

WYROK
z dnia 18 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lutego 2021r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **WINDA-WARSZAWA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** postępowaniu prowadzonym przez **Telewizję Polską S.A., Biuro Zakupów i Zamówień Publicznych z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **P. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Liftprojekt Inżynieria Dźwigowa P. R. z siedzibą w Ostrowi Mazowieckiej** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. odwołanie oddala;

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący :

UZASADNIENIE

Zamawiający - Telewizja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa, wymiana i modernizacja dźwigów windowych zainstalowanych w obiektach Telewizji Polskiej S.A. w Warszawie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 590057-N-2020 z dnia 30.09.2020 r.

W dniu 25 stycznia 2021 r. Odwołujący - WINDA-WARSZAWA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty, oferty złożonej przez wykonawcę P. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Liftprojekt Inżynieria Dźwigowa P. R. z siedzibą w Ostrowi Mazowieckiej (dalej: „Przystępujący”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 22 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez błędne uznanie, że Przystępujący nie podlega wykluczeniu z postępowania, podczas gdy nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp);

2)art. 24 ust. 1 pkt 12) i ust. 4 Pzp poprzez niezgodne z przepisami Pzp, treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) działanie Zamawiającego, polegające na błędnym uznaniu, że Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, w szczególności w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;

3)art. 25a ust. 1 pkt 1) w zw. z 26 ust. 2 oraz art. 25 ust. 1 Pzp poprzez błędną ocenę, że złożenie przez Przystępującego oświadczenia w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zostało potwierdzone dokumentem pn. „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia”;

4)art. 26 ust. 4 w zw. z art. 9 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wymienionych wyżej oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, pomimo że nie wykazały one spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia przez Przystępującego;

5)art. 24 ust. 1 pkt 17) w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego pomimo wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez tego Przystępującego przy przedstawieniu informacji mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w zakresie oświadczenia załączonego do formularza oferty a także w formularzu pn. „Wykaz osób”.

Odwołujący w oparciu o tak przedstawione zarzuty wniósł o:

-unieważnienie czynności wyboru oferty Liftprojekt jako najkorzystniejszej;

-powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

-wykluczenie Przystępującego z postępowania oraz uznanie oferty tego Wykonawcy za odrzuconą;

-dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;

-dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów w postępowaniu oraz dokumentów wskazanych w niniejszym odwołaniu przez Odwołującego jako uzasadnienie stawianych zarzutów.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że w pkt 7.2.2. SIWZ Zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu polegający na dysponowaniu przez wykonawcę co najmniej trzema osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadającymi kwalifikacje zawodowe i uprawnienia niezbędne do prawidłowego wykonania powierzonych funkcji, tj.:

1. co najmniej 2 osoby posiadające uprawnienia G1 w zakresie eksploatacji potwierdzone świadectwem wystawionym przez uprawnione instytucje powołane zgodnie z prawem przez Urząd Regulacji Energetyki (URE) np. SEP, PSE z zakresu:

1)urządzeń prądotwórczych przyłączonych do krajowej sieci elektroenergetycznej bez względu na wysokość napięcia znamionowego;

2)urządzeń, instalacji i sieci elektroenergetycznych o napięciu nie wyższym niż 1 kV;

3)aparatury kontrolno-pomiarowej oraz urządzeń i instalacji automatycznej regulacji, sterowania i zabezpieczeń urządzeń i instalacji wymienionych w pkt 1 i 2;

2. co najmniej 1 osoba posiadająca uprawnienia G1 w zakresie dozoru potwierdzone świadectwem wystawionym przez uprawnione instytucje powołane zgodnie z prawem przez Urząd Regulacji Energetyki (URE) np. SEP, PSE z

zakresu:

- 1) urządzeń prądowórczych przyłączonych do krajowej sieci elektroenergetycznej bez względu na wysokość napięcia znamionowego;
- 2) urządzeń, instalacji i sieci elektroenergetycznych o napięciu nie wyższym niż 1 kV;
- 3) aparatury kontrolno-pomiarowej oraz urządzeń i instalacji automatycznej regulacji, sterowania i zabezpieczeń urządzeń i instalacji wymienionych w pkt 1 i 2.

3. co najmniej 1 osoba posiadająca zaświadczenie kwalifikacyjne do modernizacji urządzeń transportu bliskiego potwierdzone świadectwem wystawionym przez Urząd Dozoru Technicznego.

Na potwierdzenie powyższego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający żądał w pkt 10.4.2 SIWZ złożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami oraz oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Wzór wykazu Zamawiający przekazywał Wykonawcy wraz z wezwaniem, o którym mowa w pkt 10.6.3 SIWZ.

Odwołujący wskazał, że Przystępujący w treści Oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnieniu warunków udziału w postępowaniu stwierdził, iż brak jest podstaw do wykluczenia go z postępowania z powodu niespełnienia przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp oraz, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu określone w pkt 7.2 SIWZ.

W dniu 5 stycznia 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, tj. wykazu dostaw (pkt 7.2.1 SIWZ), wykazu urządzeń oraz wykazu osób (pkt 7.2.2 SIWZ), zgodnego w treści z wykazem załączonym do pisma.

W odpowiedzi Przystępujący złożył wykaz dostaw, wykaz osób oraz wykaz urządzeń. Wykaz osób zawierał oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. W pozycji 4 Wykazu osób Przystępujący wskazał p. Jana Śniegockiego jako osobę posiadającą kwalifikacje do modernizacji urządzeń transportu bliskiego potwierdzone świadectwem wystawionym przez Urząd Dozoru Technicznego, wskazując zakres wykonywanych przez tę osobę czynności jako „Monter” oraz jako podstawę dysponowania — umowę zlecenie.

Uwzględniając powyższe okoliczności Odwołujący stwierdził, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego dysponowania osobami. Zaświadczenie kwalifikacyjne wystawione przez Urząd Dozoru Technicznego to w rzeczywistości świadectwo zdania egzaminu, które upoważnia osobę fizyczną do pełnienia obowiązków osoby odpowiedzialnej za modernizację urządzeń, jednak tylko pod warunkiem zatrudnienia w konkretnym zakładzie pracy, który jako podmiot również musi posiadać stosowne uprawnienia. Wyjaśnił, że weryfikacji uprawnień podmiotów dokonuje się na podstawie oficjalnego wykazu zamieszczonego na stronie. W wykazie tym nie figuruje Liftprojekt - ani pod nazwą wskazaną w postępowaniu, ani pod imieniem i nazwiskiem właściciela jako osoby prowadzącej działalność gospodarczą. Tym samym żaden z pracowników zatrudnionych u Przystępującego nie może posiadać stosownych kwalifikacji. Odwołujący wyjaśnił ponadto, że możliwe jest posiadanie przez osobę fizyczną ważnego świadectwa w innym zakładzie pracy niż Liftprojekt i tak jest w przypadku Pana J. Ś., który prowadzi własną działalność gospodarczą i figuruje w oficjalnym wykazie Urzędu Dozoru Technicznego. Nie jest to jednak równoznaczne z posiadaniem odpowiednich uprawnień w ramach zakładu pracy, którym - w tym przypadku - musiałby być Liftprojekt. Odwołujący podkreślił, że istnieje bezpośrednia zależność uprawnień osoby, która może realizować czynności modernizacyjne, od zakładu pracy, w którym jest zatrudniona. Zatrudnienie to praca w sensie prawnym, czyli odpłatne zaangażowanie pracy ludzkiej w działalność produkcyjną lub usługową podmiotu gospodarczego w oparciu o umowę między pracodawcą i pracownikiem. Zgodnie z art. 22 § 1 Kodeksu pracy przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. Umowa zlecenie, którą wskazał Przystępujący jako formę dysponowania osobą Pana J. Ś., to umowa cywilnoprawna, uregulowana w Kodeksie cywilnym. Przedmiotem umowy zlecenia jest zobowiązanie jednej osoby (zleceniobiorcy) do wykonania określonej czynności prawnej dla innego podmiotu (zleceniodawcy), na warunkach w niej określonych. O ile, co do zasady, nie ma przeszkód, aby w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dysponować zasobem ludzkim na podstawie umowy cywilnoprawnej, o tyle w przedmiotowej sytuacji jest to niezgodne z przepisami regulującymi nadawanie uprawnień do modernizacji urządzeń technicznych. I nawet, gdyby przyjąć, że p. J. Ś. zostałby zatrudniony przez Przystępującego w ramach umowy o pracę, to i tak Przystępujący nie figuruje w oficjalnym wykazie Urzędu Dozoru Technicznego, co oznacza, że osoba ta nie spełnia postawionych wobec niej przez Zamawiającego warunków.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co więcej - wprowadził Zamawiającego w błąd, ponieważ konstrukcja formularza ofertowego nie wymagała wskazywania faktu posiadania stosownych uprawnień przez oferenta jako podmiotu. Tym samym wpisanie w wykazie osoby, która nie jest pracownikiem Wykonawcy, nie budziła wątpliwości dla kogoś, kto nie posiada szczegółowej wiedzy w zakresie uprawnień do modernizacji dźwigów. Działania Przystępującego mogły, a nawet miały istotny wpływ na decyzję Zamawiającego. Wykonawca wypełnił więc obie przesłanki uzasadniające zastosowanie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp.

W opinii Odwołującego Przystępujący, jako podmiot profesjonalnie działający w branży, powinien dołożyć wszelkiej staranności w zakresie swojego działania oraz posiadanej wiedzy. Nie uczynił tego wprowadzając Zamawiającego w błąd oraz nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami.

W piśmie z dnia 27 stycznia 2021r. Przystępujący odnosząc się do zarzutów odwołania wskazał, że w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji II.1.3 Zamawiający ustanowił warunek dysponowania co najmniej 1 osoby posiadającej zaświadczenie kwalifikacyjne do modernizacji urządzeń transportu bliskiego potwierdzone świadectwem wystawionym przez Urząd Dozoru Technicznego. Przystępujący warunek ten spełnił i wskazał osobę J. Ś.. Pan J. Ś. posiada uprawnienia do modernizacji dźwigów osobowych, dźwigów towarowych, dźwigów szpitalnych, dźwigów towarowych małych potwierdzonych decyzją Nr UD-18-9-P/1-04 z dnia 09 lipca 2004 r. Uprawnienia J. Ś. nie są w żaden sposób ograniczone i może on je wykonywać także w ramach łączącej go z Liftprojekt umową zlecenia.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i

zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”). Do rozpoznania odwołania zastosowanie natomiast znajdowały przepisy Pzp obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę P. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Liftprojekt Inżynieria Dźwigowa P. R. z siedzibą w Ostrowi Mazowieckiej zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stwierdzając, iż spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1-3 ustawy nPzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przedłożonej przez Zamawiającego, w tym z treści punktu 7.2.2. SIWZ dotyczącego warunku udziału w postępowaniu, oferty Przystępującego i złożonego przez Przystępującego wykazu osób.

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy nie jest sporny i został przedstawiony w odwołaniu adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów.

Uzupełniając Izba ustaliła, że w punkcie 10.4.2 SIWZ Zamawiający wskazał, że wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu zobowiązani są złożyć m.in. wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami oraz oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.

Izba zważyła:

Wskazać należy, że w punkcie 7.2.2. SIWZ Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu polegający na konieczności wykazania się przez wykonawcę dysponowaniem m.in. co najmniej jedną osobą posiadającą zaświadczenie kwalifikacyjne do modernizacji urządzeń transportu bliskiego.

Przystępujący w wykazie osób wskazał w pozycji nr 4, że p. J. Ś. posiada kwalifikacje do modernizacji urządzeń transportu bliskiego potwierdzone Świadectwem Urzędu Dozoru Technicznego. Powyższej okoliczności nie kwestionował również sam Odwołujący. Wywodził natomiast, że legitymowanie się zaświadczeniem kwalifikacyjnym wystawionym przez Urząd Dozoru Technicznego potwierdza jedynie zdanie egzaminu, które upoważnia osobę fizyczną do pełnienia obowiązków osoby odpowiedzialnej za modernizację urządzeń, jednak tylko pod warunkiem zatrudnienia w konkretnym zakładzie pracy, który jako podmiot również musi posiadać stosowne uprawnienia. Jak wskazał Odwołujący Przystępujący - Liftprojekt takich uprawnień nie posiada, w związku z czym nie sposób uznać, że p. J. Ś. posiada wymagane przez Zamawiającego uprawnienia.

Odnosząc się do powyższego skład orzekający Izby stwierdził, że z treści warunku udziału w postępowaniu wynikała konieczność dysponowania przez wykonawcę osobą posiadającą zaświadczenie kwalifikacyjne do modernizacji urządzeń transportu bliskiego, a więc tak naprawdę zaświadczenie o zdaniu egzaminu. Pan J. Ś. niewątpliwie takie zaświadczenie posiada, co wynika z treści wykazu osób, gdzie wskazane zostało, że „posiada on kwalifikacje do modernizacji urządzeń transportu bliskiego potwierdzone świadectwem wystawionym przez Urząd Dozoru Technicznego”. Przystępujący w wykazie wykazał też okoliczność dysponowania tą osobą na podstawie umowy zlecenia. W ocenie składu orzekającego powyższe oświadczenie potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w brzmieniu nadanym przez Zamawiającego - a więc dysponowaniem przez Przystępującego osobą posiadającą wymagane zaświadczenie. Ponadto jak ustaliła Izba w punkcie 10.4.2 SIWZ Zamawiający wymagał aby wykonawca w wykazie podał informacje na temat kwalifikacji zawodowych niezbędnych do wykonania zamówienia. Z uwagi natomiast na fakt, że przedmiotowe zamówienie nie dotyczyło modernizacji dźwigu windowego lecz jego wymiany, to p. J. Ś. nie musiał – jak wskazał Zamawiający - posiadać uprawnień UDT, aby móc wykonywać zamówienie.

W konsekwencji uznania, że Przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu o którym mowa w punkcie 7.2.2. SIWZ na uwzględnienie nie zasługiwały zarzuty dotyczące naruszenia art. 25a ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 26 ust. 2 i art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 4 i art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp z 2019 r. w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....