Sygn. akt: KIO 240/19

WYROK
z dnia 27 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant:Adam Skowroński
po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lutego 2019 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Oleśnicy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Gminę Żórawina
przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych "EKO-WOD" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Świdnicy, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz
przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Wodno-Melioracyjne w Ząbkowicach Śląskich spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ząbkowicach Śląskich, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Gminie Żórawina unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Oleśnicy z postępowania.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Gminę Żórawina i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Oleśnicy tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od zamawiającego – Gminy Żórawina na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Oleśnicy kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.
Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 240/19

U z a s a d n i e n i e

I. Gmina Żórawina (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa systemu kanalizacji w aglomeracji Żórawina - etap I - Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Mędłów i miejscowości Rzeplin".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 19 grudnia 2019 r., nr 648870-N-2018. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).
W dniu 11 lutego 2019 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Oleśnicy (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu:
1.naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych, poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z przepisami wykluczenie Odwołującego z uwagi na niepotwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu - ponieważ jak wskazuje Zamawiający:
-Kierownik robót elektrycznych nie spełnia warunków opisanych w § 6 ust. 2 pkt 3 ppkt 3.3) lit. c tiret I) Instrukcji dla Wykonawców SIWZ tj. wykonawca nie wykazał, że proponowana osoba posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót elektrycznych w ramach jednego zadania obejmującego budowę kanalizacji wraz z co najmniej dwoma przepompowniami sieciowymi,
-wykonawca dysponuje osobą na stanowisku kierownika robót elektrycznych pośrednio - umowa zlecenie. Wykonawca przy składaniu oferty oraz przy uzupełnieniu oświadczenia dotyczącego przesłanek wykluczenia z postępowania oświadczył, że nie będzie powoływał się na zasoby innych podmiotów, tj. że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, a taka zmiana sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest niedopuszczalna, gdyż w sposób istotny zmienia treść oferty,
co nie jest prawdziwe, w związku z czym doszło również do naruszenia art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie oferty za odrzuconą.
2.naruszenie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1) Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 w zakresie dotyczącym potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym doświadczenia wykazanego dla p. M. D., zarówno jeśli chodzi o zakres zrealizowanych prac jak i podstawę dysponowania ww. osobą przez Odwołującego, w sytuacji gdy z ww. przepisu taki obowiązek wynika;
3.naruszenie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych w zw. z §2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej „Rozporządzenie o dokumentach") poprzez zaniechanie zwrócenia się bezpośrednio do właściwego podmiotu na rzecz którego roboty budowlane wykazane dla p. M. D. i były wykonywane o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie, w sytuacji gdy istniały wątpliwości Zamawiającego skutkujące nieuznaniem wykazanego przez Odwołującego doświadczenia;
4.naruszenie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych oraz ust. 2 pkt 1) poprzez zaniechanie przeprowadzenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez Odwołującego oferty - ponieważ jak wskazuje Zamawiający:

-wykonawca dysponuje osobą na stanowisku kierownika robót elektrycznych pośrednio - umowa zlecenie. Wykonawca przy składaniu oferty oraz przy uzupełnieniu oświadczenia dotyczącego przesłanek wykluczenia z postępowania oświadczył, że nie będzie powoływał się na zasoby innych podmiotów, tj. że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, a taka zmiana sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest niedopuszczalna, gdyż w sposób istotny zmienia treść oferty.
co nie jest prawdziwe i powinno co najwyżej skutkować poprawieniem oczywistej omyłki pisarskiej;
5.naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych poprzez wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty bez podania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego - ponieważ jak wskazuje Zamawiający:
-Kierownik robót elektrycznych nie spełnia warunków opisanych w § 6 ust. 2 pkt 3 ppkt 3.3) lit. c tiret I) Instrukcji dla Wykonawców SIWZ tj. wykonawca nie wykazał, że proponowana osoba posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót elektrycznych w ramach jednego zadania obejmującego budowę kanalizacji wraz z co najmniej dwoma przepompowniami sieciowymi, przy czym Zamawiający nie wskazuje, który element warunku nie został spełniony przez Odwołującego, ograniczając się jedynie do przytoczenia treści brzmienia warunku, co nie pozwala Odwołującemu w pełni odnieść się do argumentacji Zamawiającego, a tym samym powinno pozbawić waloru ważności tak opublikowanej informacji o wykluczeniu Odwołującego.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:
Zamawiający w treści pisma z dnia 06.02.2019 r. o wykluczeniu Odwołującego, jako podstawę prawną swojej decyzji wskazał art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych, tj. nie wykazanie przez Odwołującego spełniania warunków udziału w postępowaniu, ponieważ zdaniem Zamawiającego:
-Kierownik robót elektrycznych nie spełnia warunków opisanych w § 6 ust. 2 pkt 3 ppkt 3.3) lit. c tiret I) Instrukcji dla Wykonawców SIWZ tj. Wykonawca nie wykazał, że proponowana osoba posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót elektrycznych w ramach jednego zadania obejmującego budowę kanalizacji wraz z co najmniej dwoma przepompowniami sieciowymi,
-wykonawca dysponuje osobą na stanowisku kierownika robót elektrycznych pośrednio - umowa zlecenie. Wykonawca przy składaniu oferty oraz przy uzupełnieniu oświadczenia dotyczącego przesłanek wykluczenia z postępowania oświadczył, że nie będzie powoływał się na zasoby innych podmiotów, tj. że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, a taka zmiana sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest niedopuszczalna, gdyż w sposób istotny zmienia treść oferty.

Wskazana wyżej ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest zdaniem Odwołującego bezpodstawna, bezzasadna i niezgodna z przepisami Prawa zamówień publicznych.
I. Odnośnie spełnienia wymogu posiadania doświadczenia przez Kierownika robót elektrycznych:

Zgodnie z treścią §6 pkt 4 SIWZ „Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu nastąpi w formule „spełnia - nie spełnia" w oparciu o informacje przedstawione przez Wykonawcę w oświadczeniach i dokumentach wymaganych w toku postępowania". Zgodnie z oświadczeniem Odwołującego złożonym na podstawie art. 25a ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zawartym w treści Załącznika nr 1 do IDW, Odwołujący jednoznacznie potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Dodatkowym potwierdzeniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu było oświadczenie i informacje zawarte w treści Załącznika nr 6 do IDW - Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego. W odniesieniu do p. M. D. - kierownika robót elektrycznych, wskazano wymagane dla tego stanowiska doświadczenie. W szczególności Odwołujący wskazał w wykazie odpowiedni okres doświadczenia oraz realizację funkcji kierownika robót elektrycznych związanych z budową 2 szt. przepompowni ścieków na terenie zakładu Tarczyński S.A. Powyższe dwa oświadczenia w sposób kompletny i kompleksowy potwierdziły postawiony dla kierownika robót elektrycznych warunek.

Odwołujący nie znajduje podstaw dla stwierdzenia przez Zamawiającego - chociaż wyraźnie takie stwierdzenie nie zostało wyartykułowane w treści pisma o wykluczeniu Wykonawcy (co stanowi odrębną podstawę zarzutu odwołania) - iż wskazana osoba nie posiada wymaganego doświadczenia jako kierownik robót elektrycznych w ramach jednego zadania obejmującego budowę kanalizacji wraz z co najmniej dwoma przepompowniami sieciowymi. Wydaje się - chociaż Odwołujący nie ma całkowitej pewności - że istotą podstawy wykluczenia jest wątpliwość Zamawiającego co do tego czy wykazane doświadczenie dotyczyło 2 szt. przepompowni sieciowych. W tym względzie Odwołujący z całą stanowczością wskazuje, iż:
-po pierwsze - Zamawiający nie zdefiniował w treści SIWZ pojęcia przepompownia sieciowa, a zatem nie ma jednoznacznych podstaw do jakiego rodzaju przepompowni odnosić ww. wymóg. W ustawodawstwie brakuje legalnej definicji pojęcia przepompowni sieciowej. Nie jest to również pojęcie oficjalnie przyjęte przez organy/podmioty stosujące przepisy prawa budowlanego. Jedynie pewnego rodzaju zręby dla zrozumienia tego pojęcia możemy odnaleźć w literaturze branżowej i poglądach uczestników tego rynku. Jak wskazuje się w publikacji dostępnej pod adresem: https://poradnikprojektanta.pl/sieciowe-przydomowe-i-domowe-pompownie-sciekow-producenci/ powszechnie przyjmuje się rozróżnienie na trzy podstawowe typy pompowni: pompownie sieciowe, pompownie przydomowe i pompownie domowe.

Ww. artykuł definiuje trzy typy pompowni w następujący sposób:
- pompownie sieciowe - są automatycznymi urządzeniami do przepompowywania ścieków w systemach kanalizacji grawitacyjno-ciśnieniowej i ciśnieniowej. Stosowane pompy pozwalająca tłoczenie surowych ścieków komunalnych oraz cieczy zanieczyszczonych miękkimi ciałami stałymi i ciałami włóknistymi, wody z piaskiem i szlamem oraz wody drenażowej.
- przydomowe pompownie przetłaczają ścieki bytowe oraz fekalia z indywidualnych posesji i gospodarstw rolnych do kanalizacji lub oczyszczalni przydomowych. Dodatkowo mają zastosowanie jako:
- przepompowywanie ścieków z niewielkich obiektów gospodarczych, handlowych i użyteczności publicznej,
- punkty tłoczne w sieciach kanalizacji ciśnieniowej,
- przepompownie lokalne wody zanieczyszczonej, w tym wody drenażowej i opadowej.

Pompownie domowe do instalacji w budynku mają zastosowanie do przetłaczania ścieków zawierających fekalia w celu odwadniania miejsc odpływu usytuowanych poniżej poziomu zalewania w budynkach prywatnych lub użyteczności publicznej.
Podobne wnioski nasuwają się na podstawie podziału przepompowni na sieciowe i przydomowe opisanego na kolejnej dostępnej stronie: http://www.puraqua.pl/przepompownie-sieciowe/
Wg. definicji zawartych na ww. stronie:
Przepompownie sieciowe (...) to kompletne, w pełni zautomatyzowane urządzenia, nie wymagające stałej obsługi, przeznaczone do pompowania ścieków w systemach kanalizacji grawitacyjno-ciśnieniowej. Przepompownie (...) służą

do pompowania ścieków sanitarnych, ścieków opadowych, wód drenażowych i ścieków przemysłowych.

Przydomowa przepompownia ścieków (...) przeznaczona jest do pompowania ścieków bytowo- gospodarczych z gospodarstw indywidualnych lub małych wspólnot w systemach kanalizacji grawitacyjno-ciśnieniowej i ciśnieniowej.

Jak wskazują powyższe definicje zasadniczą cechą odróżniającą poszczególne rodzaje przepompowni jest rodzaj ścieków, które obsługuje przepompownia: ścieki bytowe - przepompownie domowe/przydomowe, pozostałe ścieki, w tym ścieki przemysłowe - przepompownie sieciowe.

Ww. układ definicyjny pozwala postawić następującą tezę:

Jeśli wyrażenie - budowa 2 szt. przepompowni ścieków w zakresie zasilania energetycznego na terenie zakładu jest budową przepompowni przydomowej/domowej - będzie nieprawdziwe, to a contrario jedynie prawdziwe będzie stwierdzenie - budowa 2 szt. przepompowni ścieków w zakresie zasilania energetycznego na terenie zakładu jest budową przepompowni sieciowej.

Już ww. porównanie definicji jednoznacznie zdaniem Odwołującego wskazuje, że w przypadku doświadczenia wskazanego dla p. M. D. - kierownika robót elektrycznych, nie można potwierdzić, że realizacja budowy dotyczyła przepompowni przydomowej/domowej. O powyższym świadczą informacje zawarte m.in. w wykazie osób, który przedstawił w toku postępowania Odwołujący - wyraźnie wskazano, że budowa dotyczyła przepompowni na terenie zakładu, a więc nie indywidualnego gospodarstwa, a zatem dotyczyła ścieków przemysłowych. A skoro tak, to jedynie słuszne jest stwierdzenie, że ww. budowa dotyczyła przepompowni sieciowej.

Ponadto, skoro Zamawiający nie zdefiniował kategorii znaczeniowej przepompowni sieciowej, to obecnie można przypisywać tej kategorii różnego rodzaju znaczenie. M.in. można hipotetycznie sformułować pogląd, iż przepompownia sieciowa to również taka, która jest przykładowo włączona w sieć/system IT i jest zarządzana/nadzorowana w ramach takiej sieci. W związku z brakiem definicji tego pojęcia, wielość potencjalnych definicji, które można byłoby przyłożyć do przedmiotowego zagadnienia jest w zasadzie nieograniczona. Skoro tak, to za jak najbardziej słuszne należy uznać jednolite poglądy w orzecznictwie KIO potwierdzające, że wszelkie niejasności lub wątpliwości nie mogą działać na niekorzyść wykonawcy.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia określa wzajemne prawa i obowiązki stron wynikające z przystąpienia do postępowania. Pozwala wykonawcom dowiedzieć się, czego dokładnie oczekuje od nich zamawiający. Czy wykonawcy będą w stanie wykonać dane zamówienie oraz jakie są warunki udziału w postępowaniu. Stanowi ona oświadczenie woli zamawiającego, które podlega wykładni przy zastosowaniu zasad określonych w art. 65 k.c. (zob. wyrok KIO z 31.03.2014 r., KIO 503/14). Specyfikacja istotnych warunków zamówienia stanowi oświadczenie woli zamawiającego i badając zgodność oferty z jej treścią nie można wybiórczo opierać się wyłącznie na postanowieniach specyfikacji, a pomijać inne. Artykuł 65 § 1 k.c., zawierający dyrektywy wykładni oświadczeń woli, nakazuje uwzględniać kontekst danego oświadczenia - zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje. Wszelkie niezgodności treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy rozpatrywać na korzyść wykonawców. W wyroku z dnia 18 marca 2015 r., III Ca 70/15, Sąd Okręgowy w Nowym Sączu zwrócił uwagę, że „Zapisy w SIWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu".

Podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 sierpnia 2014 r., KIO 1557/14 („Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji w związku z niezastosowaniem się do niejasnych wymagań SIWZ, a wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców") oraz w wyroku z dnia 7 października 2013 r., KIO 2260/13 („Wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, zaś ewentualne błędy popełnione w toku postępowania przez zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców, biorących udział w postępowaniu") i Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 10 lipca 2015 r., I C 2/15, niepubl. („nie wolno odrzucić oferty wykonawcy z powodu nieprawidłowego wyliczenia ceny, jeżeli fakt ten był spowodowany wyłącznie winą zamawiającego, który tak przygotował SIWZ, że zawarty w nim sposób obliczenia ceny zawiera błędy").

- po drugie - skoro Odwołujący złożył dwa oświadczenia (oświadczenia na załączniku nr 1 oraz nr 6 do IDW), w których potwierdzał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu to niezrozumiałe byłoby, gdyby podstawą wykluczenia Odwołującego był sam brak wyrażenia „sieciowa" przy wskazaniu ,,DrzeDomDowni" w opisie doświadczenia kierownika robót elektrycznych, mając na uwadze, że była to realizacji zadania na potrzeby zakładu, a zatem było oczywiste, że nie jest to przepompownia przydomowa/domowa, tylko sieciowa.

Powyższe pozwala stwierdzić, że Zamawiający nie powinien mieć jakichkolwiek wątpliwości co do spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Tym niemniej, na wypadek gdyby Zamawiający je posiadał, zobowiązany był zastosować przepis art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, który obliguje Zamawiającego do wezwania wykonawcy celem złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Jak zasadnie wskazuje się w doktrynie: „Z uwagi na konsekwencje w postaci wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferenci musza mieć możliwość wyjaśnienia elementów budzących wątpliwości." - komentarz do Art. 26 PZP red. Sieradzka 2018, wyd. 1/Sieradzka, Legalis 2019. Warto w tym miejscu podkreślić, że orzecznictwo KIO potwierdza, iż w ramach wyjaśnień może nastąpić uściślenie informacji wskazanej w dokumentach i oświadczeniach przedkładanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu - przykładowo w wyr. Z 30.7.2013 r. (KIO 1716/13, Legalis) Izba stwierdziła, iż wyjaśnienie wątpliwości nie jest w żaden sposób ograniczone ilościowo, biorąc pod uwagę to, że celem tej procedury nie jest uzupełnienie oferty (wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) o jakieś dokumenty czy zmiana ich treści, a jedynie ich wyjaśnienie, czy uściślenie. Podobnie Izba w wyr. KIO z 24.2.2012 r., KIO 281/12, KIO 290/12: "jeżeli co do złożonych oświadczeń czy dokumentów u zamawiającego zrodziły się wątpliwości co do zawartych w nim treści to zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawcy do złożenia w wyznaczonym terminie stosownych wyjaśnień."

Jednoznacznie w tym względzie jest również orzeczenie KIO 2690/17 - wyrok KIO z dnia 08-01-2018, w którym wskazano: „Obowiązkiem zamawiającego jest skierowanie do wykonawcy, który złożył oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), wezwania do złożenia wyjaśnień, w każdym przypadku gdy oświadczenia te lub dokumenty z jakichkolwiek względów są dla zamawiającego niejasne, budzą wątpliwości, przy czym brak jest jakichkolwiek innych przesłanek skierowania wezwania (innych niż wątpliwości zamawiającego). Obowiązek skierowania takiego wezwania oznacza jednocześnie obowiązek uwzględnienia przez zamawiającego w toku badania spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu informacji pozyskanych w wyniku takiego wezwania. Stanowisko przeciwne oznaczałoby pozbawienie wykonawcy prawa wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego w sposób gwarantowany mu przepisami prawa."

Zamawiający zaniechał wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych zarówno w zakresie rodzaju pompowni wykazane dla Kierownika robót elektrycznych jak i w zakresie wyjaśnienia zagadnienia podstawy dysponowania (dysponowanie bezpośrednie/pośrednie - pogłębione rozważania w zakresie sposobu dysponowania zawarte są w dalszej części odwołania - cz. Ii odwołania) osobą wskazaną na stanowisko Kierownika robót elektrycznych tj. p. M. D. .

Pomocniczo, w zakresie wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów może być również stosowana regulacja zawarta w §2 ust. 6 Rozporządzenia o dokumentach, z której jednakowoż Zamawiający nie skorzystał. Powyższe umożliwiłoby Zamawiającemu uzyskanie obiektywnej wiedzy od podmiotu trzeciego na temat zakresu realizacji i pozwoliłoby uściślić aspekt rodzaju budowanych przepompowni. W tym zakresie Odwołujący również zarzuca zaniechanie Zamawiającego.

W zakresie naruszenia art. 92 ust, 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych poprzez wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty bez podania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego należy zauważyć jak poniżej.

Zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 652/15 To na Zamawiającym spoczywa obowiązek wyjaśnienia przyczyn, które zdecydowały o odrzuceniu oferty, czy też wykluczeniu wykonawcy z postępowania. To Zamawiający, a nie wykonawcy podejmują czynności w postępowaniu, a zatem nie można przerzucać na wykonawców odpowiedzialności za uchybienia leżące po stronie Zamawiającego. Nie można dopuścić do sytuacji, w której czynności Zamawiającego, w szczególności istotna dla wyniku postępowania, pozostawałaby poza obiektywną kontrolą wykonawców oraz kontrolą instancyjną do czego prowadził w badanej sprawie brak uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty najtańszej. Od wyników jej oceny uzależnione było ustalenie wyniku postępowania, a zatem bez poznania w sposób określony w ustawie przyczyn odrzucenia oferty, czynność jej oceny nie mogła był utrzymana jako wiążąca.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych Zamawiający wyklucza wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykluczenie wykonawcy na tej podstawie wymaga jednak jednoznacznego ustalenia, że warunek udziału w postępowaniu nie został spełniony. W tym względzie jak już wskazano powyżej Zamawiający pominął obowiązkową procedurę prowadzenia wyjaśnień. Ponadto jak wskazuje uzasadnienie faktyczne wykluczenia nie obejmuje ono i nie wskazuje na jednoznaczne przesłanki, które legły u podstaw wykluczenia tj. jaka część/zakres warunku nie została spełniona i dlaczego w ocenie Zamawiającego postawiony warunek nie został spełniony. Powyższym wymogom nie odpowiada treść, pisma Zamawiającego z dnia 06.02.2019 r. o wykluczeniu wykonawcy Odwołującego. Odwołujący podziela stanowisko Izby wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 grudnia 2011 r., KIO 2503/11.

Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować się, wnosząc odwołanie. Wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w ofertach. Na Zamawiającym spoczywa obowiązek szczegółowego przytoczenia w swoim uzasadnieniu wykluczenia faktycznych okoliczności, które wskazują powody niespełnienia warunku - Zamawiający zaniechał ww. obowiązkom.

Brak należytego sporządzenia uzasadnienia faktycznego uniemożliwia prawidłową kontrolę tego rozstrzygnięcia. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący nie ma dokładnej wiedzy dlaczego został wykluczony ponieważ Zamawiający, jako gospodarz postępowania nie dopełnił ciążących na nim obowiązków i nie wykazał jednoznacznie dlaczego jego zdaniem Odwołujący podlega odrzuceniu. Obowiązek Zamawiającego w zakresie sporządzania i przekazywania w tym wypadku Odwołującemu uzasadnienia faktycznego i prawnego ma gwarantować ocenę prawidłowości działań Zamawiającego i realną możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej. W tym zakresie Odwołujący ma trudność jeśli idzie o odniesienie się do zagadnienia definicji „przepompowni sieciowej" i jak Zamawiający i na jakiej podstawie uznał, że wykazane przez Odwołującego realizacje nie spełniają tego wymogu. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2015; KIO 946/15, KIO 947/15 Wykonawca ma pełne prawo, aby posiadać pełną wiedzę, jakimi przesłankami kierował się zamawiający wykluczając go z postępowania. Ustalenie zarzucanych przez zamawiającego uchybień złożonej oferty nie może być uzależnione od aktywności wykonawcy. Obowiązek wskazania precyzyjnych i wyczerpujących podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy z postępowania spoczywa w całości na zamawiającym.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2014 r.; KIO 866/14 Przyczyny podane w informacji o wykluczeniu wykonawcy, odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania - warunkują zakres składanych środków ochrony prawnej i ich uzasadnienie. Treść zawiadomienia, z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej mają bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności tak, aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu jego oferty - powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela - mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie. Wyłącznie wykonawca mający wyczerpujące informacje o przyczynach podejmowanych czynności zamawiającego, może się do nich odnieść - decydując o ewentualnym wniesieniu środka ochrony prawnej.

Il. Odnośnie dysponowania osobą na stanowisku kierownika robót elektrycznych pośrednio - umowa zlecenie:

Odwołujący wskazywał na rozróżnienie dysponowania potencjałem w sposób bezpośredni i pośredni.

W istocie w przypadkach, gdy tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi 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. (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2009 r. KIO/UZP 766/09, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 maja 2009 r. KIO/UZP 639/09; KIO/UZP 659/09). Powyższe znajduje potwierdzenie w treści opini Prezesa UZP pn." Dopuszczalność żądania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego", opublikowanej na stronie www.uzp.gov.pl.

Ponadto jak wskazuje się w ww. opinii 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 Prawa 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. (...) 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 Zamawiający w treści pisma z dnia 06.02.2019 r. o wykluczeniu Odwołującego, jako podstawę prawną swojej decyzji wskazał art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych, tj. nie wykazanie przez Odwołującego spełniania warunków udziału w postępowaniu, ponieważ zdaniem Zamawiającego:
-Kierownik robót elektrycznych nie spełnia warunków opisanych w § 6 ust. 2 pkt 3 ppkt 3.3) lit. c tiret I) Instrukcji dla Wykonawców SIWZ tj. Wykonawca nie wykazał, że proponowana osoba posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót elektrycznych w ramach jednego zadania obejmującego budowę kanalizacji wraz z co najmniej dwoma przepompowniami sieciowymi,
-wykonawca dysponuje osobą na stanowisku kierownika robót elektrycznych pośrednio - umowa zlecenie. Wykonawca przy składaniu oferty oraz przy uzupełnieniu oświadczenia dotyczącego przesłanek wykluczenia z postępowania oświadczył, że nie będzie powoływał się na zasoby innych podmiotów, tj. że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, a taka zmiana sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest niedopuszczalna, gdyż w sposób istotny zmienia treść oferty.
Wskazana wyżej ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest bezpodstawna, bezzasadna i niezgodna z Prawem zamówień publicznych.

Jednocześnie, w każdym z przypadku gdy Zamawiający miał wątpliwości nt. sposobu dysponowania ww. osobą zobowiązany był wezwać Odwołującego do wyjaśnień (art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, względnie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w przypadku twierdzenia przez Zamawiającego, że jest to element treści oferty) - czego zaniechał. Ponadto, w przypadku wskazanej przez Zamawiającego interpretacji ww. okoliczności jako zagadnień dotyczących treści oferty Odwołującego, Zamawiający zaniechał zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 1) Prawa zamówień publicznych w zakresie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej zawartej w opisie kolumny „Podstawa dysponowania", z jaką ewidentnie miał do czynienia w przedmiotowym przypadku.

Odwołujący podnosił, że dysponowanie potencjałem tj. osobą p. M. D. jest rodzajem dysponowania bezpośredniego, albowiem więź prawna istnieje pomiędzy ww. osobą a Odwołującym. Powyższego charakteru nie zmienia fakt przedstawienia zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału, w którym ww. osoba jako prowadząca działalność gospodarczą „sama siebie" udostępnia Odwołującemu - nie jest to bowiem przypadek udostępnienia pracowników p. M. D. .

W konsekwencji Odwołujący zauważał, że kolumnę „Podstawa dysponowania" z wykazu osób - załącznik nr 6 i wskazane dysponowanie pośrednie dla p. M. D., nie sposób ocenić inaczej; aniżeli jako przypadek oczywistej omyłki pisarskiej w zakresie omyłkowego dookreślenia przez Odwołującego. W tym zakresie nastąpiła oczywista omyłka pisarska, która jednocześnie była możliwa do zidentyfikowania na podstawie pozostałych dokumentów przedłożonych w postępowaniu, względnie w tym zakresie Zamawiający zaniechał wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący reasumował, że nie doszło do niedopuszczalnej zmiany sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu - Odwołujący spełniał i nadal spełnia warunki udziału w postępowaniu bez udziału podmiotu trzeciego i tym samym nie doszło jakiejkolwiek zmiany treści oferty w zakresie złożonego oświadczenia o sposobie wykonania zamówienia (z udziałem lub bez podwykonawców), Wobec powyższego, wykazanie p. M. D. było skuteczne i nie spowodowało zmiany treści oferty, a zatem Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu i nie zachodzi przypadek kwalifikowany jako spełniający przesłanki art. 24 ust. 1 pkt 12-Prawa zamówień publicznych.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Wodno-Melioracyjne w Ząbkowicach Śląskich spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ząbkowicach Śląskich oraz wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Wodnych Ekologicznych "EKO-WOD" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Świdnicy (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający oczekiwał, aby o udzielenie zamówienia ubiegali się wykonawcy, którzy dysponują oraz skierują do realizacji zamówienia osoby legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi, uprawnieniami i doświadczeniem (pkt 3.3, strona 8 SIWZ), tj.:

a)Kierownikiem Budowy. Osoba proponowana na to stanowisko powinna posiadać:

i) min. 5 letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami budowlanymi na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót, oraz

ii)w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składaniu ofert w postępowaniu łącznie co najmniej 2 — letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy przy realizacji co najmniej jednego zamówienia, które obejmowało budowę kanalizacji (sanitarnej lub deszczowej), o łącznej długości kanalizacji min. 5 km, oraz

iii)uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych wydane zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (t. j. z 2017 r. Dz. U. poz. 1332 z późn. zm.);

b)Kierownikiem robót drogowych. Osoba proponowana na to stanowisko powinna posiadać:

i) min. 5 letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych, w tym w ramach jednego zamówienia, które obejmowało budowę drogi o nawierzchni bitumicznej lub betonowej, oraz
ii)uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń wydane zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (t. j. z 2017 r. Dz. U. poz. 1332 z późn. zm.);
c)Kierownikiem robót elektrycznych. Osoba proponowana na to stanowisko powinna posiadać:
i) min. 5 letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Elektrycznych, w tym w ramach jednego zamówienia, które obejmowało budowę kanalizacji wraz z co najmniej dwoma przepompowniami sieciowymi, oraz
ii) uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych wydane zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (t. j. z 2017 r. Dz. U. poz. 1332 z późn. zm.).
2. Zamawiający w dniu 15 stycznia 2019 r. na podstawie art. 26 ust. 2 Prawa zamówień publicznych wezwał Odwołującego do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przedłożył dokumenty wymagane przez SIWZ, ale Zamawiający uznał, że osoby przedstawione w ,,Wykazie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia" nie posiadają wymaganego uprawnienia bądź uprawnień. W odniesieniu do kierownika robót elektrycznych, Zamawiający wskazał m. in. na konieczność przedstawienia informacji, że osoba ta posiada minimum 5 letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Elektrycznych, w tym w ramach jednego zamówienia, które obejmowało budowę kanalizacji wraz z co najmniej dwoma przepompowniami sieciowymi.
3. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przedstawił uzupełniony wykaz, w którym jako kierownika robót elektrycznych wskazał pana M. D., posiadającego doświadczenie kierownika robót elektrycznych na rzecz T. SA w Trzebnicy, w ramach zadania ,,Budowa instalacji elektrycznej związanej z zasilaniem energetycznym przepompowni ścieków na terenie zakładu". Na stronie 14 wykazu podano, że osoba ta pełniła funkcję kierownika robót elektrycznych, związanych z budową 2 sztuk przepompowni ścieków w zakresie zasilania energetycznego tj. szafy sterowniczej 2 sztuk tłoczni ścieków – linia kablowa nn od sieci energetyki zawodowej do złącza kablowego z połączeniem kablem energetycznym do szaf sterowniczych tłoczni. Dodatkowo złożył wraz z ofertą ,,Zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia", w którym pan M. D. ,,działając w imieniu firmy Instalacje Elektroenergetyczne i Techniczne ITEL M. D." zadeklarował m.in., że zobowiązuje się do oddania swoich zasobów obejmujących wiedzę i doświadczenie; ,,sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów będzie następujący: osobiste kierowanie robotami elektrycznymi w całym zakresie robót elektrycznych", wskazano również zakres robót budowlanych, które M. D. będzie realizował - ,,budowa linii kablowych nn od sieci energetyki zawodowej do złącza kablowego, następnie linii nn od złącza do szafy sterowniczej przepompowni ścieków, przeprowadzenie niezbędnych badań linii kablowych i urządzeń elektroenergetycznych". Jako podstawę dysponowania, Odwołujący w wykazie wskazał ,,umowa zlecenie, pośrednio".
4. W dniu 6 lutego 2019 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, ponieważ uznał, że dokumenty przedstawione przez Odwołującego nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Mianowicie, w ocenie Zamawiającego, kierownik robót elektrycznych nie spełnia warunków opisanych w § 6 ust. 2 pkt 3 ppkt 3.3) lit. c tiret I) Instrukcji dla Wykonawców SIWZ tj. Odwołujący nie wykazał, że proponowana osoba posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót elektrycznych w ramach jednego zadania obejmującego budowę kanalizacji wraz z co najmniej dwoma przepompowniami sieciowymi,

Ponadto Zamawiający wskazał, że Odwołujący dysponuje osobą na stanowisku kierownika robót elektrycznych pośrednio - umowa zlecenie. Wykonawca przy składaniu oferty oraz przy uzupełnieniu oświadczenia dotyczącego przesłanek wykluczenia z postępowania oświadczył, że nie będzie powoływał się na zasoby innych podmiotów, tj. że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, a taka zmiana sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest niedopuszczalna, gdyż w sposób istotny zmienia treść oferty.
5. Odwołujący polemizował w odwołaniu z tak sformułowanym uzasadnieniem wykluczenia go z postępowania po pierwsze wskazując, że uzasadnienie wykluczenia jest lakoniczne, po drugie – nie zgadzając się z podstawą faktyczną wykluczenia, o ile mógł ją zidentyfikować.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba podzieliła stanowisko Odwołującego co do zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Po pierwsze, rację miał Odwołujący, że opisując podstawę faktyczną wykluczenia go z postępowania, Zamawiający nie sprecyzował, w jakim konkretnie zakresie Odwołujący (osoba, którą Odwołujący dysponuje – pan M. D.) nie posiada wymaganego w SIWZ doświadczenia. Zamawiający przytoczył jedynie brzmienie opisu warunku udziału w postępowaniu. Wobec tego, Odwołujący w odwołaniu przyjął założenie, że Zamawiający zakwestionował rodzaj przepompowni ścieków – na skutek czego duża część, o ile nie przeważająca, uzasadnienia odwołania, analizuje kategorie przepompowni ścieków. Dopiero z odpowiedzi na odwołanie i oświadczenia Zamawiającego na rozprawie wynikała rzeczywista podstawa faktyczna wykluczenia Odwołującego z postępowania - ,,doświadczenie opisano na str. 14 wykazu, jednak bez wskazania, że obejmowało budowę kanalizacji sanitarnej, a jedynie budowę 2 sztuk przepompowni ścieków z połączeniem kablem energetycznym do szaf sterowniczych w tłoczni. Zamawiający nie wezwał do kolejnego wyjaśnienia, ponieważ nie miał żadnych wątpliwości, że doświadczenie wskazanej osoby nie obejmuje budowy kanalizacji." Już sama ta konstatacja (o braku podania uzasadnienia faktycznego wykluczenia wykonawcy z postępowania) świadczy o wadliwości decyzji wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Po drugie, nawet gdyby Zamawiający kwestionował zakres posiadanego przez Odwołującego doświadczenia, zgodnie ze spostrzeżeniami ujawnionymi Odwołującemu już po sformułowaniu podstawy fatycznej wykluczenia (a więc w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie), to wykluczenie Odwołującego było co najmniej przedwczesne. W tym miejscu Izba zauważa, że Zamawiający opisując warunki udziału w postępowaniu, odnoszące się do doświadczenia osób przewidzianych do realizacji zamówienia, każdorazowo akcentował zakres doświadczenia, na posiadaniu którego mu zależy. Oprócz posiadania odpowiednich dla każdej funkcji uprawnień branżowych (uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych dla kierownika budowy; inżynieryjnej drogowej dla kierownika robót drogowych; instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych dla kierownika robót elektrycznych), Zamawiający wymagał posiadania odpowiedniego doświadczania. I tak, dla kierownika budowy Zamawiający wymagał doświadczenia ,,przy realizacji co najmniej jednego zamówienia, które obejmowało budowę kanalizacji (sanitarnej lub deszczowej), o łącznej długości kanalizacji min. 5 km". Dla kierownika robót drogowych Zamawiający wymagał posiadania min. 5 letnie

doświadczenia ,,na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych, w tym w ramach jednego zamówienia, które obejmowało budowę drogi o nawierzchni bitumicznej lub betonowej". Dla kierownika robót elektrycznych – Zamawiający wymagał doświadczenia ,,na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Elektrycznych, w tym w ramach jednego zamówienia, które obejmowało budowę kanalizacji wraz z co najmniej dwoma przepompowniami sieciowymi". Zatem każdorazowo dla określonego stanowiska Zamawiający wymagał doświadczenia skorelowanego z daną branżą, w wyspecyfikowanym zakresie – dla kierownika budowy była to kanalizacja sanitarna o podanej długości (5 km), dla kierownika robót drogowych – doświadczenie w budowie drogi o określonych nawierzchniach (bitumicznej albo betonowej), dla kierownika robót elektrycznych – budowa kanalizacji, z ,,co najmniej dwoma przepompowniami sieciowymi". Jak się okazało na rozprawie, posiadanie doświadczenia polegającego na budowie dwóch przepompowni ścieków przez kierownika robót elektrycznych nie budziło wątpliwości Zamawiającego (Przystępujący wskazywał, że prace te polegały jedynie na doprowadzeniu linii elektroenergetycznych), jedynie kwestionował doświadczenie kierownika robót w realizacji kanalizacji. Wydaje się niewątpliwe, że budowa przepompowni ścieków jest częścią budowy kanalizacji – jeżeli tak nie jest, Zamawiający powinien to uzasadnić. Zamawiający, opisując oczekiwane doświadczenie kierownika robót elektrycznych nie określił długości kanalizacji, którą ma obejmować doświadczenie (jak uczynił to przy kierowniku budowy, wskazując na minimum 5 km kanalizacji), nie określił też innych elementów kanalizacji – oprócz przepompowni ścieków – nad realizacją których ma pełnić nadzór kierownik robót elektrycznych. Zamawiający jedynie określił, że w ramach budowy kanalizacji należało wybudować dwie przepompownie ścieków. Wobec takich ustaleń, Zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu, powinien ustalić:

1)jakie inne roboty, poza wykonywanymi w związku z budową przepompowni ścieków, kierownik elektrycznych może wykonywać ramach realizacji budowy kanalizacji,
2)jakie inne roboty, poza wykonanymi przez pana M. D. przy budowie przepompowni ścieków, mogą być wykonywane przez kierownika robót elektrycznych przy budowie kanalizacji.

Wyjaśnienia powyższych zagadnień powinny prowadzić do ustalenia, czy Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu. Przed dokonaniem czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający nie wyjaśnił tych kwestii – bądź konstatacje Zamawiającego nie znalazły odzwierciedlenia w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. W rezultacie Izba musiała stwierdzić, że Zamawiający nie podał uzasadnienia faktycznego wykluczenia Odwołującego z postępowania, a decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania była co najmniej przedwczesna.

Analogiczną przedwczesność decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania należy wiązać z ustaloną przez Zamawiającego ,,pośrednią podstawą dysponowania" osobą wskazaną na stanowisko kierownika robót elektrycznych. Rację ma Odwołujący, analizując w odwołaniu różnice pomiędzy ,,dysponowaniem pośrednim" a ,,dysponowaniem bezpośrednim" – umowa zlecenia, wiążąca bezpośrednio wykonawcę z realizatorem konkretnej usługi jest dysponowaniem bezpośrednim, i o pośredniości podstawy dysponowania nie może przesądzać fakt, że realizatorem usługi jest osoba fizyczna, prowadząca działalność gospodarczą.

Odwołujący w odwołaniu podnosił, że błędne jest utożsamianie bezpośredniego dysponowania przez wykonawcę dwoma spośród trzech wymaganych osób na podstawie zawartej z nimi umowy cywilnoprawnej z sytuacją polegania przez wykonawcę na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów. Taki przypadek nie wymaga wykazania, że realizując zamówienie, będzie się dysponowało niezbędnymi zasobami tych podmiotów. W szczególności nie jest wówczas konieczne przedstawienie zobowiązania do oddania tych osób do dyspozycji wykonawcy na potrzeby realizacji zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 18 kwietnia 2017 r.; sygn. akt KIO 650/17).

Odwołujący również trafnie zauważał, że o tym, czy wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, rozstrzyga więź prawna pomiędzy nim a tymi osobami. Jeżeli tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą, na której dysponowanie wykonawca się powołuje, mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. Nie zachodzi w takim przypadku ani podwykonawstwo, ani też w ogóle stosowanie art. 22a Prawa zamówień publicznych, gdyż nie występują zasoby podmiotów trzecich. Bez znaczenia pozostaje także, jaki dokładnie stosunek prawny łączy wykonawcę z tą osobą. Może to być umowa o pracę, umowa cywilnoprawna czy samozatrudnienie. Natomiast z pośrednim dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia mamy do czynienia, w sytuacji gdy więź prawna łączy wykonawcę z podmiotem (osobą) dysponującą tymi właśnie osobami. Innym słowy wykonawca zawiera umowę z podmiotem (osobą fizyczną, prawną lub inną jednostką organizacyjną), w którego władaniu czy dyspozycji znajduje się osoba zdolna do wykonania zamówienia i ten podmiot zobowiązuje się do udostępnienia swoich zasobów zgodnie z art. 22a ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Rację ma Odwołujący, zwracając uwagę na opisane wyżej różnice pomiędzy dysponowaniem pośrednim a bezpośrednim. Niezależnie od powyższego, oferta jest oświadczeniem woli, i jako taka, powinna być interpretowana zgodnie z wolą osoby składającej ofertę. Interpretacja nie może być dowolna, ani prowadzić do utrudnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jednak w tak nakreślonych granicach Zamawiający może interpretować tak ofertę, jak i dokumenty składane na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu. W niniejszym stanie faktycznym, ponieważ Odwołujący jako podstawę dysponowania osobą fizyczną wskazał umowę zlecenia (stosunek cywilnoprawny, którego zasadnicza treść wynika z przepisów kodeksu cywilnego), a równocześnie podał, że jest to dysponowanie ,,pośrednie" (brak definicji legalnej takiego dysponowania, a wynika ono jedynie z interpretacji i orzecznictwa). Zamawiający powinien wyjaśnić powyższą kwestię (oraz jakie - w tym kontekście - ma znaczenie zobowiązanie ,,podmiotu trzeciego"). W ocenie składu orzekającego możliwe jest wyjaśnienie powyższych zagadnień na podstawie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych; nie można wykluczyć, że ustalenia w tych kwestiach doprowadzą Zamawiającego do konieczności poprawienia omyłki polegającej na błędnym dookreśleniu rodzaju dysponowania osobą, posiadająca odpowiednie doświadczenie.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, podnoszonych przez Odwołującego w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.972).

Przewodniczący:

……