

Sygn. akt KIO/UZP 277 /09

WYROK
z dnia 20 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Członkowie: Sylwester Kuchnio
Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 marca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Biprogeo Projekt Sp. z o.o., ul. Bukowskiego 2, 52-418 Wrocław, Maćków Pracownia Projektowa Sp. z o.o., ul. Podwale 61/1, 501-10 Wrocław, Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK MOSTY s.c. Sławomir Biegański, Jerzy Broś, al. Wiśniowa 36a, 53-137 Wrocław, Egis Poland Sp. z o.o. ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Wrocław, reprezentowana przez Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o., ul. Ofiar Oświęcimskich 36, 50-059 Wrocław** protestu z dnia **11 lutego 2009 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Biprogeo Projekt Sp. z o.o., ul. Bukowskiego 2, 52-418 Wrocław, Maćków Pracownia Projektowa Sp. z o.o., ul. Podwale 61/1, 501-10 Wrocław, Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK MOSTY s.c.

Sławomir Biegański, Jerzy Broś, al. Wiśniowa 36a, 53-137 Wrocław, Egis Poland Sp. z o.o. ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Biprogeo Projekt Sp. z o.o., ul. Bukowskiego 2, 52-418 Wrocław, Maćków Pracownia Projektowa Sp. z o.o., ul. Podwale 61/1, 501-10 Wrocław, Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK MOSTY s.c. Sławomir Biegański, Jerzy Broś, al. Wiśniowa 36a, 53-137 Wrocław, Egis Poland Sp. z o.o. ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 224 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście dwadzieścia cztery złote zero groszy) przez **Konsorcjum: Biprogeo Projekt Sp. z o.o., ul. Bukowskiego 2, 52-418 Wrocław, Maćków Pracownia Projektowa Sp. z o.o., ul. Podwale 61/1, 501-10 Wrocław, Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK MOSTY s.c. Sławomir Biegański, Jerzy Broś, al. Wiśniowa 36a, 53-137 Wrocław, Egis Poland Sp. z o.o. ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa** na rzecz **Gminy Wrocław, reprezentowanej przez Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o. ul. Ofiar Oświęcimskich 36, 50-059 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz związane z dojazdem na posiedzenie;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Biprogeo Projekt Sp. z o.o., ul. Bukowskiego 2, 52-418 Wrocław, Maćków Pracownia Projektowa Sp. z o.o., ul. Podwale 61/1, 501-10 Wrocław, Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK MOSTY s.c. Sławomir Biegański, Jerzy Broś, al. Wiśniowa 36a, 53-137 Wrocław, Egis Poland Sp. z o.o. ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa;**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „opracowanie projektu budowlanego i wykonawczego wraz z nadzorem autorskim dla zadania: Budowa Zintegrowanego węzła przesiadkowego w rejonie Stadionu EURO 2012 – węzeł Stadion EURO 2012 – zadanie nr 01030”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 17 grudnia 2008 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 2008/S 245-326506.

W dniu 11 lutego 2009 r. Odwołujący wniósł protest wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp i wnosząc o unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej (złożonej przez Konsorcjum: Arcadis sp. z o.o., Zakład Nowych Technologii i Wdrożeń INMOST-PROJEKT sp. z o.o., Studio Architektoniczne Ozone Czaus, Bernardi sp. j., dalej Konsorcjum) oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący się podnosi, iż w Dziale 9 pkt 1 ppkt 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), Zamawiający sformułował wymagania odnośnie: posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia lub przedstawienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Zatem, powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom wymaga zgodnie z cytowanym warunkiem SIWZ oraz art. 22 ustawy Pzp, złożenia w ofercie przedmiotowych zobowiązań. Jest to warunek sine qua non, aby oferta mogła być poczytana za pełną i spełniającą warunki ustalone przez Zamawiającego. Tymczasem, w ofercie najkorzystniejszej, brak potwierdzenia przedmiotowego warunku. W formularzu ofertowym w pkt 15, wykonawca złożył oświadczenie o powierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcom w zakresie geodezji i technologii betonu. W *Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu niniejszego zamówienia*, wykonawca w pkt 6, 7 i 8 wskazuje odpowiednio p. Jerzego G. (projektant w specjalności instalacyjnej), p. Jerzego G. (projektant w specjalności telekomunikacyjnej), p. Aleksandra K. (specjalista w zakresie technologii betonu). Wskazane osoby nie są pracownikami żadnej z firm występujących w Konsorcjum, a co więcej pierwsza z osób prowadzi własną firmę, zaś druga jest pracownikiem innej firmy, odrębnej od uczestników Konsorcjum. W tych okolicznościach, do

oferty należało dołączyć pisemne oświadczenia o zobowiązaniu się do udostępnienia potencjału technicznego, zgodnie z Działem 9 pkt 1 ppkt 2 SIWZ.

W dniu 24 lutego 2009 r. Zamawiający rozstrzygnął protest w ten sposób, że uwzględnił go w części dotyczącej technologia betonu, zaś w pozostałym zakresie protest oddalił. Zamawiający podnosi, iż zgodnie z Działem 9 pkt 1 ppkt 2 lit i. SIWZ wymagał dysponowania technologiemi betonu - 1 osoba posiadająca wykształcenie wyższe - techniczne/budownictwo, technologia betonu. Wykonawca wskazał w ofercie jako technologia betonu, p. Aleksandra K., który spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ. Na potwierdzenie czego został przedłożony dyplom doktorski. Niemniej jednak, po przeanalizowaniu dokumentów w przedmiotowej sprawie stwierdził, że Konsorcjum zamierza powierzyć realizację prac w zakresie technologii betonu podwykonawcom. Zatem, zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Konsorcjum powinno przedłożyć stosowne zobowiązanie o udostępnieniu osób zdolnych do wykonania zamówienia, w tej części.

Z pozostałymi zarzutami Odwołującego się, Zamawiający się nie zgodził, wyjaśniając, że w ofercie zostały wskazane osoby, które spełniają warunki udziału w postępowaniu. Stosunek prawny jaki łączy strony – wykonawcę, który złożył ofertę oraz osobę w niej wskazaną, nie jest analizowany przez Zamawiającego i został ujawniony jedynie, w przypadku technologia betonu. Należy ponadto zauważyć, iż Zamawiający nie ma możliwości, aby ustalić, że wskazane osoby są pracownikami Konsorcjum. Jednocześnie, powyższa okoliczność nie wyklucza, iż mogą oni wykonywać na rzecz Konsorcjum obowiązki zgodne z ich kwalifikacjami zawodowymi oraz zapewnić poprawne wykonanie przedmiotu umowy.

Zarzut Odwołującego się w zakresie usług geodezyjnych, w opinii Zamawiającego, jest chybiony. Należy podkreślić, że Zamawiający w ogóle nie określał w treści SIWZ warunków, jakie miała spełnić osoba wykonująca przedmiotowe usługi. Zamawiający nie zastrzegł także, aby ta część zamówienia nie mogła zostać wykonana przez podwykonawców. Konieczność składania oświadczenia podwykonawcy w zakresie spełniania warunku dotyczącego dysponowania potencjałem osobowym istnieje w wypadku, gdy dotyczy to spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W ofercie, w załączniku nr 3, poz. 6 *Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia*, wskazano p. Jerzego G. jako projektanta w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych. Na potwierdzenie uprawnień została załączona decyzja, mocą której zostały nadane p. Jerzemu G. uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych. Zamawiający, dokonując analizy oferty stwierdził jednoznacznie,

że stanowiące załącznik do oferty oświadczenie wykonawcy oraz kopie decyzji o nadaniu uprawnień, a także kopia dyplomu spełniają warunki postawione przez Zamawiającego w SIWZ. W opinii Zamawiającego, oświadczenie o udostępnieniu potencjału technicznego jest zbędne, ponieważ warunek postawiony w SIWZ przez Zamawiającego, nie przewidywał wykazania się doświadczeniem w zakresie potencjału technicznego. Warunek określony w SIWZ dotyczył, zgodnie z treścią rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.), zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 5, wykazu osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności. Warunek określony powyżej został przez wykonawcę spełniony.

Odnosząc zarzut dotyczący p. Jerzego G., w opinii Zamawiającego, nie jest konieczne, aby osoba wskazana w ofercie i spełniająca warunek udziału w postępowaniu była pracownikiem wykonawcy lub w wypadku Konsorcjum, któregośkolwiek z przedsiębiorstw wchodzących w skład Konsorcjum,

Osoby wskazane powyżej, spełniają warunki określone przez Zamawiającego, zaś Konsorcjum złożyło stosowne oświadczenie, że dysponuje potencjałem ludzkim na potwierdzenie przedstawione zostały osoby, które spełniają warunki udziału w postępowaniu. Wyjątek jedynie stanowi warunek odnoszący się do technologa betonu, dla którego Konsorcjum powinno przedłożyć stosowne zobowiązanie o udostępnieniu osób zdolnych do wykonania zamówienia w tej części, co wynika z zamiaru powierzenia części zamówienia podwykonawcy.

W dniu 5 marca 2009 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty (z wyjątkiem naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) i żądania zgłoszone w proteście. Ponadto podniósł zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący się podnosi, iż w pkt 15 formularza oferty Konsorcjum złożyło oświadczenie o powierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcom tylko w zakresie geodezji i technologii betonu. Natomiast z wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wynika co innego. Skoro więc, Zamawiający w SIWZ, zażądał od wykonawców określenia, jaką część prac będą wykonywać podwykonawcy, to określenie tylko geodezji i technologii betonu stoi w rażącej sprzeczności z *Wykazem osób*. P. Jerzy G., prowadzący własną działalność gospodarczą, może być tylko i wyłącznie podwykonawcą składającego ofertę, a fakt ten z treści oferty Konsorcjum nie wynika. Dodatkowo, p. Jerzy G. w dacie składania oferty nie udzielił jakiegokolwiek zgody na umieszczenie go w *Wykazie osób*, jak i nigdy nie zobowiązał się w stosunku do Konsorcjum, że wykona część projektową

zamówienia. Tym samym Konsorcjum nie spełniło warunku SIWZ, w zakresie dysponowania osobami wymienionymi w wykazie.

Nieokreślenie, w jakiej części Konsorcjum zamierza powierzyć realizację zamówienia podwykonawcom oraz nie dysponowanie osobami wymienionymi w wykazie jest niewątpliwie naruszeniem ww. przepisu ustawy Pzp a przede wszystkim nie spełnia wymogów SIWZ.

Zdaniem odwołującego się, Zamawiający jest nadto niekonsekwentny w stosunku do technologa betonu, którego osoba jest ujęta w *Wykazie osób*. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu uznaje, że skoro Konsorcjum zamierza powierzyć w tym zakresie prace podwykonawcom, to konieczne jest stosowne zobowiązanie o udostępnieniu osób zdolnych do wykonania zamówienia. Natomiast takich wymogów już nie stawia geodecie, który jest również podwykonawcą, jak i projektantowi specjalności instalacyjnej i telekomunikacyjnej mimo, że wszyscy są podwykonawcami. Skoro Zamawiający uznaje konieczność złożenia oświadczeń w zakresie technologa betonu, to również takie oświadczenia winne być złożone przez innych podwykonawców.

Odwołujący się zwraca również uwagę, że skoro Konsorcjum nie dysponuje osobą p. Jerzego G. (nie uzyskało zgody, ani akceptacji na umieszczenia jego osoby w ofercie), to oznacza, że Konsorcjum podało nieprawdziwe dane. Na dowód, Odwołujący się przedkłada oświadczenie p. Jerzego G. w tym zakresie oraz oświadczenie jakie złożył do oferty Odwołującego się.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz stanowiska stron zaprezentowanego na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający w Części III Dział 9 pkt 1 ppkt 2 SIWZ sformułował warunki udziału w postępowaniu w zakresie m.in. potencjału kadrowego, stanowiąc że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą „dysponować (...) osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia lub przedstawić pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia (...) osób zdolnych do wykonania zamówienia.” Wśród osób, którymi zobowiązany jest dysponować wykonawca wymieniono: projektanta w specjalności mostowej, projektanta w specjalności kolejowej, projektanta architekta, projektanta konstrukcji budowlanych, projektanta w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, projektanta w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, projektanta w specjalności telekomunikacyjnej oraz technologa betonu, jednocześnie wskazując wymagane uprawnienia budowlane dla każdej z wymienionych osób. W celu potwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku wykonawca zobowiązany był przedstawić *Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia* (zgodnie z Załącznikiem nr 3 do SIWZ)

oraz załączyć dokumenty stwierdzające, że osoby, które będą wykonywać zamówienie, posiadają wymagane uprawnienia budowlane oraz aktualny wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego.

W kwestionowanej ofercie (str. 10 - 14) znajduje się przedmiotowy *Wykaz osób* oraz wymagane dokumenty dotyczące kwalifikacji zawodowych (str. 15 - 43). Zdaniem Odwołującego się, zakres zawartych w ofercie dokumentów i oświadczeń, złożonych na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie potencjału kadrowego, jest niewystarczający, zarówno w świetle powołanego wymogu Zamawiającego, jak i przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W odniesieniu do osób: p. Jerzego G., p. Jerzego G., p. Aleksandra K. (wymienionych odpowiednio w poz. 6, 7 i 8 *Wykazu osób*) oraz geodety, w opinii Odwołującego się, niezbędne jest przedstawienie pisemnego zobowiązania do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, z powodów o których mowa w proteście i odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, w zakresie podniesionego zarzutu, podziela stanowisko Zamawiającego. Należy zwrócić uwagę, że w celu potwierdzenia spornego warunku udziału w postępowaniu wykonawca zobowiązany jest złożyć przedmiotowy *Wykaz osób*. W istocie wykaz ten stanowi oświadczenie wykonawcy o dysponowaniu odpowiednim potencjałem kadrowym. Jeśli zaś wykonawca nie dysponuje wymaganym zespołem osób, zobowiązany jest złożyć oświadczenie innych podmiotów o udostępnieniu potencjału kadrowego. W tym względzie istotny jest również fakt, że w celu potwierdzenia spełniania warunku, w przedmiocie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Zamawiający może żądać jedynie wykazu osób lub pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia tych osób na podstawie § 1 ust. 2 pkt 5 i 5a powoływanego rozporządzenia. Zakres oświadczeń składanych na tę okoliczność określa sam wykonawca. Wykonawca bowiem ocenia, którymi osobami dysponuje, a które pozostają w dyspozycji innych osób i którymi może się co prawda posłużyć w celu potwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku, ale w stosunku do których powinien złożyć zobowiązanie. Zakwestionowanie faktu dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest możliwe poprzez przedstawienie dowodu przeciwnego do oświadczenia złożonego przez wykonawcę.

W niniejszym stanie faktycznym, Odwołujący się stoi na stanowisku, że prowadzenie działalności gospodarczej, czy też pozostawanie w stosunku pracy z innym podmiotem niż wykonawca, przez osoby wskazane w *Wykazie osób*, przesądza o niemożliwości dysponowania tymi osobami przez Konsorcjum. Zdaniem Odwołującego się, jedynie zatrudnianie wskazanych osób świadczy o ich dysponowaniu. Przedmiotowe twierdzenie nie znajduje jednak oparcia w przepisach prawa. Przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mówi o dysponowaniu osobami, a nie o posiadaniu pracowników. Pojęcie „dysponowanie” jest pojęciem szerokim, w ramach którego mieszczą różne stosunki prawne wiążące wykonawcę

z osobą, która wchodzi w skład jego potencjału kadrowego. Wystarczy wskazać, że dysponować można osobą na podstawie umowy o pracę, ale też umowy zlecenia, czy innych stosunków cywilnoprawnych. Powyższy pogląd jest powszechnie reprezentowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów okręgowych (wyrok z dnia 4 października 2005 r. Sądu Okręgowego w Katowicach, sygn. akt IV Ca 392/05). Zatem, w opinii Izby, nie jest konieczne zatrudnianie osób przez Konsorcjum, w celu potwierdzenia warunku posiadania potencjału kadrowego (dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia). W tym kontekście należy również stwierdzić, że zatrudnienie takiej osoby przez inny podmiot niż Konsorcjum nie oznacza, że Konsorcjum nie może dysponować taką osobą, bądź że zobligowane jest przedstawić zobowiązanie do udostępnienia potencjału kadrowego. Jak wskazano bowiem wyżej, stosunek pracy między dwoma podmiotami nie wyklucza możliwości współpracy między pracownikiem a innym podmiotem, a w efekcie możliwością dysponowania przez ten podmiot, osobą nie będącą jego pracownikiem. W związku z powyższym należy stwierdzić, że zarzuty podniesione wobec p. Jerzego G., nie znalazły potwierdzenia.

Jeśli idzie o osobę p. Jerzego G., to należy również przyjąć, że nie ma uzasadnienia dla konieczności jego zatrudnienia przez Konsorcjum, w celu spełniania spornego warunku, z powodów o których była mowa powyżej. Powoływane przez Odwołującego się oświadczenia, złożone przez p. Jerzego G. nie przesądzają o fakcie niedysponowania jego osobą przez Konsorcjum. Należy zwrócić uwagę, że do oferty nie należało dołączyć oświadczeń osób wymienionych w *Wykazie osób*. Tak więc brak przedmiotowego oświadczenia w ofercie Konsorcjum nie stanowi o jego braku, czy niedysponowaniu wskazaną osobą. Oceny tej nie zmienia oświadczenie z dnia 2 marca 2009 r., z którego wynika jedynie, że wymieniona osoba w dacie składania ofert nie zamierzała podjąć współpracy z Konsorcjum, w ramach prowadzonej działalności. Nie wyklucza to jednak innych form współpracy. Zaś, fakt prowadzenia działalności gospodarczej nie przesądza, iż osoba ta może być wyłącznie podwykonawcą. W tym względzie Odwołujący się nie rozróżnia dwóch instytucji prawa: warunków udziału w postępowaniu i podwykonawstwa. Wymieniona osoba może być wskazana w celu potwierdzenia spornego warunku, jeśli tylko wykonawca nią dysponuje. Sposób, w jaki może nią dysponować został omówiony powyżej. Ewentualna realizacja zamówienia przez tę osobę w charakterze podwykonawcy nie jest również wykluczona, choć w niniejszym stanie faktycznym nie została przewidziana.

Do rozstrzygnięcia pozostaje jednakże problem, gdy osoba wskazana w ramach potencjału kadrowego wykonawcy jest jednocześnie podwykonawcą. Z sytuacją taką mamy do czynienia w odniesieniu do osoby p. Aleksandra K.. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, w okolicznościach, gdy w przedmiotowym *Wykazie osób* p. Aleksander K. został wskazany jako technolog betonu (jedna z osób składających się na potencjał kadrowy) i jednocześnie

wykonawca złożył oświadczenie, że prace technologa betonu zostaną powierzone podwykonawcy, to jest to jednoznaczne, iż Konsorcjum nie dysponuje wskazaną osobą, ale będzie nią dysponowało, bowiem potencjał kadrowy w tym zakresie udostępni podwykonawca. Stąd, w niniejszej sprawie za prawidłowe należy uznać stanowisko Zamawiającego, który uznał, iż kwestionowana oferta powinna być uzupełniona o zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia potencjału kadrowego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego się, stanowisko powyższe nie jest niekonsekwentne, gdyż dotyczy sytuacji, w której obszary podwykonawstwa i warunków udziału w postępowaniu przenikają się, co nie ma miejsca w odniesieniu do innych osób.

Zarzuty sformułowane wobec geodety mają swoje źródło w utożsamianiu przez Odwołującego się (w sposób nieuprawniony) instytucji podwykonawstwa i warunków udziału w postępowaniu. Jeśli bowiem w skład potencjału kadrowego nie wchodzi geodeta, to oznacza, że warunkiem udziału w postępowaniu nie jest dysponowanie tym właśnie specjalistą, a w konsekwencji nie ma obowiązku przedstawienia tej osoby w *Wykazie osób*, czy też dołączenia zobowiązania o udostępnieniu potencjału kadrowego. Fakt powierzenia tych czynności podwykonawcy, pozostaje zatem bez wpływu na ocenę warunków udziału w postępowaniu.

Niezależnie od przeprowadzonych rozważań, wskazujących na nietrafność twierdzeń Odwołującego się, uwzględnienie przedmiotowych argumentów nie byłoby również możliwe z punktu widzenia formalnego. Otóż, Odwołujący się wskazał, iż niespełnienie warunków udziału w postępowaniu narusza normę zawartą w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przedmiotowe stanowisko obarczone jest błędem. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywana jest w pierwszym rzędzie, przed oceną ofert, a brak spełniania któregośkolwiek warunku powoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, a jego ofertę uznaje się za odrzuconą, na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może dotyczyć niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w aspekcie merytorycznym, nie dotyczy zaś podmiotowych warunków wykonawcy.

Zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza pozostawiła bez rozpoznania, na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b Rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznając za uzasadnione: koszty Zamawiającego związane z dojazdem w kwocie 624,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....