

**WYROK**  
z dnia 21 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2020 r. przez wykonawcę

**KLIMAWENT Spółkę akcyjną z siedzibą w Gdyni**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Komendę Główną Policji z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **GISS Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża KLIMAWENT Spółkę akcyjną i:
  - a. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez KLIMAWENT Spółkę akcyjną tytułem wpisu od odwołania,
  - b. zasądza od KLIMAWENT Spółki akcyjnej na rzecz Komendy Głównej Policji kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

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

Zamawiający – Komenda Główna Policji prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę budynku strzelnicy z zapleczem socjalnym i niezbędną infrastrukturą techniczną” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 19 listopada 2019 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 623515. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

### **I Stanowisko Odwołującego**

Odwołujący – KLIMAWENT Spółka akcyjna wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy GISS Sp. z o.o., podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 138r ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wykonawca ten, wbrew wyraźnemu postanowieniu zawartemu w rozdziale VII punkt 4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie dołączył do oferty pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz dowodów, że osoba podpisująca takie zobowiązanie była uprawniona do działania w imieniu podmiotu trzeciego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie, na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, unieważnienia czynności Zamawiającego w postaci wyboru jako najkorzystniejszej oferty GISS Sp. z o.o.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdziałem VII punkt 4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą między innymi pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz dowodów, że osoba podpisująca takie zobowiązanie była uprawniona do działania w imieniu podmiotu trzeciego. GISS Sp. z o.o. w informacji o podstawie do dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, zawartymi w formularzu stanowiącym załącznik nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, powołał się, że dysponuje nimi na podstawie umów cywilnoprawnych, co świadczy o tym, że nie zatrudnia tych osób na podstawie umów o pracę. W tej sytuacji GISS Sp. z o.o. zobowiązany był

przedstawić pisemne zobowiązania tych osób do oddania swoich zasobów do dyspozycji GISS Sp. z o.o. Jednak wykonawca nie spełnił tego warunku, gdyż nie dołączył do swojej oferty takich zobowiązań. Zaniechanie to nie może zostać zakwalifikowane jako omyłka w ofercie podlegająca poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę GISS Sp. z o.o. działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 138r ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i uznanie za taką oferty GISS Sp. z o.o. narusza te przepisy.

## II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego.

Zamawiający poparł stanowisko procesowe Przystępującego wyrażone w jego piśmie procesowym i wskazał, że przyjmuje je za własne.

Zamawiający podniósł, że brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie skutkuje odrzuceniem oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz co najwyżej wykluczeniem z przyczyn wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych. Poza tym, nawet gdyby uznać, że wykonawca powinien przedstawić takie zobowiązania, to Zamawiający musiałby tę kwestię wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i wezwać w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie automatycznie wykonawcę wykluczyć. Ewentualnie skorzystać z możliwości, o której mowa w art. 22a ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający stwierdził, iż wykonawca musiał złożyć oświadczenie wstępne wraz z ofertą, potem wykaz osób wraz ze wykazaniem podstawy dysponowania, w którym powołał się na umowę cywilnoprawną. Według Zamawiającego nie ma wątpliwości, że chodzi tu o dysponowanie bezpośrednio tymi osobami, przy czym przyjęte stanowiska interpretacyjne są takie, że w przypadku bezpośredniego dysponowania daną osobą nie przedstawia się zobowiązania podmiotu trzeciego, natomiast Odwołujący nie wykazał, że chodzi o dysponowanie pośrednie. Przystępujący złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego w zakresie dysponowania doświadczeniem tego podmiotu. Zamawiający zawarł też w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogi dotyczące zatrudnienia osób na umowę o pracę, jednak w wykazie osób nie wymagał wykazania, że zostaną one zatrudnione na umowy o pracę.

Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący nie odróżnia treści oferty od dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Według Odwołującego przy

wykazie osób powinny znaleźć się również oświadczenia tych osób, że zostały z nimi zawarte umowy cywilnoprawne, lecz w takim razie również osoby zatrudnione na umowę o pracę powinny potwierdzić, że zawarły taką umowę o pracę. Zdaniem Zamawiającego oświadczenie wykonawcy, że dysponuje danymi osobami, jest wystarczające.

### III Stanowisko przystępującego po stronie Zamawiającego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca GISS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący wskazał, że Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 138r ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo iż jest ona niezgodna z rozdziałem VII punkt 4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze względu na to, iż Przystępujący nie dołączył do oferty pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz dowodów, że osoba podpisująca takie zobowiązanie była uprawniona do działania w imieniu podmiotu trzeciego. W uzasadnieniu natomiast Odwołujący wskazuje, iż Przystępujący zobowiązany był przedstawić „pisemne zobowiązania tych osób do oddania swoich zasobów do dyspozycji”, gdyż w załączniku nr 5 – wykaz osób wskazał jako podstawę dysponowania osobami skierowanymi do realizacji zamówienia umowy cywilnoprawne, a nie umowy o pracę. Tak opisany zarzut, zarówno co do podstaw prawnych, jak i faktycznych, jest niezasadny.

W rozdziale VI punkt 1 podpunkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający określił warunek w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, którego spełnienie wykonawcy mieli wykazać przedstawiając wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia (proponowaną formę wykazu stanowił załącznik nr 5 do specyfikacji). W warunku dotyczącym zdolności technicznej i zawodowej brak jakichkolwiek wskazań, iż elementem wymaganym dla potwierdzenia spełnienia warunku jest zatrudnianie tych osób na umowę o pracę lub że Zamawiający wprowadza jako element oceny spełnienia warunku jakiegokolwiek ograniczenia w zakresie formy ich zatrudnienia. Zamawiający nie może wymagać istnienia określonego stosunku prawnego (zatrudnienia na podstawie umowy o pracę) między wykonawcą a osobami skierowanymi do realizacji zamówienia już na etapie wykazywania spełnienia warunków udziału w postępowaniu – takie wymagania (w zakresie określonym wcześniej we wzorze umowy) mogą być weryfikowane i egzekwowane dopiero na etapie realizacji zamówienia, gdyż stanowią element opisu przedmiotu zamówienia.

Podana przez Przystępującego podstawa dysponowania jako „umowa cywilnoprawna” stanowi określenie wskazujące na bezpośrednie dysponowanie osobami wskazanymi na

potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Bezpośredni stosunek prawny między wykonawcą a osobą fizyczną wykazywaną w wykazie osób uprawnia do określania takich osób jako „zasób własny” i nie wymaga przedstawiania zobowiązań do udostępnienia zasobów składanych przez takie osoby (udostępniające same siebie) lub przez jakikolwiek podmiot trzeci. Zatem tak samo jak w przypadku dysponowania na podstawie umowy o pracę, wskazanie jako podstawy umów cywilnoprawnych nie wymaga przedstawiania jakichkolwiek dokumentów, związanych z wykazywaniem spełniania warunku udziału w postępowaniu z powołaniem na art. 22a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zobowiązanie byłoby wymagane wyłącznie w sytuacji, gdyby do dysponowania danymi osobami dochodziło nie w bezpośredniej relacji z wykonawcą, ale wyłącznie poprzez stosunek prawny łączący wykonawcę z podmiotem trzecim posiadającym prawo do dysponowania danymi osobami (np. delegowania ich do realizacji określonych zadań). Znajduje to potwierdzenie w ugruntowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, np. wyrok sygn. KIO 2040/17: „Dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia stanowi warunek udziału w postępowaniu, który wykonawca może spełnić samodzielnie – posługując się w tym celu własnymi pracownikami albo osobami zatrudnionymi na podstawie umowy cywilnoprawnej (co określane jest w orzecznictwie i części piśmiennictwa jako dysponowanie bezpośrednie), albo powołując się na zasoby innego podmiotu, który – na podstawie porozumienia zawartego z wykonawcą – udostępni mu w celu wykonania zamówienia osoby będące w jego dyspozycji.”; sygn. KIO 650/17 „Natomiast Zamawiający w sposób oczywiście błędny utożsamiał bezpośrednio dysponowanie przez E. dwiema 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 2011 r. 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 dysponowanie 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.”

Zatem argumentacja Odwołującego sprowadzająca się wyłącznie do uznania, iż zobowiązanie do udostępnienia zasobów jest wymagane w każdym przypadku, gdy podstawa dysponowania jest inna niż umowa o pracę, nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie wykazał również w żaden sposób, iż Przystępujący nie ma prawa wykazywania bezpośredniego dysponowania osobami wskazanymi w załączniku nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co mogłoby skutkować wymaganiami przedstawienia zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia niezbędnych zasobów.

Zarzuty Odwołującego nie znajdują też oparcia w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu – do czego sprowadzałyby się zaniechanie przedstawienia zobowiązania podmiotu trzeciego oddającego do dyspozycji niezbędne zasoby – nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 138r nie znajduje zastosowania, gdyż zamówienie jest zamówieniem na usługi społeczne w rozumieniu art. 138g ustawy Prawo zamówień publicznych). Nawet gdyby uznać, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunku z rozdziału VI punkt 1 podpunkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający byłby w pierwszej kolejności zobowiązany do wezwania go do uzupełnienia dokumentów wykazujących spełnianie warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do czego Przystępujący nie był wzywany, poprzez zmianę wykazu osób lub uzupełnienie brakujących zobowiązań do udostępnienia zasobów. Wynika to z charakteru wykazu osób i zobowiązań podmiotów trzecich, o których mowa w rozdziale VII punkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako dokumentów, o których mowa w pkt 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc takich, do których zastosowanie znajduje przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i obowiązek w pierwszej kolejności wyczerpania procedury wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakujących lub wadliwych dokumentów.

#### 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 w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionego zarzutu (w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść wykazu osób przedstawionego przez Przystępującego) nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego doręczonych przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 138r ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przepisy te brzmią następująco:

Art. 89 ust. 1 pkt 2: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”, przy czym zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych „zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona”.

Art. 138r ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Zamawiający odrzuca ofertę w przypadkach określonych w art. 89.”

Zamawiający przywołał art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, które stanowią:

Art. 24 ust. 1 pkt 12: „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”.

Art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, 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.”

Art. 26 ust. 4: „Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.”

Jak wynika z dyspozycji art. 22a ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych „1. 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.

2. 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.”

Zgodnie z rozdziałem VI punkt 1 ppkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Warunki ubiegania się o udzielenie zamówienia”, o zamówienie mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadającymi: a) uprawnienia budowlane do kierowania bez ograniczeń robotami budowlanymi w specjalności architektonicznej (min. 1 osoba); b) uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej (min. 1 osoba); c) uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (min. 1 osoba); d) uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (min. 1 osoba); e) uprawnienia budowlane do kierowania bez ograniczeń robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej (min. 1 osoba); f) uprawnienia budowlane do kierowania bez ograniczeń w specjalności architektonicznej (min. 1 osoba); g) uprawnienia budowlane do kierowania bez ograniczeń robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych (min. 1 osoba); h) uprawnienia budowlane do kierowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (min. 1 osoba); które przynależą do Regionalnej Izby Samorządu Zawodowego, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane i posiadają aktualne zaświadczenia o przynależności do organizacji samorządu zawodowego.

Jak wynika z rozdziału VII punkt 1 ppkt 1.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na potwierdzenie powyższego wykonawcy mieli przedstawić oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie spełniania warunków zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z punktu 4. podpunkt 4.1 i 4.2 tego rozdziału wynika, że: „4.1. 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. 4.2. 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.”

Zgodnie z podpunktem 4.7: „W celu oceny, czy Wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą dokumentów, które określają w szczególności: 1) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu, 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego, 3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego, 4) czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą. Wykonawca powołujący się na zasoby podmiotu trzeciego musi złożyć wraz z ofertą pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia oraz dowody, że osoba podpisująca takie zobowiązanie była uprawniona do działania w imieniu podmiotu trzeciego. Pełnomocnictwo należy składać formie oryginału lub kopii poświadczonej notarialnie za zgodność z oryginałem.”

Z kolei z punktu 5. podpunkt 5.3. rozdziału VII specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu: „Zamawiający, w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz informacji zawartych w oświadczeniu, na etapie oceny ofert, będzie żądał złożenia następujących aktualnych dokumentów (odpowiednio dla Wykonawcy, podwykonawców, podmiotów trzecich): 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 (w zakresie określonym w rozdz. VI. ust. 1 pkt. 1.3 SIWZ). Proponowaną formę wykazu osób stanowi załącznik nr 5 do SIWZ.”

Przystępujący przedstawił taki załącznik, w których wskazał osoby proponowane na wymagane stanowiska wraz z informacją o podstawie dysponowania nimi jako „umowa cywilnoprawna”.

W braku innych wskazań wynikających z przedmiotowych dokumentów lub innych okoliczności zaistniałych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oświadczenia – czy to woli, czy wiedzy – zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wyjaśnieniach do niej czy oświadczeniach składanych przez wykonawców należy tłumaczyć zgodnie z zasadą wykładni wskazaną w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego („Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.”), czyli w sposób „zwyczajny”, ogólnie przyjęty dla praktyki ustalonej w sferze zamówień publicznych. Przy czym przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych – analogicznie jak każdej innej ustawy – podlegają interpretacji, czy to wynikającej z orzecznictwa (Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, sądów, Krajowej Izby Odwoławczej), stanowiska zajmowanego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, czy piśmiennictwa, w związku z którą powstaje pewna praktyka. Na taką praktykę wynikającą z interpretacji art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych powołali się Zamawiający i Przystępujący.

Rzeczywiście istnieje bowiem ustalona praktyka, zgodnie z którą w przypadku, gdy wykonawca powołuje się na dysponowanie osobami, których nie zatrudnia na umowę o pracę w rozumieniu nadanym przez ustawę z 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. 2019, poz. 1040 z późn. zm.), w szczególności jej art. 22 § 1 i art. 29, lecz w podobny sposób, ale na innej podstawie prawnej, czyli np. umowę zlecenia lub „samozatrudnienie” osoby prowadzącej działalność gospodarczą (co jest częste w przypadku osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie), traktuje się te osoby analogicznie jak osoby zatrudnione na umowę o pracę. Wynika to z faktu, że choć sama podstawa prawna ich zatrudnienia jest odmienna (nie jest to Kodeks pracy), to sposób wykonywania pracy jest analogiczny jak pracownika w rozumieniu Kodeksu pracy i są oni *de facto* uznawani za pracowników (w szerokim znaczeniu osób odpłatnie wykonujących pracę na czyjąś rzecz). Pracownicy zaś są (w pewnym sensie) częścią przedsiębiorstwa wykonawcy, którą ten

wykonawca może dysponować zgodnie ze swoją wolą, tj. powierzyć im wykonanie danej pracy, której się podjął.

Tak też interpretuje się „w zwyczajowy sposób” stwierdzenie o sposobie dysponowania na podstawie „umowy cywilnoprawnej” i dlatego w praktyce pojawiło się pojęcie „bezpośredniego dysponowania” takimi osobami – tzn. „jak pracownikiem”, będące przeciwieństwem „pośredniego dysponowania”, czyli wykorzystywania pracy osób „wnoszonych” do realizacji zamówienia przez podwykonawcę lub inny podmiot będący ich pracodawcą (na podstawie umowy o pracę, umowy zlecenia, samozatrudnienia itp.), dla których wymagane jest oświadczenie, o którym mowa w art. 22a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – lecz również nie tych osób, ale owego podwykonawcy lub podmiotu.

Stosowanie się do tej powszechnie przyjętej praktyki ma funkcję nie tylko ujednociającą zachowanie zamawiających, wykonawców i organów kontrolnych, ale też chroniącą zamawiających i wykonawców przed dowolnością postępowania drugiej strony i jego odmiennością w każdym przypadku. Służy zatem pewności obrotu.

Jeżeli więc dany zamawiający chciałby postąpić w inny sposób niż wynikający z tej powszechnej praktyki, powinien wyraźnie wskazać to w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający w niniejszym postępowaniu tego nie uczynił (nie miał też takiej intencji), zatem stosuje się, jak na wstępie wskazano, normalnie przyjęte rozumienie wymogów co do sposobu postępowania wykonawców w takich przypadkach, a tym samym – jeśli nie są to pracownicy podwykonawcy lub innego podmiotu ich zatrudniającego (a takiej okoliczności w niniejszej sprawie nie podnoszono) – nie wymaga się przedstawienia przez wykonawcę oświadczenia, o którym mowa w art. 22a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na marginesie warto zauważyć, że gdyby osoby zatrudniane na podstawie umów cywilnoprawnych traktować nie jak pracowników, lecz jak podmioty trzecie w rozumieniu art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych, to powinny one również wykazywać brak podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu.

Jednocześnie Izba potwierdza, że – zgodnie z podziałem zastosowanym w ustawie Prawo zamówień publicznych na część oferty „podmiotową”, odnoszącą się do właściwości wykonawców i skutkującą wykluczeniem wykonawcy, oraz część „przedmiotową”, odnoszącą

się do przedmiotu zamówienia – sporna kwestia nie podlegałaby dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2, lecz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych. I rzeczywiście w takim przypadku wykonawcy służyłoby prawo uzupełnienia brakującego dokumentu lub dokumentów.

Sytuacja odmienna istniałaby natomiast w przypadku, gdyby wykaz osób składany był w ramach kryterium oceny ofert, o którym mowa w art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych („Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności: (...) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia”).

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. 2 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 10.000 złotych oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 złotych.

**Przewodniczący:** .....