

**WYROK**

**z dnia 18 kwietnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie **18 kwietnia 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **3 kwietnia 2017 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **P.W. „E.” M.M., G.**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa układu drogowego ulic: Karola Olszewskiego, Zygmunta Wróblewskiego, Ignacego Mościckiego w Pruszczu Gdańskim. Część nr 1: Budowa kanalizacji deszczowej wraz z budową zbiornika retencyjnego.* (nr postępowania ZP.271.26.2016)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miejska Pruszcz Gdański**

**orzeka:**

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Gminie Miejskiej Pruszcz Gdański: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczenia z postępowania P.W. „E.” M.M. z G., a w ramach powtórzonych czynności – uznanie, że odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 6.2.1.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób niesprzeczny z załączonym do oferty oświadczeniem, że spełnia ten warunek bez polegania na zasobach innych podmiotów.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego, Gminę Miejską Pruszcz Gdański, i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, P.W. „E.” M.M. z G., tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2.** zasądza od **zamawiającego, Gminy Miejskiej Pruszcz Gdański**, na rzecz **odwołującego, P.W. „E.” M.M. z G.**, kwotę **13600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Miejska Pruszcz Gdański, prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Budowa układu drogowego ulic: Karola Olszewskiego, Zygmunta Wróblewskiego, Ignacego Mościckiego w Pruszczu Gdańskim. Część nr 1: Budowa kanalizacji deszczowej wraz z budową zbiornika retencyjnego.* (nr postępowania ZP.271.26.2016).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 23 grudnia 2016 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 373567-2016, Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej {www.pruszcz-gdanski.pl}, na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również w skrócie: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

29 marca 2017 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu, P.W. „E.” M.M. z G. {dalej również: „E.”}, zawiadomienie o wykluczeniu go z postępowania oraz o zatrzymaniu wniesionego wadium.

3 kwietnia 2017 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 4 i art. 46 ust. 4a w zw. z art. 25 ust. 1 pzp, które zostały wskazane jako podstawa prawna tych czynności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wykluczenia.
2. Unieważnienie zatrzymania wniesionego wadium.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący sprecyzował zarzuty przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych.

Odwołujący następująco zrelacjonował przebieg postępowania dotyczący złożonej przez niego oferty.

W rozdziale 6 instrukcji dla wykonawców {dalej również: „IDW” lub i.d.w.} zawarty

został warunek udziału wykonawców w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, polegający na skierowaniu do realizacji zamówienia osób posiadających właściwe kwalifikacje zawodowe w zakresie kierowania budową. Zgodnie z pkt 9.3 IDW Zamawiający miał wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego, według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do IDW. Powołany załącznik wymagał wskazania imienia i nazwiska osób skierowanych do realizacji zamówienia, zakresu powierzonych tym osobom czynności, posiadanych przez nie kwalifikacji oraz podstawy dysponowania tymi osobami. Jednocześnie pkt 3.11 IDW określa do jakiego rodzaju robót wykonawca powinien zatrudnić na umowę o pracę osoby skierowane do ich realizacji.

Na żądanie Zamawiającego z 24.02.2017 r. przedłożono wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do IDW.

W piśmie z 2.03.2017 r. Zamawiający wyraził wątpliwość, czy skierowanie do realizacji zamówienia tylko 3 osób umożliwi wykonanie zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

W odpowiedzi wyjaśniono, że zamówienie będzie wykonywać łącznie 30 osób, z czego 3 wskazane w wykazie osoby wykonywać będą czynności w zakresie kierowania budową.

Pismem z 3.03.2017 r. Zamawiający ponownie wezwał do złożenia wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do IDW, który będzie wolny od pomyłki.

W odpowiedzi pismem z 3.03.2017 r. złożono pełny wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia.

Pismem z 16.03.2017 r. Zamawiający po raz kolejny wezwał do złożenia wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do IDW, gdyż w jego ocenie złożony wykaz nie potwierdza, że E. zamierza samodzielnie, bez polegania na zasobach innego podmiotu, wykonać przedmiot zamówienia.

W odpowiedzi pismem z 20.03.2017 r. wyjaśniono, że złożony uprzednio wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia jest zgodny ze SIWZ oraz IDW, gdyż zawiera on imiona i nazwiska osób skierowanych do realizacji zamówienia, zakres powierzonych im osobom czynności, posiadane przez nie kwalifikacje oraz podstawę dysponowania tymi osobami.

Ponadto wyjaśniono, że posłużenie się przy realizacji zamówienia osobami, które zgodnie z pkt 3.11 IDW nie muszą być pracownikami wykonawcy, nie oznacza, że E. nie będzie wykonywał przedmiotu umowy samodzielnie oraz będzie polegał na zasobach innego

podmiotu. W IDW nie zawarto bowiem wymogu, że wykonawca samodzielnie zrealizuje przedmiot umowy tylko w przypadku, gdy do wykonywania prac skieruje wyłącznie osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę.

Wyjaśniono jednocześnie, że wszystkie osoby, jakie zostaną skierowane do wykonania prac objętych zamówieniem, będą zatrudnione bezpośrednio przez E., każda z tych osób będzie pozostawała do jego dyspozycji i będzie odpowiedzialna wobec niego za należyte wykonanie powierzonych jej obowiązków. Osoby te nie będą pełniły funkcji podwykonawcy żadnego zakresu robót. W umowie z tymi osobami zawarte będzie zobowiązanie do osobistego świadczenia usług objętych umową oraz zakaz posługiwania się dalszymi podwykonawcami. W związku z powyższym nie zajdzie sytuacja korzystania przez E. z zasobów innego podmiotu, a przedmiot zamówienia wykonywany będzie przez E. samodzielnie, zgodnie z treścią złożonej oferty.

W odpowiedzi Zamawiający 29.03.2017 r. poinformował o podjęciu opisanych na wstępie i objętych niniejszym odwołaniem czynności.

Uzasadniając wykluczenie, Zamawiający stwierdził, że E. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale 6 pkt 6.2.1. SWIZ. W ocenie Zamawiającego E. nie złożył prawidłowego wykazu osób, za pomocą których miał być wykonywany przedmiot zamówienia. Złożony wykaz jest niezgodny z wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do IDW, gdyż dwie osoby, które miały wykonywać czynności w zakresie kierowania budową, nie będą pracownikami E.u, w związku z czym nie spełnia on warunku samodzielnego wykonywania przedmiotu zamówienia, a taki sposób wykonywania zamówienia został oświadczony w złożonej ofercie.

Z kolei niezłożenie przez E. na żądanie Zamawiającego właściwego dokumentu potwierdzającego okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, spowodowało brak możliwości wyboru oferty E. jako najkorzystniejszej, co skutkowało zatrzymaniem wadium na podstawie art. 46 ust. 4a pzp.

Odwołujący dokonał następującej oceny prawnej powyższych okoliczności.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp 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. Stosownie zaś do art. 24 ust. 12 pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że bezpodstawnie uznał, że E. nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale 6 pkt 6.2.1. IDW.

Odwołujący podniósł, że powyższe postanowienie IDW wymaga skierowania do wykonywania przedmiot umowy osób o odpowiednich kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym, przy czym osoby wykonujące czynności w zakresie kierowania budową powinny mieć uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi.

Natomiast rozdział 6 pkt 6.2.1. IDW ani wykaz osób stanowiący załącznik nr 5 do IDW nie zawierają wymogu, aby wszystkie osoby wykonujące czynności w zakresie kierowania budową były zatrudnione przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę.

Ponadto Zamawiający nie sprecyzował w SWIZ, co należy rozumieć pod pojęciem „samodzielnego wykonania przedmiotu zamówienia”.

W tym stanie rzeczy złożony przez E. wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia jest prawidłowy i zgodny z IDW. W sytuacji, gdy przedmiot zamówienia będzie wykonywany przez E. samodzielnie, bez udziału podwykonawców, oraz przy pomocy osób, które będą bezpośrednio zatrudnione przez E., nie ulega wątpliwości, że przedmiot umowy wykonywany będzie samodzielnie.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego zatrudnienie przez E. na podstawie umowy zlecenia dwóch osób skierowanych do kierowania pracami budowlanymi, nie świadczy o tym, że przedmiot zamówienia nie wykonywany będzie samodzielnie ani o tym, że E. polegać będzie na zasobach innego podmiotu. Osoby fizyczne zatrudnione przez wykonawcę na podstawie umowy zlecenia nie są innymi podmiotami w rozumieniu art. 22a pzp.

Odwołujący dodał, że Zamawiający nie uzasadnił, dlaczego w jego ocenie zatrudnienie na umowę zlecenia osób kierujących pracami budowlanymi nie daje gwarancji należytej jakości robot i przesądza o braku zdolności E.u do należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Według Odwołującego pozbawione podstaw było również domaganie się przez Zamawiającego złożenia właściwego dokumentu sporządzonego według załącznika nr 5 do IDW i zatrzymanie wadium z powodu nieprzedłożenia takiego dokumentu. Kreowanie przez Zamawiającego określonych oczekiwań co do treści tego dokumentu nie miało żadnego oparcia w SWIZ ani przepisach prawa.

Odwołujący podniósł, że wobec tego brak było podstaw do zatrzymania wadium przez Zamawiającego, który postawił nieuzasadnione wymagania dotyczące treści złożonego przez wykonawcę dokumentu.

Odwołujący powołał się na wyrok z 10.05.2013 r. (sygn. akt I CSK 422/12), w którym Sąd Najwyższy wyraźnie wskazał, że art. 46 ust. 4a pzp ma zastosowanie w przypadku

fizycznego niezłożenia żądanego przez zamawiającego dokumentu lub oświadczenia, natomiast nie znajduje zastosowania, jeżeli wykonawca złoży dokument lub oświadczenie, które w ocenie zamawiającego nie potwierdza, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu przetargowym. Przepis ten z uwagi na wysoką sankcyjność i restrykcyjność powinien być stosowany co do zasady wyłącznie dla zapobiegania znikom wykonawców. W związku z powyższym, Sąd Najwyższy wyjaśnił, że obowiązek zatrzymania wadium powstaje tylko w przypadku zawinionego działania wykonawcy polegającego na niezuzupełnieniu dokumentów i oświadczeń, o złożenie których wykonawca został zasadnie wezwany przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, gdy to zaniechanie wykonawcy zmierza do obejścia prawa, w szczególności przez stworzenie warunków ku temu, by zamówienie udzielone zostało temu wykonawcy, kto zaoferuje najwyższą cenę. Do przyjęcia zawinienia wykonawcy konieczna jest jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w niepodporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego.

Także w wyroku z 7 lipca 2011 r. (sygn. akt II CSK 675/10) Sąd Najwyższy wskazał, że uznanie, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, stwarza pole do nadużyć ze strony zamawiającego. Możliwe wówczas staje się wykorzystanie instytucji wadium, jako sposobu nienależytego przysporzenia. Sąd Najwyższy podkreślił, że celem działania zamawiającego podjętego na podstawie art. 26 ust. 3 pzp nie może być tworzenie warunków dla późniejszego zatrzymania wadium złożonego przez wykonawcę na podstawie art. 46 ust. 4a pzp

Do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

Na posiedzeniu 18 kwietnia 2017 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył w nim ofertę, która spośród złożonych ofert prezentuje najkorzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert obowiązujących w postępowaniu. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanym Zamawiającemu naruszeniem przepisów ustawy pzp, gdyż wykluczenie z postępowania uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozpoznania sprawy:

Izba stwierdziła, że nie ma potrzeby powtarzania okoliczności dotyczących przebiegu badania przez Zamawiającego spełniania warunku udziału w postępowaniu przez E., które zostały przedstawione powyżej za odwołaniem.

Uzupełniająco Izba ustaliła, co następuje.

W rozdziale 6 pkt 6.2.1. zawarto klauzulę, że *Wykonawca skieruje do realizacji zamówienia publicznego osoby do wykonania niżej określonych czynności, posiadające określone poniżej kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie i wykształcenie, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości;* po której w pkt od 6.2.1.1. do 6.2.1.8. wyszczególniono rodzaje czynności, określając wymagania odnośnie: a) kwalifikacji zawodowych, b) uprawnień, c) doświadczenia, d) wykształcenia osób, które będą wykonywały te czynności. Przy czym *de facto* takie wymagania sformułowano wyłącznie w odniesieniu do czynności w zakresie kierowania budową tylko odnośnie uprawnień, odrębnie dla trzech specjalności {pkt 6.2.1.1. lit. b.1), b.2) oraz b.3)}, nie stawiając jednocześnie odrębnych wymagań odnośnie kwalifikacji zawodowych, doświadczenia oraz wykształcenia osób, które będą wykonywały te czynności. Dla



wszystkich pozostałych wyszczególnionych rodzajów czynności wprost wskazano, że nie stawia się żadnych wymagań odnośnie kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia osób, które będą wykonywały te czynności {pkt od 6.2.1.2. do 6.2.1.8.}.

W pkt 9.3.1.2.1. i.d.w. określenie dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, stanowi *de facto* przytoczenie § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 1126), zgodnie z którym zamawiający może żądać wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Jednocześnie zawarty w załączniku nr 5 do i.d.w. wzór wykazu osób, przewidywał rubryki na wpisanie imion i nazwisk oraz podstawy dysponowania dla osób przewidzianych dla wszystkich wyszczególnionych w pkt od 6.2.1.1. do 6.2.1.8. zakresów czynności, choć tylko dla osób przewidzianych do kierowania budową należało wypełnić kolumnę pn. Kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie, wykształcenie.

Reasumując powyższe, Izba stwierdziła, że Zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu i s.i.w.z. dla wykonawców warunek udziału w postępowaniu (o czym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp) dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej (art. 22 ust. 1b pkt 3 pzp), wyłącznie w aspekcie uprawnień do kierowania robotami w trzech specjalnościach, a więc tylko dla trzech osób.

Izba ustaliła, że E. już w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego uczynił zadość przedstawieniu informacji koniecznych dla oceny, czy wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 6.2.1.1. i.d.w., gdyż złożył wykaz zawierający wskazanie z imienia i nazwiska 3 osób do kierowania budową w danej specjalności z podaniem posiadanych przez nich uprawnień.

Zgodnie z pkt 9.1.2. i.d.w. do oferty należało załączyć aktualne na dzień jej składania oświadczenie w zakresie określonym przez Zamawiającego w postanowieniach rozdziału 6 (Warunki udziału w postępowaniu), że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu – według załącznika nr 3 do IDW.

E. załączył do oferty oświadczenie sporządzone według tego załącznika, oświadczając, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego w rozdziale 6, bez polegania na zasobach innych podmiotów {str. 11-12 oferty}.

Złożony w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego wykaz osób w odniesieniu do jedyne go określonego przez Zamawiającego warunku dotyczącego osób z pkt 6.2.1.1. i.d.w. wyszczególnia 1 osobę zatrudnioną na podstawie umowy i pracę oraz 2 osoby zatrudnione na podstawie umowy zlecenia.

Ze składanych przez E. Zamawiającemu dokumentów i wyjaśnień nie wynika, aby którakolwiek z tych osób stanowiła zasób udostępniony przez inny podmiot.

Reasumując, Izba ustaliła, że E. oświadczył, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu dzięki dysponowaniu 3 osobami do kierowania budową, w tym 1 na podstawie umowy o pracę, a 2 na podstawie umów cywilnoprawnych.

Wreszcie Izba ustaliła, że składane przez E. na wezwanie Zamawiającego dokumenty i wyjaśnienia nie są sprzeczne z zawartym w ofercie oświadczeniem, że Wykonawca wykona zamówienie bez udziału podwykonawców {pkt 8. na str. 3 oferty}, gdyż w ogóle nie dotyczą tej kwestii.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest oczywiście zasadne.

Z art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Przy czym według art. 22 ust. 1b pkt 3 pzp warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej. Jednocześnie na mocy art. 22d ust. 1 pzp oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp 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. Stosownie zaś do art. 24 ust. 12 pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Zamawiający bezpodstawnie stwierdził, że zachodzi podstawa do wykluczenia E. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp, podczas gdy okoliczności faktyczne, na które się powołał, w żaden sposób na to nie wskazują.

W tej sprawie, jak Izba powyżej ustaliła, E. już na pierwsze wezwanie Zamawiającego złożył dokumenty wystarczające dla oceny, czy spełnia warunek udziału określony w pkt

6.2.1.1. i.d.w., tj. oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz wykaz osób, w którym wyszczególniono trzy osoby oraz posiadane przez nie uprawnienia do kierowania robotami w danej specjalności.

Natomiast Zamawiający w sposób oczywiście błędny utożsamił bezpośrednie dysponowanie przez E. dwoma spośród tych osób na podstawie zawartej z nimi umowy cywilnoprawnej z sytuacją polegania przez wykonawcę na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, wymagającą wykazania, że realizując zamówienie będzie się dysponowało niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawienia zobowiązania tych podmiotów do oddania mu ich do dyspozycji na potrzeby realizacji zamówienia, o czym mowa w art. 22a ust. 1 i 2 pzp, czyli tzw. pośrednim dysponowaniu określonymi zasobami.

Tymczasem już dawno przesądzono {por. wyroki Izby wydane: 29 maja 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 639/09, KIO/UZP 659/09), 2 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO 766/090) oraz opinia prawna Urzędu Zamówień Publicznych z 24 czerwca 2011r. pt. *Dopuszczalność 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.* dostępne na [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)}, że o tym, czy wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, rozstrzyga więź prawna pomiędzy wykonawcą a tymi osobami. Jeżeli tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą, na której dysponowaniem wykonawca się powołuje, mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. Nie zachodzi w takim wypadku ani podwykonawstwo, ani też w ogóle stosowanie art. 22a pzp (dawniej art. 26 ust. 2b pzp), gdyż nie występują żadne zasoby podmiotów trzecich. Bez znaczenia także pozostaje, jaki dokładnie stosunek prawny łączy wykonawcę z tą osobą: może to być umowa o pracę, umowa cywilnoprawna czy samozatrudnienie.

Natomiast z pośrednim dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia mamy do czynienia w sytuacji, gdy więź prawna łączy wykonawcę z podmiotem (osobą) dysponującą tymi właśnie osobami. Innym słowy, wykonawca zawiera umowę z podmiotem (osobą fizyczną, prawną lub inną jednostką organizacyjną), w którego władaniu czy dyspozycji znajduje się osoba zdolna do wykonania zamówienia i ten podmiot zobowiązuje się do udostępnienia swoich zasobów zgodnie z art. 22a ust. 2 pzp (dawniej art. 26 ust. 2b pzp).

W konsekwencji Zamawiający nie miał żadnych podstaw faktycznych, aby zatrzymać wadium wniesione przez E., a tym samym naruszył art. 46 ust. 4a pzp, gdyż nie zaistniała

*żadna z okoliczności przewidzianych w tym przepisie {Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej}.*

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 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 ze zm.) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, w tym ostatnim zakresie na podstawie rachunku przedstawionego do zamknięcia rozprawy, ale z ograniczeniem wysokości do maksymalnej kwoty wynikającej z przywołanego rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....