

WYROK

z dnia 29 sierpnia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kurowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2022 roku przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S. Holding Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kielcach, ESC Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe E. S. z siedzibą w Kielcach** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie** w imieniu którego działa Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Rzeszowie

przy udziale **Wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno-Inżynieryjnego w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Wieliczce** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S. Holding Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kielcach, ESC Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe E. S. z siedzibą w Kielcach i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego –

Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S.Holding Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kielcach, ESC Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe E. S. z siedzibą w Kielcach tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od Odwołującego – Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S. Holding Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kielcach, ESC Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe E. S.z siedzibą w Kielcach na rzecz Zamawiającego – Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie z siedzibą w Warszawie w imieniu którego działa Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Rzeszowie kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 553,30 zł (słownie: pięćset pięćdziesiąt trzy złote 30/100) poniesioną przez Zamawiającego tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego działa Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Rzeszowie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 roku poz. 1710) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji mające za przedmiot „Wykonanie trzeciej części robót budowlano-montażowych w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Ochrona przed powodzią obszarów zalewowych położonych wzdłuż rzeki Osa w km 0+000 –10+900 na terenie miejscowości: Kępie Zaleszańskie, Kotowa Wola, Obojna gmina Zaleszany, Jamnica gm. Grębów woj. podkarpackie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 31 maja 2022 roku pod numerem: 2022/BZP 00187393/01.

W dniu 5 sierpnia 2022 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania.

W dniu 10 sierpnia 2022 Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: S. Holding Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kielcach, ESC Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe E. S. z siedzibą w Kielcach, dalej jako „Odwołujący”, wniósł odwołanie od wskazanych przez Odwołującego czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno-Inżynieryjnego w Krakowie Sp. z o.o. do wyjaśnienia, w jaki sposób wykonawca ten zamierza wykonać roboty w zakresie wykonania przesłony przeciwfiltracyjnej, skoro nie posiada sprzętu do wykonywania tego typu robót, a w treści oferty wskazał, że zamierza wykonać przedmiot umowy w całości samodzielnie bez udziału podwykonawców;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b)-c) oraz pkt 3 i pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. w zw. z art. 266 ustawy Pzp oraz w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia Ministra

Rozwoju. Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno-Inżynieryjnego w Krakowie Sp. z o.o., mimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj.:

- a) warunku wskazanego w pkt 7.3 ppkt B lit. d SWZ, tj. nie wykazał, że dysponuje lub dysponował będzie w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia osobą lub osobami posiadającymi uprawnienia zawodowe do wykonywania samodzielnych funkcji w dziedzinie geodezji i kartografii w zakresach wskazanych w przywołanym punkcie SWZ, a zamiast tego wskazał podmiot będący podmiotem trzecim, którym wykonawca nie dysponuje w ramach zasobów własnych;
 - b) nie uzupełnił w wystarczającym stopniu wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, podając jedynie ogólnikową informację dot. podstawy dysponowania osobami wskazanymi jako geodeci na potrzeby wykonania zamówienia, tj. „umowa zlecenia”, co jest niewystarczające i budzi wątpliwości w świetle okoliczności, że co najmniej jedna z tych osób prowadzi działalność gospodarczą na szeroką skalę;
 - c) nie wykazał, że dysponuje lub będzie dysponował w trakcie realizacji zamówienia kierownikiem budowy, kierownikiem robót i kierownikiem robót drogowych, mających wymagane przez Zamawiającego doświadczenie na tych stanowiskach;
 - d) nie ma zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia, ponieważ nie dysponuje odpowiednim sprzętem do wykonania osłony przeciwfiltracyjnej, a jednocześnie deklaruje wykonanie przedmiotu zamówienia w całości samodzielnie, bez udziału podwykonawcy;
3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b)-c) oraz pkt 3 i pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno-Inżynieryjnego w Krakowie Sp. z o.o., mimo że wykonawca ten nie uzupełnił braków w wykazie po pierwszym wezwaniu skierowanym przez Zamawiającego, a Zamawiający skierował do niego dodatkowe wezwanie do złożenia wyjaśnień, mimo że wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter jednorazowy;
 4. art. 252 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno-Inżynieryjnego w Krakowie

Sp. z o.o., mimo że oferta ta podlegała odrzuceniu.

Podstawowe żądanie Odwołującego to uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) dokonania ponownego badania i oceny ofert;
- 2) odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno-Inżynierskiego w Krakowie Sp. z o.o.;
- 3) ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że z oferty złożonej przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno-Inżynierskiego w Krakowie Sp. z o.o. wynika, że zamierza on wykonać przedmiot zamówienia samodzielnie w całości. Odwołujący podniósł, że Zamawiający zastrzegł w treści SWZ, iż w ramach zamówienia należy wykonać przesłonę przeciwfiltracyjną. Odwołujący wskazał, że wykonanie takiej przesłony wymaga posiadania specjalistycznego sprzętu, którego Wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno-Inżynierskiego w Krakowie Sp. z o.o. nie posiada – w ocenie Odwołującego jest to fakt powszechnie znany. Tym samym ww. Wykonawca nie dysponuje sprzętem do wykonania całości zamówienia, a jednocześnie wskazał, że zamierza wykonać zamówienie w całości sam – w ocenie Odwołującego istnieje poważna wątpliwość co do spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego powinno to skutkować koniecznością wezwania ww. Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp.

Następnie Odwołujący wskazał, że Wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno-Inżynierskiego w Krakowie Sp. z o.o. nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.3 ppkt B lit. d SWZ, tj. nie wykazał, że dysponuje lub będzie dysponował w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia osobą lub osobami posiadającymi uprawnienia zawodowe do wykonywania samodzielnych funkcji w dziedzinie geodezji i kartografii w zakresach wskazanych w ww. zapisie SWZ. Odwołujący podniósł, że wskazana przez ww. Wykonawcę osoba – M. C. – prowadzi przedsiębiorstwo zajmujące się obsługą geodezyjną, tj. Geo-Bim. Odwołujący wskazał, że w CEiDG w odniesieniu do M. C. został podany adres strony internetowej: www.geo-bim.pl, na której zamieszczono informację, z których wynika, że Geo-Bim prowadzi na szeroką skalę działalność w zakresie obsługi geodezyjnej na terenie całej Polski.

Odwołujący zwrócił także uwagę na fakt, że M. C. nie jest jedyną osobą działającą w ramach ww. przedsiębiorstwa – Odwołujący wywodzi to z czasowników podanych w liczbie mnogiej na stronie internetowej przypisanej do przedsiębiorstwa. Ponadto Odwołujący podniósł, że Geo-Bim, jak wynika z informacji zamieszczonych na stronie internetowej,

wykonuje zróżnicowane usługi na rzecz różnych podmiotów.

Wobec powyższego Odwołujący zakwestionował, by możliwe było zawarcie przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno-Inżynierskiego w Krakowie Sp. z o.o. z M. C. umowy zlecenia pozostającej poza zakresem prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, a co za tym idzie by możliwe było dysponować wskazaną osobą na potrzeby realizacji zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego skala działalności gospodarczej prowadzonej przez M. C. wyłącza dyspozycyjność oraz możliwość bezpośredniego dysponowania. Odwołujący podniósł, że M. C. powinien zostać zakwalifikowany w charakterze podmiotu udostępniającego zasoby, co powoduje konieczność badania podstaw wykluczenia także w stosunku do tego podmiotu.

Odwołujący wskazał, że powyższe działanie może mieć na celu próbę obejścia stosowania przepisów ustawy Pzp oraz postawił zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji.

Następnie Odwołujący podniósł, że brak możliwości wskazania M. C. w ramach własnych zasobów powoduje, że Wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno-Inżynierskiego w Krakowie Sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu – nie wykazał dysponowania osobą posiadającą uprawnienia geodezyjne wyspecyfikowane w treści SWZ.

W dalszej kolejności Odwołujący podniósł, że wskazanie jako podstawy dysponowania osobami posiadającymi uprawnienia geodezyjne umowy zlecenia jest określeniem ogólnym, które nie daje informacji o podstawie i zakresie dysponowania. W opinii Odwołującego podana informacja ma jedynie blankietowy charakter i nie może zostać zaakceptowana – nie ujawnia zakresu umowy ani faktu, czy umowa już została zawarta.

Odwołujący wskazał także, że możliwe jest, iż także pozostali geodeci wskazani przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno-Inżynierskiego w Krakowie Sp. z o.o. stanowią zasoby osobowe (są pracownikami bądź osobami działającymi na zlecenie) przedsiębiorstwa prowadzonego przez M. C..

Następnie Odwołujący podniósł, że Wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno-Inżynierskiego w Krakowie Sp. z o.o. nie wskazał rzeczywistego doświadczenia osób wskazanych jako: kierownik budowy, kierownik robót i kierownik robót drogowych. Zgodnie z SWZ każdy z kierowników miał posiadać kilka lat doświadczenia, które liczone były od dnia uzyskania stosownych uprawnień – przy czym Odwołujący podniósł, że w SWZ zastrzeżono, iż w celu potwierdzenia posiadania przez wskazane osoby doświadczenia na danym stanowisku „należało wskazać łączny okres (w latach i miesiącach) posiadanego doświadczenia w zakresie kierowania robotami budowlanymi w wymaganej specjalności”. Odwołujący wywiódł z powyższego, że chodziło o rzeczywiste doświadczenie w zakresie kierowania robotami, co oznacza, że należało podać zakres dat pełnienia funkcji na

poszczególnych inwestycjach, zaś wskazane okresy łącznie stanowiłyby wymagane doświadczenie. Odwołujący podniósł, że Wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno-Inżynieryjnego w Krakowie Sp. z o.o. w odniesieniu do dwóch kierowników wskazał w 38 lat doświadczenia oraz w przypadku jednego kierownika 16 lat doświadczenia, przy czym wpisane okresy stanowiły nie okres doświadczenia, lecz okres posiadania uprawnień budowlanych. Ponadto Odwołujący zauważył, że w odniesieniu do J. K. okres dłuższy niż okres posiadanych uprawnień budowlanych.

W odniesieniu do naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno-Inżynieryjnego w Krakowie Sp. z o.o. w sytuacji, gdy ww. Wykonawca nie uzupełnił wykazu osób po pierwszym wezwaniu skierowanym przez Zamawiającego, natomiast Zamawiający skierował do ww. Wykonawcy kolejne wezwanie pomimo, że wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter jednorazowy, Odwołujący wskazał następujący stan faktyczny.

„Pismem z dnia 3.08.2022 r. RZ.ROZ.2810.32.18.2022.DB Zamawiający poinformował Odwołującego, że Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno-Inżynieryjnego w Krakowie Sp. z o.o. zostało wezwane do złożenia poprawionego i uzupełnionego wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego dwukrotnie. Jak wskazano w ww. piśmie: Zamawiający w dniu 22.07.2022 r., pismem nr RZ.ROZ.2810.32.13.2022.DB, wezwał Wykonawcę do poprawienia i uzupełnienia rzeczowego wykazu, a następnie w dniu 28.07.2022 r., pismem nr RZ.ROZ.2810.32.15.2022.DB wezwał Wykonawcę dodatkowo do złożenia wyjaśnień. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca przedłożył poprawiony i uzupełniony w tym zakresie wykaz osób, w którym wskazał podstawę do dysponowania każdą ze wskazanych osób (...).” Oznacza to, że dopiero po drugim wezwaniu złożony został uzupełniony wykaz. Tymczasem wezwanie z art. 128 PZP ma charakter jednorazowy, co wynika z ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i służy zachowaniu podstawowej zasady postępowania w sprawie udzielania zamówień publicznych jaką jest wymóg przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, o którym mowa w art. 16 pkt 1 ustawy.(...)”

Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 252 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp wskazując, że w konsekwencji ww. naruszeń doszło do wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno-Inżynieryjnego w Krakowie Sp. z o.o. w sytuacji, gdy oferta ta podlega odrzuceniu.

Pismem z dnia 22 sierpnia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając argumentację na poparcie złożonego wniosku.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność Zamawiającego.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno-Inżynieryjnego w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Wieliczce.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne.

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest Wykonanie trzeciej części robót budowlano-montażowych w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Ochrona przed powodzią obszarów zalewowych położonych wzdłuż rzeki Osa w km 0+000-10+900 na terenie miejscowości: Kępie Zaleszańskie, Kotowa Wola, Obojna gmina Zaleszany, Jamnica gmina Grębów woj. Podkarpackie”.

Zgodnie z rozdziałem 7 ust. 7.1 SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego. Zgodnie z rozdziałem 7 ust. 7.3 SWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wskazując, że:

„w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawca musi wykazać się przynajmniej:

A) Wykonaniem nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie

- 1 zamówienia polegającego na wykonaniu robót budowlanych potwierdzających posiadanie niezbędnych zdolności technicznych lub zawodowych, o wartości min. 5 000 000 zł brutto, albo

- 2 zamówień polegających na wykonaniu robót budowlanych potwierdzających posiadanie niezbędnych zdolności technicznych lub zawodowych, jeśli suma wartości tych dwóch zamówień wynosi min. 5 000 000 zł brutto.

(...)

Dla pkt A) kwalifikacja na podstawie zał. nr 12 i nr 13 do oferty.

B) iż dysponuje lub dysponował będzie w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia następującymi osobami skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji zamówienia:

a) kierownikiem budowy (1 osoba)

Niniejsza osoba powinna posiadać łącznie:

- co najmniej 5 letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika budowy licząc od dnia uzyskania uprawnień

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń wydane na podstawie przepisów Prawa Budowlanego lub które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy Prawo Budowlane oraz ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2272 z późn. zm.),

W celu potwierdzenia posiadania przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji kierownika budowy co najmniej 5 lat doświadczenia na stanowisku Kierownika budowy w kol. „Doświadczenie” w zał. nr 14 do formularza oferty „Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego” należy wskazać łączny okres (w latach i miesiącach) posiadanego doświadczenia w zakresie kierowania robotami budowlanymi w wymaganej specjalności.

b) kierownikiem robót (1 osoba)

Niniejsza osoba powinna posiadać łącznie:

- co najmniej 3 letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika budowy/Kierownika robót licząc od dnia uzyskania uprawnień

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń wydane na podstawie przepisów Prawa Budowlanego lub które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów

lub odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy Prawo Budowlane oraz ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2272 z późn. zm.),

W celu potwierdzenia posiadania przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji kierownika robót co najmniej 3 lat doświadczenia na stanowisku Kierownika budowy/Kierownika robót w kol. „Doświadczenie” w zał. nr 14 do formularza oferty „Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego” należy wskazać łączny okres (w latach i miesiącach) posiadanego doświadczenia w zakresie kierowania robotami budowlanymi w wymaganej specjalności.

c) kierownikiem robót drogowych (1 osoba)

Niniejsza osoba powinna posiadać łącznie:

- co najmniej 3 letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika budowy/Kierownika robót licząc od dnia uzyskania uprawnień
- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej w ograniczonym zakresie lub bez ograniczeń wydane na podstawie przepisów Prawa Budowlanego lub które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy Prawo Budowlane oraz ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2272 z późn. zm.),

W celu potwierdzenia posiadania przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych co najmniej 3 lat doświadczenia na stanowisku Kierownika budowy/Kierownika robót w kol. „Doświadczenie” w zał. nr 14 do formularza oferty „Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego” należy wskazać łączny okres (w latach i miesiącach) posiadanego doświadczenia w zakresie kierowania robotami budowlanymi w wymaganej specjalności.

d) osobą lub osobami posiadającymi uprawnienia zawodowe do wykonywania samodzielnych funkcji w dziedzinie geodezji i kartografii w następujących zakresach:

- geodezyjne pomiary sytuacyjno – wysokościowe, realizacyjne i inwentaryzacyjne,
- rozgraniczanie i podział nieruchomości gruntowych oraz sporządzanie dokumentacji do celów prawnych,
- geodezyjna obsługa inwestycji.

Dla pkt B) kwalifikacja na podstawie zał. nr 14 do oferty.”

W rozdziale 10 ust. 10.4 SWZ Zamawiający ustanowił następujący katalog podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu:

„10.4.1 wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, określonych w pkt. 7.3.1.A) SWZ, wg podanego wzoru „Doświadczenie w zakresie wykonawstwa” stanowiącego zał. nr 12 do Formularza oferty

10.4.2 Dowody określające, czy roboty budowlane, o których mowa w Załączniku nr 12 do Formularza oferty „Doświadczenie w zakresie wykonawstwa” zostały wykonane należycie.

UWAGA: Dowodami jw., zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415) są:

a) referencje bądź

b) inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane

c) inne odpowiednie dokumenty, jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać dokumentów, o których mowa pod lit. a i b

Powyższe dowody stanowią zał. nr 13 do Formularza oferty.

10.4.3 wykaz 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, określonych w pkt. 7.3.1.B) SWZ, wg podanego wzoru „Wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego” stanowiącego zał. nr 14 do Formularza oferty.”

Zgodnie z Wykazem osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia – załącznik nr 14 do oferty, Wykonawcy ubiegający się o uzyskanie zamówienia mieli podać w nim następujące dane wg opisu:

Nazwisko i imię	Informacje na temat wykształcenia: -nazwa kierunku;	Proponowana funkcja (zakres wykonywanych czynności)	Doświadczenie (rubrykę należy wypełnić w odniesieniu do osób wskazanych do pełnienia funkcji: kierownika budowy	Informacje na temat uprawnień: -numer uprawnień,	Podstawa do dysponowania osobą (np. umowa o pracę)
-----------------	---	---	---	--	--

	-tytuł zawodowy		(1 osoba), kierownika robót (1 osoba), kierownika robót drogowych (1 osoba)	data wydania; -specjalność lub zakres; -nazwa organu, który wydał uprawnienia	
--	-----------------	--	---	---	--

Pismem z dnia 11 lipca 2022 r. ust r. Zamawiający skierował do Przystępującego – Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodno-Inżynieryjnego w Krakowie Sp. z o.o. wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, w tym do złożenia wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego – załącznik nr 14 do oferty.

W odpowiedzi na powyższe Przystępujący złożył wykaz osób – załącznik nr 14 do oferty, w którym wskazał, co następuje (poniższa tabela prezentuje wyciąg z wykazu):

Nazwisko i imię	Informacje na temat wykształcenia: -nazwa kierunku; -tytuł zawodowy	Proponowana funkcja (zakres wykonywanych czynności)	Doświadczenie (rubrykę należy wypełnić w odniesieniu do osób wskazanych do pełnienia funkcji: kierownika budowy (1 osoba), kierownika robót (1 osoba), kierownika robót drogowych (1 osoba)	Informacje na temat uprawnień: -numer uprawnień, data wydania; -specjalność lub zakres; -nazwa organu, który wydał uprawnienia	Podstawa do dysponowania osobą (np. umowa o pracę)
A. W.	(...)	Kierownik budowy	Doświadczenie: 16 lat	(...) Data wydania uprawnień: 22.12.2005 r.	Umowa
Z. K.	(...)	Kierownik robót	Doświadczenie: 38 lat	(...) Data wydania uprawnień: 27.06.1983 r.	
J. K.	(...)	Kierownik robót drogowych	Doświadczenie: 38 lat	(...) Data wydania uprawnień:	

				1993 r.	
M. C.	(...)			(...)	
(...)					

Pismem z dnia 22 lipca 2022 r. Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie do poprawienia i uzupełnienia oświadczenia i dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Wezwanie dotyczyło m.in. Załącznika nr 14 do oferty – Wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia. Zamawiający w treści wezwania wskazał m.in., że Przystępujący w kolumnie „podstawa do dysponowania osobą (np. umowa o pracę)” wpisał podstawę jedynie w odniesieniu do A. W., przy czym przy pozostałych osobach nie wskazano wymaganej informacji. Zamawiający wskazał, że zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, wykaz osób (...) powinien zawierać w szczególności informacje na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez te osoby czynności wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Zamawiający wezwał Przystępującego do poprawienia wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia (...).

Wezwany Wykonawca w odpowiedzi na powyższe złożył poprawiony Wykaz – załącznik nr 14 do oferty, o następującym brzmieniu (poniższa tabela przedstawia wyciąg ze złożonego wykazu):

Nazwisko i imię	Informacje na temat wykształcenia: -nazwa kierunku; -tytuł zawodowy	Proponowana funkcja (zakres wykonywanych czynności)	Doświadczenie (rubrykę należy wypełnić w odniesieniu do osób wskazanych do pełnienia funkcji: kierownika budowy (1 osoba), kierownika robót (1 osoba), kierownika robót drogowych (1 osoba)	Informacje na temat uprawnień: -numer uprawnień, data wydania; -specjalność lub zakres; -nazwa organu, który wydał uprawnienia	Podstawa do dysponowania osobą (np. umowa o pracę)
A. W.	(...)	Kierownik budowy	Doświadczenie: 16 lat	(...) Data wydania uprawnień:	Umowa o pracę

				22.12.2005 r.	
Z. K.	(...)	Kierownik robót	Doświadczenie: 38 lat	(...) Data wydania uprawnień: 27.06.1983 r.	Umowa o pracę
J. K.	(...)	Kierownik robót drogowych	Doświadczenie: 28 lat	(...) Data wydania uprawnień: 1993 r.	Umowa
M. C.	(...)			(...)	Umowa
(...)					

W ww. wykazie złożonym na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp Przystępujący podał poniższe podstawy dysponowania w odniesieniu do wszystkich wskazanych w wykazie osób:

A. W., Z. K.: podstawa dysponowania: Umowa o pracę;

J.K., M. C., M.C., T. P.: podstawa dysponowania: Umowa.

Zamawiający pismem z dnia 28 lipca 2022 r. skierował do Przystępującego wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Wezwanie dotyczyło wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego stanowiącego załącznik nr 14 do oferty.

Zamawiający w treści wezwania wskazał m.in., co następuje:

„(...) W przedłożonym w odpowiedzi na wezwanie wykazie podaliście Państwo następujące podstawy do dysponowania wskazanymi osobami:

P. A. W., P. Z. K. – Umowa o pracę

P. J. K., P. M. C., P. M. C., P. T. P. – Umowa

W związku z powyższym wzywamy Państwa do złożenia wyjaśnień dotyczących wskazanej podstawy do dysponowania P. J. K., P. M. C., P. M. C., P. T. P., a mianowicie o podanie charakteru umowy łączącej Państwa, jako Wykonawcę ze wskazanymi w wykazie osobami.

Nadmieniamy, iż winniście Państwo podać charakter (rodzaj) umowy, który jednoznacznie wskaże na podstawę do dysponowania przez Wykonawcę wskazanymi osobami.

Wyjaśniamy, iż podstawą dysponowania jest:

- 1) Dysponowanie bezpośrednie, którego podstawą mogą być zarówno umowy o pracę, jak i inne umowy o charakterze cywilnoprawnym, w tym umowy przedwstępne, zobowiązujące do wykonania określonych usług lub dzieła w przypadku, gdy

wykonawca uzyska zamówienie, umowy zlecenia – jeżeli osoba ta będzie wykonywała wyłącznie osobiście, uzgodnione z wykonawcą czynności związane z realizacją zamówienia publicznego,

- 2) Dysponowanie pośrednie, tzn. Wykonawca nie dysponuje osobą mającą wykonać zamówienie i w tym celu powołuje się na zasoby zdolne do wykonania zamówienia należące do innych podmiotów, tj. podmiotów, które dysponują takimi osobami. (...)"

Wezwany Wykonawca – Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno-Inżynierskiego w Krakowie Sp. z o.o. w odpowiedzi na powyższe wezwanie złożył Wykaz osób – załącznik nr 14 do oferty, w następującym brzmieniu (poniższa tabela prezentuje wyciąg ze złożonego wykazu):

Nazwisko i imię	Informacje na temat wykształcenia: -nazwa kierunku; -tytuł zawodowy	Proponowana funkcja (zakres wykonywanych czynności)	Doświadczenie (rubrykę należy wypełnić w odniesieniu do osób wskazanych do pełnienia funkcji: kierownika budowy (1 osoba), kierownika robót (1 osoba), kierownika robót drogowych (1 osoba)	Informacje na temat uprawnień: -numer uprawnień, data wydania; -specjalność lub zakres; -nazwa organu, który wydał uprawnienia	Podstawa do dysponowania osobą (np. umowa o pracę)
A. W.	(...)	Kierownik budowy	Doświadczenie: 16 lat	(...) Data wydania uprawnień: 22.12.2005 r.	Umowa o pracę
Z. K.	(...)	Kierownik robót	Doświadczenie: 38 lat	(...) Data wydania uprawnień: 27.06.1983 r.	Umowa o pracę
J. K.	(...)	Kierownik robót drogowych	Doświadczenie: 28 lat	(...) Data wydania uprawnień: 1993 r.	Umowa zlecenie
M.C.	(...)			(...)	Umowa

					zlecenie
(...)					

W ww. Wykazie osób złożonym na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 lipca 2022 r. poza powyżej przedstawionymi informacjami Przystępujący jako podstawę dysponowania dla M. C. oraz T. P. wskazał Umowę zlecenia.

Pismem z dnia 5 sierpnia 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty złożonej przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno-Inżynieryjnego w Krakowie Sp. z o.o.

Mając na uwadze materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, orzekając w granicach podniesionych w odwołaniu zarzutów, Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Odwołujący nie wykazał, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym, działając na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała, że rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

I

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do wyjaśnienia, w jaki sposób wykonawca ten zamierza wykonać roboty w zakresie wykonania przesłony przeciwfiltracyjnej, skoro nie posiada sprzętu do wykonywania tego typu robót, a w treści oferty wskazał, że zamierza wykonać przedmiot umowy w całości samodzielnie bez udziału podwykonawców oraz zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b-c oraz pkt 3 i pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 118 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w sytuacji, gdy nie dysponuje on odpowiednim sprzętem do wykonania osłony przeciwfiltracyjnej, a jednocześnie zadeklarował samodzielne wykonanie przedmiotu zamówienia.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z treścią art. 57 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego.

Zgodnie z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej. Zgodnie z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału tech-

nicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. (...).

Na podstawie art. 281 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, w przypadkach, o których mowa w art. 275 pkt 1 i 2, SWZ zawiera co najmniej informację o warunkach udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający je przewiduje oraz informację o podmiotowych środkach dowodowych, jeżeli zamawiający będzie wymagał ich złożenia.

W tym miejscu należy wskazać, że określenie warunków udziału w postępowaniu jest uprawnieniem Zamawiającego. Oznacza to, że jeżeli Zamawiający ustanowi określone warunki udziału w postępowaniu, to stają się one wiążące. Natomiast w sytuacji, gdy Zamawiający nie określi warunków udziału w postępowaniu i nie wskaże służących ich potwierdzeniu podmiotowych środków dowodowych, to wówczas powstaje domniemanie, że nie wiążą one Wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia i nie mogą stanowić przedmiotu weryfikacji dokonywanej przez Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należy dostrzec, że w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie ustanowił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału technicznego wykonawcy umożliwiającego realizację zamówienia na odpowiednim poziomie. Tym samym potencjał techniczny Wykonawców ubiegających się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia nie był objęty dokonywanymi przez Zamawiającego badaniami i oceną ofert. W tym zakresie wystarczającym było oświadczenie złożone przez Przystępującego w formularzu oferty, w którym Przystępujący oświadczył, iż zapoznał się z dokumentacją przetargową, specyfikacją warunków zamówienia wraz z załącznikami do niej i akceptuje je bez zastrzeżeń oraz przyjmuje warunki w nich zawarte, jak również zdobył konieczne informacje do przygotowania oferty. Zatem zasoby sprzętowe, których posiadanie kwestionuje Odwołujący, nie były objęte warunkami ustanowionymi przez Zamawiającego na gruncie przedmiotowego postępowania, co oznacza, że Zamawiający nie dokonuje weryfikacji oferty w tym zakresie.

Jednocześnie należy wskazać, że słusznie podniósł Zamawiający, iż nawet w przypadku braku sprzętu koniecznego do realizacji przedmiotu zamówienia (brak samoistnego posiadania) wykonawca ma możliwość dysponowania określonym sprzętem w oparciu o umowy cywilnoprawne zawarte z innymi podmiotami funkcjonującymi na rynku.

Tym samym w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy Izba omawiany zarzut uznała za wysoce spekulatywny i niezasadny.

II

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b)-c) oraz pkt 3 i pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy Pzp oraz w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów

lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, mimo że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 7.3 ppkt B lit. d SWZ, tj. nie wykazał, że dysponuje lub dysponował będzie w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia osobą lub osobami posiadającymi uprawnienia zawodowe do wykonywania samodzielnych funkcji w dziedzinie geodezji i kartografii w zakresach wskazanych w przywołanym punkcie SWZ, a zamiast tego wskazał podmiot będący podmiotem trzecim, którym wykonawca nie dysponuje w ramach zasobów własnych oraz poprzez niewystraczające uzupełnienie wykazu osób - tj. podanie jedynie ogólnej informacji dot. podstawy dysponowania osobami wskazanymi jako geodeci na potrzeby wykonania zamówienia, tj. „umowa zlecenia”, co jest niewystarczające i budzi wątpliwości w świetle okoliczności, że co najmniej jedna z tych osób prowadzi działalność gospodarczą na szeroką skalę.

Tytułem wstępu wskazać należy, że zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 15 października 2018 r., sygn. akt KIO 1972/18, „(...) zatrudnienie osoby na podstawie umowy zlecenia nie stanowi korzystania z zasobów podmiotów trzecich. Decydujące jest to, czy wykonawca dysponuje daną osobą w sposób bezpośredni czy pośredni. Zawarcie umowy zlecenia powoduje, iż między zleceniodawcą a zleceniobiorcą powstaje stosunek dysponowania bezpośredniego, co oznacza iż wykonawca będzie realizował zamówienia z udziałem zasobów własnych. Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie dopuszczalności żądania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego >>W przypadkach, gdy tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą (osobami), na dysponowanie której (których) wykonawca się powołuje, mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. Przy czym bez znaczenia jest tutaj charakter prawnego takiego stosunku, tj. czy mamy tu do czynienia z umową o pracę, umową o świadczenie usług, umową przedwstępną, czy też z samozatrudnieniem się osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą itd. (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2009 r. KIO/UZP 766/09, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 maja 2009 r. KIO/UZP 639/09; KIO/UZP 659/0<<. Zatem realizacja zamówienia z udziałem osoby zatrudnionej na podstawie umowy zlecenia nie stanowi realizacji zamówienia poprzez korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego”.

Izba wskazuje, że omawiany zarzut Odwołujący oparł na argumentacji sprowadzającej się do okoliczności, że M. C. – kwestionowana w treści odwołania osoba

wpisana do Wykazu osób złożonego przez Przystępującego – prowadzi przedsiębiorstwo zajmujące się obsługą geodezyjną, prowadzące działalność w zakresie obsługi geodezyjnej na terenie całej Polski na szeroką skalę, nie jest jedyną osobą działającą w ramach ww. przedsiębiorstwa, wykonuje zróżnicowane usługi na rzecz różnych podmiotów. Z ww. okoliczności Odwołujący wywiódł, że nie jest możliwe dysponowanie wskazaną osobą na potrzeby realizacji zamówienia publicznego z uwagi na fakt, że skala działalności gospodarczej prowadzonej przez M. C. wyłącza dyspozycyjność oraz możliwość bezpośredniego dysponowania.

W tym miejscu należy wskazać, że Odwołujący błędnie przyjął, iż wymienione przez niego w treści odwołania okoliczności towarzyszące prowadzeniu działalności przez M. C. wykluczają możliwość powołania się na dysponowanie bezpośrednie jako podstawę dysponowania. Umowa zlecenia wskazana przez Przystępującego w uzupełnionym na wezwanie, a następnie objętym procedurą składania wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp wykazie osób – załączniku nr 14 do oferty – jest jedną spośród możliwych wskazywanych podstaw dysponowania osobą w formie dysponowania bezpośredniego. Doktryna oraz orzecznictwo wskazuje jako podstawy prawne dysponowania bezpośredniego obok umowy o pracę także takie formy jak umowa zlecenia, umowa przedwstępna bądź samozatrudnienie się osoby prowadzącej działalność gospodarczą.

Izba podkreśla, że takie okoliczności, jak prowadzenie działalności na szeroką skalę wraz z innymi osobami oraz świadczenie podobnych usług na rzecz innych podmiotów nie stanowią przeszkód do zaistnienia bezpośredniego dysponowania wskazaną osobą, o ile – w przypadku umowy zlecenia – między zleceniodawcą a zleceniobiorcą będzie istniał bezpośredni stosunek prawny.

W okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy Przystępujący wskazał jako podstawę prawną dysponowania osobą M. C. na potrzeby realizacji zamówienia umowę zlecenia, co w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy Izba uznała za wystarczające do stwierdzenia w tym zakresie dysponowania bezpośredniego.

Jednocześnie w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej – przedstawiona w odwołaniu argumentacja jest chybiona i nie pozwala na skuteczne zakwestionowanie umowy zlecenia jako stosunku prawnego wskazanego przez Przystępującego jako podstawa prawna dysponowania osobą M.C..

Dostrzec należy, że ani ustawodawca, ani Zamawiający nie przewidział tak rygorystycznych kryteriów weryfikacji podstawy prawnej dysponowania osobami skierowanymi do realizacji zamówienia, jakie postuluje Odwołujący. W okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy wystarczającym było podanie kategorii podstawy dysponowania, np. umowy wraz z określeniem jej rodzaju/charakteru. Przystępujący zrealizował ten obowiązek podając jako podstawę dysponowania „umowę zlecenia”. Nadmiernym żądaniem jest zatem niespre-

cyzowane bliżej przez Odwołującego żądanie bardziej szczegółowego określenia podstawy, np. poprzez wskazanie tego, czy umowa już została zawarta oraz jaki jest jej zakres. Oczekiwanie to nie ma uzasadnienia ani w przepisach ustawy, ani też w żądaniach Zamawiającego ustanowionych w treści SWZ, jak również nie znajduje podstawy w wezwaniach Zamawiającego kierowanych do Przystępującego w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, art. 128 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 128 ust. 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do podniesionej przez Odwołującego kwestii, że możliwym jest, iż pozostałe osoby, posiadające uprawnienia geodezyjne, wskazane w złożonym przez Przystępującego Wykazie osób stanowią zasoby osobowe przedsiębiorstwa M. C. i nie mogą zostać uznane za zasoby własne Przystępującego, Izba uznała zarzut ten za spekulatywny i niewykazany. Odwołujący ograniczył się w tym zakresie jedynie do przedstawienia ogólnego twierdzenia o niepewnym charakterze.

III

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b)-c) oraz pkt 3 i pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust, w zw. z art. 266 ustawy Pzp oraz w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, mimo że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. nie wykazał, że dysponuje lub będzie dysponował w trakcie realizacji zamówienia kierownikiem budowy, kierownikiem robót i kierownikiem robót drogowych mającymi wymagane przez Zamawiającego doświadczenie na tych stanowiskach.

Izba ustaliła, że zgodnie z zapisami SWZ Zamawiający określił następujące minimalne wymogi w zakresie doświadczenia każdego ze wskazanych kierowników:

- kierownik budowy: co najmniej pięcioletnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy licząc od dnia uzyskania uprawnień;
- kierownik robót: co najmniej trzyletnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy/kierownika robót licząc od dnia uzyskania uprawnień ;
- kierownik robót drogowych: co najmniej trzyletnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy/kierownika robót licząc od dnia uzyskania uprawnień.

Jednocześnie w celu potwierdzenia posiadania przez wskazane osoby żadanego doświadczenia w kolumnie „doświadczenie” w wykazie osób stanowiącym załącznik nr 14 do oferty należało wskazać łączny okres (w latach i miesiącach) posiadanego doświadczenia w zakresie wymaganej funkcji i specjalności.

W ocenie Izby Odwołujący postuluje weryfikowanie kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu w oparciu o nadmierne, niewynikające z treści SWZ kryteria. Słusznie wskazał Zamawiający, że gdyby jego zamiarem było żądanie od Wykonawców wykazania

posiadania doświadczenia kierownika budowy, kierownika robót i kierownika robót drogowych uzyskanego przy realizacji konkretnych inwestycji, to sformułowałby odpowiedni wymóg w treści SWZ. Tymczasem Zamawiający ograniczył warunek w kwestionowanym zakresie do wykazania łącznego doświadczenia co najmniej na określonym minimalnym poziomie (odpowiednio 3 lub 5 lat), nabytego w okresie liczonym od dnia uzyskania uprawnień. Tym samym nie jest zasadne twierdzenie Odwołującego sprowadzające się do tego, że w celu wykazania kwestionowanego warunku należało wskazać zakresy dat pełnienia wymaganej funkcji na poszczególnych inwestycjach i dopiero wówczas wskazane tak okresy łącznie składałyby się na wymagane doświadczenie. W ocenie Izby przedstawiona przez Odwołującego metoda weryfikacji kwestionowanego doświadczenia jest nadmierna w stosunku do zasad określonych przez Zamawiającego, który nie uzależnił możliwości wykazania się konkretnym doświadczeniem od konieczności zdobywania go na określonych inwestycjach, czy w ramach konkretnych projektów. Zamawiający nie zastrzegł też konieczności przypisania do okresów doświadczenia konkretnych inwestycji/projektów, w czasie których doświadczenie było zdobywane.

W odniesieniu do podniesionej przez Odwołującego okoliczności, iż w stosunku do J. K. – osoby wskazanej w złożonym wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia – wskazano okres doświadczenia dłuższy niż okres posiadanych uprawnień, Izba ustaliła, że istotnie w wykazie złożonym na wezwanie w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp Przystępujący w odniesieniu do ww. osoby wskazał doświadczenie w wymiarze 38 lat, podczas gdy jako datę wydania uprawnień wskazano: 1993 r. Z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika jednak, że w Wykazie osób złożonym na wezwanie skierowane do Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, Przystępujący dokonał poprawienia kwestionowanego zapisu i wskazał okres doświadczenia na poziomie 28 lat.

IV

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b)-c) oraz pkt 3 i pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego w sytuacji, gdy ww. Wykonawca nie uzupełnił braków w wykazie po pierwszym wezwaniu skierowanym przez Zamawiającego, a Zamawiający skierował do niego dodatkowe wezwanie do złożenia wyjaśnień, mimo że wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter jednorazowy.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 11 lipca 2022 r. Zamawiający skierował do Przystępującego – Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodno-Inżynierskiego w Krakowie Sp. z o.o. wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, w tym do złożenia wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego – załącznik nr 14 do SWZ.

W odpowiedzi na powyższe Przystępujący złożył wykaz osób – załącznik nr 14 do SWZ, w którym wskazał podstawę dysponowania: „umowa” wyłącznie w odniesieniu do jednej spośród osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego.

Pismem z dnia 22 lipca 2022 r. Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie do poprawienia i uzupełnienia oświadczenia i dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Wezwanie dotyczyło m.in. Załącznika nr 14 do oferty – Wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia. Zamawiający w treści wezwania wskazał m.in., że Przystępujący w kolumnie „podstawa do dysponowania osobą (np. umowa o pracę)” wpisał podstawę jedynie w odniesieniu do A. W., przy czym przy pozostałych osobach nie wskazano wymaganej informacji. Zamawiający wskazał, że zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, wykaz osób (...) powinien zawierać w szczególności informacje na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez te osoby czynności wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Wezwany Wykonawca w odpowiedzi na powyższe złożył poprawiony Wykaz – załącznik nr 14 do oferty, w stosunku do osoby A. W. oraz Z. K. podał następującą podstawę dysponowania: „umowa o pracę”. Natomiast w odniesieniu do pozostałych wskazanych w wykazie osób podał następującą podstawę dysponowania: „Umowa”.

Zamawiający pismem z dnia 28 lipca 2022 r. skierował do Przystępującego wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Wezwanie dotyczyło wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego stanowiącego załącznik nr 14 do oferty.

Zamawiający w treści wezwania wskazał m.in., co następuje:

„(...) W przedłożonym w odpowiedzi na wezwanie wykazie podaliście Państwo następujące podstawy do dysponowania wskazanymi osobami:

P. A. W., P. Z. K. – Umowa o pracę

P. J. K., P. M. C., P. M. C., P. T. P. – Umowa

W związku z powyższym wzywamy Państwa do złożenia wyjaśnień dotyczących wskazanej podstawy do dysponowania P. J.K., P. M. C., P. M. C., P. T. P., a mianowicie o podanie charakteru umowy łączącej Państwa, jako Wykonawcę ze wskazanymi w wykazie osobami.

Nadmieniamy, iż winniście Państwo podać charakter (rodzaj) umowy, który jednoznacznie wskaże na podstawę do dysponowania przez Wykonawcę wskazanymi osobami. (...)”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie do złożenia wyjaśnień Przystępujący złożył wykaz, w którym w odniesieniu do czterech osób skierowanych do realizacji zamówienia, w odniesieniu do których jako podstawa dysponowania została wskazana „umowa” w wykazie

złożonym na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, doprecyzował podstawę wskazując, że jest to „umowa zlecenie”.

W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył w toku przedmiotowego postępowania zasady jednokrotnego wzywania do uzupełniania. Zamawiający skorzystał jednokrotnie z każdej procedury: pierwotnie z wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych, o której mowa w przepisie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, następnie – w ramach procedury naprawczej – do uzupełnienia lub poprawienia złożonego wykazu osób m.in. w zakresie wskazania podstawy dysponowania oraz – finalnie – do złożenia wyjaśnień w zakresie uzupełnionego wykazu osób w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie wyjaśnienia charakteru umowy.

W ocenie Izby w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy wezwanie skierowane przez Zamawiającego do Przystępującego w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp nie stanowiło naruszenia zasady jednokrotnego wezwania z uwagi na fakt, iż w tym przypadku służyło ono wyjaśnieniu wątpliwości w zakresie konkretnych elementów uzupełnionego już wykazu osób (charakteru umowy), nie zaś uzupełnieniu tego wykazu o nową treść. Tym samym nie potwierdziła się podstawa do odrzucenia oferty w kwestionowanym zakresie.

V

Mając na uwadze, że wyżej omówione zarzuty były niezasadne i podlegały oddaleniu, Izba uznała, że wobec braku odrębności zarzutu naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak również zarzutu dokonania wyboru oferty złożonej przez Przystępującego jako najkorzystniejszej, podczas gdy powinna ona podlegać odrzuceniu, należało uznać, że zarzuty te nie potwierdziły się – podlegają oddaleniu jako zarzuty o charakterze wynikowym.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stroną przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: