

WYROK
z dnia 5 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 marca 2021r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 8 lutego 2021 r. przez wykonawcę **APP-Projekt S.A. z siedzibą w Warszawie** (KIO 391/21);

B.w dniu 8 lutego 2021 r. przez wykonawcę **IC-L INGENIEUR CONSULTING LANGENHAGEN GmbH & Co. KG, Alemannenhof 1, 30 855 Langenhagen** (KIO 410/21);

w postępowaniu prowadzonym przez **Ambasada Rzeczypospolitej Polskiej w Republice Federalnej Niemiec z siedzibą w Berlinie**,

przy udziale:

A.wykonawcy **Trebbi Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 391/21 oraz KIO 410/21 po stronie zamawiającego;

B.wykonawcy **APP-Projekt S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 410/21 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala oba odwołania;

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołujących i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez APP-Projekt S.A. z siedzibą w Warszawie oraz IC-L INGENIEUR CONSULTING LANGENHAGEN GmbH & Co. KG, Alemannenhof 1, 30 855 Langenhagen tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego APP-Projekt S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Trebbi Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego sprzeciw kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione wynagrodzenia pełnomocnika;

2.3. zasądza od Odwołującego IC-L INGENIEUR CONSULTING LANGENHAGEN GmbH & Co. KG, Alemannenhof 1, 30 855 Langenhagen na rzecz Zamawiającego kwotę 4.598, 11 zł (słownie: cztery tysiące pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych jednaście groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3600 zł), opłaty skarbowej od pełnomocnictwa (17 zł), noclegu (175,50 zł) oraz kosztów dojazdu na rozprawę (805,61 zł).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący :.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Ambasada Rzeczypospolitej Polskiej w Republice Federalnej Niemiec prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wykonanie usługi inżyniera kontraktu dla projektu „Budowa nowej siedziby Ambasady RP w Republice Federalnej Niemiec”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 152-371988 w dniu 7 sierpnia 2020r.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Sygn. akt KIO 391/21

W dniu 8 lutego 2021r. wykonawca APP-Projekt S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący_1”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 26 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 i 6 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez jego niezastosowanie i niewykluczenie Trebbi Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący_1” lub „Trebbi”) pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania inżynierem budownictwa w branży teletechnicznej, o odpowiednich kwalifikacjach zawodowych i doświadczeniu, zgodnym z art. 25 w zw. z art. 12 ust. 2 Prawa budowlanego. Powyższe naruszenie w konsekwencji doprowadziło do tego, że oferta tego wykonawcy nie została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp;

2)art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 26 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 i 6 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, gdzie wykonawca lekkomyślnie jako inżyniera branży teletechnicznej wskazał osobę o uprawnieniach właściwych branży elektrycznej i na skutek zaniechania wezwania wykonawcy Trebbi o przedstawienie dokumentów potwierdzających kwalifikacje zawodowe, a ich kwalifikacje stanowiły warunek udziału w postępowaniu opisany w punkcie 7.2.2. SIWZ i były przewidziane do wskazania zgodnie z punktem 8.3.2 SIWZ nie doszło do wykluczenia Trebbi i w konsekwencji nieodrzużenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp;

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący_1 wniósł o:

I.Uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2)przeprowadzenie ponownego badania, oceny i wyboru najkorzystniejszej ofert w tym wykluczenie z postępowania wykonawcy Trebbi, ewentualnie

3)przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty po uprzednim wezwaniu wykonawcy Trebbi do przedłożenia uprawnień budowlanych inżyniera branży teletechnicznej - M.G. - obejmujących uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych.

Odwołujący_1 wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

- 1) wydruku z Listy członków Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa dla: M.G., T.J. i T.H.;
- 2) uprawnień budowlanych w specjalności instalacji elektrycznych T.H.;
- 3) uprawnień budowlanych w specjalności instalacji telekomunikacyjnych (teletechniczna) T.J.;
- 4) wydruku: „Stanowisko PIIB 1975 r. - Uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjno- inżynieryjnej w zakresie instalacji elektrycznych, a uprawnienia w zakresie telekomunikacji” opublikowane na okoliczność przyjętej systematyki opisu uprawnień budowlanych przyjętej przez Polską Izbę Inżynierów Budownictwa, istotnej różnicy w odniesieniu do zakresu poszczególnych specjalności uprawnień budowlanych, braku kwalifikacji zawodowych tj. wymaganych uprawnień budowlanych w specjalności instalacji telekomunikacyjnych przez osobę wskazaną w ofercie Trebbi do pełnienia funkcji inżyniera branży teletechnicznej.
- 5) pisma Zamawiającego z 5 lutego 2021 r., na okoliczność wadliwej interpretacji własnych zapisów SIWZ w sposób sprzeczny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa budowlanego.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący_1 wskazał, że Zamawiający w punkcie 7.2.1 i 7.2.2 SIWZ sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, odrębnie dla doświadczenia wykonawcy oraz odrębnie dla osób, które wykonawca skieruje do realizacji zamówienia. W zakresie doświadczenia wykonawcy Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się doświadczeniem w realizacji w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), usług polegających na pełnieniu nadzoru inwestorskiego, obejmującego co najmniej branże: architektoniczną, konstrukcyjno-budowlaną oraz instalacyjną w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: telekomunikacyjnych, sanitarnych i elektrycznych nad realizacją co najmniej 2 zadań inwestycyjnych polegających na budowie, przebudowie bądź remoncie budynku użyteczności publicznej o powierzchni całkowitej budynku min. 5 000 m² każdy. W przypadku doświadczenia jakim powinny wykazać się osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wymagał, aby wykonawca wykazał, że dysponuje lub będzie dysponować zespołem osób (minimum 3 osób), legitymujących się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone i posiadają co najmniej 5 lat doświadczenia w pełnieniu nadzoru inwestorskiego przy obiektach użyteczności publicznej o powierzchni 5000 m² lub 2000 m² (zależnie od branży).

Zatem – zdaniem Odwołującego_1 – doświadczenie inżynierów zostało ograniczone do konkretnie wymienionych rodzajów usług, nie dając pola interpretacji rozszerzającej. Zamawiający, poprzez tak opisany warunek udziału w postępowaniu w odniesieniu do osób wskazanych do realizacji zamówienia wymagał, aby miały one doświadczenie w świadczeniu usług nadzoru przy robotach budowlanych w określonego rodzaju obiektach użyteczności publicznej. Jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia, który zgodnie z SIWZ obejmuje specjalistyczne usługi nadzoru budowlanego przy złożonym obiekcie jakim jest ambasada. Według Odwołującego_1, należy domniemywać, że Zamawiający celowo dokonał takiego opisu warunku, aby do realizacji zamówienia zostały skierowane osoby o odpowiednich uprawnieniach, które miały do czynienia z nadzorem inwestorskim odpowiedniego rodzaju obiektów użyteczności publicznej, o podobnym gabarycie i skomplikowaniu jak przedmiot usług z zamówienia. Z

Odwołujący_1 wyjaśnił, że zgodnie z art. 12 ust. 2 Prawa budowlanego, aby pełnić samodzielną funkcję techniczną inspektora nadzoru inwestorskiego należy legitymować się odpowiednimi uprawnieniami budowlanymi, ponieważ inaczej nie sposób nabyć doświadczenia określonego w SIWZ jako wykonywanie czynności inspektora nadzoru inwestorskiego. Nadzór inwestorski jest terminem zdefiniowanym na gruncie Prawa budowlanego i czynności w ramach takiego nadzoru oraz doświadczenie z tym związane można zakwalifikować wyłącznie w stosunku do osoby, która posiada takie odpowiednie uprawnienia budowlane i legalnie wykonuje czynności nadzoru inwestorskiego. Inaczej nie będą to czynności inspektora nadzoru inwestorskiego. Odwołujący_1 wyjaśnił także, że zarówno z punktów 7.2.2.1-7.2.2.4 SIWZ jak również z samego charakteru usługi stanowiącej przedmiot zamówienia w związku z art. 12 ust. 2 Prawa budowlanego wynika, że przez kwalifikacje zawodowe należy rozumieć posiadanie przez wskazane w treści oferty osoby odpowiednich uprawnień budowlanych. Bez uprawnień budowlanych świadczenie w ramach zamówienia usługi nadzoru inwestorskiego będzie bowiem nielegalne (art. 91 Prawa budowlanego). W jego opinii, Zamawiający sam wskazał, że doświadczenie osób wskazanych w ofercie ma polegać na wykonywaniu czynności inspektora nadzoru inwestorskiego w rozumieniu art. 25 Prawa budowlanego. Co więcej, precyzując wskazane w treści SIWZ branże Zamawiający posłużył się opisem właściwym specjalnościom uprawnień budowlanych, cytując niemal art. 14 Prawa budowlanego. Odwołujący_1 wskazał, że „branżę teletechniczną” Zamawiający zrównał z uprawnieniami budowlanymi w zakresie instalacji telekomunikacyjnych (art. 14 ust. 1 pkt 4 lit a Prawa Budowlanego), a tym samym informacją potwierdzającą kwalifikacje zawodowe inżynierów wskazanych w treści oferty musi być co najmniej informacja o posiadanych przez nich uprawnieniach budowlanych, a powinien dokument odpowiedniego organu potwierdzający ich nadanie lub posiadanie.

Zdaniem Odwołującego_1 interpretacja zapisów SIWZ, jakoby osoba o kwalifikacjach zawodowych i doświadczeniu zdobywanym przy czynnościach inspektora nadzoru inwestorskiego, mogła nie posiadać właściwych uprawnień budowlanych byłaby sprzeczna z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, a tym samym zapis SIWZ stałby się nieważny. Odwołujący_1 odnosząc się do udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie nr 2 stwierdził, że nie stanowi ona w jego ocenie, że uprawnienia budowlane nie są wymagane, bowiem nadal w SIWZ pozostawał wymóg kwalifikacji zawodowych. Termin „uprawnienia budowlane” jest zdefiniowany na gruncie polskiej ustawy, tym samym posłużenie się nim ograniczyłoby możliwość ubiegania się o zamówienie podmiotom niemieckim, których doświadczenie również było akceptowalne zgodnie z 7.2.2.1-4 SIWZ. Sformułowanie o „kwalifikacjach zawodowych” było zatem zasadne jako termin uwzględniający zarówno polskie jak i zagraniczne uprawnienia budowlane. Odwołujący_1 podkreślił, że postanowienia SIWZ sprzeczne z przepisami bezwzględnie obowiązującymi, są nieważne, a w konsekwencji wykonawca nie może brać ich pod uwagę przy sporządzaniu swojej oferty i w ramach wykazania warunków udziału w postępowaniu powinien przedstawić osoby o kwalifikacjach zawodowych zgodnych z prawem i treścią SIWZ, a nie poglądem Zamawiającego. Jeżeli natomiast wykonawca sporządza ofertę, biorąc pod uwagę nieważne postanowienia SIWZ, to jego oferta również jest sprzeczna z prawem, bowiem wykonawca wykorzystuje brak należytego rozeznania Zamawiającego i powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Taka sytuacja miała miejsce w niniejszym postępowaniu, a Trebbi w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, co do kwalifikacji zawodowych wskazanego inżyniera branży teletechnicznej, co miało istotny wpływ na decyzję Zamawiającego. Wobec treści SIWZ bez znaczenia pozostaje, że inni inwestorzy dopuścili do nadzoru osobę bez uprawnień w odpowiedniej specjalności, co wskazano jako doświadczenie.

Odwołujący_1 podkreślił, że przy prawidłowej interpretacji zapisów SIWZ i treści przedłożonych przez Przystępującego_1 oświadczeń (załącznik nr 8), w szczególności w obliczu uprawnień budowlanych wskazanych dla

inspektora branży teletechnicznej Zamawiający przy zachowaniu należytej staranności zobowiązany był skorzystać z art. 26 ust. 4 Pzp i wezwać wykonawcę do wyjaśnień w zakresie uprawnień budowlanych, którymi dysponuje p. M.G., który został wskazany jako inżynier branży teletechnicznej. Powyższe, zdaniem Odwołującego_1 było istotne, ponieważ jego doświadczenie było jednym z kryterium oceny oferty i umożliwiało uzyskaniu aż 10 punktów. Z obowiązku takiej weryfikacji nie zwalnia Zamawiającego §2 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 (dalej: „rozporządzenie dokumentowe”), który przewiduje złożenie: „wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych 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 do dysponowania tymi osobami”.

Zdaniem Odwołującego_1, wskazany przez Trebbi inspektor branży teletechnicznej p. M.G. nie posiada wymaganych uprawnień do sprawowania nadzoru inwestorskiego w branży teletechnicznej, a więc jak wynika z SIWZ zgodnych z art. 14 ust. 1 pkt 4) a) Prawa budowlanego (instalacje telekomunikacyjne). Podkreślił, że Zamawiający, posilując się rejestrem członków Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa Zamawiający powinien był określić numer ewidencyjny p. M.G. i powziąć w tym zakresie uzasadnioną wątpliwość. P. M.G. posiada uprawnienia budowlane w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, a wskazuje na to jego numer członkowski w Izbie Inżynierów tj. ŁOD/IE/8356/08, natomiast wskazany w ofercie Odwołującego_1 T.H. posiada także uprawnienia w branży elektrycznej, a jego numer członkowski to MAZ/IE/4996/01. Oczekiwane przez Zamawiającego uprawnienia budowlane w zakresie instalacji telekomunikacyjnych posiada inżynier zgłoszony w ofercie Odwołującego_1 T.J., a jego numer członkowski to ŁOD/BT/7481/06). Odwołujący_1 wyjaśnił, że zgodnie z przyjętą systematyką nadawania numerów członkowskich, oznaczenie BT oznacza uprawnienia budowlane teletechniczne, a IE instalacje elektryczne. Powyższe niebicie wskazuje, że już na podstawie numeru uprawnień budowlanych oraz informacji dostępnych w publicznych rejestrach Zamawiający powinien był wyjaśnić powstałe w sprawie wątpliwości i zastosować procedurę z art. 26 ust. 4, która w opinii Odwołującego_1 doprowadziłaby do wykluczenia Trebbi z postępowania.

Zdaniem Odwołującego_1 także sam Zamawiający wskazał, że dostrzega istotną różnicę między branżą elektryczną oraz teletechniczną, bowiem w odpowiedzi na pytanie nr 4 wskazał, że dopuszcza się łączenie funkcji inżyniera branży elektrycznej i teletechnicznej pod warunkiem, że spełnione są wymagania dla jednej i drugiej branży. Zatem Zamawiający wskazał tym samym, iż wymaga, aby taka osoba dysponowała uprawnieniami w zakresie sieci elektrycznych i sieci telekomunikacyjnych.

Odwołujący_1 wskazał, na niedopuszczalność zastępowania inspektora nadzoru branży teletechnicznej inspektorem branży elektrycznej z uwagi na istotne różnice. Wyjaśnił, że według Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa (dalej: „PIIB”) tych dwóch specjalności nie można utożsamiać i było to przedmiotem wyjaśnień PIIB, kiedy porównywano uprawnienia w zakresie instalacji elektrycznych i w zakresie telekomunikacji. PIIB stanęła na stanowisku, że „uprawnienia budowlane uzyskane w oparciu o przepisy rozporządzenia MGTiOŚ z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46 z późn. zm.), w specjalności instalacyjno-inżynierskiej upoważniające do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych projektanta oraz kierownika budowy i robót w zakresie instalacji elektrycznych stanowią podstawę do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie jedynie w ramach powyższej specjalności. Powyższe uprawnienia budowlane nie stanowią podstawy do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym.”. Z uwagi na występowanie w aktualnie budowanych obiektach sieci telekomunikacyjnych związanych z przesyłami radiowymi tj.: instalacja odbiorcza radiowa i telewizyjna, instalacja komunikacji bezprzewodowej służb ochrony, instalacja bezprzewodowa sieci Internet (Wi-Fi), dokładając staranności w celu zagwarantowania odpowiedniej jakości przez Zamawiającego jakośi robót należy zapewnić kadrę co do której kompetencji i doświadczenia nie ma wątpliwości. Ponadto, jak wskazuje dr J.S. - Główny Specjalista Krajowego Biura Inżynierów Budownictwa uprawnienia w budownictwie telekomunikacyjnym zostały wyodrębnione przepisami rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym (Dz.U. Nr 120, poz. 581 z późn. zm.). Na mocy tych przepisów, decyzje o nadaniu uprawnień wydawał Prezes Urzędu Regulacji Telekomunikacji. Następnie decyzje podlegały wpisowi do centralnego rejestru prowadzonego przez Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego. Uprawnienia nadane w tym trybie są nadal ważne z zastrzeżeniem, iż osoby zamierzające z nich korzystać powinny być członkami właściwej okręgowej izby inżynierów budownictwa. Później uprawnienia w specjalności telekomunikacyjnej nadawane były przez samorząd zawodowy PIIB. Aktualnie zgodnie z art. 15a Prawa budowlanego uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi, związanymi z obiektem budowlanym w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji bezprzewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Uprawnienia do kierowania robotami stanowią natomiast również podstawę do sprawowania funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego (art. 13 ust. 3 Prawa budowlanego).

Odwołujący_1 wyjaśnił, że numer podanych uprawnień p. M.G., 120/87/WŁ, wskazuje iż pochodzą one z 1987 r. i sugeruje, że nie są uprawnieniami nadawanymi przez zakład pracy, a Wojewodę Łódzkiego („WŁ”) zgodnie z §13 Rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46 z późn. zm.). Uprawnienia budowlane p. M.G. 120/87/WŁ uzyskane w oparciu o przepisy rozporządzenia MGTiOŚ z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, w specjalności instalacyjno-inżynierskiej upoważniające do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w zakresie instalacji elektrycznych stanowią podstawę do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie jedynie w ramach powyższej specjalności. Zakres uprawnień budowlanych należy odczytywać zgodnie z treścią decyzji o ich nadaniu i w oparciu o przepisy będące podstawą ich nadania. Powyższe uprawnienia budowlane nie stanowią podstawy do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym. Tym samym nie posiada on kwalifikacji zawodowych i doświadczenia określonego w punkcie 7.2.2 SIWZ jako warunek udziału w przetargu.

W związku z powyższym, Odwołujący_1 stwierdził, że Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3, 4 i 6 Pzp poza innymi dokumentami winien również zweryfikować określone w SIWZ „kwalifikacje zawodowe”, osób które będą działały w imieniu Przystępującego_1 przy realizacji zamówienia, tj. w kontekście podmiotów polskich posiadane przez nich uprawnienia budowlane. Nie można bowiem legalnie pełnić funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego bez odpowiednich uprawnień budowlanych co wynika z art. 12 ust. 2 Prawa budowlanego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 lutego 2021r. oświadczył, że w całości uwzględnił zarzuty

odwołania o sygn. akt KIO 391/21.

Przystępujący_1 na posiedzeniu Izby w dniu 1 marca 2021r. wniósł sprzeciw wobec powyższej czynności Zamawiającego.

W złożonym piśmie procesowym wniósł o oddalenie odwołania jako w całości bezzasadnego stwierdzając, że zarówno z zarzutów odwołania, jak i jego uzasadnienia nie wynika w sposób konkretny i jednoznaczny, które dokładnie informacje wskazane w Wykazie osób Trebbi (w zakresie opisu kwalifikacji i doświadczenia p. M.G.) mają stanowić podstawę do uznania, że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu, lub że Przystępujący_1 wprowadził Zamawiającego w błąd - a tym samym miałyby stanowić przesłankę do wykluczenia Przystępującego_1 z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i pkt 17 Pzp. Co więcej, Przystępujący_1 stwierdził, że zarówno zarzut nr 1 oraz nr 2 odwołania są wewnętrznie sprzeczne. Odwołujący_1 w ramach jednego zarzutu zarzuca naruszenie zarówno art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp wskazując, że Zamawiający był zobowiązany do wykluczenia Przystępującego_1 z postępowania oraz naruszenie art. 26 ust. 1, 4 i 6 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego_1 do uzupełnienia dokumentów potwierdzających kwalifikacje zawodowe p. M.G.. Dodatkowo Przystępującego_1 podkreślił, że Zamawiający już wykorzystał względem niego procedurę uzupełniającą z art. 26 ust. 1 Pzp, a więc skierowanie do niego ponownego wezwania na podstawie tego przepisu będzie stanowiło naruszenie obowiązującej w zamówieniach publicznych zasady jednokrotnego korzystania z dyspozycji tego przepisu.

Trebbi odnosząc się do zarzutów odwołania wskazał, że Zamawiający w pkt 7.2.2. SIWZ (w brzmieniu pierwotnym oraz zmienionym w dniu 26 sierpnia 2020 r.) nie określił wymogu legitymowania się przez poszczególnych członków personelu wykonawcy określonymi uprawnieniami do kierowania robotami budowlanymi. Warunek udziału w postępowaniu brzmiał bowiem następująco:

"7.2.2.3 Inżynier branży teletechnicznej (sieci, instalacje i urządzenia telekomunikacyjne):

Wymagania:

- co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w pełnieniu nadzoru inwestorskiego w branży teletechnicznej obejmującego czynności Inspektora Nadzoru Inwestorskiego (ustawa z dn. 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (Dz.U. Nr 89, DOZ. 414), Rozdział 3. Prawa i Obowiązki Uczestników Procesu Budowlanego, Art. 25 Obowiązki Inspektora Nadzoru) (...),

- doświadczenie w okresie ostatnich 7 lat w pełnieniu nadzoru inwestorskiego w branży teletechnicznej przy co najmniej 2 zadaniach inwestycyjnych polegających na budowie, przebudowie lub remoncie budynku użyteczności publicznej o powierzchni całkowitej budynku min. 2 000 m² każdy."

Co więcej, w toku postępowania przetargowego jeden z wykonawców zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem czy Zamawiający faktycznie rezygnuje z określenia wobec osób dedykowanych do realizacji zamówienia wymagań dotyczących posiadania przez nich określonych uprawnień wynikających z prawa budowlanego. Zamawiający na wniosek wykonawcy postuluwany w ramach pytania nr 2 do SIWZ w brzmieniu: "wnoszę, w zakresie wymagań dotyczących osób wchodzących w skład zespołu inżyniera kontraktu (pkt 7.2.2 SIWZ), dopuszczenie możliwości wykazania się przez ww. osoby uprawnieniami budowlanymi do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w danej specjalizacji bez ograniczeń wraz z aktualnym na dzień składania ofert zaświadczeniem o przynależności do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa lub analogicznymi dokumentami wskazanymi w ustawodawstwie niemieckim" wskazał, że nie wyraża zgody na zmianę SIWZ. Analogicznie Zamawiający odpowiedział na pytanie nr 4 do SIWZ, gdzie na sformułowane przez wykonawcę pytanie o możliwość łączenia funkcji inspektora w branży elektrycznej oraz w branży teletechnicznej Zamawiający wskazał, że istnieje możliwość pełnienia dwóch funkcji przez jedną osobę, ale w takiej sytuacji wymaga wykazania się przez tę osobę doświadczeniem (ale nie uprawnieniami!) w obu branżach. W świetle powyższego, zdaniem Przystępującego_1 czynienie przez Odwołującego_1, wobec p. M.G. wskazanego przez niego na stanowisko inspektora w branży teletechnicznej zarzutu, że nie posiada określonych uprawnień - w sytuacji, gdy Zamawiający nie sformułował takiego warunku - stanowi daleko idącą nadinterpretację SIWZ oraz przepisów obowiązującego prawa. Zdaniem Przystępującego_1, Odwołujący_1 dostrzegał brak wymagań w omawianej kwestii, gdyż w złożonej przez siebie ofercie nie ujawnił (nie wskazał) jakiego rodzaju uprawnieniami dysponują poszczególni członkowie zespołu dedykowanego do realizacji zamówienia. Skoro sam Odwołujący_1 nie przedstawił w ofercie wyżej wskazanych informacji, jakimi uprawnieniami legitymują się członkowie jego personelu, to nie może on obecnie czynić z tego tytułu zarzutów względem Przystępującego_1. Podkreślił, że z oferty Odwołującego_1 nie wynika zakres posiadanych przez p. T.J. wskazanego na stanowisko inżyniera branży teletechnicznej uprawnień budowlanych (ani rodzaj ani numer uprawnień nie zostały wskazane), a przedstawiony opis jego doświadczenia uniemożliwia stwierdzenie czy są one zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego wynikającymi - rzekomo - z SIWZ.

Ponadto wbrew twierdzeniom Odwołującego_1, taki warunek tj. posiadania uprawnień w określonej branży, nie został również do SIWZ pośrednio transponowany poprzez ukształtowane warunki przyszłej umowy. Żadne z postanowień z SIWZ nie wskazuje, że na etapie realizacji inwestycji uprawnienia budowlane w danej specjalności będą niezbędne dla świadczenia i prawidłowego wykonania usługi. Przystępujący_1 zauważył, że inwestycja będzie realizowana pod rządami niemieckiego prawa budowlanego, które to prawo na potrzeby świadczenia usługi nadzoru nie wymaga od osób - inspektorów nadzoru inżynierskiego - posiadania określonych uprawnień. Niemieckie prawo budowlane nie określa takiej funkcji jak inspektorzy nadzoru inwestorskiego (w danej branży). W prawie niemieckim funkcjonuje stanowisko o nazwie specjalista ds. testów (w specjalności przeciwpożarowej, statyczności budynku, EnEV itp.). Specjaliści jednakże nie działają na zlecenie podmiotów prywatnych (np. wykonawców pełniących usługi nadzoru nad robotami budowlanymi), ale pełnią funkcję publiczną. Powyższe stanowisko potwierdza udzielona przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie nr 15 do SIWZ: "Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający zatrudni na podstawie odrębnych Umów ekspertów / inżynierów („Sachverständige”) posiadających odpowiednie uprawnienia niemieckie do udziału i przeprowadzenia odpowiednich testów instalacji i urządzeń przed zakończeniem realizacji Inwestycji w związku z kompletacją niezbędnej dokumentacji do złożenia wniosku o uzyskanie Pozwolenia na użytkowanie", gdzie Zamawiający wskazał, że: „potwierdza, że zatrudni na podstawie odrębnych umów ekspertów / inżynierów „Sachverständige”) posiadających odpowiednie uprawnienia niemieckie do udziału i przeprowadzenia odpowiednich testów instalacji i urządzeń przed zakończeniem realizacji Inwestycji w związku z kompletacją niezbędnej dokumentacji do złożenia wniosku o uzyskanie Pozwolenia na użytkowanie."

Ponadto, jak wskazał Przystępujący_1 niemieckie prawo rozróżnia również funkcję tzw. kierowników, którzy specjalizują się w określonej dziedzinie. Zgodnie z § 56 pkt 2 niemieckiego prawa budowlanego obowiązującego od 01.01.2017 r.: "Kierownik budowy [w danej dziedzinie - przyp. wł.] musi posiadać wiedzę i doświadczenie wymagane do wykonywania jego zadań. Jeśli nie ma on niezbędnej wiedzy w poszczególnych podobszarach, powinien konsultować się z odpowiednimi specjalistami na budowie. Pod tym względem zastępują one kierownika budowy. (...)". Uwzględniając

powyższe, Trebbi wskazał, że wszelkie formułowane przez Odwołującego obawy dot. Legalności świadczenia w ramach zamówienia usługi nadzoru inwestorskiego bez stosownych uprawnień, są całkowicie niezasadne. W niemieckim prawie budowlanym nie ma bowiem odpowiednika funkcji dla inżyniera budownictwa w rozumieniu polskich przepisów. W Niemczech nie obowiązują również regulacje, które określałyby katalog dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień do wykonywania funkcji w danej specjalizacji, zatem należy, że formułowane przez Odwołującego_1 argumenty mają wyłącznie na celu zbudowanie pewnego rodzaju narracji co do ewentualnych skutków związanych z dopuszczeniem Przystępującego_1 do realizacji zamówienia, ale narracja ta nie ma pokrycia w okolicznościach sprawy. Natomiast powoływanie się na przepisy polskiego prawa budowlanego w sytuacji, w której inwestycja będzie realizowana pod rządami prawa niemieckiego jest nieuzasadnione i może prowadzić do błędnych wniosków.

Dodatkowo Przystępujący_1 wyjaśnił, że gdyby Zamawiający wymagał od personelu wykonawcy wykazania legitymowaniem się określonymi uprawnieniami budowlanymi to byłby zobowiązany na podstawie art. 20a ust. 2 Prawa budowlanego określić zasady związane z uznawaniem kwalifikacji zawodowych osób świadczących usługi poza granicami RP. W konsekwencji przyjęcie zasadności twierdzeń Odwołującego_1 powodowałoby, że każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu byłby zobowiązany do wykazania się dysponowania personelem posiadającym uprawnienia do sprawowania danej funkcji wydane wyłączenie w oparciu o przepisy prawa krajowego. To z kolei prowadziłoby do sytuacji, że wykonawca miałby możliwość wykazać jedynie personel dysponujący uprawnieniami wydanymi w oparciu o przepisy polskie, co stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyż eliminowałoby z postępowania wykonawców dysponującą zagraniczną kadrą (w tym w szczególności kadrą działającą na terenie Niemiec), co z kolei prowadziłoby do naruszenia fundamentalnej zasady wolnego przepływu usług w państwach Unii Europejskiej.

Przystępujący_1 stwierdził więc, że okoliczność związana z rodzajem oraz zakresem posiadanych przez p. M.G. uprawnień pozostaje bez wpływu na badanie i ocenę jego doświadczenia w kontekście wymagań SIWZ.

Odnosząc się natomiast do wskazywanej przez Odwołującego_1 okoliczności dotyczącej braku możliwości nabycia przez p. M.G. doświadczenia wymaganego w SIWZ, Przystępujący_1 wskazał, że stanowisko Odwołującego_1 jest nieuprawnione i bazuje jedynie na selektywnie wybranych przepisach Prawa budowlanego. Podkreślił, że Zamawiający nie określił w SIWZ wymagań, co do zakresu doświadczenia, jakim ma legitymować się dana osoba tj. jaki zakres czynności powinna wykonywać albo jaki zakres robót budowlanych objętych usługą nadzoru powinien zostać wykonany, aby wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Przeciwnie, Zamawiający wymagał jedynie, aby osoba wskazana na stanowisko inżyniera w branży teletechnicznej wykazała się doświadczeniem w pełnieniu nadzoru inwestorskiego w branży teletechnicznej. W świetle powyższego, Zamawiający dopuścił również możliwość wykazania się doświadczeniem osoby, która sprawowała wyżej wskazaną funkcję i która to osoba posiada telekomunikacyjne uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie, które uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną, w odniesieniu do obiektu budowlanego, takiego jak lokalne linie i instalacje (art. 15a ust. 19 Prawa budowlanego). Przystępujący_1 wyjaśnił także, że z załącznika nr 2 do Rozporządzenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U.2019.831 t.j.; dalej: "Rozporządzenie") wynika, że ustawodawca dopuszcza możliwość kierowania robotami budowlanymi w specjalności teletechnicznej w ograniczonym zakresie przez osobę posiadającą dyplom minimum inżyniera w branży elektrycznej. I odwrotnie, osoba po studiach w zakresie telekomunikacji posiada uprawnienie do kierowania robotami w ograniczonym zakresie w branży elektrycznej. Stanowiska te nie stanowią swoich odpowiedników, ale umożliwiają, w przypadku szczególnych wymagań inwestora (np. dotyczących posiadania przez daną osobę uprawnień bez ograniczeń), łączenie tych dwóch funkcji. Powyższe, zdaniem Przystępującego_1, potwierdza samo brzmienie SIWZ, w którym Zamawiający wskazuje, że: "Zamawiający dopuszcza możliwość łączenia funkcji Inżyniera branży elektrycznej z funkcją Inżyniera branży teletechnicznej." (strona 8 SIWZ). W konsekwencji Przystępujący_1 wskazał, że p. M.G., posiadający tytuł inżyniera magistra elektryki oraz niezbędną praktykę (która była niezbędna dla uzyskania uprawnień w branży) miał możliwość sprawowania funkcji inspektora nadzoru w branży teletechnicznej (w ograniczonym zakresie) w ramach projektów referencyjnych, gdyż pozwalało mu na to posiadane przez niego wykształcenie.

Odnosząc się końcowo do zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do zakresu posiadanego przez p. M.G. doświadczenia, Przystępujący_1 wskazał, że Odwołujący_1 pomimo ciężaru dowodowego nie przedstawił żadnych dokumentów że p. M.G. nie wykonywał określonych funkcji w ramach poszczególnych projektów referencyjnych.

Przystępujący_1 jako dowód przedłożył referencje potwierdzające doświadczenie w zakresie pełnienia funkcji inspektora nadzoru teletechnicznego.

Sygn. akt KIO 410/21

Odwołujący_2 - IC-L INGENIEUR CONSULTING LANGENHAGEN GmbH & Co. KG wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego z dnia 28 stycznia 2021r. polegającej na wykluczeniu go z postępowania z powodu braku wykazania przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu i niewykazania braku podstaw do wykluczenia.

Odwołujący_2 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez wykluczenie go z postępowania, pomimo faktu, iż wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz wykazał, że nie zachodzą wobec niego podstawy do wykluczenia, w tym w szczególności przedłożył dokumenty i oświadczenia wskazane w art. 25 ust. 1 Pzp oraz wymagane przez SIWZ,

2.art. 26 ust. 4 Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, w której Zamawiający był zobowiązany do wystosowania wezwania do złożenia przez Odwołującego_2 wyjaśnień w zakresie Wykazu usług poz. 1 - tabela z zaksięgowaną kwotą oraz protokołu odbioru z dnia 9 listopada 2016 r.

3.ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, w której Zamawiający był zobowiązany do wystosowania wezwania do uzupełnienia przez Odwołującego_2 dokumentów w zakresie wykazania należytego wykonania usług wskazanych w Wykazie usług,

4.art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez niedokonanie wyboru oferty Odwołującego_2 jako oferty najkorzystniejszej, mimo faktu, iż zgodnie z kryteriami oceny ofert w niniejszym postępowaniu, oferta Odwołującego_2 pozostaje ofertą najkorzystniejszą,

5.art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez naruszenie obowiązku udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp,

6.art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i niewypełnienie wymagań wskazanego przepisu, tj. brak wymaganego prawem uzasadnienia faktycznego, przyczyn w oparciu, o które Zamawiający uznał, że Odwołujący_2 nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i nie wykazał braku podstaw wykluczenia oraz w zakresie

uznania, że Odwołujący nie przedstawił żądanych przez Zamawiającego dokumentów, tj. braku tłumaczeń załączników nr 3, 4, 5 i 6 do pisma Odwołującego z dnia 18 grudnia 2020 r., braku zaświadczenia o niekaralności w zakresie podmiotu zbiorowego, braku informacji w zakresie otwarcia likwidacji lub ogłoszenia upadłości, podczas gdy dokumenty te zostały przez Odwołującego przekazane Zamawiającemu,

7.art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 i art. 26 ust. 3 Pzp polegające na przeprowadzeniu postępowania bez zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz bez zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący_2 wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia polegającej na wyborze oferty Trebbi jako najkorzystniejszej,
- unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania,
- wezwania go w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług wskazanych w Wykazie usług, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania go w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia uzupełnienia dowodów potwierdzających należyte usług wskazanych w Wykazie usług,
- dokonania ponownego badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu,
- wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej z dokonaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny ofert wykonawców w postępowaniu oraz poinformowanie wykonawców o czynnościach, o których mowa w art. 92 ust. 1 Pzp z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego,
- przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania, w tym znajdujących się w aktach Postępowania, jak również dokumentów przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w odwołaniu.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący_2 wskazał, że w jego ocenie, w niniejszym stanie faktycznym nie zaistniały przesłanki warunkujące skuteczne wykluczenie go z postępowania.

Wskazał, że Zamawiający jak wynika z informacji z dnia 28 stycznia 2021r. stwierdził, że nie wykazał on, że nie podlega wykluczeniu w zakresie niekaralności podmiotu zbiorowego, co w jego opinii jest nieprawidłowe. Wyjaśnił, że w dniu 18 grudnia 2020 r. poinformował Zamawiającego, że w dniu 8 grudnia 2020 r. złożył odpowiedni wniosek o wydanie tego zaświadczenia. Jednak, z uwagi na występującą sytuację epidemiologiczną nie była mu znana data uzyskania zaświadczenia. Podkreślił, że wymagane zaświadczenie zostało ostatecznie wystawione przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn w dniu 15 grudnia 2020 r. zarówno dla spółki IC-L GmbH, jak i dla spółki Ingenieur Consulting Langenhagen GmbH & Co.KG. Wydane zaświadczenia potwierdzają, że Odwołujący_2 nie figuruje w rejestrze. Ponadto, oba zaświadczenia zostały przetłumaczone na język polski przez tłumacza przysięgłego. Powyższe, w ocenie Odwołującego_2, potwierdza jego dobrą wiarę, a także należyłą staranność w uzyskaniu wymaganych zaświadczeń i niewystąpienie wobec niego podstaw do uznania, że nie wykazał on braku podstaw do wykluczenia.

W jego ocenie nie sposób uznać, aby mógł ponosić negatywne konsekwencje wynikające z panującej pandemii, a związane m.in. z opóźnieniami występującymi po stronie organów państwowych. Panująca obecnie sytuacja dotycząca stanu epidemiologicznego na obszarze niemal całego świata powinna stanowić podstawę szczególnych i ostrożnych rozważań w zakresie możliwości pozyskania określonych dokumentów. W opinii Odwołującego_2 podjął on wszelkie możliwe czynności mające na celu jak najszybsze uzyskanie wymaganych zaświadczeń, o czym każdorazowo informował Zamawiającego. Każda informacja zawierała szczegółowe wyjaśnienie braku możliwości pozyskania dokumentów wraz z przedłożeniem dowodów potwierdzających wystąpienie tych okoliczności (m.in. informacje z urzędu w Bonn). Zatem Zamawiający oceniając, czy nieprzedłożenie w wyznaczonym, nierealnym terminie, wymaganych zaświadczeń, spowodowane były okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi Odwołujący_2.

Odwołujący_2 wskazał, że kwestie braku możliwości pozyskania dokumentów dotyczących podstaw wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w związku z okolicznościami wywołanymi epidemią COVID-19 były przedmiotem rozważań Urzędu Zamówień Publicznych, który uznał, że w kontekście obowiązku złożenia powyższych dokumentów przez wykonawców zagranicznych, bardzo ważny jest przepis § 7 ust. 3 rozporządzenia dokumentowego, który przewiduje dla wykonawców zagranicznych możliwość zastąpienia zaświadczeń oświadczeniami, jeżeli ziszczą się odpowiednie przesłanki. Zgodnie z treścią tego przepisu, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w § 7 ust. 1 rozporządzenia dokumentowego, zastępuje się je dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy lub miejsce zamieszkania tej osoby. Sformułowanie „nie wydaje się dokumentów”, użyte w § 7 ust. 3 rozporządzenia dokumentowego należy interpretować w ten sposób, że w świetle właściwych regulacji prawnych, takich dokumentów w ogóle się nie wydaje. Ratio legis tego przepisu pozwala jednak na przyjęcie interpretacji, że przez „niewydawanie dokumentu” należy rozumieć również sytuację, gdy w kraju siedziby lub miejsca zamieszkania wykonawcy wydaje się dokument, jednak nie jest on wydawany czasowo, ze względu na wystąpienie czynników zewnętrznych, które obiektywnie uniemożliwiają uzyskanie przez wykonawcę tego dokumentu. Szczególne okoliczności wywołane pandemią COVID-19 mogą powodować różnorodne, poważne trudności w prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Jest powszechnie wiadome, że pandemia COVID-19 spowodowała pełne lub częściowe zamknięcie albo poważne ograniczenie działania instytucji państwowych i urzędów nie tylko w Polsce, ale także w innych krajach. Na skutek powyższego, uzyskanie zarówno przez wykonawców krajowych, jak i zagranicznych, dokumentów wskazanych w § 5 rozporządzenia ws. dokumentów na potrzeby toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, może okazać się niemożliwe. W danym stanie faktycznym, z powodu ww. ograniczenia lub nawet zaprzestania działania właściwych instytucji i urzędów, może zatem zmaterializować się przesłanka „niewydawania dokumentów”, o której mowa w § 7 ust. 3 rozporządzenia ws. dokumentów. Urząd Zamówień Publicznych wskazuje więc, że „Omawiając skutki powyższego dla wykonawców, nie można pominąć zasady równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust 1 Pzp. Zasada ta, będąca jedną z naczelnych zasad zamówień publicznych, zapewnia niedyskryminację wykonawców ze względu na miejsce pochodzenia lub prowadzenia działalności, niezależnie od tego, z jakiego kraju członkowskiego pochodzą, lub w jakim mają siedzibę. Dotyczy zatem zarówno wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jak i w jej granicach. (...) Należy jednak wyraźnie podkreślić, że w celu skorzystania z możliwości zastąpienia dokumentu oświadczeniem wykonawcy, na zasadach wskazanych powyżej, wymagane jest ustalenie przez zamawiającego i wykazanie przez wykonawcę, że zaistniała w związku z pandemią COVID-19 okoliczność skutkująca obiektywnie brakiem możliwości uzyskania wymaganego dokumentu przez wykonawcę. Dlatego w każdym przypadku należy zbadać, czy

wykonawca rzeczywiście nie mógł uzyskać konkretnego dokumentu w danym urzędzie lub instytucji z tego powodu, że dokumentów z przyczyn wywołanych przez pandemię COVID-19 nie wydawano."

Odwolujący podkreślił, że każdy Zamawiający jest obowiązany przedłużyć termin, o którym mowa w art. 26 ust. 1 Pzp, a także termin wskazany w wezwaniu, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp w przypadku, gdy złożenie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, będzie wynikać z wyjątkowej sytuacji niewynikającej z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, której nie mógł on przewidzieć, a nie z niestarynności wykonawcy. Jednak, pomimo wystąpienia obiektywnych okoliczności, wskutek których Odwołujący_2 nie miał możliwości pozyskania właściwych dokumentów w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego i złożenia przez Odwołującego_2 wniosku o jego prolongatę, Zamawiający zaniechał dokonania tej czynności, co miało istotny wpływ na wynik postępowania.

W opinii Odwołującego_2 istotne jest również to, że w dniu 15 grudnia 2020 r. urząd wydał stosowne zaświadczenie, co prowadzi do wniosku, że gdyby urząd w Bonn doręczył Odwołującemu_2 zaświadczenie w dniu jego wydania, Odwołujący_2 miałby możliwość przekazania zaświadczenia Zamawiającemu w terminie wskazanym w wezwaniu. Niemniej, w jego opinii, nie można go obarczać negatywnymi konsekwencjami nieprzekazania zaświadczenia przez urząd w Bonn w dniu jego wydania. Ponadto, gdyby Zamawiający wyraził zgodę na prolongatę terminu na złożenie zaświadczenia, Odwołujący_2 zadośćuczyniłby wezwaniu Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego_2 nawet w sytuacji, w której zaświadczenie zostało przekazane Zamawiającemu zaledwie po trzech dniach od upływu terminu, nie bez znaczenia pozostaje fakt, że aktualność, o której mowa w art. 26 ust. 1 Pzp została przez niego wykazana. Okoliczność ta z kolei jest najistotniejsza w punkcie widzenia celu, któremu służy przekazywanie zaświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Zatem, od momentu złożenia przez Odwołującego_2 wstępnego oświadczenia w JEDZ co do braku podstaw do wykluczenia, do dnia złożenia na wezwanie Zamawiającego dokumentów i oświadczeń niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, stan braku podstaw do wykluczenia wobec Odwołującego_2 nadal utrzymuje się. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego_2, wypełnił on wymogi określone w Pzp i zadośćuczynił celowi jakiego służyć ma przedkładanie zaświadczeń w żądanym przez Zamawiającego zakresie,

Ponadto Odwołujący_2 stwierdził, że dochowując szczególnej dbałości o maksymalne zoptymalizowanie procesu uzyskiwania i przekazywania Zamawiającemu żądanym dokumentów, niezwłocznie po ich otrzymaniu dokonywał ich tłumaczenia i przekazywał je Zamawiającemu. Ostatecznie, w ocenie Odwołującego_2, kluczowym pozostaje, że wykazał on, że na etapie składania oferty, a nadto na każdym późniejszym etapie nie podlegał on wykluczeniu z postępowania. Również, co zdaniem Odwołującego_2 jest istotne, to to, że nie wystąpienie po stronie Odwołującego_2 przyczyn leżących po jego stronie w zakresie nieterminowego przedłożenia wymaganego zaświadczenia, potwierdził również sam Zamawiający. Zamawiający dokonał bowiem zwrotu wniesionego przez Odwołującego wadium. Zatem, Zamawiający nie uznał, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Gdyby faktycznie Zamawiający doszedł do wniosku, że działania Odwołującego_2 były od niego zależne, zobligowany byłby do zatrzymania wniesionego wadium.

Również, według Odwołującego_2 w niniejszej sprawie nie sposób uznać, aby przedłożenie przez niego zaświadczeń z KRK w zakresie podmiotu zbiorowego po wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, było nieskuteczne i mogło być uznane za niebyłe. Takie stanowisko zdaje się prezentować Zamawiający, który w piśmie informującym o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazał, że Odwołujący_2 w ogóle nie przedłożył żądanego dokumentu, czemu przeczy stan faktyczny i dowody znajdujące się w aktach postępowania. Dodatkowo Odwołujący_2 wskazał, że nawet gdyby uznać, że nie przedłożył on dokumentu w terminie, to nie można pominąć możliwości samodzielnego uzupełniania dokumentów przez wykonawców. Ponadto, w jego ocenie, Zamawiający powinien każdorazowo dążyć do wyboru oferty tego wykonawcy, którego oferta została sklasyfikowana najwyżej w rankingu ofert.

Odnosząc się do zarzutów związanych z wykazem usług oraz okolicznością wykazania, że usługi te zostały należycie wykonane wskazał, że celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przedłożył Wykaz usług wraz z oświadczeniem własnym potwierdzającym należyte wykonanie tych usług oraz tłumaczeniem na język polski. W oświadczeniu tym Odwołujący_2 wskazał, że zrealizowane usługi były wykonane należycie i terminowo.

Następnie wyjaśnił, że Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał go, do przedłożenia:

- a) referencji bądź innych dokumentów wystawionych przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonane, bądź
- b) oświadczenia oferenta, jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze oferent nie jest w stanie uzyskać dokumentów, o których mowa w lit. a) wyżej.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący_2 przedłożył wymagane dokumenty w zakresie określonym w lit. a) wezwania. Niemniej, w ocenie Zamawiającego, przekazane dokumenty nie pozostawały wystarczające i z tej przyczyny wykluczył Odwołującego_2 z postępowania. Zamawiający wskazał bowiem, że:

- a) poz. 1 Wykazu usług - nastąpiło przedstawienie przez Odwołującego niekompletnie przetłumaczonych dokumentów - tabeli z zaksięgowaną kwotą oraz rachunku końcowego,
- b) poz. 2 Wykazu usług - nastąpiło przedstawienie przez Odwołującego niewłaściwego protokołu odbioru jako dotyczącego robót budowlanych, a nie usług nadzoru oraz nie przedłożenie tłumaczeń załączników nr 3,4,5 i 6.

Odnosząc się do przedłożonego rachunku końcowego dla zakresu objętego umową wraz z potwierdzeniem zaksięgowania zapłaty Odwołujący_2 stwierdził, że kluczowym dowodem należytego wykonania zamówienia pozostaje potwierdzenie otrzymania środków pieniężnych, a rachunek końcowy należy traktować jako uzupełnienie i dodatkowo potwierdzenie należytego wykonania usługi. Ponadto Odwołujący_2 wyjaśnił, że dokonując analizy treści rachunku końcowego wystawionego z datą 1 grudnia 2016 r. oraz treści potwierdzenia zaksięgowania wpłaty wynika, że kwota, na którą Odwołujący_2 wystawił rachunek oraz kwota księgowania, pozostają tożsame. Powyższe oznacza, że zamawiający poprzedniego zamówienia uregulował całość wynagrodzenia należnego Odwołującemu_2 z tytułu wykonania tej umowy. Takie potwierdzenie stanowi z kolei dowód należytego wykonania zamówienia. Stanowisko to potwierdza także Krajowa Izba Odwoławcza, która wyjaśniła, że co prawda sam fakt wystawienia faktury przez podmiot prowadzący działalność gospodarczą nie świadczy o należyтым wykonaniu zamówienia, ale ze stanu faktycznego musi niezbiec wynikać, że dokument ten został zaakceptowany bez zastrzeżeń. Zdaniem Izby, składane dokumenty muszą niezbiec wskazywać na należyte wykonanie dostaw wynikających z wykazu. W ocenie Odwołującego_2, przedłożone przez niego dokumenty potwierdzały należyte wykonanie zamówienia wskazanego w poz. 1 Wykazu usług. Kwestia ta zresztą nie była nigdy negowana przez Zamawiającego, zatem fakt ten należy uznać za bezsporny na gruncie niniejszej sprawy. Jedyne wątpliwości Zamawiającego budziło natomiast niepełne tłumaczenie rachunku końcowego oraz tabeli zawierającej zaksięgowaną kwotę. Jednocześnie Zamawiający nie zakwestionował w sposób formalny tych dokumentów

jako dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi, a jedynie powołał się na zakres tłumaczenia. Gdyby natomiast wskazywane przez Zamawiającego niepełne tłumaczenie całkowicie uniemożliwiało Zamawiającemu ocenę tego dokumentu, informacja taka zapewne zostałaby wskazana przez Zamawiającego. Dodatkowo podkreślił, że przedstawione przez niego dokumenty zostały przetłumaczone przez niego w niemal pełnym zakresie, tj. Odwołujący_2 zawarł tłumaczenie dotyczące numeru rachunku, terminu płatności, kwoty rachunku oraz kwoty zaksięgowania. Są to informacje szczególnie istotne dla tych dokumentów, które w ocenie Odwołującego_2 pozwalały Zamawiającemu na ocenę dowodu.

Odwołujący_2 odnosząc się następnie do zakwestionowanego przez Zamawiającego, złożonego przez niego protokołu odbioru robót budowlanych oraz braku załączenia załączników na potwierdzenie należytego wykonania usługi wskazanej w pozycji nr 2 wykazu, Odwołujący_2 wskazał, że wraz z protokołem przedłożył wymagane tłumaczenia załączników opisując je odpowiednio: załącznik nr 8 - tłumaczenie do załącznika nr 3, tłumaczenie do załącznika nr 4, tłumaczenie do załącznika nr 5 oraz tłumaczenie przysięgłe do załącznika nr 6. Już z powyższego powodu, w ocenie Odwołującego_2, zarzut naruszenia art 24 ust. 1 pkt 12 Pzp pozostaje zasadny, ponieważ zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie miało istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem doprowadziło do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Jednocześnie Odwołujący_2 wskazał, że Zamawiający nie skorzystał z żadnego z przysługujących mu uprawnień i nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia tych dokumentów (jeżeli faktycznie miał wątpliwości co do ich doręczenia), czy chociażby do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, co dodatkowo uzasadnia zarzuty nr 3) i 4) odwołania. Odnosząc się do przedłożonego protokołu odbioru robót budowlanych wyjaśnił, że przedłożone protokoły dotyczyły usług wskazanych w Wykazie usług (poz. 1 oraz poz. 2). W odbiorach tych udział brał Odwołujący_2 i potwierdzają one wykonanie przez wykonawcę robót branży budowlanej, instalacyjnej oraz elektrycznej, nad którymi nadzór sprawował Odwołujący_2. Doświadczenie to było z kolei wymagane przez Zamawiającego. Ponadto, dokumenty te stanowią wewnętrzny element procedury odbiorowej, kończącej inwestycję. Wyżej wymienione protokoły są przygotowywane przez nadzór inwestorski inwestycji, w ścisłym porozumieniu z zamawiającym. Zadaniem Odwołującego_2 była natomiast koordynacja, kontrola i nadzór nad pracami wykonawców, przy jednoczesnej weryfikacji prowadzonych prac pod względem przepisów i wymogów technicznych. Końcowym etapem tych prac jest przygotowanie i przeprowadzenie odbiorów końcowych poszczególnych robót i przekazanie odbieranego zakresu użytkownikowi. Nie bez znaczenia pozostaje, że dokument ten stanowi wewnętrzny protokół korporacyjny i nie należy go utożsamiać z protokołem odbioru robót budowlanych w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego, co wydaje się, że uczynił Zamawiający. Korporacyjny dokument potwierdza przejęcie prac/obiektu do użytkowania i należyłą realizację obowiązków przez wszystkie strony, w tym przez Odwołującego_2. Ponadto, protokół ten, w razie zastrzeżeń, zawierałby wskazanie ewentualnych roszczeń użytkownika co do realizacji obowiązków przez inwestora, nadzoru lub wykonawcy obiektu. Jednocześnie, w ocenie Odwołującego_2, skoro prace nadzorowane przez niego zostały odebrane przez zamawiającego, który nie wniósł istotnych zastrzeżeń do wykonanych robót, oznacza to, że Odwołujący_2 prawidłowo realizował usługę nadzoru nad tymi robotami. Ponadto wskazał, że skoro w analizowanej sprawie inwestycja została bezspornie zakończona, to również usługa nadzoru nad tą inwestycją została zakończona. Natomiast z okoliczności, że ww. dokumenty nie zawierają wszelkich danych, które służą potwierdzeniu każdego z wymagań warunku udziału w postępowaniu nie można wywieść, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Uzasadniając zarzuty dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 Pzp wskazał, że jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do treści informacji przedstawionych przez niego w rachunku końcowym i tabeli stanowiącej załącznik nr 2 do pisma z dnia 18 grudnia 2020 r. oraz protokołu odbioru z dnia 9 listopada 2016 r. przedstawionych przez Odwołującego_2 celem potwierdzenia, że należycie wykonał usługi wskazane w Wykazie usług, powinien skorzystać z przepisu art. 26 ust 4 Pzp, tj. wezwać go do wyjaśnienia treści tych dokumentów. Zamawiający całkowicie natomiast pominął, że wezwanie to ma charakter obligatoryjny w sytuacji pojawienia się po stronie Zamawiającego wątpliwości co do złożonych dokumentów. Podkreślił, że wezwanie o wyjaśnienie może być kierowane w danym postępowaniu kilkakrotnie i to w stosunku do tego samego oświadczenia lub dokumentu. Powodem może być zarówno fakt, iż pierwotne wyjaśnienia są niewystarczające, ale też okoliczność, że w stosunku do tego samego dokumentu pojawiły się, w toku postępowania, inne jeszcze wątpliwości. Istnieje znaczne prawdopodobieństwo, że wskutek udzielonych wyjaśnień Odwołujący_2 nie zostałby niesłusznie wykluczony z postępowania. Podkreślił, że gdyby Zamawiający wezwał go do wyjaśnień w zakresie niepełnego tłumaczenia rachunku końcowego oraz tabeli z zaksięgowaną kwotą wynagrodzenia dotyczącej usługi wskazanej w poz. 1 Wykazu usług oraz protokołu odbioru dotyczącego poz. 2 miałby możliwość przedstawienia argumentacji, która mogłaby stanowić kolejne, jednoznaczne i trafiające do Zamawiającego potwierdzenie, że wykonane przez Odwołującego_2 usługi były zrealizowane w sposób należyty. Brak umożliwienia mu złożenia wyjaśnień w sytuacji, w której Zamawiający był zobligowany do takich działań, stanowi naruszenia przepisów Pzp, które miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Jednocześnie, zdaniem Odwołującego_2, Zamawiający mógł wystosować wezwanie do złożenia przez niego wyjaśnień czy uzupełnienia wymaganych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Wyjaśnił, że pozostaje świadomy, że w orzecznictwie przyjmuje się, że wystosowanie przez zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp może nastąpić tylko jednokrotnie jednak z uwagi na okoliczność, że w jego ocenie, wezwanie wystosowane przez Zamawiającego w tym trybie z dnia 3 grudnia 2020 r. nie było precyzyjne, bowiem jako potwierdzenie wezwania Zamawiający wskazał bowiem brak uzasadnienia przyczyn przedłożenia oświadczenia własnego przez Odwołującego w zakresie wykonanych usług. Ponadto, Odwołujący_2 stwierdził, że głównym celem zasady jednokrotnego wzywania wykonawców na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp jest zagwarantowanie wykonawcom, aby byli równo traktowani, a Zamawiający nie naruszył uczciwej konkurencji. Biorąc pod zatem uwagę cel wprowadzenia w orzecznictwie zasady jednokrotnego wezwania do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wskazał, że w przypadku, gdy Zamawiający traktuje każdego wykonawcę tak samo, tj. w danych okolicznościach każdy z wykonawców także byłby wezwany więcej niż jeden raz do złożenia dokumentów, to zasada uczciwej konkurencji nie jest naruszona.

Uzasadniając naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp wskazał, że uzasadnienie czynności wykluczenia go z postępowania nie zawierało wskazania przyczyn w oparciu, o które Zamawiający uznał, że Odwołujący_2 nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i nie wykazał braku podstaw wykluczenia oraz w zakresie uznania, że Odwołujący_2 nie przedstawił żądanych przez Zamawiającego dokumentów

Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił natomiast dlaczego uznał, że Odwołujący nie przedłożył:

a)zaświadczenia o niekaralności podmiotu zbiorowego, podczas gdy dokument ten został przedłożony Zamawiającemu w dniu 21 grudnia 2020 r.,

b)informacji, iż nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości Odwołującego, podczas gdy dokument ten został przedłożony Zamawiającemu w dniu 18 grudnia 2020 r.,

c) tłumaczeń dokumentów stanowiących załączniki nr 3,4,5 i 6 do pisma z dnia 18 grudnia 2020 r., podczas gdy dokumenty te zostały przedłożone Zamawiającemu tym pismem

Ponadto, Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił, dlaczego uznał, że niepełne, w ocenie Zamawiającego, tłumaczenie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi wskazanej z poz. 1 Wykazu usług miało faktyczny wpływ na brak możliwości oceny tych dokumentów przez Zamawiającego. Wyjaśnił, że analogiczne zastrzeżenie Odwołującego_2 dotyczy protokołu odbioru stanowiącego potwierdzenie należytego zrealizowania usługi, o której mowa w poz. 2 Wykazu usług.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie o sygn. akt KIO 410/21 z dnia 25 lutego 2021r. wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że zgodnie z pkt 7.2.1 SIWZ, wykonawca w ramach potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zobowiązany był wykazać się doświadczeniem w realizacji okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), usług polegających na pełnieniu nadzoru inwestorskiego, obejmującego co najmniej branże: 1) konstrukcyjno-budowlaną, 2) instalacyjną w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, sanitarnych, elektrycznych nad realizacją co najmniej 2 zadań inwestycyjnych polegających na budowie, przebudowie bądź remoncie budynku użyteczności publicznej o powierzchni całkowitej budynku min. 5 000 m² każdy. W celu wykazania spełniania warunku Odwołujący_2 złożył wykaz usług, w którym powołał się na wykonanie następujących dwóch usług oraz załączył oświadczenia własne co do należytego wykonania obu usług. W ocenie Zamawiającego posłużenie się przez Odwołującego_2 oświadczeniem własnym, zamiast dokumentem pochodzącym od podmiotu, na rzecz którego usługi były wykonywane, przesądzało o konieczności uznania, że Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1 Pzp, nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z brzmieniem § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia dokumentowego wykonawca może wykazać spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie posiadanego doświadczenia jedynie poprzez wykazanie uprzedniego należytego wykonania usługi o cechach określonych przez zamawiającego w treści warunku udziału w postępowaniu. Rozporządzenie dokumentowe w § 2 ust. 4 pkt 2 wprowadza przy tym swoistą hierarchię środków dowodowych, którymi może posłużyć się wykonawca w celu wykazania, że usługa została wykonana (bądź jest wykonywana) należycie stanowiąc, iż „dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy.”. Zamawiający podkreślił, że prawodawca dał zatem pierwszeństwo dowodom należytego wykonania usługi pochodzącym od podmiotów zewnętrznych w stosunku do wykonawcy i dopuścił posłużenie się oświadczeniem własnym wykonawcy jedynie w obiektywnej niemożliwości pozyskania dowodów należytego wykonania usługi od podmiotów zewnętrznych. Prawdopodobnie takiego właśnie rozumienia § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia dokumentowego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „KIO” lub „Izba”). Ponadto KIO wskazała, że wykonawca ma obowiązek podjąć działania w celu pozyskania dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia od podmiotu, na rzecz którego było ono realizowane a także wykazać fakt ich podjęcia oraz przyczyny negatywnego rezultatu w sytuacji wykazywania należytego wykonania zamówienia w oparciu o oświadczenie własne.

Natomiast w niniejszym stanie faktycznym Odwołujący_2 zaniechał wskazania Zamawiającemu przyczyn braku przedłożenia dokumentów (np. referencji) pochodzących od podmiotów, na rzecz których usługi były wykonywane, nie wskazał choćby podjęcia prób ich pozyskania. Zamawiający, mając na uwadze treść § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia dokumentowego musiał zatem uznać, że Odwołujący_2 nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu i wezwać go na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia poprawionego wykazu usług oraz dowodów należytego wykonania usług wskazanych w tym wykazie.

Zamawiający wyjaśnił, że w odpowiedzi z dnia 18 grudnia 2020r., Odwołujący_2 w odniesieniu do usługi nr 1 przedłożył:

- rachunek końcowy, sporządzony w oryginale w języku niemieckim, w którego treści dokonał tłumaczenia jedynie niemieckich zwrotów oznaczających „rachunek końcowy”, „kwota rachunku netto”, „podatek VAT - 19%” oraz kwota rachunku końcowego brutto”

- dokument opisany na liście załączników pisma Odwołującego z 18 grudnia 2020r. jako „dokument z programu księgowego DATEV potwierdzający zapłatę na rachunek końcowy dla w/w zlecenia”, sporządzony w oryginale w języku niemieckim, w którego treści dokonał tłumaczenia jedynie niemieckich zwrotów oznaczających „nr rachunku”, „termin płatności”, „kwota rachunku”, „kwota zaksięgowana”. Zamawiający wskazał, że zakres tłumaczenia ww. dokumentów dokonany przez Odwołującego_2 nie pozwala w żaden sposób na ustalenie, że Usługa nr 1 została wykonana należyście. W oparciu o przetłumaczone dane można jedynie ustalić odpowiednio, że została wystawiona faktura VAT opiewająca na sumę (kwotę rachunku końcowego brutto) 88.557,16 euro, a także że w jakimś programie księgowym wykazano zaksięgowanie kwoty o tej wartości. Zamawiający wskazał, że gdyby Odwołujący_2 zachował należyłą staranność, do której obliguje go zawodowy charakter prowadzonej przez niego działalności, i przetłumaczył w całości ww. dokumentu, być może wówczas Zamawiający miałby możliwość poczynienia ustaleń w zakresie należytego wykonania Usługi 1, w tym ewentualnego zwrócenia się w trybie art. 26 ust. 4 Pzp o wyjaśnienie treści tych dokumentów. W realiach rozpatrywanego przypadku, z uwagi na przetłumaczenie kilku wyrywkowych słów, każde wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego skutkowałyby de facto kolejnym uzupełnieniem dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zamawiający odnosząc się do usługi 2, wskazał, że Odwołujący_2 w dniu 18 grudnia 2020r. przedłożył następujące dokumenty (w oryginalnej, niemieckiej, wersji językowej wraz z pełnymi tłumaczeniami):

- protokół odbioru prac w ramach budowy fabryki CRAFTER we Wrześni opisanych jako „Prace stanu surowego wraz z wykończeniem” - z którego wynika, że roboty budowlane w tym zakresie jakkolwiek zostały odebrane, to jednak zawierały wady - protokół poświadcza zatem, że roboty budowlane (a nie usługi nadzoru inwestorskiego) zostały wykonane nienależyście,

- protokół odbioru końcowego potwierdzający należyte wykonanie Hali montażu, Mostu osobowego, Mostu technicznego oraz Instalacji rurowej w zakresie wyposażenia obiektu instalacji wody pitnej, instalacji kanalizacji, chłodu, gazu, sprężonego powietrza 6bar, wody lodowej i instalacji ogrzewczej - który potwierdza należyte wykonanie robót budowlanych a nie usług nadzoru inwestorskiego,

- protokół odbioru końcowego potwierdzający należyte wykonanie Hali montażu, Mostu osobowego, Mostu technicznego oraz Instalacji rurowej w zakresie instalacji elektrycznych - który potwierdza należyte wykonanie robót budowlanych a nie usług nadzoru inwestorskiego.

Zamawiający podkreślił, że protokoły te nie potwierdzały zatem należytego wykonania usług nadzoru

inwestorskiego przez Odwołującego_2, a wykonanie (ponadto nie w pełni należyte) robót, których realizację nadzorował. W ocenie Zamawiającego, nie może przy tym budzić wątpliwości, że wykonanie robót budowlanych ma odmienny rodzajowo charakter, aniżeli świadczenie usługi nadzoru inwestorskiego. Świadczenia te mogą oczywiście i najczęściej pozostają w związku o charakterze funkcjonalnym, nie sposób jednak uznać, by należyte wykonanie robót budowlanych było równoznaczne z należyтым wykonaniem usługi nadzoru inwestorskiego. Należyte wykonanie usług nadzoru nie jest bowiem warunkiem sine qua non należytego wykonania zamówienia na roboty budowlane. Wręcz przeciwnie - w rzeczywistości często zdarza się, że roboty budowlane zostają wykonane należyście pomimo braku należytego nadzoru ze strony inspektora nadzoru. Ponadto stwierdził, że formułowana przez Odwołującego teza, zgodnie z którą należyte wykonanie robót budowlanych jest równoznaczne z należyтым wykonaniem usługi nadzoru inwestorskiego jest nieprawidłowa na płaszczyźnie logicznej oraz niezgodna z zasadami doświadczenia życiowego.

Podsumowując Zamawiający uznał, że zarzuty Odwołującego_2 w tym zakresie są bezzasadne i chybione.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zakresie dotyczącym niewykazania braku podstaw do wykluczenia wskazał, że postępowanie zostało wszczęte w dniu 7 sierpnia 2020r. Zatem już dniu Odwołujący_2 miał możliwość zapoznania się z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz SWIZ i zweryfikowania wymagań Zamawiającego co do katalogu dokumentów żądanych przez Zamawiającego w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia. Kolejno w dniu 11 września 2020r. nastąpiło otwarcie ofert, z którego Odwołujący_2 mógł powziąć wiedzę, iż złożył drugą najkorzystniejszą cenową ofertę w postępowaniu. Odwołujący powinien był się zatem liczyć, że może zostać wezwany przez Zamawiającego do złożenia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 1. Pzp. Wyjaśnił, że finalnie wystosował powyższe wezwanie do Odwołującego_2 w dniu 6 listopada 2020r., wyznaczając pierwotny termin złożenia wymaganych oświadczeń i dokumentów na 16 listopada 2020r. Na wnioski Odwołującego, termin ten został ostatecznie przedłużony do dnia 27 listopada 2020 r.

Zamawiający podkreślił, że w wyznaczonym, przedłużonym, terminie Odwołujący nie złożył następujących dokumentów składanych w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia:

1) informacji z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, innego równoważnego dokumentu wydanego przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę (odpowiednik informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla Odwołującego jako podmiotu zbiorowego) oraz

2) odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp.

W konsekwencji Zamawiający - mając na uwadze powyższe braki - pismem z dnia 3 grudnia 2020r. przekazany Odwołującemu_2 w dniu 4 grudnia 2020r., wezwał go do złożenia ww. dokumentów w terminie do dnia 18 grudnia 2020r. W odpowiedzi datowanej na 18 grudnia 2020r., Odwołujący_2 przekazał Zamawiającemu dokument potwierdzający, że wobec Odwołującego nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości i wniósł o przedłużenie terminu na przedłożenie odpowiednika informacji z KRK dla Odwołującego_2 jako podmiotu zbiorowego do dnia 30 grudnia 2020r. Zamawiający nie wyraził jednakże zgody na kolejne przedłużenie terminu złożenia przez Odwołującego wymaganych dokumentów.

W związku z powyższym Zamawiający wskazał, że bezsporne między stronami jest, że Odwołujący_2 nie złożył dokumentu potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia do dnia 18 grudnia 2020r. Zauważył, że Odwołujący_2 w toku postępowania co prawda powoływał się ogólnie na istnienie trudności w zakresie pozyskania oświadczeń z rejestrów karnych dla podmiotów mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, de facto jednak nie przedłożył dowodów na rzeczywisty wpływ działania siły wyższej w postaci epidemii COVID-19 na możliwość uzyskania dokumentów żądanych w Postępowaniu.

Ponadto, jak wynika z treści odwołania, Odwołujący_2 wniosek o wydanie dokumentu odpowiadającego informacji z KRK dla podmiotu zbiorowego złożył dopiero w dniu 8 grudnia 2020r., a zatem dopiero pięć dni po otrzymaniu wezwania do złożenia tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Tak późne aplikowanie o wydanie ww. dokumentu przez Odwołującego nie może być kwalifikowane inaczej niż jako przejaw rażącego niedbalstwa. W stanie faktycznym niniejszej sprawy, to zatem nie okoliczności związane z epidemią COVID-19 uniemożliwiły Odwołującemu_2 złożenie wymaganego przez Zamawiającego dokumentu, a jego rażące zaniedbanie.

Odnosząc się do przytoczonej przez Odwołującego_2 opinii UZP Zamawiający wskazał, że pominął on jednak fragment, który umożliwia zastąpienie dokumentu odpowiadającego informacji z KRK oświadczeniem własnym wykonawcy złożonym przed notariuszem, a zatem Odwołujący, przy zachowaniu należytej staranności wymaganej od podmiotu procesjonalnego, mógł zapoznać się z jej treścią i skorzystać z dopuszczonej w niej możliwości posłużenia się oświadczeniem złożonym przez notariuszem. Jednak w ocenie Zamawiającego, w sytuacji złożenia przez Odwołującego_2 wniosku o wydanie dokumentu dopiero w dniu 8 grudnia 2020r. powodowało, że nie jest możliwe wykazanie, że opóźnienie związane z pozyskaniem dokumentu wynikało z okoliczności związanych z istnieniem pandemii COVID-19.

Zamawiający zauważył także, że w sytuacji problemów z uzyskaniem dokumentu z rejestru karnego Odwołującego_2 jako podmiotu zbiorowego, mógł skorzystać on z możliwości pozyskania dokumentu poprzez system ECRIS (European Criminal Records Information System). Odwołujący_2 nie dopełnił jednak jakiegokolwiek staranności w zakresie pozyskania wymaganego przez Zamawiającego dokumentu.

Zamawiający za całkowicie bezzasadne uznał zarzuty dotyczące naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Wskazał, że Odwołujący_2 bezzasadnie dewaluje zasadę jednokrotności wezwania, stawiając tezę, że to w istocie stosowanie tej zasady narusza dogmat zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślił, że co prawda zasada ta nie wynika z przepisów prawa, jednakże znajduje oparcie w jednolitym i ujednoliconym stanowisku KIO w tym zakresie.

Końcowo Zamawiający stwierdził, że brak zasadności wyżej wskazanych zarzutów jest konsekwencją bezpodstawności zarzutów odwołania. Skoro bowiem Zamawiający nie dopuścił się naruszeń opisanych w zarzutach 1-4 odwołania, to nie mógł dokonać naruszeń stanowiących zarzuty 5, 6 i 8, które ukształtowane zostały przez Odwołującego jako skutek rzekomych naruszeń przez Zamawiającego przepisów Pzp, opisanych w zarzutach nr 1-4.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 Pzp Zamawiający wskazał, że okoliczności objęte zakresem tego zarzutu nie mają żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia postępowania. Niekwestionowanym przez strony faktem jest niezłożenie przez Odwołującego_2 w wyznaczonym terminie zaświadczenia o niekaralności podmiotu zbiorowego. Już sama ta okoliczność przesądza o prawidłowości zastosowania przez Zamawiającego sankcji wykluczenia Odwołującego_2. Zamawiający potwierdził ponadto, że Odwołujący_2 przedłożył dokument potwierdzający, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości a także tłumaczenia załączników nr 3-6 do pisma z dnia 18 grudnia 2020r., przy czym treść załączników nr 3-5 w żadnym stopniu nie pozwoliła na uznanie że Odwołujący wykazał

spełnianie warunku.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”). Do rozpoznania niniejszych odwołań zastosowanie natomiast znajdowały przepisy Pzp obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców - Trebbi Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcę APP-Projekt S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej także: „Przystępujący_2”) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stwierdzając, iż spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1-3 ustawy nPzp. Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 528 ustawy nPzp i skierowała sprawy na rozprawę.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu o sygn. akt KIO 391/21 dopuściła i przeprowadziła dowody z treści:

- SIWZ, w tym Rozdziału 7 punkt 7.2.2 oraz 7.2.2.3. SIWZ określającego warunki udziału w postępowaniu,
- wykazu osób złożonego przez Trebbi stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ, w tym doświadczenia wskazanego w pozycji 3 tabeli dotyczącego p. M.G..

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy nie jest sporny i został przedstawiony w odwołaniu oraz piśmie procesowym Przystępującego_1 adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów.

Izba uzupełniając ustaliła:

W punkcie 7.2.2. SIWZ Zamawiający określając warunek udziału w postępowaniu wskazał, że wykonawca musi wykazać, że dysponuje lub będzie dysponować zespołem osób (minimum 3 osób), legitymujących się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca jednocześnie zgodnie z punktem 7.2.2.3. zobowiązany był wskazać na stanowisko Inżyniera branży teletechnicznej (sieci, instalacje i urządzenia telekomunikacyjne) osobę posiadającą doświadczenie w okresie ostatnich 7 lat w pełnieniu nadzoru inwestorskiego w branży teletechnicznej przy co najmniej 2 zadaniach inwestycyjnych polegających na budowie, przebudowie lub remoncie budynku użyteczności publicznej o powierzchni całkowitej budynku min. 2 000 m² każdy.

W zakresie zarzutów odwołania Izba zważyła:

Izba podkreśla, że Zamawiający wykonując ciążące na nim ustawowe obowiązki wskazuje warunki udziału w postępowaniu. Choć w tym zakresie ustawa uległa zasadniczej zmianie - obecnie Zamawiający wskazuje warunek udziału w postępowaniu, a nie dokonuje opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu - w wyniku nowelizacji z lipca 2016 r., to aktualnie pozostaje w tym zakresie orzecznictwo Izby i sądów powszechnych. Aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie wykonawców wymagania im stawiane muszą być skonkretyzowane (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 7 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 984/08). Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków musi być jednoznaczny, a dokumenty, jakimi ma wykazać się wykonawca muszą być konkretnie określone i wskazane (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2008 roku sygn. akt KIO/UPZ 938/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2012 roku sygn. akt KIO 485/12; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 października 2013 roku sygn. akt KIO 2384/13 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 sierpnia 2018r., sygn. akt KIO 1612/18).

Ponadto skład orzekający stwierdził, że nadal aktualne pozostaje utrwalana w orzecznictwie teza, że postanowienia dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Tak więc wymagania, które określa Zamawiający wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 października 2008 roku sygn. akt XXIII Ga 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja opisu warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, dorozumianym znaczeniu w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że ukształtowany przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunek udziału w postępowaniu dotyczący konieczności dysponowania przez wykonawcę osobą posiadającą określone doświadczenia należy i musi być odczytywany tak jak on brzmi.

Uwzględniając powyższe wskazać należy, że w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował osobą do pełnienia funkcji inżyniera branży teletechnicznej, posiadającą doświadczenie - nabyte w okresie ostatnich 7 lat w pełnieniu nadzoru inwestorskiego w branży teletechnicznej przy co najmniej 2 zadaniach inwestycyjnych polegających na budowie, przebudowie lub remoncie budynku użyteczności publicznej o powierzchni całkowitej budynku min. 2 000 m² każdy. Wymagania postawione w warunku przez Zamawiającego są w ocenie Izby jednoznaczne, jasne i zrozumiałe. Doświadczenie którego wymagał Zamawiający wiązało się z koniecznością pełnienia nadzoru inwestorskiego w branży teletechnicznej na co najmniej dwóch zadaniach inwestycyjnych. Zamawiający w treści tego warunku nie wymagał, aby osoba wskazana na stanowisko inspektora w branży teletechnicznej posiadała określone uprawnienia budowlane. Podkreślić jeszcze raz należy, że Zamawiający wymagał bowiem posiadania określonego doświadczenia.

Zamawiający nie powiązał natomiast nabycia doświadczenia z posiadaniem konkretnych kwalifikacji, nie wymagał również, aby doświadczenie przy pełnieniu tej funkcji wiązało się z posiadaniem uprawnień „bez ograniczeń”. W trakcie rozprawy Zamawiający wskazał, że w żadnym miejscu SIWZ jak i udzielonych odpowiedzi na pytania nie wskazywał, że żąda legitymowania się przez wykonawcę dysponowania osobą, która posiada uprawnienia w branży teletechnicznej bez ograniczeń oraz, że nie wymagał posiadania określonych uprawnień budowlanych. Zamawiający stwierdził podczas rozprawy, że w jego ocenie doświadczenie pana M.G. pozwalało na stwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego_1 w tym zakresie.

W konsekwencji skład orzekający stwierdził, że całkowicie niezasadne jest dokonywanie przez Odwołującego interpretacji ustalonego przez Zamawiającego warunku poprzez konieczność posiadania określonych uprawnień budowlanych. Taki sposób wykładania warunku udziału w postępowaniu prezentowany przez Odwołującego_1 jest niedopuszczalny i nie zasługuje na zaakceptowanie. Skoro bowiem Zamawiający postawił warunek, że wykonawca ma dysponować osobą z określonym w warunku konkretnie opisanym doświadczeniem to podanie informacji przez Przystępującego_1 odnośnie posiadanego przez p. M.G., było wystarczające na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu. Podkreślić ponadto należy, że Przystępujący_1 przedłożył jako dowód na rozprawie referencje, z których w sposób jednoznaczny wynika, co oświadczył Przystępujący_1, że wskazany na do pełnienia funkcji inspektora nadzoru teletechnicznego p. M.G. posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie. Podkreślić należy, że Odwołujący_1 nie wykazał także, że Przystępujący_1 wskazując doświadczenie posiadane przez p. M.G. wprowadził Zamawiającego w błąd. Odwołujący_1 nie odniósł się w tym zakresie do żadnej pozycji wskazanej przy nazwisku tej osoby dotyczącej jej doświadczenia, nie zakwestionował okoliczności realizowania przez p. M.G. usługi nadzoru z branży teletechnicznej. W konsekwencji Izba za niewykazany uznała zarzut dotyczący wprowadzenia Zamawiającego w błąd i oddaliła zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Izba stwierdziła również, że nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, bowiem przepis ten ma zastosowanie w przypadkach procedur dwuetapowych, w których odrzuca się ofertę, gdy złoży ją wykonawca wykluczony z udziału w postępowaniu. W rozpoznawanym przypadku nie mamy do czynienia z procedurą dwuetapową, tym samym gdyby zasadny był zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp to oferta takiego wykonawcy podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, gdzie ustawodawca wskazał, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. W rozpoznawanej sprawie, Izba za niezasadne uznała zarzuty Odwołującego_1 dotyczące niewykazania przez Przystępującego_1 warunku udziału w postępowaniu, a tym samym stwierdziła brak podstaw do zastosowania przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp i wykluczenia Przystępującego_1 z postępowania.

Sygn. akt KIO 410/21

Izba rozpoznając odwołanie o sygn. akt KIO 410/21 dopuściła i przeprowadziła dowody z treści:

- SIWZ, w tym Rozdziału 7 punkt 7.2.1. określającego warunki udziału w postępowaniu,

#x200e- wykazu usług złożonego przez Odwołującego_2 z dnia 16 listopada 2020r., wraz z oświadczeniem własnym o należytych wykonaniu usług wskazanych w wykazie,

- wezwania Zamawiającego z dnia 3 grudnia 2020r. skierowanego do Odwołującego_2 w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do: „do uzupełnienia w terminie do dnia 18.12.2020 r. aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, o których mowa w pkt 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) (...)”.

W celu potwierdzenia należytego wykonania usług Wykonawca zobowiązany był złożyć stosowne dowody. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowane na podstawie art. 26 ust. 1 w związku z art. 24aa ustawy, złożył w dniu 16.11.2020 r. dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, w tym m.in. Wykaz usług.

W treści Wykazu usług, w poz. nr 1, Wykonawca wskazał usługę „Open Hybrid lab Factory – Centrum Badań i Rozwoju komponentów hybrydowych, składający się z centrum technicznego, laboratorium, części biurowej, sal konferencyjnych – szkoleniowych. Hermann-Münch-Straße 2, 38440 Wolfsburg. Pow. budynku – 9500 m²” zrealizowaną na rzecz VW Immobilien GmbH, Poststraße 28, 38440 Wolfsburg w okresie od 01/2014 -11/2016.

W poz. nr 2 Wykonawca wskazał usługę „Fabryka Samochodów Użytkowych Crafter we Wrześni w zakresie części biurowych, pomieszczeń spotkań, części socjalnych, szatni, pomieszczeń sanitarnych. Białeżyce 100, 62-300 Września. Część biurowo – socjalna 12120 m²” zrealizowaną na rzecz Assmann Beraten + Planen GmbH für Volkswagen Poznań Sp. z o.o w okresie 03/2014 – 09/2016.

Dołączony do Wykazu usług dowód należytego wykonania usług w postaci oświadczenia własnego obejmował obie wykazane usługi.

Uzasadnieniem posłużenia się oświadczeniem własnym w zakresie potwierdzenia należytego wykonania umowy jest zaistnienie uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze, które uniemożliwiły Wykonawcy przedstawienie referencji bądź innych dokumentów wystawionych przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane. Obiektywny charakter przyczyn, dla których Wykonawca nie może uzyskać dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług oznacza, że są to przyczyny zrozumiałe, dotyczące okoliczności niezależnych od wykonawcy uzasadniających brak możliwości uzyskania referencji lub dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia. Fakt zaistnienia przyczyn uniemożliwiających uzyskanie dokumentów przez wykonawcę powinien być możliwy do oceny i weryfikacji w konkretnych okolicznościach faktycznych. Nie może wynikać wyłącznie z subiektywnego przekonania wykonawcy i opierać się wyłącznie na jego twierdzeniu. Wykonawca w przedmiotowym postępowaniu złożył oświadczenie własne nie wskazując żadnego uzasadnienia.

Dlatego też, Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia Wykazu usług o:

a) referencje dla poz. 1 i 2 Wykazu, bądź inne dokumenty wystawione przez podmioty, na rzecz których usługi były wykonywane (takim dokumentem może być oprócz referencji protokół odbioru lub faktura wraz z potwierdzeniem wykonania przelewów z tytułu zapłaty tej faktury oraz np. z umową, z której wynikałaby wartość kontraktu),

albo

b) oświadczenie własne zawierające wyjaśnienia okoliczności dotyczących braku możliwości uzyskania dokumentów, o których mowa w lit. a) powyżej.

Należy jednak pamiętać, że to dokumenty, o których mowa w lit. a) są regułą potwierdzania należytego wykonania zamówienia, natomiast oświadczenie własne, o którym mowa w lit. b) powinny stanowić wyjątek.”

- odpowiedzi Odwołującego_2 z dnia 18 grudnia 2020r. wraz z załącznikami, tj.:

a) rachunku końcowego oraz „dokumentu z programu księgowego DATEV potwierdzającego zapłatę na rachunek końcowy dla w/w zlecenia” (na potwierdzenie należytego wykonania usługi wskazanej w poz. nr 1 wykazu)

b) protokołu odbioru prac w ramach budowy fabryki CRAFTER we Wrześni opisanych jako „Prace stanu surowego wraz z wykończeniem”, protokołu odbioru końcowego Hali montażu, Mostu osobowego, Mostu technicznego oraz Instalacji rurowej w zakresie wyposażenia obiektu instalacji wody pitnej, instalacji kanalizacji, chłodu, gazu, sprężonego powietrza 6bar, wody lodowej i instalacji ogrzewczej oraz protokołu odbioru końcowego potwierdzający należyte wykonanie Hali montażu, Mostu osobowego, Mostu technicznego oraz Instalacji rurowej w zakresie instalacji elektrycznych (na potwierdzenie należytego wykonania usługi wskazanej w poz. nr 2 wykazu)

- wezwania Zamawiającego z dnia 6 listopada 2020r. w trybie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia w terminie do dnia 16 listopada 2020 r. aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków

udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, o których mowa w pkt 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) i art. 24 ust. 1 ustawy, wymaganych zgodnie z pkt 8.3 SIWZ, w tym m. in.: „3) informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy oraz, odośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Powyższe informacje należy złożyć w zakresie: Wykonawcy będącego osobą fizyczną lub podmiotem zbiorowym oraz urzędujących członków organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólników spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariuszy w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurentów; 4) odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy”.

- wezwania Zamawiającego z dnia 3 grudnia 2020r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, przekazanego Odwołującemu 2 w dniu 4 grudnia 2020r. do złożenia: „informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. IC-L Ingenieur Consulting Langenhagen GmbH & Co.KG jest wykonawcą i podmiotem zbiorowym, więc powinien złożyć informację z KRK w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy. Wykonawca nie złożył informacji w tym zakresie.”

- pisma Odwołującego 2 z dnia 18 grudnia 2020r. wraz z załącznikami.

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy nie jest sporny i został przedstawiony w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów.

Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp wykluczając Odwołującego 2 z postępowania z powodu nie wykazania przez niego braku podstaw wykluczenia.

Podkreślić należy, że Zamawiający po raz pierwszy wezwał Odwołującego 2 w trybie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia dokumentów, w tym do złożenia zaświadczenia KRK dla podmiotu zagranicznego w dniu 6 listopada 2020r. wyznaczając termin na uzupełnienie dokumentów do dnia 18 listopada 2020r., który finalnie został przedłużony do dnia 27 listopada 2020r. Odwołujący 2 odpowiadając na wezwanie nie złożył kompletu wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, w tym m.in. zaświadczenia KRK dla podmiotu zbiorowego.

W konsekwencji Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Odwołującego 2 w dniu 4 grudnia 2020r. do uzupełnienia powyższego dokumentu wyznaczając termin do dnia 18 grudnia 2020r. Odwołujący 2 z wnioskiem do właściwego urzędu wystąpił jak wynika z akt sprawy, w dniu 8 grudnia 2020r.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że Odwołujący 2 z przyczyn w pełni od siebie zależnych, z własnej winy oraz bez zachowania należytej staranności nie przedłożył Zamawiającemu wymaganego w postępowaniu dokumentu. Abstrahując bowiem od stanowiska Zamawiającego, zgodnie z którym Odwołujący 2 już w dniu opublikowania SIWZ winien starać się o pozyskanie wszystkich dokumentów żądanych przez Zamawiającego w postępowaniu, to Izba uznała, że Odwołujący 2 w momencie skierowania do niego pierwszego wezwania z dnia 6 listopada 2020r. miał pełną wiedzę o konieczności pozyskania ww. dokumentu. Odwołujący 2 jednak o powyższy dokument wystąpił ponad miesiąc później, tj. dopiero kilka dni po drugim wezwaniu Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Podkreślić należy, że z treści odwołania wynika, że Odwołujący 2 miał świadomość tego, że w związku z pandemią pozyskanie zaświadczeń z urzędów państwowych jest utrudnione i wymaga dłuższego czasu. Odwołujący 2 winien był dochować należytej staranności, która powinna cechować podmioty profesjonalne i niezwłocznie wystąpić o wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty, w celu umożliwienia sobie wykazania braku podstaw do wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Takiej staranności jednak po stronie Odwołującego 2 zabrakło. Zauważyć również należy, że wbrew stanowisku Odwołującego 2 czas oczekiwania na wydanie zaświadczenia KRK przez odpowiedni urząd w Bonn nie był okresem szczególnie wydłużonym. Jak bowiem wynika z wyjaśnień Odwołującego 2 czas ten wynosił zaledwie 7 dni. Złożenie więc wniosku niezwłocznie po pierwszym wezwaniu Zamawiającego umożliwiłoby Odwołującemu 2 przedłożenie Zamawiającemu tego zaświadczenia i to jeszcze w pierwotnie określonym terminie. Wbrew bowiem stanowisku Odwołującego 2 to nie opieszałość urzędu, czy też panująca pandemia COVID-19 spowodowała uchybienie terminowi do złożenia tego dokumentu, tylko właśnie opieszałość Odwołującego.

W konsekwencji nie złożenie przez Odwołującego 2 dokumentu w określonym przez Zamawiającego terminie, który co należy podkreślić łącznie trwał ponad 40 dni, skutkowało koniecznością wykluczenia Odwołującego 2 z postępowania, na skutek niewykazania przez Odwołującego 2, że wobec niego nie zachodzą przesłanki do wykluczenia. Zamawiający nie miał bowiem obowiązku badania i oceny dokumentu KRK, który wpłynął do Zamawiającego po upływie wyznaczonego terminu. Podkreślić również należy – odnosząc się do stanowiska Odwołującego 2 co do wyrażenia dorozumianej milczącej zgody na wydłużenie terminu - że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje zasada pisemności. W sytuacji więc braku wyraźnej, pisemnej zgody Zamawiającego co do przedłużenia terminu na złożenie ww. dokumentu, niezasadne było stanowisko Odwołującego 2 zasadzające się na stwierdzeniu, że Zamawiający poprzez swoje milczenie w tym zakresie wyraził dorozumiętą zgodę na przedłużenie wyznaczonego terminu.

W konsekwencji skład orzekający uznał, że Odwołujący 2 podlegał wykluczeniu, ponieważ nie wykazał braku podstaw wykluczenia wynikających z SIWZ.

Odnosząc się kolejno do zarzutów dotyczących niewykazania przez Odwołującego 2, że usługi wskazane w wykazie usług zostały zrealizowane w sposób należyty Izba wskazuje, że choć w praktyce dokumenty potwierdzające prawidłowe wykonanie robót, dostaw lub usług potocznie nazywa się referencjami, należy pamiętać, że niekoniecznie wymaganym dokumentem będzie dokument o nazwie „referencja”. Prawodawca pozostawił bowiem dużą swobodę w tym zakresie, wymagając jedynie, aby z przedstawionego dokumentu wynikało, że usługi zostały wykonane należyście. W konkretnych przypadkach za takie dokumenty mogą zostać uznane np. pisemne potwierdzenia prawidłowego wykonania, protokoły odbiorów końcowych, a nawet pismo zamawiającego na rzecz którego usługi były realizowane, skierowane do wykonawcy po zakończeniu realizacji zamówienia, towarzyszące zwracanej gwarancji należytego wykonania. Do Zamawiającego należy ostateczna ocena, czy dany dokument jest wystarczającym potwierdzeniem prawidłowego wykonania zadania wykazywanego jako doświadczenie wykonawcy. Prawodawca nie ograniczył również kręgu podmiotów uprawnionych do wystawiania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia, a w szczególności nie ograniczył go do zamawiających z sektora publicznego. W orzecznictwie podkreśla się też, że nie istnieją ściśle określone w przepisach sformułowania czy wyrażenia, które powinny zostać zawarte w treści referencji. Bez względu na to, w nich znaleźć potwierdzenie prawidłowego wykonania zobowiązania, którego dokument dotyczy (por. wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2013 r. KIO 645/13). Nadto podkreślić należy, że referencje to oświadczenie wiedzy, a więc może być wystawione przez przedstawiciela zamawiającego niekoniecznie będącego uprawnionym np.

wg KRS do podpisywania dokumentów w imieniu podmiotu który taka referencję wystawił.

Uwzględniając więc, że wykonawca niekoniecznie musi przedłożyć dokument zwany referencjami, ponieważ może posłużyć się innymi dokumentami w celu wykazania, że usługi zrealizował należycie, w niniejszym stanie faktycznym należało ocenić, czy złożone przez Odwołującego_2 dokumenty, tj. rachunek końcowy oraz potwierdzenie dokonania przelewu (dot. usługi wskazanej w poz. 1 wykazu usług) oraz protokołu odbioru robót budowlanych (dot. usługi wskazanej w poz. 2 wykazu usług) umożliwiło Zamawiającemu ustalenie, że usługi te zostały zrealizowane w sposób należyty. Podkreślić również należy, że złożenie powyższych dokumentów nastąpiło w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Przechodząc do złożonych przez Odwołującego_2 dokumentów stanowiących rachunek końcowy oraz potwierdzenie dokonania przelewu istotne znaczenia dla oceny czynności Zamawiającego jest okoliczność, że dokumenty te nie zostały w pełni przetłumaczone na język polski pomimo, że zgodnie z wymogiem zawartym w punkcie 8.13 SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców, aby w sytuacji gdy dokumenty i oświadczenia są sporządzone w języku obcym były składane wraz z ich tłumaczeniem na język polski. W związku z powyższym skład orzekający stwierdził, że Odwołujący_2 zobowiązany był składając powyższe dokumenty złożyć także ich pełne tłumaczenie, a nie tylko ich wybiórcze fragmenty. Zamawiający musi mieć bowiem możliwość pełnej weryfikacji przedłożonego dokumentu, a nie tylko fragmentów, których chce wykonawca w celu ustalenia czy potwierdzają one, że usługi zostały zrealizowane w sposób należyty. W ocenie Izby niezłożenie tłumaczeń dokumentów na język polski powodowało, że Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał ich pominięcia, a w konsekwencji uznał, że Odwołujący_2 nie wykazał, że usługi wskazane w punkcie 1 wykazu wykonał należycie.

Podkreślić należy, że w odniesieniu tak złożonych dokumentów brak było możliwości skierowania do Odwołującego_2 wezwania do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, bowiem wezwanie to wiązałoby się z koniecznością ponownego złożenia tego dokumentu wraz z jego tłumaczeniem. Powyższe natomiast tak naprawdę sprowadzałoby się do obejścia zakazu jednokrotności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Izba nie podzieliła również stanowiska że wezwanie z dnia 3 grudnia było nieprecyzyjne. Zamawiający w sposób wyraźny wskazał na możliwe sposoby wykazania należytego wykonania usług, a Odwołujący_2 wiedząc i znając postanowienia SIWZ, składając dokumenty w języku obcym nie dokonał ich całościowego tłumaczenia. Nie ma tu też znaczenia, że dokumenty te to wyciągi bankowe i inne dokumenty księgowe. Postanowienia SIWZ co do konieczności złożenia dokumentów wraz z ich tłumaczeniem nie wprowadzały żadnych wyjątków.

Również Izba nie podzieliła zarzutów dotyczących nieprawidłowej oceny dokumentów złożonych przez Odwołującego_2 na potwierdzenie należytego wykonania usługi nr 2.

Izba uznała, że Zamawiający w sposób uprawniony uznał, że Odwołujący_2 nie wykazał należytego wykonania usługi zawartej w poz. 2 wykazu. W ocenie Izby z przedłożonego przez Odwołującego_2 protokołu odbioru robót budowlanych nie wynikało należyte wykonanie usług nadzoru, a wykonanie robót budowlanych z jakimiś bliżej nieopisanymi wadami i usterkami. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że należyte wykonanie usług nadzoru nie jest bowiem warunkiem sine qua non należytego wykonania zamówienia na roboty budowlane. Odwołujący_2 składając powyższe dokumenty powinien był w sposób precyzyjny i jasny wykazać Zamawiającemu dlaczego powyższy dokument jest składany na potwierdzenie należytego wykonania usług nadzoru. Argumentacja znajdująca się w odwołaniu winna być złożona Zamawiającemu w celu umożliwienia mu prawidłowej oceny powyższego dokumentu. Takich informacji w powyższym protokole zabrakło, a Zamawiający nie miał więc wiedzy, że powyższy dokument dotyczy także wykonania usług nadzoru.

Izba w odniesieniu do tego zarzutu podtrzymuje stanowisko co do braku możliwości skierowania do Odwołującego_2 wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp ewentualnie wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W ocenie Izby w niniejszym postępowaniu nie naruszono także art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez brak uzasadnienia przyczyn w oparciu, o które Zamawiający uznał, że Odwołujący_2 nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i nie wykazał braku podstaw wykluczenia oraz w zakresie uznania, że Odwołujący nie przedstawił żądanych przez Zamawiającego dokumentów.

Skład orzekający dokonując analizy zarzutów odwołania oraz uzasadnienia czynności wykluczenia Odwołującego_2 z postępowania stwierdził, że Odwołujący posiadał wiedzę o czynności Zamawiającego i powodach, które spowodowały powyższą czynność. Miał więc on możliwość jej zakwestionowania, co znalazło odzwierciedlenie w treści zarzutów odwołania i jego uzasadnieniu.

W konsekwencji Izba uznała powyższy zarzut za bezzasadny, w konsekwencji czego zarzut powyższy oddaliła.

Izba za niezasadny uznała także zarzut naruszenia art. 91 Pzp. Izba nie stwierdzała dokonaniawyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriówoceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp z 2019 r. w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....