Sygn. akt: KIO 92/15

WYROK
z dnia 30 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2015 r. przez wykonawcę: **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Komendę Wojewódzką Policji w Gdańsku, ul. Okopowa 15, 80-819 Gdańsk**

przy udziale wykonawcy: **Przembud Gdańsk S.A., ul. Litewska 15, 80-719 Gdańsk,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wykluczenie wykonawcy Przembud Gdańsk S.A., ul. Litewska 15, 80-719 Gdańsk, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz w następstwie tej czynności odrzucenie oferty tego wykonawcy; zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Przembud Gdańsk S.A., ul. Litewska 15, 80-719 Gdańsk z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania uznano za niezasadny,**

---

2. kosztami postępowania obciąża **Komendę Wojewódzką Policji w Gdańsku, ul. Okopowa 15, 80-819 Gdańsk** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Komendy Wojewódzkiej Policji w Gdańsku, ul. Okopowa 15, 80-819 Gdańsk** na rzecz wykonawcy: **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku.**

Przewodniczący: ……...

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego, prowadzonym przez Komendę Wojewódzką Policji w Gdańsku (dalej „zamawiający") w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Generalne wykonawstwo robót pn.: „Komisariat Policji Gdańsk Śródmieście - budowa nowej siedziby wraz z opracowaniem projektu wykonawczego" wykonawca Mostostal Warszawa S.A. (dalej „odwołujący") złożył wobec:

1. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez spółkę Przembud Gdańsk S.A. (dalej „przystępujący"), której oferta powinna zostać uznana za odrzuconą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp] jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu,
2. zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z podaniem nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania oraz w związku z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego potencjału kadrowego w odniesieniu do wykazanych projektantów w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń przez okres minimum 5 lat (inż. J. M., inż. J. B.) wobec braku możliwości wezwania do uzupełnienia dokumentów z uwagi na dokonanie już wcześniej wezwania wybranego wykonawcy w tym zakresie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
3. zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z podaniem nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania oraz w związku z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego potencjału kadrowego w zakresie wykonawstwa w odniesieniu do osoby wykazanej na stanowisko Kierownika robót do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie o specjalności sieci i instalacje telekomunikacyjne bez ograniczeń (Pan L. M.),

Działanie zamawiającego polegające na uznaniu za wystarczające informacji ujętych w ofercie i w uzupełnionym przez wybranego wykonawcę Wykazie kadry technicznej w odniesieniu do osób wymienionych w zarzutach powyżej oraz dokonywanie dalszych wezwań do uzupełnienia dokumentów w zakresie potencjału kadrowego mimo wyczerpania drogi wezwania w tym zakresie oraz z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji przez wybranego wykonawcy stanowi ewidentne naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji - art. 89 ust. 1

pkt 5 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenia miały wpływ na wynik postępowania, ponieważ doprowadziły do wyboru wykonawcy z naruszeniem podstawowych zasad prowadzenia i udzielania zamówień publicznych, jakimi są wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, jak również wyrażonej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zasady udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a także przepisów ustawy Pzp wskazanych w zarzutach niniejszego odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia dokonanego w dniu 7 stycznia 2015 r. powtórnego wyboru oferty złożonej przez przystępującego,
2. dokonania ponownej oceny i badania ofert w postępowaniu, w tym:

1.1. nakazanie wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, i w konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wobec podania nieprawdziwych informacji w odniesieniu do wszystkich osób objętych zarzutami odwołania odnośnie zakresu uprawnień posiadanych przez personel wykazany w Wykazie „Kadra techniczna", tj. inż. J. M., inż. J. B. oraz L. M., z zastrzeżeniem nieuwzględniania w ocenie spełniania warunku nowych uzupełnień wymienionego Wykazu dokonanych przez zamawiającego w dniach 05-07.01.2015 r.,
1.2. wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2

w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, i w konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wobec niespełnienia warunku udziału w postępowaniu odnośnie zakresu uprawnień posiadanych przez personel wykazany w Wykazie „Kadra techniczna", tj. inż. J. M., inż. J. B. oraz L. M., z zastrzeżeniem nieuwzględniania w ocenie spełniania warunku nowych uzupełnień wymienionego Wykazu dokonanych przez zamawiającego w dniach 05-07.01.2015 r.

Odwołujący podał, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający dokonał powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej. Wyjaśnił, że pierwszy wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił pismem z dnia 16 grudnia 2014 r. i wobec tego wyboru odwołujący wniósł odwołanie pismem z dnia 23 grudnia 2014 r., w wyniku którego zamawiający – przed wydaniem orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej – pismem z dnia 30 grudnia 2014 r. powiadomił odwołującego o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odnosząc się do działań zamawiającego odwołujący stanął na stanowisku, iż czynności po dacie wniesienia pierwszego odwołania, które polegały na powtórnym badaniu i ocenie ofert, mają charakter czynności pozornych, gdyż posłużyły temu, by drogą wyjaśnień i niedopuszczalnych uzupełnień konwalidować dokumenty złożone wraz z ofertą przystępującego i powtórzyć wybór tego samego wykonawcy.

Odwołujący wyjaśnił, że z treści doręczonego w dniu 07 stycznia 2015 r. pisma zamawiającego odwołujący powziął wiedzę o podjęciu wobec przystępującego pomiędzy 30.12.2014 r. a 07.01.2015 r. nowych czynności wyjaśniająco-uzupełniających, czego konsekwencją było dokonanie 07.01.2015 r., tj. jeszcze przed rozstrzygnięciem Krajowej Izby Odwoławczej, ponownego wyboru jako najkorzystniejszej oferty tego samego wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w ramach dokonywanego po unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty z 16.12.2014 r. powtórzenia badania i oceny ofert, dwukrotnie dokonał czynności bezprawnego wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie wykazanego Projektanta w specjalności telekomunikacyjnej (Pan J. M., Pan J. B.), co potwierdzają odpowiedzi przystępującego udzielone 05.01. i 07.01.2015 r., którymi przystępujący po raz kolejny dokonywał wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, co ostatecznie doprowadziło do dokonania powtórnie niewłaściwego wyboru wykonawcy z naruszeniem art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący uznał, iż w świetle postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ") – rozdział V pkt 1 – wszystkie osoby wchodzące w skład zespołu kadry technicznej musiały posiadać uprawnienia budowlane bez ograniczeń, bez względu na to, czy osoby te są projektantami, czy kierownikami budowy/robót oraz bez względu na specjalność.

W ocenie odwołującego zamawiający potwierdził to w korespondencji, jaką skierował do odwołującego 12.12.2014 r., w której podkreślił: „Wykonawca musi zaprezentować min. 1 zespół kadry technicznej - który będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia o uprawnieniach bez ograniczeń do projektowania i kierowania robotami", a której treść wskazuje, jaka była intencja zamawiającego wyrażona w wymogu SIWZ, który w tym kontekście – wedle odwołującego – należy interpretować ściśle, zgodnie z jego literalnym brzmieniem, odnosząc się do przepisów prawnobudowlanych ujętych zarówno w samej ustawie jak i wydanych doń aktach wykonawczych, obowiązujących na dzień tworzenia tego dokumentu.

W odniesieniu do osoby projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń odwołujący wskazał, że w przypadku uprawnień budowlanych do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalności telekomunikacyjnej, uprawnienia bez ograniczeń oznaczają konieczność

posiadania uprawnienia w pełnym zakresie zarówno w telekomunikacji przewodowej jak i radiowej. Wykazane przez przystępującego, w ramach dopuszczalnego uzupełnienia Wykazu kadry technicznej, osoby (Pan J. M. i Pan J. B.) powinny mieć – uznał odwołujący – uprawnienia nadane w oparciu o decyzje w zakresie telekomunikacji przewodowej i radiowej.

Podał, że wydawane na podstawie obowiązującego na dzień wydania decyzji dla ww. osób rozporządzenia Ministra Łączności z 10.10.1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym (Dz. U. z 1995 r., nr 120, poz. 581), uprawnienia budowlane w telekomunikacji, zgodnie z § 2 tego aktu, są udzielane w specjalnościach instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń dla:
1. telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz
2. telekomunikacji radiowej.

Tymczasem – podniósł odwołujący – zarówno w przypadku Pana M. jak i Pana B., dołączone do Wykazu kadry technicznej decyzje w sprawie nadania uprawnień budowlanych potwierdzają brak uprawnień w zakresie telekomunikacji radiowej.

Dodał, że decyzja dotycząca Pana M. z 18.12.2002 r. nie potwierdza pełnego, wynikającego z ówczesnych przepisów, zakresu telekomunikacji przewodowej, ponieważ potwierdza uprawnienia wyłącznie w zakresie telekomunikacji przewodowej. Ponadto – wywodził odwołujący – zgodnie z § 2 pkt 1 i § 4 ust. 2 powołanego rozporządzenia z 1995 r. – pełen zakres uprawnień budowlanych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą obejmował: sieci, linie, instalacje i urządzenia liniowe oraz urządzenia stacyjne, gdy tymczasem z decyzji o nadaniu uprawnień dla ww. osoby wynika jednoznacznie, że uprawnienia te nie zostały wydane w pełnym możliwym zakresie i nie obejmują sieci oraz urządzeń stacyjnych.

Podobnie – stwierdził odwołujący – przedstawia się sytuacja w przypadku Pana J. B., który ma uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie telekomunikacji przewodowej, co oznacza, że posiada on uprawnienia, które w świetle wymogu określonego przez zamawiającego oraz powołanych przepisów rozporządzenia, są uprawnieniami wyłącznie w jednej z dwóch możliwych specjalności.

Odwołujący podniósł, iż biorąc pod uwagę, że przystępujący w wyniku wezwania zamawiającego z dnia 12 grudnia 2014 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uzupełnił Wykaz kadry technicznej i zastąpił Pana J. M. Panem J. B., niemożliwe jest ponowne wezwanie ww.

---

wykonawcy do uzupełnienia Wykazu w zakresie tego stanowiska, mimo że ani osoba pierwotnie wskazana w ofercie (J. M.), ani osoba wskazana zamiennie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (J. B.) nie spełniają wymagań postawionych przez zamawiającego w SIWZ.

Zwrócił uwagę, że w odpowiedzi, w pkt 2 pisma z dnia 15 grudnia 2014 r. przystępujący oświadczył: „Osoby, *wpisane w tabeli zał. 4b. które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają uprawnienia do projektowania i kierowania robotami bez ograniczeń. (...) Dodatkowo, dołączamy zamiennie za Pana S. L. dokumenty Pana A. Z., za Pana J. M. dokumenty Pana J. B. - Załącznik 4b”.*

Zacytowany fragment pisma przystępującego, zdaniem odwołującego, dowodzi podania nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania, ponieważ wykonawca ten, mimo wątpliwości zgłoszonych przez zamawiającego podtrzymał niezgodną z prawdą okoliczność posiadania przez wszystkie osoby wymienione w Wykazie kadry technicznej uprawnień bez ograniczeń.

Tymczasem, uznał odwołujący – dokumenty złożone wraz z ofertą, jak też ww. uzupełnieniem, wprost ww. okoliczności przeczyły. Odwołujący wskazał, że zarówno przystępujący, jak i zamawiający dysponowali informacjami pozwalającymi na ocenę prawdziwego stanu faktycznego, co – zdaniem odwołującego – pozwala uznać, że przystępujący świadomie wprowadzał zamawiającego w błąd, zatajając istotną okoliczność ograniczonych uprawnień przez telekomunikatorów i co pozwala zamawiającemu postawić zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania.

Wedle odwołującego zarówno treść wezwania zamawiającego powołująca się na art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jak i zacytowana odpowiedź przystępującego z dnia 15 grudnia 2014 r. potwierdzają, iż doszło do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w tym zakresie, co oznacza, że w rezultacie tej czynności przystępujący

w miejsce dotychczas wykazywanego Pana M. wskazał Pana J. B., jednak pozostawił w uzupełnionym Wykazie obie z wymienionych osób.

Odwołujący na podstawie powyższego uznał, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania projektantem o specjalności telekomunikacyjnej i jest to okoliczność trwała, nie podlegająca dalszemu sanowaniu wobec wyczerpania możliwości wynikającej z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności odwołujący uznał, że tym bardziej za niedopuszczalne należy uznać czynności zamawiającego podjęte 30.12.2014 r. i 07.01.2015 r., a polegające na ponownym wzywaniu do udzielania wyjaśnień i uzupełnień, co uzasadnia zarzut w zakresie niespełnienia warunku w tym zakresie, jak też podania przez przystępującego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący podkreślił, że w stosunku do niego w toku prowadzonego postępowania w zakresie wykazanych osób zamawiający jednoznacznie wskazał, iż zakres wymaganych uprawnień budowlanych powinien mieć charakter *„bez ograniczeń”,* wobec czego oraz *w* świetle postawionego przez zamawiającego wymogu SIWZ i zasady równego traktowania zamawiający również w odniesieniu do przystępującego powinien tak samo interpretować i stosować postawione przez siebie wymagania – zamawiający zróżnicował jednak traktowanie wykonawców, czym naruszył powołany art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Na marginesie wskazał, że za całkowicie bezzasadne należy uznać wzywanie do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do Pana B. w zakresie posiadania przezeń uprawnień w zakresie urządzeń liniowych i stacyjnych, bo zarzut w tym zakresie nie był podnoszony w odwołaniu z 23.12.2014 r. (wyłącznie w zakresie telekomunikacji przewodowej). Odwołujący uznał, że udzielona przez przystępującego 05.01.2015 r. odpowiedź oraz dołączone doń oświadczenie w sprawie Pana B. jedynie potwierdzają, że osoba ta nie posiada uprawnień w zakresie telekomunikacji radiowej, co potwierdza ich ograniczony charakter.

Podkreślił, że droga wezwania do uzupełnienia w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp została w tym zakresie całkowicie wyczerpana.

Odnosząc się do argumentacji wynikającej z pisma zamawiającego z 07.01.2015 r., (słuszność ponownego wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów z dnia 12.12.2014 r.) odwołujący wskazał, że w jego ocenie, przystępujący nie mógł mieć żadnych wątpliwości co do zakresu wezwania, ponieważ zamawiający w wezwaniu z 12.12.2014 r. jednoznacznie, poprzez przytoczenie brzmienia warunku oraz sformułowane pytanie, wyraził wątpliwość co do posiadania uprawnień bez ograniczeń i wymaganego doświadczenia przez wykazanego pierwotnie Pana J. M., podkreślając jednocześnie w dalszej części wezwania, iż *„w przypadku braku doświadczenia i pełnych uprawnień oraz doświadczenia w realizacji zamówienia zgodnych z SIWZ wzywa do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych (...) j.n:*
- kadra techniczna w zakresie projektowania i wykonawstwa (zał. nr 4b do SIWZ)”.

Podniósł, że analogiczne wezwanie zostało skierowane do odwołującego, dla którego było ono zrozumiałe, a nadto że inaczej niż w odniesieniu do przystępującego, zamawiający nie stwierdził, iż wezwania skierowane do odwołującego czy innych wykonawców były wadliwe – czyni to w sposób wybiórczy, wyłącznie w odniesieniu do przystępującego.

Nie ulega więc wątpliwości – stwierdził odwołujący – iż również według zamawiającego wykazana osoba nie spełniała wymogu w żądanym zakresie uprawnień, a potwierdzeniem prawidłowego odbioru wezwania była odpowiedź przystępującego, który w pierwszym zdaniu punktu 2 wymienionej odpowiedzi oświadczył: *”Osoby, wpisane w tabeli*

---

zał. 4b. które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają uprawnienia do projektowania i kierowania robotami bez ograniczeń".

Odwołujący podniósł także, iż wbrew twierdzeniom przystępującego w przedmiotowym zamówieniu będą realizowane roboty obejmujące również prace w zakresie telekomunikacji radiowej, co czyni argumentację jakoby posiadane przez Pana M.

oraz Pana B. uprawnienia budowlane (niesłusznie traktowane przez przystępującego jako uprawnienia w pełnym zakresie w telekomunikacji przewodowej) były wystarczające do realizacji przedmiotowego zamówienia , nietrafną.

Odwołujący podał, że projekt budowlany na budowę Komisariatu Policji w Gdańsku w ramach przedmiotowego zamówienia przewiduje prace w zakresie instalacji teletechnicznych dotyczących systemu łączności radiotelefonicznej i instalacji odbiorczej RTV. Dodał, że następujące prace ujęto w tomie II.6 Projektu budowlanego:

1. system łączności radiotelefonicznej – projekt budowlany tom II.6. "Projekt instalacji teletechnicznych" – pkt 3.4. "System łączności radiotelefonicznej",
2. instalacja odbiorcza RTV – projekt budowlany tom II.6. "Projekt instalacji teletechnicznych" – pkt 3.10. "Instalacja odbiorcza RTV".

Na tej podstawie uznał, że brak jest podstaw do twierdzenia jakoby zakres niezbędnych do realizacji zamówienia uprawnień można było – wbrew postanowieniom SIWZ i rzeczywistej potrzebie zamawiającego – ograniczyć wyłącznie do telekomunikacji przewodowej i traktować je w tym znaczeniu jako uprawnienia bez ograniczeń.

W ocenie odwołującego potwierdza to, iż przystępujący jako profesjonalny wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne, mający obowiązek zapoznać się z udostępnioną przez zamawiającego dokumentacją, w tym Projektem budowlanym, nie mógł mieć problemu z ustaleniem, iż wezwanie zamawiającego dotyczy wykazania nieograniczonego zakresu uprawnień budowlanych w specjalności telekomunikacyjnej również w zakresie telekomunikacji radiowej.

Uznał, że wyczerpana została droga wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Za całkowicie chybione uznał również wywody z pisma z 07.01.2015 r. w odpowiedzi na odwołanie z 23.12.2014 r. jakoby możliwe było ponowne wezwanie do uzupełnienia w tym zakresie, tym bardziej w kontekście wyżej przytoczonej argumentacji.

Odwołujący stanął na stanowisku, że nie jest możliwe zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp po raz kolejny, w związku z czym uzupełnienie dokonane przez przystępującego w zakresie projektanta w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 07.01.2015 r., należy uznać za niewywierające skutku. Uzupełnieniem tym przystępujący przedstawił kolejne osoby w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń, tj. Pana L. K. i L. B., jednak uprawnienia tych osób – wedle – nie podlegają ocenie, a ich obecności odwołującego

w ofercie przystępującego nie, można zaakceptować, gdyż byłoby to rażącym pogwałceniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zwłaszcza w świetle zasad z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Ocenił, że zamawiający dwukrotnie naruszył przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jako że wzywał do uzupełnienia w przedmiotowym zakresie pismami z dnia 5 oraz 7 stycznia 2015 r., co wynika zapewne z tego – przyjął odwołujący – że w wyniku pierwszego wezwania z dnia 5 stycznia br. Wykaz kadry technicznej przystępującego w zakresie „projektanta w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń" pozostał bez zmian, gdyż nowa osoba – Pan K. – został wpisany wyłącznie w części dotyczącej kierowania robotami budowlanymi, a nie w zakresie projektowania, w związku z czym konieczne było kolejne wezwanie z 7 stycznia br., którym przystępujący przedstawił Wykaz kadry technicznej uzupełniony o osobę Pana K. w części dotyczącej projektowania i dodatkowo o osobę Pana B. w tym samym zakresie.

Podniósł istotną wadę w złożonych w ramach uzupełnień z 05.01. i 07.01.2015 r. Wykazów kadry technicznej – oba oświadczenia przystępującego nie zostały złożone z datą potwierdzająca spełnienie wymagań w zakresie potencjału kadrowego na dzień upływu terminu składania ofert, ponieważ Wykaz dołączony do pisma z 05.01.2015 r. został opatrzony datą 05.01.2015 r., drugi zaś nie zawiera daty złożenia oświadczenia, która poprzedzałaby termin złożenia oferty w postępowaniu, niemniej jednak dołączone doń kopie dokumentów zostały poświadczone za zgodność z oryginałem 07.01.2015 r.

Odwołujący podniósł, że również z tego powodu należy uznać, iż przystępujący nie potwierdził spełniania warunków udziału w zakresie potencjału kadrowego i winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę bezprawność dwóch wezwań zamawiającego (pisma z 5 i 7 stycznia br.) – wywodził odwołujący – przy ocenie spełniania warunku udziału

w postępowaniu przez przystępującego nie można brać pod uwagę kadry bezprawnie uzupełnionej; oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu należy zatem dokonać biorąc pod uwagę stan utrwalony po pierwszym wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a jako że Pan M. i Pan B. nie posiadają wymaganych uprawnień, stwierdzić należy niewykazanie przez przystępującego spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do kierownika robót budowlanych posiadającego uprawnienia budowlane do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w specjalności sieci i instalacje telekomunikacyjne odwołujący podał, że na to stanowisko przystępujący wskazał Pana L. M., jednak – mając na uwadze przytoczone wyżej przepisy rozporządzenia Ministra Łączności z 1995 r. – stwierdził, iż nie posiada on uprawnień

w zakresie telekomunikacji bezprzewodowej.

Podniósł, że zakres posiadanych uprawnień należy odczytywać zgodnie z treścią decyzji o ich nadaniu i w oparciu o przepisy będące podstawą ich nadania (wskazał na wyrok WSA w Warszawie z dnia 11 października 2007 r., VII SA/Wa 1192/07), tym bardziej że przystępujący przedstawił zamawiającemu w ofercie oraz dokonywanych uzupełnieniach kopie decyzji o nadaniu uprawnień budowlanych poszczególnym osobom, dzięki czemu w oparciu o wskazane dokumenty zamawiający mógł jednoznacznie ocenić zakres posiadanych przez te osoby uprawnień budowlanych i stwierdzić ich ograniczony zakres. W ocenie odwołującego nie zmieniło tego również oświadczenie PRO-Invest sp. z o.o. dołączone do udzielonej 05.01.2015 r. odpowiedzi na wezwanie zamawiającego.

Ograniczony do telekomunikacji przewodowej charakter uprawnień potwierdza – zdaniem odwołującego –pismo zamawiającego do Krajowej Izby Odwoławczej z 07.01.2015 r., w którym zamawiający *de facto* potwierdził słuszność zarzutów odwołującego, wskazując na możliwość ewentualnego wyjaśnienia i uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp (co jest, zdaniem odwołującego, na obecnym etapie postępowania trwale niemożliwe). Uzupełnił, że ewentualne uzupełnienie Wykazu nową osobą (Pan Lech K.) byłoby możliwe wyłącznie w sytuacji niewyczerpania ścieżki wezwania do uzupełnienia w zakresie projektanta w specjalności telekomunikacyjnej i niepotwierdzenia się zarzutu co do podania nieprawdziwych informacji.

W odniesieniu do zarzutu podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania – zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, odwołujący wskazał, że oświadczenie złożone przez przystępującego w piśmie z dnia 15 grudnia 2014 r., iż każda z osób wymienionych w wykazie „Kadra techniczna" posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń jest informacją nieprawdziwą, ponieważ wykazał wyżej, które osoby spośród wymienionych w Wykazie nie posiadają uprawnień budowlanych bez ograniczeń.

Odwołujący podniósł, że zamawiający dał wiarę oświadczeniu przystępującego – skoro wybrał ofertę przystępującego – co dowodzi wpływu nieprawdziwej informacji na wynik postępowania.

Zdaniem odwołującego nie sposób uznać, iż podanie powyższej niezgodnej z prawdą informacji wynikało z nieświadomego działania tego wykonawcy i nie stanowiło o umyślnym wprowadzeniu w błąd zamawiającego, co w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów powszechnych, ma istotne znaczenie dla ustalenia wypełnienia przesłanki wykluczenia z postępowania określonej w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (orzeczenie SO we Wrocławiu X Ga 296/08 z 30.10.2008 r. SO w Kielcach VII Ga 136/09 z 10.11.2009 r.).

Za nieprawdopodobne uznałby przykładowo odwołujący wyjaśnienie, z którego wynikałoby, że wykonawca zaufał opinii podmiotu trzeciego co do zakresu uprawnień udostępnianej kadry technicznej, biorąc pod uwagę, iż regułą jest, że uprawnienia budowlane bez ograniczeń mogą posiadać osoby z wyższym wykształceniem, gdy tymczasem wśród osób objętych zarzutem odwołania jest osoba z wykształceniem średnim

technicznym – okoliczność ta zwraca uwagę każdego profesjonalnego uczestnika obrotu w branży budowlanej i prowadzi do powzięcia wątpliwości co do faktycznego zakresu uprawnień budowlanych.

Skonstatował, że spełnione zostały przesłanki wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, bez możliwości zastosowania trybu wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Na podstawie wskazanej poniżej dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego przy piśmie z dnia 2 stycznia 2015 r. (sprawa o sygn. akt KIO 2763/14) oraz z dnia 21 stycznia 2015 r. (sprawa o sygn. akt KIO 92/15) w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, stanowiska zamawiającego – pismo z dnia 23 stycznia 2015 r., *Pisma procesowego Odwołującego* z dnia 27 stycznia 2015 r., *Pisma uczestnika postępowania* (przystępującego) z dnia 27 stycznia 2015 r., a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego:

1. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ").
2. Oferty przystępującego.
3. Wezwania zamawiającego z dnia 11 grudnia 2014 r. skierowanego do przystępującego.
4. Wezwania zamawiającego z dnia 12 grudnia 2014 r. skierowanego do przystępującego.
5. Odpowiedzi przystępującego z dnia 15 grudnia 2014 r. na wezwania zamawiającego z dnia 11 i 12 grudnia 2014 r.
6. Wezwania zamawiającego z dnia 30 grudnia 2014 r. skierowanego do przystępującego.

---

7. Odpowiedzi przystępującego z dnia 5 stycznia 2015 r. na wezwania zamawiającego z dnia 30 grudnia 2014 r.
8. Wezwania zamawiającego z dnia 7 stycznia 2015 r. skierowanego do przystępującego.
9. Odpowiedzi przystępującego z dnia 7 stycznia 2015 r. na wezwania zamawiającego z dnia 7 stycznia 2015 r.

Zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego potencjału kadrowego w odniesieniu do wykazanych projektantów w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń (inż. J. M., inż. J. B.) wobec braku możliwości wezwania do uzupełnienia dokumentów z uwagi na dokonanie już wcześniej wezwania wybranego wykonawcy w tym zakresie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W Rozdziale V pkt 1 SIWZ Zamawiający zażądał, aby w skład dedykowanego przez wykonawców do uczestnictwa w wykonywaniu zamówienia zespołu kadry technicznej wchodziły osoby: do projektowania w tym osoba, która „będzie *pełnić funkcje Projektanta posiadająca uprawnienia budowlane do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń przez okres minimum 5 lat oraz doświadczenie w wykonaniu projektu branży teletechnicznej i telekomunikacyjnej dotyczącego budowy/przebudowy/modernizacji/rewaloryzacji budynku o kubaturze minimum 10 000 m3"* oraz do kierowania robotami w tym osoba, która posiada „uprawnienia *budowlane do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie o specjalności sieci i instalacje telekomunikacyjne".*

W odniesieniu do każdej z osób wchodzących w skład zespołu kadry technicznej

zamawiający, poprzez wymóg o treści „Wykonawca *musi zaprezentować min. 1 zespół kadry technicznej – który będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia i będący członkiem właściwej Izby Samorządu Zawodowego o uprawnieniach bez ograniczeń”* zażądał posiadania uprawnień bez ograniczeń.

Poprzez przywołane brzmienie postanowień SIWZ zamawiający w sposób jasny wyartykułował swoje żądania co do nieograniczonego charakteru uprawnień osób wchodzących w skład zespołu kadry technicznej (tak do projektowania, jak i do kierowania robotami), wobec czego odwoływanie się do opisu przedmiotu zamówienia jako koniecznego do uwzględnienia elementu przy interpretacji tych postanowień, jest niedopuszczalne.

Wyłącznie przed terminem składania ofert, w ustawowym terminie przewidzianym na

wniesienie odwołania wobec treści SIWZ, wykonawcy mogli kwestionować nieadekwatność (nieproporcjonalność) ujętego w SIWZ przez zamawiającego wymogu w zakresie uprawnień do objętego zamówieniem przedmiotu, co nie miało miejsca .

Przystępujący, na potwierdzenie spełniania ww. wymogu złożył, korzystając z przygotowanego przez zamawiającego do wypełnienia załącznika nr 4b, wykaz „Kadra *techniczna”,* a w nim wskazał Pana J. M. jako osobę – projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń przez okres 12 lat – nr uprawnień DT-WBT/02399/02/U (str. 61 oferty).

Pomimo braku takiego wymogu (zamawiający zmienił swoje pierwotne żądanie w SIWZ) przystępujący złożył wraz z ofertą Decyzję Nr DT-WBT/02399/02/U z dnia 18 grudnia 2002 r., którą nadano Panu J. M. – w związku z § 11 rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym – „uprawnienia *budowlane w telekomunikacji do projektowania w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych”.*

Skład orzekający Izby podkreśla, że ww. decyzja o nadaniu uprawnień Panu J. M. musi być interpretowana w oparciu o przepisy obowiązujące w dniu jej wydania, tj. 18 grudnia 2002 r. (zakres uprawnień wynika z tej konkretnej decyzji, zaś późniejsze zmiany prawa w zakresie uprawnień budowlanych pozostają bez wpływu na tenże zakres), tj. o przepisy rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym (Dz. U. z 1995 r. Nr 120 poz. 581 ze zm.) [dalej „rozporządzenie z 1995 roku”].

Wobec powyższego wskazać należy, że zgodnie z § 2 rozporządzenia z 1995 roku uprawnienia budowlane w telekomunikacji są udzielane (były udzielane) w specjalnościach instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń dla: telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, a także telekomunikacji radiowej.

Zgodnie z § 4 ust. 2 rozporządzenia z 1995 roku w ramach specjalności instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń ustanowiono specjalizacje: przewodową wraz z infrastrukturą towarzyszącą dotyczącą urządzeń liniowych i stacyjnych oraz radiową dotyczącą obiektów nadawczych radiofonii i telewizji naziemnej oraz nadawczych i odbiorczych obiektów radiokumunikacyjnych.

Natomiast zgodnie z § 4 ust. 1a rozporządzenia z 1995 roku uprawnienia

w telekomunikacji są wydawane bez ograniczeń lub w ograniczonym zakresie w specjalizacjach.

Powyższe oznacza zatem, że uprawnienia w pełnym albo ograniczonym zakresie dotyczą: specjalizacji przewodowej (wraz z infrastrukturą towarzyszącą dotyczącą urządzeń liniowych i stacyjnych) oraz specjalizacji radiowej (dotyczącą obiektów nadawczych radiofonii i telewizji naziemnej oraz nadawczych i odbiorczych obiektów radiokumunikacyjnych), a nadto, że ustanowiono dwie specjalności: instalacyjną w zakresie sieci, linii, instalacji

i urządzeń dla telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz specjalność w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń dla telekomunikacji radiowej.

Oceniając spełnianie przez przystępującego postawionego przez zamawiającego wymogu posiadania przez jedną z osób – projektantów uprawnień „w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń" przez pryzmat obowiązującego w dacie nadania uprawnień Panu J. M. rozporządzenia z 1995 roku wskazać należy, że osobie tej nie nadano uprawnień bez ograniczeń.

Podnieść bowiem należy, że w odniesieniu do wszystkich zakresów w ramach specjalności instalacyjnych rozporządzeniem z 1995 roku ustanowiono dwie specjalizacje: przewodową (wraz z infrastrukturą towarzyszącą dotyczącą urządzeń liniowych i stacyjnych) oraz radiową (dotyczącą obiektów nadawczych radiofonii i telewizji naziemnej oraz nadawczych i odbiorczych obiektów radiokumunikacyjnych), w odniesieniu do których wydawane były uprawnienia budowlane w telekomunikacji bez ograniczeń lub w graniczonym zakresie.

Ponieważ uprawnienia Pana J. M. dotyczą jedynie specjalizacji przewodowej, a zatem nie dotyczą w ogóle specjalizacji radiowej, to uznać należy, że osoba ta nie spełnia postawionego przez zamawiającego wymogu co do uprawnień telekomunikacyjnych bez ograniczeń.

Również zgodnie z obecnie obowiązującym rozporządzeniem (obowiązującym także w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), tj. rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2014 r. poz. 1278.) [dalej „rozporządzenie z 2014 roku"]: „Uprawnienia *budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych 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"* (§ 14 ust. 1).

W konsekwencji skład orzekający Izby uznał, że koniecznym było wezwanie przystępującego do uzupełnienia dokumentów przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wezwanie zamawiającego z dnia 11 grudnia 2014 r., jeśli chodzi o warunek dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym, dotyczyło osoby do kierowania robotami posiadającej uprawnienia do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie o specjalności sieci, instalacje i urządzenia elektryczne i elektroenergetyczne. Oznacza to jednocześnie, że wezwanie to w ogóle nie dotyczyło do do sprawowania osoby projektowania posiadającej uprawnienia budowlane samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń.

Wezwanie to zawierało także następującą treść: „Ponadto *Zamawiający – KWP w Gdańsku w przypadku braku doświadczenia i pełnych uprawnień oraz doświadczenia w realizacji zamówienia zgodnych z SIWZ wzywa do uzupełnienia j.n.: - kadra techniczna w zakresie projektowania i wykonawstwa (zał. Nr 4b do SIWZ) – doświadczenie wraz z dokumentami i dowodami (zał. Nr 4a do SIWZ)".*

Wezwanie z dnia 11 grudnia 2014 r. w zacytowanym powyżej brzmieniu nie może zostać uznane za precyzyjne, ponieważ zobowiązany do tego zamawiający nie wskazał, jakich braków doszukał się w złożonych przez przystępującego dokumentach, a jedynie w sposób niedopuszczalny przerzucił na przystępującego obowiązek weryfikacji dokumentów i ich uzupełniania w świetle tak dokonanej weryfikacji. Bezwzględnie to zamawiający, w żadnym razie wykonawca, ma obowiązek wskazać dostrzeżone – w ramach swojego obowiązku badania i oceny ofert – braki i winien to zrobić na tyle precyzyjnie, aby wykonawca był w stanie sprostać oczekiwaniom zamawiającego i ustrzec się eliminacji z postępowania, a tym samym niedopuszczenia jego oferty do oceny, co przekreślałoby cel złożenia oferty, tj. uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Dodatkowo dostrzeżenia wymaga, że pismo zamawiającego z dnia 12 grudnia 2014 r., będące swego wezwania z dnia rodzaju uzupełnieniem 11 grudnia 2014 r. (pismo to zamawiający skierował przed upływem wyznaczonego terminu na uzupełnienia, tj. przed 15 grudnia 2014 r.) dotyczyło wprawdzie wprost Pana J. M., ale nie precyzowało, poprzez zadane pytanie, jakie braki dostrzegł zamawiający (było nadto wezwaniem do złożenia wyjaśnień, a nie dokumentów), ponieważ zamawiający przytoczył pełne brzmienie wymogu, nie precyzując jednak, czy chodzi o zbyt krótki czas posiadania

uprawnień (poniżej 5 lat), niewystarczające doświadczenia tej osoby (projekt branży teletechnicznej i telekomunikacyjnej, projekt budynku o minimalnej kubaturze 10 000 m 3), czy brak co do samych uprawnień.

Wezwanie to zawierało także następującą treść: „Ponadto *Zamawiający – KWP w Gdańsku w przypadku braku doświadczenia i pełnych uprawnień oraz doświadczenia w realizacji zamówienia zgodnych z SIWZ wzywa do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych (…) j.n.: - kadra techniczna w zakresie projektowania i wykonawstwa (zał. Nr 4b do SIWZ).*

Wezwanie z dnia 12 grudnia 2014 r. w zacytowanym powyżej brzmieniu nie może zostać uznane za precyzyjne z tożsamych przyczyn, jak wskazane powyżej w odniesieniu do wezwania z dnia 11 grudnia 2014 r.

Element nowy wezwania z dnia 12 grudnia 2014 r. w stosunku do wezwania z dnia 11 grudnia 2014 r. to wskazanie przez zamawiającego podstawy prawnej wezwania, co w żaden sposób nie dezaktualizuje podniesionej już wcześniej argumentacji (podstawą prawną wezwania przystępującego do uzupełnienia w odniesieniu do osoby do kierowania robotami może być jedynie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp).

Jednak pomimo tak nieprecyzyjnego wezwania przystępujący, w ramach odpowiedzi na wezwanie z dnia 11-12 grudnia 2014 r., pismem z dnia 15 grudnia 2014 r., uzupełnił załącznik nr 4b – wykaz kadry technicznej, wskazując dodatkowo, obok J. M., nową osobę do projektowania, tj. Pana J. B. z 17-letnim doświadczeniem (dłuższym niż doświadczeniem Pana J. M. o 5 lat).

Załączył także decyzję z dnia 13 lutego 1997 r., nadającą tej osobie uprawnienia budowlane w telekomunikacji do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą bez ograniczeń.

W odniesieniu do powyższej decyzji ponownie wskazać należy, że podobnie jak w przypadku uprawnień Pana J. M., uprawnienia Pana J. B. dotyczą jedynie specjalizacji przewodowej, a zatem nie dotyczą w ogóle specjalizacji radiowej, wobec czego uznać należy, że osoba ta nie spełnia postawionego przez zamawiającego wymogu co do uprawnień bez ograniczeń.

W ocenie składu orzekającego Izby przystępujący, stojąc na stanowisku, że Pan J. M. spełnia postawiony przez zamawiającego wymóg lub mając wątpliwości co do treści wezwania i oczekiwań zamawiającego zeń wynikających, nie powinien wykazu zmieniać, a co najwyżej – ze względu na wątpliwości w identyfikacji oczekiwań zamawiającego –w celu ochrony swojego interesu w uzyskaniu zamówienia złożyć odwołanie wobec czynności

wezwania do uzupełnienia dokumentów), poprzez ujęcie w wykazie nowej osoby, a czyniąc to skorzystał z „dobrodziejstwa” uzupełnienia dokumentów po upływie terminu składania ofert i skoncentrował czynności zamawiającego na poddaniu ocenie osoby Pana J. B. . Akceptacja takiego działania przystępującego godziłaby w zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji.

W ocenie składu orzekającego Izby czynności zamawiającego z dnia 11 i 12 grudnia 2014 r., polegające na wzywaniu przystępującego do uzupełnienia dokumentów nie były precyzyjne, to jednak fakt, że przystępujący – profesjonalny wykonawca – ich nie zakwestionował, a jedynie uzupełnił wykaz, skłonił skład orzekający

Izby do uznania, że przystępujący, który mógł skorzystać z przysługującej mu ochrony (środek ochrony prawnej w postaci odwołania) wziął na siebie ryzyko niewłaściwego odczytania dostrzeżonego przez zamawiającego braku co do zakresu niezbędnych uzupełnień.

W ocenie składu orzekającego Izby w tej sytuacji – uzupełnienia wykazu – zamawiający mógł przyjąć, że w istocie przystępujący w miejsce Pana J. M. ocenie zamawiającego poddał Pana J. B., tym bardziej w świetle oświadczenia w części wstępnej pisma z dnia 15 grudnia 2014 r., zgodnie z którym: „Dodatkowo dołączamy zamiennie (…) za Pana J. M. dokumenty Pana J. B. – Załącznik 4b".

Powyższe prowadzi do uznania, że przystępujący na wezwanie zamawiającego dokonał w dniu 15 grudnia 2014 r. uzupełnienia dokumentu w celu potwierdzenia spełniania przez przystępującego warunku w zakresie dysponowania osobą zdolną do wykonania zamówienia – osoby do projektowania (wykaz), przy czym poprzez dokumenty te nie wykazał spełniania wymogu, ponieważ – o czym była mowa powyżej – uprawnienia Pana J. B. dotyczą jedynie specjalizacji przewodowej, a zatem nie dotyczą w ogóle oczekiwanej przez zamawiającego specjalizacji radiowej.

Przyjmując jednak nawet, że wezwanie z dnia 11-12 grudnia 2014 r. nie było skuteczne ze względu na brak precyzji co do oczekiwań zamawiającego, a w konsekwencji, że uzupełnienie wykazu co do osoby Pana J. B. nie nastąpiło, uznać by należało, że wezwanie zamawiającego z dnia 30 grudnia 2014 r. do złożenia wyjaśnień („Czy *Pan J. B. w ramach swoich uprawnień budowlanych do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie o specjalności telekomunikacyjnej, posiada uprawnienia w zakresie urządzeń liniowych i stacyjnych")* było bezprzedmiotowe, tak też wyjaśnienia przystępującego z dnia 5 stycznia 2015 r., a w dalszej kolejności uzupełnienia dokonane przez przystępującego przy piśmie z dnia 7 stycznia 2015 r. (na wezwanie zamawiającego z dnia 7 stycznia 2015 r.), a polegające na wykreśleniu z wykazu Pana J. B. i wpisanie w jego miejsce Pana L. K. oraz

---

Pana L. B. .

Uznanie nieskuteczności wszystkich wezwań w odniesieniu do osoby do projektowania prowadzić musiałoby także do wniosku, że dotychczas zamawiający nie skierował do przystępującego prawidłowego wezwania w zakresie osoby do projektowania i winien to dopiero uczynić.

Skierowanie takiego wezwania nie byłoby już jednak możliwe wobec konieczności odrzucenia oferty przystępującego (o czym poniżej – zarzut kolejny), ponieważ przystępujący nie wykazał spełniania na dzień składania ofert, tj. 10 grudnia 2014 r. dysponowania osobą do kierowania robotami, co oznacza, że wykonawca ten podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu. Przesądza to o niedopuszczalności wezwania w zakresie osoby do projektowania („zamawiający wzywa (…), chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu") na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego potencjału kadrowego w zakresie wykonawstwa w odniesieniu do osoby wykazanej na stanowisko kierownika robót do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie o specjalności sieci i instalacje telekomunikacyjne bez ograniczeń (Pan L. M.) potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W Rozdziale V pkt 1 SIWZ Zamawiający zażądał, aby w skład dedykowanego przez wykonawców do uczestnictwa w wykonywaniu zamówienia zespołu kadry technicznej wchodziły osoby: do projektowania w tym osoba, która „będzie *pełnić funkcje Projektanta posiadająca uprawnienia budowlane do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń przez okres minimum 5 lat oraz doświadczenie w wykonaniu projektu branży teletechnicznej i telekomunikacyjnej dotyczącego budowy/przebudowy/modernizacji/rewaloryzacji budynku o kubaturze minimum 10 000 m3"* oraz do kierowania robotami w tym osoba, która posiada „uprawnienia *budowlane do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie o specjalności*

sieci i instalacje telekomunikacyjne".

W odniesieniu do każdej z osób wchodzących w skład zespołu kadry technicznej zamawiający, poprzez wymóg o treści „Wykonawca *musi zaprezentować min. 1 zespół kadry technicznej – który będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia i będący członkiem właściwej Izby Samorządu Zawodowego o uprawnieniach bez ograniczeń"* zażądał posiadania uprawnień bez ograniczeń.

Skład orzekający Izby ponownie wskazuje, że poprzez przywołane brzmienie postanowień SIWZ zamawiający w sposób jasny wyartykułował swoje żądania co do nieograniczonego charakteru uprawnień osób wchodzących w skład zespołu kadry technicznej (tak do projektowania, jak i do kierowania robotami), wobec czego odwoływanie się do opisu przedmiotu zamówienia jako koniecznego do uwzględnienia elementu przy interpretacji tych postanowień jest, niedopuszczalne.

Wyłącznie przed terminem składania ofert, w ustawowym terminie przewidzianym na wniesienie odwołania wobec treści SIWZ, wykonawcy mogli kwestionować nieadekwatność (nieproporcjonalność) ujętego w SIWZ przez zamawiającego wymogu w zakresie uprawnień do objętego zamówieniem przedmiotu, co nie miało miejsca.

Przystępujący, na potwierdzenie spełniania ww. wymogu złożył, korzystając z przygotowanego przez zamawiającego do wypełnienia załącznika nr 4b, wykaz „Kadra *techniczna",* a w nim wskazał Pana L. M. jako osobę z uprawnieniami budowlanymi „do *sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie o specjalności sieci i instalacje telekomunikacyjne"* – nr uprawnień 1893/00/u (str. 61 oferty).

Pomimo braku takiego wymogu (zamawiający zmienił swoje pierwotne żądanie w SIWZ) przystępujący złożył wraz z ofertą Decyzję Nr 1893/00/U z dnia 3 marca 2000 r., którą nadano Panu L. M. – w związku z § 11 rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym – „uprawnienia *budowlane w telekomunikacji do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji urządzeń liniowych oraz stacyjnych bez ograniczeń".*

Skład orzekający Izby podkreśla, że ww. decyzja o nadaniu uprawnień Panu L. M. musi być interpretowana w oparciu o przepisy obowiązujące w dniu jej wydania, tj. 3 marca 2000 r. (zakres uprawnień wynika z tej konkretnej decyzji, zaś późniejsze zmiany prawa w zakresie uprawnień budowlanych pozostają bez wpływu na tenże zakres), tj. o przepisy rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym (Dz. U. z 1995 r. Nr 120 poz. 581 ze zm.) [dale nadal j „rozporządzenie z 1995 roku"]

Wobec powyższego wskazać należy, że zgodnie z § 2 rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym (Dz. U. z 1995 r. Nr 120 poz. 581 ze zm.) [dalej „rozporządzenie z 1995 roku"] uprawnienia budowlane w telekomunikacji są udzielane (były

---

udzielane) w specjalnościach instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń dla: telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, a także telekomunikacji radiowej.

Zgodnie z § 4 ust. 2 rozporządzenia z 1995 roku w ramach specjalności instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń ustanowiono specjalizacje: przewodową wraz z infrastrukturą towarzyszącą dotyczącą urządzeń liniowych i stacyjnych oraz radiową dotyczącą obiektów nadawczych radiofonii i telewizji naziemnej oraz nadawczych i odbiorczych obiektów radiokumunikacyjnych.

Natomiast zgodnie z § 4 ust. 1a tegoż rozporządzenia uprawnienia w telekomunikacji są wydawane bez ograniczeń lub w ograniczonym zakresie w specjalizacjach.

Powyższe oznacza zatem, że uprawnienia w pełnym albo ograniczonym zakresie

dotyczą: specjalizacji przewodowej (wraz z infrastrukturą towarzyszącą dotyczącą urządzeń liniowych i stacyjnych) oraz specjalizacji radiowej (dotyczącą obiektów nadawczych radiofonii i telewizji naziemnej oraz nadawczych i odbiorczych obiektów radiokumunikacyjnych), a nadto, że ustanowiono dwie specjalności: instalacyjną w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń dla telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz specjalność w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń dla telekomunikacji radiowej.

Oceniając spełnianie przez przystępującego postawionego przez zamawiającego wymogu posiadania przez jedną z osób do kierowania robotami uprawnień „o specjalności sieci i instalacje telekomunikacyjne" przez pryzmat obowiązującego w dacie nadania uprawnień Panu L. M. rozporządzenia z 1995 roku wskazać należy, że osobie tej nie nadano uprawnień bez ograniczeń.

Podnieść bowiem należy, że w odniesieniu do wszystkich zakresów w ramach specjalności instalacyjnych rozporządzeniem z 1995 roku ustanowiono dwie specjalizacje: przewodową (wraz z infrastrukturą towarzyszącą dotyczącą urządzeń liniowych i stacyjnych) oraz radiową (dotyczącą obiektów nadawczych radiofonii i telewizji naziemnej oraz nadawczych i odbiorczych obiektów radiokumunikacyjnych), w odniesieniu do których wydawane były uprawnienia budowlane w telekomunikacji bez ograniczeń lub w graniczonym zakresie.

Ponieważ uprawnienia Pana L. M. dotyczą jedynie specjalizacji przewodowej, a zatem nie dotyczą w ogóle specjalizacji radiowej, to uznać należy, że osoba ta nie spełnia postawionego przez zamawiającego wymogu co do uprawnień bez ograniczeń.

Zgodnie z obecnie obowiązującym rozporządzeniem (obowiązującym także w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), tj. rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r.

---

w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2014 r. poz. 1278.) [dalej „rozporządzenie z 2014 roku"]: „Uprawnienia *budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych 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"* (§ 14 ust. 1).

Zarówno rozporządzenie z 1995 roku, jak i rozporządzenie z 2014 roku przewiduje w ramach specjalności instalacyjnej zakres: „sieci".

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający zażądał, obok uprawnień o specjalności instalacje telekomunikacyjne, uprawnień o specjalności sieci (uprawnień w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci).

Ponieważ uprawnienia Pana L. M. nie dotyczą w ogóle zakresu „sieci", to uznać należy, że osoba ta nie spełnia postawionego przez zamawiającego wymogu.

W konsekwencji skład orzekający Izby uznał, że koniecznym było wezwanie przystępującego do uzupełnienia dokumentów przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wezwanie zamawiającego z dnia 11 grudnia 2014 r., jeśli chodzi o warunek dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym, dotyczyło osoby do kierowania robotami posiadającej uprawnienia do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie o specjalności sieci, instalacje i urządzenia elektryczne i elektroenergetyczne. Oznacza to jednocześnie, że wezwanie to w ogóle nie dotyczyło osoby do kierowania robotami posiadającej uprawnienia do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie o specjalności sieci i instalacje telekomunikacyjne.

Wezwanie to zawierało także następującą treść: „Ponadto *Zamawiający – KWP w Gdańsku w przypadku braku doświadczenia i pełnych uprawnień oraz doświadczenia w realizacji zamówienia zgodnych z SIWZ wzywa do uzupełnienia j.n.: - kadra techniczna w zakresie projektowania i wykonawstwa (zał. Nr 4b do SIWZ) – doświadczenie wraz z dokumentami i dowodami (zał. Nr 4a do SIWZ)".*

Wezwanie z dnia 11 grudnia 2014 r. w zacytowanym brzmieniu nie może zostać uznane za precyzyjne, ponieważ zobowiązany do tego zamawiający nie wskazał, jakich braków doszukał się w złożonych przez przystępującego dokumentach, a jedynie w sposób niedopuszczalny przerzucił na przystępującego obowiązek weryfikacji dokumentów i ich uzupełniania w świetle tak dokonanej weryfikacji. Bezwzględnie to zamawiający, w żadnym

razie wykonawca, ma obowiązek wskazać dostrzeżone – w ramach swojego obowiązku badania i oceny ofert – braki i winien to zrobić na tyle precyzyjnie, aby wykonawca był w stanie sprostać oczekiwaniom zamawiającego i ustrzec się eliminacji z postępowania, a tym samym niedopuszczenia jego oferty do oceny, co przekreślałoby cel złożenia oferty, tj. uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Dodatkowo dostrzeżenia wymaga, że pismo zamawiającego z dnia 12 grudnia 2014 r., będące swego wezwania z dnia rodzaju uzupełnieniem 11 grudnia 2014 r. (pismo to zamawiający skierował przed upływem wyznaczonego terminu na uzupełnienia, tj. przed 15 grudnia 2014 r.) dotyczyło osoby do projektowania (było nadto wezwaniem do złożenia wyjaśnień, a nie dokumentów), nie zaś do kierowania robotami.

Wezwanie to zawierało także następującą treść: „Ponadto *Zamawiający – KWP w Gdańsku w przypadku braku doświadczenia i pełnych uprawnień oraz doświadczenia w realizacji zamówienia zgodnych z SIWZ wzywa do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych (…) j.n.: - kadra techniczna w zakresie projektowania i wykonawstwa (zał. Nr 4b do SIWZ).*

Wezwanie z dnia 12 grudnia 2014 r. w zacytowanym powyżej brzmieniu nie może zostać uznane za precyzyjne z tożsamych przyczyn, jak wskazane powyżej w odniesieniu do wezwania z dnia 11 grudnia 2014 r.

Element nowy wezwania z dnia 12 grudnia 2014 r. w stosunku do wezwania z 11 grudnia 2014 r. to wskazanie przez zamawiającego podstawy prawnej wezwania, co w żaden sposób nie dezaktualizuje podniesionej już wcześniej argumentacji (podstawą prawną wezwania przystępującego do uzupełnienia w odniesieniu do osoby do kierowania robotami może być jedynie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp).

Dopiero wezwanie, jakie skierował zamawiający do przystępującego pismem z dnia 30 grudnia 2014 r. było wezwaniem precyzyjnym, ponieważ z treści pytania o treści „Czy *Pan L. M. posiada uprawnienia budowlane do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie o specjalności sieci i instalacje telekomunikacyjne bez ograniczeń ?”* wynika dostrzeżony przez zamawiającego brak, tj. że dotyczy osoby Pana L. M. przewidzianego przez przystępującego do kierowania robotami oraz, że zamawiający kwestionuje – domagając się złożenia wyjaśnień/ewentualnych uzupełnień – posiadania przez tą osobą uprawnień budowlanych do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie o specjalności sieci i instalacje telekomunikacyjne bez ograniczeń.

W ramach odpowiedzi na wezwanie z dnia 30 grudnia 2014 r. przystępujący, pismem z dnia 5 stycznia 2015 r., uzupełnił załącznik nr 4b – wykaz kadry technicznej, wskazując

dodatkowo, obok L. M., nową osobę do kierowania robotami, Pana L. K. posiadającego uprawnienia budowlane do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie o specjalności sieci i instalacje telekomunikacyjne bez ograniczeń. Załączył także decyzję z dnia 21 grudnia 2006 r., nadającą tej osobie uprawnienia budowlane do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej.

Odwołujący nie kwestionował posiadania przez Pana L. K. uprawnień zgodnych z wymogiem zamawiającego, ale utrzymywał, że uzupełnienie dokumentu – ujęcie w wykazie kadry technicznej Pana L. K. było – wobec wyczerpania ścieżki wezwania ze względu na jednokrotny charakter wezwania – niedopuszczalne.

O ile skład orzekający Izby podziela stanowisko odwołującego co do jednokrotnego charakteru wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, o tyle nie może podzielić zapatrywania odwołującego, że w przedmiotowym

postępowaniu zamawiający więcej niż jeden raz wzywał przystępującego do uzupełnienia dokumentu w zakresie osoby do kierowania robotami posiadającej uprawnienia budowlane do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie o specjalności sieci i instalacje telekomunikacyjne, a tym samym wyczerpał ścieżkę wezwania, ponieważ – o czym była mowa powyżej – w odniesieniu do takiej osoby precyzyjne, a zatem dające przystępującemu szansę na odpowiadające oczekiwaniom zamawiającego uzupełnienie – wezwanie zostało skierowane raz – w dniu 30 grudnia 2014 r.

Jednak skład orzekający Izby uznał, że przystępujący nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego, bo choć uprawnienia Pana L. K. nie były przez odwołującego kwestionowane, to zakwestionowany został termin wykazania tego potencjału w przypadku osoby do kierowania robotami posiadającej uprawnienia budowlane do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie o specjalności sieci i instalacje telekomunikacyjne.

Przypomnienia wymaga, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dopuszczając uzupełnianie dokumentów, wymaga jednocześnie, aby dokumenty składane na wezwanie zamawiającego, które potwierdzać mają spełnianie warunków udziału w postępowaniu, potwierdzały to spełnianie nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Tymczasem złożony przez przystępującego przy piśmie z dnia 5 stycznia 2015 r. wykaz kadry technicznej został opatrzony taką właśnie datą (podpisy Prezesa i Wiceprezesa Zarządu opatrzono datą 05.01.2015), bez jakiegokolwiek odniesienia co do dysponowania przez przystępującego osobą Pana L. K. na dzień składania ofert, tj.10 grudnia 2014 r., co prowadzić musi do wniosku, że przystępujący nie wykazał na dzień składania ofert (a dopiero na dzień 5 stycznia 2015 r.), że dysponował osobą Pana L. K. (fakt posiadania uprawnień w dacie składania ofert nie ma żadnego znaczenia wobec braku

---

wykazania możliwości dysponowania taką osoba na dzień składania ofert).

Pan L. K. nie został także udostępniony jako osoba pozostająca w dyspozycji podmiotów trzecich udostępniających przystępującego swoje zasoby osobowe, których zobowiązania zostały złożone wraz z ofertą (przed upływem terminu składania ofert) – zobowiązania dotyczyły Panów: T. L., A. G., Ł. Ż., J. J., J. M. (zobowiązanie Pro-Invest Sp. z o.o.), P. H. (zobowiązanie Zakładu Instalacyjno-Budowlanego J. G.), L. M., S. L. (zobowiązanie Przedsiębiorstwa Energetyczno-Budowlano-Handlowego K. S.-R.).

Zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp ze względu na podanie nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania (informacje o uprawnieniach Pana J. M., Pana J. B. oraz Pana L. M.) nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby uznał, że potwierdziły się dwa zarzuty odwołania, tj. zarzut, iż przystępujący nie wykazał spełniania warunku dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – nie wykazał, że dysponuje osobą do projektowania, posiadającą uprawnienia budowlane do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń, jak też osobą do kierowania robotami, posiadającą uprawnienia budowlane do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie o specjalności sieci i instalacje telekomunikacyjne (bez ograniczeń).

Jednak nie przesądza to automatycznie o tym, że przystępujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, ponieważ niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu stanowi (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp) odrębną od złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) przesłankę wykluczenia wykonawcy.

Skład orzekający Izby w pełni podziela wyrażany wielokrotnie prze Izbę pogląd, zgodnie z którym interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinna być dokonana przez pryzmat art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, z którego wynika, że z udziału w postępowaniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na

mocy dyrektywy – regulacja zawarta w art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy stanowi wskazówkę interpretacyjną art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i kładzie ona nacisk na element świadomego wprowadzenia w błąd zamawiającego przez podanie nieprawdziwych informacji. Aby stwierdzić zaistnienie przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp koniecznym jest zatem

ustalenie, czy podanie, nawet niezgodnych z rzeczywistością informacji, było świadomym i celowym działaniem wykonawcy, czy też wynikało z jego mylnego przekonania co do faktów.

W tym miejscu przypomnienia także wymaga, że zaistnienie przesłanki wykluczenia z postępowania powinno być udowodnione w sposób nie budzący żadnych wątpliwości – w przeciwnym razie zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji nie zostałaby zachowana.

Ciężar dowodu co do złożenia przez przystępującego w sposób świadomy i celowy nieprawdziwych informacji i ich wpływu na wynik postępowania spoczywał na odwołującym, który wykluczenia przystępującego się domagał.

Dostrzec należy, że w przedmiotowym postępowaniu przystępujący, pomimo braku takiego obowiązku, poza dokumentem – wykaz kadry technicznej – złożył wraz z ofertą dokumenty źródłowe w postaci decyzji nadających uprawnienia Panom: J. M. oraz L. M., zaś zmieniając dokument – wykaz kadry technicznej (na wezwanie zamawiającego), poprzez ujęcie Pana J. B., załączył także decyzję nadającą uprawnienia tejże osobie.

Odwołujący w odwołaniu, odnosząc się do posiadania przez Panów: J. M. i J. B. oczekiwanych przez zamawiającego uprawnień podnosił: „Tymczasem dokumenty złożone wraz z ofertą, jak też ww. uzupełnieniem, wprost
ww. okoliczności przeczyły. Zarówno zatem Przembud, jak i Zamawiający dysponowali informacjami pozwalającymi na ocenę prawdziwego stanu faktycznego, co pozwala uznać, że Przembud świadomie wprowadzał Zamawiającego w błąd zatajając istotną okoliczność ograniczonych uprawnień przez telekomunikatorów” (str. 10).

W dalszej części odwołania (str. 14) odwołujący argumentował: „(…) Przembud przedstawił Zamawiającemu w ofercie oraz dokonywanych uzupełnieniach kopie decyzji o nadaniu uprawnień budowlanych poszczególnym osobom, dzięki czemu w oparciu o wskazane dokumenty Zamawiający mógł jednoznacznie ocenić zakres posiadanych przez te osoby uprawnień budowlanych i stwierdzić ich ograniczony zakres”.

Skład orzekający Izby nie podziela stanowiska odwołującego co do tego, iż przystępujący „świadomie wprowadzał Zamawiającego w błąd zatajając istotną okoliczność ograniczonych uprawnień przez telekomunikatorów”, ponieważ to przystępujący, jak podkreślono powyżej – pomimo braku takiego obowiązku – złożył decyzje nadające uprawnienia ww. osobom. Nie można wobec tego zarzucać przystępującego zatajenia jakichkolwiek okoliczności skoro decyzje te zawierały wszystkie istotne dla oceny uprawnień

ww. osób informacje, co zresztą potwierdził w zacytowanym fragmencie odwołania odwołujący („Zamawiający mógł jednoznacznie ocenić zakres posiadanych przez te osoby uprawnień budowlanych”).

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że fakt dysponowania przez zamawiającego, w odniesieniu do każdej z ww. osób, dokumentami źródłowymi w postaci decyzji oznacza, że zamawiający – na którym spoczywa obowiązek badania i oceny ofert – dysponował informacjami źródłowymi nt. uprawnień tych osób, co w pełni pozwalało na skonfrontowanie pochodzących od przystępującego informacji (wykaz) – będących w istocie oceną przystępującego co do posiadania przez wskazane przez przystępującego osoby uprawnień bez ograniczeń w świetle postanowień SIWZ – z informacjami zawartymi w decyzjach, a co przede wszystkim pozwala uznać, że to nie informacje pochodzące od przystępującego (wykaz), składane w celu potwierdzenia spełniania przez przystępującego

warunku dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (wykaz) miały wpływu na wynik postępowania (raz jeszcze warte przywołania jest stanowisko odwołującego: „Zamawiający mógł jednoznacznie ocenić zakres posiadanych przez te osoby uprawnień budowlanych"), ale ich błędna ocena dokonana przez zamawiającego miała wpływ na wynik postępowania. Zamawiający mógł i winien potrafić informacje zawarte w złożonych przez przystępującego decyzjach prawidłowo ocenić.

Skład orzekający Izby dodatkowo wskazuje, że ocena przez przystępującego spełniania przez Pana J. B. wymogu zamawiającego w zakresie uprawnień została poczyniona w kontekście – na co wskazywał przystępujący w swoim piśmie z dnia 5 stycznia 2015 r. – dokonanego przez Pana J. B. u tego zamawiającego sprawdzenia projektu architektoniczno-budowlanego pod względem zgodności z przepisami, co jest możliwe – jak podkreślał przystępujący – jedynie przez osobę posiadająca uprawnienia do projektowania bez ograniczeń w odpowiedniej specjalności. Usprawiedliwia to ocenę przystępującego co do posiadanych przez Pana J. B. uprawnień (a także ze względu na podobieństwa ocenę uprawnień pozostałych osób).

Ponieważ wykonawca przedkładał zamawiającemu decyzje nadające uprawnienia poszczególnym osobom to nie sposób uznać, że celem przystępującego było wprowadzenie zamawiającego w błąd.

Odwołujący nie wykazał zatem, prezentując stanowisko i argumentację jak wyżej, że zamawiający winien wykluczyć przystępującego z udziału w postepowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zarzut wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego, którego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Oferta wykonawcy, który został wykluczony nie może zostać poddana ocenie z zastosowaniem przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, ponieważ oferta takiego wykonawcy podlega odrzuceniu (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp).

Ponieważ potwierdziły się dwa zarzuty odwołania, tj. iż przystępujący nie wykazał spełniania warunku dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – nie wykazał, że dysponuje osobą do projektowania, posiadającą uprawnienia budowlane do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń, jak też osobą do kierowania robotami, posiadającą uprawnienia budowlane do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie o specjalności sieci i instalacje telekomunikacyjne (bez ograniczeń), to wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp (nie zaś art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który znajduje zastosowanie w tzw. postępowaniach dwuetapowych), a jego oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, co przesądza o niedopuszczalności wyboru oferty takiego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Ze względu na potwierdzenie się dwóch zarzutów odwołania skład orzekający Izby uwzględnił odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: ……