

WYROK

z dnia 13 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2018 r. przez wykonawcę

ELPERIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa

ul. Hallera 4/15, 86-100 Świecie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Gminę Świecie, ul. Wojska Polskiego 124, 86-100 Świecie

przy udziale wykonawcy A.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ELEKTRO-TECH A.N., al. Jana Pawła II 2/2, 86-105 Świecie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego pod stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Świecie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie A.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ELEKTRO-TECH A.N., na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia złożonych dokumentów w zakresie dokumentu, o którym mowa w punkcie 6.5.1.1.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie obowiązywania umowy „na czas okresu konserwacji”,

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Świecie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez ELPERIA Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Świecie na rzecz ELPERIA Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 588/18

Zamawiający - Gmina Świecie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „bieżącą konserwację i naprawę urządzeń oświetleniowych na majątku gminy Świecie” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 27 lutego 2018 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 524058-N-2018. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący - Elperia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty A.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ELEKTRO-TECH A.N., podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu,
2. art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania z powodu niewykazania przez tego wykonawcę (tj. A.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ELEKTRO-TECH A.N.) dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty wykonawcy A.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ELEKTRO-TECH A.N. podlegającą odrzuceniu z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej 23 marca 2018 r.,
2. dokonania ponownej oceny ofert,
3. wykluczenia A.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ELEKTRO-TECH A.N. z postępowania,
4. odrzucenia oferty A.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ELEKTRO-TECH A.N.,
5. ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej bez uwzględniania oferty odrzuconej,

6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że decyzja Zamawiającego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty A.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ELEKTRO-TECH A.N. jest wadliwa z uwagi na następujące okoliczności:

W trakcie dokonywania wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający naruszył art. 24 ust. 4 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania z powodu niepotwierdzenia przez tego wykonawcę (tj. A.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ELEKTRO-TECH A.N.) faktu dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. co najmniej kierownikiem budowy (1 osoba) posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi zgodnie z przepisami Prawa budowlanego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń (pkt 5.1.1.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Zamawiający w punkcie 6.9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia stwierdził, że „wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Zobowiązanie, o którym mowa w zdaniu poprzednim wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą”.

Ze złożonej przez A.N. oferty wynika, że warunek ten nie został spełniony, gdyż w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego wskazano m.in. osobę M.P. jako posiadającego wymagane przez Zamawiającego uprawnienia budowlane. Pomimo wyraźnego wymogu nałożonego przez Zamawiającego wykonawca nie wpisał numeru uprawnień oraz ich specjalności i zakresu, co stanowi sprzeczność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca zaznaczył, iż będzie dysponował ww. osobą na podstawie umowy zlecenia. Jednocześnie do złożonej oferty załączył pismo zatytułowane „Zobowiązanie”, w którym zawarte było bardzo niejasne oświadczenie pana P., iż zawiadamia on o podjęciu obowiązków kierownika budowy na zadaniu pn. „Bieżąca konserwacja i naprawa urządzeń oświetleniowych na majątku gminy Świecie”. Już powyższe mogło oznaczać, iż do oferty nie załączono żadnego zobowiązania, lecz jedynie zawiadomienie. Brak załączenia do oferty zobowiązania podmiotu trzeciego stanowi niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Obecnie, zarówno w ramach procedury otwórczej jak i „standardowej”, zamawiający ma obowiązek zbadać merytoryczną treść oferty, zanim zażąda dokumentów podmiotowych. Udział podmiotu trzeciego w wykazywaniu spełniania warunków, w szczególności będącego podwykonawcą, jest praktycznie równoznaczny z jego udziałem w realizacji zamówienia. Oznacza to, że świadczenie podmiotu trzeciego/podwykonawcy stanowi element świadczenia wykonawcy, a więc i część oferty, którą należy zbadać w pierwszej kolejności. Brak zobowiązania takie zbadanie uniemożliwia. Ponadto, zgodnie z najnowszym orzecznictwem TSUE, uzupełnienie dokumentów dotyczących podwykonawców jest niedopuszczalne po złożeniu oferty - orzeczenie z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt.

Mimo to, z uwagi na niejasność powyższego „zobowiązania”, Zamawiający pismem z 16 marca 2018 r. wezwał wykonawcę do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz do uzupełnienia zobowiązania kierownika budowy, pana P., gdyż z jego treści nie wynika na rzecz kogo (jakiego wykonawcy) podejmuje się on przyjąć obowiązki kierownika budowy. W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca przedłożył nowe „Zobowiązanie”, którego treść dalej nie pozwala stwierdzić, iż pan P. podejmuje się przyjąć obowiązki kierownika budowy na rzecz A.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ELEKTRO-TECH A.N.. W treści nowego zobowiązania nie ma mowy, iż M.P. zobowiązuje się wykonywać na rzecz kogokolwiek obowiązki kierownika budowy. Zamieszczono natomiast jedynie zawiadomienie o podjęciu obowiązków kierownika budowy następującemu wykonawcy: ELEKTRO-TECH A.N.. Z uwagi na taką treść przedmiotowego oświadczenia trudno dokonać jego literalnej wykładni. Pozostaje ona nadal w sferze domysłów, bez możliwości jednoznacznego ustalenia tego, o co wzywał Zamawiający - a mianowicie, żeby pan P. wyraźnie zobowiązał się do przyjęcia obowiązków kierownika budowy na rzecz wykonawcy. Wątpliwości odnośnie przedmiotowego „Zobowiązania” są tym większe, iż nieskomplikowanym było umieszczenie w nim zapisu powtarzającego wyraźną wskazówkę zawartą w przesłanym do wykonawcy wezwaniu z 16 marca 2018 r. - wystarczyło bowiem zapisać „podejmuję się przyjąć obowiązki kierownika budowy na rzecz następującego wykonawcy:...”. Nie wiadomo zatem, dlaczego pan P. użył innego, niezrozumiałego sformułowania, odbiegającego od wyraźnej wskazówki Zamawiającego. Przedmiotowe pismo zatytułowane „Zobowiązanie” zawierało ponadto inne, następujące braki: nie wynikał z niego zakres zobowiązania podmiotu trzeciego; nie określało czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie wykonane; nie określało jakiego okresu dotyczy.

Zgodnie z wyrokiem KIO sygn. akt KIO 1421/17 „dysponowanie zasobami musi być jednoznaczne, niebudzące wątpliwości i realne, gwarantujące należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Wykonawca powołujący się na potencjał innych podmiotów powinien przedstawić zamawiającemu dowód, z którego w sposób jednoznaczny będzie wynikać, że dysponowanie zasobami tego podmiotu ma charakter realny. Treść zobowiązania powinna zatem bezspornie i jednoznacznie wskazywać zakres zobowiązania

podmiotu trzeciego, określać czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy. Wyłącznie poprzez jednoznaczne określenie w pisemnym zobowiązaniu podmiotu trzeciego, w jakich okolicznościach i jak będzie możliwe korzystanie przez wykonawcę z udostępnionych mu zasobów, może

nastąpić udowodnienie zamawiającemu posiadania prawa do faktycznego rozporządzania zasobami podmiotu trzeciego niezbędnymi do realizacji tego zamówienia.”

Nie jest jednocześnie dopuszczalne ponowne wzywanie A.N. do uzupełnienia dokumentów w tym samym zakresie, w jakim był już raz wzywany do ich uzupełnienia.

Wykonawca nie złożył także należytego (zgodnego z wymaganiami Zamawiającego)

oświadczenia o braku podlegania pana P. wykluczeniu z postępowania o udzielenie

zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca

nie wypełnił załącznika nr 3a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie

z wyraźnymi wymaganiami Zamawiającego, gdyż w zamieszczonym tam oświadczeniu nie podał żądanego numeru NIP/PESEL, KRS/CEiDG pana P.

W konsekwencji uznać należy, że wykonawca ten nie mógł posługiwać się przy realizacji zamówienia osobą M.P., a zatem nie potwierdził spełnienia wymogu z punktu 5.1.1.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Odwołujący wskazał, że A.N. w punkcie E na stronie 7. złożonej oferty przekreślił zamieszczoną tam tabelę, pozostawiając jednocześnie nieprzekreśloną treść znajdującego się tam oświadczenia. Taki sposób wypełnienia tego punktu oferty był sprzeczny z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która w razie woli samodzielnego wykonania zamówienia przewidywała tylko możliwość przekreślenia treści ww. oświadczenia i/lub niewypełnienia tabeli i zakreślenia „nie dotyczy”. Dodatkowo z załącznika nr 6 oraz załącznika nr 3a do złożonej przez niego oferty wynikało, iż wykonawca zamierza się posługiwać kierownikiem budowy w ramach zawartej

z nim umowy - zlecenia. Powierzenie zatem funkcji kierownika budowy na podstawie umowy

zlecenia musiałoby się wiązać z powierzeniem w ramach podwykonawstwa części

zamówienia panu M.P. Zastrzega się bowiem w art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeżeli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do których realizacji te zdolności są wymagane. W konsekwencji uznać należy, że przekreślenie wyżej wymienionej tabeli było całkowicie niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia - nie świadczyło bowiem o woli samodzielnego wykonania zamówienia ani nie wskazywało, jaką część zamówienia wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy, pomimo że z innych dokumentów załączonych do oferty wykonawcy wyraźnie wynikała wola posługiwania się podwykonawcą.

Zgodnie z wyrokiem KIO sygn. akt KIO 221/16: „oświadczenie złożone w ofercie co do

podwykonawstwa nie ma waloru informacyjnego, ale stanowi istotny element oferty,

albowiem, tak jak w tym przypadku, udział podwykonawcy warunkuje możliwość i prawidłowość wykonania zamówienia. Oświadczenie o wykonaniu zamówienia bez udziału podwykonawców jest wiążące dla Zamawiającego. Z tego też względu, co do zasady, nie jest możliwe stosowanie trybu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, przewidzianego do wyjaśniania treści oferty, do dokonywania zmiany, czy też uzupełnienia oferty w zakresie udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia, ponieważ ustalenia w takim zakresie mogłyby być

postrzegane, jako niedopuszczalne negocjacje, dotyczące oferty i prowadzące do nieuprawnionej zmiany jej treści. Mając na uwadze powyższe okoliczności, złożoną ofertę ocenić należało jako podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku art. 87 ust 1 tej ustawy oraz w związku z art. 387 kc." „Wskazanie w ofercie części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, zważywszy, że przepis art. 36a ust. 1 Pzp nie uległ zmianie nowelizacją ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r., było traktowane w przeważającym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jako istotna treść oferty w sensie merytorycznym, a nie - jedynie formalnym, jak chciał odwołujący. Przywoływane wyżej obowiązki zamawiającego wiążące się z wykonywaniem robót budowlanych przez wykonawcę w systemie podwykonawstwa - skorelowane z powinnością wskazania na podstawie art. 36b ust 1 ustawy Pzp - robót podwykonawczych po stronie wykonawcy - w sposób jednoznaczny świadczą o ich istotnym charakterze. Brak spełnienia tego rodzaju wymagań przedmiotowych daje podstawy, a zarazem zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stanowiącego, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia." (wyrok KIO sygn. akt: KIO 236/17).

Zwrócić także należy uwagę, iż A.N. nie wykazał się wymaganą przez Zamawiającego w punkcie 5.1.1.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia umową z firmą posiadającą ważne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów niebezpiecznych, w tym w postaci lamp oświetleniowych i innych urządzeń, materiałów związanych z realizacją umowy na czas okresu konserwacji, to jest na czas od dnia podpisania umowy do 31 grudnia 2021 r., gdyż z przedłożonej przez niego umowy nr 53 zawartej z Przedsiębiorstwem Unieszkodliwiania Odpadów „EKO-Wisła” Sp. z o.o. wynika, iż została zawarta na czas oznaczony do 31 grudnia 2020 r. Jest to zatem także dodatkowa okoliczność przemawiająca za wykluczeniem wykonawcy i odrzuceniem jego oferty.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający uznał zarzuty Odwołującego za bezzasadne i wniósł o oddalenie odwołania oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał, że pierwszym zarzutem Odwołującego jest naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania z powodu niepotwierdzenia przez tego wykonawcę faktu dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. co najmniej jednym kierownikiem budowy posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi zgodnie z przepisami Prawa budowlanego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń (pkt 5.1.1.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Zdaniem Zamawiającego wybrany wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i to, że dysponuje osobami zdolnymi do realizacji przedmiotowego zamówienia. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował co najmniej jednym kierownikiem budowy posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi zgodnie z przepisami Prawa budowlanego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń. Wykonawca w złożonej ofercie w załączniku „Wykaz osób” wskazał, że kierownikiem budowy będzie pan M.P. posiadający uprawnienia budowlane w wymaganej przez Zamawiającego specjalności nadane decyzją Wojewody Kujawsko-Pomorskiego z 20 grudnia 2000 r., jednocześnie załączył kopię przedmiotowej decyzji oraz zaświadczenie o członkostwie w Kujawsko-Pomorskiej Okręgowej Izbie Inżynierów Budownictwa. Wykonawca wskazał także, że wskazany kierownik budowy zostanie zatrudniony w oparciu o umowę zlecenia.

Biorąc pod uwagę, że kierownikiem budowy ma być osoba zatrudniona na podstawie umowy zalecenia, należy uznać, że mamy tutaj do czynienia nie z podwykonawstwem, czy nawet poleganiem na zasobach podmiotu trzeciego, a z bezpośrednim dysponowaniem osobą zdolną do realizacji zamówienia. Zgodnie bowiem z opinią Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie dopuszczalności żądania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego: 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 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 KIO sygn. akt KIO/UZP 766/09, wyrok KIO sygn. akt KIO/UZP 639/09, KIO/UZP 659/09). Podobne stanowisko przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku sygn. akt KIO 650/17 wskazując, że błędne jest utożsamianie bezpośredniego dysponowania przez wykonawcę dwoma spośród trzech wymaganych osób na podstawie zawartej z nimi umowy cywilnoprawnej z sytuacją polegania na zdolnościach technicznych i zawodowych innych podmiotów. Taki przypadek nie wymaga wykazania, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. W szczególności nie jest wówczas konieczne przedstawienie zobowiązania do oddania tych osób do dyspozycji wykonawcy na potrzeby realizacji zamówienia.

Stosowne zobowiązanie podmiotu trzeciego byłoby konieczne dopiero w przypadku pośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, na co wskazuje Urząd Zamówień Publicznych w dalszej części opinii, jednocześnie wskazując że z przypadkami pośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia będziemy mieli do czynienia między innymi w sytuacji delegowania pracowników podmiotu trzeciego do wykonawcy na czas realizacji zamówienia w celu wykonywania pracy związanej z wykonaniem tego zamówienia, jak też w sytuacji, gdy podmiot trzeci dysponujący osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (spełniającymi wymagania określone przez zamawiającego), będzie podwykonawcą wykonawcy, a osoby te będą brały udział w wykonaniu zamówienia. Będzie to dotyczyło sytuacji, gdy podmiotem trzecim będzie zarówno jednostka organizacyjna (osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, wyposażona przez prawo w zdolność prawną), jak również osoba fizyczna, prowadząca działalność gospodarczą i zatrudniająca w tym celu pracowników albo uprawniona do dysponowania ich pracą na podstawie umów cywilnoprawnych.

Jak wynika ze stanu faktycznego przedmiotowej sprawy kierownik budowy ma być zatrudniony w oparciu o umowę zlecenia łączącą bezpośrednio wykonawcę z tą osobą, bez żadnego pośrednictwa. W takiej sytuacji Zamawiający nie miał podstaw do tego, aby wymagać od wykonawcy okazywania zobowiązania osoby trzeciej do udostępnienia zasobów. Skoro więc wykonawca w ofercie wskazał, że dysponuje osobą mogącą pełnić funkcję kierownika budowy zgodnie z postawionymi przez Zamawiającego warunkami udziału w postępowaniu, osoba ta posiada niezbędne uprawnienia, co także wykonawca wykazał, nie było podstawy do wymagania od wykonawcy jakiegokolwiek zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia swoich zasobów, a tym bardziej nie było podstawy odrzucenia wskazanej oferty.

Odwołujący, błędnie przyjmując, że w wyżej wskazanym przypadku mamy do czynienia

z powoływaniem się na zasoby podmiotów trzecich, uznał, że powierzenie funkcji kierownika budowy powinno wiązać się z powierzeniem w ramach podwykonawstwa części zamówienia

panu Polciowi, a co za tym idzie, wykonawca błędnie wypełnił formularz oferty nie wskazując części zamówienia, jaką zamierza powierzyć podwykonawcy. Biorąc pod uwagę, że w przedmiotowym przypadku nie mamy do czynienia z udostępnieniem zasobów przez podmiot trzeci, nie znajdzie tutaj także zastosowanie art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, na co wskazuje Odwołujący.

Urząd Zamówień Publicznych w swojej opinii uznał, że 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. im. 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 z powoływaniem się na zasoby podmiotu trzeciego. Tym bardziej nie można w takiej sytuacji przyjmować, że mamy tutaj do czynienia z jakimkolwiek podwykonawstwem, na co wskazywała KIO w wyżej wskazanym wyroku uznając, że „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 wypadku ani podwykonawstwo, ani też w ogóle stosowanie art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie występują żadne zasoby podmiotów trzecich. Bez znaczenia także pozostaje, jaki stosunek prawny łączy wykonawcę z tą osobą: może to być umowa o pracę, umowa cywilnoprawna czy samozatrudnienie.

W związku z powyższym należałoby uznać, wbrew zarzutom Odwołującego, że wykonawca nie powinien wypełniać części specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącej podwykonawstwa, przez wpisywanie w niej pana P., a oferta w tym względzie była zgodna z

treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odpowiadając na zarzut Odwołującego, że wykonawca nie wykazał się wymaganą przez

Zamawiającego w punkcie 5.1.1.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia umową

z firmą posiadającą ważne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania

i transportu odpadów niebezpiecznych w tym w postaci lamp oświetleniowych i innych

urządzeń, materiałów związanych z realizacją umowy na czas konserwacji Zamawiający wskazał, że stawiając wyżej opisany warunek dał wykonawcom trzy możliwości do potwierdzenia spełnienia warunku: 1) posiadać zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów niebezpiecznych m. in. w postaci lamp oświetleniowych i urządzeń związanych z realizacją umowy lub 2) posiadać umowę z firmą posiadającą ważne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów niebezpiecznych m. in. w postaci lamp oświetleniowych i urządzeń związanych z realizacją umowy lub 3) posiadać umowę z firmą posiadającą ważne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów niebezpiecznych w tym w postaci lamp oświetleniowych i innych urządzeń, materiałów związanych z realizacją umowy na czas okresu konserwacji.

Wykonawca składając dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przedłożył umowę z Przedsiębiorstwem Unieszkodliwiania Odpadów „EKO-Wiśła” Sp. z o.o., wybierając drugą z opcji, jaką dał mu Zamawiający.

W związku z powyższym Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia z postępowania

i odrzucenia oferty A.N..

III Stanowisko Przystępującego

A.N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ELEKTRO-TECH A.N. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał na następujące okoliczności.

W wykazie osób wskazał jako osobę do realizacji zamówienia publicznego pana M.P. W rubryce „Kwalifikacje zawodowe (należy wskazać: posiadane uprawnienia budowlane - numer uprawnień, specjalność i zakres uprawnień); - zgodnie z postawionym w pkt 5.1.1.3. SIWZ warunkiem udziału)” wskazał „Decyzja nr 97/2000 z dnia 20.12.2000; Uprawnienia budowlane”. Jednak mimo nieprecyzyjnego określenia specjalności ww. kierownika budowy wykonawca spełnił warunki wynikające z punktu 5.1.1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bowiem do oferty została załączona kopia decyzji nr 97/2000, zgodnie z którą pan P. posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej bez ograniczeń w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Zatem z treści decyzji wynika, że wykonawca wykazał spełnienie warunków z punktu 5.1.1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto do oferty zostało załączone zaświadczenie Kujawsko-Pomorskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa w Bydgoszczy, z którego wynika numer uprawnień ww. kierownika budowy.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. „Oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji, Nie musi natomiast wypełniać wymogów zamawiającego co do formy prezentacji. Każdy wymóg postawiony przez zamawiającego w SIWZ co do formy składanych ofert może być traktowany wyłącznie jako zalecenie sporządzenia oferty we wskazany sposób, nie zaś jako bezwzględny obowiązek wykonawców” (wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 8 maja 2013 r., sygn. akt XII Ga 186/13). Zatem zarzut braku precyzyjnego określenia w załączniku numeru uprawnień, specjalności i ich zakresu nie stanowił przeszkody w wyborze przedmiotowej oferty.

Zgodnie z punktem 5.1.1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca powinien był udowodnić dysponowanie kierownikiem budowy. Zgodnie z punktem 5.1.2 wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych, po spełnieniu warunków określonych w art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z punktem 6.9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. po udowodnieniu, że tymi zasobami będzie dysponował, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu

do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Z kolei zgodnie z punktem 5.1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu do warunków dotyczących kompetencji, wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, oraz technicznych (pkt 5.1.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia), wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane - w charakterze podwykonawcy.

Zgodnie z art. 22a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Przepis ten 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 art. 22a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie znajduje zastosowania do przypadków, gdy to sam wykonawca dysponuje takimi osobami (dysponowanie bezpośrednie). 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, na dysponowanie której wykonawca się powołuje, mamy do 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 zlecenia lub o świadczenie usług, umową przedwstępną, czy też z samozatrudnieniem się osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą itd.

O przypadkach pośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia rozstrzyga natomiast więź prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą o podmiotem trzecim (art. 22a ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). W takich przypadkach tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosowne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia tych osób. Tak więc z przypadkami pośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia będziemy mieli do czynienia m.in. w sytuacji delegowania pracowników podmiotu trzeciego do wykonawcy na czas realizacji zamówienia w celu wykonywania pracy związanej z wykonaniem tego zamówienia, jak też w sytuacji, gdy podmiot trzeci dysponujący osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (spełniającymi wymagania określone przez zamawiającego), będzie podwykonawcą wykonawcy, a osoby te będą brały udział w wykonaniu zamówienia. Będzie to dotyczyło sytuacji, gdy podmiotem trzecim będzie zarówno jednostka organizacyjna (osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, wyposażona przez prawo w zdolność prawną), jak również osoba fizyczna, prowadząca działalność gospodarczą i zatrudniająca w tym celu pracowników albo uprawniona do dysponowania ich pracą na podstawie umów cywilnoprawnych. Powyższe nie odnosi się do przypadków 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. W takim bowiem przypadku mamy do czynienia z bezpośrednim dysponowaniem osobą zdolną do wykonania zamówienia, a nie powołaniem się na zasoby podmiotu trzeciego. O tej kwalifikacji rozstrzyga treść stosunku prawnego istniejącego pomiędzy wykonawcą a taką osobą.

Tak więc wymóg wynikający z art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych oraz 6.9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie odnosi się w niniejszej sprawie do dysponowania przez wykonawcę kierownikiem budowy. Z tego samego względu nie sposób uznać kierownika budowy za podwykonawcę.

Nie sposób podzielić też stanowiska, że dokument o nazwie „Zobowiązanie” jest niejasny. Forma prezentacji spełnienia warunków ofertowych przez wykonawcę może być dowolna. Z kolei fakt dysponowania kierownikiem budowy zgodnie z punktem 5.1.1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wymaga szczególnej formy (a zwłaszcza zobowiązania). Należy zatem uznać, że wykonawca wykazał spełnienie tego warunku, albowiem z treści dokumentu „Zobowiązanie”, które stanowi jednostronne oświadczenie wiedzy pana M.P. wynika, że: podjął on (forma dokonana) funkcję kierownika budowy; na precyzyjnie określonym zadaniu pn. „Bieżąca konserwacja i naprawa urządzeń oświetleniowych na majątku Gminy Świecie”, bez wyszczególnienia, iż podjął się tej funkcji jedynie przez pewien okres (co oznacza podjęcie funkcji na całość trwania inwestycji); posiada wymagane uprawnienia co do specjalizacji i zakresu; uprawnienia wynikają z treści decyzji nr 97/2000.

Zatem zarzuty naruszenia art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych są nieuzasadnione.

W zakresie zarzutu, iż wykonawca nie wykazał się umową z firmą posiadającą ważne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów

niebezpiecznych, w tym w postaci lamp oświetleniowych i innych urządzeń i materiałów związanych z realizacją umowy na czas okresu konserwacji, tj. na czas od dnia podpisania umowy do 31 grudnia 2021 r. - istnieje błąd już w samej treści zarzutu. Zgodnie z punktem 5.1.1.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca powinien był wykazać posiadanie: 1) zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów niebezpiecznych w tym w postaci lamp oświetleniowych i innych urządzeń i materiałów związanych z realizacją umowy, lub 2) umowy z firmą posiadającą ważne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów niebezpiecznych, w tym w postaci lamp oświetleniowych i innych urządzeń i materiałów związanych z realizacją umowy, lub 3) umowy z firmą posiadającą ważne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów niebezpiecznych, w tym w postaci lamp oświetleniowych i innych urządzeń i materiałów związanych z realizacją umowy na czas trwania okresu konserwacji, zgodnie z obowiązującą ustawą o ochronie środowiska oraz ustawą o odpadach.

Wykonawca miał zatem do wyboru możliwość spełnienia jednej z trzech alternatyw rozłącznych. Wykonawca spełnił wymóg wynikający z alternatywy nr 2.

Przystępujący zawarł też aneks nr 1 do umowy nr 53 z 11 maja 2017 r. na czas trwania zamówienia.

W związku z powyższym zarzuty są nieuzasadnione, a odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła także, że stan faktyczny sprawy nie jest sporny między Stronami.

Art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że z postępowania

o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych). Zamawiający odrzuca także ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych).

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł następujące postanowienia.

Termin wykonania zamówienia został określony na okres od dnia podpisania umowy do 31 grudnia 2021 r. (pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Zgodnie z punktem 5. specyfikacji istotnych warunków zamówienia o udzielenie zamówienia publicznego mogli się ubiegać wykonawcy, którzy m.in.:

1. posiadają zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów niebezpiecznych m. in. w postaci lamp oświetleniowych i urządzeń związanych z realizacją umowy lub posiadają umowę z firmą posiadającą ważne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów niebezpiecznych, m. in. w postaci lamp oświetleniowych i urządzeń związanych z realizacją umowy lub posiadają umowę z firmą posiadającą ważne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów niebezpiecznych w tym w postaci lamp oświetleniowych i innych urządzeń, materiałów związanych z realizacją umowy na czas okresu konserwacji,

zgodnie z obowiązującą ustawą o ochronie środowiska oraz ustawą o odpadach (pkt 5.1.1.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia),

2. dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym kierownikiem budowy (1 osoba) posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi zgodnie z przepisami Prawa budowlanego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń; osoba ta musi posiadać min. 3-letnie doświadczenie zawodowe (okres od dnia uzyskania uprawnień), pkt 5.1.1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z punktem 5.1.2 i 5.1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych, po spełnieniu warunków określonych w art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z punktem 6.9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W odniesieniu do warunków dotyczących kompetencji, wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, oraz technicznych (pkt 5.1.1.), wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane - wykonanie części zamówienia w charakterze podwykonawcy.

W punkcie 6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarto wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Zgodnie z punktem 6.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu zamieszcza informacje o tych podmiotach w oświadczeniu, o którym mowa w punkcie 6.1 lub odpowiednio w punkcie 6.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W zakresie odbioru odpadów Zamawiający wymagał przedstawienia następujących dokumentów: zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów niebezpiecznych m. in. w postaci lamp oświetleniowych i urządzeń związanych z realizacją umowy lub posiadania umowy z firmą posiadającą ważne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów niebezpiecznych w tym postaci lamp oświetleniowych i innych urządzeń, materiałów związanych z realizacją umowy, na czas okresu konserwacji, zgodnie z obowiązującą ustawą o ochronie środowiska oraz ustawą o odpadach (pkt 6.5.1.1.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

W związku z powyższymi postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba uwzględniła zarzuty Odwołującego wyłącznie w zakresie nieprzedstawienia przez Przystępującego prawidłowej umowy z firmą posiadającą ważne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów niebezpiecznych.

Jak wynika z punktu 5.1.1.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia ubiegający się o zamówienie wykonawcy musieli wykazać, że posiadają:

1. zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów niebezpiecznych m. in. w postaci lamp oświetleniowych i urządzeń związanych z realizacją umowy, lub
2. umowę z firmą posiadającą ważne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów niebezpiecznych, m. in. w postaci lamp oświetleniowych i urządzeń związanych z realizacją umowy, lub
3. posiadają umowę z firmą posiadającą ważne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów niebezpiecznych w tym w postaci lamp oświetleniowych i innych urządzeń, materiałów związanych z realizacją umowy.

Ze względu na zastosowaną w wymogu alternatywę łączną („lub”), nie ma wątpliwości, że dopuszczalny był każdy z tych trzech rodzajów dokumentów.

Zamawiający wymóg ten zakończył określeniem, że dotyczy to okresu konserwacji i ma być zgodne z obowiązującą ustawą o ochronie środowiska oraz ustawą o odpadach. Przy czym

graficznie ani interpunkcyjnie nie rozróżnił, których dokumentów dotyczy powyższy wymóg. Podczas rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że „okres konserwacji” to okres wykonywania zamówienia (obowiązywania umowy) - nie było to sporne.

Uzupełnieniem (dopełnieniem) powyższego wymogu jest wymóg zawarty w punkcie 6.5.1.1.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia określający wymogi co do dokumentów, które należy przedstawić Zamawiającemu na potwierdzenie ww. warunku. Wskazuje on na

konieczność przedstawienia jednego z dwóch rodzajów dokumentów: zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów niebezpiecznych lub umowy z firmą posiadającą ważne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie

zbierania i transportu odpadów niebezpiecznych - już nie rozróżniając, o którą z dwóch wcześniej wymienionych umów chodzi.

Podobnie jak w poprzednim punkcie Zamawiający zawarł zastrzeżenie o tym, że dokument ma obowiązywać na czas okresu konserwacji, zgodnie z obowiązującą ustawą o ochronie środowiska oraz ustawą o odpadach. Nie rozstrzygając już, czy wymóg ten dotyczy także zezwolenia (choć z logicznego punktu widzenia wydaje się, że powinien dotyczyć wszystkich składanych dokumentów na równych zasadach), nie ma wątpliwości, że na pewno dotyczy przedstawianych umów - i to obu ich rodzajów, skoro nie zostały one rozróżnione.

Tym samym, w ocenie Izby, nawet wybierając „opcję 2.” spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wykonawca powinien był przedstawić umowę obowiązującą przez cały okres realizacji zamówienia. Pomijając już nawet fakt, że lege artis powinien był przedstawić umowę w pełnym i aktualnym brzmieniu, tj. ze wszystkimi zawartymi aneksami. Przystępujący, na wezwanie do przedłożenia dokumentów, przedstawił Zamawiającemu umowę nr 53 zawartą 11 maja 2017 r. z Przedsiębiorstwem Unieszkodliwiania Odpadów „EKO-Wisła” Sp. z o.o. i obowiązującą do 31 grudnia 2020 r. Umowa ta nie obejmuje całego okresu realizacji zamówienia, którego termin zakończenia został określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na 31 grudnia 2021 r.

W trakcie postępowania odwoławczego Przystępujący przedstawił kopię aneksu do umowy z Przedsiębiorstwem Unieszkodliwiania Odpadów „EKO-Wisła” Sp. z o.o. z 1 stycznia 2018 r., z której wywodził, że okres obowiązywania umowy został przedłużony do 31 grudnia 2023 r. Jednak aneks ten Przystępujący powinien był przedstawić nie Izbie w postępowaniu odwoławczym, lecz Zamawiającemu w ramach postępowania przetargowego. Ze względu jednak na fakt, że Zamawiający nie wzywał wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, Zamawiający może jeszcze zastosować procedurę uzupełnienia dokumentów, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z dyspozycją przywołanego przepisu, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w ustawie Prawo zamówień publicznych, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w ustawie Prawo zamówień publicznych, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Jak wynika z ustalonego stanu faktycznego przedstawiona przez Przystępującego umowa na zbieranie i transport odpadów niebezpiecznych zawarta z Przedsiębiorstwem Unieszkodliwiania Odpadów „EKO-Wisła” Sp. z o.o. jest niekompletna i nie potwierdza spełnienia przedmiotowego wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale, wobec możliwości jej uzupełnienia, w obecnej chwili nie ma podstaw do wykluczenia wykonawcy z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. przesłanki art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie.

Pomimo iż art. 22 ust. 1b ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; 3) zdolności technicznej lub zawodowej - nie rozróżnia więc w swojej treści, jak wcześniejsze przepisy, posiadania własnych kwalifikacji wykonawcy (firmy) oraz kwalifikacji osób, którymi wykonawca dysponuje - zakres tego przepisu pozostaje analogiczny.

Tym samym co do zasady aktualne pozostają dotychczasowe poglądy orzecznictwa.

Jednocześnie Izba przyznaje rację Zamawiającemu i Przystępującemu, że zgodnie z ustalonymi obecnie poglądami orzecznictwa, nie każdą osobę, którą dysponuje wykonawca, a która nie jest nim samym lub osobą zatrudnioną przez niego na podstawie umowy o pracę, należy uważać za podmiot trzeci, o którym mowa w art. 22a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych („Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.”)

Co do zasady bowiem osoby fizyczne bezpośrednio przez niego zatrudniane, czy to na podstawie umowy o pracę, umowy zlecenia, czy umowy o dzieło, będą osobami, którymi ten wykonawca dysponuje, a nie zasobami innych podmiotów. Natomiast - również co do zasady - osoby fizyczne będą zasobami podmiotów trzecich, jeśli będą zatrudniane za pośrednictwem tych firm - nie w znaczeniu pośrednictwa pracy, ale pracowników tych firm, np. pracownicy podwykonawcy, operatorzy sprzętu wynajmowani razem z tym sprzętem itp. Pan M.P. będzie zatrudniony bezpośrednio, jako osoba fizyczna (nawet jeśli prowadzi działalność gospodarczą), jako osoba pełniąca samodzielną funkcję techniczną w budownictwie.

Tym samym nie będzie ani zasobem podmiotu trzeciego (zawiera bezpośrednio umowę z wykonawcą), ani nie będzie podwykonawcą. Należy zwrócić uwagę, że w przypadku tego typu prac, jak zamawiane - czy to roboty budowlane, czy usługi, podwykonawstwem będzie wykonywanie części tych prac, tj. robót budowlanych lub usług, a nie sprawowanie nadzoru nad innymi osobami zatrudnionymi przez wykonawcę do ich wykonania.

Art. 2 pkt 9b ustawy Prawo zamówień publicznych definiuje umowę o podwykonawstwo jako umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami.

Zatem zakres obowiązków pana P. jako kierownika budowy nie odpowiada zakresowi podwykonawstwa.

Co do sposobu wypełnienia formularza ofertowego w punkcie E. „Podwykonawstwo” należy stwierdzić, że Przystępujący co prawda nie zakreślił uwagi „nie dotyczy”, a jedynie przekreślił tabelę dotyczącą podwykonawców (podczas gdy zgodnie z instrukcją Zamawiającego w przypadku wykonania zamówienia samodzielnie należało przekreślić treść oświadczenia o zamiarze powierzenia podwykonawcom części zamówienia i/lub nie wypełniać tabeli oraz zakreślić uwagę „nie dotyczy”), jednak jest to jasne wskazanie jego oświadczenia w tym zakresie, tj. iż nie zamierza korzystać z podwykonawców. Tym samym trudno uznać to za podstawę do odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale chodzi tu o tzw. niezgodność merytoryczną z merytorycznymi wymaganiami specyfikacji - głównie w zakresie niezgodności z przedmiotem zamówienia, wymogami przyszłej umowy, czy też zakresem zobowiązania wynikającym z treści oferty. Nie chodzi tu natomiast o drobne wymogi formalne, które zaistniały w przedmiotowym wypadku, jak sposób wykreślenia zbędnych fragmentów druku.

Również tabela „Wykaz osób” w kolumnie „Kwalifikacje zawodowe (należy wskazać: posiadane uprawnienia budowlane, numer uprawnień, specjalność i zakres uprawnień) - zgodnie z postawionym w pkt 5.1.1.3 SIWZ warunkiem udziału” nie została wypełniona przez Przystępującego poprzez podanie specjalności i zakresu uprawnień, ale jedynie przez wskazanie numeru i daty wydania decyzji („decyzja nr 97/2000 z dnia 20.12.2000 uprawnienia budowlane”). Jednak Przystępujący jednocześnie załączył kopię wskazanej decyzji nr 97/200 oraz zaświadczenia o członkostwie w Kujawsko-Pomorskiej Okręgowej Izbie Inżynierów Budownictwa, w których figurowały wymagane informacje. Tym samym było to jedynie drobne niedopełnienie wymogów formalnych, a Przystępujący przedstawił Zamawiającemu wszystkie informacje niezbędne mu do oceny, czy postawiony warunek został spełniony, zatem nie było nawet potrzeby do wzywania wykonawcy do uzupełnienia wykazu osób.

Co zaś do kwestionowanego dokumentu wystawionego przez pana P. pod nazwą „Zobowiązanie” - ze względu na fakt, iż pan P. nie stanowi zasobu innego podmiotu, jego przedstawienie Zamawiającemu na tym etapie postępowania nie było konieczne. Jednak również samej treści tego dokumentu - pomimo iż nietypowej - nie można uznać za wadliwą

w stopniu mogąym skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Rzeczywiście pan P. posłużył się sformułowaniem właściwym raczej Prawu budowlanemu mówiącym o podjęciu obowiązków kierownika budowy we wskazanym zadaniu, niż Prawu zamówień publicznych, jednak cała treść dokumentu czytana łącznie, wraz z przywoływanym tytułem „Zobowiązanie”, wskazuje na cel złożenia przedmiotowego oświadczenia oraz podmiot, w stosunku do którego to zobowiązanie jest podejmowanie. Należy też zwrócić uwagę, że uzupełnienie dokumentu nastąpiło w zakresie wezwania - Zamawiający nie wskazał na inne informacje, które dokument powinien zawierać, np. co do okresu pełnienia tej funkcji.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 z późn. zm.).

Przewodniczący: