

WYROK

z dnia 20 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant:

Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2020 r. przez wykonawcę **Korporacja Budowlana DORACO Spółka z o.o. z siedzibą w Gdańsku**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni**,

przy udziale wykonawcy **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Korporacja Budowlana DORACO Spółka z o.o. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 252 zł 78 gr (słownie: cztery tysiące dwieście pięćdziesiąt dwa złote siedemdziesiąt osiem groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł), dojazdu na rozprawę (635,78 zł) oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa (17,00 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. – Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przebudowa Nabrzeża Norweskiego w Porcie Gdynia*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 czerwca 2020 r. pod numerem 2020/S 120-293083.

W dniu 2 listopada 2020 r. wykonawca Korporacja Budowlana DORACO Spółka z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że złożył ofertę, która została uznana za najkorzystniejszą, w związku został wezwany przez Zamawiającego, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia. W wymaganym terminie Odwołujący przesłał wymagane dokumenty i oświadczenia, w tym wymagany zgodnie z SIWZ wykaz osób o treści wymaganej przez SIWZ. Następnie pismem z 10 września 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do „uzupełnienia” załącznika nr 7 (wykaz osób) poprzez precyzyjne opisanie doświadczenia, m.in. wskazanie zadania/budowy, pełnionych funkcji wraz z podaniem zakresu dat, osób wskazanych w tym załączniku. Jako podstawę prawną tego wezwania wskazano art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, mimo użycia w treści wezwania słowa „uzupełnienie” pismo to można traktować wyłącznie jako wezwanie do wyjaśnień oświadczenia w zakresie spełnienia określonych warunków udziału lub weryfikacji prawdziwości tego oświadczenia. W odpowiedzi Odwołujący przesłał żądane dane, tak, aby Zamawiający mógł zweryfikować poprawność oświadczenia co do spełniania warunków udziału w zakresie osób skierowanych do wykonywania zamówienia. Wskazano zadania/budowy, pełnione funkcje i zakresy dat dla osób wskazanych w Wykazie osób. Informacje te zostały przesłane na wzorzec załącznika nr 7 do SIWZ, gdzie przy nazwiskach wskazanego personelu wymieniono w tabeli wymagane w wezwaniu dane. W odniesieniu do pana A. S. omyłkowo wskazano początkową datę, od której można liczyć wymagany przez SIWZ okres jego doświadczenia i nie wymieniono szczegółowo zadań/budów i zakresów dat pełnienia funkcji kierownika robót po roku 2016.

Odwołujący wskazał, że pismem z 25 września 2020 r. został wezwany do wyjaśnienia, w jaki sposób obliczono okres wymaganego doświadczenia pana A. S., wskazując na faktyczną datę początkową przynależności do właściwego organu samorządu zawodowego i podane w poprzednim wyjaśnieniu okresy pełnienia wymienionych tam funkcji kierownika robót. W odpowiedzi Odwołujący, uzupełniając poprzednie wyjaśnienia (a nie – jak twierdzi Zamawiający – uzupełniając złożone oświadczenia co do spełnienia warunków udziału) potwierdził datę, od której można liczyć doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót przez ww. osobę oraz wskazał kolejne zadania/budowy i związane z nimi okresy pełnienia funkcji kierownika robót. Komplet tych informacji potwierdza, że pan A. S. zarówno w momencie

składania oferty, jak i aktualnie, spełnia wymogi stawiane w warunkach udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że w Rozdziale X. ust. 8. pkt 2 SIWZ Zamawiający wymagał wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia niezbędnych do wykonania Zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania określonymi osobami w odniesieniu do spornej kwestii dotyczył dysponowania kierownikiem robót elektrycznych, który posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy Prawo budowlane (dot. samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz minimum 5-letnie doświadczenie jako kierownik robót. Dla wykazania tak określonego warunku w sposób wymagany w SIWZ wystarczające jest oświadczenie wykonawcy zawierające informacje zawarte w załączniku nr 7 – Wykaz osób, który został złożony przez Odwołującego na wezwanie z 27 sierpnia 2020 r. W wykazie tym wskazano wszystkie żądane informacje: imię i nazwisko (A. S.), zakres wykonywanych czynności (kierownik robót elektrycznych) posiadane uprawnienia budowlane (uprawnienia budowlane do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych) posiadane doświadczenie (minimum 5-letnie doświadczenie jako kierownik robót), podstawa dysponowania (umowa cywilnoprawna).

Odwołujący podniósł, że ani SIWZ ani ogłoszenie o zamówieniu nie wymagały, aby w oświadczeniu o spełnieniu tak opisanego warunku szczegółowo wskazywać okresy zatrudnienia na poszczególnych budowach, co powoduje, że złożone pierwotnie oświadczenie o spełnieniu warunku posiadanego doświadczenia wypełnia obowiązek wykonawcy do wykazania spełnienia tego warunku. W wykazie znalazły się zgodnie z prawdą oświadczenia wykonawcy, że pan A. S. posiada wymagane uprawnienia budowlane oraz ponad 5-letnie doświadczenie jako kierownik robót, a także wskazano funkcje, jakie ma pełnić w ramach realizacji zamówienia oraz podstawę dysponowania. Oczywiście jest przy tym prawo zamawiającego do weryfikacji złożonego oświadczenia poprzez domaganie się dalszych informacji, które przepisy ustawy nazywają „wyjaśnieniami wykonawcy”. Nie można jednak mylić koniecznych, bo wymaganych przez SIWZ (i w zakresie wymaganym przez SIWZ), oświadczeń i dokumentów dla wykazania spełnienia warunków udziału² wyjaśnieniami zmierzającymi do weryfikacji złożonych oświadczeń, a z takim przypadkiem – zdaniem Odwołującego – mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Odwołujący podniósł, że prawnej doniosłości wezwania i jego skutków nie można rozpatrywać wyłącznie w odniesieniu do wskazanej przez Zamawiającego podstawy prawnej albo tylko w dosłownym brzmieniu użytych słów czy zwrotów. W niniejszej sprawie sens zarówno wezwania z 10 września 2020 r., jak i z 25 września 2020 r. i ich faktyczna podstawa prawna nie powinna budzić wątpliwości, tzn. stanowią one wezwania do złożenia wyjaśnień treści oświadczeń złożonych w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zresztą w odniesieniu do podstawy prawnej Zamawiający sam wskazał w piśmie z 10 września 2020 r., że opiera się między innymi na art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, natomiast w piśmie z 25 września 2020 wprost wskazał już tylko art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Skoro więc pierwotnie złożony wykaz osób zawierał oświadczenia wymagane dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału, to każde następne przekazywane szczegółowe informacje (niewymagane w SIWZ) dotyczące nazw zadań, okresów pełnienia funkcji itp. można traktować wyłącznie jako wyjaśnienia, które w przedmiotowej sprawie potwierdzają poprawność oferty i prawdziwość oświadczenia wykonawcy zawartego w Wykazie osób złożonym zgodnie z wymaganiami SIWZ. Celem postępowania wyjaśniającego powinno być bowiem wyłącznie wykazanie, że osoba wskazana przez wykonawcę wykazie złożonym na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp spełnia postawiony warunek udziału w postępowaniu i tylko taki sens i prawna doniosłość może być przypisana wszystkim informacjom przekazywanym w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego sposób sformułowania wezwania z 10 września 2020 r. przez Zamawiającego narusza także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ze względu na wskazanie w jednym zdaniu podstawy prawnej dotyczącej uzupełnienia brakujących dokumentów i oświadczeń (art. 26 ust. 3) jak i podstawy do żądania wyjaśnień od wykonawcy (art. 26. ust 4) w taki sposób, że Zamawiający nie określa, które z żądanych informacji mają stanowić, uzupełnienia brakujących oświadczeń, a które wyjaśnienia ich treści. Praktyka taka wprowadza wykonawcę w błąd co do tego, jak Zamawiający ocenił złożone przez wykonawcę oświadczenia, nie wiadomo bowiem, czy złożone dokumenty i oświadczenia nie odpowiadają wymaganiom SIWZ czy tylko wymagają wyjaśnień. Oczywiście jest, że różnica co do skutków prawnych tego, czy wymagane są uzupełnienia, czy wyjaśnienia, ma wpływ na wynik postępowania, a przez to pozwala na ocenę działania Zamawiającego jako sprzecznego z zasadami opisanymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Tak właśnie Zamawiający postąpił żądając „uzupełnienia”, podczas gdy z treści wezwania wynikała faktyczna potrzeba wyjaśnienia treści złożonych oświadczeń, by na końcu potraktować złożone wyjaśnienia jako niedopuszczalne ponowne uzupełnienie skutkujące wykluczeniem z postępowania.

Odwołujący wskazał, że niezgodne z prawem wykluczenie Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji uznanie jego oferty za odrzuconą, doprowadziło Zamawiającego do kolejnej czynności niezgodnej z prawem, tj. uznania oferty Strabag Sp. z o.o. za najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia zaskarżonych czynności oraz dokonania powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła, co następuje:

W rozdz. IX pkt 3.3.b SIWZ Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

(...) dysponuje lub będzie dysponował w okresie wykonywania Zamówienia następującymi osobami skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia:

- *kierownikiem budowy, który posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej lub jej odpowiadających zgodnie z art. 14, ust. 1, ustawy Prawo budowlane (Dz. U. z 2019 r., poz. 1186 z późn. zm.) dot. samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie i doświadczenie minimum 7 - letnie*

jako kierownik budowy lub kierownik robót, który w tym okresie wykonywał przez nieprzerwany okres co najmniej 12 miesięcy, co najmniej jedną robotę hydrotechniczną morską o wartości co najmniej 10.000.000 zł (dziesięć milionów złotych) netto zawierającą w swym zakresie wykonanie robót kaftarowych polegających na pogrążeniu kombinowanych ścianek szczelnych w zakresie budownictwa morskiego;

– kierownikiem robót elektrycznych, który posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych zgodnie z art. 14, ust. 1, ustawy Prawo budowlane (Dz. U. z 2019 r., poz. 1186 z późn. zm.) dot. samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz minimum 5-letnie doświadczenie jako kierownik robót;

– kierownikiem robót sanitarnych, który posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych zgodnie z art. 14, ust. 1, ustawy Prawo budowlane (Dz. U. z 2019 r., poz. 1186 z późn. zm.) dot. samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz minimum 5-letnie doświadczenie jako kierownik robót;

przy czym osoby, o których mowa powyżej powinny być członkami właściwej izby samorządu zawodowego, zgodnie z ustawą z dnia 15 grudnia 2000 roku o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów (Dz. U. 2019 poz. 1117).

Zgodnie z rozdz. X pkt 8.a SIWZ na potwierdzenie spełniania powyższego warunku Zamawiający wymagał złożenia wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia niezbędnych do wykonania Zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wzór wykazu stanowi załącznik nr 7 do SIWZ.

Załącznik nr 7 do SIWZ obejmuje następujące informacje: 1) Nazwiska i imiona osób, które będą pełniły poszczególne funkcje, 2) Wymagania Zamawiającego, 3) Nr uprawnień i data ich wystawienia, 4) Opis doświadczenia zawodowego na potwierdzenie spełnienia wymagań określonych w SIWZ, 5) Informacja o podstawie dysponowania osobami (wykonawcy mieli obowiązek wpisać informacje, o których mowa powyżej w punktach 1 oraz 3-5).

Pismem z 27 sierpnia 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego – na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp – do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący złożył m.in. Wykaz osób, w którym w kolumnie Opis doświadczenia zawodowego na potwierdzenie spełnienia wymagań określonych w SIWZ podał:

–w odniesieniu do Kierownika budowy (pana A. M.):

Posiada ponad 7 lat doświadczenia jako kierownik budowy lub kierownik robót oraz w tym okresie wykonywał przez nieprzerwany okres ponad 12 miesięcy, jedną robotę hydrotechniczną morską o wartości ponad 10.000.000 zł (dziesięć milionów złotych) netto zawierającą w swym zakresie wykonanie robót kaftarowych polegających na pogrążeniu kombinowanych ścianek szczelnych w zakresie budownictwa morskiego. tj. inwestycja pod nazwą: Przebudowa Nabrzeża Szwedzkiego w Porcie Gdynia”

–w odniesieniu do Kierownika robót elektrycznych (pana A. S.):

Posiada ponad 5 lat doświadczenia jako kierownik robót.

–w odniesieniu do Kierownika robót sanitarnych (pana W. B.):

Posiada ponad 5 lat doświadczenia jako kierownik robót.

Pismem z 10 września 2020 r. Zamawiający skierował do Odwołującego następujące wezwanie:

W związku z dokumentami złożonymi w dniu 10.09.2020 r na wezwanie Zamawiającego z dnia 27.08.2020 r. do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia zgodnie z Rozdziałem IX i X SIWZ, Zamawiający – Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. – działając na podstawie art. 2 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2018,1986), zwanej dalej Ustawą, w związku ze wskazanym wyżej postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, niniejszym wzywa wykonawcę – Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o. o. do:

1)uzupełnienia załącznika nr 7: „Wykaz osób” poprzez precyzyjne opisanie doświadczenia, m.in. wskazanie zadania/budowy, pełnionych funkcji wraz z podaniem zakresu dat, osób wskazanych w przedmiotowej Ofercie Wykonawcy, które wykonywać będą Zamówienie, tj. : Pana A. M. – Kierownika budowy (podano: 7 lat doświadczenia), Pana A. S. – Kierownika robót elektrycznych (podano: 5 lat doświadczenia); Pana W. B. – Kierownika robót sanitarnych (podano: 5 lat doświadczenia) i dostarczenia wypełnionej kolumny 4, tj.: „Opis doświadczenia zawodowego na potwierdzenie spełnienia wymagań określonych w SIWZ”, celem potwierdzenia posiadanego przez te osoby doświadczenia - zgodnie z Rozdz. X ust. 8, pkt 2) SIWZ.

2) udowodnienia spełnienia przez wskazanego w ofercie jako Kierownika Budowy Pana A. M. - wymogu określonego w SIO ust.6 Wzoru Umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) stanowiącego, że „Kierownik budowy ma obowiązek przebywania na terenie budowy w trakcie wykonywania robót budowlanych” skoro wg posiadanych przez Zamawiającego informacji Pan A. M. prowadzi obecnie jako kierownik budowy następujące inwestycje (...).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący poinformował, że przesyła załącznik nr 7 – Wykaz osób uzupełniony o wypełnioną kolumnę 4 „Opis doświadczenia zawodowego na potwierdzenie spełnienia wymagań określonych w SIWZ”. W wykazie tym Odwołujący podał w odniesieniu do doświadczenia Kierownika robót elektrycznych następujące informacje dodatkowe:

06.2015-10.2015 kierownik robót Budowa nowego kotła fluidalnego

03.2015-01.2016 kierownik robót Przebudowa Kliniki Anestezjologii i Intensywnej Terapii oraz rozbudowa i modernizacja Szpitala oddziału Ratunkowego – Szpital Kliniczny Dzieciątka Jezus w Warszawie

03.2015-08.2015 kierownik robót Przebudowa i termomodernizacja części obiektu szpitalnego na cele Przychodni

Diagnostycznej wraz z budową dźwigu wewnętrznego oraz rozbiórką zewnętrznej rampy

08.2015-01.2016 kierownik robót Budowa ratusza i Gminy Konstancin-Jeziorna w rejonie ulicy kolejowej wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną w odniesieniu do Kierownika robót sanitarnych (pana W. B.):

11.2014-02.2015 kierownik robót Modernizacja wrocławskiego węzła wodnego

11.2014-08.2015 kierownik robót Centrum Handlowo-Biurowo-Uługowo-Rozrywkowe SUKCESJA w Łodzi, usytuowane w Łodzi przy Al. Politechniki

08.2014-12.2014 kierownik robót Wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego dla Kliniki przy ul. Chałubińskiego 2-2a oddymianie klatki schodowej znajdującej się w części budynku zlokalizowanej na rogu ul. Skłodowskiej i ul. Chałubińskiego. Wykonania projektu wykonawczego systemu sygnalizacji pożaru, systemu oddymiania z wydzielaniem pożarowym 4 klatek schodowych wraz ze szczegółowym kosztorysem z zakresu robót oraz wykonanie robót budowlano-instalacyjnych SSP w syst. projektuj i buduj.

05.2014-09.2014 kierownik robót Przebudowa budynku biurowego na terenie bazy olejowej przy ul. Legnickiej 03.2014-06.2014 kierownik robót Przepięcia sieci elektroenergetycznej Sn zasilania obiektu WCK Wrocław ul. Wystawowa R-3738 z 10 kV na 20kV

10.2013-11.2013 kierownik robót Budowa systemu wczesnej detekcji gazu VESDA turbogenerators nr 1

06.2013-03.2015 kierownik robót Rewaloryzacja na cele wystawiennicze Pawilonu Czterech Kopuł we Wrocławiu

08.2013-11.2013 kierownik robót Aquarius Business House-Etap II 04.2013-06.2013 kierownik robót Rozbudowa Teatru muzycznego CAPITOL we Wrocławiu

10.2012-12.2012 kierownik robót Modernizacja zasilania Centrum Onkologii Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie, ul. Roentgena, Warszawa

09.2011-11.2013 kierownik robót Budowa Centrum Kultury Studenckiej SKS PWR

12.2012-04.2013 kierownik robót Remont budynku 1BC kampusu EIT+

09.2011-09.2012 kierownik robót Wymiana instalacji oświetlenia oraz monitoringu wizyjnego w budynku ZPMW KWK Knurów

06.2011-07.2013 kierownik robót Rozbudowa Akademii Muzycznej we Wrocławiu-Budowa Sali muzyczno-dydaktycznej wraz z infrastrukturą

05.2011-07.2012 kierownik robót Budynek magazynowo- garażowy z częścią socjalną i garażami wraz niezbędnymi elementami infrastruktury technicznej i zagospodarowaniem terenu

05.2011-09.2011 kierownik robót Modernizacja oczyszczalni ścieków Damastawek

02.2010-10.2011 kierownik robót Budowa szpitalnego bloku operacyjnego wraz z działem przyjęć i podjazdem dla karettek-Szpital Powiatowy w Dzierżoniowie

Pismem z 25 września 2020 r. Zamawiający skierował do Odwołującego następujące wezwanie:

W związku z dokumentami złożonymi w dniu 17.09.2020 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 10.09.2020 r. do uzupełnienia złożonych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia zgodnie z Rozdziałem IX i X SIWZ, Zamawiający – Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2018.1986 z późn. zm.), zwanej dalej Ustawą, w związku ze wskazanym wyżej postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, niniejszym wzywa Wykonawcę – Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o. o. do wyjaśnienia wątpliwości dotyczących posiadania przez Pana A. S. – Kierownika robót elektrycznych doświadczenia opisanego w uzupełnionym załączniku nr 7: „Wykaz osób”.

W uzupełnionym w dniu 17.09.2020 r. „Wykazie osób” Wykonawca podał, iż A. S. – kierownik robót elektrycznych posiada ponad 5-letnie doświadczenie jako kierownik robót (wskazując zakres dat od miesiąca lutego 2010 r. do miesiąca stycznia 2016 r.) oraz posiada uprawnienia o numerze ewidencyjnym 372/DOS/10 z dnia 15.12.2010 r.

W myśl art. 12 ust. 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane (Dz.U. 2020.1333 t.j.) podstawę do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie stanowi wpis, w drodze decyzji, do centralnego rejestru, o którym mowa w art. 88a ust. 1 pkt 3 lit. a oraz – zgodnie z odrębnymi przepisami wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, potwierdzony zaświadczeniem wydanym przez tę izbę, z określonym w nim terminem ważności. Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (Dz.U. 2019.1117) prawo wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie przysługuje wyłącznie osobom wpisanym na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego. Komisja sprawdziła historię wpisu na stronie Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa <https://www.piib.org.pl/lista-czsonkopmenu-45>

Z informacji uzyskanych na powyższej stronie wynika, że Pan A. S. wskazany w „Wykazie osób” jest członkiem Izby dopiero od dnia 1 marca 2011 r. Ponadto Komisja wystąpiła z zapytaniem do Dolnośląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, gdzie potwierdzona została data przynależności Pana A. S. do Izby od dnia 10.03.2011 r. Korespondencja e-mail w załączeniu.

Uwzględniając powyższe informacje, zdaniem Komisji przetargowej, w świetle powszechnie obowiązujących przepisów prawa, Pan A. S. nie mógł przed dniem 1 marca 2011 r. pełnić samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, tym samym nie można uwzględnić w obliczaniu okresu jego doświadczenia zawodowego jako kierownika robót terminów sprzed 1 marca 2011 r. Analizując wypełniony i przedłożony przez Państwa „Wykaz osób”, licząc doświadczenie Pana A. S. od 1 marca 2011 roku do stycznia 2016 roku wynika, iż nie posiada on wymaganego co najmniej 60-miesięcznego doświadczenia.

Mając na uwadze powyższe, w związku z wątpliwościami dotyczącymi spełnienia warunku udziału w postępowaniu, opisanego w Rozdziale IX ust 3. pkt 3) ppkt b) tiret dwa Komisja Przetargowa prosi o wyjaśnienie sposobu wyliczenia 5-letniego doświadczenia Pana A. S. jako kierownika robót.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący podał, że: (...) Pan A. S. posiada wymagane przez SIWZ doświadczenie. W załączeniu przesyłamy szczegółowy wykaz jego doświadczenia obejmujący okres 2011 – 2020.

W przedstawionym wraz z wyjaśnieniami wykazie Odwołujący złożył nowy wykaz, w którym zmienił opis doświadczenia pana A. S., wskazując doświadczenie częściowo inne od tego, które wskazał w wykazie złożonym w odpowiedzi na wezwanie z 10 września 2020 r.

Pismem z 22 października 2020 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym tej czynności Zamawiający podał m.in.:

Odpowiadając na ww. wezwanie do złożenia wyjaśnień, DORACO pismem z dnia 30 września 2020 r. nie wyjaśniło na jakiej podstawie przyjęło do wyciszenia doświadczenia pana A. S. okres od lutego 2010 r. do dnia uzyskania uprawnień, tj. 01.03.2011 r., wskazało, iż Pan A. S. posiada wymagane przez SIWZ 5-letnie doświadczenie, a na dowód tego przedłożyło szczegółowy wykaz jego doświadczenia obejmujący lata 2011-2020.

Analiza treści przedłożonego w dniu 30 września 2020 r. wykazu wprost wskazuje, iż stanowi on w rzeczywistości uzupełnienie uprzednio złożonego przez DORACO załącznika nr 7 (wykaz osób) w dniu 17 września 2020 r. Wykazem złożonym w dniu 30 września 2020 r. DORACO uzupełniło kolumnę tabeli załącznika nr 7 (wykaz osób) zatytułowaną „Opis doświadczenia zawodowego na potwierdzenie spełnienia wymagań określonych w SIWZ” o doświadczenie Pana A. S. w latach 2011-2020. Złożony uprzednio przez DORACO wykaz osób określał natomiast, iż Pan A. S. posiada doświadczenie jako kierownik robót elektrycznych w okresie luty 2010 r.-styczeń 2016 r.

W doktrynie i orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, iż zamawiający ma prawo i obowiązek wezwać wykonawcę o uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp tylko jeden raz. Zatem Wykonawca DORACO celem wykazania spełnienia warunku w zakresie posiadania przez kierownika robót elektrycznych minimum 5-letniego doświadczenia (Rozdział IX ust. 3 pkt 3 lit. b) tiret drugie SIWZ, powinien to doświadczenie wykazać już w odpowiedzi na wezwanie ZMPG S.A. z dnia 10 września 2020 r. Przedstawienie wymaganego doświadczenia dopiero w piśmie z dnia 30 września 2020 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 25 września 2020 r., było spóźnione i nieuprawnione. Wezwanie z dnia 10 września 2020 r. wystosowane do DORACO na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp było jasne i precyzyjne, a DORACO w odpowiedzi nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego, złożenie przez DORACO szczegółowego wykazu doświadczenia Pana A. S. obejmującego okres 2011-2020 r. nie może zostać uznane za skuteczne kazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w świetle ustawy pzp.

Ponadto należy stwierdzić, że DORACO uzupełniło doświadczenie Pana A. S. w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp, nie zaś na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Złożenie zatem takiego dokumentu należy traktować jako samodzielne uzupełnienie dokumentów przez Wykonawcę bez wezwania ze strony Zamawiającego, do czego ten pierwszy nie był uprawniony. Zaznaczyć przy tym należy, iż art. 26 ust. 4 ustawy pzp służy wyłącznie wyjaśnieniu treści oświadczeń i dokumentów, nie zaś tworzeniu treści w nich uprzednio niezawartych.

Wobec niewykazania przez DORACO spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale IX ust. 3 pkt 3 lit. b) tiret drugie SIWZ, Zamawiający na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp postanawia o wykluczeniu DORACO z przedmiotowego postępowania oraz w myśl art. 24 ust. 4 ustawy pzp ofertę DORACO uznaje za odrzuconą.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę Strabag Sp. z o.o., który w ustawowym terminie zgłosił przystąpienie do postępowania i wykazał interes w rozstrzygnięciu na korzyść Zamawiającego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w , lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Stosownie do art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w .

Art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

W ocenie Izby Zamawiający, wykluczając Odwołującego z postępowania, nie naruszył wskazanych wyżej przepisów ustawy.

Po pierwsze, nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że wykaz osób złożony na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zawierał wymagane informacje i potwierdzał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, a Zamawiający mógł żądać dodatkowych informacji jedynie w ramach wyjaśnień. O ile rację ma Odwołujący, że wykaz osób, jest oświadczeniem wykonawcy, składanym na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to całkowicie

niezasadne jest twierdzenie, że oświadczenie to nie musiało zawierać szczegółowych informacji, a de facto mogło się ograniczać do powtórzenia treści warunku. Odwołujący pominął fakt, że zgodnie z rozdz. X pkt 8.a SIWZ wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia miał zawierać m.in. informacje na temat ich doświadczenia, a we wzorze wykazu osób Zamawiający wprost wymagał podania opisu doświadczenia zawodowego na potwierdzenie spełnienia wymagań określonych w SIWZ. Jest to zgodnie z § ust. 4 pkt 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z którym w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego (...) wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Skoro Zamawiający wyraźnie żądał podania w wykazie osób opisu doświadczenia zawodowego tych osób na potwierdzenie spełnienia wymagań określonych w SIWZ, to nie sposób podzielić stanowiska, że oświadczenie wykonawcy polegające na powtórzeniu treści warunku udziału w postępowaniu (tj. oświadczenie, że dana osoba posiada ponad 5 lat doświadczenia jako kierownik robót) jest wystarczające. Opis doświadczenia zawodowego ze swej istoty powinien zawierać informacje na temat tego doświadczenia, a zakres tych informacji powinien pozwolić zweryfikować, czy rzeczywiście doświadczenie to odpowiada wymaganiom określonym w SIWZ.

Należy więc stwierdzić, że wobec treści wykazu złożonego przez Odwołującego na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający miał prawo i obowiązek wezwać Odwołującego do uzupełnienia tego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, jakoby wezwanie skierowane do niego pismem z 10 września 2020 r. było wezwaniem do wyjaśnień, a nie do uzupełnienia wykazu osób. Teza ta stoi w oczywistej sprzeczności z treścią ww. pisma Zamawiającego.

W ocenie Izby, mimo że jako podstawę prawną wezwania Zamawiający wskazał przepisy art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, to nie ma wątpliwości, że w zakresie opisu doświadczenia zawodowego personelu wykonawcy wezwanie dotyczyło jednoznacznie uzupełnienia wykazu. Zauważyć należy, że wezwanie z 10 września 2020 r. dotyczyło dwóch kwestii, z których kwestia wskazana w punkcie 2 pisma wymagała właśnie wyjaśnień, z kolei punkt 1 pisma, dotyczący opisu doświadczenia zawodowego, zawierał żądanie uzupełnienia wykazu. W związku z tym, że wezwanie obejmowało te dwie kwestie, wskazanie jako podstawy prawnej dwóch przepisów, tj. art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, było uzasadnione. Istotne znaczenie ma to, że w zakresie opisu doświadczenia zawodowego Zamawiający w wezwaniu wyraźnie i jednoznacznie wskazał, że wymaga uzupełnienia wykazu. Taka treść wezwania jest rozstrzygająca i powoduje, że wykonawca powinien uzupełnić prawidłowy wykaz osób, pod rygorem wykluczenia z postępowania.

Odwołujący w odpowiedzi na takie wezwanie uzupełnił wykaz osób, w którym – jak przyznał w treści odwołania – w odniesieniu do pana A. S. omyłkowo wskazał początkową datę, od której można liczyć wymagany przez SIWZ okres jego doświadczenia oraz nie wymienił szczegółowo zadań/budów i zakresów dat pełnienia funkcji kierownika robót po roku 2016. Należy więc stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu i nie mógł być kolejny raz wezwany do uzupełnienia wykazu osób. Zasadą wynikającą z konieczności zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest bowiem jednoznacznie potwierdzona w orzecznictwie Izby zasada jednokrotności wezwania kierowanego do wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający, stosując się do powyższej zasady, nie skierował do odwołującego kolejnego wezwania do uzupełnienia wykazu osób, zwrócił się jedynie o wyjaśnienie treści przedstawionego wykazu, powziął bowiem wątpliwości co do okresu doświadczenia kierownika robót elektrycznych w kontekście daty uzyskania przez tę osobę członkostwa w Polskiej Izbie Inżynierów Budownictwa. Odwołujący nie wyjaśnił tej rozbieżności, ale przedstawił kolejny wykaz osób, podając w nim nowe informacje na temat doświadczenia zawodowego pana A. S. . Należy więc stwierdzić, że Zamawiający zasadnie uznał, że wykonawca nie miał prawa kolejny raz uzupełnić wykazu osób i że w związku z faktem, że wykaz przedstawiony na wezwanie z 10 września 2020 r. nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wykluczył Odwołującego z postępowania.

Na koniec zauważyć należy, że nie może być rozstrzygająca dla rozpoznawanej sprawy podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że we wcześniejszych postępowaniach Zamawiający nie kwestionował wykazów osób, które nie zawierały informacji na temat dat i nazw inwestycji, w ramach których zdobywane było doświadczenie zawodowe. Odnosząc się do tych twierdzeń pokreślić należy, że ocenie Izby podlegają okoliczności zaistniałe w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie i nie może świadczyć o nieprawidłowości działań Zamawiającego to, że w innych postępowaniach inaczej oceniał składane przez wykonawcę dokumenty, zwłaszcza gdy prawidłowość tej oceny nie została zweryfikowana. W tej sytuacji na marginesie jedynie Izba zauważa, że okoliczność ta nie została przez Odwołującego wykazana na rozprawie, a przedstawienie dokumentów mających ją potwierdzać po zamknięciu rozprawy jest spóźnione, zgodnie bowiem z art. 190 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać do zamknięcia rozprawy.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący:.....