

WYROK

z dnia 25 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę ASBUD S. i G. P. Sp. j., Grobów 9C, 66-220 Łagów w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Świebodzińskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., ul. Cegielniana 2, 66-200 Świebodzin

przy udziale wykonawcy JAR-BUD J. D., Widziszewo, ul. Podgórna 35, 64-000 Kościan, zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - ASBUD S. i G. P. Sp. j., Grobów 9C, 66-220 Łagów:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od Odwołującego - ASBUD S. i G. P. Sp. j., Grobów 9C, 66-220 Łagów, na rzecz Zamawiającego - Świebodzińskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o., ul. Cegielniana 2, 66-200 Świebodzin, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2019 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 Zielonej Górze.

Przewodniczący:

Zamawiający - Świebodzińskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., ul. Cegielniana 2, 66-200 Świebodzin, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę „Budynku mieszkalnego wielorodzinnego nr 1, zbiornika retencyjno-odparowującego wraz z infrastrukturą techniczną na ulicy Bocznej dz. nr 136/6, 231/13 w Świebodzinie”. Wartość postępowania nie przenosi kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29.01.2020 r. pod numerem 504421-N-2020.

Zamawiający w dniu 2.04.2020 r. przekazał wykonawcy ASBUD S. i G. P. Sp. j., Grobów 9C, 66-220 Łagów (dalej również jako Odwołujący) informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy JAR-BUD.

Od tej czynności w dniu 7.04.2020 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 11 ustawy Pzp poprzez brak wezwania Firmy Usługowo- Remontowa JAR-BUD J. D. z siedzibą w Widziszewie (dalej „JAR-BUD”) do uzupełnienia oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej, bowiem pomimo upływu terminu na złożenie tego oświadczenia JAR-BUD z własnej inicjatywy nie złożył wymaganego art. 24 ust. 11 PZP oświadczenia,
- 2) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12) w zw. z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia JAR-BUD z postępowania pomimo tego, że w odpowiedzi na wezwanie do przedłożenia dokumentów i oświadczenia wykazujących spełnienie warunków udziału w postępowaniu JAR-BUD w sposób nienależyty wypełnił zobowiązanie ŚTBS w przedmiocie doręczenia dokumentów mających na celu wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w postaci oświadczeń podmiotów trzecich o oddaniu do dyspozycji zasobów. Okoliczność ta powoduje, że JAR-BUD nie wykazał dysponowania podmiotem trzecim na potrzeby realizacji zamówienia

ewentualnie:

- 3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12) w zw. z art. 22a ust. 1 ustawy

Pzp poprzez zaniechanie poprzez wezwania JAR-BUD do uzupełniania dokumentów wykazujących spełnienie warunków udziału w postępowaniu JAR-BUD w postaci oświadczenia podmiotów trzecich o oddaniu mu zasobów na potrzeby realizacji Zamówienia,

- 4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i proporcjonalności oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp, a także innymi przepisami wynikającymi z uzasadnienia niniejszego Odwołania.

W oparciu o powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert,
- 3) wykluczenia JAR-BUD z postępowania,
- 4) odrzucenia oferty JAR-BUD,
- 5) ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia JAR-BUD z postępowania oraz zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy) wezwania JAR- BUD do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów.

Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.

Odwołujący wskazuje, że w toku postępowania JAR-BUD z własnej inicjatywy winien złożyć STBS oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej. Samo niedochowanie

terminu, o którym mowa w art. 24 ust. 11 ustawy Pzp, na złożenie wskazanego oświadczenia, nie powinno skutkować automatycznym wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Niedochowanie tego terminu nie zostało bowiem obwarowane przez ustawodawcę sankcją wykluczenia z postępowania, zaś katalog podstaw do wykluczenia z postępowania ma charakter zamknięty i nie powinien być interpretowany rozszerzająco. Odwołujący dodaje, że Zamawiający jednak powinien dokonać weryfikacji braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej wykonawców ubiegających się o to samo zamówienie (jego część), która to przynależność mogłaby prowadzić do zachwiania uczciwej konkurencji w postępowaniu. Odwołujący podnosi, że jest to jedna z obligatoryjnych przesłanek oceny podmiotowej wykonawców w postępowaniu, odnosząca się do braku podstaw do wykluczenia z postępowania, opisana w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. W przypadku więc braku złożenia samodzielnie przez wykonawcę takiego oświadczenia, o którym stanowi art. 24 ust 11 ustawy

Pzp, zamawiający powinien wezwać tego wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia takiego dokumentu, wyznaczając wykonawcy odpowiedni termin na dokonanie takiej czynności. Dopiero brak uzupełnienia na wezwanie zamawiającego takiego dokumentu powinien skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania w oparciu o dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Z powyższego wywodzi, że JAR-BUD nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania, poprzez nieprzedłożenie wymaganego przez STBS, a niezbędnego do przeprowadzenia postępowania (oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania), oświadczenia lub dokumentu i tym samym Zamawiający zaniechał czynności określonej w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. art. 24 ust. 11 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu nr 2 ASBUD wskazuje, że JAR-BUD winien wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 6.1 lit b) SIWZ w postaci dysponowania:

- 1) 1 osobą posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub odpowiadające im równoważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów,
- 2) 1 osobą posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: ciepłych, wentylacyjnych, gazowych wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń lub odpowiadające im równoważne uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia,
- 3) 1 osobą posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń lub odpowiadające im równoważne uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia.

Odwołujący informuje, że na okoliczność wykazania spełniania warunku ww. udziału w postępowaniu zgodnie z pkt. 6.3 SIWZ wykonawca zobowiązany był przedłożyć wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na ich temat kwalifikacji zawodowych uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnego do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ. Natomiast załącznik nr 5 do SIWZ (pod tabelą) wyraźnie określał, że gdy wykonawca wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych polega na zasobach innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 PZP powinien przedłożyć pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (np. zobowiązanie zgodne ze wzorem stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ).

Odwołujący podnosi, że w aktach postępowania nie sposób odnaleźć dokumentu stanowiącego zobowiązanie podmiotów trzecich (kierownika budowy oraz kierowników robót instalacyjnych i elektrycznych) do udostępnienia zasobów JAR-BUD na potrzeby wykonania Zamówienia. Odwołujący dodaje, że JAR-BUD nie wykazał w jakim zakresie ani na jakich zasadach podmioty trzecie udostępniają mu zasoby na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016

r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia wydane na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający w celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający może żądać dokumentów, które określają w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 4) czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą. Czyniąc zadość temu przepisowi, STBS zobowiązał wykonawcę posługującego się zasobami podmiotów trzecich do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania realności tego zobowiązania w postaci przedstawienia załącznika nr 6 do SIWZ. STBS pismem z dnia 26 marca 2020 roku wezwał JAR-BUD do przedłożenia m.in. wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności

odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na ich temat kwalifikacji zawodowych uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnego do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ. Odwołujący podkreśla, że wezwanie to było precyzyjne i jednoznaczne.

Odwołujący wskazuje, że pomimo tego faktu, JAR-BUD w dniu 31 marca 2020 roku złożył niekompletne dokumenty mające na celu wykazanie warunków udziału w postępowaniu, bowiem nie zawierały one informacji mających na celu wykazanie przez JAR-BUD podstawy dysponowania podmiotami trzecimi w postaci kierownika budowy oraz kierowników robót pomimo wezwania STBS. Tym samym JAR-BUD nienależycie wykonał wezwanie STBS w zakresie przedstawienia wykazu osób mającego na celu wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący podnosi, że w przypadku, gdy skierowane do wykonawcy wezwanie do uzupełnienia zobowiązania innego podmiotu do oddania swoich zasobów wykonawcy było precyzyjne, brak jest możliwości ponownego wezwania do uzupełnienia tego dokumentu. Zdaniem Odwołującego oznacza to, że wykonawca winien zostać wykluczony z prowadzonego postępowania. Podnosi, że stanowisko to jest zgodne z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej - przepisy ustawy Pzp nie dają podstawy do ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów dotyczących spełnienia tego samego warunku udziału w postępowaniu. Wskazuje, że wielokrotne korzystanie z tej procedury, według uznania Zamawiającego, mogłoby stać w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców. Odstępstwo od zasady jednorazowego wzywania do uzupełnienia dokumentów w tym samym zakresie dopuszczane jest w orzecznictwie wyłącznie w sytuacji wadliwości pierwszego wezwania. Jeśli więc wezwanie było nieprecyzyjne, niezrozumiałe, niedające wykonawcy możliwości prawidłowego ustosunkowania się do niego, powinno zostać ponowione w sposób prawidłowy. Odwołujący podnosi, że Izba wielokrotnie stwierdzała, że obowiązek złożenia dokumentów, które potwierdzają określone okoliczności, spoczywa na wykonawcy i to on musi dołożyć należytej staranności, aby temu obowiązkowi zadośćuczynić, a przez to nie narazić się na negatywne konsekwencje, czy to w postaci wykluczenia z postępowania, czy też odrzucenia oferty - zaniechanie w tym zakresie obciąża wykonawcę, a nie zamawiającego. Wskazuje, że nie może być bowiem tak, iż wykonawca, który nie złożył określonych dokumentów wraz z ofertą, na wezwanie zamawiającego dokonuje ich uzupełnienia i oczekuje, że jednoznaczne potwierdzenie spełnianych wymagań nastąpi w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Z powyższego wywodzi, że JAR-BUD w sposób nienależyty wypełnił zobowiązanie STBS do doręczenia dokumentów mających na celu wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w postaci oświadczenia podmiotów trzecich. Okoliczność ta powoduje, że JAR-BUD nie wykazał dysponowania podmiotem trzecim na potrzeby realizacji Zamówienia. Tym samym Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12) w zw. z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia JAR-BUD z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca JAR-BUD J. D. z siedzibą w Kościanie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz korespondencją Zamawiającego z wykonawcami, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na odwołanie oraz pismem uczestnika, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustaliła, co następuje.

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

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, wobec możliwości 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.

Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z SIWZ, na potwierdzenie dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym, wg. pkt 6.3 SIWZ wykonawca zobowiązany był do przedstawienia „Wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na ich temat kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnego do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ”

W dniu 21.02.2020 r. do Zamawiającego wpłynęło oświadczenie wykonawcy Jar-Bud J. D. o braku przynależności do grupy kapitałowej. Oświadczenie to datowane było na dzień 18.02.2020 r.

W dniu 26.03.2020 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcę Jar-Bud J. D. do złożenia, w terminie do 31.03.2020 r. m.in. dokumentów i oświadczeń potwierdzających okoliczności dotyczących zdolności technicznej - wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku opisanego w pkt. 6.1 lit. b) SIWZ 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, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ.

Wykonawca Jar-Bud J. D. w dniu 31.03.2020 r. wniósł do Zamawiającego pakiet dokumentów w tym wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia na formularzu załącznika nr 5 do SIWZ. W wykazie tym wskazano trzy osoby - pana P.M. powołanego na kierownika budowy, pana M.B. - kierownika robót sanitarnych, pana E.G. - kierownika robót elektrycznych. Przy każdej z ww. osób jako „informację o podstawie dysponowania” wskazano „umowa zlecenie”.

Izba zważyła, co następuje.

Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Pierwszy z zarzutów odwołania dotyczył naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w zw.

z art. art. 24 ust. 11 ustawy Pzp, mającego polegać na zaniechaniu wezwania wykonawcy JAR-BUD J. D. z siedzibą w Widziszewie (dalej „JAR-BUD”) do uzupełnienia oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej, którego wykonawca ten, pomimo upływu terminu JAR-BUD z własnej inicjatywy nie złożył wymaganego art. 24 ust. 11 ustawy Pzp oświadczenia.

Odwołujący zarzut ten wywodził z braku rzeczowego oświadczenia w dokumentacji postępowania. Jak ustalono powyżej, co też zasadnie podnosił Zamawiający, oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej Jar-Bud zostało złożone w dniu 21.02.2020 r. i znajduje się w aktach postępowania. Odwołujący na rozprawie nie kwestionował tej okoliczności.

Mając na uwadze powyższe Izba omawiany zarzut uznała za całkowicie bezzasadny.

W drugim z zarzutów Odwołujący podnosił naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12) w zw. z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wywodził to z zaniechania wykluczenia JAR-BUD z postępowania pomimo tego, że w odpowiedzi na wezwanie do przedłożenia dokumentów i oświadczenia wykazujących spełnienie warunków udziału w postępowaniu JAR-BUD w sposób nienależyty miał wypełnić zobowiązanie ŚTBS w przedmiocie doręczenia dokumentów mających na celu wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Konkretnie dotyczyło to potencjału kadrowego i oświadczeń podmiotów trzecich o oddaniu do dyspozycji osób wymaganych dla realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego powoduje to, że JAR-BUD nie wykazał dysponowania wymaganymi osobami dla potrzeb realizacji zamówienia.

W ocenie Izby zarzut ten jest bezpodstawny. Jak wynika z ustalonych na podstawie dokumentacji postępowania okoliczności, wykonawca JAR-BUD na wezwanie Zamawiającego złożył wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, w którym jako podstawę dysponowania tymi osobami wskazano „umowa zlecenie”. Jak wskazuje utrwalona linia orzecznicza KIO (por. np. KIO 650/17, KIO 588/18, KIO 1972/18, KIO 240/19) dysponowanie osobami na podstawie umowy zlecenia uważa się za tzw. dysponowanie bezpośrednie. Oznacza to, że nie zachodzi sytuacja, której dotyczy art. 22a ust. 1 ustawy Pzp - tj. poleganie wykonawcy na zdolnościach technicznych (zasobach) innego podmiotu. Co za tym idzie, nie zaktualizował się w stosunku do wykonawcy JAR-BUD określony w art. 22a ust. 2 ustawy Pzp obowiązek udowodnienia zamawiającemu, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami innych podmiotów - poprzez przedstawienie zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na czas realizacji zamówienia. Odwołujący w żaden sposób nie uprawdopodobnił, że osoby wskazane w wykazie JAR-BUD pozostają w dyspozycji podmiotów trzecich i nie mogą być w dyspozycji bezpośredniej tego wykonawcy. Izba nie podzieliła zaprezentowanego w toku rozprawy poglądu, że brak wpisu w CEIDG dwóch osób z tego wykazu oraz zdobycie doświadczenia w trakcie realizacji inwestycji u innych podmiotów świadczy o zatrudnieniu tych osób na umowę o pracę u innego podmiotu. Należy zważyć, że wykonywanie samodzielnych funkcji w budownictwie na podstawie umowy zlecenia nie wymaga prowadzenia jednoosobowej działalności gospodarczej ujawnionej w CEIDG. Po drugie, samo wcześniejsze wykonywanie usług na rzecz innych podmiotów nie jest wystarczającą przesłanką dla wywodzenia, że osoby związane są z tymi podmiotami stałym i ciągłym stosunkiem współpracy. Zamawiający nie miał zatem żadnych podstaw do wymagania od JAR-BUD dokumentów dotyczących zobowiązań podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów. Odwołujący braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie wywodził z innych okoliczności.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała że nie doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, wobec czego przedmiotowy zarzut oddaliła.

Jako trzeci Odwołujący postawił zarzut ewentualny - naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12) w zw. z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprzez wezwania JAR-BUD do uzupełniania dokumentów wykazujących spełnienie warunków udziału w postępowaniu w postaci oświadczenia podmiotów trzecich o oddaniu mu zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Przedmiotowy zarzut nie potwierdził się. Jak Izba wskazała w odniesieniu do zarzutu drugiego, Zamawiający nie miał żadnych podstaw do wzywania wykonawcy JAR-BUD do uzupełnienia dokumentów dotyczących zobowiązań podmiotów trzecich.

Ostatni z zarzutów odwołania dotyczył naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania

wykonawców i proporcjonalności oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp, a także innymi przepisami wskazanymi w uzasadnieniu odwołania.

Zarzut ten należało ocenić jako pomocniczy, którego zasadność uzależniona była od stwierdzenia zaistnienia naruszeń wskazanych powyżej. Wobec uznania przez Izbę, że brak jest podstaw dla stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów powołanych w zarzutach 1-3, również omawiany zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

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 i § 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: