

Sygn. akt: KIO/KD 66/19

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 6 listopada 2019 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych pismem z 8 października 2019 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Szczecińskie Centrum Świadczeń z siedzibą w Szczecinie** dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z 27 września 2019 r. (znak: UZP/DKZP/KND/30/19) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Opracowanie projektu budowlano-wykonawczego wraz z kosztorysami we wszystkich branżach na wykonanie zadania pod nazwą „Rozbudowa i przebudowa Szczecińskiego Centrum Świadczeń przy ul. Kadłubka 12 w Szczecinie”*,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Anna Chudzik
Członkowie :	Katarzyna Brzeska Przemysław Dzierzędzki

wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Opracowanie projektu budowlano-wykonawczego wraz z kosztorysami we wszystkich branżach na wykonanie zadania pod nazwą „Rozbudowa i przebudowa Szczecińskiego Centrum Świadczeń przy ul. Kadłubka 12 w Szczecinie”*. W wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Kontrolujący ustalił następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rozdz. V ust. 2 SIWZ o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który dysponował lub mógł dysponować minimum jedną osobą na każde z wymienionych poniżej stanowisk, posiadającą odpowiednie kwalifikacje i doświadczenie zawodowe:

1. Projektant branży architektonicznej;
2. Projektant branży konstrukcyjno-budowlanej;
3. Projektant branży sanitarnej;
4. Projektant branży elektrycznej.

Zgodnie z rozdz. V ust. 5 pkt 2 lit. b SIWZ, wykonawca zobowiązany był do złożenia wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami projektowymi, 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.

Pismem z 15 maja 2018 r. Zamawiający w związku z przepisem art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wezwał wykonawcę ARTOP Pracownia Projektowa I. K., którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia wymaganych oświadczeń i dokumentów, w tym wykazu osób, skierowanych do realizacji zamówienia publicznego. W odpowiedzi Wykonawca ARTOP przedstawił następujący wykaz wraz z dokumentami potwierdzającymi posiadanie odpowiednich uprawnień budowlanych przez wskazane osoby:

Imię i nazwisko	Zakres czynności	Nr uprawnień budowlanych	Podstawa dysponowania osobą
1	2	3	5
I. K.	Projektant w spec. Architektonicznej Główny projektant	Uprawnienia bez ograniczeń nr 56/Sz/2000	właściciel
M. F.	Projektant w spec. konstrukcyjno-budowlanej	Uprawnienia bez ograniczeń nr 116/Sz/2002	umowa o dzieło
P. P.	Projektant w spec. sanitarnej	Uprawnienia do projektowania w spec. instalacyjnej w instalacjach ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wod-kan. nr ZAP/0070/POOS/08	umowa o dzieło
P. M.	Projektant w spec. elektrycznej	Uprawnienia do projektowania w spec. instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych nr ZAP/0218/POOE/11	umowa o dzieło

Następnie Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w dniu 25 maja 2018 r. wezwał wykonawcę ARTOP m.in. do *złożenia wyjaśnień w kwestii podstawy dysponowania co do osób wymienionych w wykazie osób zdolnych do realizacji zamówienia wraz z potwierdzeniem dysponowania tymi osobami i podstawy tego dysponowania.* Wykonawca w odpowiedzi złożył pismo z 28 maja 2018 r. do którego załączone zostały tożsame oświadczenia wskazanych osób, tj. projektantów nr 2, 3 i 4, o treści: *Ja, niżej podpisany [...] prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą [...] zobowiązuję się do pełnienia funkcji projektanta branży [...] w przypadku otrzymania przez firmę ARTOP Pracownia Projektowa I. K. z siedzibą w Szczecinie, ul. Zuzanny 13/1 zamówienia, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Szczecińskie Centrum Świadczeń z siedzibą w Szczecinie przy ul. Kadłubka 12 na wykonanie dokumentacji projektowej pn.: Opracowanie projektu budowlano – wykonawczego wraz z kosztorysami we wszystkich branżach na wykonanie zadania pod nazwą „Rozbudowa i przebudowa Szczecińskiego Centrum Świadczeń przy ul. Kadłubka 12 w Szczecinie” wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę (nr sprawy SCŚ-SO.331.03.2018.MG). Podstawą dysponowania moją osobą przez firmę ARTOP Pracownia Projektowa I. K. przy realizacji wyżej wymienionego zamówienia będzie umowa o dzieło zawarta pomiędzy mną a p. I. K. reprezentującą ARTOP Pracownię Projektową.*

Pismem z 4 czerwca 2018 r. Zamawiający wykluczył wykonawcę ARTOP i uznał jego ofertę za odrzuconą. Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie tej czynności:

Podstawą wykluczenia Wykonawcy jest ustalony przez Zamawiającego w toku badania oferty brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu, poprzez prawidłowe wykazane w ofercie zgodnie z Rozdziałem V ust. 2 dysponowania, wymaganymi przez Zamawiającego osobami na stanowiskach projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej, projektanta branży sanitarnej, projektanta branży elektrycznej. Wykonawca w złożonej ofercie w załączniku nr 3 do siwz w części I "Oświadczenie dotyczące Wykonawcy" złożył oświadczenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone z Rozdziale V ust. 2, w Części II "Oświadczenie dotyczące podmiotu na którego zasoby powołuje się Wykonawca" wpisano "nie dotyczy" przekreślając miejsca w tabeli, ponadto w ofercie wskazano, że nie przewiduje się udziału podwykonawców. Na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 pzp do złożenia dokumentów Wykonawca w przesłanym oświadczeniu z dnia 21.05.2018 r. przedstawił "wykaz osób zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia", wskazując siebie jako projektanta w branży architektonicznej, oraz trzech projektantów branżowych wskazując jako podstawę dysponowania umowy o dzieło. W złożonych przez Wykonawcę wyjaśnieniach załączono oświadczenia tych trzech osób, iż będą pełnić funkcję projektantów w poszczególnych branżach, a w przypadku uzyskania zamówienia będzie zawarta umowa o dzieło z tymi osobami jako osobami prowadzącymi działalność gospodarczą. Wykonawca oświadczył, że osobiście będzie pełnić funkcję projektanta branży architektonicznej oraz głównego projektanta. Wobec tak złożonej oferty, załączonych do niej oświadczeń, uzupełnionych dokumentów i udzielonych wyjaśnień Zamawiający uznał, że Wykonawca nie dysponuje bezpośrednio wskazanymi trzema osobami, a tym samym nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Treść złożonej oferty wskazywała, że Wykonawca wobec braku powołania się na potencjał podmiotu trzeciego, będzie wykonywał zamówienie samodzielnie, a dysponowanie wskazanymi osobami nie będzie nosiło znamion korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, przy jednoczesnym braku udziału podwykonawców. Takie dysponowanie traktowane jako dysponowanie bezpośrednie, może mieć miejsce na przykład w przypadku zatrudnienia oznaczonych osób na umowę o pracę w przedsiębiorstwie Wykonawcy, na istnieniu wcześniejszego stałego i potwierdzonego dokumentem związku, uprawniającego do złożenia oświadczenia o dysponowaniu tymi osobami lub możliwości takiego dysponowania na oznaczonych podstawach prawnych. Kierowane do Wykonawcy wezwanie do złożenia wyjaśnień wskazywało na wyjaśnienie i potwierdzenie bezpośredniego zatrudnienia, w tym wykazania istnienia i trwałości stosunku prawnego łączącego Wykonawcę i wskazane osoby. Zaprezentowane przez Wykonawcę wyjaśnienia zwłaszcza, treść dołączonych do nich oświadczeń, wskazują na powołanie się na potencjał podmiotu trzeciego i jego zobowiązanie do udziału w wykonaniu zamówienia. Wykonawca nie udowodnił, że w momencie składania oferty dysponuje lub będzie dysponowała tymi osobami bezpośrednio wykonującymi zamówienie. Zważywszy że w treści złożonej oferty

Wykonawca nie powołał się na udział podmiotów trzecich, a jednoznacznie wskazał na samodzielne wykonanie zamówienia, takie powołanie nie może nastąpić na etapie udzielania wyjaśnień. W tym miejscu należy przywołać najnowsze stanowisko i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej odnoszące się do udziału podmiotu trzeciego i możliwości uzupełnienia dokumentacji na etapie udzielonych wyjaśnień w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Należy wskazać, że KIO wystąpiła do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z pytaniem, które sprowadzało się do wykładni art. 51 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 2' tej dyrektywy i możliwości powołania się wykonawcy w ramach udzielonych wyjaśnień, po raz pierwszy na korzystanie z zasobów podmiotu, którego nie wskazał w ofercie. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wypowiedział się negatywnie, co do możliwości, aby po upływie terminu składania ofert wykonawca, w celu wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, mógł powołać się na okoliczności i dokumenty, których jego oferta nie zawierała, jak powołanie się na podmiot trzeci i jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy jego zdolności do realizacji danego zamówienia. Między innymi w wyroku z dnia 21 listopada 2017 r. (KIO 2336/17) Krajowa Izba Odwoławcza oddalając odwołanie, dopuściła możliwość zmiany wcześniej wskazanego w ofercie podmiotu trzeciego, wypowiadając się jednocześnie, że wyrokiem z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C 387/14 Esaprojekt, zakwestionowano możliwość powołania się na zasób podmiotu trzeciego na etapie procedury wyjaśniającej i uzupełnienia dokumentów. Na stronach Urzędu Zamówień Publicznych dostępna jest obszerna opinia prawna zatytułowana Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26.ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazująca na zakres uprawnień wykonawcy i zamawiającego w zakresie możliwości uzupełnienia dokumentacji prowadzonego postępowania. Z treści tej opinii, także powołującej się na orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wynika, że wykonawca nie ma prawa po terminie składania ofert powołać się na potencjał podmiotu trzeciego, co prowadziłoby do niedopuszczalnej zmiany oferty. Zatem, zgodnie z tezą pkt. 4 wskazanej opinii nie jest dopuszczalne aby wykonawca samodzielnie wykazujący spełnienie warunków na etapie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, na etapie późniejszym (uzupełnienie dokumentów) powołał się w tym względzie na potencjał podmiotu trzeciego. Mając powyższe na uwadze zamawiający po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego uznał, że Wykonawca ARTOP Pracownia Projektowa I. K. nie wykazał warunku udziału w postępowaniu, co nakazuje wykluczyć danego wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, a ofertę wykonawcy wykluczonego na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy pzp uznać za odrzuconą.

W wyjaśnieniach udzielonych w toku postępowania wyjaśniającego Zamawiający poinformował, że na etapie wezwania w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wykonawcy ARTOP nie miał wątpliwości co do bezpośredniego dysponowania przez wykonawcę wymaganymi projektantami branżowymi. Zamawiający wyraził również stanowisko, że po dokonaniu analizy mającej na uwadze specyfikę zamówienia obejmującego autorski projekt budowlany i związany z tym udział projektantów branżowych, przy wykorzystaniu dostępnych opinii i wiedzy prawnej, a zwłaszcza dokumentacji prowadzonego postępowania, w tym wszystkich dokumentów przedstawionych przez Wykonawcę uznał, iż nie zachodziła przesłanka bezpośredniego dysponowania przez niego daną osobą (projektantem) przy wykonaniu zamówienia. Wskazał, że w przesłanych w dniu 21 maja 2018 r. oświadczeniach i dokumentach mających potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca zamieścił wykaz osób zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia ze wskazaniem podstawy dysponowania osobą, tj. dla projektantów nr 2, 3 i 4 – umowa o dzieło. Następnie Wykonawca celem uzupełnienia (w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 25 maja 2018 r.) złożył pismo z dnia 28 maja 2018 r. do którego załączone zostały tożsame oświadczenia ww. osób (ich treść – patrz strona 4). Zamawiający zasygnalizował, iż w toku analizy ofert stwierdził, że w dwóch ofertach złożonych w postępowaniu wskazana jest ta sama osoba na jednym z wymaganych stanowisk. W ofercie ARTOP z dysponowania bezpośredniego, natomiast w ofercie Portal-PP jako potencjał podmiotu trzeciego. Wskazał, iż z informacji zawartych na stronie internetowej tego przedsiębiorstwa wynikało, iż specjalizuje się ono w projektowaniu instalacji elektroenergetycznych, telekomunikacyjnych i teletechnicznych oraz posiada pracowników posiadających wymagane uprawnienia. Wobec powyższego Zamawiający uznał, że wykonawca zawierając umowę o dzieło z prowadzącym działalność gospodarczą projektantem, oddaje do dyspozycji wykonawcy nie tylko swą osobę ale całe przedsiębiorstwo z jego potencjałem osobowym i materiałowo-maszynowym, dlatego też nie występuje stosunek bezpośredniego dysponowania daną osobą. Mając na uwadze powyższe, stosując dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp uznał, że wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu poprzez wykazanie bezpośredniego dysponowania projektantami w poszczególnych branżach i ofertę odrzucił.

Zamawiający podał, że w przewidzianym ustawą terminie od momentu wykluczenia wykonawcy ARTOP P nie wpłynął żaden środek ochrony prawnej, wpłynęło jedynie pismo ww. wykonawcy z 5 czerwca 2018 r. jako informacja o czynności Zamawiającego niezgodnej z przepisami ustawy Pzp oraz pismo z dnia 8 czerwca 2018 r. jako jego uzupełnienie. Zamawiający wskazał, że ocenił przedmiotowe pisma jako *nieadekwatne do istotnych w tym zamówieniu okoliczności i specyfiki zamówienia*, z uwagi na to, że *nie mamy do czynienia*

z samym pełnieniem funkcji projektanta, jak przy funkcji kierownika budowy, ale z wykonaniem oznaczonego dzieła – projektu budowlanego danej branży z przedsiębiorcą dysponującym przedsiębiorstwem i jego potencjałem osobowym i rzeczowym.

Odnosząc się do powyższego stanu faktycznego Prezes Urzędu powołał się na treść przepisów art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 25 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp i wskazał na stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, z których wynika, że w przypadkach, gdy tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą (osobami), na dysponowanie której (których) wykonawca się powołuje, mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. Przy czym bez znaczenia jest tutaj charakter prawny takiego stosunku, tj. czy mamy tu do czynienia z umową o pracę, umową o świadczenie usług, umową przedwstępną, czy też samozatrudnieniem się osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą itd. Prezes Urzędu podniósł, że należy odróżnić bezpośrednie i pośrednie dysponowanie przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W pierwszym przypadku więź prawna łączy bezpośrednio wykonawcę z tą osobą. W przypadku pośredniego dysponowania wykonawcę nie łączy bezpośrednia więź prawna z osobą, która jest niezbędna do wykonania zamówienia, a z podmiotem trzecim dysponującym tą osobą. W takich przypadkach tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na fakt dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia określonych osób. Natomiast ten podmiot trzeci z osobami udostępnianymi wykonawcy łączy więź bezpośrednia, wynikająca z istniejącej pomiędzy nimi umowy o pracę czy umowy cywilnoprawnej.

Prezes Urzędu zauważył, że w SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował projektantami w czterech branżach: architektonicznej, konstrukcyjno-budowlanej, sanitarnej, elektrycznej. Wykonawca ARTOP w złożonej ofercie w załączniku „Wykaz osób zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia” wskazał, że projektantami we wszystkich branżach będą osoby fizyczne posiadające stosowne uprawnienia nadane w wymaganych przez Zamawiającego specjalizacjach. Wykonawca wskazał także, że podstawą dysponowania ww. osobami będzie umowa o dzieło. Z powyższym wykazem koresponduje treść oświadczeń złożonych przez projektantów, uzupełnionych przez wykonawcę, która nie pozostawia wątpliwości, że wykonawca miał dysponować bezpośrednio ww. osobami, zajmującymi stanowiska wymienione w pkt V SIWZ.

Wobec powyższego, w ocenie Prezesa Urzędu nie było podstaw by uznać, że ww. osoby stanowiły zasób podmiotu trzeciego. Dlatego wykluczenie wykonawcy ARTOP przez Zamawiającego uznać należy za nieuzasadnione. Treść oferty ww. wykonawcy wskazywały

bowiem, że mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. Jednocześnie z treści oświadczeń projektantów nie wynika, że daną funkcję miały pełnić za nie osoby zatrudnione w ich przedsiębiorstwach. Nie można zatem się zgodzić z twierdzeniem, że prowadzenie przez projektantów działalności gospodarczej, przy właściwości stanowisk, na które mieli być zatrudnieni, przesądzało o powołaniu się na potencjał podmiotu trzeciego i jego zobowiązanie do udziału w wykonaniu zamówienia.

Wobec powyższego w informacji o wyniku kontroli stwierdzono, że Zamawiający poprzez bezpodstawne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy ARTOP, który wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień, co w przedmiotowej sprawie miało wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający wniósł zastrzeżenie do informacji o wyniku kontroli, podnosząc, że stanowisko przedstawione w informacji o wyniku kontroli jest nieuzasadnione i oparte o błędną ocenę istotnych dla jej wyniku okoliczności faktycznych, w szczególności błędnej ocenie oświadczenia P. M. o pełnieniu funkcji projektanta branży elektrycznej jako przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Eelbo P. M. jako podstawy do bezpośredniego dysponowania wyłącznie jego osobą przy wykonaniu zamówienia, w sytuacji faktycznego oddania na podstawie umowy o dzieło zasobu osobowego i potencjału programowo – materiałowego przedsiębiorstwa Eelbo z projektantem P. M. i innymi zatrudnionymi projektantami i asystentami projektanta, faktycznie uczestniczących w wykonaniu zamówienia. Zamawiający podkreślił, że wobec dwóch złożonych ofert, w których jedna odwołuje się do dysponowania bezpośredniego, druga do zasobu podmiotu trzeciego, nie było przesłanek do uznania, że mamy do czynienia z samozatrudnieniem i ścisłą współpracą podmiotów. Odnosząc się do treści spornego oświadczenia złożonego w ofercie wykluczonego wykonawcy Zamawiający wskazał, że uznał je za niespójne, bowiem wskazywało, iż projektant będzie pełnił funkcję projektanta branżowego i że będzie to na podstawie umowy o dzieło, czyli umowy rezultatu, wykonania określonego projektu, co wyklucza sprawowanie jedynie funkcji, gdzie projekt jako dzieło faktycznie wykonuje Wykonawca. To, w uznaniu Zamawiającego wskazywało na oddanie do dyspozycji nie wyłącznie osoby pana P. M. do bezpośredniego dysponowania dla pełnienia funkcji projektanta branżowego, lecz przekazania do odrębnego i samodzielnego wykonania przez przedsiębiorstwo Eelbo z jego potencjałem, projektu tej branży, które dysponowało także osobą P. Ma. jako projektanta branży elektrycznej. Ponadto Zamawiający wskazał, że nie zgadza się z twierdzeniem, jakoby z oświadczeń projektantów nie wynikało, że daną

funkcję miały pełnić za nie inne osoby zatrudnione w ich przedsiębiorstwach. Według Zamawiającego, to stwierdzenie i ocena dotyczy jedynie części oświadczenia, a ocenie winno być poddane całe oświadczenie i płynąca z niego pełna informacja o zakresie dysponowania i mającym być związanym stosunku prawnym. Zamawiający podkreślił, że nie widziałby problemu w sytuacji pełnienia funkcji osobiście przez pana P. M. i w przypadku zawarcia umowy nie w zakresie prowadzonego w szerokim rozmiarze przedsiębiorstwa Eelbo, jednakże to wskazanie w oświadczeniu wykluczało tenże osobisty aspekt dysponowania bezpośredniego, w tym samozatrudnienie, oceniane z perspektywy zakresu łączącego strony stosunku. Tak więc każdy stosunek prawny pozwalający na osobiste wykonanie umowy i pełnienie funkcji projektanta branżowego, jest dopuszczalny i niekwestionowany przez Zamawiającego, jedynie niniejsze okoliczności nie pozwoliły na zaistnienie bezpośredniego dysponowania P. M. na podstawie umowy o dzieło, jako umowy rezultatu, mającej być zawartą z przedsiębiorcą prowadzącym wskazaną w szeroki rozmiarze działalność gospodarczą. Zamawiający wskazał, że z uwagi na „trwające postępowanie kontrolne, szczególną uwagę zwracał na sposób i udział w pracach projektantów poszczególnych branż wykazywanych przez wykonawcę Portal – PP spółka z o.o. spółka komandytowa jako korzystającego z zasobów podmiotów trzecich”, a z których wynika, że Eelbo P. M., „który udostępnił Wykonawcy nie tylko swą osobę właściciela przedsiębiorstwa, faktycznie głównie uczestniczącego w realizacji projektu, ale także zatrudnionych w przedsiębiorstwie projektantów i asystentów projektanta czasowo uczestniczących nawet w spotkaniach z Zamawiającym, omawiając stan realizacji zadania. W szczególności opracowywaniem dokumentacji z ramienia przedsiębiorstwa Elbo brali udział projektanci Kamil Buczkowski i Maciej Polak, wyraźnie ujawnienie jako opracowujący projekty branży elektrycznej.”

Prezes Urzędu nie uwzględnił wniesionych zastrzeżeń i podtrzymał argumentację przedstawioną w informacji o wyniku kontroli,. Wskazał, że treść oświadczeń złożonych przez projektantów w zestawieniu z oświadczeniem wykonawcy złożonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, z którego wynika brak podwykonawstwa i podmiotu, na którego zasoby by się powoływał i decyzjami stanowiącymi uprawnienia budowlane w danej specjalności, wystawione imiennie dla osób wskazanych przez wykonawcę w poszczególnych branżach, nie pozostawia wątpliwości, że wykonawca miał dysponować bezpośrednio wskazanymi osobami, zajmującymi stanowiska wymienione w pkt V SIWZ, niezależnie od faktu, iż Wykonawca Portal – PP sp. z o.o. sp. k., któremu zostało udzielone przedmiotowe zamówienie powołał się na podstawie art. 22a ustawy Pzp, w celu

potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania projektantem branży elektrycznej, na zasoby firmy Eelbo P.M.

Prezes Urzędu ponownie przedstawił argumentację dotyczącą różnicy między pośrednim a bezpośrednim dysponowaniem osobami, które będą brały udział w wykonywaniu zamówienia. Stwierdził, że zasadnicze znaczenie dla oceny niniejszej sprawy mają oświadczenia z 28 maja 2018 r., jakie wykonawca ARTOP złożył w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w sprawie podstaw dysponowania osobami wymienionymi w wykazie osób zdolnych do realizacji zamówienia. Co istotne, do wyjaśnień zostały załączone tożsame oświadczenia projektantów branż: konstrukcyjno-budowlanej, sanitarnej oraz elektrycznej, które wskazywały wprost, że podstawą dysponowania poszczególnymi osobami będą zawarte z nimi umowy o dzieło. W związku z tym Prezes Urzędu nie podzielił argumentacji Zamawiającego, że oświadczenie pana P. M., wskazywało, iż projekt w branży elektrycznej, będzie przekazany „[...]do odrębnego i samodzielnego wykonania przez przedsiębiorstwo Eelbo z jego potencjałem, projektu tej branży, które dysponowało także osobą P. M. jako projektanta branży elektrycznej” w sytuacji, w której treść oferty Wykonawcy ARTOP nie wskazuje na udział podwykonawców, a z treści oświadczenia ww. projektanta wynika, iż zobowiązuje się on do pełnienia „funkcji projektanta”. Zamawiający takiego wniosku nie miał podstaw formułować tak wobec pana P. M., wskazanej w dokumentacji do pełnienia funkcji projektanta w specjalności elektrycznej, jak tym bardziej wobec pozostałych dwóch projektantów dla branży konstrukcyjno-budowlanej oraz branży sanitarnej, których nazwiska nie występowały w innych ofertach. Sam fakt, że ww. osoby prowadzą działalność gospodarczą, ewidencjonowaną, jako osoby fizyczne, nie dostarcza dowodu, że wykonawca powołuje się na zasoby innego podmiotu, w szczególności jego pracowników.

W odpowiedzi na zastrzeżenia podkreślono, że zgodnie z piśmiennictwem, w przypadku umowy o dzieło, która miała stanowić podstawę dysponowania ww. osobami w roli projektantów, obowiązek osobistego wykonania dzieła może być zgodnie z zasadami ogólnymi (art. 356 § 1 KC) zastrzeżony w umowie. Natomiast w przypadku braku takiego zastrzeżenia przyjmujący zamówienie – na podstawie umowy o dzieło – mógł wykonywać dzieło (opracowanie projektu w danej branży) sam lub skorzystać z pomocy innych osób. Wobec wskazania Zamawiającego, że „każdy stosunek prawny pozwalający na osobiste wykonanie umowy i pełnienie funkcji projektanta branżowego, jest dopuszczalny i niekwestionowany przez Zamawiającego”, należy przyjąć, że przewidziane w SIWZ czynności dla projektantów w danej branży mogły być wykonane przez jedną osobę (projektanta). Nawet jeżeli ww. osoba realizowałaby prace nad projektem przy udziale (wspieraniu, pomocy) własnych pracowników, to jednak ta osoba ostatecznie podpisywałaby

projekt, a tym samym odpowiadałaby za dzieło. Tym samym okoliczności niniejszej sprawy, w tym wskazanie przez wykonawcę umowy o dzieło jako podstawy dysponowania projektantami oraz fakt prowadzenia przez nich działalności gospodarczej, w ocenie Prezesa Urzędu, nie implikują stwierdzenia, że wskazane przez wykonawcę ARTOP osoby nie mogły wykonywać wyłącznie osobiście, uzgodnionych z nim czynności związanych z realizacją zamówienia publicznego. Podkreślono przy tym, że warunek dotyczący „dysponowania” nie jest równoznaczny z koniecznością wykazania przez Wykonawcę zatrudniania wskazanej osoby w ramach umowy o pracę ani też zawarcia umowy cywilnej (umowy zlecenia, bądź umowy o dzieło), w terminie składania oferty.

Prezes Urzędu podniósł, że argumenty Zamawiającego dotyczące faktycznego sposobu realizacji zamówienia na etapie procesu projektowania, w szczególności w odniesieniu do realizacji projektu w branży elektrycznej (udostępnienie wykonawcy Portal - PP nie tylko osoby właściciela przedsiębiorstwa Eelbo P. M., ale także zatrudnionych w przedsiębiorstwie projektantów i asystentów projektanta uczestniczących czasowo nawet w spotkaniach z Zamawiającym, czy fakt opracowania dokumentacji z ramienia przedsiębiorstwa Eelbo przez zatrudnionych przez niego projektantów), nie zasługują na uwzględnienie. Po pierwsze, przeprowadzona kontrola doraźna, mająca na celu sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy, nie obejmuje etapu realizacji umowy w sprawie zamówienia, lecz czynności Zamawiającego wykonywane w postępowaniu. W tym przypadku ściśle czynność wykluczenia Wykonawcy ARTOP dokonaną przez Zamawiającego pismem z dnia 4 czerwca 2018 r. Stan faktyczny natomiast, zgodnie z przepisami art. 163 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, został ustalony w toku kontroli doraźnej w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, z której wynika, że wykonawcy ARTOP oraz Portal – PP w odmienny sposób, ale w granicach przepisów ustawy Pzp, wykazali spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale V pkt 2 SIWZ powołując się na tego samego projektanta branży elektrycznej. Z tą różnicą, że Wykonawca ARTOP wskazał na ww. projektanta (tak samo w pozostałych dwóch branżach: konstrukcyjno-budowlanej oraz sanitarnej) jako dysponowanie bezpośrednio (umowa o dzieło, która miała zostać zawarta w przypadku uzyskania zamówienia przez Wykonawcę ARTOP). Z kolei Wykonawca Portal – PP w ramach potwierdzenia spełnienia przedmiotowego warunku powołał się na zasób Eelbo P. M., który w oświadczeniu złożonym do oferty w dniu 23 kwietnia 2018 r. oświadczył, że „zobowiązuje się do oddania Wykonawcy – Portal – PP sp. z o.o. sp. k. do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.” oraz wskazał ww. przedsiębiorcę jako podwykonawcę.

Zdaniem Prezesa Urzędu, okoliczności realizacji umowy przez Wykonawcę Portal – PP, w szczególności w branży elektrycznej, jakie zostały przywołane przez Zamawiającego

we wniesionych zastrzeżeniach, nie mają znaczenia dla oceny istoty spawy jaką jest legalność wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy ARTOP. Sposób wykonywania umowy w zakresie prac projektowych był typowy dla realizacji umowy przez wykonawcę polegającego na zasobach innych wykonawców, udostępnionych w drodze podwykonawstwa. Świadczyć może o tym fakt opracowania projektu w branży elektrycznej przez projektantów stanowiących zasób przedsiębiorstwa Eelbo P. M.. Powyższe nie może jednak uzasadniać wykluczenia wykonawcy ARTOP, który miał dysponować projektantem branży elektrycznej bezpośrednio, na podstawie umowy o dzieło.

Prezes Urzędu nie zgodził się ze stanowiskiem, że inaczej niż w przypadku osób pełniących samodzielne funkcje w budownictwie, jak kierownik budowy, czy jak w przypadku dysponowania uprawnionymi geodetami, sytuacja w niniejszej sprawie była odmienna. Podniósł, że pełnienie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie obejmuje także zakresem prace projektowe, w tym w ww. branżach, co wynikało również z treści warunków opisanych w SIWZ. Zamawiający wymagał bowiem załączenia do oferty wykazu osób skierowanego przez wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, w szczególności „odpowiedzialnych za kierowanie robotami projektowymi”.

Podsumowując Prezes Urzędu stwierdził, że wykaz osób załączony do oferty wykonawcy ARTOP, uzupełniony oświadczeniami osób przeznaczonych do pełnienia funkcji projektantów, potwierdzał spełnienie przez ww. wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:

Zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Stan faktyczny ustalony w toku kontroli nie jest sporny i nie był kwestionowany w zastrzeżeniach. Istotą sporu jest interpretacja i ocena złożonych przez wykonawcę ARTOP dokumentów (oświadczeń co do samodzielnego wykonania zamówienia, wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia oraz wyjaśnień wraz z oświadczeniami osób mających pełnić funkcję projektantów) w kontekście wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Zamawiającego wykonawca na etapie składania wyjaśnień próbował dokonać niedopuszczalnej zmiany polegającej na powołaniu się na potencjał innych podmiotów, podczas gdy Prezes Urzędu stanął na stanowisku, że nie było próby takiej zmiany, gdyż zarówno wykaz osób, jak i udzielone wyjaśnienia

potwierdzają, że wykonawca dysponował bezpośrednio osobami przewidzianymi do realizacji zamówienia.

Izba w całości podziela stanowisko i argumentację Prezesa Urzędu i przyjmuje je za własne.

Nie powielając szczegółowej argumentacji przedstawionej przez Prezesa Urzędu w informacji o wyniku kontroli oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia, tytułem uzupełnienia i podsumowania Izba wskazuje na kilka poniższych kwestii:

Po pierwsze, na pełną aprobatę zasługuje przedstawione w informacji o wyniku kontroli stanowisko dotyczące rozróżnienia bezpośredniego i pośredniego dysponowania przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że decydujące znaczenie ma w tej kwestii to, czy podstawą dysponowania jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą mającą wykonać zamówienie, czy też stosunek prawny między wykonawcą a podmiotem, który taką osobą dysponuje. W pierwszej z tych sytuacji mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim, 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. Nie jest więc tak, że dysponowanie bezpośrednio ma miejsce tylko w sytuacji, gdy strony łączy stosunek pracy lub inny trwały stosunek cywilnoprawny, mający już w dacie składania ofert formę docelową. Wystarczające jest wykazanie, że wykonawca ma zapewnione dysponowania określonymi osobami. Jeżeli więc zostało wykazane, że wykonawca ARTOP umówił się z osobami mającymi pełnić funkcję projektantów, że w przypadku wyboru jego oferty zawrą umowę o dzieło, to należy stwierdzić, że wykazał bezpośrednie dysponowanie tymi osobami.

Sposób dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia określa wykonawca w dokumentach składanych wraz z ofertą i stosownie do stosunków prawnych nawiązanych z innymi podmiotami. Jeżeli wykonawca oświadcza w ofercie, że podstawą dysponowania określoną osobą będzie zawarta bezpośrednio z tą osobą umowa o dzieło, do zawarcia której taka osoba się zobowiązała – jak to miało miejsce w analizowanej sprawie – to Zamawiający nie ma podstaw, aby wbrew wyraźnemu oświadczeniu wykonawcy, przyjmować, że będzie to stosunek prawny innego rodzaju.

Co więcej, nie sposób dopatrzeć się takich podstaw w udzielonych przez wykonawcę wyjaśnieniach obejmujących oświadczenia projektantów, które są spójne z wykazem osób i nie pozostawiają żadnego pola do odmiennych interpretacji. Wynika z nich jednoznacznie, że podstawą dysponowania projektantami będzie umowa o dzieło zawarta przez wykonawcę bezpośrednio z tymi osobami. Należy więc stwierdzić, że nie ma żadnego oparcia

w złożonych dokumentach twierdzenie Zamawiającego, jakoby wykonawca nie dysponował bezpośrednio trzema osobami wskazanymi w wykazie, a dysponowanie to miało cechy korzystania z potencjału podmiotu trzeciego.

Nie zasługuje na aprobatę argumentacja przedstawiona w zastrzeżeniach, że o niezasadności stanowiska Prezesa Urzędu świadczy to, że zwłaszcza w przypadku jednego z projektantów (P. M.) miało miejsce oddanie do dyspozycji wykonawcy całego przedsiębiorstwa ww. osoby. Twierdzenie to stoi w sprzeczności z oświadczeniami i dokumentami przedstawionymi przez wykonawcę. Nie ma podstaw do twierdzenia, że skoro projektant prowadzi działalność gospodarczą, to jest to jednoznaczne z oddaniem do dyspozycji, na czas realizacji zamówienia, całego swojego przedsiębiorstwa, co miałyby przesądzać o dysponowaniu pośrednim. Podstawą takiego twierdzenia nie może być okoliczność, że w przypadku innego wykonawcy ww. osoba udostępniła nie tylko swoją osobę, ale także zatrudnionych w przedsiębiorstwie projektantów i asystentów projektanta, na zasadzie udostępnienia pośredniego (udostępnienia zasobu podmiotu trzeciego). Nie ma również znaczenia fakt, że na etapie realizacji zamówienia przez tego innego wykonawcę określone czynności zostały wykonane przez osoby zatrudnione w przedsiębiorstwie projektanta. Podkreślić należy, że to wykonawca organizuje swoją współpracę z innymi podmiotami, stosownie do swoich potrzeb i relacji biznesowych i wykazuje Zamawiającemu, w jaki sposób pozyskał wymagany do realizacji zamówienia potencjał. Skoro wykonawca oświadcza i udowadnia, że będzie dysponował projektantami na podstawie zawartych bezpośrednio z nimi umów o dzieło, to nie sposób twierdzić, że wbrew tym oświadczeniom i dowodom jest inaczej, tylko dlatego, że inny wykonawca w inny sposób zapewnił sobie dostęp do wymaganego potencjału. Tym bardziej niezasadne jest ocenianie oświadczeń i dokumentów przedstawionych w postępowaniu przetargowym przez pryzmat sposobu, w jaki inny wykonawca realizował następnie zamówienie. O spełnianiu warunku udziału w postępowaniu decydują bowiem oświadczenia i dokumenty przedstawione przez konkretnego wykonawcę na konkretnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Podsumowując należy stwierdzić, że wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp (który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia) wymaga wykazania przez Zamawiającego, że oświadczenia i dokumenty przedstawione przez wykonawcę nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu. Wykluczenie wykonawcy wskutek błędnej oceny ww. oświadczeń i dokumentów, stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....