

Sygn. akt: KIO 1117/10

WYROK
z dnia 23 czerwca 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Anna Chudzik

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Projektowo - Realizacyjne Budownictwa "PION" Spółka z o.o., 85-075 Bydgoszcz, ul. Paderewskiego 10/2** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o., 87-100 Toruń, pl. Teatralny 2/416,**

przy udziale wykonawcy **PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o., 85-739 Bydgoszcz, ul. Fordońska 110** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Projektowo - Realizacyjne Budownictwa "PION" Spółka z o.o., 85-075 Bydgoszcz, ul. Paderewskiego 10/2** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Przedsiębiorstwo Projektowo - Realizacyjne Budownictwa "PION" Spółka z o.o., 85-075 Bydgoszcz, ul. Paderewskiego 10/2,** stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198 a i 198 b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Toruniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o. w Toruniu – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na opracowanie dokumentacji budowlanej i wykonawczej rozbudowy Kujawsko-Pomorskiego Centrum Pulmonologii w Bydgoszczy.

W dniu 28 maja 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Proj-Przem-Projekt Sp. z o.o. wskazując, że oferta ta spełnia wymogi określone przez Zamawiającego, nie podlega odrzuceniu oraz jest ofertą najkorzystniejszą.

W dniu 7 czerwca 2010 r. Przedsiębiorstwo Projektowo - Realizacyjne Budownictwa "PION" Spółka z o.o. wniosło odwołanie na czynności Zamawiającego polegające na zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy Proj-Przem-Projekt Sp. z o.o. z postępowania i zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez tego Wykonawcę oraz jej wyborze jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych, poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji,
- art. 24 ust 2 pkt. 1, 3, 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy – Proj-Przem-Projekt Sp. z .o.o.,
- art. 89 ust.1 pkt. 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia i wybór oferty złożonej przez Proj-Przem-Projekt Sp. z o.o. w Bydgoszczy, pomimo iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym oferty złożonej przez firmę Proj-Przem-Projekt Sp. z o.o. w Bydgoszczy i w efekcie wykluczenie z postępowania ww. Wykonawcy,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz warunkami SIWZ.

W ocenie Odwołującego Wykonawca Proj-Przem-Projekt Sp. z o.o. podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust 2 pkt. 1, 3, 4 ustawy PZP, a jego oferta odrzuceniu, jako niezgodna z wymogami SIWZ.

Odwołujący podniósł, że ww. wykonawca oraz wskazany przez niego architekt Jacek W., który miał uczestniczyć w realizacji zamówienia, wykonywali bezpośrednio i osobiście czynności związane z przygotowaniem postępowania, a mianowicie byli autorami Programu Funkcjonalno-Użytkowego przebudowy i rozbudowy Kujawsko-Pomorskiego Centrum Pulmonologii w Bydgoszczy (części opisowej, części graficznej oraz specyfikacji technicznych).

W ocenie Odwołującego złożenie oferty przez ww. Wykonawcę stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że rezultat czynności wykonanych przez ww. podmioty został wykorzystany przez Zamawiającego bez jakiegokolwiek zmiany i ingerencji w treść przygotowanych dokumentów, która była znana wykonawcy Proj-Przem-Projekt Sp. z o.o. na długo przed terminem ich publikacji i udostępnienia pozostałym wykonawcom. Powyższe świadczy, zdaniem Odwołującego, o spełnieniu wszystkich przesłanek uzasadniających wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że wcześniejsza znajomość przez Przystępującego PFU, który posłużył do opisu przedmiotu zamówienia, miała istotne znaczenie dla oceny przez Wykonawcę ryzyka, jakie wystąpić może przy wykonywaniu przedmiotu umowy, dla oceny okoliczności jakie warunkują jej prawidłowe wykonanie oraz dla rozpoznania jej rzeczowego zakresu. Te zaś okoliczności mają wpływ na określenie ceny ofertowej oraz ocenę czasu potrzebnego dla wykonania umowy.

Zdaniem Odwołującego, Proj-Przem-Projekt Sp. z o.o. w wyniku bezpośredniego i osobistego uczestnictwa w przygotowaniu materiałów przetargowych, został lepiej niż pozostali uczestnicy postępowania przygotowany do podjęcia prac projektowych w krótszym terminie, uzyskując tym samym więcej czasu na ich wykonanie, za niższą cenę, co potwierdza, że Proj-Przem-Projekt Sp. z o.o. zajmuje szczególnie i rażąco uprzywilejowaną pozycję wobec innych wykonawców ubiegających się o zamówienie w niniejszym postępowaniu przetargowym.

Odwołujący podniósł również, że wykonawca Proj-Przem-Projekt Sp. z o. o. złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a mianowicie zataił, że architekt Jacek W. (na którego wykonawca wskazał jako na architekta z wymaganymi przez SIWZ uprawnieniami oraz doświadczeniem zawodowym) występuje w niniejszym postępowaniu przetargowym jako podwykonawca, mimo że Zamawiający zakazał

powierzenia realizacji prac architektonicznych podwykonawcy. Wybrany wykonawca nie przedłożył, wymaganego zapisem w pkt 12.3 SIWZ, oświadczenia wskazującego na tę część zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, zgodnie z art. 36 ust. 4 Pzp, mimo że – w ocenie Odwołującego – wskazanie architekta Jacka W. jako osoby, która będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia, było równoznaczne z powierzeniem prac architektonicznych podwykonawcy, wbrew zakazowi określone w SIWZ.

Wskazując, że ww. architekt prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą, Odwołujący wywodził, że przy zawieraniu umów z innymi przedsiębiorcami może on występować wyłącznie jako podwykonawca, a takiej możliwości w odniesieniu do prac architektonicznych Zamawiający nie dopuścił.

Fakt wskazania na architekta Jacka W. jako na osobę, która będzie brała udział w realizacji zamówienia, stanowi – zdaniem Odwołującego – podstawę do wykluczenia wykonawcy Proj-Przem-Projekt Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, tj. ze względu na podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz niespełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności: specyfikacji istotnych warunków zamówienia i oferty Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W SIWZ (pkt 3.2) Zamawiający postanowił, że *zakres przedmiotu zamówienia określa Program funkcjonalno-użytkowy przebudowy i rozbudowy Kujawsko-Pomorskiego Centrum Pulmonologii w Bydgoszczy przy ul. Seminaryjnej 1 z sierpnia 2009 r. stanowiący załącznik nr 2 wraz z uzupełnieniem o szczegółowe wymagania technologiczne dotyczące poszczególnych instalacji, oddziałów oraz pomieszczeń medycznych i technicznych opisane w p-kcie 3.7 Specyfikacji i podziałem na etapy opisanym w p-kcie 3.3 i p-kcie 3.4 Specyfikacji.*

W punkcie 3.8 SIWZ zapisano, że za podstawę wyceny zamówienia i złożenia oferty należy przyjąć załącznik Nr 2 (Program funkcjonalno-użytkowy) z uzupełnieniem o szczegółowe wymagania technologiczne opisane w punkcie 3.7, z podziałem na dwa etapy. Autorem programu funkcjonalno-użytkowego, który został wykorzystany do opisu przedmiotu zamówienia, jest Wykonawca Proj-Przem-Projekt Sp. z o.o., czemu nie zaprzecza ani Zamawiający, ani Przystępujący.

W ocenie Izby fakt wykonania powyższej dokumentacji nie stanowi sam w sobie przesłanki do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. W celu ustalenia, czy wykonanie programu, który posłużył do opisu przedmiotu zamówienia stanowiło podstawę wykluczenia wykonawcy, ocenie należało poddać, czy udział Przystępującego w czynnościach mających na celu przygotowanie postępowania miał charakter bezpośredni oraz czy utrudnił uczciwą konkurencję.

W odniesieniu do pierwszej z przesłanek, podkreślenia wymaga, że uczestnictwo w przygotowaniu postępowania musi polegać na wykonaniu określonych czynności w celu przygotowania konkretnego postępowania i na rzecz zamawiającego, który będzie je prowadził. Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 2 grudnia 2008 r. (KIO/UZP 1303/08), rezultat tych prac musi zostać wykorzystany przez zamawiającego bez istotnej ingerencji.

Po pierwsze zauważyć należy, że Przystępujący nie wykonał PFU na zlecenie Zamawiającego w ramach przygotowania przedmiotowego postępowania. Dokumentacja ta została sporządzona dla Kujawsko-Pomorskiego Centrum Pulmonologii w Bydgoszczy, na co wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, a następnie wykorzystana przez Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o. w Toruniu do opisu przedmiotu zamówienia. Ponadto – jak podniósł Zamawiający – zmiana podmiotu korzystającego z opracowanego przez Przystępującego programu oraz upływ czasu pomiędzy jego opracowaniem a wszczęciem postępowania spowodowały, że niezbędna okazała się jego modyfikacja. Program ten, mimo załączenia go bez zmian do SIWZ, został zmodyfikowany szeregiem szczegółowych wymagań Zamawiającego, wprowadzonych do specyfikacji (pkt 3.7.). Te dodatkowe wymagania zdaniem Izby sprawiły, że niemożliwe było przygotowanie oferty jedynie na podstawie PFU.

Podkreślenia wymaga również, że załączona do SIWZ koncepcja prac określona w PFU nie była dla wykonawców bezwzględnie wiążąca, Zamawiający w punkcie 3.5 SIWZ postanowił bowiem, że *wymaga zaakceptowania przez Wykonawcę określonych w Programie funkcjonalno-użytkowym rozwiązań projektowych i organizacyjnych lub przedstawienia Zamawiającemu do zatwierdzenia w terminie nie później niż 30 dni od zawarcia umowy własnej koncepcji obejmującej cały „Program”. Informację o akceptacji „Programu” bez uwag lub o przystąpieniu do opracowania zmian w „Programie” musi być przekazana Zamawiającemu pisemnie w terminie 6 dni od zawarcia umowy.*

W powyższych okolicznościach, nie można – zdaniem Izby – uznać, że udział Przystępującego w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania miał charakter bezpośredni.

Drugą przesłanką wykluczenia, którą należało poddać ocenie, był ewentualny wpływ opracowania przez Przystępującego PFU na utrudnienie uczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z brzmieniem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp oraz utrwalonym w orzecznictwie ETS i KIO stanowiskiem, sam fakt udziału w przygotowaniu postępowania nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy, niezbędną przesłanką wykluczenia jest wpływ na konkurencyjność postępowania (m.in. orzeczenie ETS C-21/03 C-34/03, Fabricom S.A. przeciwko Belgii, orzeczenie KIO/UZP/986/08).

Uzyskanie przewagi konkurencyjnej nad innymi wykonawcami może przejawiać się w uzyskaniu wpływu – dzięki udziałowi w przygotowaniu postępowania – na jego warunki lub wynik.

Zdaniem Izby, Przystępujący – poprzez opracowanie PFU – nie mógł wpłynąć ani na warunki przetargu, ani na jego wynik. Niewątpliwie uczestnicząc w opracowaniu dokumentacji wykorzystanej następnie do opisu przedmiotu zamówienia pozyskał informacje o obiekcie, którego mają dotyczyć przyszłe prace projektowe. Zauważyć jednak należy, że po pierwsze informacje te zostały udostępnione do wykorzystania dla wszystkich potencjalnych wykonawców, po drugie opracowując program Przystępujący nie miał wiedzy o podmiocie Zamawiającym i jego oczekiwaniach, nie mógł zatem wywrzeć wpływu na ustalenia warunków przetargu.

Opracowanie programu nie dało Przystępującemu – w ocenie Izby – takiej wiedzy, która mogłaby uzasadniać tezę o jego uprzywilejowanej pozycji względem pozostałych wykonawców. Wykonawca ten poznał ogół warunków postępowania i szczegóły dotyczące przedmiotu zamówienia równocześnie z innymi wykonawcami. Nie znał wcześniej szczegółowych wymagań, które zostały wyrażone w SIWZ i w sposób istotny modyfikowały koncepcję zawartą w Programie, a bez których nie mógł przygotować oferty w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego. Brak jest więc podstaw do stwierdzenia, że zakres informacji pozyskanych przez tego Wykonawcę utrudnił uczciwą konkurencję.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że ze względu na fakt opracowania PFU Przystępujący był w stanie przygotować swoją ofertę w krótszym czasie i skalkulować niższą cenę. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został wykonawcom przedstawiony wraz z SIWZ i mieli oni jednakowo określony czas na przygotowanie oferty, zaś Odwołujący w toku postępowania nie zgłaszał uwag co do terminów wyznaczonych przez Zamawiającego.

Ponadto nie można stwierdzić w tym przypadku naruszenia konkurencji poprzez możliwość skalkulowania ceny niższej niż inni wykonawcy biorący udział w przetargu. Za podstawę wyceny zamówienia należało przyjąć, zgodnie z punktem 3.8 SIWZ, Program funkcjonalno-

użytkowy, z uzupełnieniem o szczegółowe wymagania technologiczne wyszczególnione w punkcie 3.7, z podziałem na etapy. Wcześniejsza znajomość PFU nie była więc wystarczająca do skalkulowania ceny. Ponadto warto zauważyć, że cena jaką zaoferował Przystępujący nie była najniższa – w postępowaniu wpłynęły dwie oferty z niższą ceną.

Podkreślić również należy, że w treści oferty wykonawcy – w tym Odwołujący – złożyli oświadczenie, iż posiadają wszelkie informacje niezbędne do przygotowania oferty. Wskazuje to, że Odwołujący nie został pozbawiony żadnych informacji, które wpływały na możliwość prawidłowego sporządzenia oferty, co potwierdził podpisaniem powyższego oświadczenia.

Ponadto Izba nie potwierdziła podnoszonych przez Odwołującego zarzutów, że Przystępujący brał udział w opracowaniu SIWZ oraz oszacowaniu wartości zamówienia. Odwołujący nie udowodnił udziału Przystępującego w tych czynnościach, a również dokumentacja postępowania nie zawiera żadnych dowodów potwierdzających powyższy zarzut.

W ocenie Izby zakłócenie konkurencji poprzez fakt wykonania PFU przez Przystępującego nie zostało udowodnione, nie można więc stwierdzić, że zaistniały przesłanki wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 9.2 SIWZ wykonawcy zobowiązani byli do przedstawienia wraz z ofertą wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w tym:

- kierownika zespołu projektowego (projektanta lub technologa) z minimum 5-letnim doświadczeniem w projektowaniu obiektów szpitalnych, którzy uczestniczyli w zaprojektowaniu co najmniej jednego obiektu tego typu o powierzchni nie mniejszej niż 1.500 m²,
- projektanta w specjalności architektonicznej bez ograniczeń, z aktualnym wpisem na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego i minimum 5-letnim doświadczeniem zawodowym.

W punkcie 12.3 SIWZ Zamawiający zobowiązał wykonawców do załączenia – w przypadku udziału podwykonawców w realizacji zamówienia – oświadczenia wskazującego tę część zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy, stanowiąc jednocześnie, że nie dopuszcza powierzenia podwykonawcom realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym wykonania prac architektonicznych.

Architekt Jacek W. został wskazany przez Przystępującego w załączniku Nr 4 jako osoba, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia w charakterze kierownika zespołu projektowego oraz projektanta architektury, z zaznaczeniem, że jest to *osoba udostępniona*. Jednocześnie przystępujący załączył do oferty pisemne oświadczenie ww. osoby, w której zobowiązuje się ona *udostępnić firmie Proj-Przem-Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy potencjał, swoją osobę do wykonania niniejszego zamówienia: Opracowania dokumentacji budowlanej i wykonawczej rozbudowy Kujawsko-Pomorskiego Centrum Pulmonologii w Bydgoszczy w części zadania dotyczącego projektu architektonicznego oraz w zakresie kierowania zespołem projektowym.*

Powyższe dokumenty świadczą o tym, że wykazanie architekta Jacka W. w ofercie Przystępującego nastąpiło na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, tj. przez powołanie się na potencjał innych podmiotów w zakresie osób zdolnych do realizacji zamówienia, co zostało potwierdzone przez Zamawiającego i Przystępującego podczas rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W ocenie Izby nie jest zasadne utożsamianie udostępnienia osób zdolnych do realizacji zamówienia przez inny podmiot z podwykonawstwem. Zgodnie ze słownikowym znaczeniem podwykonawstwo polega na wykonywaniu pracy na zlecenie głównego wykonawcy. Nie można jednak interpretować tego pojęcia w oderwaniu od przepisów Pzp dotyczących podwykonawstwa. Istotą podwykonawstwa jest wykonanie określonej części zamówienia. Wynika to z przepisu art. 36 ust. 4, stanowiącego, że Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Oznacza to, że podwykonawca jest podmiotem realizującym samodzielnie dającą się wyodrębnić część zamówienia. Nie można zatem uznać za podwykonawstwo pełnienia funkcji w zespole składającym się z pracowników wykonawcy i pod jego bieżącym kierownictwem.

Oddanie do dyspozycji wykonawcy osób zdolnych do realizacji zamówienia może i w wielu przypadkach będzie polegać na podwykonawstwie, rozumianym jako przejęcie części zamówienia do samodzielnego wykonania przez podmiot trzeci. Może jednak również polegać na udostępnieniu osób, które będą brały udział w wykonywaniu zamówienia przez głównego wykonawcę oraz pod jego nadzorem i kierownictwem. Ustalenie, czy posłużenie się osobami udostępnionymi przez podmioty trzecie ma charakter podwykonawstwa, może nastąpić jedynie z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy, nieuzasadnione jest – w ocenie Izby – stawianie generalnej tezy, iż w każdym przypadku powierzenia osób zdolnych do realizacji zamówienia łączy się z podwykonawstwem.

W rozpatrywanej sprawie nie ma podstaw do przyjęcia, że jedynym możliwym skorzystaniem z potencjału podmiotu trzeciego jest powierzenie części zamówienia na zasadzie

podwykonawstwa. Przeciwnie, istnieją przesłanki do stwierdzenia, że udostępnienie osoby do realizacji zamówienia nie będzie wiązało się z podwykonawstwem. Jak wyjaśnił Przystępujący na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, funkcje, które miały być powierzone ww. osobie polegały na uczestniczeniu w pracach zespołów składających się z pracowników Wykonawcy i pod jego nadzorem, a przy uregulowaniu zasad przyszłej współpracy w przypadku uzyskania zamówienia Przystępujący dopuszczał możliwość zatrudnienia pana Jacka W. Z powyższego wynika brak zamiaru powierzenia do wykonania (na zasadzie podwykonawstwa) części zamówienia do realizacji, ale uczestniczenie podmiotu trzeciego w pracach prowadzonych przez Wykonawcę.

Nie można przy tym uznać, że fakt prowadzenia jednoosobowej działalności gospodarczej przez osobę, która ma uczestniczyć w realizacji zamówienia, przesądza o tym, że będzie brała udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca. O podwykonawstwie decyduje przede wszystkim charakter i zakres czynności oraz sposób ich powierzenia i wykonywania, nie zaś status prawny podmiotu, któremu je powierzono.

Nie można zgodzić się z podniesionym przez Odwołującego zarzutem, że Przystępujący już w dacie składania ofert powinien dysponować osobą, która będzie wykonywać zamówienie. Istotą i celem określonej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp możliwości powołania się na potencjał podmiotów trzecich jest umożliwienie udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne wykonawcom, którzy nie dysponują niezbędnymi zasobami w chwili składania ofert, jeśli wykażą, że w czasie realizacji zamówienia zasoby te zostaną im udostępnione. Jednocześnie ustawodawca uniezależnia możliwość powołania się na zdolności innych podmiotów od charakteru łączącego te podmioty z wykonawcą stosunku prawnego. Jak podkreśla się w orzecznictwie, *bez względu na to, na jakiej podstawie wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jest on uprawniony do ich wskazania w ofercie dla wykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Z zapisów ustawy nie wynika, aby wykonawca musiał być związany z takimi osobami stosunkiem pracy, czy też jakimkolwiek innym węzłem obligatoryjnym. Pojęcie „dysponuje” niewątpliwie jest szersze aniżeli pojęcie „zatrudnia”, czy „jest związany umową” (orzeczenie Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim z 9 października 2008 r., VII Ga 24/08).* Dla wykazania, że w przyszłości wykonawca takim potencjałem będzie dysponował nie jest zatem konieczne w dacie składania ofert legitymowanie się umową, na podstawie której wykonawca będzie korzystał z zasobów innych osób.

Przystępujący poinformował w swojej ofercie, że w zakresie funkcji kierownika zespołu projektowego oraz projektanta architektury będzie opierał się na zdolności innego podmiotu i przedstawił zobowiązanie tego podmiotu, nie działał więc z zamiarem zatajenia tego faktu przed Zamawiającym. Zamawiający miał – w ocenie Izby – prawo zinterpretować ofertę

Przystępującego w taki sposób, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia i że będzie wykonywał zamówienie bez powierzenia realizacji jego części podwykonawcy. Nie było więc podstaw do wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Przewodniczący:

.....