

Sygn. akt: KIO/ 2398 /10

**WYROK**  
**z dnia 17 listopada 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Patrycja Kaczmarska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Grontmij Polska Sp. z o. o. (Lider konsorcjum), Grontmij Nederland B. V. (Partner konsorcjum)**, z siedzibą dla Lidera 60 – 164 Poznań, ul. Ziębicka 35, w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Okręgowy w Poznaniu, 61 – 745 Poznań, Al. Marcinkowskiego 32.**

przy udziale wykonawcy **Agencja Inwestycyjna "TERRA" Sp. z o.o. i Wspólnicy Spółka komandytowa, 60-586 Poznań, ul. Botaniczna 24/3** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;  
oraz

przy udziale wykonawcy **„ABAKUS” Prowadzenie i Nadzorowanie Inwestycji Barbara Kubiak, 60-187 Poznań, ul. Pozdawnicka 22** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie;**

**2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Grontmij Polska Sp. z o. o. (Lider konsorcjum), Grontmij Nederland B. V. (Partner konsorcjum), z siedzibą dla Lidera 60 – 164 Poznań, ul. Ziębicka 35,**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu

uiszczonego przez **Konsorcjum: Grontmij Polska Sp. z o. o., Grontmij Nederland B. V., 60 – 164 Poznań, ul. Ziębicka 35**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

**Przewodniczący:**

.....

## **U z a s a d n i e**

### **do wyroku sygn. akt. KIO 2398/10**

W dniu 2 listopada 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. konsorcjum w składzie: Grontmij Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz Grontmij Nederland B. V. z główną siedzibą w Holandii (dalej „Grontmij” lub „Odwołujący” w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest Sąd Okręgowy w Poznaniu reprezentowany przez Dyrektora Sądu Okręgowego w Poznaniu. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy usługi pn. „Świadczenie usługi pełnienia nadzoru inwestorskiego w ramach realizacji zadania pod nazwą „Budowa budynku dla Sądu Okręgowego i Sądu Rejonowego w Poznaniu, przy ul. Kościuszki 136”. Odwołanie wniesiono na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst. jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami - dalej: „ustawa Pzp”)

Data i miejsce publikacji ogłoszenia o zamówieniu - zostało ono zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr **2010-093734** z dnia 19/07/2010 oraz na stronie internetowej Zamawiającego: [www.poznan.so.gov.pl](http://www.poznan.so.gov.pl).

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp; art. 24 ust. 4 ustawy Pzp; art. 26 ust. 3 ustawy Pzp; art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez:

(I) zaniechanie wykluczenia z postępowania:

a) Wykonawcy: Agencja Inwestycyjna TERRA Sp. z o.o. i Wspólnicy Spółka Komandytowa, z siedzibą w Poznaniu, (dalej: „Wykonawca TERRA”), pomimo, iż Wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

b) Wykonawcy: Barbara Kubiak prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „ABAKUS Prowadzenie i Nadzorowanie Inwestycji Barbara Kubiak”, z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Wykonawca ABAKUS”), pomimo, iż Wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

(II) zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawców podlegających wykluczeniu z przedmiotowego postępowania, tj. ofert złożonych przez „Wykonawcę TERRA” i „Wykonawcę ABAKUS”;

(III) zaniechanie wykluczenia „Wykonawcy TERRA” z postępowania i odrzucenia jego oferty, pomimo, iż Wykonawca ten nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą

(IV) zaniechanie wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp „Wykonawcy TERRA” do złożenia wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

(V) zaniechanie wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp „Wykonawcy ABAKUS” do złożenia wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

(VI) czynność wyboru oferty złożonej przez „Wykonawcę TERRA” jako oferty najkorzystniejszej;

Odwołujący wnosił o:

- (1) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru oferty złożonej przez „Wykonawcę TERRA” jako oferty najkorzystniejszej;
- (2) nakazanie Zamawiającemu ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert;
- (3) nakazanie Zamawiającemu wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp Wykonawców: „TERRA” i „ABAKUS” do złożenia wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a w razie ich niezłożenia, do wykluczenia ww. Wykonawców z postępowania i odrzucenia złożonych przez nich ofert;
- (4) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego „Wykonawcy TERRA” i odrzucenia jego oferty, jako iż nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą
- (5) nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, że Zamawiający dnia 22 października 2010 roku dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. Za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę złożoną przez „Wykonawcę TERRA”.

Odwołujący stwierdził w oparciu o dokumentację postępowania, że wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez „Wykonawcę TERRA” oraz zaniechanie wykluczenia oferty „Wykonawcy ABAKUS” nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Wykonawcy ci nie potwierdzili spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i powinni zostać wykluczeni na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Dodatkowo „Wykonawca TERRA” nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą w związku z czym podlega on wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Ponadto

zarówno oferta złożona przez „Wykonawcę TERRA” oraz oferta złożona przez „Wykonawcę ABAKUS” powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Niespełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części X pkt. 1 ust.4) f) postawił następujący wymóg dla inspektora nadzoru w branży teletechnicznej:

*Osoba musi spełniać następujące warunki:*

- *posiadać uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie - do kierowania robotami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń wydane na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów ustawy Prawo budowlane lub ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów. Zakres uprawnień musi obejmować sieci, linie, instalacje i urządzenia dla telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz dla telekomunikacji radiowej,*
- *minimum 5-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego lub kierowaniu budową w swojej specjalności, w której została wskazana w niniejszym postępowaniu.*

Zgodnie z art. 14 ust. 1 pkt 2e ustawy Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 roku (Dz. U. 2006, nr 156, poz. 1118 z późn. zm.) uprawnienia budowlane są udzielane m.in. w specjalności telekomunikacyjnej. Natomiast zgodnie z § 22 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie:

*Uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszą.*

Zamawiający wymagał zatem posiadania przez ww. specjalistę uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń, które zostały wydane na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów ustawy Prawo budowlane albo ważnych uprawnień budowlanych wydanych na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów, czyli w tym wypadku posiadania przez jedną osobę uprawnień w telekomunikacji przewodowej bez ograniczeń oraz uprawnień w telekomunikacji radiowej bez ograniczeń.

**„Wykonawca TERRA”** przedstawił w swojej ofercie na stanowisko inspektora nadzoru w branży teletechnicznej 2 osoby: Pana Mieczysława Szukała, który posiada „*uprawnienia nr 0003/96/U do kierowania robotami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej w zakresie: sieci, linie, instalacje i urządzenia dla telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą* oraz Pana Włodzimierza Manickiego, który posiada „*uprawnienia nr 1062/98/U do kierowania robotami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej dla telekomunikacji radiowej*” .

Zgodnie z zapisami części X pkt. 1 4) f) SIWZ miała to być „osoba”, a więc jeden człowiek/specjalista posiadający uprawnienia opisane w tym warunku. Zauważyć tu należy, że identyczny podgląd w kwestii interpretacji tego zapisu wyraził sam Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 22.10.2010 r., a dotyczyło to oferty Wykonawcy MDR Sp. z o.o.:

„W odpowiedzi Wykonawca przedłożył informacje o dwóch osobach (...), które to łącznie spełniały określony w części X pkt. 1 ust. 1 lit. f) wymóg dla inspektorem nadzoru w branży teletechnicznej. Jest to oczywista sprzeczność nie tylko z wymogami SIWZ, ale i techniczną możliwością sprawowania nadzoru w danej branży przez ciało kolegialne.”

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wskazywał, że „Wykonawca TERRA” podlega wykluczeniu z niniejszego postępowania, a złożona przez niego oferta powinna zostać odrzucona, jako oferta Wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ponadto treść złożonej przez tego Wykonawcę oferty jest niezgodna z treścią punktu X pkt. 1 ust. 1 lit. f) SIWZ.

**„Wykonawca ABAKUS”** na stanowisko inspektora nadzoru w branży teletechnicznej przedstawił w swojej ofercie Pana Przemysława Głowińskiego, który posiada: „*uprawnienia budowlane nr 1254/98/ tj. uprawnienia w telekomunikacji do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą - bez ograniczeń. Uprawnienia te zostały wydane przez Państwową Inspekcję Telekomunikacyjną i Pocztową w Warszawie w dniu 22.09.1998 r.*” Nie są to jednak uprawnienia wymagane przez Zamawiającego w części X pkt. 1 ust. 1 lit. f) SIWZ, ponieważ obejmują tylko telekomunikację przewodową, a nie obejmują telekomunikacji radiowej.

W związku z powyższym, Odwołujący podnosił, że „Wykonawca ABAKUS” podlega wykluczeniu z niniejszego postępowania, a złożona przez niego oferta powinna zostać odrzucona, jako oferta Wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ponadto treść złożonej przez tego Wykonawcę oferty jest niezgodna z treścią części X pkt. 1 ust. 1 lit. f) SIWZ.

Ponadto Odwołujący wnosił o wykluczenie „Wykonawcy ABAKUS” z niniejszego postępowania oraz o odrzucenie jego oferty, jako Wykonawcy, który nie uzupełnił, na wezwanie Zamawiającego z dnia 21.09.2010 r., dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W związku z tym, iż „Wykonawca ABAKUS” przy realizacji niniejszego zamówienia, ma zamiar korzystać z zasobów podmiotu trzeciego, a mianowicie z osób zdolnych do wykonania zamówienia, a pozostających w dyspozycji podmiotu trzeciego, to powinien on przedstawić w odniesieniu do tego podmiotu trzeciego, dokumenty, o których mowa w części XII SIWZ pkt. 2. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 23.09.2010 r. „Wykonawca ABAKUS” potwierdził, że osoba Pana Jacka Wiktora, która została użyczona „Wykonawcy ABAKUS” na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp przez podmiot „P.H.U. ELWI Elżbieta Wiktor” z siedzibą w Poznaniu (zobowiązanie na str. 52 oferty), będzie brała udział w realizacji niniejszego zamówienia. Jednocześnie w piśmie z dnia 23.09.2010 r. „Wykonawca ABAKUS” wykluczył udział w realizacji zamówienia podmiotu użyczającego mu swego potencjału osobowego, tj. „P.H.U. ELWI Elżbieta Wiktor” z siedzibą w Poznaniu.

Odwołujący wskazuje, że stosownie do postanowienia § 1 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2009, nr 226, poz. 1817) - zwanego dalej: „rozporządzeniem” - jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, 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 § 2 rozporządzenia.

Zamawiający żądanie takie sformułował w części XI pkt. 2 a SIWZ. Dodatkowo, powołując się na brzmienie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp należy stwierdzić, iż § 1 ust. 2 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 osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób pośredni (tzw. dysponowanie pośrednie). Ponadto, Odwołujący powoływał się na opinię prawną z dnia 24.06.2010 r. opublikowaną przez mgr Izabelę Łazugę na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, *gdzie stwierdzono, że: „możliwość żądania przez zamawiającego od wykonawcy - na zasadzie § 1 ust. 2 rozporządzenia - przedstawienia dokumentów wymienionych w § 2 rozporządzenia odnoszących się do*

*podmiotów trzecich, na których osobach (zasobach osobowych) wykonawca polega w celu wykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, dotyczy wyłącznie tych przypadków, gdy osoby te pozostają w dyspozycji tych podmiotów trzecich, a nie w dyspozycji samego wykonawcy (dysponowanie pośrednie), a podmioty te będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia"<sup>1</sup>.*

Reasumując powyższą argumentację, Odwołujący stwierdził, iż „Wykonawca ABAKUS” odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 21. 09.2010 r. miał obowiązek, w związku z zapisem części XI pkt. 2 a SIWZ, przedstawić dokumenty wymienione w części XI pkt 2 SIWZ dotyczące podmiotu „P.H.U. ELWI Elżbieta Wiktor” z siedzibą w Poznaniu. Wykonawca ten, bowiem będzie korzystał przy wykonywaniu niniejszego zamówienia z osoby Pana Jacka Wiktora, który jednak w tym okresie będzie pozostawał w dyspozycji podmiotu trzeciego. Jako, iż „Wykonawca ABAKUS” nie przedstawił stosownych dokumentów i oświadczeń, powinien zostać wykluczony z niniejszego postępowania, a jego oferta powinna zostać odrzucona, gdyż nie potwierdziła spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zaniechanie wykluczenia z przedmiotowego postępowania „Wykonawcy TERRA”, jako wykonawcy, który nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Odwołujący podnosił, że dnia 28.10.2010 r. upłynął termin związania ofertą i ważności wadium Wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. „Wykonawca TERRA”, jako Wykonawca, którego oferta została uznana za ofertę najkorzystniejszą złożoną w niniejszym postępowaniu, miał obowiązek przedłużyć okres związania wadium, wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 953 - A 248564 ważnej do dnia 29.10.2010 r. włącznie, co najmniej do dnia wskazanego w dyspozycji art. 46 ust. 1a Pzp. Wykonawca ten jednak nie przedstawił Zamawiającemu odpowiednio oryginału aneksu do przedmiotowej gwarancji, ani też nie wniósł nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Wadium zgodnie z przepisami ustawy Pzp pełni przede wszystkim rolę kompensacyjną polegającą na ochronie uzasadnionych interesów organizatora przetargu. Aby interesy Zamawiającego były skutecznie zabezpieczone, musi on fizycznie posiadać dokument gwarancji, w przypadku wniesienia przez Wykonawcę wadium w jednej z form przewidzianych w art. 45 ust. 6 pkt 2-5 Pzp. W postępowaniu o udzielenie zamówienia

---

<sup>1</sup> [http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:1020:dopuszczalnosc\\_zadania\\_przez\\_zamawiajacego\\_przedstawienia\\_przez\\_wykonawce\\_dokumentow\\_podmiotowych\\_dotyczacych\\_podmiotu\\_trzeciego\\_na\\_zasobach\\_ktorego\\_w\\_wykonawca\\_polega\\_w\\_celu\\_wykazania\\_speelniania\\_warunku\\_dysponowania\\_osobami\\_zdolnymi\\_do\\_wykonania\\_zamowieni.html](http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:1020:dopuszczalnosc_zadania_przez_zamawiajacego_przedstawienia_przez_wykonawce_dokumentow_podmiotowych_dotyczacych_podmiotu_trzeciego_na_zasobach_ktorego_w_wykonawca_polega_w_celu_wykazania_speelniania_warunku_dysponowania_osobami_zdolnymi_do_wykonania_zamowieni.html); stan na dzień 01.11.2010 r.



publicznego wadium zabezpiecza ofertę, a o wadze jego prawidłowego wniesienia świadczy fakt, iż nie wniesienie wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą stanowi przesłankę do wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.). Zatem oferta jest skutecznie zabezpieczona wadium wtedy i tylko wtedy, gdy Zamawiający ma możliwość przez cały okres związania ofertą prawo i możliwość skutecznego skorzystania zabezpieczenia, jakim jest wadium w sytuacjach określonych w ustawie Pzp. Powyższe stanowisko Odwołującego potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej przywołane przez Odwołującego.

Opierając się na przytoczonej powyżej argumentacji, Odwołujący stwierdził, że od dnia 30.10.2010 r. „Wykonawca TERRA” nie jest już uczestnikiem postępowania, a jego oferta z mocy prawa stała się ofertą odrzuconą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp.

#### Interes Odwołującego

Działania Zamawiającego podjęte w przedmiotowym postępowaniu naruszają interes Odwołującego. Gdyby bowiem Zamawiający nie zaniechał wykluczenia Wykonawców: „TERRA” oraz „ABAKUS” oraz odrzucenia ich ofert, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Zatem wniesienie niniejszego odwołania jest w pełni uzasadnione, zaś żądanie określone powyżej w pełni zasługują na uwzględnienie.

W dniu 5 listopada 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego złożone przez wykonawcę **Agencja Inwestycyjna TERRA Sp. z o.o. i Wspólnicy Spółka Komandytowa z siedzibą w Poznaniu.**

Przystąpienie zgłoszono na podstawie art. 184 ust. 4 ustawy Pzp nie popierając argumentacji oraz żądań Odwołującego.

Informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią (odwołanie zostało wniesione do KIO z datą 2 listopada br.), Zamawiający przekazał zgłaszającemu przystąpienie w dniu 3 listopada br., przystąpienie zostało zatem wniesione z zachowaniem terminu zawitego.

Zgłaszający przystąpienie żądał oddalenia przedmiotowego odwołania w całości gdyż jest ono niezasadne merytorycznie.

1. Przystępujący stwierdził, że nie ma podstaw do wzywania przez Zamawiającego do złożenia wymaganych przez niego oświadczeń i dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, gdyż oświadczenia i dokumenty wymagane w zakresie

kompetencji osób, biorących udział w realizacji zamówienia zostały zamieszczone w ofercie Przystępującego;

2. Złożone w postępowaniu przez Przystępującego dowody wniesienia wadium zabezpieczają Zamawiającego w całym okresie związania ofertą, wraz z okresem przedłużonym, do dnia 28.11.2010 roku.

W uzasadnieniu Przystępujący wskazywał, co następuje:

**1.**

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zastrzegł, aby funkcje osób zdolnych do wykonania zamówienia, nie mogły być dzielone. Uczynił jedynie zastrzeżenie, co do możliwości ich łączenia. Dalej Zamawiający nie określił również ani dolnej ani górnej granicy liczebności zespołu specjalistów. Jeśli więc istnieją rozdzielnie uprawnienia w telekomunikacji przewodowej bez ograniczeń i równoległe uprawnienia w telekomunikacji radiowej bez ograniczeń, to nie można tu stosować wykładni słownej zapisów SIWZ i zmuszać wykonawców do przedstawienia jednego specjalisty, posiadającego oba typy kwalifikacji. Postępowanie takie oznaczałoby rażące ograniczanie konkurencji. Nadmienić należy, że nie ma również przesłanek technicznych do konieczności wykonywania funkcji nadzoru inwestorskiego w zakresie obu ww. uprawnień łącznie.

Przystępujący podkreślał, że osoby przedstawione przez niego w ofercie na stanowisko inspektora nadzoru branży teletechnicznej w pełni spełniają wymagania, określone przez Zamawiającego w SIWZ.

**2.**

Przystępujący w swojej ofercie złożył potwierdzenie wniesienia wadium w postaci Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 953-A 248564 z dnia 25.08.2010 r., udzielonej przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń SA, ważnej w okresie od 30.08.2010 do dnia 29.10.2010. W dniu 29 października br. o godzinie 14.00 w siedzibie Zamawiającego złożony został Aneks nr 1 do ww. Gwarancji wydany przez Gwaranta w dniu 27.10.2010, zmieniający okres obowiązywania gwarancji na czas od 30.08.2010 do dnia 28.11.2010, tym samym Przystępujący zabezpieczył ciągłość zabezpieczenia interesu Zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

Wskazując na interes prawny polegający na tym, iż żądania wykluczenia i/lub odrzucenia skierowane są do jego oferty w oparciu o nieprawdziwe i nieuzasadnione argumenty i zarzuty - w sposób oczywisty narusza to interes prawny i majątkowy Spółki, albowiem to jego oferta została przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą i to Przystępujący oczekuje na zawarcie umowy.

W dniu 5 listopada 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego złożone przez wykonawcę **ABAKUS Prowadzenie i Nadzorowanie Inwestycji Barbara Kubiak z siedzibą w Poznaniu**.

Przystąpienie zgłoszono na podstawie art. 184 ust. 4 ustawy Pzp nie popierając argumentacji oraz żądań Odwołującego.

Informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią (odwołanie zostało wniesione do KIO z datą 2 listopada br.), Zamawiający przekazał zgłaszającemu przystąpienie w dniu 3 listopada br., przystąpienie zostało zatem wniesione z zachowaniem terminu zawitego.

Wykonawca „ABAKUS Prowadzenie i Nadzorowanie Inwestycji Barbara Kubiak”, zwany dalej ABAKUS przystąpił do odwołania złożonego przez Wykonawcę GRONTMIJ w zakresie zarzutów przeciwko zarzutom Wykonawcy „Agencja Inwestycyjna TERRA Sp. z o.o. i Wspólnicy Spółka Komandytowa”, zwanego dalej TERRĄ po stronie Odwołującego, a w zakresie zarzutów dotyczących personelu Wykonawcy ABAKUS po stronie Zamawiającego.

Poinformował, iż jego zdaniem interpretacja Zamawiającego w sprawie spełnienia warunków Inspektora Nadzoru w branży teletechnicznej jest prawidłowa i zgodna z przyjętą praktyką w przedmiotowej branży. Tym samym Wykonawca ABAKUS posiada interes prawny polegający na tym, że Wykonawca TERRA winien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania za brak wadium, a tym samym oferta Wykonawcy ABAKUS - jako ważna spełnia walor oferty najkorzystniejszej.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 roku, tj. po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji” do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy Prawo

zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacjami, które weszły w życie odpowiednio dnia 22 grudnia 2009 roku oraz 29 stycznia 2010 roku.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Po trzecie ustalono, iż Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w złożeniu odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutów zaniechania wykluczenia wskazywanych wykonawców i nieodrzczenia ich ofert oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania zamówienia ze względu na złożenie następnej w kolejności oferty najkorzystniejszej w postępowaniu pod względem wyznaczonego kryterium wyboru ofert. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W toku prowadzonej rozprawy Odwołujący się wycofał zarzut dotyczący niewniesienia/nieprzedłużenia wadium na przedłużony termin związania ofertą. Wykonawca ABAKUS zgłaszający przystąpienie, w związku z wezwaniem składu orzekającego Izby, złożył oświadczenie, iż zgłasza przystąpienie po stronie Zamawiającego.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia części X noszącej tytuł *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków pkt 1. ust.4) f* określił, iż wykonawcy mają w przypadku warunku osób zdolnych do wykonania zamówienia wykazać się dysponowaniem osobami, w tym inspektorem nadzoru w branży teletechnicznej. Osoba ta musiała spełniać następujące warunki:

- *posiadać uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie - do kierowania robotami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń wydane na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów ustawy Prawo budowlane lub ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów. Zakres uprawnień musi obejmować sieci, linie, instalacje i urządzenia dla telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz dla telekomunikacji radiowej,*
- *minimum 5-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego lub kierowaniu budową w swojej specjalności, w której została wskazana w niniejszym postępowaniu.*

Wykonawcy mogli polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym i osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany był udowodnić Zamawiającemu, iż będzie

dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Zgodnie z zapisami części XI SIWZ dotyczącej *Informacji o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy*, Wykonawcy, zgodnie z pkt 2a, wykazując spełnianie warunków poprzez poleganie na zasobach innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, mieli przedstawić w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty wskazane w Części XI SIWZ pkt 2 czyli dokumenty na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Wykonawca TERRA w swojej ofercie przedstawił na stanowisko inspektora nadzoru w branży teletechnicznej 2 osoby: inż. Mieczysława Szukałę, który posiada „*uprawnienia nr 0003/96/U do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej w zakresie: sieci, linie, instalacje i urządzenia liniowe oraz stacyjne dla telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą bez ograniczeń* oraz inż. Włodzimierza Manickiego, który posiada „*uprawnienia nr 1062/98/U do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji radiowej w zakresie obiektów nadawczych radiofonii i TV naziemnej oraz nadawczych i odbiorczych obiektów radiokomunikacyjnych*”.

Wykonawca ABAKUS w swojej ofercie przedstawił na stanowisko inspektora nadzoru w branży teletechnicznej Pana Przemysława Głowińskiego, który posiada: „*uprawnienia budowlane nr 1254/98/ tj. uprawnienia w telekomunikacji do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą - bez ograniczeń*”.

Ponadto Wykonawca ABAKUS w swojej ofercie przedstawił na stanowisko inspektora nadzoru w branży drogowej osobę Jacka Wiktora, osobą którego dysponował będzie według załączonego do oferty zobowiązania, które to podpisała osoba upoważniona do reprezentowania firmy P.H.U. ELWI Elżbieta Wiktor jako właścicielka. W zakresie tym Wykonawca ABAKUS w dniu 21 września 2010 roku został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień:

a) „*czy firma P.H.U. ELWI Elżbieta Wiktor udostępniająca osobę Jacka Wiktora pełniącego funkcję inspektora nadzoru robót drogowych będzie realizowała część zamówienia jako podwykonawca, czy też podmiot ten nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia*”

b) *W sytuacji gdy podmiot ten będzie realizował część zamówienia, Zamawiający żąda od wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przedstawienia w odniesieniu do tego podmiotu dokumentów wskazanych w części XI SIWZ pkt 2.”*

Na wezwanie to wykonawca ABAKUS odpowiedział w dniu 24 września 2010 roku, składając wyjaśnienia i oświadczenia, iż podmiot P.H.U. ELWI Elżbieta Wiktor nie będzie brała udziału w realizowaniu przedmiotowego zamówienia, tylko osoba pana Jacka Wiktora.

W zakresie uprawnień dotyczących specjalistów z branży teletechnicznej obaj wykonawcy nie byli wzywani do złożenia wyjaśnień lub uzupełniania dokumentów.

**Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:**

Zarzut niespełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w branży teletechnicznej wykonawcy TERRA nie zasługuje na uwzględnienie.

W opisie przedmiotu zamówienia (część III SIWZ), Zamawiający określił, że wykonawca będzie świadczył usługi pełnienia nadzoru inwestorskiego w wymienionych branżach, w tym w branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych. Zamawiający nie zastrzegł w żadnym miejscu SIWZ, że funkcji osób zdolnych do wykonania zamówienia nie może pełnić kilka osób. Co więcej, uczynił zastrzeżenie, że funkcję kierownika zespołu inspektorów nadzoru można łączyć z funkcją inspektora nadzoru branży konstrukcyjno-budowlanej lub inspektora nadzoru w branży architektonicznej. Nie przewidziano także, że zespół musi zamknąć się określoną liczbą osób. Jeżeli zatem wykonawca przedstawił w ofercie dwie osoby, które łącznie spełniają wymagania określone przez Zamawiającego i posiadają uprawnienia budowlane bez ograniczeń, a Zamawiający nie określił w tym wypadku żadnych ograniczeń liczbowych to nie ma przeciwwskazań, aby funkcję inspektora nadzoru w branży teletechnicznej mogły pełnić dwie osoby, których zakres uprawnień wyczerpuje wymagania Zamawiającego. Niewłaściwe były stwierdzenia Zamawiającego i Przystępującego zgłoszone na rozprawie, iż zakres robót w odnoszący się do branży teletechnicznej w zakresie telekomunikacji radiowej jest niewielki. Zakres robót jaki wynika z dokumentacji projektowej do wykonania nie ma w tym przypadku żadnego znaczenia skoro sam Zamawiający tak określił warunki udziału w postępowaniu i żądał posiadania takich uprawnień.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – wyznacza ona z jednej strony wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia ramy, jakie ma spełniać oferta, wymagania jakie muszą zostać zaoferowane by uczynić zadość potrzebom Zamawiającego, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się Zamawiający

dokonując oceny złożonych ofert. Z tego względu, przytoczone wyżej przepisy SIWZ należało interpretować tak, jak wskazuje na to ich brzmienie i okoliczności. Jeśli więc istnieją rozdzielnie uprawnienia w telekomunikacji przewodowej bez ograniczeń i równoległe uprawnienia w telekomunikacji radiowej bez ograniczeń, to nie można tu stosować wykładni dosłownej zapisów SIWZ (że miała być to jedna osoba) ponieważ sam Zamawiający zawarł w SIWZ informację, że jeżeli funkcje dwóch różnych inspektorów może pełnić jedna osoba pod warunkiem że będzie posiadała odpowiednie uprawnienia, to skład orzekający Izby nie widzi przeciwwskazań do sytuacji odwrotnej, mianowicie że funkcję nadzoru w branży teletechnicznej będą pełniły dwie osoby, których zakres uprawnień wyczerpuje warunek postawiony przez Zamawiającego.

Skład orzekający Izby wskazuje także, że inny wykonawca, który został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp a jego oferta została odrzucona w postępowaniu nie znajdował się, jak podnosił Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie, w sytuacji analogicznej w stosunku do oferty wybranej. Wykonawca MDR Sp. z o.o., na wezwanie Zamawiającego, przedłożył informacje o dwóch osobach, które miały pełnić funkcję inspektora nadzoru w branży teletechnicznej, jednakże jedna z tych osób posiadała doświadczenie w branży telekomunikacyjnej i uprawnienia w telekomunikacji przewodowej, natomiast druga osoba posiadała odpowiednie uprawnienia w pełnym zakresie telekomunikacji przewodowej i radiowej, nie miała jednak wymaganego doświadczenia w zakresie tych uprawnień. Nie jest to więc sytuacja tożsama z sytuacją wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Wykluczony wykonawca nie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

Należało zatem stwierdzić, że nie potwierdziły się zarzuty odnoszące się do niewykazania spełniania warunków udziału poprzez dysponowanie osobą posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń.

#### Zarzut niespełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w branży teletechnicznej wykonawcy ABAKUS.

Przepisy dotyczące uprawnień budowlanych we wskazanym zakresie zmieniały się kilkakrotnie. Dla potrzeb niniejszego postępowania wymienić należy:

- Rozporządzenie Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym (Dz.U.95.120.581), w którym wskazano, że uprawnienia budowlane w telekomunikacji są udzielane w specjalnościach instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń dla: telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, oraz telekomunikacji radiowej (§ 2 Rozporządzenia), przy czym uprawnienia te mogły być wydawane do

projektowania, kierowania robotami budowlanymi, lub projektowania i kierowania robotami budowlanymi w następujących specjalizacjach w ramach specjalności instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń w telekomunikacji: przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, dotyczącej urządzeń liniowych i stacyjnych, oraz radiowej, dotyczącej obiektów nadawczych radiofonii i telewizji naziemnej oraz nadawczych i odbiorczych obiektów radiokomunikacyjnych (§ 4 Rozporządzenia);

- Rozporządzenie Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 30 grudnia 1994 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U.95.8.38 ze zm.), które przewidywało, że uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą; uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej w ograniczonym zakresie I stopnia uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym w zakresie: telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą - w odniesieniu do obiektów budowlanych, takich jak: linie, instalacje i urządzenia liniowe oraz urządzenia stacyjne; a także telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą - w odniesieniu do obiektów budowlanych, takich jak: obiekty nadawcze radiofonii i telewizji naziemnej oraz nadawcze i odbiorcze obiekty radiokomunikacyjne. Uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej w ograniczonym zakresie II stopnia uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie: telekomunikacji przewodowej - w odniesieniu do obiektów budowlanych, takich jak: linie, instalacje i urządzenia liniowe; telekomunikacji przewodowej - w odniesieniu do obiektów budowlanych, takich jak urządzenia stacyjne; telekomunikacji radiowej - w odniesieniu do obiektów budowlanych, takich jak nadawcze i odbiorcze obiekty radiokomunikacyjne; telekomunikacji radiowej - w odniesieniu do obiektów budowlanych, takich jak obiekty nadawcze radiofonii i telewizji naziemnej (§ 22 Rozporządzenia).

- Rozporządzenie Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U.06.83.578 ze zm.), przyjmuje, że uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, zaś uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej w ograniczonym zakresie uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania



robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną, w odniesieniu do obiektu budowlanego, takiego jak: lokalne linie i instalacje (§ 22 Rozporządzenia).

Z powyższego zestawienia wynika, że zakres uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej ulegał zmianie, zmieniało się także pojęcie pełnych oraz ograniczonych uprawnień.

Wobec zmieniającego się zakresu uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej a także zakresu ograniczeń, przy wyraźnym sprecyzowaniu wymagań w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiającego jakich uprawnień żąda, należy uznać, że spełnieniem postawionego warunku będzie posiadanie uprawnień z zakresu telekomunikacji w pełnym zakresie jaki wskazał Zamawiający, uzyskanych na podstawie którychkolwiek spośród wymienionych wyżej przepisów. Jak już wyżej stwierdzono, uprawnieniami takimi nie musiała się natomiast legitymować jedna osoba. W taki zaistniałej sytuacji, w ocenie składu orzekającego Izby, wykonawca ABAKUS nie wskazał osoby o odpowiednich uprawnieniach zgodnie z zapisami SIWZ. Izba pragnie jednakże podkreślić, iż wykonawca nie był w tym zakresie wzywany do złożenia wyjaśnień czy też uzupełnienia oferty. Możliwe jest zatem wystąpienie do wykonawcy o złożenie wyjaśnień lub też wezwanie go na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oferty.

#### Zarzut niespełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w przypadku polegania na potencjale podmiotów trzecich w przypadku wykonawcy ABAKUS.

Izba pragnie zwrócić uwagę na opinię prawną zamieszczoną na stronie Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącą dopuszczalności żądania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego, na zasobach którego wykonawca polega w celu wykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Izba podziela stanowisko UZP w tym zakresie.

Z opinii tej wynika, iż w myśl postanowienia art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia bez względu na formę prawną dysponowania tymi osobami. Elementem istotnym jest gwarancja osoby, że będzie ona mogła świadczyć określone usługi na rzecz wykonawcy. O fakcie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia rozstrzyga więc prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą a daną osobą (osobami). *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 (...).

O przypadkach pośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia rozstrzyga natomiast więź prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim (arg. z art. 26 ust. 2b 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 (...). Nie są zastrzeżone żadne szczególne wymogi prawne co do charakteru takiego zobowiązania. Zobowiązanie takie może wynikać z różnych stosunków prawnych łączących wykonawcę z podmiotem trzecim, może to być m.in. umowa przedwstępna, umowa o podwykonawstwo, umowa o współpracy, porozumienie pomiędzy pracodawcami o delegowaniu pracowników w celu wykonywania pracy u wykonawcy itd. Tak więc 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. (..)

Stosownie do postanowienia § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b tej ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 rozporządzenia.

W świetle brzmienia § 1 ust. 2 rozporządzenia przepis ten znajduje zastosowanie w przypadku ziszczenia się dwóch następujących warunków. Po pierwsze wymagane jest, aby wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, polegał na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych. Po drugie wymagane jest, aby podmioty te brały udział w realizacji części zamówienia. Przy czym warunki te muszą być spełnione łącznie. Biorąc pod uwagę przywołane brzmienie art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych należy stwierdzić, iż § 1 ust. 2 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 § 1 ust. 2 rozporządzenia nie znajduje zastosowania do przypadków, gdy to sam wykonawca dysponuje takimi osobami (dysponowanie bezpośrednie). (...).

W świetle przywołanego brzmienia przepisu § 1 ust. 2 rozporządzenia, poza stwierdzeniem powoływania się przez wykonawcę na pośrednie dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, istotne jest także stwierdzenie, że podmiot trzeci, na którego zasoby osobowe powołuje się wykonawca, będzie brał udział w realizacji części zamówienia, przy której zasoby te będą wykorzystywane. Co do zasady będzie to dotyczyć przypadków podwykonawstwa. Powyższe nie będzie jednak dotyczyć 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 przepis § 1 ust. 2 rozporządzenia w takich sytuacjach nie znajduje zastosowania.<sup>2</sup>

Zamawiający w prowadzonym postępowaniu nie wyjaśnił, z sytuacją jakiego dysponowania osobą wymienioną w wykazie będziemy mieli do czynienia w niniejszym przypadku. Pierwotnie zobowiązanie o udostępnieniu złożył podmiot trzeci, następnie zaś wykonawca twierdził, że to nie podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia, nie będzie on również podwykonawcą tylko osoba wskazywana w wykazie będzie pełniła funkcję inspektora nadzoru w branży drogowej. Wykonawca nie złożył jednak żadnego oświadczenia wskazywanej osoby czy też nie udowodnił, że będzie zachodziła przesłanka bezpośredniego dysponowania powyższą osobą. Istnieje bowiem możliwość, że nawet jeżeli firma P.H.U. ELWI Elżbieta Wiktor nie będzie podwykonawcą w przedmiotowym postępowaniu, może zachodzić sytuacja pośredniego udostępnienia swojego zasobu w postaci pracownika, jakim być może jest pan Jacek Wiktor. W chwili obecnej nieznana jest podstawa dysponowania daną osobą z wykazu, trudno zatem stwierdzić, czy wskazywana osoba lub podmiot ją

---

<sup>2</sup> Wyciąg z opinii zamieszczonej na stornie UZP w zakładce Opinie prawne dotyczące nowelizacji

udostępniający mieli obowiązek złożyć dokumenty potwierdzające niepodleganie wykluczeniu wskazane przez Zamawiającego w SIWZ.

Dlatego też w ocenie Izby uprawnionym jest wniosek stawiany przez Odwołującego jakoby wykonawca ABAKUS nie udowodnił spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba pragnie jednakże podkreślić, iż wykonawca nie był w tym zakresie wzywany do złożenia wyjaśnień czy też uzupełnienia oferty. Wezwanie z dnia 21 września 2010 roku odnosiło się do innych zagadnień i nie dotyczyło kwestii charakteru prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem trzecim, czy też sposobu dysponowania osobą wskazaną w wykazie. Możliwe jest zatem wystąpienie do wykonawcy o złożenie wyjaśnień lub też wezwanie go na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oferty.

Jednakże nawet uwzględnienie powyższych zarzutów odnoszących się do wykonawcy ABAKUS Prowadzenie i Nadzorowanie Inwestycji Barbara Kubiak nie będzie miało wpływu na wynik prowadzonego postępowania ponieważ wykonawca Odwołujący się nie uzyska w przypadku potwierdzenia się po wezwaniu do uzupełnienia i wyjaśnienia oferty przesłanek wykluczenia tego wykonawcy i odrzucenia jego oferty zamówienia ze względu na to, iż nie potwierdziły się zarzuty dotyczące wykonawcy i oferty obecnie uznanej za najkorzystniejszą. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Biorąc pod uwagę, iż Izba nie uwzględniła zarzutów odnoszących się do wykonawcy zajmującego pierwszą pozycję w rankingu ofert, nawet pomimo stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do wykonawcy ABAKUS Prowadzenie i Nadzorowanie Inwestycji Barbara Kubiak, nie ma to wpływu na wynik postępowania i nie pozwoli Odwołującemu na uzyskanie zamówienia, co w prowadzi do wniosku, iż ze względu na treść art. 191 ust. 1a ustawy Pzp przedmiotowe odwołanie podlegało oddaleniu.

W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się w całości. Z powyższych względów, na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....