

WYROK
z dnia 13 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 sierpnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: China National Technical Import & Export Corporation z siedzibą w Pekinie (Chiny), China Railway 15 Bureau Group Corporation z siedzibą w Szanghaju (Chiny), Beijing National Railway Research & Design Institute Of Signal & Communication Group Co., Ltd. z siedzibą w Pekinie (Chiny) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: China National Technical Import & Export Corporation z siedzibą w Pekinie (Chiny), China Railway 15 Bureau Group Corporation z siedzibą w Szanghaju (Chiny), Beijing National Railway Research & Design Institute Of Signal & Communication Group Co., Ltd. z siedzibą w Pekinie (Chiny) z postępowania o udzielenie zamówienia na roboty budowlane w ramach projektu „Prace na linii kolejowej Warszawa Włochy – Grodzisk Mazowiecki (linia nr 447), a także powtórzenie czynności oceny wniosku ww. wykonawców;

2. kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: China National Technical Import & Export Corporation z siedzibą w Pekinie (Chiny), China Railway 15 Bureau

1

Group Corporation z siedzibą w Szanghaju (Chiny), Beijing National Railway Research & Design Institute Of Signal & Communication Group Co., Ltd. z siedzibą w Pekinie (Chiny) tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: China National Technical Import & Export Corporation z siedzibą w Pekinie (Chiny), China Railway 15 Bureau Group Corporation z siedzibą w Szanghaju (Chiny), Beijing National Railway Research & Design Institute Of Signal & Communication Group Co., Ltd. z siedzibą w Pekinie (Chiny) kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 dla Warszawy-Pragi w Warszawie.

.....

2

UZASADNIENIE

Zamawiający, PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane w ramach projektu „Prace na linii kolejowej Warszawa Włochy – Grodzisk Mazowiecki (linia nr 447).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. Urz. UE nr 2015/S 216-393363 z dnia 7 listopada 2015.

W dniu 16.08.2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 25 sierpnia 2016 wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: China National Technical Import & Export Corporation z siedzibą w Pekinie (Chiny), China Railway 15 Bureau Group Corporation z siedzibą w Szanghaju (Chiny), Beijing National Railway Research & Design Institute Of Signal & Communication Group Co., Ltd. z siedzibą w Pekinie (Chiny) – zwani dalej „Konsorcjum” – wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem wykluczenia Konsorcjum z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. poprzez błędne uznanie, że Konsorcjum nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt III.2.3).IV.I *Uwaga* ogłoszenia o Zamówieniu, zgodnie z którym Zamawiający wymagał, by Kierownik robót torowych lub Kierownik robót konstrukcyjno-budowlanych lub Kierownik robót mostowych posiadał kwalifikacje do wykonywania robót budowlanych przy zabytkach nieruchomości, wpisanych do rejestru zabytków zgodnie z Ustawą z 5.8.2015 o zmianie ustaw regulujących warunki dostępu do

3

wykonywania niektórych zawodów (Dz. U. z 2015 r. nr 0, poz. 1505), oraz wykazać, iż posiada co najmniej 18 miesięcy doświadczenia zawodowego na budowie przy zabytkach nieruchomości wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury, co w konsekwencji doprowadziło do wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu, podczas gdy Konsorcjum w dniu 27 lipca 2016 r. - w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 lipca 2016 r. - przedłożyło wykazy osób, z których wynika, że dysponuje ono dwoma osobami posiadającymi doświadczenie w zakresie pracy na budowie przy zabytkach nieruchomości wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury, tj. p. R. W. (którego doświadczenie zostało wskazane w latach) oraz p. A. S. (doświadczenie wskazane w latach i miesiącach, dłuższe niż 18 miesięcy), a zatem warunek określony w pkt III.2.3).IV.I *Uwaga* ogłoszenia o Zamówieniu był przez Konsorcjum spełniony;

2. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. w związku z art. 26 ust. 4 p.z.p. poprzez błędne uznanie, że Konsorcjum nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt III.2.3).IV.I *Uwaga* ogłoszenia o Zamówieniu pomimo tego, że Zamawiający - mając wątpliwości, czy wskazana w uzupełnieniu do wykazu osób (dysponowanie pośrednie) złożonym przez Konsorcjum w dniu 27 lipca 2016 r. nowa osoba Kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych (p. R. W.) posiada wymagane doświadczenie - powinien był wezwać Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie, czego jednak zaniechał, co w konsekwencji doprowadziło do wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu, podczas gdy wykluczenie to nie było uzasadnione;

3. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. poprzez błędne uznanie, że Konsorcjum nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt III.2.3).IV.1.13) ogłoszenia o Zamówieniu, zgodnie z którym Zamawiający wymagał, by Kierownik robót elektrycznych i elektroenergetycznych posiadał

uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi lub do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, co w konsekwencji doprowadziło do wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu, podczas gdy Konsorcjum wskazało dwie osoby spełniające wskazany wymóg Zamawiającego, tj. p. S. S., wskazanego w wykazie osób (dysponowanie pośrednie)

4

złożonym wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, posiadającego Uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń nr 170/93/Dp, a także p. M. A., wskazanego w wykazie osób (dysponowanie bezpośrednie) złożonym dodatkowo w dniu 27 lipca 2016 r., posiadającego Uprawnienia budowlane nr 587/87/Pw bez ograniczeń do pełnienia samodzielnych funkcji kierownika budowy i kierownika robót w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie instalacji elektrycznych niskiego napięcia, a zatem warunek określony w pkt III.2.3).IV.1.13) ogłoszenia o Zamówieniu był przez Konsorcjum spełniony;

4. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. w związku z art. 26 ust. 3 p.z.p. poprzez błędne uznanie, że Konsorcjum nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt III.2.3).IV.1.13) ogłoszenia o Zamówieniu, pomimo tego, że Zamawiający nie zakwestionował w toku postępowania spełnienia tego warunku przez Konsorcjum, a w szczególności nie wezwał Konsorcjum do uzupełnienia wniosku w tym zakresie w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., pomimo takiego obowiązku, co w konsekwencji doprowadziło do wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu, podczas gdy wykluczenie to nie było uzasadnione;

5. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. w związku z art. 26 ust. 4 p.z.p. poprzez błędne uznanie, że Konsorcjum nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt III.2.3).IV.1.13) ogłoszenia o Zamówieniu, pomimo tego, że Zamawiający - mając wątpliwości czy wskazana w złożonym w dniu 27 lipca 2016 r. wykazie osób (dysponowanie bezpośrednie) druga osoba podana jako Kierownik robót elektrycznych i elektroenergetycznych posiada wymagane uprawnienia bez ograniczeń powinien był wezwać Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie, czego jednak zaniechał, co w konsekwencji doprowadziło do wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu, podczas gdy wykluczenie to nie było uzasadnione;

6. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. poprzez błędne uznanie, że Konsorcjum nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt III.2.3).IV.1.13) ogłoszenia o Zamówieniu, będące następstwem arbitralnego przyjęcia, że p. M. A. posiada uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w

5

ograniczonym zakresie, podczas gdy zakres uprawnień wskazanej osoby jest szerszy niż zakres uprawnień budowlanych w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w ograniczonym zakresie, o których mowa w § 14 ust. 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie („Rozporządzenie”), w związku z czym posiadane przez tę osobę uprawnienia należy kwalifikować jako uprawnienia bez ograniczeń;

7. naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 w związku z art. 26 ust. 3 oraz ust. 4 p.z.p. poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. poprzez nieuprawnione wykluczenie Konsorcjum z udziału w postępowaniu i tym samym nieuzasadnione uprzywilejowanie pozycji innych wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie Zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Konsorcjum z udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia;
2. uznania, że Konsorcjum wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia;

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

„[...]”

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie Zamówienia, które nie zostało jeszcze rozstrzygnięte, w toku którego Konsorcjum złożyło wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający uznał jednak, że Konsorcjum nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia i w konsekwencji wykluczył Konsorcjum z udziału w postępowaniu.

Stanowisko Zamawiającego jest jednak błędne.

I. Stan faktyczny

W ogłoszeniu o Zamówieniu Zamawiający wymagał:

6

- aby Kierownik robót torowych lub Kierownik robót konstrukcyjno-budowlanych lub Kierownik robót mostowych posiadał kwalifikacje do wykonywania robót budowlanych przy zabytkach nieruchomych, wpisanych do rejestru zabytków zgodnie z Ustawą z 5.8.2015 o zmianie ustaw regulujących warunki dostępu do wykonywania niektórych zawodów (Dz. U. z 2015 r. nr 0, poz. 1505), oraz wykazać, iż posiada co najmniej 18 miesięcy doświadczenia zawodowego na budowie przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury, (w pkt III.2.3).IV.I Uwaga ogłoszenia o Zamówieniu),

- w odniesieniu do dysponowania osobą Kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych, by posiadał on uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi lub do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, (w pkt III.2.3).IV.1.13) ogłoszenia o Zamówieniu).

Dowód: Ogłoszenie o zamówieniu - w aktach sprawy

Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum dołączyło wykaz osób (dysponowanie pośrednie), którymi mogłoby się posłużyć przy realizacji Zamówienia, w ramach zasobów udostępnionych przez podmiot trzeci, jak również zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia zasobów, w tym personelu. W wykazie tym wskazany został m.in. p. S. S., posiadający Uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń nr 170/93/Dp.

Dowód: Wykaz osób (dysponowanie pośrednie) dołączony do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - zol. nr 5

W dniu 20 lipca 2016 r. Zamawiający skierował do Konsorcjum wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz udzielenia wyjaśnień. W wezwaniu tym Zamawiający wskazał, że [Z] załączonego przez Wykonawcę „Wykazu osób” nie wynika, aby osoby zaproponowane na w/w stanowiska posiadały kwalifikacje do wykonywania robót budowlanych przy zabytkach nieruchomych. W związku z tym Zamawiający:

- na podstawie art. 26 ust. 4 p.z.p. wezwał do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, a jednocześnie

- na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. wezwał do uzupełnienia wniosku w zakresie dysponowania osobą wskazaną w pkt II.2.3).IV.I ogłoszenia o Zamówieniu

7

(tj. posiadającą 18 miesięcy doświadczenia na budowie przy zabytkach nieruchomych).

Dowód: Wezwanie Zamawiającego z dnia 20 lipca 2016 r. do uzupełnienia dokumentów oraz

udzielenia wyjaśnień - w aktach sprawy

Na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 20 lipca 2016 r. Konsorcjum w dniu 27 lipca 2016 r.:

- uzupełniło wykaz dołączony do wniosku o kolejne osoby, w tym kolejną osobę wyznaczoną na stanowisko Kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych (p. R. W.), dysponującego doświadczeniem zawodowym na budowie przy zabytkach nieruchomości, które zostało określone w latach;
- przedłożyło uzupełnione zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów;
- przedłożyło dodatkowo wykaz osób (dysponowanie bezpośrednie) stanowiących zasoby własne Konsorcjum, w którym wskazana została kolejna osoba wyznaczona na stanowisko Kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych (p. A. S.) dysponująca doświadczeniem zawodowym na budowie przy zabytkach nieruchomości, które zostało określone w latach i miesiącach i przekraczało 18 miesięcy.

Dowód: Uzupełnienie wykazu osób (dysponowanie pośrednie) z dnia 27 lipca 2016 r. - zał. nr 6

Dodatkowo, w wykazie osób (dysponowanie bezpośrednie), stanowiących zasoby własne Konsorcjum, przedłożonym w dniu 27 lipca 2016 r. została wskazana druga (obok p. S. S.) osoba mogąca pełnić funkcję Kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych (p. M. A.), co do której wskazano, że posiada ona uprawnienia bez ograniczeń do pełnienia samodzielnych funkcji kierownika budowy i kierownika robót w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie instalacji elektrycznych niskiego napięcia.

Dowód: Wykaz osób (dysponowanie bezpośrednie) z dnia 27 lipca 2016 r. - zał. nr 7

8

W dniu 16 sierpnia 2016 r. Zamawiający wykluczył Konsorcjum z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 4 pkt 2 p.z.p. uznając, że nie wykazało ono spełniania warunków udziału w postępowaniu, bowiem:

- w odniesieniu do osoby wskazanej jako Kierownik robót konstrukcyjno-budowlanych doświadczenie w zakresie pracy na budowie przy zabytkach nieruchomości wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury zostało podane w latach, przez co Zamawiający nie jest w stanie sprawdzić, czy ww. osoba posiada 18 miesięcy wymaganego doświadczenia;
- w odniesieniu do osoby wskazanej jako Kierownik robót elektrycznych podano, że posiada ona uprawnienia bez ograniczeń do pełnienia samodzielnych funkcji kierownika budowy i kierownika robót w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie instalacji elektrycznych niskiego napięcia, co zdaniem Zamawiającego jest równoznaczne z posiadaniem uprawnień w ograniczonym zakresie w rozumieniu § 14 ust. 6 Rozporządzenia.

Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 16 sierpnia 2016 r. - w aktach sprawy

II. Zarzuty odwołania

1. Dysponowanie przez Konsorcjum osobami spełniającymi wymogi określone w pkt

III.2.3) .IV. I Uwaga ogłoszenia o Zamówieniu

Po otrzymaniu od Zamawiającego wezwania z dnia 20 lipca 2016 r. do złożenia wyjaśnień oraz do uzupełnienia złożonego wniosku, Konsorcjum przedłożyło w dniu 27 lipca 2016 r. uzupełnienie do wykazu osób (dysponowanie pośrednie, tj. na podstawie art. 26 ust. 2b p.z.p.), w którym została wskazana osoba, dysponująca doświadczeniem na budowie przy zabytkach nieruchomości (p. R. W.). W tym samym dniu Konsorcjum przedłożyło również drugi - dodatkowy - wykaz osób (dysponowanie bezpośrednie, tj. zasoby własne Konsorcjum), w którym wskazana została druga osoba (p. A. S.) wyznaczona na stanowisko Kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych. Osoba ta, zgodnie z treścią tego wykazu, dysponuje doświadczeniem od czerwca 2011 r. do grudnia 2014 r. w ramach realizacji robót „Modernizacja linii kolejowej E-65 Warszawa - Gdynia na odcinku od km 287,700 (na szlak Pszczółki - Pruszcz Gdański) objętym obszarem Lokalnego Centrum Sterowania w Tczewie, w

odcinek Warszawa - Gdynia Etap II Nastawnie Pruszcz Gdański, Gdańsk Południe, Gdańsk Główny, Gdańsk Wrzeszcz. W ramach realizacji tego kontraktu wykonano m.in. remont obiektów zabytkowych Nastawnie Gdańsk Południe, Gdańsk Główny, Gdańsk Wrzeszcz, obiekty wpisane do rejestru zabytków

Z treści pisma Zamawiającego z dnia 16 sierpnia 2016 r. informującego o wykluczeniu Konsorcjum z udziału w postępowaniu wynika, że w kontekście powyższego kryterium Zamawiający zbadał jedynie uzupełnienie do wykazu osób (dysponowanie pośrednie), tj. przeanalizował doświadczenie p. R. W., podczas gdy złożony dodatkowo drugi wykaz osób (dysponowanie bezpośrednie) Zamawiający pominął.

W wykazie tym Konsorcjum wskazało natomiast drugą osobę (p. A. S.), która również mogłaby pełnić funkcję Kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych, co do której wskazane zostało spełnianie wymogu przewidzianego w pkt III.2.3).IV.1 Uwaga ogłoszenia o Zamówieniu. Co istotne, ogłoszenie o Zamówieniu nie wyklucza wskazania więcej niż jednej osoby na to samo stanowisko, wykluczone zostało natomiast jedynie wskazanie tej samej osoby na więcej niż jedno stanowisko.

Również w orzecznictwie KIO wskazuje się, że wykazanie spełnienia danego warunku udziału w postępowaniu poprzez wskazanie na dane stanowisko więcej niż jednej osoby, jest dopuszczalne - por np. wyrok KIO z dnia 21 maja 2013 r., KIO 1007/13, KIO 1021/13, KIO

1050/13, KIO 1054/13, w którym stwierdzono, że (...) skoro wykonawca M. w K. wskazał więcej niż jedną osobę na sporne stanowiska, których kwalifikacji i doświadczenia Odwołujący nie kwestionuje, a także wobec niewykazania zasadności stawianych zarzutów - w tej części odwołanie także nie zasługiwało na uznanie.

Z treści pisma Zamawiającego z dnia 16 sierpnia 2016 r. wynika zatem, że Zamawiający pominął dysponowanie przez Konsorcjum drugą osobą spełniającą wymogi w zakresie doświadczenia zawodowego na budowie przy zabytkach nieruchomych.

2. Wątpliwości Zamawiającego dotyczące wykazu osób (dysponowanie pośrednie) złożonego w dniu 27 lipca 2016 r. - obowiązek wezwania do udzielenia wyjaśnień

Zamawiający niezasadnie poddał ocenie jedynie uzupełnienie do wykazu osób (dysponowanie pośrednie), złożone w dniu 27 lipca 2016 r. Dodatkowo Zamawiający

10

uznał, że z dokumentu tego nie wynika, czy doświadczenie wskazanej w nim osoby (tj. p. R. W.) spełnia kryterium czasowe 18 miesięcy wskazanych w ogłoszeniu o Zamówieniu, bowiem zostało ono wskazane w latach. Ostatecznie Zamawiający uznał, że „nie jest w stanie stwierdzić czy ww. osoba posiada 18 miesięcy wymaganego doświadczenia” i na tej podstawie wykluczył Konsorcjum z udziału w postępowaniu.

Działanie Zamawiającego powinno być jednak uznane za wadliwe, bowiem po otrzymaniu przedłożonego przez Konsorcjum nowego dokumentu (uzupełnienia do wykazu osób) i podjęciu wątpliwości co do jego treści, Zamawiający powinien był wezwać Konsorcjum do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 p.z.p., czego jednak nie uczynił.

Przepisy art. 26 ust. 3 oraz ust 4 p.z.p. przewidują dwie odrębne instytucje, tj.:

- wezwania do uzupełnienia dokumentów,
- wezwania do udzielenia wyjaśnień.

W wypadku Konsorcjum Zamawiający wystosował jedno wezwanie do uzupełnienia wniosku, na skutek którego Konsorcjum przedłożyło nowy dokument. Co istotne, jak wynika z treści pisma Zamawiającego z dnia 16 sierpnia 2016 r. (informacji o wykluczeniu), wezwanie to stanowiło w rzeczywistości zarówno wezwanie do uzupełnienia dokumentów, jak i wezwanie do złożenia wyjaśnień, co oznacza, że Konsorcjum mogło albo udzielić wyjaśnień co do pierwotnie przedłożonego wykazu osób, albo uzupełnić ten dokument przedkładając nowy

wykaz lub jego uzupełnienie (co uczyniło). Konsorcjum nie było natomiast wzywane do udzielenia wyjaśnień w zakresie nowego dokumentu, tj. uzupełnienia do wykazu osób (dysponowanie pośrednie) złożonego w dniu 27 lipca 2016 r.

W wyroku KIO z dnia 24 lutego 2012 r. KIO 281/12, KIO 290/12 wskazano, że (...) jeżeli co do złożonych oświadczeń czy dokumentów u zamawiającego zrodziły się wątpliwości co do zawartych w nim treści to zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawcy do złożenia w wyznaczonym terminie stosownych wyjaśnień. Żądanie wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 PrZamPubl wcale nie musi być jednokrotne. Zamawiający może je ponawiać, jeżeli jego wątpliwości nie zostały usunięte. Także w wyroku KIO z dnia 30 lipca 2014 r., KIO 1466/14, podkreślono, że [Wezwanie do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych jest obowiązkiem Zamawiającego.

11

Jeżeli zatem Zamawiający miał wątpliwości - co sam wskazał w piśmie z dnia 16 sierpnia 2016 r. - co do treści uzupełnienia do wykazu osób, wówczas powinien był wezwać Konsorcjum do złożenia wyjaśnień. Dokument ten nie był natomiast w ogóle przedmiotem wezwania do udzielenia wyjaśnień, które dotyczyło tylko pierwotnego wykazu osób.

Także w doktrynie wskazuje się, że [Wobec wezwania zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3, przedmiotem badania i oceny staje się wyłącznie nowy wykaz usług i załączony do niego list referencyjny. Niedopuszczalne jest dokonywanie łącznej oceny wykazu pierwotnego w kontekście wykazu uzupełnionego, podważa to bowiem celowość obligatoryjnej instytucji wynikającej z art. 26 ust. 3 (tak, słusznie, KIO w wyr. z 17.1.2013 r., KIO 2908/12, Legalis) (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis, komentarz do art. 26 p.z.p.).

Zamawiający powinien był zatem dokonać oceny nowego dokumentu i - w związku z powstałymi wątpliwościami - wezwać Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień zgodnie z art. 26 ust. 4 p.z.p. w zakresie dokładnych dat dotyczących doświadczeń osoby wyznaczonej na Kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych, której dane budziły wątpliwości - p. R. W.. W wyroku KIO z 17 grudnia 2013 r., KIO 2754/13, wskazano przy tym, że [Nie ma także racji Zamawiający, wskazując, że wyjaśniał sporną okoliczność dotyczącą okresu doświadczenia osoby proponowanej na stanowisko kierownika robót sanitarnych i nie może zastosować na obecnym etapie postępowania ponownej procedury wyjaśnienia. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie przesądza, ile razy zamawiający może zastosować procedurę wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 lub 87 ust. 1 ustawy. Ustawa ogranicza jedynie możliwość wielokrotnego wzywania wykonawców do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3.

Treść pisma Zamawiającego z dnia 16 sierpnia 2016 r. wskazuje, że po uzupełnieniu przez Konsorcjum dokumentu mającego potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu Zamawiający miał wątpliwości co do jego treści, jednak nie podjął żadnych działań mających na celu ich wyjaśnienie. Z tej przyczyny wykluczenie Konsorcjum z udziału w postępowaniu należy uznać za

12

niedopuszczalne, ponieważ Zamawiający powinien był wcześniej wezwać Konsorcjum do złożenia wyjaśnień co do treści uzupełnionego wykazu osób.

3. Dysponowanie przez Konsorcjum osobami spełniającymi wymogi określone w pkt III.2.3).IV.1.13) ogłoszenia o Zamówieniu

W wykazie osób (dysponowanie pośrednie) złożonym wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu została wskazana osoba wyznaczona na Kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych (p. S. S.), której uprawnienia obejmują Uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń nr 170/93/Dp.

Treść wezwania Zamawiającego z dnia 20 lipca 2016 r. wskazuje, że Zamawiający nie podjął w tym zakresie żadnych wątpliwości, nie żądał również uzupełnienia dokumentów, ani nie kwestionował uprawnień wskazanej osoby. Konsorcjum dysponowało zatem osobą zdolną do wykonywania funkcji Kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych, wskazaną w wykazie złożonym wraz z wnioskiem, czego Zamawiający nie zanegował, ale za to całkowicie pominął.

Dokument wykazu osób (dysponowanie pośrednie) złożony wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie został „zastąpiony” żadnym innym dokumentem, a jedynie uzupełniony w dniu 27 lipca 2016 r. Konsorcjum dalej będzie zatem dysponowało osobami wskazanymi w pierwotnym wykazie dołączonym do wniosku, w tym p. S. S., spełniającym określone przez Zamawiającego wymogi. Co istotne, przedkładając uzupełnienie do wykazu osób (dysponowanie pośrednie) pismem z dnia 27 lipca 2016 r. Konsorcjum wskazało, że przedstawia jedynie „odpowiednie pozycje wykazu osób” zakwestionowane przez Zamawiającego. Dokument ten nie zastąpił zatem wykazu osób (dysponowanie pośrednie) dołączonego do wniosku, a jedynie uzupełnił we wskazanym przez Zamawiającego zakresie, w związku z czym p. S. S., wskazanego w wykazie dołączonym do wniosku, należy dalej uznawać za osobę, którą Konsorcjum może dysponować. Został on również wskazany w dołączonym do pisma z dnia 27 lipca 2016 r. uzupełnionym zobowiązaniu podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów.

W związku z powyższym nawet gdyby Zamawiający mógł kwestionować zakres uprawnień drugiej osoby wyznaczonej na stanowisko Kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych wskazanej w wykazie osób (dysponowanie

13

bezpośrednie) złożonym w dniu 27 lipca 2016 r. (p. M. A.), to wymóg przewidziany w pkt III.2.3).IV.1.13) ogłoszenia o Zamówieniu i tak należałoby uznać za spełniony.

4. Niekwestionowanie przez Zamawiającego spełnienia wymogu przez Odwołującego - obowiązek wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów Zamawiający wykluczył Konsorcjum z udziału w postępowaniu z uwagi na niespełnienie warunku dotyczącego kwalifikacji Kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych, chociaż kwestia ta nie była nigdy przedmiotem wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. W wezwaniu z dnia 20 lipca 2016 r., które Zamawiający skierował do Konsorcjum, nie zostały podniesione żadne zastrzeżenia dotyczące spełnienia warunku określonego w pkt w pkt III.2.3).IV.1.13) ogłoszenia o Zamówieniu. Co więcej, odpowiadając na to wezwanie Konsorcjum przedłożyło dodatkowo drugi wykaz osób (dysponowanie bezpośrednie), w którym wskazana została druga osoba zdolna do pełnienia ww. funkcji.

Ostatecznie Zamawiający wykluczył Konsorcjum z udziału w postępowaniu pomijając jednak przewidziany w art. 26 ust. 3 tryb uzupełnienia dokumentów, którego zastosowanie ma charakter obowiązkowy, tj. nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty lub wykluczenie z postępowania z uwagi na niespełnienie określonego warunku udziału w postępowaniu, jeżeli warunek ten nie był wcześniej przedmiotem wezwania do uzupełnienia. Stanowisko to znajduje szerokie potwierdzenie w orzecznictwie KIO, m.in. w wyroku z dnia 4 stycznia 2012 r., KIO 2754/11, w którym wskazano, że [P]rzepis art. 26 ust. 3 ZamPublU ma charakter obligatoryjny na co wskazuje sformułowanie „wzywa”, a nie „może wezwać”.

Niezastosowanie przez Zamawiającego tego trybu czyni zatem wykluczenie Konsorcjum z udziału w postępowaniu niedopuszczalnym.

5. Uprawnienia osoby wskazanej w wykazie osób (dysponowanie bezpośrednie) złożonym w dniu 27 lipca 2016 r. - obowiązek wezwania do udzielenia wyjaśnień

Po otrzymaniu dodatkowego wykazu osób (dysponowanie bezpośrednie) przedłożonego przez Konsorcjum w dniu 27 lipca 2016 r. Zamawiający stwierdził, że jego zdaniem osoba wyznaczona na stanowisko Kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych nie dysponuje uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi lub do projektowania i kierowania robotami

14

budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Zdaniem Zamawiającego wynika to z faktu, że wskazana w wykazie osoba posiada uprawnienia „w zakresie instalacji energetycznych niskiego napięcia”.

Również w tym zakresie Zamawiający nie podjął jednak żadnych działań mających na celu wyjaśnienie swoich wątpliwości i od razu zdecydował o wykluczeniu Konsorcjum z udziału w postępowaniu. Takie działanie Zamawiającego nie może być uznane za dopuszczalne, bowiem także w tym wypadku Zamawiający winien był skierować do Konsorcjum wezwanie do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 p.z.p. W orzecznictwie KIO wskazuje się, że [Czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania stanowi każdorazowo czynność ostateczną i prawo do jej dokonania może się ziścić dopiero po uczynieniu przez zamawiającego zadość wszystkim obowiązkom nałożonym na niego przez ustawodawcę, tj. obowiązkom wynikającym z art. 26 ust. 3 i 4 ZamPublU. (wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2014 r., KIO 574/14).

Skoro zatem Zamawiający nabrał wątpliwości co do zakresu uprawnień budowlanych p. M. A. - a tak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 16 sierpnia 2016 r., to powinien był zażądać od Konsorcjum wyjaśnień w tym zakresie, a nie przejść od razu do wykluczenia z udziału w postępowaniu.

6. Zakres uprawnień p. M. A.

W piśmie z dnia 16 sierpnia 2016 r. Zamawiający stwierdził, że uprawnienia osoby wyznaczonej przez Konsorcjum na stanowisko Kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych - wskazanej w wykazie osób (dysponowanie bezpośrednie) złożonym w dniu 27 lipca 2016 r., tj. p. M. A. - odpowiadają uprawnieniom budowlanym w ograniczonym zakresie w rozumieniu § 14 ust. 6 Rozporządzenia. Stanowisko to jest jednak błędne.

Powołany przez Zamawiającego przepis stanowi, że uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w ograniczonym zakresie uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi przy wykonywaniu instalacji wraz z przyłączami o napięciu do 1 kV w obiektach budowlanych o kubaturze do 1000 m³. Przewidziane są zatem w tym zakresie dwa ograniczenia, tj. napięcie instalacji oraz kubatura budynku.

15

Uprawnienia, którymi dysponuje wskazana w wykazie osoba (p. M. A.) obejmują natomiast Uprawnienia budowlane nr 587/87/Pw bez ograniczeń do pełnienia samodzielnych funkcji kierownika budowy i kierownika robót w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie instalacji elektrycznych niskiego napięcia, a zatem ich zakres nie pokrywa się jakkolwiek z zakresem ograniczeń określonych w § 14 ust. 6 Rozporządzenia.

Co istotne, uprawnienia posiadane przez p. M. A. zostały wydane pod rządami rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, które to

rozporządzenie - odmiennie, niż przepisy obecnie obowiązujące - nie przewidywało w ogóle uprawnień budowlanych „w ograniczonym zakresie”. Skoro zatem w złożonym wykazie osób (dysponowanie bezpośrednie) wprost wskazano, że p. M. A. posiada Uprawnienia budowlane nr 587/87/Pw bez ograniczeń, a nadto zakres tych uprawnień nie koresponduje z zakresem uprawnień w ograniczonym zakresie, w których mowa w § 14 ust. 6 Rozporządzenia, to uprawnienia p. M. A. należy uznać za uprawnienia bez ograniczeń.

Wątpliwości Zamawiającego w powyższym zakresie były zatem nieuzasadnione i w żadnym wypadku nie mogły stanowić podstawy do wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu.

[...]

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co

następuje.

Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020) do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy w brzmieniu sprzed wejścia w życie ww. nowelizacji.

16

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Natomiast zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Przy czym art. 26 ust. 3 ustawy stanowi, iż zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Zgodnie z ust. 4 art. 26 zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

17

Stan faktyczny sprawy został zgodnie z rzeczywistością zreferowany w treści odwołania przytaczanej powyżej.

Odnosnie zarzutów dotyczących wykluczenia Odwołującego w związku z niewykazaniem spełniania warunku opisanego w pkt III.2.3).IV.I *Uwaga* ogłoszenia o zamówieniu, a odnoszącego się do kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych (kierownika budowy) Izba wskazuje, co następuje.

Z załączonego do wniosku odwołującego „Wykazu osób” nie wynikało, aby którekolwiek osoby wskazane we wniosku posiadały niezbędne, wymagane doświadczenie przy wykonywaniu robót budowlanych przy zabytkach nieruchomych (dotyczyło to również stanowiska kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych).

W związku z powyższym pismem z dnia 20 lipca br. Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia wniosku w tym zakresie.

W odpowiedzi Odwołujący w dniu 27 lipca br. uzupełnił wniosek przez wskazanie na stanowisko kierownika budowy dwóch osób: A. S. (Wykaz osób – dysponowanie bezpośrednio, str. 15 uzupełnienia) oraz R. W. (Wykaz osób – dysponowanie pośrednio, str. 4 uzupełnienia).

Osoby te nie były pierwotnie wskazywane we wniosku i jakiegokolwiek uprzednie oceny i pisma Zamawiającego w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie mogły ich dotyczyć.

Natomiast w informacji z dnia 16 sierpnia br. zawierającej uzasadnienie faktyczne czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający w żaden sposób nie opisał i nie wskazał z jakich względów uznaje, że zaproponowany przez Wykonawcę na kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych, p. A. S. nie spełnia wymagań Ogłoszenia o zamówieniu. W ogóle nie odniósł się do ww. osoby, tak jakby jej nie zauważył. Podano jedynie, że przy nowej osobie (jednej osobie, bez wskazania jej nazwiska czy innych danych określających, o którą osobę chodzi) zaproponowanej w uzupełnieniu na stanowisko kierownika budowy, nie podano dat nabywanego doświadczenia przy robotach na zabytkach nieruchomości w miesiącach, co nie pozwala Zamawiającemu na ustalenie i weryfikację tych okresów. Wskazanie tego rodzaju pozwala przyjąć, iż Zamawiający odnosił się do p. R. Warzechy, który był jedyną osobą w wykazach, co do której podano jedynie daty roczne.

18

Okoliczności te zostały podniesione w odwołaniu. Odwołujący polemizował z zasadnością uznania, że nie wykazał spełniania warunku w odniesieniu do informacji na temat p. R. W. oraz podnosił, że wskazał również drugą osobę na stanowisko kierownika budowy posiadającą odpowiednie kwalifikacje i doświadczenie (jedna osoba posiadająca tego typu kwalifikacje i doświadczenie wystarczała do wykazania spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu).

Dopiero w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający opisał i podał z jakich względów nie uznaje doświadczenia p. A. S. – obiekty, na których nabywał doświadczenie, i które podano w wykazie według Zamawiającego nie są wpisane do rejestru zabytków, czego wymagano w Ogłoszeniu o zamówieniu.

Odnosząc się do informacji o wykluczeniu Odwołującego Izba potwierdza zasadność oceny Zamawiającego, iż uzupełnienie wniosku o osobę p. R. W., a konkretnie dane na temat jego doświadczenia, nie mogą być uznane za wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu zgodne z wymaganiami Zamawiającego.

Zamawiający wyraźnie wymagał podania dat miesięcznych doświadczenia, a Wykonawca tego nie uczynił. Jak przyznał przed Izbą – po prostu ich nie znał. Nie znał ich również i nie był w stanie podać w trakcie rozprawy przed Izbą. Domagał się natomiast nakazania Zamawiającemu wyjaśnienia tej kwestii w postępowaniu – wtedy dopiero, w ramach swoich wyjaśnień, miał przedstawić stosowne informacje. Niezasadne jest więc umożliwienie Wykonawcy dokonania w istocie ponownego uzupełnienia wniosku o dane, które powinien podać już w pierwszym uzupełnieniu.

Z powyższych względów, tj. ze względu na brak podstawowych danych na temat personalnego doświadczenia, przedstawienie w wykazie osoby pana R. W. nie może być uznane za wykazanie spełniania warunku doświadczenia (w zakresie jego wymaganego okresu), a Wykonawca nie znając tego typu podstawowych danych o osobie, którą ma dysponować, w ogóle nie powinien był jej wykazywać i powoływać w procedurach przetargowych.

Zarzuty odwołania w zakresie wykluczenia wykonawcy w związku z oceną spełniania wskazanego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kierownika budowy, uwzględniono jednak ze względu na rażące naruszenia art. 24 ust. 3 Pzp popełnione w związku z brakiem w uzasadnieniu faktycznym czynności, oceny i odniesienia do drugiej osoby wskazanej przez Wykonawcę – p. A. S..

19

Przepis art. 24 ust. 3 ustawy stanowi, iż zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Przy czym zaznaczyć należy, iż naruszenie tego przepisu ustawy przez brak podania faktycznego uzasadnienia wykluczenia wykonawcy nie jest naruszeniem li tylko formalnym, ale

może mieć wpływ na przebieg, a tym samym wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Mianowicie podanie podstaw faktycznych wykluczenia i akuradne ich opisanie warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej względem takiej czynności. Natomiast sposób i możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej ma bezpośredni wpływ na wynik postępowań o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 192 ust. 2 Pzp.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym zakres orzekania Izby wyznacza zakres zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast zakres zarzutów zawartych w odwołaniu wyznacza zakres zarzutów podniesionych względem oferty w uzasadnieniu czynności jej odrzucenia przez zamawiającego. Wykonawcy mogą w odwołaniu sensownie podnieść zarzuty jedynie względem takich podstaw faktycznych czynności, które zostały im zakomunikowane przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Nie mogą sensownie podnosić zarzutów względem powodów swojego wykluczenia, których mogą się jedynie domyślać lub które zamawiający podał im na przykład dopiero w odpowiedzi na odwołanie albo na rozprawie, a uprzednio nie raczył wyrazić. Jakiegokolwiek podstawy wykluczenia wykonawcy, które nie zostały wyrażone bezpośrednio, zgodnie z art. 24 ust. 3 ustawy, w ramach uzasadnienia danej czynności, ale są podnoszone przez zamawiającego dopiero w trakcie postępowania odwoławczego, nie mogą zostać wzięte pod uwagę przy wyrokowaniu przez Izbę. Powołany przepis art. 24 ust. 3, w zestawieniu z regulacjami dotyczącymi środków ochrony prawnej przewidzianymi w ustawie, służy m.in. zapobieganiu takim sytuacjom, w których wykonawcy dowiadują się o stwierdzonych przez wadach w ich zamawiającego ofertach, dopiero w ramach postępowania odwoławczego, ryzykując poniesienie jego kosztów.

Ze względu na powyższe, w ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego Izba pominęła i nie orzekała o zarzutach i twierdzeniach podnoszonych przez Zamawiającego względem osoby p. A. S. w odpowiedzi na

20

odwołanie i na rozprawie, które nie zostały podane w uzasadnieniu czynności wykluczenia.

Jak już wskazano, w związku z popełnionym naruszeniem art. 24 ust. 3 Pzp, Izba uwzględniła odwołanie względem tak przeprowadzonej czynności i nakazała Zamawiającemu jej powtórzenie. Przy czym zaznaczyć należy, iż sentencja zapadłego wyroku nie wyklucza bynajmniej możliwości uzyskania przez Zamawiającego takiego samego wyniku oceny wniosku i ponownego wykluczenia wykonawcy. Jednakże przy jej prawidłowym i pełnym uzasadnieniu faktycznym Wykonawca będzie miał realną możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej w tym zakresie.

Podoba sytuacja miała miejsce w odniesieniu do zarzutu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III.2.3) IV.1.13) ogłoszenia o zamówieniu dotyczącym kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych.

We wniosku Wykonawca wykazał na to stanowisko p. S. S.. W trakcie oceny wniosku Zamawiający nie kwestionował doświadczenia i uprawnień tej osoby, o czym przesądza fakt, iż wezwanie do uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu z dnia 20 lipca br. tej osoby nie dotyczyło.

Z niewiadomych względów, bez stosownego wezwania w tym zakresie, uzupełniając dokumenty w dniu 27 lipca 2016 r. Odwołujący wskazał dodatkową osobę na stanowisko kierownika robót elektrycznych – p. M. A..

W informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał, iż p. M. A. nie posiada stosownych, wymaganych przezeń uprawnień. Do osoby p. S. w ogóle się nie odniósł.

W rozpatrywanym przypadku nie doszło do żadnej wymiany personelu i dojść do niej nie mogło. Zamawiający nie zakwestionował osoby wskazanej we wniosku i nie wzywał do uzupełnienia wykazu osób w tym zakresie. Jakkolwiek samodzielne i samoradne uzupełnienie przez wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu jest w wyjątkowych sytuacjach (głównie w sytuacjach nie budzących wątpliwości i ze względów na ekonomikę

postępowania o udzielenie zamówienia) niekiedy przez orzecznictwo dopuszczane, to z pewnością nie może być tak w tym przypadku. Nie zachodzą tu żadne powody i podstawy, aby odstępować od zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia wynikających z przepisów. To zamawiający ocenia dokumenty

21

potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a następnie występuje do wykonawcy o stosowne uzupełnienie w tym zakresie. Wykonawca dopiero w odpowiedzi na wezwanie może przedłożyć dokumenty zmienione lub nowe, albo stojąc na stanowisku, że dokumenty pierwotnie złożone wystarczająco wykazują spełnianie warunków udziału w postępowaniu – wskazać na tę okoliczność.

Izba nie oceniała więc wniosku w zakresie nieocenionym przez Zamawiającego (dot. p. S.) oraz nie rozstrzygała o zarzutach dotyczących osoby, która na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie powinna być oceniana (dot. p. A.).

Tym samym w ramach powtórzonej czynności oceny wniosków Zamawiający będzie mógł się odnieść do osoby p. S. jako kierownika robót elektrycznych, a w przypadku uznania, iż nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu, wezwać Wykonawcę do uzupełnienia wniosku w tym zakresie. Sprawą Wykonawcy zaś pozostaje jaką nową osobę Zamawiającemu wtedy przedstawi, czy też obstawał będzie przy osobie pierwotnie wskazanej i wejdzie w spór z Zamawiającym w tym zakresie.

Nie rozstrzygając kwestii prawidłowości uprawnień p. A., jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż przy porównywaniu aktualnych uprawnień budowlanych przyznawanych „bez ograniczeń” z uprawnieniami budowlanymi przyznawanymi pod rządami niegdyś obowiązujących przepisów, znaczenie ma nie formalne wskazanie w tytułaturze uprawnień zwrotu „bez ograniczeń” lub „z ograniczeniami”, ale rzeczywisty rzeczowy zakres danych uprawnień, oceniany w kontekście celu danego warunku udziału w postępowaniu – zapewnienia osoby zdolnej do wykonywania danego przedmiotu zamówienia. Zakresy starych i nowych uprawnień rzadko są dokładnie tożsame, a terminologicznie często w ogóle do siebie nie przystają. Chodzi więc o ustalenie i dopuszczenie do realizacji zamówienia osoby, która w świetle uzyskanych niegdyś uprawnień oraz obowiązujących aktualnie przepisów, będzie mogła nadzorować dany zakres przedmiotu zamówienia, a nie będzie li tylko posiadała uprawnienia zawierające lub niezawierające w swojej tytułaturze formuły „bez ograniczeń/z ograniczeniami”, które w świetle obowiązujących niegdyś przepisów miały zupełnie różne zakresy znaczeniowy niż obecnie.

22

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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).

.....

23