

WYROK
z dnia 24 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Emil Kuriata
Jolanta Markowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 czerwca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 czerwca 2011 r. przez wykonawcę GISPartner Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Tarnobrzeg przy udziale wykonawcy GEOBID spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego GISPartner Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez GISPartner Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „*Utworzenie i wdrożenie zintegrowanego systemu zarządzania Gminą Tarnobrzeg w oparciu o system informacji o terenie GIS*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 kwietnia 2011r., pod nr 2011/S 67-108999.

Odwołujący w dniu 31 maja 2011 r. otrzymał informację o wyniku postępowania, w tym o wykluczeniu z postępowania, zaś w dniu 9 czerwca 2011r. wniósł odwołanie wobec wykluczenia z postępowania.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo iż Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, oraz wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny ofert określonych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, dokonania ponownej oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu i dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu Odwołujący podał:

- 1) **W odniesieniu do wskazanej w decyzji o wykluczeniu podstawy, stanowiącej niezłączenie do oferty oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia czterech osób, iż:**

- wskazane w wezwaniu Zamawiającego dokumenty uzupełniono w wyznaczonym terminie. Zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż załączone przez Odwołującego dokumenty są niekompletne. Treść uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazuje na to, że Zamawiający niedokładnie zapoznał się z całością dokumentacji przedstawionej w ofercie oraz uzupełnionej przez Odwołującego oraz błędnie uznaje podmioty udostępniające zasoby za wykonawców, bądź też niezasadnie twierdzi, że wykonawca powołujący się na zasoby osobowe podmiotów trzecich ma obowiązek przedstawić dokumenty potwierdzające

brak podstaw do wykluczenia tych podmiotów z postępowania również w sytuacji, w której podmioty te nie będą brały udziału w wykonywaniu zamówienia;

- Rozstrzygnięcie Zamawiającego w przedmiocie uznania, iż Wykonawca we wskazanym terminie uzupełnił ofertę, ale nie załączył oświadczenia wymaganego w pkt. VI.2 lit. a SIWZ tj. oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia wg załączonego wzoru (załącznik nr 4 do SIWZ) dla wykonawców – czterech wymienionych osób jest całkowicie niezrozumiałe. Odwołujący przedstawił w uzupełnieniu oświadczenie podpisane przez jednego ze współników spółki cywilnej, potwierdzające brak podstaw do wykluczenia współników spółki cywilnej Geomatyka Kraków s.c., przy czym osoba ta działała w oparciu o umowę spółki cywilnej oraz pełnomocnictwo do składania oświadczeń w imieniu wszystkich współników, jak również każdego z osobna (także załączone do dokumentacji ofertowej Odwołującego). Jednak nawet brak tego oświadczenia (jak również innych dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia współników spółki cywilnej) nie mógłby stanowić podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania, ponieważ Geomatyka Kraków s.c. nie będzie brała udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia;

- Odwołujący jednoznacznie wskazał w pkt. 5 formularza ofertowego, że nie powierzy wykonania żadnej części zamówienia podwykonawcom i całość zamówienia wykona samodzielnie. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów (od ESRI sp. z o.o. i Geomatyka Kraków s.c.) obejmuje wyłącznie udostępnienie dwóch osób zdolnych do wykonania zamówienia. Osoby te będą zatem oddane do dyspozycji Odwołującego odpowiednio przez ESRI Sp. z o.o. i Geomatykę Kraków s.c. Z żadnego fragmentu oferty Odwołującego nie wynika zatem, że Geomatyka Kraków s.c. i ESRI Sp. z o.o. będą brały udział w realizacji zamówienia. Fakt udostępnienia przez inny podmiot zasobów osobowych nie może być bowiem traktowany jako „udział tego podmiotu w realizacji części zamówienia”;

- Nie ulega wątpliwości, że w świetle przepisu § 1 ust. 2 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz.U. Nr 226, poz. 1817), a także powtórzonych za treścią powołanego przepisu zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby przedstawia się wyłącznie w sytuacji, gdy kumulatywnie spełnione są dwie przesłanki: określony podmiot udostępnia wykonawcy zasoby niezbędne do wykonania zamówienia (np. wiedzę i doświadczenie, personel) oraz podmiot udostępniający zasoby będzie brał udział w realizacji części zamówienia.

Odwołujący nie miał zatem obowiązku przedstawiać dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia podmiotów udostępniających zasoby, ponieważ podmioty te nie będą brały udziału w realizacji zamówienia ani w całości, ani w żadnej jego części;

- Z opinii zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych (*Dopuszczalność żądania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego, na zasobach którego wykonawca polega w celu wykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia*) wynika jednoznacznie, że pośrednie dysponowanie osobami może przybrać różne formy, a w konsekwencji samo udostępnienie przez inny podmiot osób zdolnych do wykonania zamówienia nie może być automatycznie traktowane jako udział tego podmiotu w wykonywaniu zamówienia. Z udostępnieniem osób przez inny podmiot może być związany udział tego podmiotu w wykonywaniu zamówienia w przypadku, gdy udostępnione osoby będą brały udział w wykonywaniu zamówienia, a podmiot udostępniający te osoby będzie podwykonawcą wykonawcy: „*O przypadkach pośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia rozstrzyga natomiast więź prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą o podmiotem trzecim (arg. z art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych). W takich przypadkach tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosowne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia tych osób. Przy czym ustawa - Prawo zamówień publicznych nie zastrzega żadnych szczególnych wymogów prawnych co do charakteru takiego zobowiązania. Oznacza to, iż zobowiązanie takie może wynikać z różnych stosunków prawnych łączących wykonawcę z podmiotem trzecim (umowa przedwstępna, umowa o podwykonawstwo, umowa o współpracy, porozumienie pomiędzy pracodawcami o delegowaniu pracowników w celu wykonywania pracy u wykonawcy itd.). Tak więc z przypadkami pośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia będziemy mieli do czynienia między innymi w sytuacji delegowania pracowników podmiotu trzeciego do wykonawcy na czas realizacji zamówienia w celu wykonywania pracy związanej z wykonaniem tego zamówienia, jak też w sytuacji, gdy podmiot trzeci dysponujący osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (spełniającymi wymagania określone przez zamawiającego), będzie podwykonawcą wykonawcy, a osoby te będą brały udział w wykonaniu zamówienia. Będzie to dotyczyło sytuacji, gdy podmiotem trzecim będzie zarówno jednostka organizacyjna (osoba prawna albo jednostka organizacyjna, nie posiadająca osobowości prawnej, wyposażona przez prawo w zdolność prawną), jak również osoba fizyczna, prowadząca działalność gospodarczą i zatrudniająca w tym celu pracowników albo uprawniona do dysponowania ich pracą na podstawie umów cywilnoprawnych. W świetle przywołanego brzmienia przepisu § 1 ust. 2 rozporządzenia, poza stwierdzeniem powoływania się przez wykonawcę na pośrednie dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, istotne jest także stwierdzenie, że podmiot trzeci, na którego zasoby osobowe powołuje się wykonawca, będzie brał udział w realizacji*

części zamówienia, przy której zasoby te będą wykorzystywane. Co do zasady będzie to dotyczyć przypadków podwykonawstwo.

Rekapitulując powyższe ustalenia należy stwierdzić, iż możliwość żądania przez zamawiającego od wykonawcy - na zasadzie § 1 ust. 2 rozporządzenia - przedstawienia dokumentów wymienionych w § 2 rozporządzenia odnoszących się do podmiotów trzecich, na których osobach (zasobach osobowych) wykonawca polega w celu wykazania spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, dotyczy wyłącznie tych przypadków, gdy osoby te pozostają w dyspozycji tych podmiotów trzecich, a nie w dyspozycji samego wykonawcy (dysponowanie pośrednie), a podmioty te będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Przepis ten nie znajduje natomiast zastosowania do przypadków, gdy wykonawca bezpośrednio dysponuje takimi osobami, o czym rozstrzyga treść stosunku prawnego istniejącego pomiędzy wykonawcą a takimi osobami, niezależnie od charakteru prawnego takiego stosunku, jak też w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na dysponowanie osobami podmiotów trzecich (dysponowanie pośrednie), które to podmioty nie będą brały udziału w realizacji zamówienia". Identyczne stanowisko prezentowane jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: w wyroku z dnia 19 października 2010 r. (sygn. akt: KIO 2159/10) Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła: „W szczególności oddanie do dyspozycji wykonawcy innej osoby może polegać nie tylko na podwykonawstwie, ale także na oddelegowaniu osoby pod kierownictwo wykonawcy. Taką właśnie formę jak wynika z oświadczenia przystępującego Konsorcjum GIS Partner preferuje ten wykonawca, gdyż wskazywał na zawarcie z Jackiem S. umowy po pracę w przypadku uzyskania zamówienia za zgodą i wiedzą jego dotychczasowego pracodawcy tj. firmy ESRI Polska, która zobowiązała się udostępnić Jacka S. jako kierownika projektu na potrzeby tegoż postępowania. W ocenie Izby w tym zakresie brak jest podstaw do przyjęcia, że zakres podwykonawstwa firmy ESRI musiał pokrywać się z zakresem kierownictwa projektu. Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 91 ust. 1 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy.". Podobne stanowisko przedstawił skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 8 lutego 2011 r. (sygn. akt: KIO 143/11): „O przypadkach pośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia rozstrzyga natomiast więź prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą o podmiotem trzecim. W takich przypadkach tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosowne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia tych osób. Przy czym ustawa Pzp nie zastrzega żadnych szczególnych wymogów prawnych co do charakteru takiego zobowiązania. Oznacza to, iż zobowiązanie takie może wynikać z różnych stosunków prawnych łączących wykonawcę z podmiotem trzecim (umowa przedwstępna, umowa o podwykonawstwo, umowa o współpracy, porozumienie pomiędzy pracodawcami o delegowaniu pracowników w

celu wykonywania pracy u wykonawcy itd.). Tak więc z przypadkami pośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia będziemy mieli do czynienia między innymi w sytuacji delegowania pracowników podmiotu trzeciego do wykonawcy na czas realizacji zamówienia w celu wykonywania pracy związanej z wykonaniem tego zamówienia, jak też w sytuacji, gdy podmiot trzeci dysponujący osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (spełniającymi wymagania określone przez zamawiającego), będzie podwykonawcą wykonawcy, a osoby te będą brały udział w wykonaniu zamówienia."

- Uzasadnienie pisma Zamawiającego z dnia 30 maja 2011 r. jest niezrozumiałe. Wynika z niego, że Zamawiający traktuje wymienione osoby jako wykonawców. Zamawiający stwierdza bowiem, że Odwołujący „nie załączył oświadczenia wymaganego w pkt. VI.2 lit. a SIWZ tj. oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia wg załączonego wzoru (załącznik nr 4 do SIWZ) dla wykonawców Bernard Bielecki, Mariusz Janusz Kasperkiewicza, Grzegorz Marecik, Jarosław Paweł Repetnik", a następnie powołuje się na postanowienia pkt. VI.14 i VI.15 SIWZ, które regulują zasady przedstawiania dokumentów przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wykonawcą w niniejszym postępowaniu jest GISPartner Sp. z o.o., samodzielnie ubiegająca się o udzielenie zamówienia. Odwołujący wyraźnie i jednoznacznie oznaczył w formularzu ofertowym GISPartner Sp. z o.o. jako wykonawcę, nie ma tym samym żadnych podstaw aby twierdzić, że jakkolwiek inny podmiot wspólnie z GISPartner Sp. z o.o. ubiega się o udzielenie niniejszego zamówienia (w ramach „konsorcjum”, spółki cywilnej itp.). Osoby wymienione przez Zamawiającego nie są wykonawcami w niniejszym postępowaniu. Są to wspólnicy spółki cywilnej, która jest podmiotem udostępniającym zasoby osobowe w postaci Pana osoby jednego ze współników. Postanowienia pkt. VI.14 i VI.15 SIWZ w ogóle nie mają zatem do nich zastosowania.

2) W odniesieniu do podstawy decyzji Zamawiającego, zgodnie z którą uzupełnione oświadczenie, złożono na datę 25 maja 2011 r., tj. po terminie składania ofert:

- Odwołujący podjął polemikę ze uzasadnieniem decyzji Zamawiającego, zgodnie z którym: „Ponadto Zamawiający wzywał zgodnie z SIWZ pkt. VI. 1 lit. d do uzupełnienia oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień oraz podał informację, że przedstawione dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Wykonawca uzupełnił oświadczenie w wymaganym terminie ale jest ono wystawione 25.05.2011 roku, a z jego treści nie wynika, że Wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.", wskazując że z przepisów prawa zamówień publicznych nie wynika obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania z

powodu przedstawienia dokumentów wystawionych z datą późniejszą od terminu składania ofert. Istotna jest nie data wystawienia dokumentów, lecz fakt potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę nie później niż na dzień składania ofert. Podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania jest zaś niewykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu.

- Odwołujący wykazał, że na dzień składania ofert spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania przez osoby stosownych uprawnień. Do oferty Odwołującego załączony został wykaz osób, które będą brały udział w realizacji zamówienia. Spośród osób wskazanych w wykazie ustawowymi uprawnieniami do wykonania zamówienia musiały legitymować się dwie osoby. Osoby te powinny posiadać uprawnienia zawodowe, o których mowa w art. 43 pkt. 1 i 2 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. - Prawo geodezyjne i kartograficzne, to jest uprawnienia zawodowe w zakresie geodezyjnych pomiarów sytuacyjno-wysokościowych, realizacyjnych i inwentaryzacyjnych, a także rozgraniczania i podziałów nieruchomości (gruntów) oraz sporządzania dokumentacji do celów prawnych. W wykazie załączonym do oferty Odwołujący jednoznacznie oświadczył, że osoby te posiadają wymagane uprawnienia (jedna z nich - świadectwo nadania uprawnień zawodowych w dziedzinie geodezji i kartografii w zakresie 1,2 Nr 16090, data: 14.06.1997; a druga z osób - świadectwo nadania uprawnień zawodowych w dziedzinie geodezji i kartografii w zakresie 1,2 Nr 14694, data: 01.07.1995). Do oferty zostały załączone również potwierdzone przez Odwołującego za zgodność z oryginałem kserokopie świadectw wykazanych w wykazie. Na załączonych kserokopiach widnieją daty wydania świadectw, ich zakres, i nazwiska osób, które wykazano w wykazie. Zamawiający nie wymagał, aby oświadczenie o posiadaniu określonych uprawnień złożone było w jakiś szczególny sposób. Treść oferty Odwołującego wskazuje zatem na to, że oświadczenie wymagane przez Zamawiającego zostało przez Odwołującego złożone - poprzez zamieszczenie informacji o wymaganych uprawnieniach w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, oraz poprzez załączenie kopii świadectw nadania uprawnień. Uzupełnione na wezwanie Zamawiającego oświadczenie nie może mieć zatem decydującego znaczenia dla oceny, czy wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazuje też, że opierając się wyłącznie na dacie zamieszczonej na uzupełnionym przez Odwołującego oświadczeniu należałoby uznać, że osoby wskazane w wykazie osób - wbrew treści oświadczeń i dokumentów załączonych do oferty - uzyskały wskazane w wykazie i dokumentach uprawnienia już po terminie składania ofert. Treść złożonego przez Odwołującego oświadczenia (opatrzonego datą 25.05.2011 r.) należy zatem rozpatrywać w świetle oświadczeń i dokumentów załączonych do oferty. Ponieważ już z tych dokumentów i oświadczeń wynika fakt posiadania uprawnień przez osoby, które będą wykonywać zamówienie, dodatkowe, odrębne oświadczenie o posiadaniu przez te osoby uprawnień

potwierdza, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu nie później, niż na dzień składania ofert. Stanowisko powyższe znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dla przykładu w wyroku z dnia 2 marca 2010 r., sygn. KIO/UZP 148/10).

Zamawiający w dniu 21 czerwca 2011 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania, argumentując iż Zamawiający wykluczył Wykonawcę GISPartner Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca GEOBID sp. z o.o. w Katowicach, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę Odwołującego wraz z uzupełnieniem i wyjaśnieniem dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, gdyż uwzględnienie odwołania w sposób postulowany przez Odwołującego może skutkować uzyskaniem przez Odwołującego zamówienia.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, na gruncie analizowanej sprawy, w zakresie wyznaczonym treścią postawionych w odwołaniu zarzutów brak jest podstaw do przypisania działaniom Zamawiającego w postępowaniu takich naruszeń ustawy.

I tak, uzasadniając dokonane rozstrzygnięcie, w zakresie podniesionych zarzutów uwzględniono okoliczności:

1. W odniesieniu do wskazanej w decyzji o wykluczeniu podstawy, stanowiącej niezłączenie do oferty oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia czterech osób:

W powyższym zakresie Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postawił warunek udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (których udokumentowanie miało nastąpić na podstawie wykazu osób mających uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z min. informacją o podstawie dysponowania tymi osobami), posiadającymi odpowiednie kwalifikacje. Zamawiający wymagał jednocześnie (pkt VI.5 specyfikacji), by wykonawca, który wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedstawił w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty wymienione w pkt VI.2 specyfikacji.

Odwołujący w złożonej ofercie, w załączonym wykazie wskazał osoby, co do których w części, dotyczącej podstawy dysponowania tymi osobami nie podał żadnych informacji, przy czym załączył jednocześnie zobowiązania podmiotów trzecich (firm ESRI Polska sp. z o.o. oraz GEMATYKAKRAKÓW S.C.) do udostępnienia dwóch – wymienionych w wykazie - osób w celu realizacji zamówienia. Zamawiający w dniu 24 maja 2011 r. wystosował na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwanie do uzupełnienia dokumentów, w tym poprawionego wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, podając jednocześnie, iż *„Wykonawca łączy zobowiązanie podmiotów GEOMATYKA – KRAKÓW S.C. oraz Esri Polska sp. z o.o. Warszawa do oddania GISPartner osób zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia. Zgodnie z zapisami SIWZ pkt VI.5 Wykonawca, który wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia przedstawia w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty wymienione w pkt VI.2 specyfikacji.”*

W odpowiedzi Odwołujący złożył poprawiony wykaz osób, co do których w odniesieniu do dwóch osób, tych samych, które wskazano w zobowiązaniach podmiotów trzecich (ESRI Polska sp. z o.o. i GEOMATYKA S.C.) podano wyraźnie, w części dotyczącej informacji o podstawie do dysponowania: *„udostępnienie zasobów przez firmę ESRI Polska sp. z o.o.”* oraz odpowiednio: *„udostępnienie zasobów przez firmę Geomatyka – Kraków s.c.”*. Jednocześnie Odwołujący złożył komplet dokumentów dotyczących ESRI Polska sp. z o.o. takich jak oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, oświadczenia

o niepodleganiu wykluczeniu, odpis z KRS, zaświadczenia z KRK o niekaralności członków zarządu a także dotyczące podmiotu zbiorowego, zaświadczenia z US i ZUS, że podmiot nie zalega w uiszczaniu zobowiązań podatkowych i składek na ubezpieczenia społeczne. Analogiczne dokumenty zostały złożone w odniesieniu do GEOMATYKA KRAKÓW S.C., z tym zastrzeżeniem, że oświadczenia o niepodleganiu przez podmiot wykluczeniu złożone zostały przez dwóch spośród sześciu wspólników spółki cywilnej.

Spornym w sprawie stało się spełnienie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, w tym udokumentowanie niepodlegania wykluczeniu w związku ze wskazaniem jako mającej wykonywać zamówienie osoby – wspólnika GEOMATYKA KRAKÓW S.C. i niezłożeniem wszystkich dokumentów w odniesieniu do tego podmiotu. Zamawiający uznał, że złożone dokumenty za ESRI Polska sp. z o.o. są prawidłowe, zaś w odniesieniu do drugiego z podmiotów udostępniających osobę, na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. GEOMATYKA KRAKÓW S.C.) podał, że brak jest w ofercie oraz dokumentach uzupełnionych na wezwanie *oświadczenia wymaganego w pkt. VI.2 lit. a SIWZ tj. oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia wg załączonego wzoru (załącznik nr 4 do SIWZ)* dla czterech spośród sześciu wspólników spółki cywilnej. Spornym w sprawie jest zatem złożenie odpowiednich dokumentów dotyczących GEOMATYKA KRAKÓW S.C. w związku z poleganiem przez Odwołującego na zasobach osobowych tego podmiotu, na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Według art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy, o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Izba zwraca uwagę, że dysponowanie wymienionymi w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy zasobami może mieć różną formę oraz treść – stosownie do rodzaju tego zasobu a także stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem udzielającym zasobu jak i charakteru i zakresu porozumienia pomiędzy tymi podmiotami. W myśl art. 26 ust. 2 b ustawy, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Każdorazowo, o fakcie dysponowania przez wykonawcę osobą zdolną do wykonania zamówienia rozstrzyga więc prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą a tą osobą, lub pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim, który posiadając tytuł do dysponowania osobą, dokonuje takiej dyspozycji. Wskazuje się, iż w przypadkach, gdy tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobą zdolną do wykonania zamówienia

jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą, na dysponowanie której 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 z samozatrudnieniem się osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą itd. Tożsamy pogląd wyrażony został w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok KIO z dnia 2 lipca 2009 r. KIO/UZP 766/09 oraz wyrok KIO z dnia 27 maja 2009 r. KIO/UZP 639/09, KIO/UZP 659/09. Natomiast gdy z okoliczności sprawy, w tym dokumentów złożonych przez wykonawcę wynika, że osoba wskazana do realizacji zamówienia została udostępniona przez podmiot trzeci, badaniu podlega – w pierwszym rzędzie, czy nastąpiło udowodnienie, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b ustawy, że wykonawca danym zasobem (w tym przypadku: zasobem osobowym) dysponuje, a następnie, po przesądzeniu tej kwestii – czy złożono w związku z tym wymagane dokumenty (wymienione w § 2 w zw. z § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane), jeśli zamawiający postawił wymaganie ich złożenia. Decydującą jest w tym wypadku więc prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą o podmiotem trzecim, a w tym przede wszystkim zakres i treść porozumienia między tymi podmiotami. To porozumienie, na mocy którego następuje udostępnienie zasobu jakim jest konkretna osoba (lub osoby) może przewidywać tylko udostępnienie osób, jak też – poza udostępnieniem osób, uczestnictwo podmiotu je udostępniającego w realizacji zamówienia. To porozumienie pomiędzy podmiotem udostępniającym osobę a wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia, który przedstawia tę osobę w postępowaniu o zamówienie publiczne musi jednak istnieć, być w świetle obowiązującego prawa dopuszczalne i skuteczne. W analizowanej sprawie Odwołujący stanowczo i konsekwentnie stał na stanowisku, że GEOMATYKA KRAKÓW S.C. udostępniła mu swojego wspólnika do realizacji zamówienia, w tym, że możliwe i prawnie dopuszczalne jest udostępnienie wspólnika spółki cywilnej. Odwołujący wykazywał bowiem na rozprawie, iż *spółka cywilna może udostępnić wspólnika bowiem można udostępnić nie tylko pracownika ale również wspólnika spółki cywilnej*. Intencja udostępnienia osoby będącej wspólnikiem spółki cywilnej wynika też wyraźnie z treści zobowiązania złożonego przez GEOMATYKA KRAKÓW S.C. a także treści wykazu osób, gdzie wskazano, jako podstawę do dysponowania zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia osoby. Ponadto w żadnym ze złożonych przez Odwołującego dokumentów, zarówno tych zawartych w ofercie jak i złożonych w ramach uzupełnienia nie wskazano, nawet w sposób pośredni, by osoby te osobiście wyraziły wolę udziału w postępowaniu, by zaakceptowały swoje uczestnictwo lub w jakikolwiek inny sposób osobiście dokonały dyspozycji swoją osobą w celu realizacji przedmiotowego zamówienia. Powyższe przemawiało za uznaniem, że

w analizowanej sprawie mamy do czynienia z tzw. „dysponowaniem pośrednim” osobą, przez które rozumie się zaangażowanie osoby do realizacji zamówienia nie na podstawie bezpośredniego porozumienia łączącego tę osobę z wykonawcą, ale w następstwie udostępnienia tej osoby przez podmiot trzeci, który posiada stosowny tytuł do takiej „dyspozycji” osobą, będąc przykładowo jej pracodawcą. W tym zakresie należało zatem polegać na jednoznacznie i konsekwentnie wyrażonej intencji Odwołującego co do sposobu dysponowania osobą wskazaną w poz. 2 Wykazu osób, w tym, że osoba ta została udostępniona przez GEOMATYKA KRAKÓW S.C. a nie samodzielnie zawarła ewentualne porozumienie z Odwołującym, którego przedmiotem ma być współpraca przy realizacji zamówienia.

Poddając ocenie zobowiązanie GEOMATYKA KRAKÓW S.C. do udostępnienia osoby będącej jej wspólnikiem, w kontekście stanowiska Odwołującego, podkreślenia wymagało iż, wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie jest dopuszczalne udostępnienie zasobu jakim są osoby, poprzez konstrukcję prawną udostępnienia przez spółkę cywilną jej wspólnika. Jak się wskazuje, spółka cywilna jest powszechnie uznawana za korporację, a więc za zrzeszenie osób mające na celu realizację określonych wspólnych zadań. Cechą każdej korporacji, a więc również spółki cywilnej jest nie tylko istnienie wspólnego celu, wyraźnie podkreślone w art. 860 § 1 KC, ale również współdziałanie zmierzające do osiągnięcia tego celu (tak: Kodeks Cywilny, Komentarz, Tom II pod red. K. Pietrzykowskiego, wyd. CH BECK). Jakkolwiek wskazuje się, że nie jest definitywnie wyłączona możliwość zawarcia między spółką cywilną a jej wspólnikiem umowy o pracę, wyjąwszy zakres obowiązków pracowniczych związanych z prowadzeniem i reprezentowaniem spraw spółki (tak: uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego - Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 14 stycznia 1993 r., sygn. akt II UZP 21/92), to w przedmiotowej sprawie powyższa kwestia nie występuje: Odwołujący konsekwentnie stoi na stanowisku, że przedmiotem udostępnienia ma być osoba wspólnika rozpatrywana nie w kategorii pracownika, ale wspólnika spółki cywilnej. Charakter spółki cywilnej, w tym jej ustawowo określony cel, stanowiący zobowiązanie się wspólników do dążenia do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego poprzez działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów (art. 860 § 1 KC), zakłada zasadę równorzędności wspólników, brak podporządkowania jednego wspólnika tej spółki wobec innego, czy wobec spółki. Zasada ta wynika nadto z zasad reprezentacji spółki i prowadzenia jej spraw. Nie sposób zatem uznać, że konstrukcja prawna spółki cywilnej, zgodnie z jej ustawowo określonym kształtem dopuszcza sytuację, by spółka cywilna mogła dokonać „dyspozycji swoim wspólnikiem” ze skutkiem wobec podmiotów zewnętrznych. Możliwą byłaby sytuacja samodzielnego zobowiązania się osoby, będącej wspólnikiem takiej spółki, która jednak w przedmiotowej sprawie nie ma miejsca.

Powyższe decydowało o uznaniu, iż Odwołujący nie udowodnił, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w postaci osoby, wymienionej w poz. 2 Wykazu osób, stanowiącej współnika spółki cywilnej i wskazanej w zobowiązaniu GEOMATYKA KRAKÓW S.C. jako udostępniona na rzecz Odwołującego. W tych okolicznościach jedyną możliwą formą udostępnienia osoby mogło być uczestnictwo tego podmiotu w realizacji zamówienia. W ofercie Odwołującego nie wskazano jednak podwykonawstwa, nadto Odwołujący wskazuje, że podmiot ten nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia w jakikolwiek inny sposób.

W tej sytuacji, dla skutecznego udostępnienia osoby w charakterze współnika GEOMATYKA KRAKÓW S.C. konieczny byłby udział tego podmiotu w jakiegokolwiek formie w realizacji zamówienia, a w konsekwencji – konieczne jest złożenie dokumentów, o których mowa w § 2 w zw. z § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Uznano dalej, iż oświadczenie z dnia 9 maja 2011 r. w przedmiocie niepodlegania wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, podpisane w imieniu GEOMATYKA KRAKÓW S.C. przez jednego z jej współników na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 maja 2011 r. oraz ogólnego, wynikającego z umowy spółki faktu powierzenia stanowiska Dyrektora Spółki oraz prawa do *zarządzania działalnością gospodarczą spółki (§ 9 ust. 3 umowy spółki GEOMATYKA KRAKÓW S.C.)* nie może zostać uznane za wystarczające, podobnie jak oświadczenie jednego ze współników, który miał zostać udostępniony. Jak wskazano wyżej, spółka cywilna ma charakter wyłącznie stosunku zobowiązaniowego. Spółka cywilna w obecnym stanie prawnym nie posiada podmiotowości prawnej, jest natomiast wyłącznie stosunkiem o charakterze zobowiązaniowym (umową) zawartym pomiędzy co najmniej dwoma podmiotami. Spółka cywilna nie posiada zdolności sądowej i procesowej, upadłościowej (zob. uchwała SN z dnia 6 listopada 2002 r., III CZP 67/02; zob. też art. 5 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze oraz art. 874 § 2 k.c.), układowej ani wekslowej. Spółka ta nie posiada także statusu przedsiębiorcy ani w rozumieniu art. 43¹ k.c., ani art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Za przedsiębiorców uważa się natomiast współników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej (art. 4 ust. 2 tej ustawy). Stosownie do art. 860 kodeksu cywilnego, znajdującego zastosowanie z mocy art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, spółka cywilna jest stosunkiem prawno-zobowiązaniowym, którego istotą jest dążenie do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego. Spółka cywilna nie tworzy odrębnych podmiotowych struktur organizacyjnych, jest jedynie umową zawartą przez jej współników, której żaden przepis kodeksu cywilnego nie przyznaje zdolności prawnej odrębnej od

zdolności jej wspólników, tak jak ma to miejsce w przypadku jednostek organizacyjnych nie posiadających osobowości prawnej, o których mowa w 33¹ k.c. Istota spółki cywilnej wyczerpuje się więc w dwu - lub nawet wielostronnym stosunku obligacyjnym, łączącym wspólników (*vide*: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2003 r., sygn. akt I CK 201/02, System Informacji Prawnej LEX nr 151608).

Z powyższych względów, wobec faktu, że jedyną formą udostępnienia wspólnika spółki cywilnej może być jego samodzielna decyzja i stosunek bezpośrednio łączący tę osobę z Odwołującym lub uczestnictwo przez spółkę cywilną w realizacji zamówienia, koniecznym było – w tej drugiej sytuacji złożenie wszystkich dokumentów w odniesieniu do poszczególnych wspólników spółki cywilnej. Obowiązkiem temu nie czynią zadość oświadczenia złożone przez dwóch z jej wspólników. Podstawy do wykluczenia należy analizować w odniesieniu do każdego ze wspólników z osobna, każdy ze wspólników jest bowiem w rozumieniu prawa odrębnym przedsiębiorcą. Oświadczenie w przedmiocie niepodlegania wykluczeniu jest w tym zakresie oświadczeniem składanym we własnym imieniu, a tym samym nie może być uznane oświadczenie złożone przez jednego w imieniu pozostałych wspólników spółki cywilnej. Także analiza treści złożonych za GEOMATYKA KRAKÓW S.C. oświadczeń dwóch wspólników nie pozwala uznać, by były to oświadczenia w imieniu pozostałych wspólników, a raczej oświadczenia osobiste: jakkolwiek opatrzone są one pieczęcią GEOMATYKA KRAKÓW S.C., a w części przeznaczonej na podpis wystawcy oświadczenia wskazano, że ma ono dotyczyć *Wykonawcy lub jego uprawnionego przedstawiciela*, to ta ostatnia część stanowi element stałego wzoru, zaś osoby podpisujące oba oświadczenia – jak wynika z pieczęci – czynią to we własnym imieniu, jako wspólnicy spółki cywilnej.

Nie potwierdził się zatem, wbrew twierdzeniom odwołania zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaś decyzję Zamawiającego w przedmiocie oceny dokumentów złożonych przez Odwołującego należało uznać za prawidłową.

2. W odniesieniu do podstawy decyzji Zamawiającego, zgodnie z którą uzupełnione oświadczenie, złożono na datę 25 maja 2011 r., tj. po terminie składania ofert:

Zamawiający, w pkt VI.1 lit d specyfikacji wymagał, by osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadały odpowiednie uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.

Odwołujący w złożonej ofercie nie załączył wymaganego treścią pkt VI. 1 lit d specyfikacji oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają odpowiednie uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 maja 2011 r. do uzupełnienia dokumentów, wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, Odwołujący złożył oświadczenie datowane na 25 maja 2011 r. o treści: *Oświadczamy, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.*

Bezspornym jest zatem, że Zamawiający wymagał oświadczenia w przedmiocie posiadania przez osoby wykonujące zamówienie odpowiednich uprawnień i kwalifikacji, jak i to że oświadczenie uzupełnione przez Odwołującego nie nawiązuje w swej treści do stanu na moment składania ofert. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: *„Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.”*

Istotnie, nie ma przeszkód do uznania, że ewentualne uzupełnione dokumenty mogą być wystawione już po upływie wyznaczonego terminu na składanie ofert, jeśli tylko potwierdzają spełnianie warunków na konkretny, wskazany przez ustawodawcę i jednolity dla wszystkich wykonawców termin – najpóźniej na dzień składania ofert. Ustawodawca w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wskazał bowiem, iż mogą to być jedynie dokumenty wystawione przed upływem terminu składania ofert. Zarówno z literalnego brzmienia ww. przepisów, jak też z celu, w jakim została wprowadzona regulacja z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. odformalizowania postępowania, dopuszczenia by wykonawcy, którzy złożyli oferty korzystne cenowo i merytorycznie na usunęli uchybienia w oznaczonym ustawą zakresie, wynika, że zaświadczenia uzupełnione w tym trybie mogą być oznaczone datą późniejszą niż termin składania ofert – istotne jest wykazanie spełniania warunku na określony dzień, zatem decyduje treść dokumentu, a nie data jego wystawienia. Treść oświadczenia złożonego przez Odwołującego, datowanego na 25 maja 2011 r. nie pozwala jednak uznać, by potwierdzało stan na dzień składania ofert; nie zawiera ono żadnej wzmianki odnoszącej się do momentu, na jaki jest składane. Bez znaczenia pozostaje tu okoliczność, że informacje, jakie miały być wykazane tym oświadczeniem wynikają z innych dokumentów. Nie została tym samym wypełniona dyspozycja art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, co czyni zasadną ocenę tego dokumentu dokonaną przez Zamawiającego.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że nie potwierdziły się – podniesione w odwołaniu – zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....