

WYROK
z dnia 1 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2021 r. przez odwołującego G. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DROMEL G. D. w Tomaszowie Mazowieckim w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie
orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu unieważnienie wykluczenia odwołującego G. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DROMEL G. D. w Tomaszowie Mazowieckim z postępowania oraz powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciążyć zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie i:
 - 2.1. zaliczyć na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego G. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DROMEL G. D. w Tomaszowie Mazowieckim tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądzić od zamawiającego Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie na rzecz odwołującego G. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DROMEL G. D. w Tomaszowie Mazowieckim kwotę 19 240,02 zł (dziewiętnaście tysięcy dwieście czterdzieści złotych dwa grosze) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019, poz. 2020) 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

wyroku z dnia 1 kwietnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt: 463/21

Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie ul. Żelazna 59A, 00-848 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Utrzymanie urządzeń wodnych na terenie Zarządu Zlewni w Piotrkowie Trybunalskim w 2021 roku”, podzielone na części, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 listopada 2020 r. pod numerem 2020/S 222-545344, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 12 lutego 2021 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu w zakresie części 9 (utrzymanie i obsługa zbiornika wodnego Drzewica) i części 15 (utrzymanie i obsługa zbiornika wodnego Miedzna) wniósł wykonawca G. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DROMEL G. D. ul. Chodkiewicza 6 97-200 Tomaszów Mazowiecki (dalej zwany „odwołujący”). We wniesionym środku zażalenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz ust. 4 PZP poprzez wykluczenie Odwołującego i uznanie jego oferty za odrzuconą z uwagi wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu i brak spełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej lub zawodowej polegającej na tym, że upoważniony przedstawiciel Odwołującego nie posiada uprawnień w specjalności inżynierska hydrotechniczna lub inne uprawniające do wykonywania przedmiotowych robót, w sytuacji, gdy Odwołujący spełnia wskazany warunek udziału w postępowaniu, albowiem:
 - a) do realizacji robót objętych przedmiotem zamówienia nie są wymagane uprawnienia w specjalności inżynierska hydrotechniczna i Odwołujący przedstawił Zamawiającemu osobę posiadającą inne uprawnienia uprawniające do wykonywania robót objętych przedmiotem zamówienia;
 - b) Odwołujący po pojawieniu się wątpliwości u Zamawiającego (na etapie przekazywania terenu robót) wskazał zarówno to, że nie są wymagane uprawnienia w specjalności inżynierska techniczna jak i przedstawił do realizacji umowy innego przedstawiciela upoważnionego, który posiadał te uprawnienia, co nie zostało wzięte pod uwagę przez Zamawiającego;
 - c) na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający w SIWZ nie określił, aby jakiegokolwiek dokumenty na potwierdzenie tego warunku mają być złożone przez wykonawców i wystarczające było złożenie oświadczenia, co Odwołujący uczynił, a tym samym w sposób określony w SIWZ potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
2. (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1) art. 26 ust. 3 i 4 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zdolności technicznej pomimo istnienia wątpliwości co do dokumentów i oświadczeń przez niego przedłożonych oraz zaniechanie wezwania do uzupełnienia

dokumentów w przypadku uznania, iż przedstawione przez Odwołującego dokumenty i wyjaśnienia nie potwierdzają spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu;

3.(ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1 lub 2) art. 92 ust. 1 i 3 PZP poprzez brak sformułowania przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego oraz wskazania powodów, dla których wyjaśnienia i dowody przedstawione przez Odwołującego, Zamawiający uznał za niewystarczające.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienie wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, uznanie, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz jego oferta jest zgodna z SIWZ, powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wybór oferty odwołującego, ewentualnie – w przypadku nieuwzględnienia, któregośkolwiek z wniosków powyżej, precyzyjne wezwanie odwołującego do wyjaśnienia oferty lub uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p. lub precyzyjne uzasadnienie decyzji o wykluczeniu z postępowania.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca wskazał co następuje. W dniu 15.01.2021 r. zamawiający wysłał odwołującemu informację o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej na część 9 i 15. Odwołujący wpłacił wymagane zabezpieczenie i dnia 22.01.2021 r. podpisał umowę w siedzibie zamawiającego Piotrkowie Trybunalskim, która miała być zawieszona do Warszawy celem finalizacji i podpisania przez dyrektora zamawiającego. Dnia 28.01.2021 r. otrzymano informację od przedstawiciela zamawiającego o terminie przekazania terenu, który wyznaczono na dzień 29.01.2021 r. Na przekazaniu pracownicy zamawiającego zakwestionowali uprawnienia przedstawiciela odwołującego, który w poprzednim zadaniu realizowanym na rzecz zamawiającego także był przedstawicielem wykonawcy, robotę tą zakończono w terminie i została ona odebrana. Zamawiający zażądał złożenia oświadczeń, że posiadane uprawnienia przedstawiciela wykonawcy uprawniają go wykonywania robót i takie oświadczenie odwołujący złożył, zgodnie z załącznikiem do protokołu przekazania, pomimo tego do przekazania terenu nie doszło.

Dnia 01.02.2021 r. odwołujący napisał do Łódzkiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa o wydanie opinii w sprawie uprawnień, z odpowiedzi izby wynika, że do robót objętych przedmiotem zamówienia nie jest wymagane posiadanie uprawnień budowlanych. Ponadto, z uwagi na wątpliwości zamawiającego dnia 03.02.2021 r. bez wezwania wysłano pismo o zmianie przedstawiciela wykonawcy na osobę, która posiada uprawnienia zawierające specjalność hydrotechniczną potwierdzone w ŁOIB. W odpowiedzi odwołujący otrzymał od zamawiającego pismo z dnia 04.02.2021 r. o odstąpieniu od zawarcia umowy i wykluczeniu odwołującego z postępowania.

W zakresie zarzutu bezzasadnego wykluczenia odwołujący wskazał na pkt 4.2.3 lit. b, gdzie zamawiający określił warunek udziału w przetargu dotyczący upoważnionego przedstawiciela wykonawcy, który musi posiadać uprawnienia o specjalności: inżynierska hydrotechniczna lub inne uprawniające do wykonywania przedmiotowych robót, zgodnie z treścią decyzji o ich nadaniu z uwzględnieniem przepisów stanowiących podstawę ich nadania. Kserokopie rzeczonych uprawnień wraz z przynależnością do OIIB miały zostać przekazane zamawiającemu w dniu przekazania terenu, natomiast na potwierdzenie spełnienia warunku wpięty składano oświadczenie, zgodnie z pkt 4.2.4 w zw. z pkt 4.3. SIWZ, co odwołujący uczynił.

Odwołujący dodał, że pierwotnie przez niego zgłoszona osoba – pan Ł.Ś., spełnia postawione przez zamawiającego wymagania, bowiem kwalifikuje się pod wymóg określony jako „lub inne uprawniające do wykonywania przedmiotowych robót, zgodnie z treścią decyzji o ich nadaniu z uwzględnieniem przepisów stanowiących podstawę ich nadania”. Pan ten był już wcześniej upoważnionym przedstawicielem odwołującego w toku realizacji innych umów zawartych z zamawiającym i nigdy nie było to w jakikolwiek kwestionowane lub też negowane, tym samym odwołujący był w pełni uprawniony do przyjęcia, że decydując się po raz kolejny na realizację umowy u zamawiającego, tym samym upoważnionym przedstawicielem działa zgodnie z przepisami i oczekiwaniami jednostki zamawiającej. W takiej sytuacji nie można zatem uznać, iż odwołujący próbował w jakikolwiek sposób wprowadzić zamawiającego w błąd, więc nie została spełniona przesłanka do jego wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., odwołujący był bowiem uprawniony do przyjęcia, że pan Ł.Ś. spełnia postawione przez zamawiającego warunki. W konsekwencji należy uznać, że informacje przekazywane przez odwołującego były informacjami prawdziwymi, a tym samym odwołujący nie mógł wprowadzić zamawiającego w błąd.

Ponadto, zdaniem odwołującego w orzecznictwie Izby podkreśla się, że art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. wymaga, aby wykonawca poprzez przedstawienie informacji wywołał w świadomości zamawiającego fałszywe wyobrażenie o rzeczywistości. Istotą „błędu” jest więc wykreowanie u zamawiającego przekonania, iż dana okoliczność, dane zdarzenie miały miejsce, podczas, gdy w rzeczywistości tak nie było. Wykonawca musi więc wywołać u zamawiającego stan błędu, poprzez przedstawienie nieprawdziwej informacji, która stała się źródłem błędnego przekonania o danej okoliczności i co istotne – nie jest uprawnione utożsamianie niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu z zaistnieniem podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p.). Inny sposób rozumienia spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie przesądza automatycznie o wprowadzeniu zamawiającego w błąd. Jak również podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. może zostać zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to. Poza tym ta podstawa wykluczenia może być zastosowana także wtedy, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo. Natomiast w opinii odwołującego w niniejszej sprawie nie można mówić o jakiegokolwiek formie winy, albowiem skoro odwołujący korzystał już wcześniej z pana Ł.Ś. do realizacji zamawiającemu umów w takim samym charakterze, to w pełni uzasadnione było przyjęcie, że spełnia on warunki stawiane przez jednostkę zamawiającą.

Niezależnie od powyższego, bez żadnych wezwań ze strony zamawiającego, odwołujący wskazał również inną osobę, która może pełnić funkcję upoważnionego przedstawiciela, pana P.B. Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do nowej osoby, a tym samym nie zweryfikował w należyty sposób oferty odwołującego, co doprowadziło do wykluczenia z postępowania, pomimo braku przesłanek ku temu. Do dziś odwołujący nie otrzymał od zamawiającego jakiegokolwiek wezwania do złożenia wyjaśnień lub dokumentów, co powoduje naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p. i co ważne, w żadnym miejscu SIWZ zamawiający nie wskazał jakich dokumentów na etapie składania oferty oczekuje w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie odwołującego kolejnym naruszeniem ze strony zamawiającego było niedochowanie obowiązków ustawowych, nałożonych przez art. 92 ust. 1 p.z.p. Analiza informacji o wykluczeniu z 04.02.2021 r. prowadzi do wniosku, iż zamawiający nie zawarł uzasadnienia faktycznego swojej decyzji, nie sposób bowiem rozszyfrować toku rozumowania zamawiającego, który przyjął, iż przedstawione przez odwołującego wyjaśnienia są niewystarczające i nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co w świetle okoliczności faktycznych jest całkowicie

nieuzasadnione. Taki stan rzecz wskazuje też na naruszenie przez zamawiającego zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji. W orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych podkreśla się także, że nie stanowi spełnienia wymogu art. 92 ust. 1 p.z.p. podanie przez zamawiającego na rozprawie przed Izbą uzasadnienia faktycznego podjętej wobec oferty decyzji. Niedopuszczalne jest zatem, aby wykonawca samodzielnie identyfikował przyczyny odrzucenia jego oferty i w oparciu o te założenia przedstawiał argumenty przemawiające za nietrafnością domniemyanych przyczyn decyzji zamawiającego.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego stanowisku procesowym, a także zasądzenie od odwołującego kosztów zastępstwa procesowego.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną przez strony oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze datę wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do postępowania odwoławczego – zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) – znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), dalej zwanej „n.p.z.p.”.

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 pkt 1 n.p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 n.p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 528 n.p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto, w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 n.p.z.p.

W oparciu o akta sprawy odwoławczej Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia – okoliczności te nie były pomiędzy stronami sporne:

1. Zgodnie z dokumentacją postępowania:

a) przedmiotem zamówienia jest wykonanie usług związanych z utrzymaniem urządzeń wodnych na terenie Zarządu Zlewni w Piotrkowie Trybunalskim w 2021 r., w tym część 9 dotyczy zbiornika wodnego Drzewica, a część 15 zbiornika wodnego Miedzna. Szczegółowy opis zamówienia i zakres prac związanych z realizacją zamówienia został zawarty w OPZ, stanowiącym załącznik do SIWZ (tak pkt 2.1. i 2.1.1. SIWZ) Przewidziany zakres prac to: monitoring i obsługa obiektów, ręczne i mechaniczne koszenie skarp zbiorników i rzek (w obrębie budowli), odmulanie, hakowanie dna, wycinka krzaków, montaż tablic Informacyjnych, wykonanie barierki na budowlach, oczyszczenie z darniny i namułu umocnień betonowych i dylatacji w obrębie budowli, konserwacja mechanizmów, drobne naprawy urządzeń mechanicznych, smarowania, wymiana olejów, naprawa opasek z kieszek faszynowych i narzutu kamiennego, regulacja piętrzenia, bieżąca obsługa zbiorników i budowli (dozory całodobowe na zbiorniku Miedzna i zbiorniku Cieszanowice). Dodatkowo, dla każdej z części zamawiający określił bardziej szczegółowy zakres prac w odpowiednich załącznikach do SIWZ,

b) o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczący upoważnionego przedstawiciela wykonawcy, który na podstawie pkt 4.2.3. lit. b SIWZ „musi posiadać uprawnienia o specjalności: inżynierska hydrotechniczna lub inne uprawniające do wykonywania przedmiotowych robót, zgodnie z treścią decyzji o ich nadaniu z uwzględnieniem przepisów stanowiących podstawę ich nadania. Kserokopie wyżej wymienionych uprawnień wraz z przynależnością do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa zostaną przekazane Zamawiającemu w dniu przekazania terenu wraz z upoważnieniem do reprezentowania Wykonawcy. Wykonawca zobowiązuje się do wykonywania robót pod nadzorem osoby posiadającej uprawnienia budowlane, wskazane powyżej i odpowiada za prawidłowe wykonanie robót”.

2. W toku przetargu, w zakresie potwierdzenia posiadania odpowiedniego potencjału osobowego, zamawiający dysponował oświadczeniem odwołującego, które złożono zgodnie z wymaganiami SIWZ.

3. W dniu przekazania terenu 29 stycznia 2021 r., zgodnie z pkt 4 protokołu planowanego przekazania terenu, odwołujący złożył dla osoby wyznaczonej na przedstawiciela wykonawcy – pana Ł.Ś., decyzję o uprawnieniach budowlanych do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno - budowlanej oraz dwa zaświadczenia o przynależności do Łódzkiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa.

4. Zawiadomieniami z dnia 4 lutego 2021 r. zamawiający wykluczył odwołującego z przetargu (z części 9 i 15) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., ponieważ zdaniem jednostki zamawiającej przedstawiciel wykonawcy nie posiada właściwych uprawnień wskazanych w postępowaniu, a obsługa zbiornika bez osoby z odpowiednimi uprawnieniami stwarza niebezpieczeństwo w prawidłowym jego funkcjonowaniu.

Postawione przez odwołującego zarzuty sprowadzały sprawę do rozstrzygnięcia, czy zamawiający w sposób prawidłowy ocenił uprawnienia budowlane pana Ł.Ś., którego wskazano na stanowisko przedstawiciela wykonawcy, ponieważ w ocenie zamawiającego brak wymaganych uprawnień, a także przedstawienie tej osoby do realizacji umowy stanowiło podstawę do wykluczenia odwołującego z przetargu z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd (art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p.).

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 n.p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem odwołanie posiada uzasadnione podstawy i jako takie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą uwzględnione. W konsekwencji powyższego skład orzekający nakazał zamawiającemu unieważnienie wadliwej czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz powtórzenie badania i oceny ofert, w którym należy uwzględnić, że w ocenie składu orzekającego zamawiający nieprawidłowo ocenił uprawnienia potencjału osobowego odwołującego. Zdaniem Izby odwołujący właściwie wykazał wymagane zdolności zawodowe, zarówno na etapie składania ofert, gdzie złożono stosowne oświadczenie, jak również adekwatnie potwierdzono je dokumentami, które

przedstawiono przed podpisaniem umowy. Formułując nakaz w tenorze sentencji wyroku, zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 1 p.z.p., Izba uwzględniła, że zamawiający nie dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przetargu, nie powrócił do etapu badania ofert, a z pominięciem właściwej sekwencji czynności wykluczono wykonawcę i odstąpiono od podpisania umowy, jak również okoliczność, że skład orzekający nie może nakazać zamawiającemu zawarcia umowy (art. 192 ust. 6 p.z.p.).

W ocenie składu rozpoznającego spór wykluczenie wykonawcy z postępowania zostało spowodowane niewłaściwą interpretacją dokumentacji przetargu przez zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie wskazuje, że uprawnienia budowlane, których wymagał mają być równoważne z uprawnieniami o specjalności hydrotechnicznej. Nic takiego nie wynika z wiążącej treści SIWZ, gdzie wymagano „innych uprawnień do wykonywania przedmiotowych robót” (vide pkt 1 lit. b okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia), czyli wymagano legitymowania się innymi uprawnieniami budowlanymi, niż w specjalności hydrotechnicznej, które pozwolą danej osobie na pełnienie obowiązków przedstawiciela wykonawcy (nadzorowanie prac stanowiących przedmiot umowy). Zamawiający pozostawił wymaganie jako wymóg otwarty, nie dookreślił jakie uprawnienia budowlane uznaje za właściwe, pozostawiając to jako dowolny wybór wykonawcy, przy jedynym obostrzeniu – że uprawnienia mają być właściwe do wykonywania robót związanych z przedmiotem zamówienia. W dokumentacji postępowania nie ma więc ograniczenia, że stosowne uprawnienia budowlane są uprawnieniami jednakowymi co do przedmiotu i zakresu uprawnień o specjalności hydrotechnicznej, a wymaga się stosownych uprawnień do wykonywania zamówienia – czyli „inne uprawnienia” zostały bezpośrednio połączone z przedmiotem umowy.

Zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2020 poz. 1333 ze zm.) dalej zwanej jako „p.b.”, uprawnienia budowlane są konieczne do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie określonych w tej normie. Istotą uprawnień budowlanych jest więc upoważnienie do wykonywania określonych czynności, zgodnie z wyliczeniem rodzajów działań, które stanowią samodzielną funkcję techniczną. Jest to działalność związana z koniecznością fachowej oceny lub samodzielnego rozwiązywania zagadnień architektonicznych i technicznych, jak również techniczno-organizacyjnych, które obejmują działalność wymienioną w art. 12 ust. 1 pkt 1–5 p.b. Natomiast przedmiotem zamówienia, szczegółowo opisanym w załącznikach do SIWZ, są usługi związane z utrzymaniem urządzeń wodnych (vide pkt 1 lit. a okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia) i jakkolwiek czynności te są niezwykle istotne z perspektywy prawidłowej gospodarki wodnej, to skoro przedmiot zamówienia nie obejmuje funkcji technicznych określonych w art. 12 ust. 1 p.b., to także do nadzorowania zamówienia, zgodnie z normami p.b., nie są wymagane uprawnienia budowlane, tak jako wskazano w stanowisku Łódzkiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 2 lutego 2021 r., z czym Izba się zgadza i przyjmuje argumentację ŁOIIB za własną.

Warto także zaznaczyć, że orzecznictwo Izby i sądów powszechnych stoi na stanowisku, że rozstrzygające znaczenie dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu ma jego literalne brzmienie, a nie intencja zamawiającego, która nie została wyartykułowana w SIWZ, czy też oczekiwany przez zamawiającego sposób rozumienia dokumentacji w świetle nieujawnionych w niej oczekiwań. Punktem wyjścia dla oceny oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły – stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelnych zasad zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 p.z.p., zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania – tak, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert. Jeżeli zaś zamawiający reflektowałby lepiej zabezpieczyć swoje obiekty hydrotechniczne, co podnosił w odpowiedzi na odwołanie, to nic nie stało na przeszkodzie, aby uwzględnić to w toku sporządzania dokumentacji postępowania. Zamawiający jest profesjonalistą działającym na rynku zamówień publicznych i trudno uwierzyć, że sporządzając wymagania dla personelu wykonawcy, w tym dla przedstawiciela z pkt 4.2.3 lit. b SIWZ, który ma nadzorować wykonywanie umowy, nie wziął pod uwagę charakterystyki obiektów, którą szeroko opisano w stanowisku procesowym. Izba raczej stoi na stanowisku, że zamawiający uwzględnił charakter usługi, którą zleca wykonawcy w korelacji z brzmieniem norm p.b. i jednak celowo wskazał w warunku, że uprawnienia budowlane mają być związane z przedmiotem zamówienia (zgodnie z art. 22 ust. 1a p.z.p. proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności do należytego jego wykonania, będące minimalnym poziomem zdolności), a nie tożsame z uprawnieniami o specjalności hydrotechnicznej, które nie wydają się do końca adekwatne do przedmiotu umowy. Tym niemniej zamawiający jako gospodarz postępowania może swobodnie sformułować warunki udziału w przetargu, jednak absolutną granicą na takie określenie jest upływ terminu na składanie ofert, a obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny ofert tylko w odniesieniu do postanowień, które w dokumentacji wskazano w sposób jednoznaczny.

Na obecnym etapie, kiedy nie ma już możliwości zmiany dokumentacji postępowania, a jej brzmienie ustalone przed terminem na składanie ofert wiąże zamawiającego, wykonawców i Krajową Izbę Odwoławczą, jednostka zamawiająca może wymagać: 1) uprawnień budowlanych o specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej, 2) uprawnień budowlanych, które pozwolą na wykonywanie robót stanowiących przedmiot zamówienia – czyli uprawnienia pana Ł.Ś. do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno - budowlanej spełniających postawiony wymóg i osoba ta prawidłowo wykazuje zdolność zawodową odwołującego dysponowania uprawnionym przedstawicielem wykonawcy, zgodnie z pkt 4.2.3. lit. b SIWZ.

Skoro zatem pan Ł.Ś. spełnia wymagania dokumentacji, *toa priori* nie mogło dojść do wprowadzenia zamawiającego przez odwołującego w błąd, więc wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. było wadliwe. Uniwersalną obroną eliminującą możliwość kwalifikacji postępowania odwołującego poprzez omawianą normę, jest stwierdzenie, że podane przez stronę w oświadczeniu o spełnieniu warunków udziału w przetargu informacje są prawdziwe, więc stan błędu po stronie zamawiającego nie powstał i nie mógł powstać. Jednostka zamawiająca przed podpisaniem umowy doszła do przekonania, że co prawda wybrała ofertę odwołującego w przetargu, jednak na tym etapie uprawnienia budowlane pana Ł.Ś. uznaje za niewystarczające, ponieważ jednak życzyłaby sobie uprawnień tożsamyh do uprawnień budowlanych o specjalności hydrotechnicznej (wbrew brzmieniu pkt 4.2.3. lit. b SIWZ) i wykluczyła wykonawcę z postępowania (bez unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej). Na krytykę zasługuje nie tylko wykluczenie wykonawcy z powodu rzekomego niespełnienia warunku udziału w przetargu bez wezwania do uzupełnienia (art. 26 ust. 3 p.z.p.), a eliminacja z postępowania ze względu na własną, spóźnioną „wykładnię” warunku, z pominięciem jego treści i następcze uznanie, że skoro uprawnienia budowlane nie wypełniają własnych, oderwanych od SIWZ hipotez zamawiającego, to na pewno wykonawca wprowadził go w błąd. Ustalony stan rzeczy wskazuje, że do żadnego podania nieprawdziwych informacji w przetargu nie doszło, a strony różniły się w rozumieniu wymagania posiadania odpowiedniej zdolności zawodowej i z powodu podzielenia przez skład orzekający stanowiska odwołującego, że uprawnienia pana Ł.Ś. wprost spełniają wymagania SIWZ odwołanie zostało przez Izbę uwzględnione.

Zgodnie z wnioskiem strony, wobec potwierdzenia w materiale procesowym zarzutu głównego, tj. zarzutu nr 1 z *petitum* odwołania, Izba nie rozpoznawała zarzutów ewentualnych – naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p. oraz postawionego z dalekiej ostrożności procesowej zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 p.z.p.

Ponadto, skład orzekający włączył w poczet materiału dowodowego złożoną przez odwołującego dokumentację dotyczącą zamówienia zwiększenia zdolności retencyjnej rzeki Popławki i rzeki Ciek Topolice – naprawa budowli hydrotechnicznych (umowa, protokoły odbioru, pismo z 18.11.2020 r., zgłoszenie zakończenia robót). Dokumenty te byłyby przydatne dla wykazania, iż odwołujący był uprawniony do przekonania, że pan Ł.Ś. spełnia warunki udziału w postępowaniu, którego dotyczy utrzymanie i obsługa urządzeń wodnych, skoro jego uprawnienia zostały uznane za właściwe przez zamawiającego dla wykonywania robót budowlanych naprawy tych urządzeń, czyli czynności przekraczających zakres zamówienia, którego dotyczy spór – więc dla wykazania, że odwołujący nie mógł działać celowo lub rażąco niedbale, kiedy rzekomo wprowadzał zamawiającego w błąd przedstawiając oświadczenie, że spełnia warunki udziału w przetargu. Jednakże, skoro w ustalonym stanie rzeczy potwierdziło się, że uprawnienia pana Ł.Ś. są właściwe na kanwie wymagania z lit. b pkt 4.2.3. SIWZ, zatem nawet hipotetycznie nie mogło dojść do próby wprowadzenia zamawiającego w błąd, to taka analiza nie była w sprawie konieczna. Natomiast przedłożone dokumenty potwierdzające uprawnienia pana Ł.Ś. i korespondencja kierowana przez odwołującego do zamawiającego już się *ex lege* w aktach postępowania znajdowały (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. z 2020 poz. 2453)).

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, gdyż wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 554 ust. 1 pkt 1 n.p.z.p. Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy miało istotny wpływ na wadliwe zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zamawiający odmówił udzielenia zamówienia wykonawcy, który prawidłowo spełnia warunki udziału w przetargu. Niezależnie od okoliczności, że zamawiający nie dopełnił wszystkich wymaganych ustawą p.z.p. formalności i zaniechał unieważnienia czynności wyboru oferty odwołującego z przetargu przechodząc od razu do wykluczenia wykonawcy, z pominięciem anulowania zawiadomienia o wyborze.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania skład orzekający wydał na podstawie art. 575 n.p.z.p. obciążając strony kosztami, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła zamawiającego jako stronę przegrywającą kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis, koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (zasądzone na podstawie przedłożonej faktury VAT, zmniejszone do limitu z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia) oraz koszty dojazdu na rozprawę zgodnie ze złożonym rachunkiem.

Przewodniczący:

.....