

WYROK
z dnia 21 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2016 r. przez wykonawcę **G.P. INWESTIM Sp. z o.o., Siercza 386, 32-020 Wieliczka** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Kraków, ul. Wielopole 17a, 31-072 Kraków**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w następstwie wykluczenia odwołującego z postępowania oraz nakazuje zamawiającemu ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miejską Kraków, ul. Wielopole 17a, 31-072 Kraków i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **G.P. INWESTIM Sp. z o.o., Siercza 386, 32-020 Wieliczka** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Gminy Miejskiej Kraków, ul. Wielopole 17a, 31-072 Kraków** na rzecz wykonawcy **G.P. INWESTIM Sp. z o.o., Siercza 386, 32-020 Wieliczka** kwotę **11 518 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy pięćset osiemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztu dojazdu na posiedzenie.

KIO 979/16 1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący

KIO 979/16 2

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie usługi inspektora nadzoru inwestorskiego nad realizacją inwestycji „Wykonanie *robót budowlanych polegających na rozbudowie i adaptacji istniejącego budynku z przeznaczeniem na Archiwum Urzędu Miasta Krakowa część 1 zadania inwestycyjnego*”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Gminę Miejską Kraków (dalej „zamawiający”), ogłoszonym Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 kwietnia 2016 r. pod numerem 39923 wykonawca GP Inwestim Sp. z o.o., Siercza 386, 32-020 Wieliczka (dalej „odwołujący”) złożył w części 1 odwołanie, wobec wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz odrzuceniu złożonej przez niego oferty, wskutek czego zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która powinna uzyskać niższą ilość punktów niż oferta odwołującego, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 22 ust. 1 pkt 3, poprzez niezasadne przyjęcie, że odwołujący nie dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 2b w zw. z § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, przez niezasadne przyjęcie, że odwołujący podlega wykluczeniu jako wykonawca, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. art. 26 ust. 2b, poprzez niezasadne przyjęcie, że odwołujący będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów,
4. 89. ust. 1 pkt 5, poprzez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego pomimo niepodlegania przez niego wykluczeniu.

Odwołujący zarzucił nadto zamawiającemu naruszenie przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, a w szczególności § 3 ust. 4, poprzez niezasadne zażądanie złożenia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania przez osoby, które takiego oświadczenia nie musiały składać.

Z ostrożności odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności zamawiającego polegających na wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty oraz

KIO 979/16 3

o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty firmy Powiernictwo Kordek Biuro Obsługi Budownictwa S.K. w Rumii oraz powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty złożonej przez GP Inwestim sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Dodatkowo wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów stawienia odwołującego na rozprawę, a także kosztów ewentualnego zastępstwa procesowego przez profesjonalnego pełnomocnika według norm prawem przypisanych.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę wskutek naruszenia ustawy przez zamawiającego, gdyż utracił możliwość wyboru jego oferty i uzyskania zamówienia pomimo złożenia najkorzystniejszej oferty – w przypadku bowiem uznania, iż odwołujący spełnia wymagania udziału w postępowaniu określone w ustawie, to odwołujący uzyska dla siebie przedmiotowe zamówienie. Wskazał także, że szkodą, jaką może ponieść wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, są utracone korzyści z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz złożył ofertę najkorzystniejszą, która nie podlega odrzuceniu. Podsumował, że w ten sposób został naruszony jego interes prawny, bowiem gdyby zamawiający postępował zgodnie z przepisami ustawy to odwołujący uzyskałby do wykonania przedmiotowe zamówienie,

Odwołujący podał, że w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty zamawiający wskazał, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ponieważ oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp złożone zostało w dniu 24 maja 2016 r., tj. po dniu w którym upłynął termin składania ofert, czego dowodem jest oferta GP Inwestim sp. z o.o. oraz pismo zamawiającego z dnia 1 czerwca 2016 r.

Wskazał również, że zgodnie z postanowieniami rozdziału III p. 5 SMWZ o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy między innymi spełniają warunek określony w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp dotyczący dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (p. 5.4.), a zamawiający uzna ten warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadającymi kwalifikacje zawodowe i uprawnienia w rozumieniu ustawy Prawo budowlane wymienione przez zamawiającego.

Uzupełnił, że ocena spełniania tego warunku dokonywana była w oparciu o oświadczenie wykonawcy zawarte w załączniku nr 7 do SIWZ – „Wykaz osób”.

Odwołujący oświadczył, że wśród dokumentów złożonych przez niego jako załączniki do oferty znajdował się m.in. „wykaz osób, które będą uczestniczyły w wykonaniu

KIO 979/16 4

zamówienia na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego [...]”.

Podkreślił, że we opracowanym przez zamawiającego wzorze w rubryce „informacja o sposobie dysponowania przez Wykonawcę wskazaną w wykazie osobą” zamieścił kursywą dopisek „pracownik Wykonawcy/pisemne zobowiązanie innego podmiotu”.

Oświadczył, że wypełnił załącznik nr 7 do SIWZ, wpisując wśród osób, którymi dysponował osobę będącą w stosunku pracy z odwołującym oraz dwie osoby, które zamierzał zatrudnić przy wykonaniu zamówienia na podstawie umowy zlecenia, jednak osoby te w dacie złożenia oferty nie zawarły jeszcze umowy zlecenia (miała ona zostać zawarta, po wygraniu przetargu, na czas określony – do zakończenia umowy z zamawiającym), stąd odwołujący złożył oświadczenie tych osób o zobowiązaniu do udziału w realizacji zamówienia. Dodał, że jednocześnie wpisał w rubryce „informacja o sposobie dysponowania Umowa zlecenie z GPF”, a to z tego względu, iż pani S.K. i pan J.T. którymi miał dysponować odwołujący nie miały zawartej z nim umowy o pracę, w miejscu przeznaczonym do wypełnienia oświadczenia znajdującego się na końcu załącznika o treści: „(*) Oświadczam, że dysponuję wszystkimi osobami wymienionymi w wykazie jako zasobem własnym, za wyjątkiem osób wskazanych w poz., którymi dysponuję polegając na zasobach innego podmiotu, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy i dla nich dołączam pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia swoich zasobów” odwołujący wpisał cyfry 2, 3 i 4, czego dowodem jest oferta odwołującego – „wykaz osób”, a nadto oświadczenia pani S.K. z dnia 5 maja 2016 r. i pana J.T. z dnia 4 maja 2016 r.

Odwołujący stanął na stanowisku, że zamawiający nakazał odwołującemu wypełnienie formularza według załącznika nr 10 do SIWZ) bowiem zdaniem zamawiającego osoby wymienione przez odwołującego powinny były złożyć oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania, które to oświadczenie ma obowiązek złożyć podmiot trzeci, z którego potencjału kadrowego korzysta wykonawca składający ofertę.

Odwołujący oświadczył, że dostarczył zamawiającemu wypełniony załącznik nr 10, podpisany przez osoby mające brać udział w wykonaniu zamówienia w dniu 24 maja 2016 r. na co zamawiający – w zawiadomieniu o rozstrzygnięciu przetargu – wskazał, iż data oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania jest późniejsza niż data składania ofert, co oznacza, że złożone dokumenty nie potwierdzają, iż wykonawca spełnia warunek określony w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący przypomniał, że zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca, który polega m.in. na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, innych podmiotów, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności

KIO 979/16 5

przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, przy czym zamawiający, w celu weryfikacji rzeczywistego dostępu wykonawcy do ich zasobów, może żądać dokumentów dotyczących w szczególności zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem. Dodał, że również z treści rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wynika, iż wykonawca polegający na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ma obowiązek, na żądanie zamawiającego, przedstawić w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty wymienione w § 3 ust. 1-3 ww. rozporządzenia, w tym również

oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia.

Odwołujący stanął na stanowisku, że zamieszczenie przez niego w wykazie osób danych inspektorów nadzoru – pani S.K. i pana J.T., które w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty odwołującego, wbrew temu co twierdzi zamawiający, nie jest przypadkiem wykazania potencjału cudzego, udostępnionego przez podmiot trzeci na potrzeby wykonania danego zamówienia na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Uznał, że wskazanie tych osób jako „korzystanie z zasobów innego podmiotu” polegało tylko i wyłącznie na omyłce odwołującego, podlegającej wyjaśnieniu w trybie art. 87 ustawy, skutkiem czego niezasadne było domaganie się przez zamawiającego wypełnienia formularza załącznika nr 10 do SIWZ, który do wyżej wymienionych osób nie miał zastosowania. Dodał, że – w konsekwencji – oświadczenia złożone na formularzu według załącznika nr 10, pomimo kwestionowania przez zamawiającego daty ich złożenia, nie miały żadnego wpływu na prawidłowość oferty złożonej przez odwołującego, w tym na wykazanie przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu przez posiadanie odpowiedniego potencjału osobowego.

Stwierdził, że zamawiający nie zażądał w treści SIWZ, aby osoby wykonujące zamówienie pozostawały w dyspozycji odwołującego (w zasobach własnych) wyłącznie na podstawie umowy o pracę.

Zdaniem odwołującego treść załącznika nr 7, w części której zamawiający określa te osoby jako „*pracownik Wykonawcy/pisemne zobowiązanie innego podmiotu*” pozostaje w sprzeczności z postanowieniami SIWZ, która takiego zero-jedynkowego ograniczenia nie zawiera.

Powtórzył, że omyłkowo wskazał na poleganiu na zasobach innego podmiotu w odniesieniu do swoich zleceńoborców wymienionych w załączniku nr 7, nie mając świadomości późniejszych konsekwencji takiego wskazania.

KIO 979/16 6

Stwierdził, że pozostaje poza sporem, że odwołujący zawarł umowę zobowiązującą do zawarcia umowy zlecenia bezpośrednio z osobami mającymi wykonywać zamówienie, skutkiem czego było złożenie przez te osoby stosownych oświadczeń. Oceniał, że osoby te pozostawały w bezpośredniej dyspozycji odwołującego, w jego „zasobach własnych”, bowiem o tym, że wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jako tzw. zasobem własnym rozstrzyga bezpośrednia więź prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą a tymi osobami, a nie z podmiotem trzecim.

Przyjęcie stanowiska odmiennego prowadziłoby – wywodził odwołujący – do absurdu sytuacji, w której wszystkie osoby, którymi wykonawca dysponuje na podstawie tytułu innego niż stosunek pracy, uznawane byłyby za zasób udostępniany na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy.

Powołał się na opinię prawną UZP dotyczącą wyjaśnień przepisów ustawy Pzp w sprawie dopuszczalności żądania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego, zgodnie z którą: „*Biorąc pod uwagę przywołane brzmienie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp należy stwierdzić, iż § 3 ust. 4 rozporządzenia znajduje zastosowanie do przypadków, gdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powołuje się na osoby zdolne do wykonania zamówienia należące do innych podmiotów, tj. podmiotów, które dysponują takimi osobami. W takim przypadku mamy do czynienia z dysponowaniem przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób pośredni (dysponowanie pośrednie). A contrario należy uznać, iż przepis § 3 ust. 4 rozporządzenia nie znajduje zastosowania do przypadków, gdy to sam wykonawca dysponuje takimi osobami (dysponowanie bezpośrednie).*”

Stanął na stanowisku, że ponieważ kryteria rozgraniczające tzw. zasoby własne od udostępnienia zasobów w trybie art. 26 ust. 2b nie zostały wprost wskazane w ustawie Pzp to należy przyjąć, iż korespondujący przepis § 3 ust. 4 rozporządzenia znajduje zastosowanie w przypadku ziszczenia się łącznie dwóch warunków, to jest polegania przez wykonawcę na zasobach innych podmiotów, oraz aby podmioty te brały udział w realizacji części zamówienia, przy czym uznał, że jedynym słusznym wnioskiem jest ten, że innym podmiotem w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest odrębna wobec wykonawcy jednostka organizacyjna lub przedsiębiorca zatrudniający (w szerokim znaczeniu) w tym celu pracowników lub dysponujący w sposób bezpośredni (także w sensie możliwości wydawania

poleceń) osobami oddanymi do dyspozycji wykonawcy w celu wykonania zamówienia, a nie osoba wykonująca działalność samodzielnie i jednoosobowo.

Ponownie powołano się na opinię UZP, zgodnie z którą „W przypadkach, gdy tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą (osobami), na dysponowanie której (których) wykonawca się powołuje, mamy do

KIO 979/16 7

czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. Przy czym bez znaczenia jest tutaj charakter prawny takiego stosunku, tj. czy mamy tu do czynienia z umową o pracę, umową o świadczenie usług, umową przedwstępną, czy też z samozatrudnieniem się osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą itd. (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2009 r. KIO/UZP 766/09, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 maja 2009 r. KIO/UZP 639/09; KIO/UZP 659/09).” oraz zgodnie – *w przypadku zaangażowania przez wykonawcę* – na podstawie różnych stosunków prawnych osoby fizycznej, niezależnie od tego, czy prowadzi działalność gospodarczą przy pomocy przedsiębiorstwa (zakładu pracy), czy też świadczącej usługę na podstawie m.in. umowy zlecenia, jeżeli osoba ta będzie wykonywała wyłącznie osobiście, uzgodnione z wykonawcą czynności związane z realizacją zamówienia publicznego, np. pełniła funkcję kierownika budowy. [...] mamy do czynienia z bezpośrednim dysponowaniem osobą zdolną do wykonania zamówienia, a nie powołaniem się na zasoby podmiotu trzeciego. [...]. Tak więc przepis § 3 ust. 4 rozporządzenia w takich sytuacjach nie znajduje zastosowania.

Uzupełnił, że nawet jeżeli osoba pozostająca przy wykonaniu zamówienia publicznego w bezpośredniej dyspozycji wykonawcy jest przedsiębiorcą, lecz nie zatrudnia pracowników, ale występuje jako tzw. samozatrudniona, nie można zasadnie przyjąć, że osoba taka jest „innym podmiotem” w rozumieniu ustawy.

Wskazał, że stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO – „pojęcia *dysponowanie osobami do realizacji zamówienia nie należy utożsamiać z koniecznością ich zatrudnienia, gdyż podstawą dysponowania może być także umowa zlecenie, umowa o dzieło czy umowa przedwstępna*”.

Powołano się na wyrok z dnia 26 września 2011 r. o sygn. KIO 1958/11; „Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą nie jest istotnym stosunek prawny łączący wykonawcę z osobami zdolnym do wykonania zamówienia. Tzn. nie jest istotne, z punktu widzenia celu, jakim jest żądanie dysponowania tymi osobami i możliwości rozporządzania nimi w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia jaka jest podstawa prawna powyższego faktu. [...] istotnym jest skutek w postaci spełnienia warunku udziału w postępowaniu i tym samym możliwość realizacji przedmiotu zamówienia przez doświadczony personel, niezależnie od faktu, czy prawo do dysponowania określonymi osobami ma swoje źródło w umowie o pracę, umowie cywilnoprawnej, jak również czy jest wynikiem relacji z podmiotem trzecim złożenia deklaracji współpracy, które w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej są uznawane za dowód dysponowania przez wykonawcę osobami, które podpisały deklaracje”

oraz ma wyrok KIO z 29 kwietnia 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 485/09, w myśl którego innym podmiotem w rozumieniu ustawy jest pracodawca zobowiązujący się wobec wykonawcy do udostępnienia osób zdolnych do realizacji zamówienia tylko wówczas, gdy zamierza udostępnić swoich pracowników w ramach nawiązanego z nimi stosunku pracy – „Wówczas takie osoby byłyby skierowane przez dotychczasowego pracodawcę do

KIO 979/16 8

świadczenia pracy u innego podmiotu, jednak taka sytuacja nie jest regułą; przeciwnie, często występują osoby świadczące równolegle, obok „pierwszego” stosunku pracy również inne czynności, czy to w ramach drugiego stosunku pracy, czy to w ramach umów prawa cywilnego. Osoby takie mogą swobodnie dysponować swoim czasem (swoją osobą) i jeżeli złożyły „deklarację współpracy”, oznacza to że nawiązały z wykonawcą pewien stosunek prawny.

Uznał, że w świetle przytoczonych argumentów, w chwili składania wniosków podmiotem, w którego dyspozycji pozostawały osoby z wykazu, był odwołujący, pomimo

błędne określenie charakteru tego dysponowania w załączniku nr 7, stąd nie było potrzeby załączania do wniosku o ubieganie się o udzielenie zamówienia „zobowiązania innego podmiotu”, czego oczekiwał zamawiający.

Staął na stanowisku, że w takiej sytuacji złożony przez odwołującego załącznik nr 10 nie ma żadnego znaczenia dla prawidłowej oceny oferty odwołującego i nie powinien być brany pod uwagę jako zbędny i złożony niecelowo, bowiem personel odwołującego nie ma obowiązku składania oświadczeń ani dokumentów określonych w § 3 ww. rozporządzenia.

Podniósł, że odwołujący nie ma obowiązku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na podstawie stosunku pracy, bowiem nie żądał tego zamawiający, natomiast zawarcie zaś jakiegokolwiek umowy, czy to o pracę, dzieło, czy zlecenia w sytuacji niepewności co do przyszłej możliwości wywiązania się z tej umowy wobec pracownika/zleceniobiorcy byłoby kompletnie nieuzasadnione ekonomicznie.

Wskazał, iż w myśl postanowienia art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące m.in. dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, przy czym – podkreślił – ustawa nie zastrzega formy prawnej owego dysponowania, istotnym jest to, czy dany wykonawca ma gwarancję, że dana osoba może świadczyć określone usługi na jego rzecz. Naturalnym jest w takiej sytuacji – stwierdził – zawarcie umowy

a także, że osoba taka, nie pozostając jeszcze zobowiązującej/przedwstępnej, w sformalizowanej relacji z wykonawcą składa oświadczenie o zobowiązaniu się do świadczenia usług w przyszłości, na wypadek otrzymania przez wykonawcę zamówienia.

Podniósł także, że wobec sprzeczności oświadczeń odwołującego zawartych w treści załącznika nr 7 zamawiający, zamiast żądania wypełnienia załącznika nr 10, ewentualnie po jego otrzymaniu – wobec sprzeczności jego treści z treścią załącznika nr 7, winien był raczej wezwać odwołującego do wyjaśnienia, w zakresie podstaw dysponowania personelem, treści oferty w trybie art. 87 ustawy, czego nie uczynił.

Powołując się na orzecznictwo KIO oraz sądów powszechnych stwierdził, że przepis art. 26 ust. 3 nie wymaga, aby data wystawienia dokumentu nie była późniejsza niż termin

KIO 979/16 9

składania ofert, lecz aby treść dokumentu potwierdzała, że wykonawca spełniał warunek udziału w postępowaniu najpóźniej w tym dniu, a nadto, że w treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie ma mowy o zawartości samego wezwania, co nie oznacza, że zamawiający ma w tym zakresie pełną dowolność. Data wystawienia wymaganego dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu jest wtórna wobec wymagań stawianych treści dokumentu. Fakt wystawienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu po upływie terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest bez znaczenia, jeśli z treści dokumentu wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu nie później niż w tym dniu.

Uzupełnił, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów musi być precyzyjne, w taki sposób, aby wykonawca wiedział czego oczekuje od niego zamawiający.

Staął na stanowisku, że oświadczenia p. S.K. i p. J.T. złożone na formularzu załącznika nr 10 nie mogły zostać przez nich antydatowane – formularze te jako dokumenty prywatne potwierdzają jedynie, że osoba, która je podpisała złożyła oświadczenie o określonej treści.

Za pozostające poza sporem uznał to, że zamawiający nie wskazał odwołującemu na jaki dzień oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia ma być złożone, pomimo że to zamawiający przygotował treść tego oświadczenia, nie pozostawiając w nim miejsca na dopisanie innych treści.

Wskazał, że nie może ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z treści przygotowanego przez zamawiającego tekstu formularzy, oświadczeń i załączników do SIWZ, szczególnie w wypadku gdy w ogóle nie był zobowiązany do ich składania.

Dodał, że z treści oświadczenia zamieszczonej przez zamawiającego wynika, iż jest ono składane imieniem innej osoby (w domyśle jednostki organizacyjnej) – „*podmiot, który reprezentuje...*” czyli właśnie „innego podmiotu” w rozumieniu ustawy. Podkreślił, że oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia nie jest tym samym, co dokumenty urzędowe potwierdzające stan prawny/faktyczny z reguły na dzień ich sporządzenia (np. zaświadczenie

z KRK, urzędu skarbowego itp.), nie jest również oświadczeniem woli, ale oświadczeniem wiedzy.

Zdaniem odwołującego nie można ich w sytuacji zaistniałej w niniejszym postępowaniu tłumaczyć w oderwaniu od złożonych uprzednio (4 i 5 maja 2016 r.) oświadczeń woli o „zobowiązaniu do udziału w wykonaniu zamówienia” – mając na uwadze kontekst nawiązania współpracy należałoby przyjąć, że składając oświadczenie z dnia 4 i 5 maja personel wykonawcy nie podlegał wykluczeniu, ponieważ w innej sytuacji nie złożyłby tych oświadczeń.

Podsumował, że skoro odwołujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4) ustawy Pzp to nie zaistniała również podstawa do odrzucenia

KIO 979/16 10

jego oferty na zasadzie art. 89 ust. 1. pkt 5 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 10 czerwca 2016 r., Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 13 czerwca 2016 r., a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania.

Zarzut niezasadnego przyjęcia, że odwołujący podlega wykluczeniu jako wykonawca, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (odwołujący nie dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz będzie polegał na osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, żądanie złożenia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania przez osoby, które takiego oświadczenia nie musiały składać,) oraz zarzut odrzucenia oferty odwołującego pomimo niepodlegania przez niego wykluczeniu, potwierdziły się.

Izba ustaliła, co następuje.

W rozdziale IV *Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu* pkt 14.6. zamawiający zażądał – w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale III pkt 5.4. SIWZ oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia – złożenia przez wykonawcę wraz z ofertą Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, odpowiedzialnych za świadczenie usług nadzoru, a w nim m.in. „informacje o podstawie dysponowania wskazanymi osobami”, wskazując że wzór Wykazu osób stanowi załącznik nr 7 do SIWZ.

W kolumnie czwartej tabeli – Wykaz osób zamawiający w odniesieniu do informacji o podstawie do dysponowania przez wykonawcę wskazana w wykazie osobą podał – jako „sposoby dysponowania”: „pracownik Wykonawcy / pisemne zobowiązanie innego

KIO 979/16 11

podmiotu”.

W rozdziale IV *Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu* pkt 14.9. zamawiający zażądał – w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w Rozdziale III oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia – złożenia przez wykonawcę wraz z ofertą: „Dowodu dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w przypadku polegania na zdolnościach innych podmiotów – zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy – w szczególności pisemnego zobowiązania innych podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia wraz z wykazaniem, że zobowiązanie to zostało podpisane przez osoby uprawnione

(np., dokumenty rejestrowe, pełnomocnictwa), – jeżeli dotyczy – wg wzoru stanowiącego załącznik nr 10 do SIWZ.”

We wzorze załącznika nr 10 do SIWZ – „Oświadczenie podmiotu” ujęto m.in. oświadczenie o treści: „oświadczam, iż podmiot, który reprezentuję, nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp”.

Odwolujący złożył, na podstawie opracowanego przez zamawiającego załącznika nr 7 do SIWZ, Wykaz osób (str. 17-19 oferty), w którym w kolumnie „Informacja o podstawie do dysponowania przez Wykonawcę wskazaną w wykazie osobą” w pozycji 2 (S.K.) i 3 (J.T.) podał podstawę dysponowania: „Umowa zlecenie z GPI”.

Pod tabelą stanowiącą Wykaz osób odwołujący złożył oświadczenie o treści: „Oświadczam, że dysponuję wszystkimi osobami wymienionym w wykazie jako zasobem własnym, za wyjątkiem osób wskazanych w poz. 2, 3 i 4, którymi dysponuję polegając na zasobach innego podmiotu, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy i dla nich dołączam pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia swoich zasobów”.

Na str. 20 i 21 odwołujący złożył oświadczenia – odpowiednio pani S.K. oraz pan J.T. – do udziału w realizacji zamówienia, w których wskazano nazwę przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podmiot oferujący (tj. odwołującego) oraz podmiot zamawiający, a także, iż „Usługa będzie wykonana zgodnie z wymaganiami SIWZ dla przedmiotowego zadania”. Nadto ujęto, iż „Podstawą udziału w realizacji usługi będzie umowa zlecenie”.

Pismem z dnia 23 maja 2016 r. zamawiający wezwał odwołującego, powołując się na „art. 26 ust. 3 w zw. z ust. 4 ustawy” Pzp „do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w pkt 1) i 2)”.

W pkt. 1) zamawiający podał, że „Wykonawca w „Wykazie osób” sporządzonym,

KIO 979/16 12

wg wzoru określonego w załączniku nr 7 do SIWZ wskazał, że będzie dysponował zasobami innego podmiotu w odniesieniu do osób wymienionych w pkt 2 oraz w pkt 3 i 4 (Wykonawca w pkt 3 i 4 „Wykazu osób” wskazał tę samą osobę). Wykonawca dołączył do oferty zobowiązanie do udziału w realizacji zamówienia Pani S.K. (...) oraz Pana J.T. (...), jednak treść obydwu dołączonych zobowiązań do udziału w realizacji zamówienia nie zawiera wymaganego zgodnie z załącznikiem nr 10 do SIWZ oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, o treści (...): „oświadczam, iż podmiot, który reprezentuję, nie podlega wykluczeniu z postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp”.

Odwolujący, przy piśmie z dnia 24 maja 2016 r., złożył – według załącznika nr 10 do SIWZ – oświadczenia: pani S.K. oraz pana J.T., podpisane w dniu 24 maja 2016 r.

W przypadku pierwszej z osób w miejscu przeznaczonym na wpisanie nazwy „innego podmiotu” wpisano: HV-Projekt S.K., w przypadku drugiej z osób wpisano: Zakład Elektroinstalacyjny Elektrofach J.T..

W obu przypadkach wskazano, iż składającego oświadczenie z wykonawcą (odwołującym) łączy umowa zlecenia.

Pismem z dnia 1 czerwca 2016 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, uzasadniając: „Wykonawca wraz z ofertą załączył tabelę „Wykaz osób” (wg wzoru – załącznik nr 7 do SIWZ), gdzie wskazał, iż będzie polegał na zasobach innych podmiotów w odniesieniu do inspektorów nadzoru wymienionych w pkt 2 oraz w pkt 3 i 4 Wykazu osób (opisanych w rozdziale III pkt 5.4. SIWZ). Jednocześnie zgodnie z tym Wykazem Wykonawca dołączył do oferty dwa „Zobowiązania do udziału w realizacji zamówienia” – podpisane przez panią S.K. (inspektora nadzoru w zakresie branży sanitarnej) oraz pana J.T. (inspektora nadzoru w branży elektrycznej oraz w zakresie instalacji słaboprądowych), jednak nie złożył oświadczeń tych podmiotów o niepodleganiu wykluczeniu zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp – wymaganych zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu „wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na

zasoby innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedkłada także dokumenty w zakresie wymaganym dla wykonawcy, określonym w pkt III.4.2.”

Wykonawca na wezwanie Zamawiającego do przedłożenia takich oświadczeń przesłał w wymaganym terminie dwa „OSWIADCZENIA PODMIOTU na którego zasoby powołuje się Wykonawca – na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych (...) na druku zał. Nr 10 do SIWZ zawierające stosowne

KIO 979/16 13

oświadczenia, podpisane przez Pana J.T. oraz Panią S.K. – z datą 24 maja 2016 r., tj. po upływie terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu (16 maja 2016 r.). Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp „Złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu (...) nie później niż w dniu, w którym upłynął (...) termin składania ofert”. W tej sytuacji należy zauważyć, że niezłożenie przez Wykonawcę właściwych dokumentów odnoszących się do innego podmiotu (na zasoby, którego powołuje się Wykonawca zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp), wymaganych przez Zamawiającego, skutkuje obowiązkiem Zamawiającego do wykluczenia Wykonawcy z postępowania z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp). W związku z powyższym, Zamawiający stwierdził, iż przedłożone przez Wykonawcę w ramach uzupełnień oferty Oświadczenia nie potwierdzają, iż Wykonawca spełnia warunek określony w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazany w rozdziale III pkt 5.4. ppkt 2), 3) i 4) SIWZ) zobligowany jest do wykluczenia Wykonawcy”.

Tym samym pismem zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu złożonej przez odwołującego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 ustawy Pzp, uzasadniając: „W następstwie wykluczenia Wykonawcy z postępowania oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu. Wykonawca został wykluczony z postępowania z powodu nie przedłożenia kompletu prawidłowych dokumentów wymaganych przez Zamawiającego (...) przez co nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazanego w rozdziale III pkt 5.4. ppkt 2), 3) i 4) SIWZ”.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stanęła na stanowisku, że zamawiający błędnie przyjął, iż odwołujący, w przypadku pani S.K. oraz pana J.T. (poz. 2 i 3 Wykazu osób odwołującego), dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (rozdział III pkt 5.4. ppkt 2) i 3) SIWZ) korzysta z zasobów podmiotów trzecich, w konsekwencji czego bezpodstawnie zażądał od odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, złożenia oświadczeń tychże podmiotów trzecich, że nie podlegają wykluczeniu z postępowania – zamawiający błędnie przyjął, że pani S.K. oraz pan J.T. to podmioty trzecie.

Przypomnienia wymaga, że zgodnie z § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) [dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów”] jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22

KIO 979/16 14

ust. 1 ustawy Pzp (a zatem także – zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp – warunku co do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia) polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 1-3, tj. w szczególności oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia (§ 3 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia w sprawie dokumentów).

Abstrahując od podnoszonych przez odwołującego wątpliwości, czy w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w treści SIWZ w ogóle żądał złożenia

oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia przez podmioty trzecie (czy zawarł takie żądanie jedynie w ogłoszeniu o zamówieniu), stwierdzić przede wszystkim należy, że przepis § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów znajduje zastosowanie o ile zostaną spełnione łącznie dwa następujące warunki:

1. wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu polegał na zasobach innych podmiotów (na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp),
2. podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów nie znajduje zastosowania, ponieważ nie został spełniony warunek pierwszy, tj. wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie polegał na zasobach innych podmiotów, ponieważ pani S.K. oraz pan J.T. „nie są podmiotami trzecimi”.

Bo choć obie osoby prowadzą działalność gospodarczą to nie udostępniły odwołującemu osób, które pozostają w ich dyspozycji, ale same, poprzez złożone przez siebie przed upływem terminu składania ofert *Zobowiązanie do udziału w realizacji zamówienia* i oświadczenia (odpowiednio z dnia 5 i 4 maja 2016 r.) zobowiązały się do udziału na podstawie umowy zlecenia, co oznacza, że dały odwołującemu gwarancję, że będą świadczyć usługi na jego rzecz. Bezpośrednia więź pomiędzy każdą z tych osób a odwołującym oznacza także, że odwołujący dysponował tymi osobami bezpośrednio („bez pośrednictwa” innych osób/podmiotów). Bez znaczenia przy tym (tak *m.in. w opinii UZP* *Dopuszczalność żądania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego*) pozostaje charakter prawny takiego stosunku (więzi), tj. czy mamy do czynienia z umową o pracę, umową o świadczenie usług, umową przedwstępną, czy też z samozatrudnieniem się osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą.

W ocenie składu orzekającego Izby zamawiający, wykładając treść złożonego przez odwołującego oświadczenia, iż ten dysponuje wszystkimi osobami wymienionymi w Wykazie

KIO 979/16 15

osób jako zasobem własnym, poza osobami wskazanymi w poz. 2-4, którymi dysponuje, polegając na zasobach innego podmiotu winien uwzględnić następujące okoliczności:

1. w ofercie odwołującego w Wykazie usług w odniesieniu do pani S.K. oraz pana J.T. odwołujący w kolumnie dotyczącej podstaw dysponowania wskazał „*Umowa zlecenie z GPI*” (umowa z odwołującym), tj. wskazał podstawę, która – w świetle oświadczeń tych właśnie osób ze stron 20 i 21 oferty (w tym wskazania: „*Podstawą udziału w realizacji usługi będzie umowa zlecenia*”) – nie powinna zostać zakwalifikowana, tym bardziej bez wyjaśnienia tej kwestii z odwołującym, jako dysponowanie tymi osobami za pośrednictwem innego podmiotu (innego od tych osób),
2. opracowany przez zamawiającego wzór Wykazu osób – Załącznik nr 7 do SIWZ zawierał następującą treść oświadczenia: „**Oświadczam, że dysponuję wszystkimi osobami wymienionym w wykazie jako zasobem własnym, za wyjątkiem osób wskazanych w poz., którymi dysponuję polegając na zasobach innego podmiotu, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy i dla nich dołączam pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia swoich zasobów*” – wzór ten narzuca, poprzez pozostawienie miejsc „wykropkowanych” do wypełnienia przez wykonawcę, że wykonawca ma wskazać osoby (liczba mnoga – co najmniej dwie osoby), które nie stanowią zasobu własnego wykonawcy; symbolowi „*” zamawiający nie przypisał przy tym żadnego znaczenia (brak objaśnienia np. co do dopuszczalnych zachowań przy wypełnianiu miejsca „wykropkowanego”), uprzedził natomiast o odpowiedzialności karnej na podstawie art. 297 § 1 k.k..
3. opis kolumny czwartej tabeli – Wykaz osób przewidywał, w ramach oczekiwanych przez zamawiającego informacji o podstawie dysponowania wskazaną w Wykazie osobą, następujące podstawy: „*pracownik Wykonawcy / pisemne zobowiązanie innego podmiotu*” – wzór nie przewidywał zatem, o czym świadczy, jak podnosił odwołujący na rozprawie, brak poprzedzenia wskazanych „dwóch sposobów

dysponowania" słowami: „w szczególności”, czy „przykładowo”; wykonawca, nie polegający na zasobach podmiotów trzecich, ale jednocześnie nie zatrudniając danej osoby, mógł mieć wątpliwości co do sposobu rozumienia „zasobu innego podmiotu”, czego dotyczyło oświadczenie bezpośrednio pod tabelą Wykazu osób.

W ocenie Izby, uwzględniając wskazane powyżej okoliczności uznać należy, że odwołujący, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnego potencjału kadrowego nie polega na zasobach podmiotów trzecich, wobec czego żądanie złożenia oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia przez osoby pozostające w bezpośredniej dyspozycji odwołującego (wezwanie z dnia 23 maja 2016 r.)

KIO 979/16 16

było bezpodstawne, a w konsekwencji, że złożenie oświadczeń wadliwych (co do daty) nie może stanowić podstawy do wykluczenia odwołującego, a w następstwie odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Uznając, że zarzuty potwierdziły się, Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 2b w zw. z § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów, a także art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba orzekła jak w sentencji.

KIO 979/16 17

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. a) oraz lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

KIO 979/16 18