

Sygn. akt: KIO 3/22

WYROK

z dnia 19 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2022 r. przez odwołującego: ThinkIT Consulting Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (ul. Syta 68A, 02-993 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miejski Zarząd Ulic i Mostów z siedzibą w Katowicach (ul. Józefy Kantorówny 2a, 40-381 Katowice),

przy udziale wykonawcy:

L. U. zam. w Gliwicach (ul. Zimnej Wody 6..., 44-100 Gliwice) - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu nie wykazania spełniania warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonego w pkt 7.1.4 lit. b) SWZ; W pozostałym zakresie oddala odwołanie:

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: ThinkIT Consulting Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (ul. Syta 68A, 02-993 Warszawa) 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 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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.

Sygn. akt: KIO 3/22

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 3 stycznia 2022 r. przez odwołującego: ThinkIT Consulting Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miejski Zarząd Ulic i Mostów z siedzibą w Katowicach w trybie

podstawowym w przedmiocie zamówienia publicznego pn.: Pełnienie funkcji postępowania: inspektora nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania inwestycyjnego pn. Katowicki Inteligentny System Zarządzania Transportem” - nr sprawy 30/XI/2021/WP; Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP nr 2021/BZP 00290680/01 w dniu 29 listopada 2021 r.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp z uwagi na czynności polegające na bezzasadnym uznaniu za spełniającą wymagania i warunki

określone w SWZ, a w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty L. U.,

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą L. U. z siedzibą w Gliwicach, dalej „Wykonawca”. Wskazał na naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 57 pkt 2, art. 112 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo że Wykonawca nie potwierdził spełnienia warunków udziału w Postępowaniu i wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia przedmiotowe warunki w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonych w pkt. 7.1.4 a) i 7.1.4 b) SWZ,
- 2) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez bezpodstawny wybór oferty Wykonawcy, pomimo że złożona przezeń oferta powinna zostać odrzucona, ewentualnie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcę do wyjaśnień, względnie uzupełnienia złożonych oświadczeń i dokumentów - wskutek czego nie zweryfikowano posiadanego doświadczenia Wykonawcy w zakresie wystarczającym do uznania, że spełnione zostały warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określone w pkt. 7.1.4 a) i 7.1.4 b) SWZ,
- 3) art. 16 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co doprowadziło do wyboru oferty, która nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu.

Wykonawca podał, że (...) wskazane w odwołaniu niezgodne z prawem czynności Zamawiającego przejawiające się w bezzasadnym uznaniu, że oferta Wykonawcy spełnia wymagania i warunki określone w SWZ, prowadzące do bezpodstawnego wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, pozbawia Odwołującego realnej możliwości uzyskania zamówienia, w sytuacji w której złożył on ważną, tj. niepodlegającą odrzuceniu ofertę w Postępowaniu, nie podlega wykluczeniu i daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP Odwołujący poniesie szkodę, bowiem utraci szansę na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym nie uzyska wynagrodzenia z tytułu jego realizacji. Powyższe niezbitnie dowodzi naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu niniejszego zamówienia i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp”.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz w konsekwencji:

- 1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert;
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) przeprowadzenie ponownego badania oraz oceny ofert;
- 4) odrzucenie oferty Wykonawcy.

Ponadto, wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z akt (dokumentów) Postępowania przedłożonych przez Zamawiającego, tj.: SWZ oraz innych dokumentów wskazanych przez Odwołującego w treści odwołania.

Jednocześnie, (...) z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek stwierdzenia przez KIO, że na obecnym etapie nie zachodzą w sprawie przesłanki do uwzględnienia wniosku wskazanego w punkcie 5 powyżej, alternatywnie w stosunku do niego wnoszę o nakazanie Zamawiającemu zobowiązanie Wykonawcy do przedstawienia dowodów i wyjaśnień potwierdzających spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonych w pkt. 7.1.4 a) i 7.1.4 b) SWZ”.

W uzasadnieniu podnoszonych zarzutów wskazał w szczególności na następujące okoliczności:

I. Stan faktyczny.

(.••■)

Zamawiający w ramach prowadzonego Postępowania zastrzegł, że o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału oraz nie

podlegają wykluczeniu. Zgodnie z pkt 7.1. SWZ Zamawiający, na podstawie art. 112 ustawy Pzp, określił warunki udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, dotyczące niezbędnego doświadczenia zawodowego oraz kadry technicznej, szczegółowo określone w pkt. 7.1.4 a) i 7.1.4 b) SWZ. Jednocześnie w pkt 8.2 pkt 5) SWZ Zamawiający określił, iż w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia, następujących podmiotowych środków dowodowych: (i) wykazu wykonanych usług (załącznik nr 2); (ii) wykazu osób, (załącznik nr 5) skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego.

W dniu 27 grudnia 2021r. Zamawiający dokonał, jako najkorzystniejszej, wyboru oferty Wykonawcy. W wyniku analizy podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Wykonawcę, Odwołujący stwierdził, że zarówno złożony na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej „wykaz osób”, jak również „wykaz usług” nie spełnia wymagań, szczegółowo określonych w pkt. 7.1.4 a) i 7.1.4 b) SWZ, wobec czego wybrany Wykonawca, nie potwierdził spełnienia stawianych przez Zamawiającego warunków udziału w Postępowaniu i tym samym, jego oferta podlega odrzuceniu.

II. Uzasadnienie zarzutów.

1. Uwagi ogólne

Zgodnie z ogólną normą PZP Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Wskazać przy tym należy, iż formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, a służyć powinien realizacji norm udzielania tych zamówień, w tym zasady proporcjonalności i adekwatności, zgodnie z którymi, działania instytucji zamawiających muszą być odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celu, jakim w każdym przypadku jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Jak wskazuje się w utrwalonym orzecznictwie KIO warunki udziału w postępowaniu nie muszą być skonstruowane w sposób umożliwiający udział w nim każdemu wykonawcy zainteresowanemu uzyskaniem danego zamówienia. Rolą Zamawiającego jest opisanie warunków na takim poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu zabezpieczają również interesy Zamawiającego oraz stanowią narzędzie do weryfikacji wykonawców, pod kątem zdolności do realizacji konkretnego zamówienia. Jednakże swoboda zamawiającego w określaniu treści warunków ograniczona jest do osiągnięcia celu, jakim jest należyta realizacja zamówienia. Cel ten możliwy jest do osiągnięcia poprzez dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy oraz wyeliminowanie wykonawców, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że nie są zdolni do prawidłowej realizacji zamówienia. Zatem ustanowienie warunku udziału w postępowaniu ma służyć zweryfikowaniu zdolności wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, na odpowiednim poziomie, tj. zapewniającym rękojmię należytego wykonania zamówienia.

2. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 57 pkt 2, art. 112 ustawy Pzp - brak

potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu i co najmniej, w wyniku niedbalstwa wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że Wykonawca spełnia przedmiotowe warunki w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej

określone w pkt. 7.1.4 a) i 7.1.4 b) SWZ, co miało zarazem istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku Postępowania.

Analiza oferty Wykonawcy i złożonych przez niego w następstwie wezwania Zamawiającego podmiotowych środków dowodowych/dokumentów prowadzi do konkluzji, iż jego oferta powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 PZP, bowiem Wykonawca nie spełnia wymogów w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, sprecyzowanych w pkt 7.1.4 SWZ.

1) Brak spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - pkt. 7.1.4 a) SWZ.

Tytułem wstępu wskazać należy, iż zgodnie z wpisem w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej, Wykonawca jako przedsiębiorca w obrocie gospodarczym został zarejestrowany w dniu 2020-08-01 r. Co istotne w okolicznościach niniejszej sprawy to fakt, iż z zgodnie z Kodeksem cywilnym przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej. Przedsiębiorstwo w tym znaczeniu stanowi bazę gospodarczą umożliwiającą prowadzenie we własnym imieniu i na rachunek własny określonej działalności gospodarczej, tworząc pewien zorganizowany kompleks gospodarczy. W skład tak rozumianego przedsiębiorstwa wchodzić będzie m.in. jego doświadczenie i wiedza gospodarcza (know-how), a także renoma (goodwill) ukształtowana na podstawie dotychczasowej działalności przedsiębiorstwa.

Za goodwill, czy też renomę, uważa się ogół niematerialnych składników przedsiębiorstwa, rzutujących na jego wartość ekonomiczną, w tym efektywną organizację pracy, racjonalny sposób zarządzania i kontroli jakości oraz wysokie kwalifikacje i kompetencje pracowników. Całością tych czynników (renoma, dobre imię - goodwill) stanowi więc dobro niematerialne, ucieleśnione bądź w funkcjonalnie zorganizowanym majątku przedsiębiorstwa. Z kolei przez know-how (z ang. „wiedzieć jak”) rozumie się konkretne wiadomości fachowe o charakterze techniczno - organizacyjnym wynikające z teorii i doświadczenia.

Przez „doświadczenie” należy natomiast rozumieć wiedzę i umiejętności nabyte w ramach zrealizowanego już świadczenia usług, dostaw lub robót budowlanych na bazie przedsiębiorstw w znaczeniu przedmiotowym, które w odniesieniu do zamówień publicznych pokrywają się z przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na względzie powyższe, stwierdzić należy, że - po pierwsze: dobra takie, jak renoma danego podmiotu (goodwill), czy też jego doświadczenie zawodowe i organizacyjne (know-how), którego emanacją są referencje, bezsprzecznie stanowią składnik majątku przedsiębiorstwa i - po drugie: dobra te nie stanowią samodzielnego bytu (składnika), ale w sposób nierozdzielny związane są z danym przedsiębiorstwem.

Przekładając powyższe na grunt niniejszego postępowania odwoławczego, stwierdzić należy, iż Wykonawca, jako uczestnik obrotu gospodarczego, mogący zaciągać zobowiązania, jak również być podmiotem, któremu przysługują określone prawa, rozpoczął nabywanie renomy i doświadczenia dopiero od dnia 2020-08-01 r., kiedy to zaczął prowadzić we własnym imieniu i na rachunek własny działalność gospodarczą. W okolicznościach niniejszej sprawy jest to o tyle ważne, iż dopiero od tej daty możemy mówić o wiedzy i umiejętnościach nabywanych w ramach zrealizowanych usług, których emanacją są referencje, niezbędne do wykazania należytego wykonania zamówień w ramach przyszłych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Kolejno, przechodząc do warunków w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, wskazać należy, iż Zamawiający w pkt. 7.1.4 a SWZ określił, iż o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy posiadają stosowne doświadczenie zawodowe. Zamawiający uzna, że „Wykonawca spełnia ww. warunek jeżeli wykaże, iż wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie usługi w zakresie pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu /Inwestora zastępczego/ nadzoru inwestorskiego przy realizacji co najmniej jednego zadania, polegającego na budowie (doprowadzenie do odbioru końcowego i odebrania) inteligentnego systemu zarządzania transportem/ruchem (min. obszarowe sterowanie ruchem z priorytetem dla transportu zbiorowego obejmujące co najmniej 20 skrzyżowań z sygnalizacją świetlną) w mieście lub na obszarze objętym wspólnym systemem składającym się z sąsiadujących ze sobą i powiązanych funkcjonalnie miast o liczbie mieszkańców powyżej 50.000 i wartości inwestycji co najmniej 20 000 000,00 zł brutto.”

Na potwierdzenie przedmiotowego warunku Wykonawca wskazał, jako zamówienie

referencyjne „Rozbudowa systemu detekcji na terenie miasta Gliwice wraz z modernizacją wybranych sygnalizacji świetlnych, etap II”. Projekt został zrealizowany w ramach RPO WSL - Priorytet IV. Efektywność energetyczna, odnawialne źródła energii i gospodarka niskoemisyjna w ramach Działania: 4.5.1. Niskoemisyjny transport miejski oraz efektywne oświetlenie - ZIT, w którym określono cel szczegółowy Działania: Zwiększona atrakcyjność transportu publicznego dla pasażerów oraz m.in. typ projektów: Wdrażanie inteligentnych systemów transportowych (ITS).”, wskazując jednocześnie, że projekt ten trwał od 23.11.2015 do 24.05.2019, czyli de facto przed rejestracją podmiotu gospodarczego, któremu rzekomo należy przypisać przedmiotowe doświadczenie. Co istotne w okolicznościach niniejszej sprawy to fakt, iż nadzór na wzmiankowaną inwestycją wykonywał sam Zamawiający - ZDM w Gliwicach, a nie Wykonawca, który w tamtym okresie nie istniał. Nadto, z załączonego do wykazu dokumentu, wystawionego przez ZDM w Gliwicach, mającego potwierdzić, że przedmiotowe zamówienie zostało wykonane w sposób należyty wynika, iż Pan L. U. jako pracownik MZD, zatrudniony na stanowisku Głównego Specjalisty uczestniczył przy realizacji inwestycji pn. „Rozbudowa systemu detekcji na terenie miasta Gliwice wraz z modernizacją wybranych sygnalizacji świetlnych, etap II”, w zakresie:

- 1) przygotowanie wniosku o dofinansowanie ,
- 2) przygotowanie dokumentów przetargowych,
- 3) udział przy realizacji,
- 4) rozliczenie zadania w ramach dofinansowania.

Powyższe czynności, oprócz tego, iż nie zostały wykonane przez podmiot, który powinien mieć możliwość „legitymowania” się nimi na potrzeby wykazania niezbędnego doświadczenia, to również w żaden sposób nie korespondują z warunkiem postawionym przez Zamawiającego, który wymagał, aby Wykonawca charakteryzował się doświadczeniem, a zatem wykonał usługi w zakresie pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu /Inwestora zastępczego/ nadzoru inwestorskiego, a co za tym idzie są irrelewantne z punktu widzenia weryfikacji ww. warunku SWZ. Należy tu również zwrócić uwagę, że Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach, w piśmie sygn. ZDMCSR.46.340.2021.BMI z dnia 10.12.2021r. określił zakres udziału p. L. U. w jego projekcie referencyjnym w postępowaniu 30/XI/2021/WP, ograniczając go m.in. do enigmatycznego „udziału przy realizacji” - nie precyzując nawet, czy „udziału aktywnego, czy pasywnego”. Z przywołanego pisma sygn. ZDM-CSR.46.340.2021.BMI z dnia 10.12.2021 jednoznacznie wynika, że Pan L. U. był zatrudniony na konkretnym stanowisku, jako pracownik ZDM w Gliwicach. Nie był nawet kierownikiem jednostki zatrudniającej go, co wynika chociażby z zakresu jego odpowiedzialności - ust. II. Zakres odpowiedzialności pracownika, pkt. 1 - Terminowe wykonywanie powierzonych zadań i poleceń przełożonego [.]

Wskazać przy tym należy, iż zgodnie z brzmieniem art. 22 § 1 k.p., konstytuującego cechy stosunku pracy, immanentną cechą łączącą strony stosunku zobowiązaniowego jest wykonywanie pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy oraz wykonywanie jej pod kierownictwem pracodawcy, w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę i w czasie przez niego wyznaczonym, a także obowiązek pracodawcy do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. Mając zatem na uwadze podległy charakter łączącego strony stosunku zobowiązaniowego, stwierdzić należy, iż osoba nie może powoływać się na doświadczenie, które zdobyła w ramach stosunku pracy, świadcząc ją na rzecz danego podmiotu, gdyż stanowi to doświadczenie nie danej osoby pracującej, lecz danego podmiotu, na rzecz którego osoba ta świadczyła pracę. W efekcie stwierdzić należy, iż wszelkie efekty pracy pracownika zgodnie z obowiązującymi przepisami należą w pierwszej kolejności do pracodawcy. Niezależnie zatem od przyjętej kwalifikacji, pracodawca jest dysponentem wytworu pracy wykonanej przez pracownika w ramach stosunku pracy, przy wykorzystaniu narzędzi pracodawcy, a w każdym razie wykluczone jest uznanie, aby pracownik swobodnie dysponował efektami swojej pracy.

W związku z powyższym Wykonawca nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu - w zakresie zdolności technicznej i zawodowej - gdyż nie świadczył on referencyjnych usług na rzecz MZD w Gliwicach w imieniu i na rachunek własny, a jedynie jako specjalista tam zatrudniony wykonywał swoje obowiązki służbowe w ramach stosunku pracy, które dotyczyły jedynie uczestnictwa przy realizacji przedmiotowej inwestycji, w zakresie: (i) przygotowanie wniosku o dofinansowanie; (ii) przygotowanie dokumentów przetargowych; (iii) udział przy realizacji; (iv) rozliczenie zadania w ramach dofinansowania. Zwrócił uwagę, że sam Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach nie potwierdza pełnego zakresu usługi wg opisu złożonego w ofercie Wykonawcy, przypisując P. L. U. wyłącznie część zadań (jako członkowi zespołu, pracownikowi zatrudnionemu tam), czemu dał wyraz z piśmie sygn. ZDM-CSR.46.340.2021.BMI z dnia 10.12.2021 oraz sygn. ZDMCSR.46.340.2021.BMI z dnia 13.12.2021. Zatem wszystkie czynności na które powołuje się Pan L. U., były wykonywane przez niego w imieniu MZD w Gliwicach i na jego wyłączny rachunek. Stąd też należy

jednoznacznie uznać, iż Pan L. U. był jedynie zasobem MZD w Gliwicach w zakresie czynności mu powierzonych, przez co doświadczenie zostało de facto nabyte przez jego pracodawcę tj. MZD w Gliwicach. Należy zatem zauważyć, że przy tego typu konstrukcji pracownik może skorzystać z doświadczenia tego podmiotu wyłącznie w sytuacji, gdy ten udostępni mu swoje zasoby na zasadzie art. 118 PZP. Niemniej wykonawca powołujący się na zasoby w postaci zdolności technicznej i zawodowej osoby fizycznej powinien wykazać, że usługa była świadczona we własnym imieniu i na własny rachunek tej osoby, co jest wykluczone przy świadczeniu usługi na podstawie stosunku pracy (bezpośredni nadzór i podporządkowanie służbowe czyni, że wiedza i doświadczenie pracownika jest doświadczeniem pracodawcy. [por. wyrok KIO 1891/11]

Konkludując niniejszy zarzut, stwierdził, że przedstawione przez Wykonawcę zamówienie referencyjne nie powinno być uwzględnione na potrzeby weryfikacji ww. warunku SWZ.

Przedkładanie przez Wykonawcę dokumenty, mające potwierdzić odmienne okoliczności, winny zaś skutkować stwierdzeniem, że działając co najmniej lekkomyślnie wprowadził on Zamawiającego w błąd co do możliwości jego udziału w Postępowaniu.

1) Brak spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - pkt. 7.1.4 b) SWZ.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, iż o ubieganie się o przedmiotowe zamówienie może się starać wyłącznie wykonawca posiadający wykwalifikowaną kadrę techniczną.

Co istotne w okolicznościach niniejszej sprawy to fakt, iż na etapie toczącego się Postępowania Wykonawca nie kwestionował poziomu niezbędnych z punktu widzenia prawidłowej realizacji zamówienia kwalifikacji zawodowych. Również z punktu widzenia Odwołującego postawione przez Zamawiającego warunki w zakresie kwalifikacji zawodowej kadry technicznej, skierowanej do realizacji zamówienia są proporcjonalne i niezbędne do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia w przypadku wyboru inspektora nadzoru inwestorskiego lub grupy osób tworzących inżyniera kontraktu. W takich bowiem przypadkach przed otrzymaniem produktu finalnego można odnieść się jedynie do oczekiwanej czy spodziewanej jakości otrzymanego przedmiotu (usługi), czyli mówić o tzw. ekspektywie jakości. Prognozy takie można oprzeć m.in. na analizie kwalifikacji czy dotychczasowych dokonań projektantów, inżynierów oraz innych osób, które mają być zaangażowane w realizację przedsięwzięcia, jest bowiem wiadome, że ich osobiste umiejętności będą miały znaczący wpływ na jakość świadczonych usług, a więc osoby te są źródłem przyszłej wysokiej lub niskiej jakości produktu. W warunkach, gdy przedmiot świadczenia jest na tyle złożony, że wymaga pracy grupy osób, jego prawidłowe wykonanie może być uzależnione także od zdolności wzajemnej współpracy i prawidłowej organizacji zespołu. O jakości świadzonej usługi decydować więc będzie jakość całego zespołu, którego zadaniem jest realizacja zamówienia (a co najmniej jego kluczowych członków). Stąd tak ważne jest - ze strony wykonawcy - prawidłowy dobór tego zespołu, a ze strony Zamawiającego - tego zespołu ocena. Kolejno, przechodząc do analizy warunku w zakresie warunku, określonego w pkt 7.4.1 b SWZ „Wykonawca powinien wykazać, że dysponuje lub będzie dysponował osobami które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadającymi niżej określone kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie oraz wykształcenie niezbędne do wykonania zamówienia publicznego”.

Zamawiający dla określonych funkcji zawarł w SWZ konkretne wymagania, odnośnie każdego z członków Kadry technicznej, w tym m.in.: • Inspektora Nadzoru Robót Drogowych; • Inspektora Nadzoru Robót Telekomunikacyjnych; • Inspektora Nadzoru Robót

Elektrycznych; • Inspektora Nadzoru Robót Ogólnobudowlanych.

Wymagał przy tym przedstawienia doświadczenia osób posiadających uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi oraz uprawnienia projektowe w ww. zakresie. Co prawda, „Zamawiający dopuszcza łączenie kilku funkcji przez jedną osobę w przypadku posiadania przez nią kilku rodzajów wymaganych uprawnień budowlanych oraz kwalifikacji i doświadczenia”, ale przyjęcie tezy przeciwnej, iż Zamawiający dopuszcza również dzielenie uprawnień, przeczyłoby logice oraz doświadczeniu życiowemu i byłoby niedopuszczalne i nieuzasadnione z punktu widzenia prowadzonego Postępowania. Niedopuszczalnym jest dzielenie tak postawionego wymagania Zamawiającego w sposób dokonany przez Wykonawcę, który dla ww. funkcji przedstawił osoby spełniające odrębnie wymagania w zakresie uprawnień projektowych i odrębnie dla uprawnień w zakresie kierowania robotami budowlanymi. I tak dla funkcji Inspektora Nadzoru Robót

Telekomunikacyjnych są to osoby: P. P. P. - uprawnienia do projektowania oraz P. K. R. - uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi. W konsekwencji, w zakresie wymaganej SWZ kadry technicznej oferta Wykonawcy nie spełnia opisanych wymagań. Konkludując niniejszy wątek, stwierdził, że Wykonawca nie spełnia żadnego z postawionych przez Zamawiającego w zakresie zdolności technicznej i zawodowych wymogów. Jego bezprawne działanie, na które składa się opisane powyżej przedkładanie nierzetelnych, niezgodnych z prawdą oświadczeń, czynią zasadnym wniosek, że mamy do czynienia - poza obiektywnym niewykazaniem spełnienia wymogów udziału w Postępowaniu - z co najmniej z lekkomyślnym wprowadzaniem Zamawiającego w błąd. Przekazane mu informacje były zaś kluczowe z punktu widzenia możliwości uznania oferty Wykonawcy za najkorzystniejszą. W konsekwencji ww. naruszenie prawa winno skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy.

3. Prowadzenie Postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez wybór oferty, która nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu.

Opisany powyżej zarzut stanowi konsekwencję naruszenia przez Zamawiającego przepisów w niniejszym odwołaniu. Prawo zamówień publicznych reguluje zasady przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Jedną z jego głównych zasad jest zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, która gwarantuje prowadzenie postępowania na jednakowych zasadach dla wszystkich ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający, jako gospodarz Postępowania, jest zobowiązany do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z poszanowaniem przepisów prawa, w tym stypizowanych na gruncie PZP ww. norm. Zamawiający w sposób preferencyjny potraktował Wykonawcę, który złożył nieprawidłowe środki podmiotowe, nie wykazując przy tym, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, stawiając w gorszej sytuacji pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego, którzy skrupulatnie wypełnili ww. obowiązki.

Nieuzasadnione preferowanie niektórych wykonawców i ułatwianie im uzyskanie zamówienia publicznego stanowi czyn ograniczający konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Wskazania przy tym wymaga, że w interesie Zamawiającego, ale przy tym także szeroko rozumianego interesu publicznego, winno być dokonanie wyboru nie tego Wykonawcę, który oferuje najniższą cenę, lecz tego który spełniając warunki udziału w Postępowaniu daje rękojmię należytego zamówienia, zwłaszcza zważywszy na przedmiot i skalę przedmiotowego zamówienia i konsekwencję ewentualnych zaniechań.

Rekapitulując, należy uznać, iż czynności dokonane przez Zamawiającego, opierające się na wskazanych powyżej błędach i zaniechaniach, są nieprawidłowe i w sposób bezsporny naruszają przepisy ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo 17.01.2022 r. znak sprawy: WP.JM. 221.30.2021/2022 - 25) wniósł o oddalenie odwołania wskazując w szczególności

(cyt.):

(.) Zamawiający nie zgadza się z zarzutami przedstawionymi w odwołaniu dotyczącymi naruszenia powołanych przez Odwołującego przepisów PZP w związku z brakiem odrzucenia oferty wykonawcy — L. U., który miał nie spełniać warunków w zakresie zdolności zawodowej do wykonania zamówienia. Warunki te zostały określone w pkt. 7.1.4.a SWZ w następujący sposób: „wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie usługi w zakresie pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu/Inwestora zastępczego/ nadzoru inwestorskiego przy realizacji co najmniej jednego zadania, polegającego na budowie (doprowadzenie do odbioru końcowego i odebrania inteligentnego systemu zarządzania transportem/ruchem (m. in. obszarowe sterowanie ruchem z priorytetem dla transportu zbiorowego obejmującego co najmniej 20 skrzyżowań z sygnalizacją świetlną) w mieście lub na obszarze objętych wspólnym systemem składającym się z sąsiadujących ze sobą i powiązanych funkcjonalnie miast o liczbie mieszkańców powyżej 50.000 i wartości inwestycji co najmniej 20.000.000, 00 zł brutto”.

Zamawiający podkreśla, iż spełnienie warunków w zakresie zdolności zawodowej należy rozpatrywać wyłącznie w kontekście powyższego zapisu SWZ, który nie został zakwestionowany przez żadnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z tym zapisem zamawiający wymagał wykazania wykonywania określonych usług przy realizacji określonego zadania. Zamawiający nie określił, w ramach jakiego stosunku prawnego i struktury organizacyjnej dane usługi miały być wykonywane. Takie ograniczenie nie wynika z żadnego przepisu prawa, a zwłaszcza z przepisów art. 112 i

116 Pzp, które stanowią podstawę do określenia wymogów w zakresie zdolności zawodowej do wykonania zamówienia publicznego. W żaden sposób nie można wyczytać z treści tych przepisów, że wymogi dot. zdolności zawodowej muszą wiązać się wyłącznie z aktywnością wykonawcy realizowaną w ramach działalności gospodarczej prowadzonej na własny rachunek. Przepisy te nakazują natomiast formułować wymogi w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, względnie na odpowiednim poziomie jakości. Wymogi w zakresie zdolności zawodowej mogą polegać na wykazaniu potencjału wskazanego przez Zamawiającego i mieszczącego się w obszarach takich jak: wykształcenie, kwalifikacje zawodowe, doświadczenie, potencjał techniczny. Ustawodawca zatem w sposób jednoznaczny wiąże kwestię zdolności zawodowej z przedmiotem zamówienia, a przykładowe nawet obszary tych wymogów wskazane przez ustawodawcę, nie wiążą się w żaden sposób z kwestią nabycia takiej zdolności w ramach działalności gospodarczej. Wykształcenie, kwalifikacje zawodowe, doświadczenie to cechy, które należy wiązać przede wszystkim z danymi konkretnymi osobami. Można je nabywać bez względu na to w jakiej formie uczestniczy się w obrocie prawnym. Dotyczy to przede wszystkim usług opartych na wiedzy i zdolnościach osobistych. Takie są niewątpliwie przedmiotem niniejszego postępowania. Zamawiający zgodnie z przepisami PZP oczekiwał zatem na wykazanie zdolności zawodowych polegających na wykonywaniu określonych usług bez znaczenia dla tego w jakiej formie wykonawca je świadczył. Forma jest w tym wypadku zupełnie irrelevantna dla wykazania takich zdolności. Nie ma żadnych przesłanek do twierdzeń, że wykonywanie danych usług w ramach działalności gospodarczej jest lepsze od tego, gdy usług te wykonywane są w ramach zatrudnienia czy to w formach umów cywilnoprawnych czy w ramach stosunków pracy. Według zamawiającego ograniczenie uznania "kazania zdolności zawodowych do przypadków ich nabycia w ramach przedsiębiorstwa w sposób zupełnie nieadekwatny dla celów postępowania ograniczyłoby konkurencję, wykluczając osoby, które stosowne zdolności nabyły w innych formach. Byłoby to również sprzeczne z elementarnymi zasadami wolności pracy, wolności działalności gospodarczej. Takie rozumienie przepisów art. 112 i 116 Pzp pozostawałoby w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców wyrażoną wprost w art. 7 ust. 1 Pzp. Należy przy tym zaznaczyć, że Pzp za wykonawców uznaje również podmioty, które działalności gospodarczej nie prowadzą. Definicja pojęcia wykonawcy z art. 2 pkt. 11. PZP wykonawcą w zamówieniu publicznym może być zarówno osoba fizyczna jak i osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Z definicji wynika m.in., iż do katalogu wykonawców zaliczamy osoby fizyczne niezależnie od tego, czy jest to osoba prowadząca działalność gospodarczą, czy też osoba fizyczna, która nie zarejestrowała działalności gospodarczej. Skoro ofertę w niniejszym postępowaniu mogła złożyć osoba fizyczna nie zarejestrowana jako przedsiębiorca to tym bardziej należy uznać możliwość wykazania zdolności zawodowych uzyskanych w innej formie niż w ramach działalności gospodarczej.

Powyższe rozumienie powołanych przepisów prawa potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów administracyjnych. Wprost odnosi się do tej kwestii wyrok KIO z dn. 29.04.2011r. na kanwie zamówienia, którego przedmiotem były usługi oparte na wiedzy (usługi prawnicze). Izba uznała w uzasadnieniu tego wyroku, że: „Fakt, iż osoba .. wykonała

opisane prace w ramach stosunku pracy nie daje podstaw do negocjowania uzyskanego przez nią w ramach obowiązków służbowych doświadczenia”. O istocie wymogów dot. kwalifikacji zawodowych polegających na doświadczeniu wypowiedziała się KIO w wyroku z 6.02.2020r. Istotą tą jest faktyczna realizacja określonych zadań. W analogicznym tonie Izba wypowiedziała się w uchwale z dn. 5.09.2014r., akcentując pojęcie doświadczenia jako warunku udziału w postępowaniu Izba wskazała, że jest to zasób umiejętności praktycznych. Doświadczenie ma wynikać z praktyki, tj. z faktu czy dany wykonawca wykonał określoną czynność w przeszłości. Nigdzie Izba nie warunkuje zdolności nabycia takiego doświadczenia od prowadzenia działalności gospodarczej. Co więcej Izba podkreśla, że każdy warunek musi być badany indywidualnie w stosunku do danego postępowania.

Odnosząc te uwarunkowania prawne do wypadku wykonawcy - L. U. zamawiający słusznie uznał, iż wykazał on zdolność zawodową do realizacji zamówienia. Z przesłanych dokumentów wynika jednoznacznie, że wykonał w wymaganym okresie czasu usługi w zakresie pełnienia nadzoru inwestorskiego przy realizacji zadania o opisanych w pkt. 7.1.4.a SWZ cechach. Fakt że wykonał je w ramach stosunku pracy nie ma żadnego znaczenia. Bez znaczenia jest również to na jakim stanowisku był w związku z tym zatrudniony. Nazwa tego stanowiska jest bez znaczenia. Zakres jego zadań jednoznacznie mieści się w pojęciu usług nadzoru inwestorskiego przy realizacji zadania ITS.

Odnosząc się do zarzutu nie potwierdzenia przez Wykonawcę spełnienia warunku udziału z pkt 7.1.4 b), SWZ a w szczególności: dysponowania minimum 1 osobą (Inspektor Nadzoru Robót Telekomunikacyjnych) posiadającą minimum: „Wykształcenie: wykształcenie wyższe techniczne bądź odpowiednie wykształcenie uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych. Kwalifikacje zawodowe: uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi, oraz uprawnienia projektowe w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały "dane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, bądź odpowiednie kwalifikacje zawodowe uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych;”.

Zamawiający przeanalizował złożony na wezwanie „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia” i stwierdził, że złożone dokumenty nie potwierdzają warunku z SWZ. W złożonych dokumentach wykazano 2 osoby, które posiadają częściowe kwalifikacje zawodowe. W związku z powyższym, zamawiający działając zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021 poz. 1129 ze zm.) wezwał, do złożenia w terminie, do 17.01.2022r.: nowego uzupełnionego wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia a w szczególności: minimum 1 osobą (Inspektor Nadzoru Robót Telekomunikacyjnych). W dniu 17 stycznia 2022r. Wykonawca L. U., uzupełnił dokumenty na wezwanie zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca L. U. zam. w Gliwicach wnosząc także o oddalenie odwołania, a w piśmie procesowym z dnia 18.01.2022 r. wskazał na okoliczności m.in. przytoczone w odpowiedzi na odwołanie przez zamawiającego z dnia 17.01.2022 r.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie w zakresie zarzutu nie spełnienia przez wykonawcę p. L. U. warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej według punktu 7.1.4 a) SWZ podlega oddaleniu. Z kolei w zakresie zarzutu nie wykazania spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonego w pkt 7.1.4 b) SWZ postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu z odpowiednim zastosowaniem art. 568 pkt 2 Pzp.

Odnosnie pierwszego zarzutu, Izba w pierwszej kolejności miała na uwadze definicję wykonawcy, o której mowa w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp, a także postanowienia SWZ, jej punkt 7.1.4 a). Zgodnie z legalną definicją wskazaną w tym przepisie ustawy: „wykonawcą jest osoba fizyczna, prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego”. Zatem szeroki krąg podmiotów, które mogą być określane jako wykonawcy obejmuje zarówno osoby fizyczne, osoby prawne jak i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. Status wykonawcy mają wszystkie te podmioty, które ubiegają się o udzielenie zamówienia. Z kolei w punkcie 7.1.4 a) SWZ - cytowane postanowienie SWZ przez Strony i Przystępującego - Zamawiający nie warunkował zdolności nabycia wymaganego doświadczenia uprzedniego od prowadzenia działalności gospodarczej. Zatem fakt, że oferent (wykonawca) powołał się na czynności wykonane w ramach stosunku pracy nie daje podstaw do negowania uzyskanego przez nią w ramach obowiązków służbowych doświadczenia.

Odnosząc te uwarunkowania prawne do wykonawcy - L. U. Zamawiający słusznie uznał, że ten wykazał zdolność zawodową do realizacji zamówienia. Z przesłanych dokumentów wynika jednoznacznie, że wykonał w wymaganym okresie czasu usługi w zakresie pełnienia nadzoru inwestorskiego przy realizacji zadania o opisanych w pkt. 7.1.4.a SWZ cechach. Fakt że wykonał je - jak podano - w ramach stosunku pracy nie ma żadnego znaczenia. Bez znaczenia jest również to na jakim stanowisku był w związku z tym zatrudniony. Zakres jego zadań bezspornie mieści się w pojęciu usług nadzoru

inwestorskiego przy realizacji zadania ITS.

Odwołujący zarzucił Przystępującemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 57 pkt 2, art. 112 ustawy Pzp: „brak potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu i co najmniej, w wyniku niedbalstwa wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że Wykonawca spełnia przedmiotowe warunki w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określone w pkt. 7.1.4 a) i 7.1.4 b) SWZ, co miało zarazem istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku Postępowania”.

Tak jak słusznie zauważył Przystępujący (również Zamawiający), że w odwołaniu postawiono kontrowersyjną i niezgodną z ustawą Pzp (vide: art. 7 pkt 30) tezę jakoby doświadczenie można nabywać wyłącznie po wpisie do bazy przedsiębiorców. Zdaniem Izby, wykonawca nawet nie prowadząc działalności gospodarczej w ogóle, spełniałby definicje wykonawcy z art. 7 pkt 30 ustawy PZP i mógłby złożyć ważną ofertę.

Odnosnie wymaganego od wykonawcy doświadczenia, Odwołujący dokonuje rozszerzającej, interpretacji SWZ w zakresie warunku z pkt 7. 1.4a). Zgodnie z treścią tego postanowienia (zmiana z dnia 7.12.2021 r.) Zamawiający wymagał wykazania, że wykonawca wykonał „w okresie ostatnich sześciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie usługi w zakresie pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu /Inwestora zastępczego/nadzoru inwestorskiego przy realizacji co najmniej jednego zadania, polegającego na budowie (doprowadzenie do odbioru końcowego i odebrania) inteligentnego systemu zarządzania transportem/ruchem (min. obszarowe sterowanie ruchem z priorytetem dla transportu zbiorowego obejmujące co najmniej 20 skrzyżowań z sygnalizacją świetlną) w mieście lub na obszarze objętym wspólnym systemem składającym się z sąsiadujących ze sobą i powiązanych funkcjonalnie miast o liczbie mieszkańców powyżej 50.000 i wartości inwestycji co najmniej 15 000 000,00 zł brutto.”

Zatem dla potwierdzenia wymagania w zakresie pełnionej funkcji możliwe było alternatywne wskazanie na pełnioną funkcję dla zadania jako: albo Inżynier Kontraktu; albo Inwestor zastępczy; albo wykonywane czynności nadzoru inwestorskiego. Niewątpliwie, co należy podkreślić - w tym warunku nie ma mowy o działalności gospodarczej tylko o działalności w ogóle - o doświadczeniu zawodowym. Z dokumentów przedłożonych przez Przystępującego wynika, że pełnił funkcję (wykonywał czynności) nadzoru inwestorskiego z ramienia zamawiającego ZDM Gliwice w zakresie wskazanej w Wykazie Usługi referencyjnej, która jest jedną z trzech możliwych usług wymienionych warunku w punkcie 7.4.1. a) SWZ. Pełnienie takiej funkcji potwierdził m.in. zakres czynności na stanowisku Głównego Specjalisty ZDM Gliwice. W ostatnim tirecie strony 1 ww. dokumentu wprost jest wskazane, że do zakresu obowiązków Przystępującego wchodzi pełnienie funkcji nadzoru inwestorskiego. Również przedłożone do pisma procesowego dokumenty w szczególności: Harmonogram, Protokół nr 11 z dnia 16.08.2018 r, Protokół nr 15 z dnia 29.08.2018 r. oraz Protokół nr 28 z dnia 18.04.2019 r., a także Protokół odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji z dnia 30.04.2019 r., potwierdzają udział Przystępującego p. L. U. w realizacji zadania w zakresie pełnienia funkcji nadzoru inwestorskiego z ramienia zamawiającego MZD Gliwice.

Zamawiający tym samym miał podstawy, aby na potrzeby weryfikacji wskazanego warunku SWZ uwzględniać kwestionowane w odwołaniu zamówienie referencyjne. Tym samym przedkładanie przez Przystępującego dokumenty dotyczą okoliczności wymaganych SWZ i nie znajduje uzasadnienia twierdzenie odwołania, że ich przedłożenie jest skutkiem lekkomyślnego wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do możliwości jego udziału w Postępowaniu.

Niewątpliwie warunki SWZ muszą być interpretowane ściśle, bez dokonywania takiej ich wykładni, która w konsekwencji - wbrew brzmieniu warunku - powodowałaby wykluczenie wykonawcy z postępowania. Na etapie postępowania po terminie składania ofert zmiana warunku udziału w postępowaniu, także skutkiem jego interpretacji sprzyjającej określonemu wykonawcy, na gruncie ustawy Pzp nie jest co do zasady możliwa, a za taką zmianę - jak podnosił Przystępujący - należałoby uznać chociażby dokonanie celowościowej

wykładni warunku pozostającej w sprzeczności z literalnym brzmieniem postanowienia SIWZ.

Odnosnie drugiego z zarzutów dotyczącego wymagania z punktu 7.1.4 b) SWZ postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu z odpowiednim zastosowaniem art. 568 pkt 2

Pzp.

W przedmiotowej sprawie - jak podał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie po przeanalizowaniu Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia i złożonych dokumentów oraz ustaleniu, że nie potwierdzają warunku z SWZ z uwagi na wskazanie 2 osób, które posiadają częściowe kwalifikacje zawodowe - wezwał Przystępujący został na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwany do złożenia w terminie do dnia 17 stycznia 2022r. nowego uzupełnionego Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia a w szczególności: minimum 1 osoby (Inspektor Nadzoru Robót Telekomunikacyjnych). W dniu 17 stycznia 2022r. wykonawca L. U.w odpowiedzi na to wezwanie uzupełnił dokumenty. Na marginesie Izba zauważa, że to wezwanie nawiązuje do alternatywnego żądania Odwołującego (cyt.: „z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek stwierdzenia przez KIO, że na obecnym etapie nie zachodzą w sprawie przesłanki do uwzględnienia wniosku wskazanego w punkcie 5 powyżej, alternatywnie w stosunku do niego wnoszę o nakazanie Zamawiającemu zobowiązanie Wykonawcy do przedstawienia dowodów i wyjaśnień potwierdzających spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonych w pkt. 7.1.4 a) i 7.1.4 b) SWZ”)

Zgodnie ze wskazanym art. 568 pkt 2 Pzp Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

W ocenie Izby w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, co do tego zarzutu. Aby Izba mogła rozpoznać zarzut - musi on dotyczyć czynności Zamawiającego (art. 513 pkt 1 Pzp). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność oceny warunku w kontekście wymienionych w Wykazie 2 osób, które posiadały częściowe kwalifikacje zawodowe. Skutkiem wezwania Przystępujący wskazał 1 osobę z uprawnieniami Inspektora Nadzoru Robót Telekomunikacyjnych. Także dostrzeżenia wymaga, że Izba - zgodnie z art. 552 ust. 1 Pzp - wydając orzeczenie bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia - co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie w toku postępowania przed Izbą. Z kolei orzekanie przez Izbę wobec nowej czynności Zamawiającego nie mogło mieć miejsca, albowiem wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania. W konsekwencji, w zakresie wskazanego zarzutu w jego brzmieniu z odwołania, na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp postępowanie odwoławcze zostało umarzone.

Wobec powyższych ustaleń Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia także trzeciego z zarzutów naruszenia art. 16 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz 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)

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

