

WYROK

z dnia 24 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki Protokolant:

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A) w dniu 30 marca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Torpol S.A w Poznaniu i Budimex S.A w Warszawie** (sygn. akt KIO 620/17),

B) w dniu 30 marca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ZUE S.A w Krakowie, Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie, Strabag Rail GmbH w Lauda-Königshofen, Niemcy, Strabag Rail a.s. w Usti nad Labem, Strabag Altalanos Epito Kft, Budapeszt, Węgry** (sygn. akt KIO 627/17)

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mota-Engil, Engenharia e Construção S.A. Amarante, Portugal, Mota-Engil Central Europe S.A w Krakowie oraz Vianini Lavori S.p.A w Rzymie, Włochy**, zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 620/17, KIO 627/17 po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Porr Polska Construction S.A w Warszawie, Porr Bau GmbH w Wiedniu, Austria, Trakcja PRKII**

S.A w Warszawie, Comsa S.A w Barcelonie, Hiszpania, PKP Energetyka S.A w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 627/17 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 620/17 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do

udziału w postępowaniu, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, powtórzenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym wezwanie odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu opisanego w sekcji III.2.3 pkt IV a ppkt 6 ogłoszenia o zamówieniu, z tego powodu, że nie wykazano aby osoba zgłoszona przez odwołującego do pełnienia funkcji kierownika robót telekomunikacyjnych posiadała uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów także w zakresie telekomunikacji bezprzewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą,

2. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 627/17 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, powtórzenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym wezwanie odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu opisanego w sekcji III.2.3 pkt IV a ppkt 6 ogłoszenia o zamówieniu, z tego powodu, że nie wykazano aby osoba zgłoszona przez odwołującego do pełnienia funkcji kierownika robót telekomunikacyjnych posiadała co najmniej 3 lata doświadczenia na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane na robotach związanych z budową lub przebudową (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) lub odnowieniem lub modernizacją (w rozumieniu ustawy o transporcie kolejowym) infrastruktury kolejowej w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną i/lub telekomunikacji bezprzewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą,

3. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 620/17 obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A w Warszawie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Torpol S.A w Poznaniu i Budimex S.A w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe S.A w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia **Torpol S.A w**

Poznaniu i Budimex S.A w Warszawie kwotę **23.600 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

4.kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 627/17 obciąża **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A w Warszawie** i:

4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ZUE S.A w Krakowie, Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie, Strabag Rail GmbH w Lauda-Königshofen, Niemcy, Strabag Rail a.s. w Usti nad Labem, Strabag Altalanos Epito Kft, Budapeszt, Węgry** tytułem wpisu od odwołania,

4.2.zasądza od **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A w Warszawie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ZUE S.A w Krakowie, Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie, Strabag Rail GmbH w Lauda- Königshofen, Niemcy, Strabag Rail a.s. w Usti nad Labem, Strabag Altalanos Epito Kft, Budapeszt, Węgry** kwotę **23.600 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący.....

Sygn. akt: KIO 620/17, KIO 627/17

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „realizacja robót budowlanych w ramach przetargu nr 2 – Modernizacja odcinka Trzebinia – Krzeszowice (km 29,110 – 46,700 linii nr 133)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 września 2015 r. nr 2015/S 189-342106.

20 marca 2017 r. zamawiający zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Torpol S.A. w Poznaniu i Budimex S.A. w Warszawie, zwanych dalej „odwołującym Torpol” oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZUE S.A. w Krakowie, Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie, Strabag Rail GmbH w Lauda- Königshofen, Niemcy, Strabag Rail a.s. w Usti nad Labem, Strabag Altalanos Epito Kft, Budapeszt, Węgry, zwanych dalej „odwołującym ZUE”, o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym o wykluczeniu odwołujących z udziału w postępowaniu. W dniu 30 marca 2017 r. odwołujący Torpol i odwołujący ZUE wnieśli odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Postępowania odwoławcze wywołane wniesionymi odwołaniami oznaczono odpowiednio sygn. akt KIO 620/17 oraz sygn. akt KIO 627/17.

Odwołujący Torpol wniósł odwołanie wobec:

1)czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu,

2)zaniechania czynności zaproszenia odwołującego Torpol do złożenia oferty. Odwołujący Torpol zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 7 ust. 1 Pzp, art. 26 ust. 4 Pzp przez nieprecyzyjne, ogólnikowe i niejasne skonstruowanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, brak wskazania w sposób rzeczowy i jasny w wezwaniu z dnia 16.02.2017 r. do złożenia jakich wyjaśnień wzywa się odwołującego Torpol,

2)art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, a określonych w sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne pkt. IV.a) 6 ogłoszenia o zamówieniu dot. kierownika robót telekomunikacyjnych, wobec nieprzyjęcia złożonych przez odwołującego Torpol w trybie art. 26 ust. 4 Pzp wyjaśnień z dnia 16.02.2017 r., a co w

konsekwencji doprowadziło do wykluczenia odwołującego Torpol z postępowania i przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

3)art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 Pzp przez nieprecyzyjne, ogólnikowe i niejasne skonstruowanie wezwania do

uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, a określonych w sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne pkt. IV.a) 6 ogłoszenia o zamówieniu, przez brak wskazania w sposób rzeczowy i jasny w wezwaniu, na czym błędy lub braki te polegają oraz w jakim zakresie dokumenty mogą podlegać uzupełnieniu,

4) art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez wykluczenie odwołującego Torpol z postępowania, pomimo iż zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami z dnia 16.02.2017 r. wskazany we wniosku kierownik robót telekomunikacyjnych spełnia postawiony warunek udziału w postępowaniu.

Odwołujący Torpol wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
 - 2) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego Torpol,
 - 3) dokonania ponownego badania i oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu (w zakresie wniosku złożonego przez odwołującego Torpol), a w tym zakresie:
- 1) wezwania odwołującego Torpol do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu lub
 - 2) precyzyjne wezwanie odwołującego Torpol do złożenia wyjaśnień w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu,
 - 3) uznania spełnienia przez odwołującego Torpol warunku udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Torpol podniósł, że zamawiający w sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne pkt. IV.a) 6 ogłoszenia o zamówieniu postawił następujący warunek udziału w postępowaniu:

Kierownik robót telekomunikacyjnych posiadający uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie (sieć instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, posiadający co najmniej 3 (trzy) lata doświadczenia, na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane na robotach związanych z budową lub przebudową (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) lub odnowieniem lub modernizacją (w rozumieniu ustawy o transporcie kolejowym) infrastruktury kolejowej w

zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną i/ lub telekomunikacji bezprzewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą.

Odwołujący wywiódł, że złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu. W treści wniosku, na stronie 000144, wskazał kierownika robót telekomunikacyjnych.

W dniu 16.02.2017 r. zamawiający wezwał odwołującego Torpol do złożenia wyjaśnień albo brakujących oświadczeń lub dokumentów dotyczących wniosku złożonego w przedmiotowym postępowaniu o treści:

Działając w imieniu Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe SA - na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych wzywam do złożenia wyjaśnień albo brakujących oświadczeń lub dokumentów dotyczących wniosku złożonego w przedmiotowym postępowaniu, w następującym zakresie:

W sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne pkt IV. a) 6. Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wymagał aby Kierownik robót telekomunikacyjnych posiadał uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych.

W przedmiotowym wniosku na str. 000144 podano, że Kierownik robót telekomunikacyjnych posiada uprawnienia budowlane w telekomunikacji do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą bez ograniczeń. Na str. 000165 wniosku znajduje się oświadczenie Wykonawcy że osoby wskazane w załączonym dokumencie "WYKAZ OSÓB, KTÓRE BĘDĄ UCZESTNICZYĆ W WYKONANIU ZAMÓWIENIA" (wypełnionym i sporządzonym zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 4 do Wzoru Formularza Wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu) posiadają wymagane uprawnienia budowlane w specjalnościach, o których mowa w punkcie III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu.

Na podstawie art. 26 ust. 4 Ustawy wzywam do złożenia stosownych wyjaśnień czy uprawnienia Kierownika robót telekomunikacyjnych odpowiadają uprawnieniom budowlanym bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, a jeżeli nie na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy wzywam do uzupełnienia wniosku w tym zakresie.

Odwołujący Torpol wywiódł, że w odpowiedzi na tak skonstruowane wezwanie niezwłocznie, tego samego dnia (16.02.2017 roku) złożył wyjaśnienia o treści:

Spółka TORPOL S.A. jako pełnomocnik wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie ww. zamówienia, w odpowiedzi na Państwa wezwanie znak ICZ5b-0815-CEF E30/P2/28/17 z dnia 16.02.2017 r. wyjaśnia, że Pan J. I. wskazany do pełnienia funkcji kierownika robót telekomunikacyjnych uzyskał uprawnienie budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń dla telekomunikacji przewodowej

wraz z infrastrukturą towarzyszącą bez ograniczeń na mocy rozporządzenia Ministra Łączności z 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym. W związku z dyspozycją przepisu art. 104 ustawy - Prawo budowlane odpowiadają one uprawnieniom budowlanym określonym przez Zamawiającego w punkcie IV.a) 6, ogłoszenia o zamówieniu do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń. Tym samym Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu postawiony przez inwestora.

Odwołujący Torpol podniósł, że zamawiający w dniu 16.02.2017 roku skierował do odwołującego Torpol w trybie art. 26 ust. 4 Pzp bardzo ogólne pytanie: „czy uprawnienia Kierownika robót telekomunikacyjnych odpowiadają uprawnieniom budowlanym bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych”. Odwołujący Torpol wywiódł, że zrozumiał to pytanie w taki sposób, że zamawiający upewnia się, czy wskazany przez niego Kierownik robót telekomunikacyjnych posiada uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń. Wobec zadanego pytania odwołujący Torpol skonstruował odpowiedź tak, iż oświadczył i uzasadnił na podstawie jakich aktów prawnych wskazany przez niego kierownik robót telekomunikacyjnych uzyskał uprawnienia budowlane w wymaganej specjalności - bez ograniczeń.

Z treści pisma Zamawiającego z dnia 20.03.2017 roku w którym poinformował on wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, wynika jednak, że zamawiającemu w wezwaniu do wyjaśnienia chodziło natomiast o to, czy kierownik ma uprawnienia telekomunikacyjne dot. sieci bezprzewodowych. Skoro zamawiający chciał zadać pytanie dot. sieci bezprzewodowych to powinien skonstruować wezwanie do złożenia wyjaśnień przez rzeczowe i precyzyjne wskazanie, że odwołujący Torpol ma wyjaśnić czy wskazany Kierownik robót telekomunikacyjnych posiada uprawnienia telekomunikacyjne dot. sieci bezprzewodowych. Brak takiego wezwania w treści pisma z dnia 16.02.2017 roku. Zamawiający nie sformułował jednak pytania w sposób precyzyjny i jednoznaczny, a pomimo to wykluczył odwołującego Torpol z postępowania.

Odwołujący Torpol podniósł, że warunek udziału w postępowaniu dotyczył doświadczenia w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną i/lub telekomunikacji bezprzewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą. W ocenie odwołującego Torpol takie określenie warunku udziału w postępowaniu nie zawężyła jednoznacznie wymaganych uprawnień do telekomunikacji przewodowej czy łącznie do telekomunikacji bezprzewodowej. Powyższe twierdzenie doznaje dodatkowego poparcia,

gdy przeanalizuje się opis przedmiotu zamówienia, który nie odnosi się nigdzie do konkretnego sposobu wykonania robót telekomunikacyjnych, a jak wynika z ogłoszenia o zamówieniu punkt II.1.5) Krótki opis zamówienia lub zakupu: „Zamówienie obejmuje następujące roboty budowlane: -układy torowe stacji i szlaków; - nawierzchnię torową z poprawą geometrii toru; -podtorze wraz z wzmocnieniami podtorza; - odwodnienie; -stacyjne. liniowe, zewnętrzne urządzenia srk i telekomunikacji: -sieć trakcyjną; -sterowanie lokalne odłączników sieci trakcyjnej (wraz z elementami sterowania zdalnego); - linie potrzeb nietrakcyjnych; -sieci i urządzenia elektroenergetyki kolejowej SN i nn; -roboty drogowe; - likwidację i przebudowę przejazdów kolejowych wraz z budową dróg objazdowych, - przebudowę i budowę drogowych obiektów inżynierskich; -przebudowę istniejących obiektów inżynierskich; -obiekty kubaturowe utrzymania ruchu; - perony i mała architektura; -obiekty ochrony środowiska; -usunięcie przeszkód pozostałych elementów infrastruktury nie kolejowej i instalacji przemysłowych i sanitarnych; -usunięcie drzew i krzewów, usunięcie odrostów z pozostawionych korzeni oraz nasadzenia zastępcze”.

Odwołujący Torpol argumentował, że trudno zatem stwierdzić o jakiej telekomunikacji

- przewodowej czy bezprzewodowej - zamawiający myśli. Zwrócił uwagę, że zamawiający określił rodzaj zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu, punkt: II.1.2) Rodzaj zamówienia oraz lokalizacja robót budowlanych, miejsce realizacji dostawy lub świadczenia usług, jako:

„Zaprojektowanie i wykonanie, za pomocą dowolnych środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą”.

Odwołujący Torpol podniósł, że wykonawca zdecyduje czy skomunikować punkt A z punktem B w sposób przewodowy czy bezprzewodowy, aby tylko osiągnąć cel zamówienia, czyli skomunikowanie tych dwóch miejsc ze sobą. Podkreślił, że warunek udziału w postępowaniu musi być proporcjonalny do opisu przedmiotu zamówienia, a więc rodzaj uprawnień w telekomunikacji przewodowej czy bezprzewodowej, na gruncie takiego opisu przedmiotu zamówienia, nie ma praktycznie żadnego znaczenia. Ponieważ wobec tak skonstruowanego opisu przedmiotu zamówienia nie można wnioskować jaki rodzaj telekomunikacji będzie do wykonania w ramach zamówienia, a wezwanie skierowane do odwołującego Torpol było nieprecyzyjne, stąd odwołujący Torpol zrozumiał wezwanie jak wskazano wcześniej.

Ogólna treść wezwania z dnia 16.02.2017 roku nie pozwoliła odwołującemu Torpol zorientować się w intencji

jaka przyświecała zamawiającemu podczas konstruowania wezwania. O zamiarze jakiego miało służyć przedmiotowe wezwanie odwołujący Torpol dowiedział się dopiero po otrzymaniu informacji o jego wykluczeniu z postępowania. Wezwanie do wyjaśnień ze strony zamawiającego musi być jednoznaczne i precyzyjne, a nie może polegać tylko na cytowaniu zapisów SIWZ. Odwołujący Torpol wywiódł, że nie może się domyślać, o co chce go zapytać zamawiający. Przy tak źle skonstruowanym wezwaniu,

bez znaczenia jest również to, że zamawiający przywołał w wezwaniu także art. 26 ust. 3 Pzp. Odwołujący Torpol wskazał także, że skoro treść wyjaśnień odwołującego nie odnosiła się do intencji, którą założył sobie zamawiający w wezwaniu, to kierując się odmienną niż w przypadku uzupełniania dokumentów zasadą, proces wyjaśniania powinien przybrać formę więcej niż jednego zapytania - skoro bowiem po przedłożeniu przez odwołującego wyjaśnień zamawiający miał nadal wątpliwości lub pojawiły się kolejne zagadnienia wymagające wyjaśnienia, to nadal zachodzi okoliczność uprawniająca do wystąpienia o wyjaśnienie treści tych dokumentów

W dalszej części odwołania odwołujący Torpol podniósł, że pismo zamawiającego z 16.02.2017 roku w treści wskazywało dwa przepisy - art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 Pzp. Oba przepisy regulują odrębne instytucje, które wzajemnie się uzupełniają, jednak - co do zasady

- mają rozłączny zakres zastosowania. Pierwsza dotyczy wezwania wykonawcy do złożenia oświadczeń lub dokumentów, których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, druga dotyczy wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Wpisanie przez zamawiającego tych dwóch przepisów w treści wezwania, przeczy sobie wzajemnie, bowiem skoro zamawiający miał wątpliwość w zakresie uprawnień kierownika robót telekomunikacyjnych (a to wynika z treści wezwania i treści uzasadnienia wykluczenia odwołującego) to w pierwszej kolejności zamawiający winien precyzyjnie określić przedmiot wątpliwości i wezwać do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, a jeżeli złożone przez odwołującego wyjaśnienia w ocenie zamawiającego nie byłyby wystarczające, żeby uznać wskazanego kierownika robót telekomunikacyjnych za spełniającego warunek udziału w postępowaniu, to w drugiej kolejności powinien precyzyjnie wskazać na brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu i wezwać do uzupełnienia wniosku w tym zakresie. Odwołujący wywiódł, że takie zachowanie zamawiającego, jako sprzeczne ze wskazanymi w odwołaniu przepisami Pzp oraz przyjętą w orzecznictwie praktyką powoduje, że postępowanie prowadzone jest w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W tym stanie sprawy, odwołujący Torpol w dniu 16.02.2017 r. uznał, że wobec braku konkretnego wskazania na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, zaproponowany przez niego kierownik robót telekomunikacyjnych spełnia warunki udziału w postępowaniu, natomiast wątpliwość stanowi jedynie forma uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń. Wobec tego odwołujący Torpol wybrał jedno z dwóch alternatywnych wyjść wskazanych przez zamawiającego (wyjaśnienie lub uzupełnienie) - adekwatną do wyartykułowanej treści wezwania - formę wyjaśnienia z art. 26 ust. 4 Pzp. Odwołujący nie miał żadnych innych przesłanek aby domyślać się, że wskazany przez niego kierownik robót telekomunikacyjnych nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, bowiem w treści wezwania z dnia 16.02.2017 roku nie ma stwierdzenia, że nie złożył wymaganego dokumentu lub że zamawiający nie uznaje złożonego dokumentu jako spełniającego warunek, a to właśnie jest podstawą do zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp. Treść wezwania zamawiającego wskazuje natomiast na zamiar wyjaśnienia wskazanych okoliczności (na marginesie również wskazanych bardzo ogólnikowo o czym w zarzucie nr 1).

Odwołujący Torpol argumentował, że w wezwaniu kierowanym do odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający ma obowiązek wykazać, że wystąpił stan faktyczny uzasadniający wystąpienie przesłanki „błędu” w oświadczeniu lub dokumencie, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Biorąc to pod uwagę należy stwierdzić, że wezwanie zamawiającego z 16.02.2017 roku nie można uznać za wezwanie do uzupełnienia oświadczenia lub dokumentu z art. 26 ust. 3 Pzp, bowiem zamawiający nie sprecyzował na czym polega błąd odwołującego, a w ślad za tym nie stwierdził, że kierownik robót telekomunikacyjnych wskazany w wykazie będącym elementem wniosku nie spełnia warunku postanowionego przez zamawiającego w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych. Zupełnie niespotykanym wydaje się dalsza część wezwania, w której zamawiający wymaga od odwołującego Torpol dokonania samooceny złożonego wniosku, a w przypadku gdy będzie ona negatywna, ergo wskazany kierownik robót telekomunikacyjnych w ocenie odwołującego nie spełnia warunku, to zamawiający niemalże „z automatu” tym samym wezwaniem, tym samym pismem, w tym samym czasie, bez dokładnego określenia wzywa odwołującego do uzupełnienia wniosku w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zastosowana przez zamawiającego instytucja wezwania do wyjaśnień i jednocześnie do uzupełnienia dokumentów, nie może prowadzić do nałożenia na wykonawcę obowiązku samooceny własnego wniosku, w aspekcie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, albowiem ocena wniosków to ustawowy obowiązek zamawiającego.

Odwołujący Torpol podniósł, że skoro celem art. 26 ust. 3 Pzp było odformalizowanie postępowania i

pozwolenie wykonawcom, którzy złożyli wnioski korzystne merytorycznie na usunięcie ewentualnego uchybienia w oznaczonym ustawą zakresie, to na gruncie tej sprawy, wobec złożenia w pierwszej kolejności wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp nie aktywowało się wyartykułowane w piśmie zamawiającego wezwanie do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp co umożliwia jego zastosowanie przez zamawiającego - jako pierwszy raz, w stosunku do warunku udziału w postępowaniu określonego w sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne pkt. IV.a) 6 Ogłoszenia o zamówieniu. W tym zakresie zasada jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów doznaje wyłączenia, gdyż wezwanie skierowane w dniu 16.02.2017 roku było niepełne, nieprecyzyjne i nie wskazywało na wszystkie błędy i wady dokumentu. Natomiast w takim stanie rzeczy, jeżeli czynność zamawiającego jest wadliwa lub niepełna, nie można tym faktem obciążać wykonawcy, a czynność tę należy skorygować. Odwołujący Torpol wywiódł,

że skoro nie mógł z treści wezwania domyślić się, gdzie popełnił błąd i o co dokładnie wzywa do wyjaśnienia lub uzupełnienia go zamawiający, to jak mógł ocenić, czy powinien wskazać nową osobę?

Odwołujący Torpol wywiódł również, że wobec wyartykułowanego warunku udziału w postępowaniu w sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne pkt. IV.a) 6 Ogłoszenia o zamówieniu oraz wobec opisu przedmiotu zamówienia wyartykułowanego w sekcji III.1.2) i 1.5) Ogłoszenia o zamówieniu, a tym samym wobec braku precyzyjnego wskazania jaki sposób telekomunikacji ma być wykonany w ramach zamówienia i pozostawieniu tej decyzji wykonawcom na etap realizacji, przy jednoczesnym sformułowaniu warunku udziału w postępowaniu, że uprawnienia budowlane muszą być bez ograniczeń, z alternatywą rozłączną w zakresie doświadczenia i uprawnień w telekomunikacji przewodowej lub bezprzewodowej, co w takim zakresie jest przecież zgodne z art. 22 ust. 4 Pzp (warunki udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do przedmiotu zamówienia), osoba wskazana na stronie 000144 wniosku - spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Odwołujący ZUE wniósł odwołanie czynności wykluczenia odwołującego ZUE z udziału w postępowaniu oraz wobec zaniechania czynności wezwania go do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w zakresie, który stanowił podstawę wykluczenia odwołującego ZUE.

Odwołujący ZUE zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wykluczenie odwołującego ZUE mimo, iż zamawiający nie poprzedził swojej decyzji o wykluczeniu odwołującego ZUE wezwaniem go w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów w zakresie, jaki stanowił podstawę wykluczenia odwołującego.

Odwołujący ZUE wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego ZUE z postępowania,
- 2) unieważnienia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu (badania i oceny wniosków),
- 3) dokonania ponownej czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu (badania i oceny wniosków), w tym wniosku odwołującego ZUE z zastosowaniem się w stosunku do odwołującego do obowiązku zawartego w przepisie art. 26 ust. 3 Pzp - w zakresie oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który został podany w sekcji III.2.3 Kwalifikacje techniczne pkt IV. a) 6 ogłoszenia o zamówieniu, a w konsekwencji zaproszenia odwołującego ZUE do złożenia oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący ZUE podniósł, że w sekcji III.2.3) pn. Kwalifikacje techniczne w ich pkt IV (pn. dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia) w lit. a) (pn. dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia) w jej ppkt 6 wskazane zostało, iż zamawiający wymaga by wykonawca dysponował „kierownikiem robót telekomunikacyjnych” posiadającym stosowne uprawnienia budowlane, który legitymuje się co najmniej trzyletnim okresem doświadczenia na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane na robotach związanych z budową lub przebudową (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) lub odnowieniem lub modernizacją (w rozumieniu ustawy o transporcie kolejowym) infrastruktury kolejowej w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną i/lub telekomunikacji bezprzewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą.

Odwołujący ZUE argumentował, że jako osobę, która będzie pełniła na tym zadaniu funkcję kierownika robót telekomunikacyjnych wskazał osobę pana B. S. . Przywołał treść wniosku w tym zakresie, w tym również opis doświadczenia zawodowego pana B. S. składającego się z trzech pozycji.

Mając na uwadze okoliczność, iż zdaniem zamawiającego w pozycji nr 1

„Modernizacja linii kolejowej E30 na odcinku Węgliniec - Zgorzelec i Węgliniec Bielawa Dolna Stacja Zgorzelec. Dokończenie robót” nie opisano prac w sposób umożliwiający weryfikację spełnienia warunku udziału w postępowaniu zamawiający swoim pismem z dnia 8 grudnia 2016 r., na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wezwał do wyjaśnienia jakiego rodzaju prace wykonywane były w ramach tego zadania lub na podstawie art. 26 ust 3 Pzp wezwał do uzupełnienia

dokumentów w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na to wezwanie odwołujący ZUE wyjaśnił, iż w pozycji 1 dotyczącej zadania: „Modernizacja linii kolejowej E30 na odcinku Węgliniec - Zgorzelec i Węgliniec Bielawa Dolna. Stacja Zgorzelec. Dokończenie robót” w ramach zadania wykonano przebudowę infrastruktury kolejowej w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną tj. przebudowę kabli miedzianych i światłowodowych. Tym samym odwołujący ZUE wywiązał się z obowiązku nałożonego na niego pismem zamawiającego z 8 grudnia 2016 r. Odwołujący ZUE argumentował, że jednocześnie w swoim piśmie z 12 grudnia 2016 r. złożył stosowną tabelę uzupełnioną o przedmiotowe wyjaśnienie. W załączeniu przedkładamy „Tabelę B - Wykaz osób, którymi będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (dysponowanie pośrednie)” uzupełnioną, w zakresie osoby Pana B. S., o opis robót w poz. 1 potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący poinformował, że w piśmie z 20 marca 2017 r., którym zamawiający wykluczył odwołującego ZUE wskazane zostało, iż przedmiotowa pozycja dotycząca doświadczenia nie może zostać uznana, gdyż „z informacji jakie są obecnie w posiadaniu zamawiającego wynika, iż wykazana osoba nie pełniła na wskazanym w pozycji 1 kontrakcie

„Modernizacja linii kolejowej E30 na odcinku Węgliniec - Zgorzelec i Węgliniec Bielawa. Stacja Zgorzelec. Dokończenie robót.” funkcji Kierownika robót telekomunikacyjnych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane”. W konsekwencji zamawiający wykluczył odwołującego ZUE, z czym nie można się zgodzić.

Odwołujący ZUE podniósł, że instytucja wezwania wykonawcy ma za zadanie odformalizować postępowanie zobowiązując zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia stosownych uzupełnień zarówno w sytuacji ich niezłożenia, jak i w sytuacji gdy zawierają one błędy. Zamawiający ma przy tym obowiązek wezwać wykonawcę wskazując na czym polega okoliczność wymagająca wyjaśnienia bądź uzupełnienia. W sytuacji, gdy zamawiający dopiero później dopatry się także i innych okoliczności, które tak samo jak wcześniejsza, wymagają wyjaśnienia lub uzupełnienia, winien on tak samo jak wcześniej, wezwać wykonawcę do wypowiedzenia się w tym temacie. W innej sytuacji mielibyśmy do czynienia z iluzorycznością art. 26 ust. 3 Pzp. Jego funkcja ochronna byłaby bowiem uzależniona od tego, czy zamawiający w dniu wystosowania wezwania dostrzegł istniejące wątpliwości w dokumentacji wykonawcy. W konsekwencji sytuacja wykonawcy byłaby uzależniona od staranności działania ze strony zamawiającego - jeżeli zamawiający w pierwszym wezwaniu nie wskazałby na wszystkie wątpliwości, a podniósłby jedynie na część z nich, wykonawca uzupełniając dokumenty w pełni zgodnie z wezwaniem i tak zostałby wykluczony z postępowania, gdyż zamawiający (przyjmując rozumowanie zamawiającego w niniejszej sprawie) nie mógłby go wezwać ponownie do uzupełnienia dokumentacji w zakresie okoliczności pierwotnie nie kwestionowanych przez zamawiającego. Z taką interpretacją przedmiotowego przepisu nie sposób się zgodzić.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy należy zauważyć, że wezwanie z dnia 8 grudnia 2016 r. odnosiło się do tego, iż w tabelce opisującej doświadczenie pana B. S. nie wskazano jednoznacznie na czym polegały prace opisane pod pozycją 1, a podano jedynie nazwę zadania.

W tym zatem zakresie (opisu prac) odwołujący został wezwany do wyjaśnień/uzupełnień, co spowodowało z jego strony odpowiednie działanie i pismem z dnia

12 grudnia 2016 r. wskazał on Zamawiającemu na czym polegały prace realizowane w ramach przedmiotowego zadania - a to na przebudowie infrastruktury kolejowej w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną. Przedmiotowe wyjaśnienia zamawiający uznał i je zaakceptował, co zmieniło się w dacie, gdy ustalił on, że na przedmiotowym zadaniu Pan B. S. nie pełnił funkcji kierownika robót

telekomunikacyjnych, co w konsekwencji doprowadziło do wykluczenia odwołującego ZUE - bez jednakże wezwania go w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentu służącego wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym zamawiający mimo, iż odwołujący ZUE należycie wywiązał się z obowiązków określonych wezwaniem zamawiającego z dnia 8 grudnia 2016 r., wykluczył go z postępowania, podając jako uzasadnienie swojej decyzji inną okoliczność, niż ta, która była podstawą wezwania z dnia 8 grudnia 2016 r., bez wzywania odwołującego w tym zakresie. Skoro zamawiający doszedł do przekonania, że pan B. S. nie posiada doświadczenia wymagalnego w ogłoszeniu o zamówieniu, to obowiązkiem zamawiającego było wezwanie wykonawcy do dokonania stosownego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Nie istniałoby w tym zakresie przeszkody wynikające z zasady jednokrotnego stosowania art. 26 ust. 3 Pzp, albowiem uzupełnienie dokonane pismem z 12 grudnia 2016 r. dotyczyło wyłącznie uzupełnienia opisu zadania. Zasada jednokrotności wezwania odnosi się do danej okoliczności (określonego błędu), wskazanego w wezwaniu, jakie jest kierowane przez zamawiającego w sposób wyraźny i precyzyjny.

Odwołujący ZUE wywodził, że zamawiający ma prawo i obowiązek wezwać o uzupełnienie tylko jeden raz w stosunku do tych samych oświadczeń lub dokumentów, na potwierdzenie tych samych okoliczności. Nie oznacza to, że do tego samego wykonawcy można skierować tylko jedno wezwanie. Wprost przeciwnie, może to następować nawet kilkakrotnie nawet w stosunku do tych samych oświadczeń i dokumentów pod warunkiem, że wezwanie będzie

dotyczyć innych okoliczności.

Odwołujący ZUE wywiódł także, że wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp winno cechować się odpowiednią jednoznacznością. W niniejszej sprawie zamawiający jednoznacznie wskazał jedynie, co miałyby być przedmiotem wyjaśnień. W inny jednak sposób nie można traktować jego pisma, w którym wskazuje *Na podstawie art. 26 ust. 4 Ustawy wzywam do wyjaśnienia jakiego rodzaju prace wykonywane były w ramach tego zadania lub na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy wzywam do uzupełnienia dokumentów zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.* W konsekwencji gdy, jak w niniejszym przypadku treść wezwania z art. 26 ust. 3 Pzp nie jest wystarczająco precyzyjna (zamawiający sprecyzował de facto wezwanie jedynie w odniesieniu do art. 26 ust. 4 Pzp, nie w zakresie art. 26 ust. 3 Pzp) trudno uznać, aby przedmiotowe wezwanie spełniało wymagane przesłanki. Tym samym brak podstaw do uznania, że wezwanie takie jest wezwaniem prawidłowym, powodującym, iż ponowne wezwanie dotyczące tego samego zagadnienia byłoby nieprawidłowe. Wskazał, że powyższe jest pokazywane jedynie z ostrożności - wszak zamawiający w ogóle nie wzywał do uzupełnienia dokumentacji w odniesieniu do okoliczności, która była podstawą wykluczenia (a tym samym w niniejszej sprawie nawet jakby było drugie wezwanie - dotyczyłoby ono innej kwestii, niż pierwotnie kwestionowanej — a to kwestii pełnienia na

przedmiotowym zadaniu wymaganej funkcji, a nie opisu prac realizowanych w ramach tego zadania). Z powyższego należy wyprowadzić jednak jeden wniosek. Wymóg, by wezwanie było precyzyjne i jednoznaczne jest związany z faktem, iż pozwala to na ocenę, czy podmiot zamawiający winien raz jeszcze wystosować żądanie oparte o art. 26 ust. 3 Pzp wobec tego samego wykonawcy. W sytuacji, gdy nowe wezwanie odnosi się do innej wątpliwości ze strony zamawiającego, twierdzenie, iż wcześniej złożone wezwanie wyklucza możliwość (jak i obowiązek) kolejnego wezwania czyniłaby sens art. 26 ust. 3 Pzp czysto iluzoryczną. Wówczas bowiem wykonawca byłby zdany na to, jak sformułuje swoje żądanie zamawiający

- nie ujęcie przez zamawiającego w piśmie wzywającym określonych okoliczności powodowałoby bowiem, że wykonawca, który uzupełniłby jedynie okoliczności wskazywane przez zamawiającego (zgodnie z jego wezwaniem) musiałby zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, gdyż „wzywa się tylko raz”. Rozumowanie takie byłoby nieprawidłowe, tak samo jak i niewłaściwa jest decyzja zamawiającego odnośnie wykluczenia odwołującego w niniejszej sytuacji, gdy odwołujący był wzywany o wyjaśnienie (uzupełnienie) rodzaju prac dotyczących zadania nr 1, a następnie został wykluczony przez zamawiającego z uzasadnieniem, iż wskazywana przez odwołującego w ofercie osoba w ogóle nie pełniła na tym zadaniu funkcji kierownika robót telekomunikacyjnych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane.

Odwołujący ZUE podniósł, że prace na zadaniu finalnie podważonym przez zamawiającego (a więc prace dotyczące Modernizacji linii kolejowej E30 na odcinku Węglińiec - Zgorzelec i Węglińiec Bielawa. Stacja Zgorzelec. Dokończenie robót) były prowadzone na rzecz PKP PLK. Jak jednak wskazał zamawiający, dowiedział się o tej okoliczności w późniejszej dacie, niż w dacie w jakiej wzywał odwołującego pismem z dnia 8 grudnia 2016 r. Wynika to z samej treści pisma z dnia 20 marca 2017 r., którym to nastąpiło wykluczenie odwołującego. Zamawiający wskazał wówczas, że „gdyż z informacji jakie są obecnie w posiadaniu Zamawiającego wynika, że wskazana osoba nie pełniła na wskazanym” zadaniu funkcji kierownika robót. Wynika z tego zatem, że zamawiający na etapie pierwszego wezwania nie sprawdził nawet czy Pan B. S. pełnił na zadaniu realizowanym na jego rzecz (PKP PLK) określonych prac, mimo istnienia ku temu pełnej możliwości. Zaniechanie wezwania odwołującego ZUE oznacza również naruszenie reguł wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp (prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców). Nie sposób bowiem uznać, że w sytuacji gdy odwołujący ZUE winien być wezwany co do innej okoliczności niż była objęta pierwotnym wezwaniem, a nie zostało to uczynione, to zamawiający prowadził postępowanie zgodnie z przedmiotowymi zasadami. Wszak zaniechanie wezwania oznacza nieuzasadnione ograniczenie konkurencji (eliminację z udziału w postępowaniu podmiotu, który mógłby konkurować z innymi uczestnikami rynku), jak i działanie naruszające równe

traktowanie wykonawców, co sprowadza się do zauważenia, iż zamawiający postąpił w niniejszej sprawie (w odniesieniu do osoby odwołującego ZUE) niezgodnie z przepisami prawa, a tym samym zastosował względem odwołującego inne zasady niż obiektywnie wynikające z ustawodawstwa.

Zamawiający wniósł o oddalenie obu odwołań w całości. Złożył odpowiedzi na odwołanie, w których przedstawił uzasadnienie swego stanowiska. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do obu postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Mota-Engil, Engenharia e Construção S.A. Amarante, Portugal, Mota-Engil Central Europe S.A. w Krakowie oraz Vianini Lavori S.p.A. w Rzymie, Włochy. Wnieśli o oddalenie odwołań. W trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 627/17 po stronie odwołującego zgłosili

przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Porr Polska Construction S.A. w Warszawie, Porr Bau GmbH w Wiedniu, Austria, Trakcja PRKII S.A. w Warszawie, Comsa S.A. w Barcelonie, Hiszpania, PKP Energetyka S.A. w Warszawie. Wnieśli o uwzględnienie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, modyfikacje ogłoszenia o zamówieniu, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odwołującego Torpol, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odwołującego ZUE, wezwania zamawiającego kierowane do obu wykonawców w toku badania i oceny wniosków, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania, zawiadomienie o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z 20 marca 2017 r., odwołania, zgłoszenia przystąpień do postępowań odwoławczych, odpowiedzi na odwołania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczone od nich wpisy.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w obu postępowaniach odwoławczych w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mota-Engil, Engenharia e Construção S.A. Amarante, Portugalia, Mota-Engil Central Europe S.A. w Krakowie oraz Vianini Lavori S.p.A.

w Rzymie, Włochy, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący Mota-Engil wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba, działając na podstawie art. 185 ust. 4 Pzp, postanowiła oddalić opozycję obu odwołujących wobec przystąpienia konsorcjum Mota-Engil. Odwołujący podnieśli, że zgłaszający przystąpienie konsorcjum Mota-Engil został zaproszony do składania ofert wraz z trzema innymi wykonawcami, a zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu zostało przewidziane, że do składania ofert może zostać zaproszonych maksymalnie 8 wykonawców. Od wyników oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odwołało się jedynie trzech wykonawców. Wywodzili, że nie ma zatem wątpliwości, iż nawet w razie uwzględnienia wszystkich odwołań, zgłaszający przystąpienie konsorcjum Mota-Engil i tak zostanie zaproszony do składania oferty. Ponadto argumentowali, że zgłaszający przystąpienie uzasadniając swój interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego wskazywał jedynie na swoją obawę, iż w wyniku uwzględnienia odwołań nie zostanie zakwalifikowany do etapu składania ofert.

Izba stwierdziła, że skutki uwzględnienia odwołań mogą być o wiele szersze, aniżeli przywrócenie do postępowania jedynie trzech odwołujących się wykonawców. Może się tak zdarzyć, że okoliczności faktyczne, które skutkowały ewentualnym bezskutecznym wykluczeniem odwołujących będą wspólne także dla innych wykonawców, którzy nie wnieśli własnego odwołania. Przykładem tego może być choćby treść uzasadnienia wykluczenia odwołującego ZUE i przystępującego po jego stronie konsorcjum Porr. Skutkiem ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu może być zatem niezaproszenie konsorcjum Mota-Engil do składania ofert.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 627/17 w charakterze uczestnika postępowania po stronie odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Porr Polska Construction

S.A. w Warszawie, Porr Bau GmbH w Wiedniu, Austria, Trakcja PRKII S.A. w Warszawie, Comsa S.A. w Barcelonie, Hiszpania, PKP Energetyka S.A. w Warszawie, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego.

Izba, działając na podstawie art. 185 ust. 4 Pzp, postanowiła oddalić opozycję zamawiającego wobec przystąpienia konsorcjum Porr. Zamawiający w uzasadnieniu opozycji podniósł jedynie, że konsorcjum Porr powinno złożyć własne odwołanie.

Izba, w wyniku porównania uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia odwołującego ZUE i przystępującego po jego stronie konsorcjum Porr stwierdziła, że obaj wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania z tych samych powodów. W tej sytuacji,

ewentualne uwzględnienie odwołania wniesionego przez odwołującego ZUE może ewentualnie doprowadzić do przywrócenia do postępowania także konsorcjum Porr.

Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła ponadto, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Obaj odwołujący, w wyniku oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zostali wykluczeni z udziału w postępowaniu. Domagali się unieważnienia czynności wykluczenia. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp wykluczył odwołujących z udziału w postępowaniu skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia takich czynności, czego efektem może być zaproszenie obu odwołujących do składania ofert, a w konsekwencji wybór oferty któregoś z nich, jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

KIO 620/17

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest *realizacja robót budowlanych w ramach przetargu nr 2 Modernizacja Odcinka Trzebinia - Krzeszowice (km 29,110 - 46,700 linii nr 133).*

W ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III.2.3. pkt IV a ppkt 6 zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do dysponowania osobą na stanowisko kierownika robót telekomunikacyjnych. Zgodnie z ww. postanowieniem wykonawca musiał wykazać, że dysponuje kierownikiem robót telekomunikacyjnych posiadającym *uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, posiadającym co najmniej 3 (trzy) lata doświadczenia, na stanowisku Kierownika budowy lub kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane na robotach związanych z budową lub przebudową (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) lub odnowieniem lub modernizacją (w rozumieniu ustawy o transporcie kolejowym) infrastruktury kolejowej w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną i/ lub telekomunikacji bezprzewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą.*

W sekcji III.2.3. w pkt IV znajdowała się uwaga o treści: *przez uprawnienia budowlane Zamawiający rozumie uprawnienia budowlane, o których mowa w ustawie z dnia 07.07.1994*

r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2013 r., poz. 1409 z późn. zm.) oraz w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11.09.2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2014 r., poz. 1278 z późn. zm.) lub odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa, lub odpowiednich przepisów obowiązujących na terenie kraju, w którym osoba ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, uznanych przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 18.3.2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (tj. Dz. U. z 2008 r. Nr 63, poz. 394 z późn. zm.).

Do upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu swój wniosek złożył m.in. odwołujący Torpol. W treści wniosku, w wykazie osób znajdującym się na stronie 000144, wskazał, że na stanowisko kierownika robót telekomunikacyjnych proponuje pana J. In. . Oświadczył, że osoba ta posiada *uprawnienia budowlane nr 0199/96/U z 4.10.1996 r. w telekomunikacji do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą bez ograniczeń.*

W dalszej kolejności ustalono, że w dniu 16.02.2017 r. zamawiający skierował do odwołującego Torpol wezwanie o następującej treści:

Działając w imieniu Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe SA - na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych wzywam do złożenia wyjaśnień albo brakujących oświadczeń lub dokumentów dotyczących wniosku złożonego w przedmiotowym postępowaniu, w następującym zakresie:

W sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne pkt IV. a) 6. Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wymagał aby Kierownik robót telekomunikacyjnych posiadał uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych.

W przedmiotowym wniosku na str. 000144 podano, że Kierownik robót telekomunikacyjnych posiada uprawnienia budowlane w telekomunikacji do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą bez ograniczeń. Na str. 000165 wniosku znajduje się oświadczenie Wykonawcy, że osoby wskazane w załączonym dokumencie "WYKAZ OSÓB, KTÓRE BĘDĄ UCZESTNICZYĆ W WYKONANIU ZAMÓWIENIA" (wypełnionym i sporządzonym zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 4 do Wzoru Formularza Wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu) posiadają wymagane uprawnienia budowlane w specjalnościach, o których mowa w punkcie III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu.

Na podstawie art. 26 ust. 4 Ustawy wzywam do złożenia stosownych wyjaśnień czy uprawnienia Kierownika robót telekomunikacyjnych odpowiadają uprawnieniom budowlanym bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w

specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, a jeżeli nie na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy wzywam do uzupełnienia wniosku w tym zakresie.

W odpowiedzi na tak skonstruowane wezwanie niezwłocznie odwołujący Torpol złożył wyjaśnienia z 16.02.2017 r. o następującej treści:

Spółka TORPOL S.A. jako pełnomocnik wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie ww. zamówienia, w odpowiedzi na Państwa wezwanie znak ICZ5b-0815-CEF E30/P2/28/17 z dnia 16.02.2017 r. wyjaśnia, że Pan Jarosław Ingielewicz wskazany do pełnienia funkcji kierownika robót telekomunikacyjnych uzyskał uprawnienie budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń dla telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą bez ograniczeń na mocy rozporządzenia Ministra Łączności z 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym. W związku z dyspozycją przepisu art. 104 ustawy - Prawo budowlane odpowiadają one uprawnieniom budowlanym określonym przez Zamawiającego w punkcie IV.a) 6, ogłoszenia o zamówieniu do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń. Tym samym Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu postawiony przez inwestora.

Ustalono również, że w dniu 20 marca 2017 r. zamawiający zawiadomił odwołującego Torpol o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności wykluczenia zamawiający wskazał, że w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III.2.3.) kwalifikacje techniczne pkt IV UWAGA zamawiający określił, że przez uprawnienia budowlane rozumie uprawnienia budowlane, o których mowa w ustawie z dnia 07.07.1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2013 r., poz. 1409 z późn. zm.) oraz w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11.09.2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2014 r., poz. 1278 z późn. zm.) lub odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa, lub odpowiednich przepisów obowiązujących na terenie kraju, w którym osoba ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, uznanych przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 18.3.2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (tj. Dz. U. z 2008 r. Nr 63, poz. 394 z późn. zm.).

Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11.09.2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie 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.

W konsekwencji należy stwierdzić, jak wynika z przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień, że uprawnienia kierownika robót telekomunikacyjnych nie spełniają wymagań postawionego w sekcji III.2.3. kwalifikacje techniczne pkt IV a) 6 ogłoszenia. W stosunku do wymaganych w ogłoszeniu przedłożone uprawnienia są bowiem ograniczone do telekomunikacji przewodowej.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności nie podzielono najdalej idącego stanowiska odwołującego Torpol, który wywodził, że wykazał on już zamawiającemu spełnianie warunku udziału w postępowaniu co do uprawnień budowlanych wymaganych od kierownika robót telekomunikacyjnych (opisanych w sekcji III.2.3. pkt IV a ppkt 6 ogłoszenia o zamówieniu).

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wskazał, że kierownik robót telekomunikacyjnych musi posiadać uprawnienia (kwalifikacje zawodowe) uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych. Jednocześnie zamawiający w dalszej części opisu warunku, znajdującej się pod słowem „uwaga” doprecyzował, że przez uprawnienia należy rozumieć uprawnienia budowlane o których mowa w ustawie z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury i Rozwoju z 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2014 r. poz. 1278 ze zm.) lub odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów.

Powyższe oznaczało, że aby ustalić zakres wymaganych uprawnień należało w pierwszej kolejności sięgnąć do przepisów przywołanego rozporządzenia, do którego zamawiający w sposób jednoznaczny nawiązał. Jak wynika z § 14 ust. 1 tego rozporządzenia 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. Z powyższego można było zatem wywnioskować, że zamawiający oczekiwał od kierownika robót

telekomunikacyjnych uprawnień budowlanych zarówno w telekomunikacji przewodowej jak i bezprzewodowej. W ocenie Izby nie można było warunku interpretować

wbrew jego literalnej i jednoznacznej treści w ten sposób, aby wywodzić rzekome dopuszczenie możliwości wykazania się samymi uprawnieniami w telekomunikacji przewodowej z analizy warunku w zakresie doświadczenia wymaganego od kierownika robót telekomunikacyjnych. Rzeczywiście, w dalszej części warunku, w opisie doświadczenia, wskazano, że możliwe jest do zaakceptowania doświadczenie posiadane przez kierownika w telekomunikacji przewodowej i/lub bezprzewodowej. W ocenie Izby był to jednak dalszy, kolejny i odrębny element warunku.

Nie można było również interpretować warunku, wbrew jego literalnej treści, posilkując się krótkim opisem przedmiotu zamówienia, zawartym w pkt II.1.5 ogłoszenia o zamówienia. Ten element ogłoszenia w przetargu ograniczonym nie służy bowiem ujawnieniu pełnego opisu przedmiotu zamówienia. Pełen zakres opisu przedmiotu zamówienia zostanie ujawniony dopiero w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Ponadto, nawet w tym elemencie, zamawiający nie wspomniał o robotach w telekomunikacji przewodowej, a jedynie ogólnie o robotach w telekomunikacji.

Odwołujący Torpol do pełnienia funkcji kierownika robót telekomunikacyjnych przeznaczył osobę, która posiadała uprawnienia budowlane wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów, które – jak wynikało z ogłoszenia - zamawiający zaakceptował pod warunkiem, że będą to uprawnienia odpowiadające tym z obecnego rozporządzenia.

Zgodnie z art. 104 Prawa budowlanego, *osoby, które, przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie*. Jak wynika z powyższego, uprawnienia historyczne zachowują moc w dotychczasowym zakresie. W tej sytuacji, aby ustalić czy uprawnienia historyczne odpowiadają uprawnieniom obecnym należało ocenić ich wzajemny zakres.

Jak wynikało z wykazu osób, a także z wyjaśnień z 16 lutego 2017 r. pan Jarosław Ingielewicz zgłoszony przez odwołującego Torpol posiadał uprawnienia budowlane w telekomunikacji do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą bez ograniczeń. Zostały one wydane na podstawie przepisów rozporządzenia Ministra Łączności z 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym (Dz. U. nr 120 poz. 581 ze zm.) Jak wynikało, z § 2 tego rozporządzenia na podstawie jego przepisów wydawano:

- 1) uprawnienia budowlane w telekomunikacji w specjalnościach instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń dla telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą,
- 2) uprawnienia budowlane w telekomunikacji w specjalnościach instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń dla telekomunikacji radiowej.

Ponadto, jak wynikało z § 4 ust. 1a rozporządzenia, uprawnienia budowlane w telekomunikacji były wydawane bez ograniczeń lub w ograniczonym zakresie w specjalizacjach, o których mowa w § 4 ust. 2.

Jak wynikało z opisu uprawnień pan J. I. posiadał tylko jedno z możliwych do uzyskania w tamtym okresie uprawnień budowlanych w telekomunikacji, a mianowicie uprawnienia bez ograniczeń dotyczące telekomunikacji przewodowej. Nie wykazano natomiast aby legitymował się uprawnieniami do kierowania robotami także w telekomunikacji radiowej. Zakres uprawnień budowlanych nie odpowiadał zatem wymogom zamawiającego, które – jak wskazano wcześniej - odnosiły się do kierowania robotami budowlanymi zarówno w zakresie telekomunikacji przewodowej jak i telekomunikacji bezprzewodowej.

Izba podzieliła natomiast stanowisko odwołującego Torpol, że zamawiający nieprawidłowo wzywał odwołującego do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów celem wykazania spornego warunku udziału w postępowaniu. Wbrew stanowisku zamawiającego zarzut ten nie jest zarzutem spóźnionym. Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Izby, wykonawca kwestionując czynność wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, ma prawo do kwestionowania uprzedniej czynności w zakresie wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Prawidłowe wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp musi być bowiem poprzedzone co najmniej jednym, prawidłowym wezwaniem do uzupełnienia braków skierowanym w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Po pierwsze, za nieprawidłową należało uznać praktykę zamawiającego polegającą na jednoczesnym wezwaniu odwołującego Torpol – w odniesieniu do tej samej okoliczności - do składania wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp i uzupełnienia braków w trybie art. 26 ust.

3 Pzp. Pierwsze wezwanie powinno być wystosowane wtedy, gdy zamawiający, na podstawie złożonych mu oświadczeń i dokumentów, ma trudności w ocenie czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu i żądane wyjaśnienia mają służyć wyjaśnieniu takich wątpliwości. Natomiast, jeżeli chodzi o wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp, to

instytucja ta służy uzupełnieniu brakujących oświadczeń i dokumentów lub usunięciu błędów wykrytych przez zamawiającego. Jej celem nie jest wyjaśnienie wątpliwości zamawiającego czy warunek jest spełniony czy też nie. Ponieważ w analizowanej sprawie wykonawca złożył zamawiającemu oświadczenia celem wykazania warunku, w przypadku chęci zastosowania wezwania z art. 26 ust. 3 Pzp wchodzić mogła druga z sytuacji, a mianowicie zaistnienie w

tych oświadczeniach określonego błędu. Jednakże w takiej sytuacji błąd musi zostać przez zamawiającego precyzyjnie zidentyfikowany, nazwany, zaś informacja o nim musi być przekazana wykonawcy wraz z wezwaniem do jego usunięcia.

Takich ustaleń zamawiający nie przedstawił odwołującemu Torpol w treści wezwania. Jak wynikało z pisma z 16 lutego 2017 r. zamawiający miał jedynie wątpliwości, czy uprawnienia zgłoszonego kierownika robót telekomunikacyjnych odpowiadają uprawnieniom, o których mowa w ogłoszeniu. Zamawiający zatem żadną miarą nie zakomunikował odwołującemu Torpol, że – w ocenie zamawiającego - uprawnienia pana Jarosława Ingielewicza są niewystarczające i nie odpowiadają warunkowi i nie wyjaśnił powodów swego stanowiska. Wręcz przeciwnie, skoro wzywał do złożenia wyjaśnień, to musiał zakładać, że wyjaśnienia mogą okazać się przekonujące.

Ponadto w analizowanej sprawie zamawiający w wezwaniu z 16 lutego 2017 r. nieczytelnie, niejasno i nieprawidłowo komunikował swoje wątpliwości odwołującemu Torpol. W ocenie Izby zamawiający powinien jednoznacznie i stanowczo wezwać odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów celem potwierdzenia spornego warunku wskazując w treści wezwania, że w jego ocenie uprawnienia pana Jarosława Ingielewicza nie odpowiadają uprawnieniom z obecnego rozporządzenia, gdyż odnoszą się wyłącznie do kierowania robotami w telekomunikacji przewodowej, a nie dotyczą także telekomunikacji bezprzewodowej (radiowej).

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp musi być jasne, precyzyjne, kategoryczne, wskazywać konkretny brak, który uniemożliwia pozytywną ocenę spełnienia warunku i obejmować wezwanie do jego usunięcia. Tych elementów w wezwaniu z 16 lutego 2017 r. zabrakło. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że ciężar sporządzenia prawidłowego wezwania spoczywa na zamawiającym. Za chybione uznano stanowisko zamawiającego, zgodnie z którym jeżeli wykonawca miał wątpliwości co do treści wezwania, to mógł prosić zamawiającego o doprecyzowanie stanowiska. Obowiązek wezwania z mocy art. 26 ust. 3 Pzp spoczywa na zamawiającym. Wykonawca nie ma obowiązku składania wniosku o doprecyzowanie treści wezwania.

W ocenie Izby, skutek nieprawidłowego wezwania, odwołujący Torpol informację o rzeczywistych powodach wezwania powziął dopiero w wyniku analizy uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia z 20 marca 2017 r. Dopiero bowiem na tym etapie zamawiający poinformował odwołującego, dlaczego uważa, że uprawnienia kierownika robót telekomunikacyjnych są niewystarczające. W tej dacie zakomunikowano odwołującemu Torpol po raz pierwszy, że - zdaniem zamawiającego - *w stosunku do wymaganych w ogłoszeniu przedłożone uprawnienia są bowiem ograniczone do telekomunikacji przewodowej.*

W tej sytuacji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego Torpol, powtórzenie czynności oceny wniosków z uwzględnieniem wniosku odwołującego w tym prawidłowe wezwanie go do uzupełnienia braków celem wykazania spornego warunku. W treści wezwania zamawiający zawrze podstawę prawną wezwania z art. 26 ust. 3 Pzp, wskaże konkretnie jakie elementy ww. warunku nie zostały wykazane i dlaczego i wezwie odwołującego do usunięcia tych braków.

KIO 627/17

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest *realizacja robót budowlanych w ramach przetargu nr 2 Modernizacja Odcinka Trzebinia - Krzeszowice (km 29,110 - 46,700 linii nr 133).*

W ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III.2.3. pkt IV a ppkt 6 zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do dysponowania osobą kierownika robót telekomunikacyjnych. Zgodnie z ww. postanowieniem wykonawca musiał wykazać, że dysponuje kierownikiem robót telekomunikacyjnych *posiadającym co najmniej 3 (trzy) lata doświadczenia, na stanowisku Kierownika budowy lub kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane na robotach związanych z budową lub przebudową (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) lub odnowieniem lub modernizacją (w rozumieniu ustawy o transporcie kolejowym) infrastruktury kolejowej w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną i/ lub telekomunikacji bezprzewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą.*

Do upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu swój wniosek złożył m.in. odwołujący ZUE. W treści wniosku, w wykazie osób, znajdującym się na stronie 188, wskazał, że na stanowisko kierownika robót telekomunikacyjnych proponuje pana B. S. . Oświadczył, że osoba ta posiada następujące

doświadczenie zawodowe:

1) kierownik robót telekomunikacyjnych w okresie od 01.2008 do 02.2009 na zadaniu

„modernizacja linii kolejowej E30 na odcinku Węglińiec-Zgorzelec i Węglińiec-Bielawa Dolna. Stacja Zgorzelec. Dokończenie robót” wykonywanym na rzecz PKP PLK,

2) kierownik robót telekomunikacyjnych w okresie od 10.2013 do 06.2014 na zadaniu

„budowa telekomunikacyjnej linii kablowej 48J w relacjach: Zgorzelec-Jelenia Góra – Wałbrzych-Kłodzko-Wrocław (budowa infrastruktury kolejowej w zakresie telekomunikacji

przewodowej – linia światłowodowa)” wykonywanym na rzecz Expando sp. z o.o. Szczecin,

3) kierownik budowy w okresie 08.2014 do 10.2015 na zadaniu „budowa infrastruktury systemu GSM-R zgodnie z NPW ERTMS na linii kolejowej E20/C-E20-korytarz F na odcinku Barłogi-Kostrzyn Wielkopolski” na rzecz PKP PLK.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z 8 grudnia 2016 r. skierował do odwołującego ZUE wezwanie. Wskazał, że we wniosku na str. 188 wskazano trzy pozycje doświadczenia dla kierownika robót telekomunikacyjnych. Zamawiający uznaje doświadczenie wykazane w okresie 10.2013-06.2014 (9 m-cy) i w okresie 08.2014 -10.2015 (15 miesięcy). W pozycji nr 1 „modernizacja linii kolejowej E30 na odcinku Węglińiec- Zgorzelec i Węglińiec-Bielawa Dolna. Stacja Zgorzelec. Dokończenie robót” nie opisano prac w sposób umożliwiający weryfikację spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Na podstawie art 26 ust. 4 Ustawy wzywam do wyjaśnienia jakiego rodzaju prace wykonywane były w ramach tego zadania lub na podstawie art. 26 ust 3 Ustawy wzywam do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na to wezwanie odwołujący ZUE złożył w piśmie z 12 grudnia 2016 r. wyjaśnienia. Oświadczył w nich, co następuje: Str. 188 wniosku w pozycji 1 dotyczącej zadania: „Modernizacja linii kolejowej E30 na odcinku Węglińiec - Zgorzelec i Węglińiec Bielawa Dolna. Stacja Zgorzelec Dokończenie robót” w ramach zadania wykonano przebudowę infrastruktury kolejowej w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną tj. - przebudowę kabli miedzianych i światłowodowych. Do pisma z 12 grudnia 2016 r. odwołujący ZUE załączył poprawiony wykaz osób, uzupełniony, w zakresie osoby Pana B. S., o opis robót w poz. 1 potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Ustalono również, że w dniu 20 marca 2017 r. zamawiający zawiadomił odwołującego ZUE o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności wykluczenia zamawiający wskazał, że zamawiający nie może uznać pozycji 1 opisu doświadczenia, gdyż z informacji jakie są obecnie w posiadaniu Zamawiającego wynika, iż wykazana osoba nie pełniła na wskazanym w pozycji 1 kontrakcie „Modernizacja linii kolejowej E30 na odcinku Węglińiec - Zgorzelec i Węglińiec Bielawa. Stacja Zgorzelec. Dokończenie robót.” funkcji Kierownika robót telekomunikacyjnych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane”. W związku z powyższym wykazane doświadczenie w zakresie wymaganego stanowiska obejmuje jedynie okres 24 miesięcy (pozycja 2 i 3 wykazu osób).

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy, którzy ubiegają się o zamówienie, dysponowali osobą na stanowisko kierownika robót telekomunikacyjnych, który musiał posiadać co najmniej trzy lata doświadczenia na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń i telekomunikacyjnych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane na robotach związanych z budową lub przebudową (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) lub odnowieniem lub modernizacją (w rozumieniu ustawy o transporcie kolejowym) infrastruktury kolejowej w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną i/ lub telekomunikacji bezprzewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą.

Odwołujący ZUE do pełnienia ww. funkcji wyznaczył pana B. S. . W wykazie opisał jego doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót telekomunikacyjnych na trzech zadaniach, których łączny okres przekraczał trzy lata wymagane w ogłoszeniu.

Nie było jednak sporne pomiędzy stronami, że odwołujący nie wykazał spełnienia spornego warunku. Odwołujący ZUE zgadzał się bowiem z zamawiającym, że na poczet warunku można było zaliczyć jedynie doświadczenie zawodowe pana S. z pozycji 2 i 3 wykazu osób, tj. w okresie 10.2013-06.2014 (9 m-cy) i w okresie 08.2014 -10.2015 (15 miesięcy). Natomiast w przypadku pozycji 1 odwołujący nie zaprzeczał ustaleniom zamawiającego, że na zadaniu tym, tj. „Modernizacja linii kolejowej E30 na odcinku Węglińiec - Zgorzelec i Węglińiec Bielawa. Stacja Zgorzelec. Dokończenie robót.”, pan B. S. nie pełnił funkcji kierownika robót telekomunikacyjnych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane.

Spór pomiędzy stronami sprowadzał się do rozstrzygnięcia, czy przed wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z powodu niewykazania ww. warunku udziału w postępowaniu zamawiający

prawidłowo wezwał odwołującego ZUE do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów celem potwierdzenia ww. warunku w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Izba stwierdziła, że zamawiający – przed wykluczeniem odwołującego ZUE z udziału w postępowaniu - nie wezwał go w sposób prawidłowy do uzupełniania oświadczeń lub dokumentów celem potwierdzenia omawianego warunku.

Jedynie wezwanie, jakie zamawiający skierował do odwołującego ZUE było wezwaniem alternatywnym kierowanym w trybie art. 26 ust. 4 lub art. 26 ust. 3 Pzp i zmierzało jedynie do wyjaśnienia lub uzupełnienia opisu roboty opisanej w pozycji 1 wykazu. Jedyna wątpliwość, jaką zamawiający wyartykułował w swym wezwaniu wynikała z tego, że odwołujący w opisie doświadczenia posłużył się nazwą roboty „*Modernizacja linii kolejowej*

E30 na odcinku Węgliniec - Zgorzelec i Węgliniec Bielawa. Stacja Zgorzelec. Dokończenie robót” nie precyzując jednak, czy w jej ramach były wykonywane prace wpisujące się w treść warunku. Jak wynikało z powyższego, żadnych wątpliwości zamawiającego nie budziła natomiast informacja podana przez odwołującego ZUE, że pan B. S. pełnił na tych robotach funkcję kierownika robót telekomunikacyjnych.

Wykonawca zareagował na tak sformułowane wezwanie podając opis robót na ww. kontrakcie, którego zamawiający finalnie nie zakwestionował. Natomiast jak wynikało z wyników oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z 20 marca 2017 r. powodem wykluczenia odwołującego ZUE z postępowania okazała się zupełnie inna okoliczność, a mianowicie, że pan S. miał nie pełnić na zadaniu wymienionym w pkt 1 wykazu osób funkcji kierownika robót telekomunikacyjnych. Zamawiający zdecydował się wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z powodu błędu, co do którego wykonawca nie został wezwany do jego usunięcia. Tymczasem informacja, jakoby pan S. pełnił na omawianej robocie funkcję kierownika robót telekomunikacyjnych wynikała wprost z wykazu osób, załączonego już do wniosku.

Natomiast w odpowiedzi na odwołanie jak i w trakcie rozprawy zamawiający zdawał się argumentować, że nie może ponosić negatywnych skutków wprowadzenia go przez wykonawcę w błąd przez nierzetelne oświadczenia. Taka argumentacja byłaby dopuszczalna, gdyby zamawiający zdecydował się na wykluczenie odwołującego ZUE z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, z powodu podania przez niego nieprawdziwych informacji. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający nie zdecydował się wykluczyć wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z powodu podania nieprawdziwych informacji, o czym zresztą wyraźnie poinformował wykonawców w swym piśmie z 20 marca 2017 r. Zawiadomił wszak wykonawców, że nie miał podstaw uznać, iż odwołujący ZUE w sposób świadomy i z zamiarem celowym podał nieprawdziwe informacje.

Prawidłowe wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z powodu niewykazania warunków udziału w postępowaniu musi być poprzedzone prawidłowym, jasnym i precyzyjnym wezwaniem do usunięcia braków skierowanym w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, co jest ustawowym obowiązkiem zamawiającego. Jeżeli zamawiający, jak wynika z przebiegu rozprawy, dopiero w lutym 2017 r. powziął informację, że pan S. nie pełnił funkcji kierownika robót telekomunikacyjnych na zadaniu opisanym pod pozycją nr 1, to miał obowiązek – przed wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp – wyczerpać procedurę z art. 26 ust. 3 Pzp, czego jednak nie uczynił. Wezwanie, jakie zamawiający skierował do odwołującego ZUE 8 grudnia 2016 r., jak wskazano wcześniej, dotyczyło zupełnie innej kwestii.

W tej sytuacji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego ZUE, powtórzenie czynności oceny wniosków z uwzględnieniem wniosku odwołującego w tym prawidłowe wezwanie go do uzupełnienia braków celem wykazania spornego warunku. W treści wezwania zamawiający zawarł podstawę prawną wezwania z art. 26 ust. 3 Pzp, wskazał konkretnie jakie elementy ww. warunku nie zostały wykazane i dlaczego i wezwie odwołującego ZUE do usunięcia tych braków.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1, 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3, 4 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o*

udzielenie zamówienia. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania.

W obu sprawach stwierdzono naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Naruszenia te mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający z naruszeniem przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykluczył z postępowania obu odwołujących. Wykonawcy ci mogą zatem zostać jeszcze zaproszeni do składania ofert i złożyć ofertę, która okaże się najkorzystniejsza.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności*

zamawiającego. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, unieważnienie czynności wykluczenia odwołujących z udziału w postępowaniu, powtórzenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ponadto w odniesieniu do sprawy KIO 620/17 zamawiający wezwie odwołującego Torpol w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu opisanego w sekcji III.2.3 pkt IV a ppkt 6 ogłoszenia o zamówieniu, z tego powodu, że nie wykazano aby osoba zgłoszona przez odwołującego do pełnienia funkcji kierownika robót telekomunikacyjnych posiadała uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów także w zakresie telekomunikacji bezprzewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Natomiast w przypadku sprawy o sygn. akt KIO 627/17 zamawiający wezwie odwołującego ZUE w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu opisanego w sekcji III.2.3 pkt IV a ppkt 6 ogłoszenia o zamówieniu, z tego powodu, że nie wykazano aby osoba zgłoszona przez odwołującego do pełnienia funkcji kierownika robót telekomunikacyjnych posiadała co najmniej 3 lata doświadczenia na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane na robotach związanych z budową lub przebudową (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) lub odnowieniem lub modernizacją (w rozumieniu ustawy o transporcie kolejowym) infrastruktury kolejowej w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną i/lub telekomunikacji bezprzewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 i 2 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art.*

98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI. W analizowanych sprawach, odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił w całości zamawiający, dlatego to tę stronę Izba obciążyła całością kosztów odpowiednich postępowań odwoławczych.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono na podstawie art.

192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. 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 ze zm.).

Izba, w każdej ze spraw, uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocników odwołujących w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b powołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.

Przewodniczący:.....