

**WYROK**  
z dnia 15 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Dominik Haczykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lutego 2019 r. przez **Wykonawcę – TOM-INSTAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Gimnazjalnej 6 (51-170 Wrocław) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wiszni Małej** Strzeszów, ul. Lipowa 15 (55-114 Wisznia Mała)

przy udziale

**Wykonawcy – Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Świdnicy przy ul. Towarowej 12-14 (58-100 Świdnica) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1 Oddala odwołanie.**

2 Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę – TOM-INSTAL Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę TOM-INSTAL Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Wykonawcy – TOM-INSTAL Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na rzecz Zamawiającego – Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Wiszni Małej kwotę 4.532 zł 14 gr. (słownie: cztery tysiące pięćset trzydzieści dwa złote, czternaście groszy), tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z dojazdem pełnomocników na rozprawę oraz wynagrodzeniem pełnomocnika zawodowego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**.

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt: KIO 192/19

**Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Wiszni Małej *nabudowę sieci kanalizacji sanitarnej wraz z przepompowniami ścieków w miejscowościach Krzyżanowice i Szymanów, gmina Wisznia Mała – Etap II i Etap III wraz z usunięciem kolizji i linią energetyczną nN 0,4kV oraz układem odwodnienia drogi w ul. Lotniczej w Szymanowice* (nr postępowania: 7/ZP/201), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27.09.2018 r., 2018/S 421085, wobec czynności dotyczących części 1 zamówienia - polegających na wykluczeniu z postępowania, a w konsekwencji odrzuceniu oferty oraz dokonania wyboru oferty konkurencyjnej, Wykonawca TOM-INSTAL Sp. z o.o. z/s we Wrocławiu (dalej jako Odwołujący), wniósł w dniu 4 lutego 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO/192/19).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 26 ust 3 i 4 PZP w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP poprzez naruszenie procedury wezwania Wykonawcy do uzupełnienia braków w zakresie dokumentów dotyczących kryterium podmiotowego co przybrało postać nieprawidłowego sformułowania wezwań skierowanych do Wykonawcy w zakresie wątpliwości dotyczących wykazania warunku dysponowania Specjalistą Kluczowym nr II o odpowiednich uprawnieniach oraz jego niewystarczającego i wprowadzającego w błąd uzasadnienia, co w konsekwencji doprowadziło do wykluczenia Wykonawcy z postępowania ze względu na rzekome niewykazanie przez niego przesłanek podmiotowych;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 26 ust. 3 PZP poprzez wykluczenie Wykonawcy z naruszeniem procedury i podstawy prawnej wykluczenia co przybrało postać w przywołaniu podstawy z art. 26 ust. 3 oraz zarzutu wielokrotnego uzupełniania dokumentów podczas, gdy przepis ten i wynikająca z niego okoliczność nie stanowią podstawy wykluczenia, jak również niewystarczająco precyzyjnego uzasadnienia merytorycznego wykluczenia, dotyczącego niewykazania przez Wykonawcę przesłanek podmiotowych, ponieważ do dnia złożenia odwołania Wykonawca nie otrzymał wyjaśnienia od Zamawiającego, dlaczego zaoferowane osoby na stanowisko Kluczowego Specjalisty II nie spełniały wymogów określonych w dokumentacji;
- 3) art. 92 ust. 1 pkt 2 PZP oraz art. 7 PZP poprzez brak powiadomienia wykonawcy o wykluczeniu oraz nieprawidłowe uzasadnienie prawne i faktyczne wykluczenia, jak również nakładanie na Wykonawcę obowiązków i prowadzenia korespondencji w sposób utrudniający konkurencję.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności w zakresie części 1 zamówienia: wyboru oferty najkorzystniejszej (Przedsiębiorstwa Robót Wodnych i Ekologicznych „Eko-Wod” Sp. z o.o.); wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty i nakazanie dokonania oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający poinformował Odwołującego o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu z postępowania w dniu 23 stycznia 2019 r.

## Uzasadnienie faktyczne i prawne

Po wstępnej ocenie ofert oferta Odwołującego uzyskała najwyższą liczbę punktów w części nr 1 zamówienia, a Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie oświadczenia JEDZ, ewentualnie złożenie poprawionego JEDZ oraz przedstawienie, na podstawie art. 26 ust. 1 PZP, stosownych dokumentów i oświadczeń. Odwołujący przedłożył wykaz osób, w którym wskazani zostali Specjaliści Kluczowi, mający pełnić funkcję Kierownika robót sanitarnych, Kierownika robót elektroenergetycznych oraz Kierownika robót drogowych. Zamawiający następnie pismem z dnia 21.12.2018 r. wystąpił na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 PZP o przedstawienie informacji dotyczących Specjalisty Kluczowego nr II (A. C.) i wyjaśnienie, ewentualnie sporządzenie i przedstawienie poprawnego wykazu osób. Zamawiający powziął wątpliwość, czy uprawnienia osoby proponowanej na stanowisko Kierownika robót elektroenergetycznych są równoważne do aktualnie wydawanych uprawnień do wykonywania samodzielnej funkcji w budownictwie w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń. Zamawiający nie sprecyzował, jaka jest przyczyna jego wątpliwości, a Odwołujący przedstawił nową osobę, składając poprawiony wykaz osób. Zamawiający ponownie zgłosił wątpliwość co do uprawnień nowej osoby, bez dalszego uzasadnienia swoich wątpliwości. Nie mając pełnego obrazu co do kierowanych wezwań, w szczególności co do tego, czy na pierwsze wezwanie należało przedstawić stanowisko prawne, czy też przedstawić alternatywną osobę, Wykonawca dokonał kolejnej zmiany i wskazał nową osobę z uprawnieniami. Kolejnym pismem jakie otrzymał od Zamawiającego była informacja o wyniku postępowania, tj. o wykluczeniu z postępowania oraz wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący dokonał wykładni przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy prezentując we wnioskach, iż Zamawiający powinien w wezwaniu wyraźnie wskazać okoliczności, które miały przemawiać za uznaniem złożonych dokumentów za nieodpowiednie dla postawionych wymagań. Zamawiający powinien dokładnie wskazać, jaką wadę stwierdza i czego oczekuje od Wykonawcy. Rodzaj wezwania, tj. do uzupełnienia, poprawienia lub wyjaśnienia dokumentu, powinien odpowiadać charakterowi wady, a o tym decyduje stanowisko Zamawiającego. Z treści przepisu wynika obowiązek Zamawiającego do jednoznacznego określenia, na etapie wezwania Wykonawcy, na czym polega wadliwość dokumentu oraz skorelowane z tym obowiązkiem uprawnienie Wykonawcy do dokonania jednorazowej zmiany oferty przy uwzględnieniu zakresu wezwania.

W odniesieniu do Specjalisty Kluczowego nr II, przyjmując, że Wykonawca nie złożył dokumentu, powinien być on uzupełniony po przednim wezwaniu o jego uzupełnienie od Zamawiającego. Zamawiający dwukrotnie wskazując na nieprawidłowy sposób wykazania spełnienia warunku podmiotowego przez wskazane osoby (A. C. oraz J. J.), nigdy nie wyraził wprost swoich wątpliwości, ograniczając się wyłącznie do stwierdzenia, iż *w jego ocenie dane uprawnienia budzą wątpliwości*. W pierwszym wezwaniu z 21.12.2018 r. Zamawiający miał zastrzeżenia wobec uprawnień wydanych przed wejściem w życie aktualnych przepisów, wynikające z ograniczenia ich zakresu do „*instalacji i sieci elektrycznych i powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych*”, co rodziło wątpliwość Zamawiającego co do możliwości uznania takich uprawnień za równoważne do aktualnie wydawanych uprawnień bez ograniczeń. Zamawiający nie wskazał dokładnie, że tego typu uprawnienia nie spełniają warunku podmiotowego, a wezwaniem sformułował w sposób alternatywny żądając wyjaśnienia treści, „względnie” złożenia poprawnego wykazu osób wraz z informacjami o tej osobie. Zamawiający nie wyjaśnił również, co miałyby oznaczać sformułowanie „prawidłowy” dokument i czy owa „nieprawidłowość” ma charakter merytoryczny czy formalny. Z tych przyczyn należałoby uznać, iż wezwanie z 21.12.2018 r. nie wywołało skutku prawnego.

Dążąc do uzyskania zamówienia Wykonawca wskazał alternatywną osobę. Zamawiający analogicznie w wezwaniu z 10.01.2019 r. nie wezwał do złożenia „prawidłowych dokumentów”, a jedynie do wyjaśnienia, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, treści złożonego dokumentu. Zamawiający ponownie wskazał na wątpliwość co do kwalifikacji, gdyż ze złożonego dokumentu nie wynika, aby nowa osoba legitymowała się uprawnieniami równoważnymi do uprawnień bez ograniczeń, co podważać miało możliwość uznania, że uprawnienia te są równoważne aktualnie wydawanym uprawnieniom bez ograniczeń. Zamawiający nie wskazał na czym miałyby polegać niezgodność i brak równoważności uprawnień dawnych i obecnych.

Jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do uprawnień budowlanych Specjalisty Kluczowego nr II, musiał dysponować wiedzą, że uprawnienia dwóch pierwszych osób nie są wystarczające, wobec tego bezpodstawne było wzywanie do ich wyjaśnienia.

Ponieważ wcześniejsze wezwania należało traktować jako niebyłe lub wadliwe, Wykonawca wskazał trzecią osobę, niejako z własnej inicjatywy, domyślając się jedynie stanowiska Zamawiającego. Odwołujący dążył do możliwie najpełniejszego wykazania przesłanek podmiotowych, a ostatecznie złożył dokument – do którego treści Zamawiający się nie odniósł – który powinien być uwzględniony, jako prawidłowy.

W odpowiedzi na wezwanie z 10 stycznia 2019 r. Odwołujący złożył brakujący dokument. Zamawiający uznał to działanie za niedopuszczalne wskazując w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, iż Wykonawca działał z przekroczeniem zakresu określonego w wezwaniu. W ocenie Odwołującego nakaz jednokrotnego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jest kierowany do Zamawiającego i nie należy z tego wywodzić podstawy zarzutu stawianego Wykonawcy, który kieruje korespondencją bez wezwania. Wykonawca nie może naruszyć normy, a w razie skierowania pisma do zamawiającego bez wezwania, pismo to powinno zostać pozostawione bez rozpoznania. Zamawiający nie miał zatem podstaw do twierdzenia, iż działania Wykonawcy należało potraktować, jako obejście zakazu wielokrotnego uzupełniania dokumentów. Swoją decyzję zasadniczo opierał na wykazaniu naruszenia zakazu wielokrotnego uzupełniania dokumentów, nie odnosząc się merytorycznie do zakresu uprawnień dwóch pierwszych osób.

Zachowanie Zamawiającego nie wypełniało również normy z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, w której wskazano na obowiązek poinformowania wykonawców o wykluczeniu wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Zamawiający ostatecznie dokonał wyboru oferty droższej, w sytuacji, gdy oferta Odwołującego mieściła się w środkach przeznaczonych na realizację zamówienia, co może rodzić wątpliwości pod kątem przestrzegania art. 7 Pzp, jak i ogólnych zasad i celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. racjonalnego i optymalnego dysponowania środkami publicznymi.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca – Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świdnicy (dalej zwany

Przystępującym lub Uczestnikiem).

Zamawiający w piśmie z dnia 13.02.2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

### **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego. Z uwagi na skutek, jaki dla ofert Odwołującego wywoływała decyzja o jego wykluczeniu z postępowania i dokonaniu wyboru oferty konkurencyjnej, Odwołujący posiadał interes we wniesieniu odwołania, którym dąży do uchylecia podjętych w postępowaniu czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej. Stąd odwołanie, którego żądaniem jest między innymi przywrócenie oferty Odwołującego do oceny, stanowi jedyny środek do uzyskania przedmiotowego zamówienia.

### **Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty Odwołującego, a także jego wyjaśnień i dokumentów złożonych w toku postępowania, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.**

Przedmiot zamówienia stanowi robotą budowlaną realizowaną w ramach projektu pn.: „Budowa systemu gospodarki wodno-ściekowej w aglomeracji Wrocław-Psary, Szymanów, Krzyżanowice”, współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej z Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020. Zamówienie podzielone zostało na dwie części, z których pierwsza obejmuje budowę sieci kanalizacji sanitarnej wraz z odgałęzieniami kanalizacyjnymi do granic posesji w miejscowości Krzyżanowice o długości około 7,1 km (w tym kanały grawitacyjne zbiorcze wraz z odgałęzieniami kanalizacyjnymi do granic posesji – 6,7 km, przewody tłoczone – 0,4 km).

Zamawiający w siwz oddzielnie ustalił wymagania dla obu części. W pkt 9 ppkt 3 siwz dla części 1 Zamawiający wymagał dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj.: Specjalistą Kluczowym nr I – Kierownikiem budowy/Kierownikiem robót sanitarnych (1 osoba), Specjalistą Kluczowym nr II – Kierownikiem robót elektroenergetycznych (1 osoba), Specjalistą Kluczowym nr III – Kierownikiem robót drogowych (1 osoba). Dla każdego ze specjalistów Zamawiający określił wymagania, w tym dla Specjalisty Kluczowego nr II – w zakresie kwalifikacji i umiejętności, osoba ma posiadać uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń, a także co najmniej 3-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót.

Zamawiający w pkt 10 siwz zastrzegł zastosowanie tzw. procedury odwróconej, w której najpierw dokonywana jest ocena ofert, a następnie wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, zostaje zbadany pod kątem braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W tym celu Zamawiający wskazał w pkt 10 ppkt 4 siwz dokumenty, jakie należy złożyć w wyznaczonym terminie, aktualne na dzień złożenia, tj. między innymi wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia oraz wykształcenia tych osób, wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, sporządzony w oparciu o wzór stanowiący załącznik nr 5 do IDW.

Na część 1 zamówienia złożone zostały trzy oferty, z których najwyżej oceniona zostało oferta Odwołującego (95 pkt).

Pismem z dnia 5.12.2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 1 oraz 26 ust. 2f Ustawy do przedstawienia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów, w tym wykazu skierowanych do realizacji zamówienia osób.

Pismem z dnia 14.12.2018 r. Odwołujący przedstawił wykaz osób wskazując, jako Specjalistę Kluczowego nr II – A. C. (zasób własny) wraz z opisem wykształcenia (technik elektromechanik) i uprawnień zawodowych stwierdzonych decyzją nr 644/94/UW. Wraz z wykazem Wykonawca przedstawił kopię decyzji o stwierdzeniu przygotowania zawodowego nr 644/94/UW z dnia 17.XII.1994r. wydanej na podstawie przepisów rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46 z późn. zm.). Decyzją ta nadaje upoważnienie do *kierowania, nadzorowania i kontrolowania technicznego budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania elementów konstrukcyjnych instalacji oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie instalacji i sieci elektrycznych – o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych (pkt 1); do sporządzenia projektów instalacji elektrycznych w budownictwie jednorodzinym zagrodowym oraz innych budynkach o kubaturze do 1000 m<sup>3</sup> (pkt 2).*

Pismem z dnia 21.12.2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy, do złożenia wyjaśnień dotyczących informacji o osobie wskazanej do pełnienia funkcji Specjalisty Kluczowego nr II, względnie o sporządzenie i przedstawienie poprawnego wykazu osób. Zamawiający uzasadnił to wezwaniem wskazując na zawarte w decyzji nr 644/94/UW swoiste ograniczenie zakresowe uprawnień A. C., posiadającego średnie wykształcenie techniczne, zawierające się w zwrocie „instalacji i sieci elektrycznych o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych”. Zamawiający wskazał na wątpliwość czy uprawnienia te są uprawnieniami, które mogą być uznane za równoważne do aktualnie wydawanych uprawnień do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń. Dodatkowo Zamawiający wskazał, iż w opisie doświadczenia zawodowego tej osoby nie zostały określone zakresy czasowe inwestycji podanych w załączniku nr 5, w związku z czym nie można wywieść, iż posiada ona co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego, rozumianego jako 36 miesięcy wykonywania czynności na stanowisku kierownika budowy – kierownika robót.

W piśmie z dnia 4.01.2019 r. Odwołujący, wobec zastrzeżeń Zamawiającego, wskazał nową osobę – J. J. z wykształceniem technik elektromechaniki posiadającego uprawnienia stwierdzone decyzją nr. 146/UW/90, której kopię Wykonawca przedłożył, a także przedstawił opis doświadczenia zawodowego zdobytego na stanowisku kierownika

budowy. Przedłożona decyzja wydana została 13.05.1990 r. na podstawie przepisów rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46 z późn. zm.). Decyzją ta nadaje upoważnienie *dokierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcji elementów sieci i instalacji oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie sieci i instalacji elektrycznych – o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych (pkt 1); do sporządzenia w budownictwie osób fizycznych projektów sieci i instalacji elektrycznych – o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych i schematach technicznych (pkt 2).*

Pismem z dnia 10.01.2019 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 Ustawy o wyjaśnienie zakresu uprawnień nowej osoby proponowanej na stanowisko kierownika robót elektroenergetycznych. Zamawiający wskazał, iż z przedłożonych dokumentów wynika, że osoba ta posiada około 37 miesięcy doświadczenia zawodowego oraz posiada uprawnienia stwierdzone decyzją z dnia 13.05.1990 r., z której nie wynika, aby posiadał uprawnienia bez ograniczeń. Zamawiający wskazał na wykształcenie średnie techniczne oraz ujęte w treści uprawnień swoiste ograniczenie zawarte w opisie „Obywatel J. J. jest upoważniony do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów sieci i instalacji oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie sieci i instalacji elektrycznych – o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych”. Wobec powyższego Zamawiający wniósł o przedstawienie *wyjaśnień umożliwiających uznanie, iż osoba proponowana do pełnienia funkcji Specjalisty Kluczowego nr II – Kierownik robót elektroenergetycznych, tj. Pan J. J. legitymuje się uprawnieniami równoważnymi do uprawnień wymaganych postanowieniami SIWZ.*

Pismem z dnia 14.01.2019 r. Odwołujący wskazał nową osobę – H. K. uprawnionego do wykonywania samodzielnych funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie instalacji elektrycznych, co potwierdzać ma złożona decyzja nr 623/87/UW z 1987 r. Z przedstawionej decyzji wynika, iż osoba ta posiada wyższe wykształcenie – inżynier elektryk i jest upoważniona do *kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów instalacji oraz oceniania i budowy stanu technicznego w zakresie instalacji elektrycznych (pkt 1); do sporządzenia w budownictwie osób fizycznych projektów instalacji elektrycznych (pkt 2).* W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący wskazał, iż określenie w decyzji, że osoba uprawniona jest do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w zakresie instalacji elektrycznych, bez wyszczególnienia poszczególnych specjalizacji, uzasadnia wniosek, że posiada pełny zakres specjalności, wobec czego uprawnienia nadane, z uwzględnieniem różnic terminologicznych i zakresowych, wynikających z obowiązujących uprzednio regulacji, są równoważne z obecnymi uprawnieniami „bez ograniczeń”.

Pismem z dnia 23.01.2019 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyniku postępowania, tj. wyborze w części 1 zamówienia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” Sp. z o.o. oraz o wykluczeniu z postępowania Odwołującego (odrzućeniu oferty). W uzasadnieniu decyzji i wykluczeniu Zamawiający przedstawił chronologicznie składane w odpowiedzi na jego wezwania pisma, które uniemożliwiały uznanie, że Wykonawca w sposób prawidłowy wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu wobec Specjalisty Kluczowego nr II, bowiem wbrew kierowanym wezwaniom, nie wykazał iż osoby proponowane na to stanowisko (A. C., J. J.), legitymowały się uprawnieniami równoważnymi do aktualnie przyznawanych uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń. Zamawiający wskazał jako niedopuszczalne uzupełnienie wykazu na wezwanie z dnia 10.01.2019 r., które miało włącznie na celu umożliwienie złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu uprawnień osoby wskazanej w uzupełnionym już raz wykazie osób (J. J.). Ponadto, Zamawiający wskazał, iż tylko w odniesieniu do pierwszej osoby Pana A. C. Wykonawca złożył oświadczenie o dysponowaniu osobą w momencie składania ofert. W związku z powyższym Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy i nie była ona brana pod uwagę przy ostatecznej kwalifikacji punktowej złożonych ofert.

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zasadniczym dla rozstrzygnięcia pozostawało ustalenie, czy złożone w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego dokumenty dotyczące osoby wskazanej do pełnienia funkcji Specjalisty Kluczowego nr II -kierownika robót elektroenergetycznych, potwierdzały posiadanie uprawnień wskazanych w IDW, jako *uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń.*

Zagadnieniem dalszym było natomiast ustalenie, czy wezwania, które Zamawiający kierował do Wykonawcy zawierały informację precyzyjną, tj. pozwalającą Wykonawcy na ustalenie skąd wynikały wątpliwości dotyczące wskazanych osób i jakiego działania Zamawiający oczekiwał.

Odnosząc się do pierwszej z kwestii należy przede wszystkim wskazać, iż Zamawiający słusznie swoją uwagę skupił na ocenie wykazu złożonego na wezwanie z dnia 5.12.2018 r. oraz dokumentu uzupełnionego za pismem Odwołującego z dnia 4.01.2019 r. Zamawiający nie mógł natomiast przyjąć, jako wywołującego skutek prawny, uzupełnionego po raz drugi wykazu osób, który został złożony w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia zakresu uprawnień osoby wskazanej, w zastępstwie osoby ujętej w pierwszym wykazie osób. Słusznie ujął to Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, iż działanie Wykonawcy stanowiło próbę obejścia zakazu wielokrotnego uzupełniania dokumentów, wywodzonego z wykładni art. 26 ust. 3 Ustawy w związku z art. 7 Ustawy. Nie może budzić wątpliwości, iż Wykonawca miał możliwość złożenia wyjaśnień do pierwotnego wykazu osób, jak również złożenia prawidłowego dokumentu, gdyby same wyjaśnienia dotyczące pierwszej osoby nie były wystarczające do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Z takiej możliwości skorzystał wskazując nową osobę w uzupełnionym wykazie osób. Ponieważ Zamawiający przy każdym z wezwań w sposób jasny sygnalizował dlaczego uprawnienia danej osoby budziły jego wątpliwości, Wykonawca nie powinien mieć kłopotów z ustaleniem, dlaczego Zamawiający kwestionuje przedłożone dokumenty. Zarówno kwestia wykształcenia, jak i przepisów, na jakich wydane były uprawnienia dla osób mających pełnić funkcję kierownika robót elektroenergetycznych, powiązane były z oceną uprawnień, jako równoważnych do obecnie wydawanych uprawnień bez ograniczeń. W dalszej części uzasadnienia Izba szerzej odniesie się do procedury i wezwań kierowanych do Wykonawcy.

W świetle dokonanego uzupełnienia dokumentu (wykazu osób), podstawą oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu były uprawnienia pan J. J., którego Odwołujący podał w miejsce pana A. C., na co wskazuje nie tylko chronologia działań, ale także brak uzupełnienia opisu doświadczenia, które pozwalałoby uznać, iż Pan A. C. posiada co

najmniej 3-letnie doświadczenie zawodowe. Wynik oceny przygotowania zawodowego osoby wskazanej decydował o czynnościach, jakie Zamawiający zobowiązany był podjąć w postępowaniu. Gdyby bowiem uznać, że uprawnienia nadane decyzją nr 146/UW/90 z 13.05.1990, są równoważne dla wymaganych wobec Specjalisty Kluczowego nr II uprawnień *do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń*, wówczas upadła by podstawa decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Przy odmiennej ocenie zakresu uprawnień, decyzja o wykluczeniu z postępowania miałaby natomiast uzasadnienie faktyczne i prawne. Odwołujący na rozprawie nie przedstawił dalszych dowodów, które wykazałyby poza treść decyzji przedłożonej wraz z uzupełnionym wykazem osób, która stanowiła istotny dla rozstrzygnięcia element stanu faktycznego.

Odnosząc się zatem do uprawnień osoby mającej pełnić funkcję przypisaną Specjaliście Kluczowemu nr II, przy ich wykładni należało uwzględnić zarówno kwestię posiadanego wykształcenia, jak i opis ich zakresu ujęty decyzją nr 146/UW/90 w pkt pierwszym, jako uprawnienie do: *kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcji elementów sieci i instalacji oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie sieci i instalacji elektrycznych – o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych*. Analizy tej należało dokonać w świetle przepisów, na podstawie, których decyzja została wydana, czyli obowiązującego w dacie 13.05.1990 r. rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46 z późn. zm.). Zgodnie z § 5 ust. 2 osoby ze średnim wykształceniem technicznym mogą pełnić funkcje techniczne, o których mowa w ustępie 1 (tj. kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie techniczne budowy i robót), wyłącznie przy budowie budynków, budowli i instalacji i powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością techniczno-budowlaną, a osoby o których mowa w ust. 1 pkt 3 i 4 – wyłącznie przy wykonywaniu robót budowlanych objętych danym rzemiosłem. Podobne rozróżnienie zakresu uprawnień wprowadzone zostało do pełnienia funkcji projektanta w § 2 ust. 2 rozporządzenia, w którym dla osób ze średnim wykształceniem ograniczono możliwość wykonywania samodzielnej funkcji projektanta w budownictwie osób fizycznych (dla specjalności architektonicznej) oraz w obiektach budowlanych, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych (inne specjalności techniczno-budowlane). Zwrot „o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych” został przywołany w treści decyzji, co nie miało już miejsca w przypadku decyzji określającej uprawnienia budowlane osoby o wyższym wykształceniu – inżyniera elektryka, wydanej również w czasie obowiązywania przepisów tego rozporządzenia. Już stąd płynnie wniosek, iż użyty w opisie uprawnień zwrot „o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych” oznacza, iż uprawnienia zostają ograniczone do tego rodzaju sieci i instalacji, a *contrario* nie są uprawnieniami bez ograniczeń. Potwierdza to również przedłożona przez Przystępującego opinia opublikowana na stronie dotycząca uprawnień budowlanych w zakresie specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie sieci elektrycznych, w której wskazuje się cyt.: „Pierwotne brzmienie § 13 ust. 1 pkt 4 lit d) wskazuje, że w specjalności „elektrycznej” uprawnienia budowlane nadawane były wyłącznie do instalacji. W tym przypadku szczególnego znaczenia nabiera brzmienie cytowanego na wstępie § 1 rozporządzenia. Jedynie zakres praktyki zawodowej, dokumentowanej przez osobę ubiegającą się o nadanie uprawnień budowlanych decydował o tym, czy uprawnienia obejmują instalację, sieci, czy łącznie instalacje i sieci elektryczne. Jeżeli w decyzji o stwierdzeniu posiadania przygotowania zawodowego nie zawarto ograniczenia zakresu uprawnień wynikającego z zakresu odbytej praktyki zawodowej, w przypadku osób z wykształceniem wyższym, uprawnienia obejmują pełny zakres specjalności, w brzmieniu określonym po zmianie przepisów w tym zakresie wprowadzonej w 1988 roku”.

Odnosząc powyższe do uprawnień budowlanych osoby mającej pełnić funkcję Specjalisty Kluczowego nr II - ustalonych w decyzji nr 146/UW/90, należy wskazać, iż nadawano one upoważnienie do *kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcji elementów sieci i instalacji oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie sieci i instalacji elektrycznych – o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych*. Uwzględniając jednocześnie wykształcenie jakie osoba ta posiadała w momencie wydania uprawnień, tj. średnie, jak również użyte w ostatnim fragmencie cytowanego opisu sformułowanie „o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych”, w ocenie Izby nie można mówić, aby uprawnienia te były tożsame z wymaganymi w postępowaniu uprawnieniami bez ograniczeń. Odwołujący nie przedstawił odmiennej interpretacji uprawnień budowlanych, o jakie mógł wystąpić już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a które mogłyby stanowić wiążący dowód w sprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą. Mając zatem na uwadze jedynie przepisy obowiązujące w dacie wydania uprawnień budowlanych, jak również dostępne na stronie opinie Izba uznała, iż użycie w decyzji potwierdzającej uzyskanie uprawnień budowlanych, jak również w treści przepisów, na podstawie których decyzja została wydana, zwrotu „o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych” wskazuje, iż osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika robót elektroenergetycznych posiada uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie, a tym samym nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

W świetle powyższego Zamawiający w sposób prawidłowy uznał, iż Wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy, a podnoszone w tym zakresie zarzuty nie miały oparcia faktycznego oraz prawnego. Ponieważ Wykonawca nie kwestionował treści warunku, jak również miał świadomość istniejących trudności w ocenie dokumentów stwierdzających przygotowanie zawodowe, wydanych na gruncie wcześniejszych regulacji prawnych, podnoszone w odwołaniu zarzuty, w których kwestionował prawidłowość wezwań kierowanych do niego, Izba oceniła jako działanie powodowane potrzebą zmiany spojrzenia na decyzje Zamawiającego, niezależnie od merytorycznej jej oceny. Przede wszystkim, co zostało już odnotowane na wstępie, Zamawiający sygnalizował w sposób jasny, iż wątpliwości dotyczą uprawnień nadanych osobom o średnim wykształceniu, zawierających swoiste ograniczenie zakresowe uprawnień zawierające się w zwrocie „instalacji i sieci elektrycznych o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych”. Dotyczy to zarówno wezwania z 21.12.2018 r., jak i z dnia 10.01.2019 r. Odwołujący dwukrotnie wskazał osoby ze średnim wykształceniem i uprawnieniami wydanymi w oparciu o te same przepisy, w których treści wskazano na „instalacje i sieci elektryczne o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych”. Trudno było się dopatrzeć w tych okolicznościach błędu w działaniu Zamawiającego, wątpliwości mogą natomiast dotyczyć dochowania przez Wykonawcę staranności. Brak było logicznego uzasadnienia do tego, aby ponownie wskazać osobę o identycznym zakresie uprawnień, jak te które podważał Zamawiający, bez jednoczesnego wykazania, iż to Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił uprawnienia pierwszej osoby. Również na rozprawie Odwołujący nie był przygotowany do tego, aby wykazać przed Izbą, iż przedłożone dokumenty potwierdzały spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący zmierzał bowiem do podważenia skuteczności samej procedury wezwania o uzupełnienie dokumentów, bez merytorycznej oceny uprawnień dwóch pierwszych osób, jakie wskazał do pełnienia funkcji przewidzianej dla Specjalisty Kluczowego nr II. Gdyby przyjąć ten kierunek działania, wówczas należałoby się zastanowić

czy trzecia osoba już o wyższym wykształceniu i uprawnieniach, w których treści nie było ograniczenia do instalacji i sieci elektrycznych o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, spełnia warunek udziału w postępowaniu. Ponieważ obiektywnie Zamawiający dochował staranności wskazując w wezwaniach na okoliczności mające znaczenie dla oceny uprawnień, które kwestionował jako odpowiednie, Izba nie miała podstaw do przyjęcia, że doszło do naruszenia trybu przewidzianego w art. 26 ust. 3 Ustawy dla uzupełnienia dokumentów. Tym samym trzeci wykaz osób i wskazana w nim osoba do pełnienia funkcji kierownika robót elektroenergetycznych pozostawał poza zakresem oceny. Sam Odwołujący przyznał w odwołaniu, iż dokument ten należało traktować jako niezłożony, a zatem pozostający bez wpływu na ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Ostatni z zarzutów, jaki podniósł Odwołujący dotyczy naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Ustawy oraz art. 7 Ustawy, do naruszenia których miało dojść przez brak powiadomienia Wykonawcy o wykluczeniu oraz nieprawidłowe uzasadnienie prawne i faktyczne wykluczenia, jak również nakładanie na Wykonawcę obowiązków i prowadzenia korespondencji w sposób utrudniający konkurencję.

Odnosząc się do tak postawionego zarzutu Izba miała na uwadze treść zawiadomienia z dnia 23.01.2019 r. o wyniku postępowania, tj. wyborze w części 1 zamówienia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” Sp. z o.o. oraz wykluczeniu z postępowania Odwołującego (odrzuconiu oferty). W uzasadnieniu decyzji i wykluczeniu Zamawiający przedstawił chronologicznie składane w odpowiedzi na jego wezwania pisma, które uniemożliwiały uznanie, że Wykonawca w sposób prawidłowy wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu wobec Specjalisty Kluczowego nr II, bowiem wbrew kierowanym wezwaniom, nie wykazał iż osoby proponowane na to stanowisko (A. C., J. J.), legitymowały się uprawnieniami równoważnymi do aktualnie przyznawanych uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń. Zamawiający wskazał, jako niedopuszczalne uzupełnienie wykazu na wezwanie z dnia 10.01.2019 r., które miało wyłącznie na celu umożliwienie złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu uprawnień osoby wskazanej w uzupełnionym już raz wykazie osób (J. J.). Ponadto, Zamawiający wskazał, iż tylko w odniesieniu do pierwszej osoby Pana A. C. Wykonawca złożył oświadczenie o dysponowaniu osobą w momencie składania ofert. W związku z powyższym Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy i nie była ona brana pod uwagę przy ostatecznej kwalifikacji punktowej złożonych ofert.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała zarzut za gołostowny. Przede wszystkim nie można mówić o braku uzasadnienia, czy też nieprawidłowym uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu z postępowania w sytuacji, gdy Zamawiający wprost odnosi się do okoliczności związanej z oceną spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wcześniej sygnalizowaną w wezwaniach o uzupełnienie dokumentów. Obiektywnie patrząc na podejmowane czynności związane z oceną dokumentu, nie powinno być zaskoczeniem uzasadnienie jakie przedstawił Zamawiający. Sam Odwołujący przyznał, że miał kłopot z ustaleniem faktycznego stanu uprawnień osób, które przedstawił Zamawiającemu do oceny, co jednak nie czyniło jeszcze decyzji Zamawiającego niezasadną, czy też gołostowną. Zamawiający związany był wskazaniem Wykonawcy, a wynik postępowania odwoławczego nie zmienił dokonanej oceny dokumentów.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 ). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. oraz uzasadnione koszty Zamawiającego, stwierdzone rachunkami przedłożonymi przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nim Odwołującego.

**Przewodniczący: .....**