

Sygn. akt: KIO 1793/22

WYROK

z dnia 29 lipca 2022 r.

w składzie:
Krajowa Izba Odwoławcza

Przewodniczący:

Protokolant:

Anna Osiecka-Baran
Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2022 r. przez wykonawcę

KPGeo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polską Agencję Kosmiczną z siedzibą w Gdańsku

przy udziale wykonawcy Altergeo Holding Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
Spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie, zgłaszającego przystąpienie
do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę KPGeo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę KPGeo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i art. 580 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.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1793/22

Polska Agencja Kosmiczna z siedzibą w Gdańsku, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. Opracowanie ortofotomapy satelitarnej o zwiększonej rozdzielczości. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 czerwca 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00204907/01.

W dniu 6 lipca 2022 r. wykonawca KPGeo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Altergeo Holding Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie, dalej „Altergeo”, do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, w sytuacji gdy przedstawione podmiotowe środki dowodowe w postaci Wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz Wykazu osób były niekompletne i zawierały błędy, co w konsekwencji doprowadziło do braku potwierdzenia przez ww. wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;

2. art. 239 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i jednocześnie jego oferta nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny, w tym nie uzyskała największej liczby punktów w kryteriach oceny ofert określonych przez Zamawiającego, w szczególności w odniesieniu do kryterium „Doświadczenie kadry”.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwania Altergeo do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej poprzez złożenie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia wskazanego w poz. 3 Wykazu usług, ewentualnie w braku możliwości przedstawienia tych dokumentów przedłożenia nowego Wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, a także nowego Wykazu osób i ewentualnie uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego, dokonania ponownej kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz dokonania ponownej oceny ofert pod względem kryteriów oceny ofert i przyznanych punktów.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił w ustawowym terminie wykonawca Altergeo Holding Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie, dalej również „Przystępujący”.

Pismem z dnia 15 lipca 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. Przystępujący również złożył pismo procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania.

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

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, oferty Przystępującego, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, piśmie procesowym Odwołującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 26 lipca 2022 r.

Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest opracowanie ortofotomapy satelitarnej o zwiększonej rozdzielczości. Zgodnie z Rozdziałem 10 ust. 1 specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, wykonawca winien wykazać, że Posiada doświadczenie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej dwie usługi/projekty polegające na zautomatyzowanym (w oparciu o algorytmy w zakresie mozaikowania i korekcji radiometrycznych) opracowaniu ortofotomapy z wieloczasowych zdjęć satelitarnych oraz co najmniej jedną usługę związaną z uczeniem maszynowym i wykorzystaniem sieci neuronowych. Uwaga: * Za wykonaną usługę Zamawiający rozumie taką usługę, która została zrealizowana na rzecz podmiotu (Zamawiającego/Odbiorcy) w ramach danej umowy i odebrana przez ten podmiot, jako

wykonana należycie. Zamawiający zastrzega sobie prawo do ewentualnego sprawdzenia prawdziwości przedstawianych danych, które będą wyszczególnione w ofercie.

Na potwierdzenie powyższego wykonawca winien przedłożyć Wykaz usług, wykonanych w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których

usługi zostały wykonane (zwanym w SWZ „Wykazem usług” - Wzór stanowi Załącznik Nr 8 do SWZ) oraz załączeniem dowodów*, określających czy usługi te zostały wykonane należycie.*Dowodami, o których mowa wyżej są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy.

Zgodnie z Rozdziałem 10 ust. 2 SWZ wykonawca winien wykazać, że dysponuje osobami posiadającymi kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie:

1) Kierownik Zespołu (1 osoba):

i. wykształcenie wyższe w dziedzinie nauk inżynieryjno-technicznych lub ścisłych i przyrodniczych lub społecznych,

ii. doświadczenie: w ciągu ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert kierował lub koordynował organizacją co najmniej dwóch usług/projektów polegających na przetwarzaniu danych satelitarnych,

iii. posiada znajomość zasad zarządzania projektami zgodnie z metodyką powszechnie stosowaną i publicznie dostępną (opis metodyki jest opublikowany i szeroko dostępny).

2) Specjalista ds. przetwarzania i analizy danych satelitarnych (min. 2 osoby):

i. wykształcenie wyższe,

ii. w ciągu ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert brał udział w realizacji co najmniej dwóch usług/projektów dotyczących zautomatyzowanej analizy danych satelitarnych.

3) Specjalista ds. uczenia maszynowego i sieci neuronowych (1 osoba):

i. wykształcenie wyższe,

ii. w ciągu ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert brał udział w realizacji co najmniej jednej usługi/projektu związanego z uczeniem maszynowym i wykorzystaniem sieci neuronowych.

Uwaga: Zamawiający nie dopuszcza występowania tej samej osoby w różnych rolach w ramach jednej oferty.

Na potwierdzenie powyższego wykonawca winien przedłożyć Wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie, 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 (zwanym w SWZ „Wykazem osób” - wzór stanowi Załącznik Nr 9 do SWZ).

Do upływu terminu składania ofert wpłynęły dwie oferty: Odwołującego oraz Przystępującego, który przedłożył zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, tj. zobowiązanie SmallGIS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie do oddania zasobów w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia. Jako

zakres udostępnionych zasobów wskazano: Zdolności techniczne lub zawodowe: dotyczy doświadczenia w wykonaniu usług, o których mowa w warunku postawionym przez Zamawiającego (podanie przedmiotu zamówienia oraz nazwy podmiotu na rzecz którego wykonywane były usługi oraz nazwy i miejsca wykonania zamówienia)

• Wykonanie i uruchomienie Teledetekcyjnego Systemu Analitycznego (TSA) - Biebrzański Park Narodowy, miejsce wykonywania zamówienia Kraków • Wykonanie działań w ramach projektu „Wykorzystanie nowoczesnych technologii teledetekcyjnych w zarządzaniu zasobami przyrodniczymi Gorczańskiego Parku Narodowego oraz analiza aktualnego stanu i

dynamiki chronionych ekosystemów Część I - Pozyskanie, opracowanie i analiza danych teledetekcyjnych - Gorczański Park Narodowy, miejsce wykonywania zamówienia Kraków • Wykonanie działań w ramach projektu „Wykorzystanie nowoczesnych technologii teledetekcyjnych w zarządzaniu zasobami przyrodniczymi Gorczańskiego Parku Narodowego oraz analiza aktualnego stanu i dynamiki chronionych ekosystemów” Część II - Budowa repozytorium do zarządzania danymi teledetekcyjnymi i przeprowadzenie szkoleń - Gorczański Park Narodowy, miejsce wykonywania zamówienia Kraków. W ramach wyżej wymienionych projektów, wykonawca (SmallGIS Sp. z o.o.) nabył doświadczenie w wykonywaniu w sposób zautomatyzowany ortofotomap z wieloczasowych zdjęć satelitarnych oraz doświadczenie w zakresie związanym z uczeniem maszynowym i wykorzystaniem sieci neuronowych. Jako sposób udostępnienia wskazano: Wykazanie referencji w złożonej ofercie oraz udział w charakterze podwykonawcy. Jako okres udostępnienia zasobów wskazano: Cały okres niezbędny do realizacji niniejszego zamówienia przez firmę Altergeo Holding sp. z o.o. sp. k. Jako zakres udziału podmiotu udostępniającego zasoby przy wykonywaniu zamówienia wskazano: Skierowanie osób realizujących wskazane usługi do bieżącej współpracy przy wykonywaniu i opracowywaniu ortofotomap satelitarnych, opracowanie dokumentacji, oraz zadaniach związanych z uczeniem maszynowym i sieciami neuronowymi.

Izba ustaliła, że Przystępujący w wykazie usług pod pozycją nr 1 wskazał usługę realizowaną na rzecz Biebrzańskiego Parku Narodowego, opisując ją w następujący sposób:

Projekt pt. „Wykonanie i uruchomienie Teledetekcyjnego Systemu Analitycznego (TSA)", w tym Etapy 1, 2A, 2B, 3A ŁĄCZNIE 4 USŁUGI W ramach ww. projektu Wykonawca SmallGIS Sp. z o.o. (Udostępnienie zasobów) realizował odrębne etapy (1, 2A, 2B, 3A), gdzie w ramach każdego z nich zrealizowane zostały osobne usługi polegające na: dostarczeniu, a następnie przetworzeniu do postaci ortofotomap wieloczasowych, bardzo wysokorozdzielczych, optycznych zobrazowań satelitarnych. Ortofotomapy zostały opracowane w sposób zautomatyzowany w oparciu o algorytmy w zakresie mozaikowania i korekty radiometrycznej. Dla każdej z ortofotomap zostały również wykonane korekty geometryczne i atmosferyczne przy użyciu zaawansowanych algorytmów. Opracowane w ramach każdego z etapów dane zasiliły system analityczny TSA. Każdy ze zrealizowanych etapów stanowi odrębną usługę tj. osobno wykonywaną i odbieraną, gdzie za każdą z nich Wykonawca otrzymywał osobne wynagrodzenie (za dany etap). Każda z ortofotomap dotyczyła obszaru Biebrzańskiego Parku Narodowego i stanowiła odrębny produkt/usługę, wykonany w oparciu o inne dane satelitarne, pozyskiwane w różnych okresach i przez różne

sensory. W wykazie usług podano również daty zakończenia poszczególnych etapów, tj.: Usługa nr 1 w ramach Etapu 1 - 17.07.2020, Usługa nr 2 w ramach Etapu 2A - 16.11.2020, Usługa nr 3 w ramach Etapu 2B - 3.02.2021, Usługa nr 4 w ramach Etapu 3A - 13.12.2021.

Jako pozycję nr 3 w wykazie usług Przystępujący wskazał usługę realizowaną na rzecz Gorczańskiego Parku Narodowego, opisując ją w następujący sposób: Wykonanie

działań w ramach projektu „Wykorzystanie nowoczesnych technologii teledetekcyjnych w zarządzaniu zasobami przyrodniczymi Gorczańskiego Parku Narodowego oraz analiza aktualnego stanu i dynamiki chronionych ekosystemów" Część I - Pozyskanie, opracowanie i analiza danych teledetekcyjnych w tym Zadania 2.3 oraz 2.5 ŁĄCZNIE 2 USŁUGI W ramach zadania 2.3. pn. „Pozyskanie aktualnych, wielospektralnych zobrazowań satelitarnych", wykonawca (SmallGIS - udostępnienie zasobów) dostarczył, a następnie przetworzył, wieloczasowe aktualne zobrazowania satelitarne, pozyskane dla obszaru Gorczańskiego Parku Narodowego. Wykonawca wykonał w sposób zautomatyzowany m.in. mozaikowanie oraz korekcję radiometryczną. W wyniku prac Wykonawcy opracowana została ortofotomapa. W ramach zadania 2.5. pn. „Pozyskanie i opracowanie archiwalnych danych teledetekcyjnych znajdujących się w zasobach instytucji zewnętrznych", wykonawca (SmallGIS - udostępnienie zasobów) dostarczył, a następnie przetworzył, wieloczasowe archiwalne zobrazowania satelitarne, pozyskane dla obszaru Gorczańskiego Parku Narodowego. Wykonawca wykonał w sposób zautomatyzowany m.in. mozaikowanie oraz korekcję radiometryczną. W wyniku prac Wykonawcy opracowane zostały ortofotomapy z różnych okresów. Opracowane dane zasiliły system zarządzania danymi teledetekcyjnymi.

Każde ze zrealizowanych zadań stanowi odrębną usługę tj. osobno wykonywaną i odbieraną, gdzie za każdą z nich Wykonawca otrzymywał osobne wynagrodzenie (za dany etap/zadanie). Każda z ortofotomap dotyczyła obszaru Gorczańskiego Parku Narodowego i stanowiła odrębny produkt/usługę, wykonany w oparciu o inne dane satelitarne, pozyskiwane w różnych okresach i przez różne sensory. W wykazie usług podano również daty zakończenia poszczególnych etapów, tj.: Usługa nr 1 Etap Zadanie 2.3 zakończona 2.12.2020, Usługa nr 2 Etap Zadanie 2.5 zakończona 11.12.2020.

Przystępujący przedłożył także referencje wystawione przez Biebrzański Park Narodowy wraz z czterema protokołami częściowymi z realizacji umowy oraz protokoły odbioru nr 2 i 4 w ramach usługi zrealizowanej na rzecz Gorczańskiego Parku Narodowego.

Dalej, Izba ustaliła, że Przystępujący w wykazie osób wskazał: Kierownika Zespołu (1 osobę), Specjalistów ds. przetwarzania i analizy danych satelitarnych (2 osoby) oraz Specjalistę ds. uczenia maszynowego i sieci neuronowych (1 osobę). Jako podstawę do dysponowania w odniesieniu do ww. osób podano: zasób własny. Ponadto, ustalono, że trzy pierwsze osoby z wykazu brały udział w realizacji projektu na rzecz Gorczańskiego Parku Narodowego.

Izba ustaliła także, że Przystępujący nie był wzywany do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, ani do złożenia wyjaśnień dotyczących tychże środków.

Zamawiający w dniu 1 lipca 2022 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Przystępującego.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Odwołujący kwestionował zarówno wykaz usług, jak i wykaz osób złożony przez Przystępującego. W odniesieniu do wykazu usług, Odwołujący kwestionował usługę wskazano w pozycji nr 1 oraz nr 3 wykazu. Po pierwsze podnosił, że wykazanego w pozycji nr 1 zamówienia nie sposób traktować jako czterech odrębnych zamówień (usług), bowiem przedmiotowe zamówienie było realizowane wyłącznie w ramach jednej umowy, a wyszczególnione w wykazie usługi o numerach 1, 2, 3 i 4 były de facto poszczególnymi etapami realizacji niniejszego przedsięwzięcia. Powyższe potwierdzają załączone dowody, w tym wystawione referencje, a także dołączone protokoły częściowe, z których wynika, iż stanowiły one podstawę do wypłaty części wynagrodzenia. Po drugie stwierdzał, że również wykazanego w pozycji nr 3 zamówienia nie sposób traktować jako dwóch odrębnych zamówień (usług), bowiem przedmiotowe zamówienie było realizowane wyłącznie w ramach jednej umowy. Nadto, Przystępujący nie przedłożył dowodu potwierdzającego należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia, załączając jedynie protokół odbioru nr 2 i nr 4, a z treści protokołu nr 4 nie wynika, iż jest to protokół odbioru końcowego. Przystępujący nie

przedłożył żadnych innych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie całej usługi.

W ocenie składu orzekającego z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Spór sprowadzał się przede wszystkim do ustalenia czy Odwołujący słusznie utożsamiał rozumienie pojęcia „usługi” z pojęciem „umowy”. Izba ustaliła, że takie wnioskowanie nie znajduje oparcia w postanowieniach SWZ i w kontekście przedmiotowego postępowania stanowiłoby niedozwoloną modyfikację warunku udziału w postępowaniu na etapie badania i oceny ofert.

Zamawiający w rozdziale dotyczącym warunków udziału w postępowaniu posługiwał się sformułowaniem „usługi/projekty”. Odwołujący w treści odwołania używał zaś słowa „zamówienie”, które nie było użyte w treści warunku udziału w postępowaniu, jednocześnie starając się zrównać je ze słowem „usługa”. Zamawiający natomiast w Rozdziale 10 ust. 1

SWZ wskazał, że Za wykonaną usługę Zamawiający rozumie taką usługę, która została zrealizowana na rzecz podmiotu (Zamawiającego/Odbiorcy) w ramach danej umowy i odebrana przez ten podmiot, jako wykonana należycie. Zamawiający zastrzega sobie prawo do ewentualnego sprawdzenia prawdziwości przedstawianych danych, które będą wyszczególnione w ofercie. Zamawiający przyjął więc na potrzeby niniejszego postępowania

definicję pojęcia usługi jako zrealizowanej w ramach danej umowy. Z brzmienia warunku nie wynika, aby Zamawiający wymagał wykazania, wbrew stanowisku Odwołującego, że umowa musi obejmować tylko jedną usługę. Rzeczywiście w praktyce najczęściej uznaje się, że jedno zamówienie czy jedna usługa to jedna umowa, jednak jest to wyłącznie pewna przyjęta konwencja. Zdarzają się okoliczności, do których ta prosta zależność nie odnosi się, bowiem zamawiający często zawierają bardziej skomplikowane i nietypowe umowy. Każdy przypadek więc należy rozpatrywać indywidualnie, z uwzględnieniem charakteru i przebiegu realizacji inwestycji. Skoro więc takiego zastrzeżenia nie było, Zamawiający nie może na etapie badania i oceny ofert zaostriżyć wymagań, a wszelkie nieprecyzyjne postanowienia w specyfikacji nie mogą wywoływać negatywnych skutków wobec podmiotów uczestniczących w przetargu.

Interpretacji pojęcia „usługa” należy dokonywać w kontekście konkretnego zamówienia i brzmienia SWZ. Skoro nie istnieje ogólna dyrektywa nakazująca uznawanie usługi za jedną umowę, zasadne jest przyjęcie, że usługą może być część działań dotyczących pewnego obszaru i w ramach tak rozumianego pojęcia można było ją wykonać w ramach danej umowy. Ponadto, pojęcie usługi wyrażone w ustawie Prawo zamówień publicznych nie odnosi się także do jednej umowy, bowiem w art. 7 pkt 28) ustawy Pzp wskazuje na aspekt przedmiotowy. W świetle tego przepisu przez usługi należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy.

Wobec tego usługi, które wykazał Przystępujący, jak najbardziej wpisują się w definicję Zamawiającego. Przystępujący wykazał pojedyncze, wyodrębnione do osobnych etapów usługi, które zostały zrealizowane na rzecz podmiotu (Zamawiającego/Odbiorcy) w ramach danej umowy, a usługi te zostały odebrane przez ten podmiot jako wykonane należycie (w osobnych, etapowych procedurach odbiorowych). Reasumując, Izba uznała, że w niniejszym stanie faktycznym wykazywane przez Przystępującego etapy w ramach poszczególnych umów można potraktować jako oddzielne usługi.

Izba nie podzieliła także argumentacji Odwołującego dotyczącej braku przedłożenia protokołu odbioru końcowego dla usługi znajdującej się pod pozycją nr 3 wykazu. Izba ustaliła, że Przystępujący załączył protokół odbioru nr 2 i protokół odbioru nr 4, gdzie wskazano, że produkty zostały wykonane zgodnie z umową i komisja przyjmuje wykonanie prac bez zastrzeżeń. Przedłożone dokumenty stanowią protokoły odbioru konkretnych etapów, adekwatnych do wykazywanych usług i potwierdzają należyte wykonanie wskazanego zakresu. Ponadto, jak wyjaśnił Przystępujący, stanowiły podstawę do wystawienia faktur za wykonane czynności, które to faktury zostały opłacone przez inwestora.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w celu

potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat

wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Oznacza to, że dowodami dołączanymi do wykazu w celu potwierdzenia należytego wykonania usług mogą być co do zasady referencje lub inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego prace były wykonane. Przykładowo mogą to być protokoły odbioru.

Nie zasługuje więc na aprobatę twierdzenie Odwołującego, że na podstawie protokołu odbioru częściowego nie można stwierdzić należytego wykonania usługi. Z całokształtu dokumentów przedstawionych przez Przystępującego wynika, iż protokoły dotyczyły odbioru konkretnego etapu, wskazanego w wykazie usług. Okoliczność, iż protokół częściowy nr 4 nie jest protokołem końcowym nie może budzić wątpliwości w sytuacji, w której złożono protokoły dotyczące konkretnych etapów zadania o samodzielnym charakterze.

Izba nie uwzględniła także zarzutu dotyczącego wykazu osób. Odwołujący twierdził, że skoro osoby wskazane przez Przystępującego realizowały projekty na rzecz Gorceńskiego Parku Narodowego w terminie od czerwca 2020 r. do marca 2022 r., a przedsięwzięcie było realizowane przed podmiot trzeci udostępniający Przystępującemu zasoby, to tym samym wskazane osoby nie są zasobem własnym Przystępującego, nie są także zasobem podmiotu trzeciego, gdyż udostępnienie potencjału dotyczyło jedynie doświadczenia, a nie osób. Ponadto, Odwołujący podnosił, że nie jest możliwe, aby wskazane osoby były pracownikami, czy też zleceniobiorcami Przystępującego, który nie istniał przed 20 października 2020 r. Niemożliwe jest więc powoływanie się na zasoby osobowe w okresie od czerwca do października 2020 r., czy też od grudnia 2019 r.

Rację należy przyznać Zamawiającemu, że Odwołujący niesłusznie wiąże kwestię polegania na doświadczeniu podmiotu trzeciego i udostępnienia w tym zakresie zasobów, z podstawą dysponowania przez wykonawcę zasobami osobowymi oraz określonym przez takie osoby doświadczeniem. Udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego nastąpiło w zakresie doświadczenia w wykonaniu usług, o których mowa w warunku postawionym przez Zamawiającego, a nie osób posiadających kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie, co przyznał sam Odwołujący w odwołaniu.

Jak zwróciła bowiem uwagę KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 lutego 2019 r. w sprawie o sygnaturze akt KIO 240/19 O tym, czy wykonawca dysponuje osobami zdolnymi

do wykonania zamówienia, rozstrzyga więc prawna pomiędzy nim a tymi osobami. Jeżeli tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą, na której dysponowanie wykonawca się powołuje, mamy do czynienia z

dysponowaniem bezpośrednim. Nie zachodzi w takim przypadku ani podwykonawstwo, ani też w ogóle stosowanie art. 22a Prawa zamówień publicznych, gdyż nie występują zasoby podmiotów trzecich. Bez znaczenia pozostaje także, jaki dokładnie stosunek prawny łączy wykonawcę z tą osobą. Może to być umowa o pracę, umowa cywilnoprawna czy samozatrudnienie. Natomiast z pośrednim dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia mamy do czynienia w sytuacji, gdy więź prawna łączy wykonawcę z podmiotem (osobą) dysponującą tymi właśnie osobami. Innym słowy wykonawca zawiera umowę z podmiotem (osobą fizyczną, prawną lub inną jednostką organizacyjną), w którego władaniu czy dyspozycji znajduje się osoba zdolna do wykonania zamówienia i ten podmiot zobowiązuje się do udostępnienia swoich zasobów zgodnie z art. 22a ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Orzeczenie to co prawda wydane zostało na gruncie przepisów poprzednio obowiązujących, niemniej pogląd w nim wyrażony zachowuje swoją aktualność.

Nie sposób więc mówić o jakiegokolwiek sprzeczności w zakresie w jakim Przystępujący deklaruje, że będzie dysponował osobami posiadającymi kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie jako zasobem własnym, a okolicznością, że osoby te zdobywały doświadczenie w realizacji projektów wykonując prace na rzecz innego podmiotu. Jak słusznie zauważył Zamawiający dysponowanie zasobami osobowymi dotyczy realizacji zamówienia, o które wykonawca ubiega się i to na potrzebę tego konkretnego zamówienia deklaruje formę współpracy z osobami skierowanymi do jego wykonywania. Bez znaczenia dla oceny możliwości korzystania z danych osób w toku zamówienia jest fakt ich wcześniejszego zatrudnienia w innych podmiotach. Nie wyłącza on bowiem możliwości

nawiązania przez taką osobę więzi prawnej z wykonawcą, możliwą do określenia jako dysponowanie bezpośrednio.

W konsekwencji Izba uznała za bezzasadny zarzut zaniechania przyznania 35 pkt Przystępującemu w kryterium „Doświadczenie kadry”. Odwołujący podnosił, że skoro wykonawca nie potwierdził w sposób niebudzący wątpliwości, iż ujęte osoby są jego zasobem własnym, a wykazane doświadczenie było zrealizowane przez zupełnie inny podmiot, który nie udostępnił wykonawcy osób, nieuprawnione było przyznawanie w przywołanym kryterium 35 pkt. W ocenie składu orzekającego, istotne jest, że dana osoba spełnia warunki doświadczenia punktowane w ramach kryterium oceny ofert. Nie ma przy tym znaczenia, że przedstawione osoby zdobyły doświadczenie podczas współpracy z innym podmiotem. Okoliczność ta w żaden sposób nie podważa zdobytego doświadczenia przez te osoby.

Izba pominęła argumentację Odwołującego z pisma procesowego w odniesieniu do zarzutu, że jakoby wskazywane usługi nie potwierdzają opracowania ortofotomapy, a jedynie przygotowanie do jej wykonania oraz argumentację dotyczącą realności udostępnionych Przystępującemu zasobów. Izba wskazuje, że na tym etapie twierdzenia te są nieuprawnioną próbą rozszerzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu. Na zarzut składają się nie tylko przywołanie podstawy prawnej, ale również wszystkich okoliczności faktycznych, z których Odwołujący wywodzi skutki prawne, dlatego też powoływanie na późniejszym etapie postępowania odwoławczego nowych okoliczności faktycznych nie może być przez Izbę brane pod uwagę przy rozpatrywaniu zarzutów odwołania. Innymi słowy, Izba jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. Jeżeli więc Odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści odwołania, to nie mogą być one brane przez Izbę pod uwagę i to również w sytuacji, gdy Odwołujący próbowałby powiązać nowe zarzuty z ogólnie opisanymi w uzasadnieniu odwołania okolicznościami faktycznymi.

Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego, co do zasądzenia na jego rzecz kosztów postępowania tytułem wynagrodzenia pełnomocnika. Zgodnie z §5 pkt 2 ww. rozporządzenia taki zwrot kosztów przystępującemu przysługuje tylko w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). W niniejszym stanie faktycznym żadna z powyższych sytuacji nie zaistniała.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: