

Sygn. akt: KIO 493/18

WYROK
z dnia 27 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2018 r. przez wykonawcę **Doosan Babcock Energy Polska S.A. w Rybniku**

w postępowaniu prowadzonym przez **Tauron Wytwarzanie S.A. w Jaworznie**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Doosan Babcock Energy Polska S.A. w Rybniku** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Doosan Babcock Energy Polska S.A. w Rybniku** tytułem wpisu od odwołania, oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Doosan Babcock Energy Polska S.A. w Rybniku** na rzecz **Tauron Wytwarzanie S.A. w Jaworznie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Tauron Wytwarzanie S.A. w Jaworznie – 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 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „ocieplnienie bloku nr 10 wraz z dostosowaniem układu wyprowadzenia ciepła w Tauron Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 grudnia 2017 r., nr 2017/S 247-521377.

7 marca 2018 r. zamawiający przesłał wykonawcy Doosan Babcock Energy Polska S.A. w Rybniku, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wynikach oceny spełniania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu.

Wobec czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu odwołujący wniósł 15 marca 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 131 e ust. 1 pkt 1 i ust. 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez wadliwe ich zastosowanie polegające na nieuprawnionym wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mimo iż odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu i wykazał ich spełnienie,
- 2) art. 131 e ust. 1 pkt 1 i ust. 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przez wadliwe ich zastosowanie polegające na nieuprawnionym wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do art. 131 e ust. 1 pkt 1 i ust. 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy i w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i niezastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, albowiem zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w zakresie dokumentów wykazujących spełnienie warunków udziału w postępowaniu, mimo obligatoryjnego charakteru takich czynności,
- 3) art. 7 ustawy Pzp przez uniemożliwienie realizacji zasady uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu,
- 2) przeprowadzenia ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu,

3) ponownego dokonania wyboru wykonawców zakwalifikowanych do dalszego etapu postępowania, z zakwalifikowaniem odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że wykluczenie go z udziału w postępowaniu było wadliwe, albowiem odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu, a równocześnie zamawiający zaniechał przeprowadzenia czynności, o których mowa w art. 26 ust. 3 Pzp. Pismem z dnia 8 lutego 2018 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, m.in. przez złożenie wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z 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.

Odwołujący wywiódł, że w dniu 14 lutego 2018 r. uzupełnił wymagane dokumenty, składając m.in. wykazy osób. Odwołujący argumentował, że zamawiający wymagał w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt III.2.3 lit. b) wykazania się przez oferenta dysponowaniem między innymi:

- co najmniej 1 osobą z uprawnieniami projektanta branży sanitarnej (instalacji ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych), która posiada uprawnienia do projektowania w specjalności sanitarnej, bez ograniczeń oraz co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku projektanta instalacji sanitarnych, przy projektach dla sektora wytwarzania branż energetycznej lub ciepłownictwa,
- co najmniej 2 osobami posiadającymi kwalifikacje projektanta branży ciepłotechnologicznej, każda posiadająca wyższe wykształcenie techniczne odpowiedniej specjalności (energetyka lub mechanika lub inżynieria środowiska lub pokrewne) oraz co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku projektanta technologa, przy projektach dla sektora wytwarzania branż energetycznej lub ciepłownictwa.

Odwołujący wywiódł, że w odniesieniu do pierwszego wymogu wskazał p. A.R., posiadającą uprawnienia zawodowe nr 180/2001 - uprawnienia do projektowania w specjalności sanitarnej, bez ograniczeń, posiadającą wykształcenie wyższe, 10-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku projektanta instalacji sanitarnych, przy projektach dla sektora wytwarzania branż energetycznej lub ciepłownictwa.

W odniesieniu do drugiego wymogu odwołujący wskazał T.K., posiadającego kwalifikacje projektanta branży ciepłotechnologicznej, wyższe wykształcenie techniczne, 5-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku projektanta technologa, przy projektach dla sektora wytwarzania branż energetycznej lub ciepłownictwa.

Odwołujący przyznał, że w tym punkcie wykazu dodatkowo ponownie nie wskazał pani A.R.(posiadającej uprawnienia wyżej wymienione), mając jednakże na uwadze następującą okoliczność. Wymogi w zakresie projektanta branży sanitarnej dla wykazania ich spełnienia wymagają posiadania uprawnień wystawionych przez podmiot trzeci (certyfikat wydawany w formie decyzji odpowiedniej komisji kwalifikacyjnej (samorządu zawodowego Inżynierów Budownictwa) zezwalający na działalność w zakresie pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, polegających na projektowaniu lub kierowaniu robotami budowlanymi. Natomiast drugi z przywołanych wymogów nie wymaga dodatkowych uprawnień, a jedynie wiedzy z zakresu projektowania w branży ciepłno-technologicznej.

Powyższe prowadzi do stwierdzenia, że osoba posiadająca uprawnienia „projektanta branży sanitarnej (instalacji ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych), która posiada uprawnienia do projektowania w specjalności sanitarnej, bez ograniczeń oraz co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku projektanta instalacji sanitarnych, przy projektach dla sektora wytwarzania branż energetycznej lub ciepłownictwa” (wskazana w wykazie p. A.R.) posiada równocześnie (łącznie) kwalifikacje „projektanta branży ciepłno- technologicznej” gdyż jako „projektant branży sanitarnej (instalacji ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych) przy projektach dla sektora wytwarzania branż energetycznej lub ciepłownictwa” posiada wiedzę, doświadczenie i kwalifikacje odnoszące się do wymogów dla projektanta branży ciepłno-technologicznej. Odwołujący podkreślał, że od projektanta branży ciepłno-technologicznej nie wymaga się posiadania jakichkolwiek uprawnień zawodowych, a jedynie umiejętności i wiedzy z zakresu projektowania na podstawie obowiązujących norm i wytycznych (czyli kwalifikacji).

W ocenie odwołującego wskazując p. A.R. i podając jej uprawnienia oraz osobę p. T.K., odwołujący dopełnił wymogów wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym kwalifikacji technicznej i/lub zawodowej. Odwołujący argumentował, że w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający podał, że *„wymieniane powyżej uprawnienia budowlane personelu Wykonawcy muszą być zgodne z ustawą z dnia 7.7.1994 roku Prawo budowlane (tekst jednolity; Dz.U. z 2017 roku, poz.1332) oraz Rozporządzeniem Ministra infrastruktury i Rozwoju z dnia 11.9.2014 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. z 2014 roku, poz.1278) lub odpowiadającym im ważnym uprawnieniom budowlanym, wydanym na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa lub odpowiednich przepisów obowiązujących na terenie kraju, z którego pochodzi dana osoba, które w zakresie objętym zamówieniem pozwalają będą na pełnienie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w odpowiedniej specjalności. Uwaga: dopuszcza się posiadanie ww. uprawnień łącznie.”*

Odwołujący załączył do odwołania oświadczenie z dnia 12 marca 2018 r., dotyczące p. A.R. potwierdzające posiadane przez nią uprawnienia, kwalifikacje i doświadczenie zawodowe, wystawione przez jej pracodawcę Energotechnika Engineering sp. z o.o. w Gliwicach, które nie mogło być przedstawione na wcześniejszym etapie postępowania, a którego przedstawienie obecnie okazało się konieczne. W tej sytuacji, skoro p. A.R. posiadała wskazywane przez zamawiającego uprawnienia łącznie w odniesieniu do wskazanych wyżej wymogów, wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nastąpiło. Zamawiający nie kwestionował wskazania p. T.K., jako osoby posiadającej wymagane przez niego kwalifikacje.

Odwołujący wywiódł, że jeżeli zamawiający powziął wątpliwości co do wykazu przedstawionego przez odwołującego, w odniesieniu do wykazania za jego pomocą spełniania warunków udziału w postępowaniu winien wszcząć procedurę przewidzianą w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący wywiódł, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp znajdzie zastosowanie w sytuacji, gdy oświadczenia lub dokumenty zostały wprawdzie złożone i nie zawierają błędów, ale ich treść nie jest wystarczająca do pozytywnej oceny sytuacji podmiotowej wykonawcy lub oceny zgodności oferowanego zamówienia z wymaganiami zamawiającego. Odwołujący wywiódł, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oparty jest na art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE. Upoważnia on zamawiających do żądania od wykonawców złożenia, uzupełnienia, doprecyzowania lub skompletowania informacji lub dokumentacji, która nie została złożona, jest niekompletna lub błędna. Konieczność zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przed zastosowaniem sankcji wykluczenia wykonawcy z postępowania wynika z literalnego brzmienia tego przepisu.

W niniejszym przypadku wezwanie zamawiającego z dnia 8 lutego 2018 r., zawierało jedynie ogólne wezwanie do przedłożenia wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia. Po przedłożeniu takiego wykazu przez odwołującego - jak wynika z uzasadnienia wykluczenia - żadne wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie zostało do odwołującego skierowane. Procedura taka winna być natomiast zastosowana, z uwzględnieniem konieczności skierowania do odwołującego ewentualnego wezwania zawierającego precyzyjne wezwanie do usunięcia braku/wadliwości złożonego wykazu, jeżeli zamawiający takie wątpliwości powziął lub wykrył błędy/nieprawidłowości w złożonym wykazie.

Takie działanie zamawiającego doprowadziło także do naruszenia art. 7 ustawy Pzp, przez uniemożliwienie realizacji zasady uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Niezasadne wykluczenie odwołującego prowadziło do wyeliminowania go przez zamawiającego z postępowania i uniemożliwienia złożenia oferty w kolejnym etapie postępowania i ewentualnie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej, co stoi w sprzeczności

z normą wynikającą z przepisu z art. 7 ustawy Pzp i jest sprzeczne z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, zachowując termin ustawowy zgłosił przystąpienie wykonawca Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. w Katowicach. Wniósł o uwzględnienie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, wniosek odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wezwania zamawiającego skierowane do zgłaszającego przystąpienie i odwołującego w trakcie postępowania, odpowiedzi zgłaszającego przystępującego i odwołującego na ww. wezwania wraz z załącznikami, zawiadomienie o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i zgłaszającego przystąpienie w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie odwołującego wykonawcy Zakłady Remontowe Energetyki S.A. w Katowicach, uznając, że wykonawca ten nie uprawdopodobnił posiadania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego.

Zgodnie z art. 185 ust. 3 ustawy Pzp, *wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, Izba ma obowiązek badania z urzędu, czy zgłaszający przystąpienie uprawdopodobnił posiadanie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść jednej ze stron postępowania odwoławczego. *Wprowadzenie do ustawy przepisów o opozycji przeciwko interwencji ubocznej rodzi pytanie o weryfikację interesu w przystąpieniu do postępowania odwoławczego w sytuacji, gdy nikt nie zgłosił opozycji. Wydaje się, że także wówczas skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej powinien*

dokonać weryfikacji interwencji ubocznej, badając, czy interwenient ma interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego. Źródłem tego obowiązku jawi się art. 185 ust. 3, który warunkiem przystąpienia czyni posiadanie interesu niezależnie od tego, czy interes ten został zakwestionowany w drodze opozycji (J. J. w: D. i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz). Wobec powyższego Izba zbadła przesłanki z art. 185 ust. 3 ustawy Pzp, niezależnie od faktu, że żadna ze stron nie zgłosiła opozycji wobec przystąpienia wykonawcy ZRE Katowice S.A.

Stwierdzono, że odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu i domagał się unieważnienia czynności własnego wykluczenia oraz powtórzenia czynności oceny wniosków. Wbrew stanowisku zgłaszającego przystąpienie, podstawa faktyczna czynności wykluczenia odwołującego i zgłaszającego przystąpienie była diametralnie różna. Odwołujący został wykluczony z udziału w postępowaniu z powodu niewykazania spełnienia warunku dysponowania co najmniej dwoma osobami posiadającymi kwalifikacje projektanta branży ciepłno-technologicznej. Tymczasem zgłaszający przystąpienie został wykluczony z postępowania z powodu niewykazania braku podstaw do wykluczenia z powodu niezłożenia informacji z KRK dla organu zarządzającego i prokurenta podmiotu trzeciego - firmy Termall sp. z o.o. (por. zawiadomienie o wynikach oceny wniosków z 7 marca 2018 r., w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego). Inna była też treść wezwań kierowanych przez zamawiającego do obu wykonawców trybie art. 26 ust. 3 Pzp (por. wezwania z 8.02.2018 r. w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego).

W tej sytuacji uwzględnienie odwołania żadną miarą nie doprowadzi do unieważnienia czynności wykluczenia zgłaszającego przystąpienie z udziału w postępowaniu. Rozstrzygnięcie odwołania na korzyść odwołującego oznaczać będzie konieczność unieważnienia jedynie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu. Dostrzeżenia wymagało ponadto, że odwołujący jest konkurentem zgłaszającego przystąpienie. W interesie zgłaszającego przystąpienie powinno być zatem wniesienie odwołania wobec czynności własnego wykluczenia i jednocześnie popieranie w tej sprawie stanowiska zamawiającego, który zdecydował się na wykluczenie konkurenta z udziału w postępowaniu.

Wobec ustalenia, że zgłaszający przystąpienie nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp, postanowiła nie dopuścić zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i został wykluczony z postępowania. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu, skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego, czego efektem może być złożenie oferty przez odwołującego, a w konsekwencji uzyskanie zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny. Zamawiający w pkt III. 2.3 ogłoszenia o zamówieniu zastrzegł, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, jeżeli wykaze, że *dysponuje osobami, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia publicznego w ilości niezbędnej dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia posiadającymi wymagane przepisami prawa uprawnienia, w szczególności dysponuje:*

(...)

— *co najmniej 1 osobą z uprawnieniami projektanta branży sanitarnej (instalacji cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych), która posiada uprawnienia do projektowania w specjalności sanitarnej, bez ograniczeń oraz co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku projektanta instalacji sanitarnych, przy projektach dla sektora wytwarzania branż energetycznej lub ciepłownictwa,*

(...)

— *co najmniej 2 osobami posiadającymi kwalifikacje Projektanta branży ciepłotechnologicznej, każda posiadająca wyższe wykształcenie techniczne odpowiedniej specjalności (energetyka lub mechanika lub inżynieria środowiska lub pokrewne) oraz co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku projektanta technologa, przy projektach dla sektora wytwarzania branż energetycznej lub ciepłownictwa, (...).*

W tym samym punkcie ogłoszenia zamawiający zastrzegł także, że *dopuszcza się posiadanie ww. uprawnień łącznie.*

W pkt III.2.3. ogłoszenia zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu *wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich*

kwalfikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, do wykazu należy dołączyć oświadczenie, że osoby wskazane w wykazie posiadają ważne dokumenty potwierdzające wymagane uprawnienia.

W pkt VI.3 ogłoszenia zamawiający zastrzegł ponadto, że wraz z wnioskiem o dopuszczenie o udziału w postępowaniu wykonawcy mają obowiązek złożyć oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu wskazane w sekcji III ogłoszenia.

Ustalono także, że do upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie o udziału w postępowaniu swój wniosek złożył także odwołujący. Odwołujący nie załączył do swego wniosku wykazu osób (wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 8 lutego 2018 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do uzupełnienia wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalfikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, do wykazu należy dołączyć oświadczenie, że osoby wskazane w wykazie posiadają ważne dokumenty potwierdzające wymagane uprawnienia. W uzasadnieniu wezwania zamawiający wskazał, że do wniosku nie dołączono ww. dokumentu.

Ustalono także, że pismem z 14 lutego 2018 r. odwołujący złożył wykaz osób. W wykazie tym odwołujący podał m.in. następujące informacje:

Imię i nazwisko	Informacje na temat uprawnień, kwalfikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia	Zakres wykonywanych czynności	Podstawa dysponowania
A.R.	180/2001 Uprawnienia do projektowania e specjalności sanitarnej, bez ograniczeń, wykształcenie wyższe, 10 letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku projektanta instalacji sanitarnych, przy projektach dla sektora wytwarzania branż energetycznej lub ciepłownictwa	Generalny Projektant, Kierownik Projektu, Projektant Prowadzący	Umowa o pracę

Tomasz Konradowski	Projektant branży ciepłno-technologicznej wykształcenie wyższe techniczne, 5- letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku projektanta technologa, przy projektach dla sektora wytwarzania branż energetycznej lub ciepłownictwa	Generalny Projektant, Kierownik Projektu, Projektant Prowadzący	Umowa o pracę
--------------------	--	--	------------------

Ustalono także, że zamawiający pismem z 7 marca 2018 r. powiadomił odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 131 e ust. 1 pkt 1 i ust. 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający wskazał, że *odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym kwalifikacji technicznej i/lub zawodowej. Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował co najmniej dwoma osobami posiadającymi kwalifikacje projektanta branży ciepłno-technologicznej, każda posiadająca wyższe wykształcenie technicznej odpowiedniej specjalności (energetyka lub mechanika lub inżynieria środowiska lub pokrewne) oraz co najmniej 5 – letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku projektanta technologa, przy projektach dla sektora wytwarzania branż energetycznej lub ciepłownictwa. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia wniosku wykazał dysponowanie tylko jedną osobą z ww. uprawnieniami. Tym samym wykonawca nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu w myśl art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.*

Zgodnie z art. 131 e ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, z *postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wyklucza się wykonawców,, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12 (...).* Z kolei z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wynika, że z *postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (...).*

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż nie potwierdził się żaden z zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Chybionym okazał się zarzut naruszenia art. 131 ust. 1 pkt 1 i art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Odwołujący w pierwszej kolejności wywiódł w odwołaniu, że zamawiający z naruszeniem ww. przepisów wykluczył go z udziału w postępowaniu, pomimo iż odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący podniósł, że w wyniku analizy wykazu osób złożonego przez niego przy piśmie z 14 lutego 2018 r. zamawiający

miał podstawy aby uznać, że odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania co najmniej 2 osobami posiadającymi kwalifikacje projektanta branży ciepłno-technologicznej, każda posiadająca wyższe wykształcenie techniczne odpowiedniej specjalności (energetyka lub mechanika lub inżynieria środowiska lub pokrewne) oraz co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku projektanta technologa, przy projektach dla sektora wytwarzania branż energetycznej lub ciepłownictwa.

Zamawiający w uzasadnieniu czynności wykluczenia wskazał, że odwołujący wykazał dysponowanie tylko jedną osobą, która odpowiadałaby ww. wymaganiom, tj. panem Tomaszem Konradowskim. Odwołujący podniósł natomiast, że ww. wymogi spełnia także wymieniona przez niego w wykazie osób pani A.R.. Odwołujący przyznał w treści odwołania, że pani R. została przeznaczona do pełnienia odrębnej funkcji projektanta branży sanitarnej, jednakże ponieważ zamawiający w ogłoszeniu zezwolił na posiadanie uprawnień łącznie, to pani A.R. może pełnić także funkcję projektanta branży ciepłno-technologicznej. Odwołujący wywiódł, że osoba ta odpowiada także wszystkim wymaganiom dla projektanta branży ciepłno-technologicznej, postawionym w ogłoszeniu i że powyższe zostało wykazane w uzupełnionym wykazie osób.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że z żadnego punktu uzupełnionego wykazu osób nie wynikało, aby pani A.R., zgodnie z wolą odwołującego, miała pełnić również funkcję projektanta branży ciepłno-technologicznej. Wbrew przeciwnie, znajdujący się w wykazie opis jej uprawnień i doświadczenia zawodowego prowadził do wniosku, że odwołujący przewidział ją wyłącznie do pełnienia funkcji projektanta branży sanitarnej. Dostrzeżenia wymagało bowiem, że opis jej uprawnień i doświadczenia był identyczny z opisem wymagań dla takiego właśnie projektanta. Wzięto także pod uwagę, że odwołujący w wykazie zupełnie inaczej opisywał uprawnienia i doświadczenia zawodowe osoby, jakiej zamierzał powierzyć stanowisko projektanta branży ciepłno-technologicznej. Na powyższe wskazywał z kolei opis uprawnień i doświadczenia pana T.K.. Odwołujący w treści odwołania ani nawet w trakcie rozprawy nie wyjaśnił dlaczego uważa, że zamawiający miał obowiązek domyślić się, że wolą odwołującego było powierzenie pani A.R. funkcji projektanta branży ciepłno-technologicznej. Zamawiający nie może samodzielnie decydować za wykonawcę, jakie stanowisko ma zajmować proponowana przez niego osoba. Dopiero w odwołaniu odwołujący po raz pierwszy ujawnił zamawiającemu swą wolę, aby pani R. pełniła także funkcję ww. projektanta. Dostrzeżenia wymagało, że odwołujący zobowiązany był wykazać spełnianie warunku udziału w postępowaniu przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że opisane w wykazie osób wykształcenie i doświadczenie zawodowe pani A.R. nie odpowiadało treści wymagania, postawionego w

ogłoszeniu wobec projektanta branży ciepło-technologicznej. W odniesieniu to takiego projektanta zamawiający postawił de facto dwa wymagania:

- a) posiadanie wyższego wykształcenia technicznego odpowiedniej specjalności (energetyka lub mechanika lub inżynieria środowiska lub pokrewne),
- b) posiadanie co najmniej 5-letniego doświadczenia zawodowego na stanowisku projektanta technologa, przy projektach dla sektora wytwarzania branż energetycznej lub ciepłownictwa.

Odnośnie wykształcenia pani A.R. odwołujący w wykazie osób ograniczył się do podania informacji, że posiada ona wykształcenie wyższe. Tymczasem zamawiający oczekiwał od projektanta nie tylko wykształcenia wyższego, ale technicznego i to odpowiedniej specjalności (energetyka lub mechanika lub inżynieria środowiska lub pokrewnego). W trakcie rozprawy odwołujący wyjaśnił, że skoro pani R. uzyskała w 2001 roku uprawnienia do projektowania w specjalności sanitarnej bez ograniczeń (co podano w wykazie osób), to zamawiający mógł z łatwością ustalić, jaki kierunek studiów ukończyła. W tym zakresie powołał się na przepisy Prawa budowlanego i aktów wykonawczych do tej ustawy.

Izba stwierdziła, że zgodnie z art. 14 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo budowlane z 7 lipca 1994 r. (Dz. U nr 89 poz. 414 ze zm.), obowiązującym w dacie uzyskania uprawnień przez panią A.R., uprawnienia budowlane były udzielane m.in. w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, ciepłych, wentylacyjnych i gazowych. W myśl art. 14 ust. 3 pkt 1 ww. ustawy, uzyskanie uprawnień budowlanych w specjalnościach, o których mowa w ust. 1, wymagało do projektowania bez ograniczeń i sprawdzania projektów architektoniczno-budowlanych m.in. posiadania wyższego wykształcenia odpowiedniego dla danej specjalności.

Z kolei wykształcenie odpowiednie do danej specjalności wynikało z aktu wykonawczego do ww. ustawy. W myśl § 3 ust. 1 rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia 30 grudnia 1994 r. (Dz.U. 1995 Nr 8, poz. 38) *do uzyskania uprawnień budowlanych w danej specjalności jest wymagane, w zależności od zakresu tych uprawnień, posiadanie odpowiedniego lub pokrewnego wykształcenia wyższego albo odpowiedniego wykształcenia średniego, odbycie wymaganej praktyki zawodowej i zdanie egzaminu bądź posiadanie co najmniej wykształcenia zasadniczego zawodowego, dyplomu mistrza i zdanie egzaminu.*

Z kolei § 3 ust. 2 rozporządzenia stanowił, że *wykaz kierunków wykształcenia odpowiedniego i pokrewnego dla poszczególnych specjalności uprawnień budowlanych określa załącznik nr 1 do rozporządzenia.* Wreszcie, jak wynikało z załącznika 1 do analizowanego rozporządzenia, aby ubiegać się o uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych,

gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, to jest takich, jakie uzyskała pani R. w 2001 roku, należało legitymować się wykształceniem wyższym na kierunkach architektura i urbanistyka lub budownictwo lub inżynieria środowiska. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że jedynie takimi informacjami ewentualnie mógłby dysponować zamawiający. Tymczasem, jak wynikało z warunku, zamawiający wymagał od projektanta branży ciepno-technologicznej posiadania wykształcenia wyższego technicznego na kierunku energetyka lub mechanika lub inżynieria środowiska lub pokrewne. Zatem, wbrew stanowisku odwołującego, zamawiający w oparciu o treść wykazu nie mógł ustalić, że wykształcenie pani Różyckiej odpowiada pierwszej części warunku udziału w postępowaniu.

Odnośnie drugiej części warunku Izba stwierdziła, że zamawiający wymagał od projektanta branży ciepno-technologicznej specyficznego doświadczenia ograniczonego do 5-letniego okresu pracy na stanowisku projektanta technologa i to przy projektach dla sektora wytwarzania branż energetycznej lub ciepłownictwa.

Tymczasem odwołujący podał w wykazie, że pani A.R. posiada 10-letnie doświadczenia na stanowisku projektanta instalacji sanitarnych, przy projektach dla sektora wytwarzania branż energetycznej lub ciepłownictwa.

Jak wynikało z opisu doświadczenia pani R. podanego w wykazie osób, posiadała ona wprawdzie dłuższe doświadczenie zawodowe, jednakże zdobyte na innym stanowisku, a mianowicie stanowisku projektanta instalacji sanitarnych. Izba wzięła pod uwagę, że projektant branży sanitarnej (a zatem osoba posiadająca uprawnienia do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: wodociągowych i kanalizacyjnych, ciepłych, wentylacyjnych i gazowych) mógł zdobywać doświadczenie nie tylko przy projektowaniu instalacji ciepłych, ale także wentylacyjnych, gazowych czy wodociągowych i kanalizacyjnych. Tymczasem zamawiającego interesowało wyłącznie doświadczenie osoby zdobyte na stanowisku projektanta technologa.

Odwołujący wprawdzie wywodził w trakcie rozprawy, że w wykazie podano, iż pani R. zdobyła doświadczenie przy projektach dla sektora wytwarzania branż energetycznej lub ciepłownictwa. Jednakże – jak słusznie wskazał zamawiający – również przy projektach dla sektora wytwarzania branż energetycznej lub ciepłownictwa, pani R. mogła zajmować się projektowaniem nie tylko technologii ciepłych, ale także instalacji wentylacyjnych, gazowych czy wodociągowych i kanalizacyjnych. Nie tylko projekt, ale także zajmowane podczas wykonywania tego projektu stanowisko limitowało wymagane przez zamawiającego doświadczenie.

Izba w konsekwencji stwierdziła zatem, że wbrew stanowisku odwołującego nie zdołał on wykazać zamawiającemu, że pani A.R. posiada doświadczenie zawodowe wymagane w warunku.

Dostrzeżenia wymagało, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę, gdy ten nie wykaże spełnienia warunku. Poprzez użycie słowa „wykazać”, ustawodawca przesądził, że istotnym elementem jest nie tylko spełnianie warunku przez wykonawcę, ale także konieczność należytego wykazania (uzewnętrznienia) tego faktu w sposób wskazany w ogłoszeniu. Jeżeli zatem w treści uzupełnionego wniosku osób próżno było szukać wymaganych oświadczeń, to obowiązkiem zamawiającego było wykluczenie odwołującego z powodu niewykazania spełnienia warunku.

Przy rozstrzygnięciu zarzutu Izba zobowiązana była pominąć oświadczenie firmy Energotechnika Engineering sp. z o.o. z 12 marca 2018 r., jakie odwołujący załączył do odwołania. W ww. oświadczeniu podmiot ten oświadczył, że pani R. posiada dyplom na kierunku inżynieria i ochrona środowiska oraz 10-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku projektanta technologa dla sektora wytwarzania branż energetycznej lub ciepłownictwa. Dostrzeżenia wymagało, że odwołujący nie złożył zamawiającemu analogicznego oświadczenia w wykazie osób. Zamawiający ocenił spełnienie warunków na podstawie takich oświadczeń i dokumentów, jakie odwołujący zdecydował się mu ujawnić. W sytuacji, gdy zamawiający decyduje się na wykluczenie odwołującego z powodu dostrzeżonych braków, odwołujący nie może kwestionować takiej czynności usuwając brak na etapie postępowania odwoławczego. Takie działanie odwołującego potwierdza wręcz, że czynność wykluczenia była prawidłowa. Jeżeli bowiem, celem udowodnienia spełnienia warunku, wykonawca musi odwołać się w toku postępowania odwoławczego do dodatkowych, nieznanym zamawiającemu oświadczeń, to świadczy to o prawidłowości czynności zamawiającego.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący wywiódł, że zamawiający zaniechał wezwania go do uzupełnienia oświadczeń potwierdzających spełnianie spornego warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wywiódł, że wezwanie, jakie zamawiający skierował do niego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w dniu 8 lutego 2018 r., było wezwaniem nieprecyzyjnym. Argumentował, że zamawiający wystosował do niego jedynie ogólne wezwanie do przedłożenia wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia.

Podkreślenia wymaga, że - jak jednolicie przyjmuje się w orzecznictwie Izby - wezwanie do uzupełnienia kierowane do wykonawców w trybie art. 26 ust. 3 Pzp może być wystosowane tylko jeden raz w odniesieniu do tego samego oświadczenia. Rzeczywiście dopuszcza się powtórzenie czynności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ale dotyczy to wyłącznie sytuacji, gdy pierwsze wezwanie było nieprawidłowe lub niekompletne. W orzecznictwie Izby wskazuje się, że szczegółowość wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zależy od okoliczności danej sprawy. Jeżeli wykonawca złoży wraz z ofertą lub wnioskiem oświadczenia lub dokumenty usiłując wykazać spełnienie warunku, lecz

oświadczenie lub dokumenty te - zdaniem zamawiającego - nie potwierdzają spełnienia warunku, to niewystarczającym jest samo wezwanie do usunięcia braku, bez wyjaśnienia przyczyn wezwania. W takiej sytuacji w wezwaniu zamawiający powinien bowiem nie tylko wskazać, jakie oświadczenia lub dokumenty należy uzupełnić, ale także wyjaśnić, dlaczego dotychczas złożone oświadczenia lub dokumenty okazały się niewystarczające. Jeżeli jednak wykonawca w ogóle nie składa wymaganego oświadczenia lub dokumentu, to wystarczające jest wezwanie go do ich uzupełnienia, ze wskazaniem, że przyczyną wezwania jest brak niezbędnego oświadczenia lub dokumentu.

W ocenie Izby, wbrew stanowisku odwołującego, wezwanie z dnia 8 lutego 2018 r. okazało się prawidłowe i precyzyjne. Dostrzeżenia wymagało, że odwołujący pomimo obowiązku nałożonego w ogłoszeniu o zamówieniu w ogóle nie złożył wraz z wnioskiem wykazu osób, koniecznego celem wykazania warunku określonego w pkt III.2.3. ogłoszenia.

W tej sytuacji, zamawiający w piśmie z dnia 8 lutego 2018 r. zasadnie wezwał go do uzupełniania brakującego dokumentu. Jako przyczynę wezwania do uzupełnienia wykazu osób, zamawiający wskazał na brak takiego dokumentu we wniosku. W opisywanej sytuacji faktycznej wezwanie i jego uzasadnienie okazało się prawidłowe i zgodne z rzeczywistością. W szczególności zamawiający nie miał obowiązku przytaczania warunku udziału w postępowaniu, którego wykonawca nie wykazał. Oczywistym jest bowiem, że wykaz osób, jest składany celem wykazania warunku dysponowania potencjałem kadrowym. Zarzut nie znalazł zatem potwierdzenia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym.

Wobec oddalenia wszystkich zarzutów, za chybione uznano także zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

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 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 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 rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), 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 kwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. W analizowanej sprawie żaden z zarzutów odwołania nie znalazł potwierdzenia, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 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 J., Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., J. J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W niniejszej sprawie odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił w całości odwołujący. Zatem to tę stronę Izba obciążyła całością kosztów postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b, § 5 ust. 4 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.). Wobec powyższego o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji

Przewodniczący: