

Sygn. akt KIO 442/20

WYROK
z dnia 25 maja 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 25 maja 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2020 r. przez odwołującego: **M. R. Firma Handlowo Usługowa Inside Elektryczne Systemy Instalacyjne z Rzeszowa** (ul. Wetlińska 3a, 35-082 Rzeszów) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Świlcza** (Świlcza 168, 36-072 Świlcza),

- przy udziale wykonawcy: **Pollight Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (al. J. Ch. Szucha 11B lok. H2) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **M. R. Firma Handlowo Usługowa Inside Elektryczne Systemy Instalacyjne z Rzeszowa** (ul. Wetlińska 3a, 35-082 Rzeszów) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
3. Nie uwzględnia wniosku zamawiającego: **Gmina Świlcza** o zasądzenie na jego rzecz od odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych;
4. Nie uwzględnia wniosku wykonawcy: **Pollight Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** o zasądzenie na jego rzecz od odwołującego kosztów na kwotę 3.600 zł (słownie: złotych: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Rzeszowie**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez Zamawiającego: Gmina Świlcza, którego przedmiotem jest: „Modernizacja infrastruktury oświetlenia drogowego na terenie Gminy Świlcza”. Numer referencyjny: RGI.271.41.2019.

Ogłoszenie nr 633242-N-2019 z dnia 2019-12-06 r. opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych. Odwołujący – M. R. Firma Handlowo Usługowa Inside Elektryczne Systemy Instalacyjne z Rzeszowa wskazał na naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp - wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Pollight sp. z o.o. w sytuacji, gdy wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale 5. pkt. 5.3 ppkt d) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), - nie wykazał dysponowania przynajmniej trzema elektrykami posiadającymi ważne upoważnienia do wykonywania prac na sieci NN w technologii prac pod napięciem (PPN);
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp - zaniechanie odrzucenia i wybór oferty wykonawcy Pollight sp. z o.o. podlegającej odrzuceniu jako sprzecznej z SIWZ, a to z zapisem Rozdziału 5. pkt. 5.3 ppkt d) SIWZ, zgodnie z którym Wykonawca powinien dysponować przynajmniej trzema elektrykami posiadającymi ważne upoważnienia do wykonywania prac na sieci NN w technologii prac pod napięciem (PPN), w sytuacji gdy Wykonawca nie potwierdził na żądanie Zamawiającego dysponowania takim zespołem, co wynika z dokumentacji przekazanej przez Wykonawcę na podstawie art. 24aa Pzp po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej.

Wykonawca wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Wykonawcy Pollight sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego R. M. kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według norm przepisanych.

Ponadto - według odwołania pkt III - wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

- (i) Instrukcji organizacji i wykonywania prac pod napięciem w sieci dystrybucyjnej o napięciu do 1 kV wydana przez PGE Dystrybucja S.A.
- (ii) Wiadomości e-mail z dnia 29 listopada 2019 r. PGE Dystrybucja S.A. do Odwołującego z informacją o trybie uzyskiwania upoważnień w PGE Dystrybucja

- (iii) Wzoru oświadczenia o zapoznaniu się i przyjęciu do stosowania instrukcji
- (iv) Wzoru wniosku o przeprowadzenie egzaminu i nadania upoważnienia
 - na okoliczność: (1) ustalenia źródła uprawnienia podmiotu prowadzącego eksploatację urządzeń elektroenergetycznych (PGE Dystrybucja S.A. Oddział w Rzeszowie do nadawania upoważnień, o których mowa w Rozdział 5. pkt. 5.3 ppkt d) SIWZ; (2) obowiązku posiadania przez zespół wykonawcy upoważnienia, o którym mowa w Rozdział 5. pkt. 5.3 ppkt d) SIWZ wydanego przez prowadzącego eksploatację (PGE Dystrybucja S.A. Oddział w Rzeszowie); (3) treści warunków uzyskania upoważnienia od prowadzącego eksploatację;
 - (v) Wykazu pracowników firmy F.H.U. INSIDE Elektryczne Systemy Instalacyjne R. M. 35 - 082 Rzeszów ul. Wetlińska 3A upoważnionych do wykonywania prac pod napięciem na urządzeniach eksploatowanych przez PGE Dystrybucja S.A. Oddział Rzeszów: - na okoliczność dysponowania przez Odwołującego trzema elektrykami posiadającymi upoważnienia, o których mowa w Rozdział 5. pkt. 5.3 ppkt d) SIWZ
 - (vi) Dokumentacji przetargowej zalegającej u Zamawiającego, w tym z dokumentów przywoływanych w treści uzasadnienia niniejszego pisma na okoliczności tam przytoczone, w tym: - na okoliczność: (1) przebiegu postępowania; (2) nie spełnienia przez Wykonawcę wymogów udziału w postępowaniu; (3) sprzeczności oferty Wykonawcy z SIWZ

Odwołujący podał, że posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Zamawiający wybierając ofertę wykonawcy Pollight sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania i realizacji zamówienia. Wykonanie powyższych czynności zgodnie z prawem spowodowałyby ocenienie oferty Odwołującego najwyżej (oferta Odwołującego została oceniona jako druga najkorzystniejsza), a w konsekwencji wybór jej jako najkorzystniejszej. Powyższe potwierdza spełnienie przesłanki do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianej w art. 179 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący podał, co następuje:

Stan faktyczny.

W dniu 6 grudnia 2019 r. Zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony na realizację zamówienia publicznego pn. Modernizacja infrastruktury oświetlenia drogowego na terenie Gminy Świlcza. W opublikowanej na stronie internetowej Zamawiającego SIWZ (Rozdział 5. pkt. 5.3) do powyższego zamówienia oraz w samym ogłoszeniu o zamówieniu (str. 9, Sekcja III.1.3)) Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy. Zgodnie z Rozdziałem 5. pkt. 5.3 ppkt d) SIWZ:

„Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w zakresie: (...)

3) dysponuje lub będzie dysponował zespołem osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w skład którego wejdą: (...)

d) elektrykami (min. 3 osoby) posiadającymi ważne upoważnienia do wykonywania prac na sieci NN w technologii prac pod napięciem (PPN)”.

Prace modernizacyjne objęte ogłoszeniem o zamówieniu miały być wykonywane na sieci przesyłowej eksploatowanej przez PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie Oddział w Rzeszowie, co wynika z pkt. 1.2. (Aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia, str. nr 5) Programu Funkcjonalno- Użytkowego stanowiącego element SIWZ. Prace modernizacyjne miały obejmować m.in. wykonywanie prac na sieci NN (niskiego napięcia) w technologii prac pod napięciem (PPN) a więc prace, do wykonywania których wymagane było specjalne upoważnienie opisane w 5.5.3)d) SIWZ. Fakt objęcia tych prac przedmiotem zamówienia wynika z SIWZ, Programu Funkcjonalno- Użytkowego oraz Przedmiaru Robót opublikowanego razem z SIWZ i stanowiącego jego element.

Oferty na realizację ww. zamówienia złożyli m.in. Pollight sp. z o.o. z Warszawy (dalej jako Wykonawca) oraz M. R. Firma Handlowo Usługowa Inside Elektryczne Systemy Instalacyjne z Rzeszowa (dalej jako Odwołujący).

Wykonawca Pollight oświadczył w ofercie, że: akceptuje treść i postanowienia SIWZ dla niniejszego Zamówienia oraz gwarantuje wykonanie Zamówienia zgodnie z treścią SIWZ. Ponadto w załączniku do oferty(załącznik nr 2 do SIWZ), będącym oświadczeniem wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 25a ust. 1 PZP, Wykonawca oświadczył m.in., że spełnia warunki określone przez zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w Rozdziale 5. pkt. 5.3. Zamawiający wezwał Wykonawcę (którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza - pismem z dnia 06.02.2020 r.) w trybie art. 24aa ust. 1 PZP w zw. z 25 ust. 1 PZP do wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a więc i warunki w przywoływanych zapisach SIWZ. Pismem z dnia 10.02.2020 r. Wykonawca odpowiedział na powyższe wezwanie. W załączonym do tego pisma dokumencie, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ i mającym stanowić potwierdzenie spełnienia przesłanek z 5.5.3) SIWZ, Wykonawca wskazał w wierszu nr 4 osoby mające dysponować ważnymi upoważnieniami do wykonywania prac na sieci NN w technologii prac pod napięciem (PPN) przewidzianymi w 5.5.3) d) SIWZ. Jak wynika z wiersza nr 4 i kolumny nr 4 załącznika nr 6 przedmiotowe upoważnienia miały wynikać z następujących dokumentów: 1) dla A. S. z dokumentu nr 207/18, 2) dla D. K. z dokumentu nr 209/18, 3) dla D. P. z dokumentu nr 208/18. Dokumenty te, przedłożone przez Wykonawcę do pisma z dnia 10.02.2020 r., to zaświadczenia o ukończeniu kursu pn. Prace pod napięciem w sieciach do 1 kV przeprowadzonego dla elektromonterów przez Uniwersytet Oświaty Pozaszkolnej "WUR-POL" sp. z o.o. w Płocku.

Niespełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Upoważnienie, o którym mowa w Rozdział 5. pkt. 5.3 ppkt d) SIWZ, nadawane jest przez operatorów sieci przesyłowych osobom posiadającym odpowiednie kwalifikacje, które mają

wykonywać określone prace przy eksploatacji urządzeń elektroenergetycznych. Upoważnienia te są wydawane na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 marca 2013 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy urządzeniach elektroenergetycznych (dalej jako Rozporządzenie). Zgodnie z § 2 Rozporządzenia:

- pkt 7: osoba upoważniona oznacza osobę wyznaczoną przez prowadzącego eksploatację do wykonywania określonych czynności lub prac eksploatacyjnych.
- pkt 4: prowadzący eksploatację oznacza jednostkę organizacyjną, osobę prawną lub osobę fizyczną, zajmującą się eksploatacją własnych lub powierzonych jej, na podstawie zawartej umowy, urządzeń energetycznych,
- pkt 3: prace eksploatacyjne oznaczają prace wykonywane przy urządzeniach energetycznych w zakresie ich obsługi, konserwacji, remontów, montażu i kontrolno-pomiarowym.

Stosownie do § 6 Rozporządzenia prace eksploatacyjne mogą wykonywać osoby uprawnione i upoważnione. Z kolei § 4 ust. 1 Rozporządzenia stanowi, że prace eksploatacyjne należy prowadzić zgodnie z instrukcjami eksploatacji, które to instrukcja wydawane są przez prowadzących eksploatację.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, że prowadzącym eksploatację dla zamówienia pn. Modernizacja infrastruktury oświetlenia drogowego na terenie Gminy Świlcza jest PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie Oddział w Rzeszowie, jako podmiot, na którego urządzeniach mają być prowadzone prace objęte zamówieniem publicznym. Upoważnienia, o których mowa w Rozporządzeniu oraz w Rozdział 5. pkt. 5.3 ppkt d) SIWZ, nadawane są przez PGE Dystrybucja S.A. Oddział w Rzeszowie zgodnie obowiązującą w PGE Dystrybucja S.A. Instrukcją organizacji i wykonywania prac pod napięciem w sieci dystrybucyjnej o napięciu do 1 kV (dalej jako Instrukcja). Zgodnie z pkt 2.2.1 Instrukcji (str. nr 8): Upoważnienie w zakresie organizacji i wykonywania prac pod napięciem na sieciach elektroenergetycznych o napięciu znamionowym do 1 kV nadaje prowadzący eksploatację. Warunkiem nadania upoważnienia jest posiadanie odpowiednich kwalifikacji, przeszkolenie w zakresie technologii prac pod napięciem i dobry stan zdrowia kandydata, potwierdzone następującymi dokumentami: (1) zaświadczeniem o ukończeniu kursu prac pod napięciem stosownego do nadawanego upoważnienia, (2) ważnym świadectwem kwalifikacyjnym, (3) ważnym orzeczeniem lekarskim stosownym do nadawanego upoważnienia, (4) pisemnym potwierdzeniem zapoznania się z treścią niniejszej instrukcji PPN oraz Instrukcją Organizacji Bezpiecznej pracy przy Urządzeniach Energetycznych w PGE Dystrybucja S.A. PGE Dystrybucja S.A. Oddział w Rzeszowie prowadzi wykaz osób posiadających omawiane upoważnienia. Upoważnienia wydawane są m.in. po pozytywnym zdaniu przez kandydata egzaminu przeprowadzanego przez PGE Dystrybucja S.A. Oddział w Rzeszowie. Dowód: (v) Instrukcja

organizacji i wykonywania prac pod napięciem w sieci dystrybucyjnej o napięciu do 1 kV wydana przez PGE Dystrybucja S.A.; (vi) Wiadomość e-mail z dnia 29 listopada 2019 r. PGE Dystrybucja S.A. Oddział w Rzeszowie do Odwołującego z informacją o trybie uzyskiwania upoważnień w PGE Dystrybucja Oddział w Rzeszowie; (vii) Wzór oświadczenia o zapoznaniu się i przyjęciu do stosowania instrukcji; (viii) Wzór wniosku o przeprowadzenie egzaminu i nadania upoważnienia - na okoliczność ustalenia źródła uprawnienia podmiotu prowadzącego eksploatację urządzeń elektroenergetycznych (PGE Dystrybucja S.A. Oddział w Rzeszowie do nadawania upoważnień, o których mowa w Rozdział 5. pkt. 5.3 ppkt d) SIWZ;

Stwierdził ponadto, że Odwołujący dysponuje pracownikami posiadającymi upoważnienia o których mowa w Rozdziale 5. pkt. 5.3 ppkt d) SIWZ. i którzy widnieją w wykazie osób upoważnionych prowadzonym przez PGE Dystrybucja S.A. Oddział w Rzeszowie. Dowód: (i) wykaz pracowników firmy F.H.U. INSIDE Elektryczne Systemy Instalacyjne R. M. 35-082 Rzeszów ul. Wetlińska 3A upoważnionych do wykonywania prac pod napięciem na urządzeniach eksploatowanych przez PGE Dystrybucja S.A. Oddział Rzeszów. Natomiast Wykonawca nie przedłożył na wezwanie Zamawiającego z dnia 06.02.2020 r. potwierdzeń posiadania przez osoby wskazane w załączniku nr 6 (wiersz 4) do SIWZ takowych upoważnień. Przedłożone przez Wykonawcę dokumenty przywołane w wierszu 4 i kolumnie 4 załącznika nr 6 stanowią jedynie zaświadczenia ukończenia kursów i nie mogą być zakwalifikowane jako upoważnienia w rozumieniu Rozdziału 5. pkt. 5.3 ppkt d) SIWZ.

W opisanym stanie rzeczy – zdaniem Odwołującego - należy uznać, że Wykonawca nie spełnił wymogów udziału w postępowaniu określonych w Rozdział 5. pkt. 5.3 ppkt d) SIWZ a Zamawiający wybierając jego ofertę jako najkorzystniejszą naruszył art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 3 PZP. Zgodnie z art. 7 ust. 3 PZP Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Natomiast zgodnie z 22 ust. 1 pkt 2 PZP o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu. Wymóg dysponowania min. 3 elektrykami posiadającymi ważne upoważnienia do wykonywania prac na sieci NN w technologii prac pod napięciem (PPN) został zawarty również w ogłoszeniu o zamówieniu (str. 9, Sekcja III.1.3.d) ogłoszenia o zamówieniu).

Niezgodność oferty z SIWZ.

Zważywszy, że Wykonawca: (1) oświadczył w ofercie, że akceptuje treść i postanowienia SIWZ dla niniejszego Zamówienia oraz gwarantuje wykonanie Zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, (2) w załączniku do oferty (załącznik nr 2 do SIWZ), będącym oświadczeniem wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 25a ust. 1 Pzp, oświadczył m.in., że spełnia warunki określone przez zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w Rozdziale 5. pkt. 5.3, (3) nie spełnił wymogu udziału w

postępowaniu określonego w Rozdziale 5. pkt. 5.3 SIWZ - oświadczenia z pkt 1-2 powyżej okazały się niezgodne z rzeczywistością, należy przyjąć w ocenie Odwołującego, że oferta Wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jako taka powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie odnosząc się do zarzutów odwołania wniósł o ich oddalenie i wskazał na następujące okoliczności:

Pismem z dnia 6 marca 2020 r. wezwał spółkę Pollight Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w trybie art. 26 ust. 2 Pzp do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w 25 ust. 1 Pzp. w trybie i na warunkach określonych przez Zamawiającego w treści SIWZ. W przedmiotowym wezwaniu m.in. w pkt. 2 lit. b) (str. 2 wezwania) wezwał Wykonawcę do złożenia wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień niezbędnych do wykonywania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (według wzoru -załącznik nr 5 do SIWZ). Podał, że formułując przedmiotowe wezwanie do Wykonawcy opierał się na jednoznacznym zapisie z pkt. 6.1. ppkt.3 lit. b) SIWZ (str.11 SIWZ), zgodnie z którym „w celu oceny spełniania przez Wykonawcę warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający żąda. następujących dokumentów..”*1. w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający żąda wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (według wzoru - załącznik nr 6 do siwz)*”.

Mając powyższe na względzie weryfikacja odbywała się na podstawie złożonych przez Wykonawcę oświadczeń w treści wykazu osób złożonego według wzoru z Załącznika nr 6 do SIWZ. Tym samym złożone dodatkowo przez Wykonawcę Pollight Sp. z o.o. dokumenty jako załączniki do wykazu osób nie były po pierwsze dokumentami wymaganymi przez Zamawiającego, a po drugie nie stanowiły przedmiotu analizy i oceny ze strony Zamawiającego pod kątem spełnienia bądź nie spełnienia przez Wykonawcę wymagań w zakresie zdolności zawodowej realizacji zamówienia publicznego. W tym zakresie dla Zamawiającego kluczowym było i nadal pozostaje - z formalnego punktu widzenia - oświadczenia ze strony Wykonawcy złożone w treści złożonego wykazu osób. Uzupełniająco

Zamawiający wskazał, że Odwołujący całkowicie zupełnie pominął fakt wejścia w życie rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które nakreśliło bardzo rygorystycznie nowe zasady odnoszące się do dokumentów jakich Zamawiający mogą żądać od Wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, a także brak podstaw wykluczenia - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Mając powyższe na względzie bezspornie wynika, że Zamawiający powinien żądać od wykonawców jedynie tych oświadczeń i dokumentów, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. W myśl par. 2 ust. 4 pkt. 9 i 10 Rozporządzenia: „w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału (...) zamawiający może żądać: (...) 9) oświadczenia na „temat wykształcenia i kwalifikacji zawodowych wykonawcy lub kadry kierowniczej wykonawcy; 10) wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami”. Zdaniem Zamawiającego, analiza prawna wzajemnej relacji przepisów PZP oraz wskazanego Rozporządzenia w ocenie Zamawiającego prowadzi to do wniosku, że żądanie dokumentów wymienionych m.in. w § 2 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów jest ściśle skorelowane z postawionymi przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania (tak orzecznictwo: KIO 246/18; KIO/KU 3/18).

Podsumowując Zamawiający stwierdził, że:

1) określając wymagania dotyczące upoważnień w Rozdziale 5 pkt 5.3 ppkt d) SIWZ w pełni świadomie nigdzie w dokumentacji przetargowej nie zawarł, że „upoważnienia” mają być wystawione przez konkretnie wybrany zakład energetyczny, mając przede wszystkim na uwadze fakt, że „upoważnienia” uzyskuje się według tego samego regulaminu obowiązującego wszystkie zakłady i spółki PGE Dystrybucja w Polsce, na podstawie tych samych posiadanych kwalifikacji i uprawnień, w związku z tym wymaganie należy rozumieć tak jak jest sformułowane.

2) w pełni świadomie nie oczekiwał ani w SIWZ, ani w innych dokumentach stanowiących załącznik do dokumentacji przetargowej - przedstawienia dla wyznaczonych przez Wykonawców do realizacji Przedmiotu zamówienia osób, ważnych upoważnień doWykonywania prac na sieci NN w technologii prac pod napięciem (PPN) — wystawionych przez konkretnego operatora energetycznego — gdyż w świetle podniesionych powyżej argumentów prawnych nawet nie mógł oczekiwać takich dokumentów od Wykonawców. Celem tego warunku zawartego w SIWZ nie było ani nie jest dla Zamawiającego weryfikacja faktycznego upoważnienia po stronie tych osób, ale sam fakt posiadanych kwalifikacji i uprawnień do realizacji zamówienia publicznego.

3) Wykonawca Pollight sp. z o.o. wskazał w Załączniku nr 6 osoby posiadające ważne upoważnienia i przedstawił dla tych osób dokumenty potwierdzające ich uprawnienia i kwalifikacje do pracy na NN W PPN (dokumenty, których co należy zwrócić uwagę Wykonawca nawet nie musiał składać wraz z wykazem osób), które są warunkiem otrzymania upoważnień, a tym samym Zamawiający nie miał podstawy prawnej aby kwestionować prawdziwość oświadczenia wykonawcy w tym zakresie i uznał warunek za spełniony;

4) przygotowując dokumentację przetargową miał świadomość, że w dniu 25.09.2019 r. w Dzienniku Ustaw ogłoszone zostało uchylające Rozporządzenie z 2013 r. — rozporządzenie Ministra Energii z dnia 28.08.2019 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy urządzeniach energetycznych (DZU. z 2019 r., poz. 1830), które to rozporządzenie, wchodzące w życie w dniu 26.03.2020 r., będzie właściwe na etapie realizacji przedmiotu zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Rozporządzenie to między innymi znosi obowiązek wyznaczenia do wykonywania określonych czynności lub prac eksploatacyjnych przez prowadzącego eksploatację, zastępując to upoważnieniem wystawianym przez pracodawcę, pracownikom posiadającym odpowiednie kwalifikacje i uprawnienia.

5) w przypadku gdy dla Wykonawców (profesjonalistów na rynku usług stanowiących przedmiot zamówienia) biorących udział w postępowaniu opisy Rozdziału 5 pkt 5.3 ppkt d) SIWZ były niejednoznaczne powinien wystąpić do Zamawiającego z pytaniem o wyjaśnienie treści SIWZ. W odniesieniu do przedmiotowego opisu SIWZ pytań nie było, tym samym w ocenie Zamawiającego brak jest podstaw prawnych do stawiania Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu wymagań wykraczających poza zapisy zawarte w Rozdziale 5 pkt 5.3 ppkt d) SIWZ. Inne działanie ze strony Zamawiającego stanowiłoby przejaw nierównego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu i stanowiłoby przejaw naruszenia fundamentalnej dla zamówień publicznych zasady równego traktowania wykonawców.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca: Pollight Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnosząc także o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego. W piśmie procesowym (z dnia 25.03.2020 r. przedłożonym na rozprawie w dniu 25.05.2020 r.) wskazał w szczególności, co następuje.

Zdaniem Przystępującego, wnioski dowodowe sformułowane w punkcie III odwołania pozostają bez jakiegokolwiek znaczenia z punktu widzenia przedmiotu niniejszego postępowania i z zarzutami stawianymi przez Odwołującego. Podkreślił, że ani w postanowieniach Specyfikacji, ani w innych postanowieniach dokumentacji przetargowej, Zamawiający nie zawarł wymogu przedstawienia przez wykonawców, ważnych upoważnień do wykonywania prac na sieci NN w technologii prac pod napięciem (PPN) wystawionych przez konkretnego operatora energetycznego. W odniesieniu do wniosku dowodowego z oferty Odwołującego (Wykaz osób – załącznik nr 6) podniósł, że przedmiotem postępowania odwoławczego jest ocena prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego, czynności wyboru oferty Przystępującego, jako najkorzystniejszej, ocena oferty złożonej przez Odwołującego w aspekcie jej zgodności z obowiązującą w toku Postępowania, SIWZ. Zatem także ten wniosek pozostaje bez znaczenia z punktu widzenia przedmiotu tego postępowania odwoławczego. Wniósł o oddalenie wniosków.

Odnosząc się do postanowień rozdziału 5 pkt 5.3 ppkt d) SIWZ stwierdził, że wystawienie upoważnienia przez prowadzącego eksploatację — tj. PGE Dystrybucja S.A. Oddział Rzeszów, będzie miało charakter czynności wyłącznie technicznej, wobec okoliczności, stosownie do której wskazane w treści „Załącznika nr 6”, osoby, spełniły już wszystkie — określone w treści pkt 2.2.1 wskazanej przez Odwołującego, „Instrukcji organizacji i wykonywania prac pod napięciem w sieci dystrybucyjnej o napięciu do 1 kV” (zwanej dalej: Instrukcją) — w szczególności w zakresie pozytywnego zdania przez kandydata odpowiedniego egzaminu, przeprowadzonego przez operatora energetycznego. Przystępujący podzielił stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w „Odpowiedzi na Odwołanie”, że Pollight sp. z o.o. wskazał w Załączniku nr 6 osoby posiadające ważne upoważnienia i przedstawił dla tych osób dokumenty potwierdzające ich uprawnienia i kwalifikacje do pracy na NN w PPN (dokumenty, których Wykonawca nawet nie musiał składać wraz z wykazem osób), a Zamawiający nie miał podstawy prawnej aby kwestionować prawdziwość oświadczenia wykonawcy w tym zakresie. Podał także, że Zamawiający w treści SIWZ zdefiniował „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia” (pkt. 6 SIWZ), gdzie w pkt. 3 lit. b). Mianowicie wskazał, że „celu Potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający żąda wykazu osób (...). Odnosnie wskazywanego w odwołaniu rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia

28.03.2013 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy urządzeniach energetycznych (...) i jego § 2 pkt 7 zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego (jak w odpowiedzi na odwołanie) podkreślając, że w dniu 25.09.2019 r., tj. zarówno przed datą opublikowania w Biuletynie Zamówień Publicznych, inicjującego Postępowanie, ogłoszenia o zamówieniu, które nastąpiło w dniu 6.12.2019 r., w Dzienniku Ustaw ogłoszone zostało (uchylające rozporządzenie z 2013 r.) rozporządzenie Ministra Energii z dnia 28.08.2019 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy urządzeniach energetycznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1830), które to rozporządzenie, wchodzące w życie w dniu 26.03.2020 r., będzie właściwe na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, objętego Postępowaniem. Tym Rozporządzeniu (z 2019 r.) w treści § 2 pkt 7 jak i odpowiadającego treści § 2 pkt 7 Rozporządzenia z 2013 r., wskazano, pod pojęciem „osoby upoważnionej” rozumieć należy „osobę uprawnioną (tj. osobę posiadającą kwalifikacje potwierdzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 10.04.1997 r. — Prawo energetyczne) —wyznaczoną pisemnie przez pracodawcę do wykonywania określonych przez niego czynności lub prac eksploatacyjnych”. Wykonywanie przedmiotu zamówienia, nastąpi w sposób oczywisty pod rządami Rozporządzenia z 2019 r., niewymagającego obowiązku wyznaczenia do wykonywania określonych czynności lub prac eksploatacyjnych przez prowadzącego eksploatację, lecz przez pracodawcę. Zatem poczynione przez Odwołującego na gruncie Rozporządzenia z 2013 r., zarzuty, są irrelewantne i nie podważają w jakikolwiek sposób zgodności złożonej przez Przystępującego, oferty, z odpowiednimi postanowieniami SIWZ.

Powołując się na wezwanie zamawiającego do przedłożenia dokumentów jak i przedłożone na to wezwanie dokumenty stwierdził, że stanowisko Zamawiającego jak i wykonawcy korespondują z przedstawionymi okolicznościami w zakresie ulegającego zmianie stanu prawnego, mającego zastosowanie na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, objętego Postępowaniem. Jego zdaniem Zamawiający — mając świadomość, iż na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, nie będzie już koniecznym przedkładanie upoważnień udzielonych przez prowadzącego eksploatację tj. przez PGE Dystrybucja S.A. Oddział Rzeszów, wobec okoliczności, stosownie do której wystarczającym będzie przedstawienie upoważnienia wystawionego przez pracodawcę, celowo nie żądał przedstawienia przez Przystępującego, dodatkowych dokumentów, ograniczając się jedynie do wezwania do przedstawienia wykazu osób.

Rozpoznając odwołanie, Izba w zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów ustaliła co następuje:

Kluczowy zarzut podnoszony w odwołaniu dotyczy postanowień specyfikacji, jej rozdziału 5. pkt. 5.3 ppkt d). Odwołujący wskazując na naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w

zw. z art. 7 ust. 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp stwierdził, że wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Pollight sp. z o.o. podjęto z naruszeniem tych przepisów, albowiem wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale 5. pkt. 5.3 ppkt d) Specyfikacji - nie wykazał bowiem dysponowania przynajmniej trzema elektrykami posiadającymi ważne upoważnienia do wykonywania prac na sieci NN w technologii prac pod napięciem (PPN), których wystawcą powinien być PGE Dystrybucja S.A. Oddział w Rzeszowie. Powyższe uzasadnił tym, że prowadzącym eksploatację dla przedmiotowego zamówienia pn. Modernizacja infrastruktury oświetlenia drogowego na terenie Gminy Świlcza jest PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie Oddział w Rzeszowie, jako podmiot, na którego urządzeniach mają być prowadzone prace objęte zamówieniem publicznym. Wskazał na upoważnienia, o których mowa w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów (..) oraz w Rozdział 5. pkt. 5.3 ppkt d) SIWZ, stwierdzając, że takie upoważnienia są nadawane są przez PGE Dystrybucja S.A. Oddział w Rzeszowie zgodnie obowiązującą w PGE Dystrybucja S.A. Instrukcją organizacji i wykonywania prac pod napięciem w sieci dystrybucyjnej o napięciu do 1 kV (dalej jako Instrukcja). Zgodnie z pkt 2.2.1 Instrukcji (str. nr 8): „*Upoważnienie w zakresie organizacji i wykonywania prac pod napięciem na sieciach elektroenergetycznych o napięciu znamionowym do 1 kV nadaje prowadzący eksploatację*”.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Ustalenia w niniejszej sprawie nie potwierdzają stanowiska Odwołującego co do brzmienia postanowienia rozdziału 5_pkt 5.3 ppkt d) SIWZ (cytowanego powyżej). Tak jak wskazał Zamawiający oraz Przystępujący wykonawca ani w spornym punkcie [w Rozdziale 5 pkt 5.3 ppkt d)] SIWZ, ani w dokumentacji przetargowej nie zawarto wymagania, aby sporne „upoważnienie” miało być wystawione przez konkretnie wskazany zakład energetyczny. Ponadto Zamawiający - zgodnie z ppkt. b) w Rozdziale 6 (...) - wymagał na potwierdzenie rozpatrywanego warunku przedstawienia Wykazu osób (wg Załącznika nr 6) i taki Wykaz wykonawca Pollight sp. z o.o. przedstawił oraz dodatkowo wykonawca ten załączył (dla zgłoszonych osób) niewymagane SIWZ dokumenty potwierdzające uprawnienia i kwalifikacje do pracy na NN W PPN, które są warunkiem otrzymania takich upoważnień. Tak jak wskazywał Zamawiający sporne „upoważnienie” uzyskuje się według tego samego regulaminu obowiązującego wszystkie zakłady i spółki PGE Dystrybucja w Polsce, na podstawie tych samych posiadanych kwalifikacji i uprawnień. Przystępujący wykonawca w trakcie rozprawy podkreślał doświadczenie zgłoszonych osób przy wykonywaniu prac analogicznych jak w przypadku tego zamówienia, w innych rejonach niż, co przez Odwołującego nie było kwestionowane. Tym samym Zamawiający, wobec

postanowień specyfikacji, nie miał podstawy, aby kwestionować prawdziwość oświadczenia wykonawcy Pollight sp. z o.o. w tym zakresie.

Zdaniem Izby, brak jest podstaw do kwestionowania twierdzeń Zamawiającego, że przygotowując dokumentację przetargową miał świadomość, że w dniu 25.09.2019 r. w Dzienniku Ustaw ogłoszone zostało uchylające Rozporządzenie z 2013 r. — rozporządzenie Ministra Energii z dnia 28.08.2019 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy urządzeniach energetycznych (DZU. z 2019 r., poz. 1830), które to rozporządzenie, wchodzące w życie w dniu 26.03.2020 r., będzie właściwe na etapie realizacji przedmiotu zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Rozporządzenie to między innymi znosi obowiązek wyznaczenia do wykonywania określonych czynności lub prac eksploatacyjnych przez prowadzącego eksploatację, zastępując to upoważnieniem wystawianym przez pracodawcę, pracownikom posiadającym odpowiednie kwalifikacje i uprawnienia. Wnoszący odwołanie wykonawca przede wszystkim nie uprawdopodobnił, że Zamawiający w treści dokumentacji przetargowej co najmniej pośrednio zawarł postanowienie sugerujące odmienne stanowisko. Stąd też taka interpretacja jaką przedstawił Odwołujący prowadziłyby do rozszerzającej wykładni warunku co z perspektywy zasad Prawa zamówień publicznych wyrażonych we wskazanym odwołaniu art. 7 jest niedopuszczalne. Stanowiłoby m.in. przejaw nierównego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu i naruszenia fundamentalnej dla zamówień publicznych zasady równego traktowania wykonawców Wobec zmian w przepisach prawa powszechnie obowiązującego oraz obowiązku legitymowania się upoważnieniem w trakcie realizacji zamówienia i doświadczenia (nie kwestionowanego) jakim legitymują się wskazani kandydaci w kontekście opisu spornego wymagania brak jest podstaw do kwestionowania czynności zamawiającego co do oceny oferty Pollight sp. z o. o w tym spornym aspekcie i tym samym, co do wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Wobec tych ustaleń podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp są niezasadne i odwołanie podlega oddaleniu w całości.

Wnioski dowodowe sformułowane w punkcie III (i), (ii), (iii) oraz (iv) oraz (vi) odwołania, były uwzględnione przez Izbę, jednakże wobec brzmienia postanowień rozdziału 5 pkt 5.3 ppkt d)] SIWZ i wskazywanej w lit. (vi) (pkt III) dokumentacji przetargowej nie dowodziły, że czynności zamawiającego związane z oceną i wyborem oferty najkorzystniejszej naruszały wskazywane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp. Zamawiający bowiem – jak już wskazano - nie zawarł wymogu przedstawienia przez wykonawców,

ważnych upoważnień do wykonywania prac na sieci NN w technologii prac pod napięciem (PPN) wystawionych przez konkretnego operatora energetycznego. Natomiast pominięty został wniosek dowodowy z oferty Odwołującego (Wykaz osób – załącznik nr 6). Jak słusznie wskazał Przystępujący, przedmiotem postępowania odwoławczego jest ocena prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego, czynności wyboru oferty Przystępującego, jako najkorzystniejszej, a nie ocena oferty Odwołującego w aspekcie jej zgodności z SIWZ, co do spornego postanowienia.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972). Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz od odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych. W myśl powołanego rozporządzenia zgodnie z jego § 3 pkt 2 uzasadnione koszty mogą być orzekane w wysokości określonej w rachunkach przedłożonych do akt sprawy. Izba nie uwzględniła także wniosku zgłaszającego przystąpienie wykonawcy po stronie zamawiającego o przyznanie kosztów zastępstwa procesowego, albowiem ustawa Pzp tylko w przypadku zgłoszenia sprzeciwu pozwala na zasądzenie na rzecz zgłaszającego przystąpienie takich kosztów, o ile jest to uzasadnione wynikiem sprawy.

.....