

Warszawa, dnia 03 stycznia 2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17 A, 02-676 Warszawa

Zamawiający: Miasto Katowice - Miejski Zarząd Ulic i Mostów

ul. J. Kantorówny 2a, 40-381 KATOWICE

e-mail: przetargi@mzum.katowice.pl

Odwołujący: ThinkIT Consulting Sp. z o.o.,

ul. Syta 68a, 02-953 Warszawa

KRS: 0000410635

NIP: 7010334077

reprezentowana przez

Annę Łacinską-Kruczek – Prezesa Zarządu

e-mail: anna.lacinska@thinkit.pl

Dotyczy *prowadzonego w trybie podstawowym pn.: Pełnienie funkcji postępowania: inspektora nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania inwestycyjnego pn. Katowicki Inteligentny System Zarządzania Transportem” – nr sprawy 30/XI/2021/WP (zwanego dalej „Postępowanie”).*

Nr ogłoszenia w BZP: Ogłoszenie nr 2021/BZP 00290680/01 z dnia 2021-11-29

ODWOŁANIE

Działając w imieniu ThinkIT Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej: „Odwołujący” lub „Wykonawca”) w oparciu o art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 oraz art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. „a” ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp lub PZP” niniejszym wnoszę odwołanie wobec niezgodnych z przepisami czynności Zamawiającego polegających na bezzasadnym uznaniu za spełniającą wymagania i warunki określone w SWZ, a w konsekwencji wyborze jako najkorzystniejszej oferty Ludomira Utratnego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ludomir Utratny z siedzibą w Gliwicach, dalej „Wykonawca”.

1. Zarzuty:

Niniejszym Odwołujący zarzuca naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 57 pkt 2, art. 112 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo że Wykonawca nie potwierdził spełniania warunków udziału w Postępowaniu i wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia przedmiotowe warunki w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonych w pkt. 7.1.4 a) i 7.1.4 b) SWZ,
- 2) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez bezpodstawny wybór oferty Wykonawcy, pomimo że złożona przezeń oferta powinna zostać odrzucona,

ewentualnie

art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcę do wyjaśnień, względnie uzupełnienia złożonych oświadczeń i dokumentów - wskutek czego nie zweryfikowano posiadanego doświadczenia Wykonawcy w zakresie wystarczającym do uznania, że spełnione zostały warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określone w pkt. 7.1.4 a) i 7.1.4 b) SWZ,

- 3) art. 16 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co doprowadziło do wyboru oferty, która nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu.

2. Interes Odwołującego.

Wykazując interes we wniesieniu odwołania Odwołujący podnosi, że wskazane w odwołaniu niezgodne z prawem czynności Zamawiającego przejawiające się w bezzasadnym uznaniu, że oferta Wykonawcy spełnia wymagania i warunki określone w SWZ, prowadzące do bezpodstawnego wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, pozbawia Odwołującego realnej możliwości uzyskania zamówienia, w sytuacji w której złożył on ważną, tj. niepodlegającą odrzuceniu ofertę w Postępowaniu, nie podlega wykluczeniu i daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP Odwołujący poniesie szkodę, bowiem utraci szansę na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym nie uzyska wynagrodzenia z tytułu jego realizacji. Powyższe niezbicie dowodzi naruszenia interesu

Odwolującego w uzyskaniu niniejszego zamówienia i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp.

3. Wniosek co do rozstrzygnięcia:

W związku z powyższym Odwołujący **wnosi o:**

- 1) uwzględnienie odwołania w całości; oraz w konsekwencji;
- 2) unieważnienie czynności badania i oceny ofert;
- 3) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4) przeprowadzenie ponownego badania oraz oceny ofert;
- 5) odrzucenie oferty Wykonawcy.

Ponadto, wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z akt (dokumentów) Postępowania przedłożonych przez Zamawiającego, tj.: SWZ oraz innych dokumentów wskazanych przez Odwołującego w treści odwołania.

Jednocześnie, z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek stwierdzenia przez KIO, że na obecnym etapie nie zachodzą w sprawie przesłanki do uwzględnienia wniosku wskazanego w punkcie 5 powyżej, alternatywnie w stosunku do niego wnoszę o nakazanie Zamawiającemu zobowiązanie Wykonawcy do przedstawienia dowodów i wyjaśnień potwierdzających spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonych w pkt. 7.1.4 a) i 7.1.4 b) SWZ.

4. Termin

Odwolujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 27 grudnia 2021 r., kiedy to otrzymał od Zamawiającego informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zatem, na podstawie art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. „a” PZP oraz art. 8 ust. 5 w związku z art. 115 Kodeksu cywilnego, 5-dniowy termin na wniesienie odwołania przypada na sobotę 01 stycznia 2022 r.

Jednak z uwagi na dyspozycję wynikającą z art. 509 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którą jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy, termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 03 stycznia 2022 r.

W świetle powyższego wniesienie niniejszego odwołania należy uznać za działanie czyniące zadość przepisowi art. 515 ust. 2 pkt 2 PZP.

Odwołujący jednocześnie przekazał Zamawiającemu kopię odwołania stosownie do brzmienia art. 516 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp.

UZASADNIENIE

I. Stan faktyczny.

Zamawiający prowadzi w trybie podstawowym Postępowanie na pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru zwanego dalej Zastępczym Inspektorem Nadzoru (ZIN) przy realizacji projektu pn. „Katowicki Inteligentny System Zarządzania Transportem”.

Zamawiający w ramach prowadzonego Postępowania zastrzegł, że o udzielnie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału oraz nie podlegają wykluczeniu. Zgodnie z pkt 7.1. SWZ Zamawiający, na podstawie art. 112 ustawy Pzp, określił warunki udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, dotyczące niezbędnego doświadczenia zawodowego oraz kadry technicznej, szczegółowo określone w pkt. 7.1.4 a) i 7.1.4 b) SWZ.

Jednocześnie w pkt 8.2 pkt 5) SWZ Zamawiający określił, iż w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5dni, aktualnych na dzień złożenia, następujących podmiotowych środków dowodowych: (i) wykazu wykonanych usług (załącznik nr 2); (ii) wykazu osób, (załącznik nr 5) skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego.

W dniu 27 grudnia 2021r. Zamawiający dokonał, jako najkorzystniejszej, wyboru oferty Wykonawcy. W wyniku analizy podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Wykonawcę, Odwołujący stwierdził, że zarówno złożony na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej „wykaz osób”, jak również „wykaz usług” nie spełnia wymagań, szczegółowo określonych w pkt. 7.1.4 a) i 7.1.4 b) SWZ, wobec czego wybrany Wykonawca, nie potwierdził spełnienia stawianych przez Zamawiającego warunków udziału w Postępowaniu i tym samym, jego oferta podlega odrzuceniu.

II. Uzasadnienie zarzutów.

1.

Uwagi ogólne

Zgodnie z ogólną normą PZP Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Wskazać przy tym należy, iż formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, a służyć powinien realizacji norm udzielania tych zamówień, w tym zasady proporcjonalności i adekwatności, zgodnie z którymi, działania instytucji zamawiających muszą być odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celu, jakim w każdym przypadku jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Jak wskazuje się w utrwalonym orzecznictwie KIO warunki udziału w postępowaniu nie muszą być skonstruowane w sposób umożliwiający udział w nim każdemu wykonawcy zainteresowanemu uzyskaniem danego zamówienia. Rolą Zamawiającego jest opisanie warunków na takim poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu zabezpieczają również interesy Zamawiającego oraz stanowią narzędzie do weryfikacji wykonawców, pod kątem zdolności do realizacji konkretnego zamówienia. Jednakże swoboda zamawiającego w określaniu treści warunków ograniczona jest do osiągnięcia celu, jakim jest należyta realizacja zamówienia. Cel ten możliwy jest do osiągnięcia poprzez dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy oraz wyeliminowanie wykonawców, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że nie są zdatni do prawidłowej realizacji zamówienia.

Zatem ustanowienie warunku udziału w postępowaniu ma służyć zweryfikowaniu zdolności wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, na odpowiednim poziomie, tj. zapewniającym rękojmię należytego wykonania zamówienia.

2.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 57 pkt 2, art. 112 ustawy Pzp – brak potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu i co najmniej, w wyniku niedbalstwa wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że Wykonawca spełnia przedmiotowe warunki w zakresie zdolności technicznej lub

zawodowej określone w pkt. 7.1.4 a) i 7.1.4 b) SWZ, co miało zarazem istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku Postępowania.

Analiza oferty Wykonawcy i złożonych przez niego w następstwie wezwania Zamawiającego podmiotowych środków dowodowych/dokumentów prowadzi do konkluzji, iż jego oferta powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 PZP, bowiem Wykonawca nie spełnia wymogów w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, sprecyzowanych w pkt 7.1.4 SWZ.

1)

Brak spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – pkt. 7.1.4 a) SWZ.

Tytułem wstępu wskazać należy, iż zgodnie z wpisem w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej, Wykonawca jako przedsiębiorca w obrocie gospodarczym został zarejestrowany w **dniu 2020-08-01 r.**

Co istotne w okolicznościach niniejszej sprawy to fakt, iż zgodnie z Kodeksem cywilnym przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej. Przedsiębiorstwo w tym znaczeniu stanowi bazę gospodarczą umożliwiającą prowadzenie we własnym imieniu i na rachunek własny określonej działalności gospodarczej, tworząc pewien zorganizowany kompleks gospodarczy. W skład tak rozumianego przedsiębiorstwa wchodzić będzie m.in. jego doświadczenie i wiedza gospodarcza (know-how), a także renoma (goodwill) ukształtowana na podstawie dotychczasowej działalności przedsiębiorstwa.

Za goodwill, czy też renomę, uważa się ogół niematerialnych składników przedsiębiorstwa, rzutujących na jego wartość ekonomiczną, w tym efektywną organizację pracy, racjonalny sposób zarządzania i kontroli jakości oraz wysokie kwalifikacje i kompetencje pracowników. Całokształt tych czynników (renoma, dobre imię - goodwill) stanowi więc dobro niematerialne, ucieleśnione bądź w funkcjonalnie zorganizowanym majątku przedsiębiorstwa. Z kolei przez know-how (z ang. „wiedzieć jak”) rozumie się konkretne wiadomości fachowe o charakterze techniczno-organizacyjnym wynikające z teorii i doświadczenia.

Przez „doświadczenie” należy natomiast rozumieć wiedzę i umiejętności nabyte w ramach zrealizowanego już świadczenia usług, dostaw lub robót budowlanych na bazie przedsiębiorstw w znaczeniu przedmiotowym, które w odniesieniu do zamówień publicznych pokrywają się z przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na względzie powyższe, stwierdzić należy, że - po pierwsze: dobra takie, jak renoma danego podmiotu (goodwill), czy też jego doświadczenie zawodowe i organizacyjne (know-how), którego emanacją są referencje, bezsprzecznie stanowią składnik majątku przedsiębiorstwa i – po drugie: dobra te nie stanowią samodzielnego bytu (składnika), ale w sposób nierozzerwalny związane są z danym przedsiębiorstwem.

Przekładając powyższe na grunt niniejszego postępowania odwoławczego, stwierdzić należy, iż Wykonawca, jako uczestnik obrotu gospodarczego, mogący zaciągać zobowiązania, jak również być podmiotem, któremu przysługują określone prawa, rozpoczął nabywanie renomy i doświadczenia dopiero od dnia 2020-08-01 r., kiedy to zaczął prowadzić we własnym imieniu i na rachunek własny działalność gospodarczą

W okolicznościach niniejszej sprawy jest to o tyle ważne, iż dopiero od tej daty możemy mówić o wiedzy i umiejętnościach nabywanych w ramach zrealizowanych usług, których emanacją są referencje, niezbędne do wykazania należytego wykonania zamówień w ramach przyszłych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Kolejno, przechodząc do warunków w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, wskazać należy, iż Zamawiający w pkt. 7.1.4 a SWZ określił, iż o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, **którzy posiadają stosowne doświadczenie zawodowe.**

Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia ww. warunek jeżeli wykaże, iż wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie usługi w zakresie pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu /Inwestora zastępczego/ nadzoru inwestorskiego przy realizacji co najmniej jednego zadania, polegającego na budowie (doprowadzenie do odbioru końcowego i odebrania) inteligentnego systemu zarządzania transportem/ruchem (min. obszarowe sterowanie ruchem z priorytetem dla transportu zbiorowego obejmujące co najmniej 20 skrzyżowań z sygnalizacją świetlną) w mieście lub na obszarze objętym wspólnym systemem składającym się z sąsiadujących ze sobą i powiązanych funkcjonalnie miast o liczbie mieszkańców powyżej 50.000 i wartości inwestycji co najmniej 20 000 000,00 zł brutto.

Na potwierdzenie przedmiotowego warunku Wykonawca wskazał, jako zamówienie referencyjne „Rozbudowa systemu detekcji na terenie miasta Glinice wraz z modernizacją wybranych sygnalizacji świetlnych, etap II”. Projekt został zrealizowany w ramach RPO WSL – Priorytet IV. Efektywność energetyczna, odnawialne źródła energii i gospodarka niskoemisyjna w ramach Działania: 4.5.1. Niskoemisyjny transport miejski oraz efektywne oświetlenie – ZIT, w którym określono cel szczegółowy Działania: Zwiększona atrakcyjność transportu publicznego dla pasażerów oraz m.in. typ projektów: Wdrażanie inteligentnych systemów transportowych (ITS).”, **wskazując jednocześnie, że projekt ten trwał od 23.11.2015**

do 24.05.2019, czyli de facto przed rejestracją podmiotu gospodarczego, któremu rzekomo należy przypisać przedmiotowe doświadczenie.

Co istotne w okolicznościach niniejszej sprawy to fakt, iż nadzór na wzmiankowaną inwestycją wykonywał sam Zamawiający – ZDM w Gliwicach, a nie Wykonawca, który w tamtym okresie nie istniał.

Nadto, z załączonego do wykazu dokumentu, wystawionego przez ZDM w Gliwicach, mającego potwierdzić, że przedmiotowe zamówienie zostało wykonane w sposób należyty wynika, iż *Pan Ludomir Utratny jako pracownik MZD, zatrudniony na stanowisku Głównego Specjalisty **uczestniczył przy realizacji inwestycji** pn. „Rozbudowa systemu detekcji na terenie miasta Gliwice wraz z modernizacją wybranych sygnalizacji świetlnych, etap II”, **w zakresie:***

- 1) przygotowanie wniosku o dofinansowanie,**
- 2) przygotowanie dokumentów przetargowych,**
- 3) udział przy realizacji,**
- 4) rozliczenie zadania w ramach dofinansowania.**

Powyższe czynności, oprócz tego, iż nie zostały wykonane przez podmiot, który powinien mieć możliwość „legitymowania” się nimi na potrzeby wykazania niezbędnego doświadczenia, to również w żaden sposób nie korespondują z warunkiem postawionym przez Zamawiającego, który wymagał, aby Wykonawca charakteryzował się doświadczeniem, a zatem **wykonał usługi w zakresie pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu /Inwestora zastępczego/ nadzoru inwestorskiego**, a co za tym idzie są irrelewantne z punktu widzenia weryfikacji ww. warunku SWZ.

Należy tu również zwrócić uwagę, że Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach, w piśmie sygn. ZDM-CSR.46.340.2021.BMI z dnia 10.12.2021r. określił zakres udziału p. Ludomira Utratnego w jego projekcie referencyjnym w postępowaniu 30/XI/2021/WP, ograniczając go m.in. do enigmatycznego „udziału przy realizacji” – nie precyzując nawet, czy „udziału aktywnego, czy pasywnego”. Z przywołanego pisma sygn. ZDM-CSR.46.340.2021.BMI z dnia 10.12.2021 jednoznacznie wynika, że Pan Lubomir Utratny był zatrudniony na konkretnym stanowisku, jako pracownik ZDM w Gliwicach. Nie był nawet kierownikiem jednostki zatrudniającej go, co wynika chociażby z zakresu jego odpowiedzialności – ust. II. Zakres odpowiedzialności pracownika, pkt. 1 – **Terminowe wykonywanie powierzonych zadań i poleceń przełożonego [...].**

Wskazać przy tym należy, iż zgodnie z brzmieniem art. 22 § 1 k.p., konstytuującego cechy stosunku pracy, immanentną cechą łączącą strony stosunku zobowiązaniowego jest wykonywanie pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy oraz wykonywanie jej pod kierownictwem pracodawcy, w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę i w czasie przez niego wyznaczonym, a także obowiązek pracodawcy do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem.

Mając zatem na uwadze podległy charakter łączącego strony stosunku zobowiązaniowego, stwierdzić należy, iż osoba nie może powoływać się na doświadczenie, które zdobyła w ramach stosunku pracy, świadcząc ją na rzecz danego podmiotu, gdyż stanowi to doświadczenie nie danej osoby pracującej, lecz danego podmiotu, na rzecz którego osoba ta świadczyła pracę.

W efekcie stwierdzić należy, iż wszelkie efekty pracy pracownika zgodnie z obowiązującymi przepisami należą w pierwszej kolejności do pracodawcy. Niezależnie zatem od przyjętej kwalifikacji, pracodawca jest dysponentem wytworu pracy wykonanej przez pracownika w ramach stosunku pracy, przy wykorzystaniu narzędzi pracodawcy, a w każdym razie wykluczone jest uznanie, aby pracownik swobodnie dysponował efektami swojej pracy.

W związku z powyższym Wykonawca nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu – w zakresie zdolności technicznej i zawodowej – gdyż nie świadczył on referencyjnych usług na rzecz MZD w Gliwicach w imieniu i na rachunek własny, a jedynie jako specjalista tam zatrudniony wykonywał swoje obowiązki służbowe w ramach stosunku pracy, które dotyczyły jedynie uczestnictwa przy realizacji przedmiotowej inwestycji, w zakresie: (i) przygotowanie wniosku o dofinansowanie; (ii) przygotowanie dokumentów przetargowych; (iii) udział przy realizacji; (iv) rozliczenie zadania w ramach dofinansowania.

Należy również zwrócić uwagę, że sam Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach nie potwierdza pełnego zakresu usługi wg opisu złożonego w ofercie Wykonawcy, przypisując P. Ludomirowi Utratnemu wyłącznie część zadań (jako członkowi zespołu, pracownikowi zatrudnionemu tam), czemu dał wyraz z piśmie sygn. ZDM-CSR.46.340.2021.BMI z dnia 10.12.2021 oraz sygn. ZDM-CSR.46.340.2021.BMI z dnia 13.12.2021.

Zatem wszystkie czynności na które powołuje się Pan Ludomir Utratny, były wykonywane przez niego w imieniu MZD w Gliwicach i na jego wyłączny rachunek. Stąd też należy jednoznacznie uznać, iż Pan Ludomir Utratny był jedynie zasobem MZD w Gliwicach w zakresie czynności mu powierzonych, przez co doświadczenie zostało *de facto* nabyte przez jego pracodawcę tj. MZD w Gliwicach.

Należy zatem zauważyć, że przy tego typu konstrukcji pracownik może skorzystać z doświadczenia tego podmiotu wyłącznie w sytuacji, gdy ten udostępni mu swoje zasoby na zasadzie art. 118 PZP. Niemniej wykonawca powołujący się na zasoby w postaci zdolności technicznej i zawodowej osoby fizycznej powinien wykazać, że usługa była świadczona we własnym imieniu i na własny rachunek tej osoby, co jest wykluczone przy świadczeniu usługi na podstawie stosunku pracy (bezpośredni nadzór i podporządkowanie służbowe czyni, że wiedza i doświadczenie pracownika jest doświadczeniem pracodawcy. [por. wyrok KIO z dnia 16 września 2011 r., w s. sygn. akt KIO 1891/11]

Konkludując niniejszy zarzut, stwierdzić należy, że przedstawione przez Wykonawcę zamówienie referencyjne nie powinno być uwzględnione na potrzeby weryfikacji ww. warunku SWZ. Przedkładanie przez Wykonawcę dokumenty, mające potwierdzić odmienne okoliczności, winny zaś skutkować stwierdzeniem, że działając co najmniej lekkomyślnie wprowadził on Zamawiającego w błąd co do możliwości jego udziału w Postępowaniu.

2)

Brak spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – pkt. 7.1.4 b) SWZ.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, iż o ubieganie się o przedmiotowe zamówienie może się starać wyłącznie wykonawca posiadający wykwalifikowaną kadrę techniczną. Co istotne w okolicznościach niniejszej sprawy to fakt, iż na etapie toczącego się Postępowania Wykonawca nie kwestionował poziomu niezbędnych z punktu widzenia prawidłowej realizacji zamówienia kwalifikacji zawodowych.

Również z punktu widzenia Odwołującego postawione przez Zamawiającego warunki w zakresie kwalifikacji zawodowej kadry technicznej, skierowanej do realizacji zamówienia są proporcjonalne i niezbędne do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia w przypadku wyboru inspektora nadzoru inwestorskiego lub grupy osób tworzących inżyniera kontraktu.

W takich bowiem przypadkach przed otrzymaniem produktu finalnego można odnieść się jedynie do oczekiwanej czy spodziewanej jakości otrzymanego przedmiotu (usługi), czyli mówić o tzw. ekspektatywie jakości. Prognozy takie można oprzeć m.in. na analizie kwalifikacji czy dotychczasowych dokonań projektantów, inżynierów oraz innych osób, które mają być zaangażowane w realizację przedsięwzięcia, jest bowiem wiadome, że ich osobiste umiejętności będą miały znaczący wpływ na jakość świadczonych usług, a więc osoby te są źródłem przyszłej wysokiej lub niskiej jakości produktu.

W warunkach, gdy przedmiot świadczenia jest na tyle złożony, że wymaga pracy grupy osób, jego prawidłowe wykonanie może być uzależnione także od zdolności wzajemnej współpracy i prawidłowej organizacji zespołu. O jakości świadczonej usługi decydować więc będzie jakość całego zespołu, którego zadaniem jest realizacja zamówienia (a co najmniej jego kluczowych członków). Stąd tak ważne jest – ze strony wykonawcy – prawidłowy dobór tego zespołu, a ze strony Zamawiającego – tego zespołu ocena.

Kolejno, przechodząc do analizy warunku w zakresie warunku, określonego w pkt 7.4.1 b SWZ Wykonawca powinien wykazać, że dysponuje lub będzie dysponował osobami które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadającymi niżej określone kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie oraz wykształcenie niezbędne do wykonania zamówienia publicznego.

Zamawiający dla określonych funkcji zawarł w SWZ konkretne wymagania, odnośnie każdego z członków Kadry technicznej, w tym m.in.:

- Inspektora Nadzoru Robót Drogowych
- Inspektora Nadzoru Robót Telekomunikacyjnych
- Inspektora Nadzoru Robót Elektrycznych
- Inspektora Nadzoru Robót Ogólnobudowlanych

Wymagał przy tym przedstawienia doświadczenia osób posiadających uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi oraz uprawnienia projektowe w ww. zakresie. *Co prawda, „Zamawiający dopuszcza łączenie kilku funkcji przez jedną osobę w przypadku posiadania przez nią kilku rodzajów wymaganych uprawnień budowlanych oraz kwalifikacji i doświadczenia”*, ale przyjęcie tezy przeciwnej, iż Zamawiający dopuszcza również dzielnie uprawnień, przeczyłoby logice oraz doświadczeniu życiowemu i byłoby niedopuszczalne i nieuzasadnione z punktu widzenia prowadzonego Postępowania.

Niedopuszczalnym jest dzielenie tak postawionego wymagania Zamawiającego w sposób dokonany przez Wykonawcę, który dla ww. funkcji przedstawił osoby spełniające odrębnie wymagania w zakresie uprawnień projektowych i odrębnie dla uprawnień w zakresie kierowania robotami budowlanymi.

I tak dla funkcji Inspektora Nadzoru Robót Telekomunikacyjnych są to osoby: P. Paweł Proksa – uprawnienia do projektowania oraz P. Krzysztof Rybczyński – uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi.

W konsekwencji stwierdzić należy, iż w zakresie wymaganej SWZ kadry technicznej oferta Wykonawca nie spełnia opisanych wymagań.

3)

Konkludując niniejszy wątek, stwierdzić należy, iż Wykonawca nie spełnia żadnego z postawionych przez Zamawiającego w zakresie zdolności technicznej i zawodowych wymogów. Jego bezprawne działanie, na które składa się opisane powyżej przedkładanie nierzetelnych, niezgodnych z prawdą oświadczeń, czynią zasadnym wniosek, że mamy do czynienia – poza obiektywnym niewykazaniem spełnienia wymogów udziału w Postępowaniu – z co najmniej z lekkomyślnym wprowadzaniem Zamawiającego w błąd. Przekazane mu informacje były zaś kluczowe z punktu widzenia możliwości uznania oferty Wykonawcy za najkorzystniejszą.

W konsekwencji stwierdzić należy, iż ww. naruszenie prawa winno skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy.

3.

Zarzut art. 16 ustawy Pzp – prowadzenie Postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez wybór oferty, która nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu.

Opisany powyżej zarzut stanowi konsekwencję naruszenia przez Zamawiającego przepisów w niniejszym odwołaniu. Prawo zamówień publicznych reguluje zasady przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Jedną z jego głównych zasad jest zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, która gwarantuje prowadzenie postępowania na jednakowych zasadach dla wszystkich ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający, jako gospodarz Postępowania, jest zobowiązany do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z poszanowaniem przepisów prawa, w tym stypizowanych na gruncie PZP ww. norm.

Zamawiający w sposób preferencyjny potraktował Wykonawcę, który złożył nieprawidłowe środki podmiotowe, nie wykazując przy tym, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, stawiając w gorszej sytuacji pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego, którzy skrupulatnie wypełnili ww. obowiązki.

Nieuzasadnione preferowanie niektórych wykonawców i ułatwianie im uzyskanie zamówienia publicznego stanowi czyn ograniczający konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Wskazania przy tym wymaga, że w interesie Zamawiającego, ale przy tym także szeroko rozumianego interesu publicznego, winno być dokonanie wyboru nie tego Wykonawcę, który oferuje najniższą cenę, lecz tego który spełniając warunki udziału w Postępowania daje rękojmię należytego zamówienia, zwłaszcza zważywszy na przedmiot i skalę przedmiotowego zamówienia i konsekwencję ewentualnych zaniedbań.

Rekapitulując, należy uznać, iż czynności dokonane przez Zamawiającego, opierające się na wskazanych powyżej błędach i zaniechaniach, są nieprawidłowe i w sposób bezsporny naruszają przepisy ustawy Pzp.

W związku z powyższym, niniejsze odwołanie jest konieczne i zasadne, dlatego też wnoszę jak w petitum.

Odwołujący wskazuje przy tym, że uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów niniejszego odwołania, stosownie do brzmienia art. 522 PZP przed otwarciem rozprawy, umożliwi sanowanie występującej wady Postępowania, a KIO będzie uprawniona do umorzenia postępowania odwoławczego.

Zasadnym byłoby więc uwzględnienie zarzutów niniejszego odwołania przez Zamawiającego w całości, w odpowiedzi na odwołanie.

Łącząc wyrazy szacunku,

Anna Łacińska-Kruczek

Prezes Zarządu

/podpis elektroniczny/

Załączniki:

- 1) Odpis z KRS – potwierdzający umocowanie do reprezentowania Odwołującego;
- 2) Dowód opłaty wpisu od Odwołania.