u zamawiającego wątpliwości. Ma to oczywiście na celu umożliwienie wykonawcy przedłożenie odpowiednich dokumentów lub udzielenie wyjaśnień. Wykonawca nie może zgadywać czego żąda od niego zamawiający.

Zdaniem odwołującego, tak naprawdę dopiero z pisma o wykluczeniu i odrzuceniu oferty, odwołujący dowiedział się na czego dotyczyły wątpliwości zamawiającego. Wątpliwości te zostały oparte na błędnych przesłankach. Gdyby zamawiający skierował do odwołującego właściwe wezwanie, ten udzieliłby wyjaśnień rozwiewających jego wątpliwości. Wskazałby, że to on odpowiadał za realizację usługi w zakresie nadzoru inwestorskiego w branży ogólno-budowlanej, sanitarnej i elektrycznej. Natomiast panowie A.Ł. i A.W. wykonywali czynności na zlecenie odwołującego i pod jego nadzorem, czego dowodzą przedłożone do odwołania oświadczenia.

Odwołujący podniósł, iż w postępowaniu pn. „Pełnienie obowiązków Inspektora Nadzoru nad inwestycją dotyczącą budowy sali gimnastycznej w Rogoźnicy" prowadzonym przez

zamawiającego Gminę Międzyrzec Podlaski w umowie o pełnienie nadzoru inwestorskiego nie przewidziano obowiązku zgłaszania podwykonawców i kar za niedochowanie takich

czynności. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia nie stanowiła integralnej części zawartej później umowy, zatem jej zapisy nie mogły stanowić o obowiązkach stron po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na marginesie odwołujący wskazał, że możliwa jest zmiana sposobu dysponowania osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia w trakcie jego realizacji, czy po złożeniu oferty, jeśli nie kłóci się to z obowiązkiem zatrudnienia danych osób na podstawie umowy o pracę. Taki obowiązek nie może mieć oczywiście miejsca w stosunku do osób wykonujących tzw. wolne zawody, wśród, których są inspektorzy nadzoru. Zakres usług świadczonych na podstawie umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania „Pełnienie obowiązków Inspektora Nadzoru nad inwestycją dotyczącą budowy sali gimnastycznej w Rogoźnicy" był o wiele szerszy niż pełnienie nadzoru w branżach ogólno-budowlanej, sanitarnej i elektrycznej.

Odwołujący nie zgodził się z poglądem zamawiającego, że umowa podwykonawcza powinna być zawarta na piśmie, na co rzekomo wskazuje definicja zawarta w art. 2 pkt 9b ustawy Pzp. Żaden przepis prawa nie nakłada na strony takiego stosunku zobowiązaniowego (polegającego na świadczeniu usług) obowiązku zawarcia umowy w formie pisemnej. Zatem zawarcie umowy, uzgodnienie wszystkich elementów przedmiotowo istotnych, mogło dojść poprzez zawarcie umowy w formie ustnej. W przypadku świadczenia usług polegających na nadzorze inwestorskim w kilku branżach praktycznie niemożliwe jest, aby w tak różnorodnych branżach jakimi są branże sanitarna, elektryczna, czy ogólno-budowlana czynności te wykonywała ta sama osoba. Powszechną praktyką jest, że taki nadzór jest sprawowany przez kilka osób, według posiadanych przez nie uprawnień. Zatem z postanowień umowy o pełnienie nadzoru inwestorskiego zawartej pomiędzy Gminą Międzyrzec Podlaski, a Panem (K.D.) nie można wyciągać wniosków dotyczących stosunków prawnych łączących poszczególnych inspektorów nadzoru.

Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił dlaczego odmówił wiarygodności oświadczeń i twierdzeń odwołującego oraz (K.D.). Stanowisko zamawiającego oparte jest tylko i wyłącznie na dowolnej i pobieżnej interpretacji informacji uzyskanych od Gminy Międzyrzec Podlaski. Zdaniem odwołującego, analiza całości akt postępowania prowadzi do wniosku, że dla zamawiającego wiarygodna jest tylko i wyłącznie umowa podwykonawcza, która została zawarta na piśmie i nie dopuszcza on innej możliwości nawiązania współpracy pomiędzy podmiotami prowadzącymi nadzór inwestorski. Nie wiadomo także, kiedy i na podstawie jakich okoliczności zamawiający podjął wątpliwości co do doświadczenia odwołującego. W piśmie z dnia 8 kwietnia 2020 r., zamawiający raz wskazuje, że wątpliwości takie podjął po złożeniu przez odwołującego wykazu wykonywanych usług oraz referencji (str. 2). Innym razem zamawiający wskazuje, że takie wątpliwości powziął po wykonaniu przez odwołującego wezwania z dnia 13 marca 2020 r. (str. 3). Zmawiający do chwili wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty nie wyartykułował na czym polegały jego wątpliwości, które miały dotyczyć zakresu usług wykonywanych przez odwołującego.

Zdaniem odwołującego, za ograniczenie zamawiającego należy uznać konieczność legitymowania się przez wykonawców doświadczeniem zdobytym wyłącznie w oparciu o umowy zawarte w formie pisemnej. Zgodnie z § 2 ust 4. pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, 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.

Zasada przejrzystości postępowania wyraża się w obowiązku zapewnienia jawności postępowania na każdym jego etapie, a także określania jednoznacznych i możliwie jasnych wymagań związanych z ubieganiem się o zamówienie publiczne. Przestrzeganie tej zasady ma służyć zapewnieniu powiązanej z nią zasady równego traktowania wykonawców. Odwołujący podniósł, iż zamawiający nie wskazał czego oczekuje od odwołującego kierując do niego wezwania do przedłożenia dokumentów i złożenia wyjaśnień. W żadnym miejscu dokumentacji przetargowej nie było zawarte wymaganie przedłożenia umowy pisemnej o podwykonawstwo, która została przedłożona zamawiającemu na rzecz, którego świadczone były usługi.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie

odwołania.

Do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Investcom sp. z o.o.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz s.i.w.z. określił minimalne warunki dotyczące doświadczenia wykonawcy. Zgodnie przywołanym postanowieniami „Wykonawca zdolny do należytego wykonania udzielanego zamówienia, to taki, który wykaże się doświadczeniem, w należytym wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną usługą w zakresie nadzorowania inwestycji kubaturowej w branży budowlanej, elektrycznej i sanitarnej o łącznej wartości brutto co najmniej 1 000 000,00 PLN. Uwaga: Wykonawca powinien się wykazać realizacją usługi nadzoru robót budowlanych we wszystkich wymienionych branżach, przy czym wartość 1 000 000,00 PLN dotyczy łącznej wartości brutto robót budowlanych wszystkich wymienionych branż na jednej inwestycji”.

Pismem z dnia 6 marca 2020 roku, zamawiający na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący przedłożył wykaz usług na potwierdzenie spełnianie warunku doświadczenia. Wskazał, że w okresie ostatnich 5 lat wykonał usługę na rzecz (K.D. Pracownia Projektowa i Nadzór Inwestycyjny Budownictwa Ogólnego) polegającą na Nadzorze Inwestorskim nad zadaniem „Budowa hali sportowej wraz z łącznikiem Rogoźnica 96, 21-560 Międzyrzec Podlaski” w zakresie branż: konstrucyjno-budowlanej, elektrycznej i sanitarnej. Wskazał wartość nadzorowanego zadania, która wynosiła ponad 6 milionów zł. Przedłożono również stosowne referencje.

Pismem z dnia 13 marca 2020 roku, zamawiający wezwał odwołującego do złożenia referencji wystawionych przez podmiot na rzecz, którego usługi były wykonywane oraz udzielenia wyjaśnień - odpowiedzi na sformułowane w piśmie pytania:

- czy usługi te były wykonywane na rzecz Gminy Międzyrzec Podlaski?
- czy na rzecz (K.D.) Pracownia Projektowa i Nadzór Inwestycyjny Budownictwa Ogólnego?
- jeśli na rzecz (K.D.) Pracownia Projektowa i Nadzór Inwestycyjny Budownictwa Ogólnego, to czy w charakterze podwykonawcy (zgłoszonego czy nie zgłoszonego zamawiającemu)?
- jeśli w charakterze podwykonawcy to w jakim zakresie?

Odwołujący udzieli żądanych odpowiedzi i przedłożył dokumenty za pismem z dnia 14 marca 2020 roku.

Pismem z dnia 23 marca 2020 roku, zamawiający zwrócił się do (K.D.) o udzielenie

wyjaśnień lub przedłożenie dokumentów w zakresie samodzielnego podwykonawstwa przez odwołującego nadzoru w branżach konstrukcyjno-budowlanej, sanitarnej i elektrycznej na inwestycji „Pełnienie obowiązków Inspektora Nadzoru nad inwestycją dotyczącą budowy sali gimnastycznej w Rogoźnicy". Odpowiedź została zamawiającemu udzielona.

Pismem z dnia 8 kwietnia 2020 roku, zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

Izba podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego i przystępującego.

Odnośnie zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, co następuje.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 6 marca 2020 roku (art. 26 ust. 2 ustawy Pzp), odwołujący dnia 11 marca 2020 roku, złożył wykaz wykonywanych usług oraz dowód potwierdzający wykonywanie nadzoru w postaci referencji. Z przedstawionych dokumentów wynikało, że usługa nadzoru inwestorskiego w branży konstrukcyjno-budowlanej, elektrycznej i sanitarnej nad zadaniem „Budowa hali sportowej wraz z łącznikiem - Rogoźnica 96, 21-560 Międzyrzecz Podlaski" została wykonana na rzecz (K.D.) Pracownia Projektowa i Nadzór Inwestycyjny Budownictwa Ogólnego. Wartość nadzorowanego zadania wynosiła 6.494.872,92 zł.

Izba stwierdziła, że z dołączonych do wykazu usług referencji nie wynikało, czy odwołujący wykonał usługę w zakresie nadzoru nad robotami konstrukcyjno-budowlanymi, instalacji sanitarnych i instalacji elektrycznych, jako samodzielny wykonawca czy też jako podwykonawca.

W związku z powziętymi wątpliwościami zamawiający zwrócił się bezpośrednio do Inwestora - Gminy Międzyrzec Podlaski z prośbą o udzielenie odpowiedzi na pytania: jaki podmiot sprawował nadzór inwestorski na prowadzoną przez Gminę Międzyrzec Podlaski inwestycją pn. „Budowa Sali gimnastycznej w Rogoźnicy?" oraz czy przy realizacji usługi nadzoru inwestorskiego występowali podwykonawcy.

Gmina Międzyrzec Podlaski w udzielonej odpowiedzi wskazała, że nadzór inwestorski nad inwestycją „Budowa Sali gimnastycznej w Rogoźnicy" sprawował wykonawca - (K.D.) Pracownia Projektowa i Nadzór Inwestycyjny Budownictwa Ogólnego, który wykazał osoby do realizacji zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w s.i.w.z., tj.:

1) odwołującego - jako inspektora nadzoru branży konstrukcyjno-budowlanej,

2) A.Ł. - jako inspektora nadzoru branży elektrycznej,

3) A.W. - jako inspektora nadzoru branży sanitarnej.

Wszystkie powyższe osoby skierowane do realizacji zamówienia zostały wskazane przez wykonawcę (K.D.) - jako zasób własny. Natomiast z umowy zawartej pomiędzy Inwestorem a wykonawcą wynikało, że osoby te miały realizować zamówienie jako inspektorzy nadzoru poszczególnych branż, posiadający uprawnienia w wymaganym zakresie.

Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia referencji wystawionych przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane oraz do złożenia wyjaśnień pozwalających prawidłowo ocenić charakter świadczonej usługi.

W tym miejscu Izba odniosła się do zarzutu odwołującego, dotyczącego naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wskazując, iż jest on bezzasadny. Zdaniem Izby, zamawiający kierując wezwanie do odwołującego wprost wskazał, jakie wątpliwości powziął otrzymując dokumenty od odwołującego oraz skonkretyzował pytania, na które odwołujący miał obowiązek, odpowiedzieć.

W odpowiedzi na powyższe, odwołujący złożył zmodyfikowane referencje wystawione przez (K.D.) wraz z załączonym sprostowaniem, sporządzonym na prośbę odwołującego.

Zdaniem Izby, z treści wyjaśnień oraz referencji wynikało, że odwołujący świadczył na rzecz (K.D.) usługę polegającą na zapewnieniu inspektorów nadzoru w branżach konstrukcyjno-budowlanej, sanitarnej i elektrycznej. Odwołujący poinformował również, że według posiadanej wiedzy, nie został zgłoszony Inwestorowi jako podwykonawca.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, powyższe dokumenty zgromadzone przez zamawiającego wprost wskazywały na rozbieżności pomiędzy wyjaśnieniami Gminy Międzyrzec Podlaski i dokumentacją postępowania a dokumentami (wykazem usług,

referencjami) przedstawionymi przez odwołującego.

Izba, przyjmując za wiarygodne i rozstrzygające wyjaśnienia i dokumenty złożone przez Gminę Miedzyrzec Podlaski stwierdziła, że odwołujący nie był samodzielnym podwykonawcą zamówienia wykonywanego na rzecz Gminy Międzyrzec Podlaski. Nie mógł być również wykonawcą w wymaganym przez zamawiającego łącznym zakresie (nadzór w branży

konstrukcyjno- budowlanej, instalacji sanitarnych i instalacji elektrycznych), skoro co do dwóch zakresów, nadzór w ramach zasobów własnych (K.D.) wykonywały inne osoby (A.Ł. i A.W.). Również z wyjaśnień Gminy Międzyrzec Podlaski, sporządzonych w oparciu o treść umowy zawartej z wykonawcą (K.D.) wynikało, że odwołujący prowadził nadzór inwestorski jedynie w zakresie branży konstrukcyjno-budowlanej.

Zamawiający, mając na względzie z jednej strony potrzebę wyjaśnienia sprawy w sposób prawidłowy, a z drugiej mając na względzie zasady wynikające z przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do wystawcy referencji, jako strony umowy o zamówienie publiczne zawartej z Gminą Międzyrzec Podlaski o przedstawienie dokumentów potwierdzających, w jakim zakresie odwołujący wykonał jako samodzielny podwykonawca usługę polegającą na nadzorze w branżach konstrukcyjno-budowlanej, sanitarnej i elektrycznej w ramach referencyjnego zamówienia publicznego.

W odpowiedzi na powyższe zamawiającemu nie przedstawiono żadnych dokumentów, a jedynie oświadczono, że odwołujący usługę polegającą na zapewnieniu inspektorów nadzoru inwestorskiego w branżach konstrukcyjno-budowlanej, sanitarnej i elektrycznej,

realizował jako jedyny podwykonawca na podstawie umowy ustnej. Wskazano również po raz kolejny, że umowa ta nie została zgłoszona Inwestorowi.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stoi na stanowisku, iż aby wykonawca mógł się legitymować stosownym doświadczeniem w realizacji zamówienia, na które się powołuje, winien w sposób jednoznaczny wykazać, że takie zamówienie, lub jego część faktycznie realizował. W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca (K.D.) startując w innym postępowaniu, w wykazie osób, które będzie kierował do realizacji zamówienia (dla określonych branż) podał konkretne osoby i jako sposób ich dysponowania wskazał - zasób własny. Co istotne, na podstawie takiego oświadczenia, zamawiający dokonał oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Następnie odwołujący, składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu, próbuje wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w oparciu o okoliczności, które jak wynika ze złożonych przez zamawiającego dokumentów nie było. Nie można zgodzić się z odwołującym, iż sam fakt wykonywania przez niego usługi na rzecz podmiotu innego niż Inwestor udowadniał okoliczność, że usługa realizowana była przez odwołującego w ramach podwykonawstwa. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a następnie postępowanie odwoławcze, jest postępowaniem sformalizowanym, dlatego też to odwołującym spoczywa obowiązek wykazania faktów, z których wywodzi określone skutki prawne oraz przestawienie dowodów na powoływane okoliczności (postępowanie dowodowe). Zaniechanie odwołującego, polegające na braku zabezpieczenia określonych środków dowodowych w celu ewentualnego późniejszego wykazania, w jaki sposób odwołujący realizował określone zamówienie i na czyją rzecz i w jakiej formie ta współpraca się odbywała obciąża odwołującego. Sam fakt złożenia oświadczeń przez osoby współpracujące z odwołującym, czy też okoliczność wystawienia przez te osoby faktur dla odwołującego i ich zapłaty przez odwołującego, nie potwierdzają jeszcze okoliczności, które próbował wywodzić odwołujący w odwołaniu oraz na rozprawie.

Izba bez rozpoznania pozostawiła zarzut odwołującego dotyczący naruszenia przepisu art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, uznając ten zarzut za spóźniony, albowiem dotyczy on treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie: 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Skoro zatem, ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane dnia 17 lutego 2020 roku, to w niniejszej sprawie odwołanie, w zakresie przedmiotowego zarzutu, uznać należało za spóźnione.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem w ocenie Izby zamawiający przeprowadził przedmiotowe postępowanie z poszanowaniem zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz

zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Wskazać bowiem należy, iż zamawiający dołożył należytej staranności w celu ustalenia prawidłowego stanu faktycznego sprawy, mając na względzie wszystkie okoliczności, jakie dały się ustalić w sprawie.

Powyższe oznacza, że wszyscy wykonawcy byli traktowani w taki sposób, który umożliwiał im konkurencyjne i zgodne z przepisami ubieganie się o uzyskanie zamówienia publicznego.

Odnośnie zarzutu dotyczącego naruszenia §2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez uznanie, że referencje i oświadczenia wykonawcy oraz podmiotu na rzecz, którego zostały wykonane usługi nie jest wystarczające do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Wskazać bowiem należy, iż zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości, co do zgodności ze stanem faktycznym złożonych przez odwołującego dokumentów, w związku z czym miał prawo, zwrócić się do zamawiającego - Gminy Międzyrzec Podlaski oraz do wykonawcy zamówienia (K.D.) o udzielnie dodatkowych wyjaśnień. Działanie takie, znajduje swoje podstawy prawne, albowiem zgodnie z §2 ust. 6 ww. rozporządzenia, jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego, związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: .....