

WYROK
z dnia 13 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu: 10 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 19 października 2020 r. przez **wykonawcę Instytut Energii Sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie** postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Zakład Gospodarki i Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Lubaniu** przy udziale **wykonawcy: „Zakład Techniki Ochrony Środowiska Foleko” Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert oraz unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym wezwanie Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej zawartego w pkt 2.2.3.2 SIWZ w odniesieniu do projektanta specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Zakład Gospodarki i Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Lubaniu i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Instytut Energii Sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od **Zamawiającego: Zakładu Gospodarki i Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Lubaniu** kwotę **23 600 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy: Instytutu Energii Sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie** tytułem uiszczonych wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 2698/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Gospodarki i Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Lubaniu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Rozbudowa obiektów Centrum Utylizacji Odpadów w formule „zaprojektuj i wybuduj” wraz zakupem linii technologicznych w ramach projektu pn. Rozbudowa Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Lubaniu o infrastrukturę podstawową do przejmowania i sortowania odpadów komunalnych oraz o niezbędną infrastrukturę towarzyszącą na potrzeby obsługi wybudowanych instalacji zagospodarowania odpadów – etap II*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Instytut Energii Sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 19 października 2020 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy: „Zakład Techniki Ochrony Środowiska Foleko” Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy: art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez wadliwą czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania, • naruszenie art. 92 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp — poprzez wadliwe i niepełne uzasadnienie faktyczne i prawne decyzji o wykluczeniu, co ma bezpośredni wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o: nakazanie Zamawiającemu: 1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania jako obarczonej wadą mającą wpływ na jego wynik, a w konsekwencji, 2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania za taką oferty Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o.o., co w wyniku powtórzonej czynności wyboru doprowadzi do uznania za najkorzystniejszą oferty Odwołującego.

Pismem z dnia 6 listopada 2020 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Instytutu Energii Sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania

ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba nie podzieliła stanowiska wyrażonego przez wykonawcę „Zakład Techniki Ochrony Środowiska Foleko” Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy, że Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania. Izba zgodziła się z Odwołującym, że posiada status wykonawcy uprawniającego go do skorzystania z przewidzianych ustawą Pzp środków ochrony prawnej. Odwołujący w

przedmiotowym postępowaniu był wzywany przez Zamawiającego do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz ważności wadium w trybie art. 85 ust 2 ustawy Pzp i zgodę taką wraz z przedłużeniem gwarancji wadialnej złożył. Zamawiający nie stwierdził ponadto aby oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu ani na podstawie art. 89 ust 1 pkt 7a czy też 7b ustawy Pzp. Dodatkowo na marginesie należy dodać również, że wykonawca nie może w żaden sposób ponosić negatywnych konsekwencji błędnych decyzji Zamawiającego w zakresie wzywania i liczenia terminu związania ofertą, wobec tego Izba uznała, że w niniejszej sprawie wykonawca legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania a odwołanie podlega merytorycznemu rozpoznaniu przed Izbą.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 2 października 2020 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 22 października 2020 r. zgłosił przystąpienie wykonawca „Zakład Techniki Ochrony Środowiska Foleko” Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy „Zakład Techniki Ochrony Środowiska Foleko” Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy (zwanego dalej: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: „*Rozbudowa obiektów Centrum Utylizacji Odpadów w formule „zaprojektuj i wybuduj” wraz zakupem linii technologicznych w ramach projektu pn. Rozbudowa Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Lubaniu o infrastrukturę podstawową do przejmowania i sortowania odpadów komunalnych oraz o niezbędną infrastrukturę towarzyszącą na potrzeby obsługi wybudowanych instalacji zagospodarowania odpadów – etap I*”.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi, następujące postanowienia:

Rozdział V Warunki udziału w postępowaniu:

O udzielenie niniejszego zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- nie podlegają wykluczeniu;
- spełniają warunki udziału w postępowaniu, określone w ogłoszeniu o zamówieniu oraz niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Warunki udziału w postępowaniu dotyczą:

Pkt 2.2.3.2 dysponowania osobami skierowanymi do realizacji zamówienia o kwalifikacjach zawodowych i doświadczeniu, Wykonawcy winni udokumentować dysponowanie niżej wymienionymi osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia:

1. kierownik robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej „z doświadczeniem zawodowym na stanowisku kierownika budowy/robót przy realizacji co najmniej jednego zakładu zagospodarowania odpadów komunalnych w skład którego wchodziły roboty związane z budową obiektu o konstrukcji stalowej, dróg dojazdowych”,
2. kierownik robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, w zakresie co najmniej do 20kV „z doświadczeniem zawodowym na stanowisku kierownika budowy/robót przy budowie/przebudowie instalacji sieci SN i NN”,
3. kierownik robót w specjalności instalacyjnej, sanitarnej i urządzeń sieci wodociągowych i kanalizacyjnych „z doświadczeniem na stanowisku kierownika budowy/robót przy budowie/przebudowie/rozbudowie zakładu unieszkodliwiania odpadów/osadów lub oczyszczalni ścieków”,
4. kierownik montażu i rozruchu urządzeń technicznych „posiadającą doświadczenie przy uruchomieniu co najmniej 1 instalacji w ciągu ostatnich trzech lat: * instalacji mechanicznego przetwarzania odpadów komunalnych w wyposażonej w separator elektromagnetyczny, kabinę sortowniczą, instalację wentylacji technologicznej pozwalającej na ujmowanie powietrza lub jednej instalacji do produkcji z odpadów komunalnych paliwa alternatywnego lub komponentów do takiego paliwa wyposażonej w separator magnetyczny, separator powietrzny”,
5. projektant specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych z doświadczeniem „w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (...) „w projektowaniu o charakterze projektanta (...) dla co najmniej jednej inwestycji (...) z budową/rozbudową/przebudową stacji transformatorowej i budową instalacji fotowoltaicznych.”

Zamawiający wskazał także, w ww. rozdziale i w ww. punkcie SIWZ, że ocena spełnienia warunku będzie dokonywana w oparciu o złożone przez wykonawcę:

1. „wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia „wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia oraz informacją o podstawie do dysponowania *tymi osobami* – sporządzony przez Wykonawcę samodzielnie lub z wykorzystaniem załącznika do SIWZ”,
2. „oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (wymienione w wykazie osoby) posiadają wymagane uprawnienia”,
3. „oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu”.

Zgodnie z rozdziałem VII SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia” zamawiający podał, że „W celu oceny spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1b pkt. 3) ustawy Pzp, należy na wezwanie zamawiającego, pod rygorem wykluczenia z postępowania, złożyć w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie następujące oświadczenia i dokumenty (...) 1) wykaz robót budowlanych (...) 2) wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiadających za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, 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 dysponowania tymi osobami.” (dalej „Wykaz” albo „Wykaz osób”).

Ponadto opracowany przez zamawiającego wzór Wykazu osób (załącznik nr 7 do SIWZ) przewidywał podanie przez wykonawcę informacji w pięciu kolumnach opisanych jako: „Lp.”, „Imię i nazwisko”, „Zakres wykonywanych czynności”, „Kwalifikacje, wykształcenie, doświadczenie, zakres uprawnień”, „Informacja o podstawie do dysponowania tymi osobami/podmiotami”.

Zamawiający wzywał Odwołującego o uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, niemniej jednak wezwanie nie obejmowało zakresem przedmiotu sporu niniejszego odwołania (KIO 2698/20).

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego – wobec powyższego Odwołujący wniósł na niniejszą czynność Zamawiającego odwołanie (KIO 1930/20). Zamawiający oceniając uzupełnione dokumenty uznał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIW. Dopiero uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego zawierało faktyczną przyczyną wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 15 lipca br. Uzasadnienie odrzucenia oferty wskazywało m.in. na następujący brak: w odniesieniu do projektanta specjalności instalacyjnej - niewskazanie w treści Wykazu doświadczenia w projektowaniu instalacji fotowoltaicznych. Zgodnie z uzasadnieniem odrzucenia: projektanta specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Zamawiający żądał doświadczenia w projektowaniu w charakterze projektanta sieci i/lub instalacji średniego i niskiego napięcia i/ lub urządzeń elektrycznych i/lub elektroenergetycznych dla

co najmniej jednej inwestycji z sektora gospodarki odpadami lub gospodarki wodno-ściekowej z budową/rozbudową/przebudową stacji transformatorowej i budową instalacji fotowoltaicznych. Wykonawca wpisał, że projektant posiada co najmniej 3 letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na Projektanta na inwestycjach Rozbudowa i modernizacja składowiska odpadów w Bładowie gm. Tuchola, Budowie hali sortowni z zapleczem w Ostrołęce, Rozbudowa i przebudowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów wraz z zakupem niezbędnych maszyn w miejscowości Kozodrza gm. Ostrów. W ocenie Zamawiającego brak oświadczenia o posiadanym przez wskazaną osobę doświadczenia w projektowaniu instalacji fotowoltaicznych. W odniesieniu do kierownika montażu i rozruchu urządzeń technicznych uznanie, że w związku z faktem powołania się Wykonawcy na doświadczenie wskazanej osoby na inwestycji realizowanej przez Zamawiającego i braku w aktach przedmiotowej inwestycji wskazanej osoby w funkcji kierownika montażu i rozruchu, osoba ta nie spełnia warunku posiadania wymaganego doświadczenia

W wyniku wniesionego odwołania (KIO 1930/20) Izba uwzględniła odwołanie oraz nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienie czynności zatrzymania wadium, ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, a w jej ramach wezwanie odwołującego do uzupełnienia lub złożenia wyjaśnień wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego, poprzez wskazanie, których osób braki dotyczą i jakie są to braki lub wskazanie, informacje dotyczące, których osób budzą wątpliwości zamawiającego i na czym wątpliwości te polegają.

Zamawiający w dniu 29 września 2020 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie posiadanego doświadczenia przez Pana J. S. w ramach przedłożonego doświadczenia przy realizacji projektu „Rozbudowa i przebudowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów wraz z zakupem niezbędnych maszyn w miejscowości Kozodrza, Gmina Ostrów” tj. pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie na stanowisku projektanta obejmującego budowę instalacji fotowoltaicznych w ramach wyżej wymienionego projektu, w rozumieniu uczestnika procesu budowlanego w myśl art. 17 pkt, 3 ustawy Prawo budowlane. Ponadto Zamawiający wezwał również do wyjaśnień w zakresie posiadanego doświadczenia przez Pana A. F. w ramach przedłożonego doświadczenia przy realizacji projektu „Rozbudowa ZGiUK w Lubaniu w okresie 6 kwietnia 2018 do 15 stycznia 2019”- jako osoby z doświadczeniem przy uruchomieniu dostarczonej do Zamawiającego co najmniej jednej instalacji w ramach wyżej wymienionego projektu, gdyż w ocenie Zamawiającego po dokonaniu weryfikacji wskazanego projektu (projekt realizowany przez Zamawiającego) w aktach przedmiotowego projektu nie widnieje wskazana osoba biorąca udział przy uruchamianiu instalacji.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust 3 Pzp uzupełnił Wykaz i w odniesieniu do wskazanej osoby projektanta uzupełniając opis posiadanego przez niego doświadczenia zawodowego, co do osoby z doświadczeniem przy uruchamianiu instalacji Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach podtrzymał prezentowane konsekwentnie w postępowaniu (w tym w postępowaniu dowodowym przed Izba) stanowisko, że Pan A. F., nabył wymagane doświadczenie na stanowisko kierownika montażu i rozruchu urządzeń technicznych na kontrakcie: Rozbudowa ZGiUK w Lubaniu w okresie od 6 kwietnia 2018 r. do 15 stycznia 2019 r.

Zamawiający w dniu 9 października 2020 r. wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia wskazał, że dla poz. 8 „Wykazu” z dnia 07.07.2020r. dot. Projektanta specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych Wykonawca przedstawił następujące informacje o osobie kierowanej na stanowisko projektanta specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych: „L.S. (...) Kwalifikacje: posiada wykształcenie wyższe techniczne, uprawnienia nr B-B.91/75 budowlane do projektowania specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych lub równoważne uprawnienia wydane zgodnie z wcześniej obowiązującym prawem, w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia. Posiada co najmniej 3-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na stanowisku Projektanta na poniższych inwestycjach: Rozbudowa i modernizacja składowiska w Bładowie, gm. Tuchola. Budowa w okresie od 09.2011 do 04.2013 r, budowa hali sortowni z zapleczem w Ostrołęce w okresie od 11.2013 do 05.2015r., rozbudowa i przebudowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów wraz z zakupem niezbędnych maszyn w miejscowości Kozodrza, gmina Ostrów w okresie od 07.2015 do 12.2015r.

Posiada doświadczenie zawodowe w projektowaniu w charakterze projektanta sieci i instalacji średniego i niskiego napięcia i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych dla co najmniej jednej inwestycji „Rozbudowa i przebudowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów wraz z zakupem niezbędnych maszyn w miejscowości Kozodrza, Gmina Ostrów.”, dla których Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień (wezwanie z dnia 29.09.2020r.) w zakresie posiadanego doświadczenia przez Pana J. S. w ramach przedłożonego doświadczenia przy realizacji projektu „Rozbudowa i przebudowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów wraz z zakupem niezbędnych maszyn w miejscowości Kozodrza, Gmina Ostrów” tj. pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie na stanowisku projektanta obejmującego budowę instalacji fotowoltaicznych w ramach wyżej wymienionego projektu.

Wykonawca w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie do złożenia wyjaśnień tj. do 06.10.2020r. do godz. 11:00 w piśmie z dnia 06.10.2020r. przedłożył „Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego” z dnia 30.09.2020r. gdzie dla poz. 8 dot. Projektanta specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych Wykonawca przedstawił następujące informacje o osobie kierowanej na stanowisko Projektanta specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych: „J. S. C.) kwalifikacje: posiada wykształcenie wyższe techniczne, uprawnienia nr B-B.91/75 budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych lub równoważne uprawnienia wydane zgodnie z wcześniej obowiązującym prawem, w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia. Posiada co najmniej 3-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na stanowisku Projektanta na poniższych inwestycjach: - Rozbudowa i modernizacja składowiska odpadów w Bładowie, gm. Tuchola. Budowa w okresie od 09.2011 do 04.2013r - budowa hali sortowni z zapleczem w Ostrołęce w okresie od 11.2013 do 05.2015 Sr. — rozbudowa i przebudowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów wraz z zakupem niezbędnych maszyn w miejscowości Kozodrza, Gmina Ostrów” w okresie od 07.2015 do 12.2015r. Posiada doświadczenie w projektowaniu w charakterze projektanta sieci i instalacji średniego i niskiego napięcia i urządzeń

elektrycznych wraz z przebudową stacji transformatorowej i budową instalacji fotowoltaicznej dla co najmniej jednej inwestycji z sektora gospodarki odpadami na inwestycji pn. „Rozbudowa i przebudowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów wraz z zakupem niezbędnych maszyn w miejscowości Kozodrza, Gmina Ostrów” oraz budową instalacji fotowoltaicznej o mocy 2x40 kW w ramach inwestycji pn. „Instalacja Fotowoltaiczna dla potrzeb Instalacja Fotowoltaiczna dla Zakładu Usług Komunalnych Ostrów, Kozodrza, jednostka budżetowa Gminy Ostrów. Umowa cywilno — prawna.” wraz z załączoną kopią strony tytułowej projektu budowlano-wykonawczego tej inwestycji (wg. pisma Wykonawcy z dnia 06.10.2020r. str. 8 wiersz 8-9).

W wyniku czynności badania i oceny oferty w powyższej kwestii Zamawiający uznał złożone dokumenty („Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego” z dnia 30.09.2020r., kopię strony tytułowej projektu budowlano-wykonawczego inwestycji pn. Instalacja Fotowoltaiczna. Inwestor Zakład Usług Komunalnych Ostrów . z dnia 16.02.2018 r.) i wyjaśnienia z dnia 06.10.2020r. (pismo z dnia 06.10.2020r. str. 2 wiersz 1-9) jako stwierdzające fakt nieposiadania wymaganego doświadczenia przez w/w osobę należącą do przedsiębiorstwa danego Wykonawcy (dysponowania bezpośrednim personelem przez Wykonawcę —jak wyjaśnił i udokumentował ten fakt Wykonawca w piśmie z dnia 22.07.2020 Or. str. 2 ;wiersz 12-15) w zakresie posiadanego doświadczenia przez Pana J. S. na stanowisku projektanta w zakresie budowy instalacji fotowoltaicznej w ramach wyżej wymienionego projektu.

Dla poz. 9 „Wykazu” z dnia 07.07.2020r. dot. Kierownika montażu i rozruchu urządzeń technicznych Wykonawca przedstawił następujące informacje o osobie kierowanej na stanowisko kierownika montażu i rozruchu urządzeń technicznych: „A. F.(. .)Wykształcenie: wyższe. Doświadczenie jako kierownik montażu i rozruchu urządzeń technicznych przy co najmniej jednej instalacji w ciągu ostatnich 3 lat na Kontrakcie: Rozbudowa ZGIUK w Lubaniu w skład instalacji mechanicznego przetwarzania odpadów komunalnych wchodziło m.in.: separator elektromagnetyczny, kabiny sortownicze, instalacji wentylacji technologicznej pozwalającej na ujmowanie powietrza, termin realizacji od 06.04.2018 do 15.01 .2019”, dla których Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień (wezwanie z dnia 29.09.2020r.) w zakresie osiadane o doświadczenia rzez Pana A. F. w ramach przedłożonego o doświadczenia przy realizacji projektu „Rozbudowa ZGIUK w Lubaniu w okresie 06.04.2018 do 15.01.2019” jako osoby z doświadczeniem przy uruchomieniu co najmniej jednej instalacji w ramach wyżej wymienionego projektu.

Wykonawca w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie do złożenia wyjaśnień tj. 06.10.2020r. do godz. 11:00 w piśmie z dnia 06.10.2020r. przedłożył; „Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego” z dnia 30.09.2020r. gdzie dla poz. 9 (w „Wykazie z dnia 30.09.2020r. osoba Pana A. F. oraz informacja w tym zakresie została umieszczona pod poz. 10) dot. kierownika montażu i rozruchu urządzeń technicznych Wykonawca przedstawił następujące informacje o osobie kierowanej na stanowisko kierownika montażu i rozruchu urządzeń technicznych: „A. F. (. .) Wykształcenie: wyższe Doświadczenie przy uruchomieniu jednej instalacji w ciągu ostatnich trzech lat na inwestycji pn: „Rozbudowa ZGIUK w Lubaniu” w skład instalacji mechanicznego przetwarzania odpadów komunalnych wchodziło min.: - separator elektromagnetyczny, - kabiny sortownicze, - instalacja wentylacji technologicznej pozwalająca na ujmowanie powietrza, termin realizacji kontraktu od 06.04.2018 do 15.01.2019 Umowa cywilno-prawna” wraz z informacją (pismo z dnia 06.10.2020r. str. 2 wiersz 19-24): „Wykonawca potwierdza, że wskazana osoba faktycznie legitymuje się doświadczeniem przy uruchomieniu instalacji o wskazanych parametrach Dodatkowo w ramach załączników do powyższego pisma Wykonawca załączył: dokumenty wewnętrzne Spółki FALUBAZ POLSKA S.A. S.K.A. potwierdzające udział Pana A. F. przy uruchomieniu instalacji w ramach przedmiotowego kontraktu, oświadczenie Pana M. K., który pełnił w ramach powołanego zamówienia funkcję Przedstawiciela/Pełnomocnika Spółki Falubaz S.A. pełnomocnictwo dla pełnomocnika Spółki Pana Pr. M. Załączono także Oświadczenie Pana A. F. potwierdzające posiadanie doświadczenia zawodowego w uruchomieniu wskazanej instalacji w ramach powołanego kontraktu. W wyniku czynności badania i oceny oferty w powyższej kwestii Zamawiający uznał złożone dokumenty i wyjaśnienia jako stwierdzające fakt nieposiadania wymaganego doświadczenia przez osobę należącą do przedsiębiorstwa danego Wykonawcy (dysponowania bezpośrednim personelem przez Wykonawcę — jak wyjaśnił i udokumentował ten fakt Wykonawca w piśmie z dnia 22.07.2020r. str. 2 ;wiersz 12-15) w zakresie posiadanego doświadczenia przez Pana A. F. przy uruchomieniu instalacji w ramach realizacji zamówienia pn. „Rozbudowa Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Lubaniu o infrastrukturę podstawową do przyjmowania i sortowania odpadów komunalnych oraz o niezbędną infrastrukturę towarzyszącą na potrzeby obsługi wybudowanych instalacji zagospodarowania odpadów — etap 1”. Odnosząc się do przedstawianych przez Wykonawcę: dokumenty wewnętrzne Spółki FALUBAZ POLSKA S.A. S.K.A. potwierdzające udział Pana A. F. przy uruchomieniu instalacji w ramach przedmiotowego kontraktu, Dokumenty pn. KORESPONDENTKA WEWNĘTRZNA potwierdzają fakt jedynie przekazania dokumentacji konstrukcyjnej do technologów — referenta Działu Konstrukcyjno Technologicznego do Działu Produkcji Magazyn w Zielonej Górze (w zakładzie produkcyjnym). Osobą przyjmującą dokumentację konstrukcyjną (Osoba Odpowiedzialna) jest Kierownik Działu Konstrukcji Stalowych Pan inż. A. F. Niniejsze dokumenty potwierdzają fakt wykonywania elementów składowych linii technologicznych w zakładzie produkcyjnym w Zielonej Górze, nie określają zaś innej funkcji Pana A. F. niż „Kierownik Działu Konstrukcji Stalowych”. oświadczenie Pana M. K., który pełnił w ramach powołanego zamówienia funkcję Przedstawiciela/Pełnomocnika Spółki Falubaz S.A. Oświadczenie z dnia 09.09.2020r. nr ref. 54A/MMH/2020 potwierdza jedynie i rzeczywiście fakt pełnienia funkcji przedstawiciela Spółki Falubaz Polska S.A. S.K.A. jako partnera konsorcjum i nie ma wpływu w potwierdzeniu faktu posiadania doświadczenia przez Pana A. F. przy uruchomieniu instalacji w Lubaniu.- pełnomocnictwo dla pełnomocnika Spółki Pana P. M. .

Przedstawione pełnomocnictwo z dnia 31 grudnia 2019 r. nie ma wpływu w potwierdzeniu faktu posiadanego doświadczenia przez Pana A. F. przy uruchomieniu instalacji w Lubaniu. oświadczenie Pana A. F. potwierdzające posiadanie doświadczenia zawodowego w uruchomieniu wskazanej instalacji w ramach powołanego kontraktu.

W Oświadczeniu z dnia 04.08.2020 r. Pan A. F. stwierdza, iż; „pełnił funkcję kierownika montażu i rozruchu urządzeń technicznych co nie ma wpływu na potwierdzenie jednoznacznie i rzeczywiście faktu iż Pan A. F. posiada doświadczenie w uruchomieniu instalacji w Lubaniu. Zamawiający nie kwestionuje wyżej wymienionych faktów przedstawianych przez przedstawicieli Spółki Falubaz Polska S.A. S.K.A. w postaci dokumentów pn. KORESPONDENTKA WEWNĘTRZNA i roli Pana A. F. w procesie przekazywania dokumentacji konstrukcyjnej z Działu Konstrukcyjno-Technologicznego do Działu Produkcji 4 Magazyn w Zielonej Górze oraz roli w wykonywaniu elementów stalowych linii technologicznych w Zielonej Górze i roli w tym procesie Pana A.F. Wykonawca w nich nie potwierdził doświadczenia przy uruchamianiu instalacji w Lubaniu (uruchamiać: „wprawić mechanizm, urządzenie itp. w ruch” Słownik języka polskiego PWN pod red. W. Doroszewskiego). Zamawiający także nie mógł potwierdzić w ramach posiadanej przez Zamawiającego wiedzy i dokumentów obecności przy uruchamianiu Instalacji w Lubaniu Pana A. F., albowiem posiadana wiedza i dokumenty takiej okoliczności nie potwierdzają.

Wykonawca w „Wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego” z dnia 30.09.2020r. dokonał dodatkowego wpisu dodatkowej osoby na poz. 9, która to zmiana spowodowała przesunięcie osoby z poz. 9 „Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego” z dnia 07.07.2020r. na poz. 10,

Wykonawca w „Wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego” z dnia 07.07.2020r. oraz w piśmie z dnia 22.07.2020r. str.2 ;wiersz 12-15 potwierdził iż: „W tym przypadku mamy do czynienia z tak zwanym dysponowaniem

bezpośrednim personelem przez wykonawcę. Zatem przy takiej formie relacji wykonawcy w stosunku do kandydatów na wskazane stanowiska nie mamy do czynienia z użyczeniem potencjału podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu o którym mowa w art. 22a Pzp.” oraz potwierdził to również w „Wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego” z dnia 30.09.2020r.: „Dysponowanie bezpośrednio — umowa cywilno-prawna.” co skutkuje niemożnością zastosowania przepisów dot. zastąpienia wskazanej w „Wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego” z dnia 07.07.2020r. Osobą inną w trybie art.22a ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych jako sytuacji polegania w tym przypadku na zdolnościach zawodowych innych podmiotów.

W związku z powyższym Zamawiający po stwierdzeniu nie udokumentowania dysponowania osobami skierowanymi do realizacji zamówienia o wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniu (SIWZ str. 9-11) w zakresie wskazanym w wezwaniu z dnia 29.09.2020r. oraz złożonych do niego wyjaśnień z dnia 30.09.2020r., odnoszących się do osoby skierowanej przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego na stanowiskach: Projektanta specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych oraz Kierownika montażu i rozruchu urządzeń technicznych koniecznym stało się wykluczenie Wykonawcy w myśl art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron oraz uczestnika postępowania Izba stwierdziła, że odwołanie należało uwzględnić.

Izba - oceniając zarzut dotyczący wadliwego oraz niepełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego dla dokonanej przez Zamawiającego czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania (t.j. naruszenia art. 92 ust. 1 ustawy Pzp) - uznała, że zarzut ten potwierdził się w zebranych przez Izbę materiale dowodowym.

Dokonując oceny niniejszego stanu faktycznego w pierwszej kolejności Izba wzięła pod uwagę treść przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem art. 92 ust. 1 Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, 2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, 3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełnienia wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, 4) wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu, 5) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów, 6) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów, 7) unieważnieniu postępowania - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Jak słusznie zauważono w wyroku z dnia 5 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 517/17: „Dokonując analizy znowej przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp – porównując treść tego przepisu sprzed nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. - można dojść do wniosku, iż intencją Ustawodawcy – zmieniającego ten przepis poprzez dodanie in fine sformułowania „podając uzasadnienie faktyczne i prawne” - było przesądzenie kwestii dotyczącej powinności Zamawiającego co do uzasadniania wszystkich dokonywanych przez niego czynności (...) Powyższa zmiana – w ocenie Izby - miała zagwarantować wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia możliwość zapoznania się z pełnym rozstrzygnięciem Zamawiającego (oraz jego motywami). Z przepisu tego - i przyjętej przez Ustawodawcę konstrukcji tego przepisu - wynika zatem zamiar Ustawodawcy – również wobec wyartykułowanej w ustawie nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r. zasady przejrzystości – aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu uzyskali pełny zakres informacji co do rozstrzygnięcia wraz z jego uzasadnieniem (...)”. Powyższe – zarówno do czynności wykluczenia, odrzucenia oferty - ma ogromne znaczenie, - gdyż niewątpliwie uzasadnienie faktyczne i prawne niniejszych czynności jest informacją istotną dla wykonawcy i wpływa na zakres składanych przez wykonawcę środków ochrony prawnej.

Zauważenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Wyrazem zasady przejrzystości jest właśnie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, który ma być gwarantem jasności i klarowności prowadzonych przez Zamawiającego procedur przetargowych. Wobec powyższego wykonawca dopiero po zapoznaniu się z treścią rozstrzygnięcia formułuje zarzuty i wskazuje ich uzasadnienie. Nie ulega również wątpliwości – co niejednokrotnie zostało potwierdzone orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej – że wykonawca ma prawo posiadania pełnej wiedzy jakimi przesłankami kierował się Zamawiający rozstrzygając postępowanie o udzielenie zamówienia – co zostało przesądzone niniejszą nowelizacją ustawy Pzp. W konsekwencji w ocenie Izby wobec przyjętej nowelizacją zasady przejrzystości wyrażonej w art. 7 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest do informowania wykonawców w sposób jasny i przejrzysty o podstawie wykluczenia z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego swojej decyzji. Wykonawca w takiej sytuacji powinien uzyskać od Zamawiającego informację, dlaczego w niniejszym postępowaniu został wykluczony (z podaniem podstawy faktycznej oraz prawnej decyzji Zamawiającego).

Izba wskazuje, że uzasadnienie wykluczenia wykonawcy – czy też odrzucenia jego oferty - warunkuje zakres składanych przez wykonawcę środków ochrony prawnej. W oparciu o jego treść wykonawca formułuje zarzuty i wskazuje ich uzasadnienie. Należy wskazać, że sformułowane na etapie składania odwołania zarzuty są jedynymi jakie mogą być rozstrzygane przez Izbę, związanie Izby granicami zarzutów odwołania ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom zachowania swoich praw w postępowaniu. Tym samym 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.

Izba podziela zatem w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego z Warszawy z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż(...) Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równoprawienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne,

nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)

Zasadnym wydaje w tym miejscu przywołanie również wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: „W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów”.

W ocenie Izby zgodzić należy się z Odwołującym, iż w *Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 9 października 2020 r.* brak jest jasnego oraz wyczerpującego uzasadnienia faktycznego wykluczenia Odwołującego z postępowania. Owszem Zamawiający wskazuje stan faktyczny, opisuje składane przez wykonawcę dokumenty niemniej jednak stwierdza jedynie, że „wyniku czynności badania i oceny oferty w powyższej kwestii Zamawiający uznał złożone dokumenty („Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego” z dnia 30.09.2020r., kopię strony tytułowej projektu budowlano-wykonawczego inwestycji pn. Instalacja Fotowoltaiczna. Inwestor Zakład Usług Komunalnych Ostrów. z dnia 16.02.2018 r.) i wyjaśnienia z dnia 06.10.2020r. (pismo z dnia 06.10.2020r. str. 2 wiersz 1-9) jako stwierdzające fakt nieposiadania wymaganego doświadczenia przez w/w osobę należącą do przedsiębiorstwa danego Wykonawcy (dysponowania bezpośrednim personelem przez Wykonawcę —jak wyjaśnił i udokumentował ten fakt Wykonawca w piśmie z dnia 22.07.2020 r. str. 2 ;wiersz 12-15) w zakresie posiadanego doświadczenia przez Pana J. S. na stanowisku projektanta w zakresie budowy instalacji fotowoltaicznej w ramach wyżej wymienionego projektu”. Powyższe oznacza, że Zamawiający niespełnienie warunku udziału dla projektanta o specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych uzasadnia jako „stwierdzające fakt nieposiadania wymaganego doświadczenia przez w/w osobę (...)”. Nie jest wiadomym, dlaczego Zamawiający zdecydował się wykluczyć wykonawcę, nie jest również wiadomym, której części postawionego wymagania wykonawca nie spełnił.

Zamawiający dopiero na rozprawie wskazał, że w przypadku projektanta – w świetle postanowień SIWZ – Zamawiającemu zależało aby wykazać się osobą pełniącą samodzielną funkcję w budownictwie, zaś osoba sprawdzająca dokumentację takiego warunku nie spełnia (wymagania, że projektant ma wykazać się doświadczeniem „w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (...)” Zamawiający jednak powyższego nie wyartykułował w podstawie wykluczenia. Wobec powyższego – również ze względu na fakt, że Zamawiający nie wzywał wykonawcy precyzyjnie w tym zakresie o uzupełnienie oświadczeń i dokumentów, a jedynie o wyjaśnienia - Izba zobowiązała Zamawiającego do wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej zawartego w pkt 2.2.3.2 SIWZ w odniesieniu do projektanta specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych – jednocześnie z zastrzeżeniem, że wzywając o uzupełnienie dokumentów oraz oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (do uzupełnienia wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego), Zamawiający zobowiązany jest wskazać, których osób braki dotyczą i jakie są to braki oraz wskazania, czego dotyczą wątpliwości Zamawiającego (w zakresie jakiej części warunku udziału wykonawca nie wykazał spełnienia wymagań Zamawiającego). Zamawiający zobowiązany jest precyzyjnie wskazać wykonawcy w jakiej części warunku udziału nie spełnił i w jakim zakresie ma nastąpić uzupełnienie.

Na marginesie – odnosząc się do dotychczasowych wezwań Zamawiającego, - wskazać należy, że - wezwanie Zamawiającego – czy to do uzupełnienia dokumentów, czy też do wyjaśnień - powinno być precyzyjne. Za wyrokiem KIO z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1971/09 oraz KIO/UZP 1980/09 – iż „(...) bezwzględny obowiązek Zamawiającego, w przypadku wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów, jest zawsze dokładne opisanie dlaczego Zamawiający uznał dokument za wadliwy lub niepełny i w jaki sposób oczekuje, iż wykonawca usunie stwierdzone uchybienie (...). Wezwanie Zamawiającego z dnia 17 listopada 2009 r. nie zawiera enumeratywnie wymienionych braków w wykazie osób Odwołującego B. samo żądanie uzupełnienia, polega jedynie na przytoczeniu treści odnośnych wymagań zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu, i to w sposób niepełny, ponieważ Zamawiający pominął przytoczenia ewidentnie niespełnione w pierwszym spełnionym wykazie tego wykonawcy, warunku legitymowania się przez wymienione osoby minimum 3 letnim doświadczeniem zawodowym w danej dziedzinie. Wezwanie należy uznać za nieprecyzyjne, ograniczające się do wykazania sposobu spełniania wymagań, bez przywołania stosownego warunku udziału, dla którego zostały ustanowione. Bez względu na sposób odczytania tych wymagań i prawidłowości ich wypełnienia przez innych uczestników tego postępowania, wykonawcy zawsze przysługuje uprawnienie, aby został wezwany do uzupełnienia wadliwego lub złożenia brakującego dokumentu, z grupy wskazanej w art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.”. Zatem – jeśli wykonawca nie spełnił warunku dotyczącego dysponowania osobą projektanta specjalności instalacyjnej – z uwagi na powołanie się na doświadczenie projektanta sprawdzającego, który nie spełnia wymagań Zamawiającego co do doświadczenia się „w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (...)” to Zamawiający powinien to wyraźnie wyartykułować – najpierw w wezwaniu o uzupełnienie dokumentów kierowanym w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – a następnie – w przypadku uznania, że wykonawca na wezwanie nie wykazał spełnienia warunków udziału – precyzyjnie uzasadnić czynność wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Nie ulega również wątpliwości, że przed wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp Zamawiający powinien wyczerpać procedurę wynikającą z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – tj. wezwać wykonawcę o uzupełnienie brakujących dokumentów – w przypadku stwierdzenia, że wykonawca takiego warunku nie spełnia.

Odnosząc się do niewykazania warunku dysponowania osobą: kierownikiem montażu i rozruchu urządzeń technicznych – również w tym zakresie rozważania Izby – dotyczące uzasadnienia faktycznego wykluczenia należy uznać za wiążące. Podobnie – i w tym przypadku – uzasadnienie faktyczne wykluczenia nie wskazuje precyzyjnie podstaw faktycznych wykluczenia. Zamawiający w wykluczeniu z dnia 9 października 2020 r. wskazuje, że „Zatem przy takiej

formie relacji wykonawcy w stosunku do kandydatów na wskazane stanowiska nie mamy do czynienia z użyczeniem potencjału podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu o którym mowa w art. 22a Pzp.” oraz potwierdził to również w „Wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego” z dnia 30.09.2020r.: „Dysponowanie bezpośrednio — umowa cywilno-prawna.” co skutkuje niemożnością zastosowania przepisów dot. zastąpienia wskazanej w „Wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego” z dnia 07.07.2020r. Osobą inną w trybie art. 22a ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych jako sytuacji polegania w tym przypadku na zdolnościach zawodowych innych podmiotów”. Powyższe wskazywałoby na okoliczności dotyczące formy dysponowania personelem – nie mniej jednak Zamawiający w odmienny sposób wykluczenie wykonawcy – w zakresie kierownika montażu i rozruchu urządzeń technicznych – uzasadniał w piśmie z dnia 9 października 2020 r. W konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu – w zakresie doświadczenia kierownika montażu i rozruchu – dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem wymagań Zamawiającego w SIWZ. Zamawiający nie może wychodzić poza brzmienie specyfikacji i dokonywać oceny ofert – na podstawie wymagań nie wyartykułowanych w SIWZ. W tej materii również na szczególną uwagę zasługuje orzeczenie KIO 1930/20. W niniejszym wyroku Izba zauważyła, że Zamawiający w rozdziale V SIWZ opisał swoje oczekiwania co do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy w szczególności w zakresie kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób skierowanych przez wykonawcę, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (pkt 2.2.3.2.) oraz w rozdziale VII podał, jakie oświadczenia i dokumenty wykonawca winien złożyć na potwierdzenie spełnienia tych warunków, o czym przesądzą tytuły tychże rozdziałów, tj. odpowiednio „Warunki udziału w postępowaniu” oraz „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia”. W przypadku przedstawionych przez odwołującego osób, których doświadczenie zamawiający zakwestionował w zawiadomieniu z dnia 3 sierpnia 2020 r. zamawiający wymagał, jeśli chodzi o osoby, które mają uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia jako kierownicy robót (różnych branż), aby legitymowały się doświadczeniem na danym stanowisku, o czym przesądza każdorazowe użycie przez zamawiającego sformułowania „z doświadczeniem na stanowisku kierownika budowy/robót”. Brak takiego sformułowania w przypadku przedstawionej przez odwołującego, a zakwestionowanej przez zamawiającego osoby – kierownika montażu i rozruchu urządzeń technicznych, co przesądza o tym, że w przypadku tej osoby oczekiwanym doświadczeniem nie musiało (choć mogło) być doświadczenie zdobyte na stanowisku kierownika. Przypomnienia wymaga, że niezależnie od intencji, jakie przyświecały zamawiającemu przy opracowywaniu postanowień SIWZ w szczególności co do warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, przy ocenie, czy wykonawca spełnia ten warunek zamawiającemu wolno brać pod uwagę jedynie to co wynika z brzmienia SIWZ. Tak bowiem wykonawcy, jak i sam zamawiający – autor SIWZ jest związany jej treścią. Skoro z brzmienia SIWZ nie wynika, że kierownik montażu i rozruchu ma legitymować się doświadczeniem na stanowisku kierownika montażu i rozruchu urządzeń technicznych, to zamawiający, oceniając doświadczenie przedstawionej przez odwołującego osoby nie może dokonywać tej oceny wbrew treści SIWZ. Treść SIWZ w odniesieniu do kierownika montażu i rozruchu ograniczała się do wskazania, że chodzi o doświadczenie „przy uruchomieniu co najmniej 1 instalacji w ciągu ostatnich 3 lat”. Zatem Zamawiający - wobec brzmienia SIWZ w zakresie kierownika montażu i rozruchu – postawił warunek dysponowania osobą posiadającą doświadczenie przy uruchomieniu co najmniej 1 instalacji w ciągu ostatnich trzech lat, nie wymagał doświadczenia na stanowisku kierownika montażu i rozruchu, zatem istotne znaczenie miało dla Zamawiającego – wobec brzmienia SIWZ – doświadczenie przy uruchamianiu, nie zaś doświadczenie na określonym stanowisku – jak chce tego teraz Zamawiający.

Jeszcze raz podkreślenia wymaga, że to Zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań, uwzględniając wszelkie istotne dane, parametry. Wskazane warunki i wymagania są wymagania dla Zamawiającego i wykonawców w toku postępowania i tylko wobec jasnych i klarownych warunków i wymagań wprost wyrażonych w SIWZ można dokonać prawidłowej oceny ich spełnienia. Na tej podstawie bowiem wykonawcy ustalają, czy są w stanie przystąpić do postępowania, podejmują decyzję, o wzięciu bądź nie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem tylko przez pryzmat wymagań określonych w SIWZ możliwe jest dokonanie badania i oceny złożonych ofert. Zatem niedopuszczalnym jest w opinii Izby – co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym w zakresie doświadczenia kierownika montażu i rozruchu - interpretowanie przez Zamawiającego postawionych wymagań na etapie złożonych ofert i odpowiednie dostosowanie przyjętej interpretacji pod poszczególnych wykonawców. Zamawiający najpierw precyzyje swoje wymaganie w sposób jasny i klarowny, a dopiero po ich sprecyzowaniu i określeniu w SIWZ bada złożone oferty w oparciu o postawione warunki, nie zaś odwrotnie. Skoro Zamawiający jasno określił w SIWZ, że wymaga doświadczenie „przy uruchomieniu co najmniej 1 instalacji w ciągu ostatnich 3 lat, nie zaś doświadczenia na stanowisku kierowniczym to powyższych wymagań nie powinien zmieniać na etapie specyfikacji. Wobec powyższego Izba nakazała Zamawiającemu – co do warunku dotyczącego kierownika montażu i rozruchu urządzeń technicznych – dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Wobec powyższego Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert oraz unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym wezwanie Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej zawartego w pkt 2.2.3.2 SIWZ w odniesieniu do projektanta specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....