

Sygn. akt: KIO 1340/17

WYROK

z dnia 14 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 czerwca 2017 r. przez wykonawcę **S. I. P. Sp. z o.o. z siedzibą we W.**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w K.**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **P. R. D.-M. S.A. z siedzibą w N.**, **M. Ł. S.A. z siedzibą w Ł.**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża S. I. P. Sp. z o.o. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od S. I. P. Sp. z o.o. na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P. R. D.-M. S.A., M. Ł. S.A. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty uczestnika postępowania 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 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w K. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Rozbudowa DW 975 P. – B.– D., zad. 1 – odc. S. – D. – zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych.*

W dniu 30 czerwca 2017 r. wykonawca S. I. P. Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum: P. R. D.-M. S.A., M. Ł. S.A. i zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w cz. II SIWZ określił wymagania podmiotowe, jakie muszą wykazać wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia oraz opisał sposób ich weryfikacji. Zgodnie z postanowieniem cz. II pkt 3.1.3.2 ppkt 2 SIWZ Zamawiający wymagał m.in. na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dysponowania przez wykonawcę m.in. Projektantem o specjalności drogowej oraz Kierownikiem budowy. Zamawiający wymagał m.in., aby osoba na stanowisko Kierownika budowy posiadała uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej oraz legitymowała się: uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej bez ograniczeń oraz doświadczeniem w sprawowaniu funkcji kierownika budowy przy realizacji co najmniej dwóch zakończonych robót polegających na budowie, rozbudowie lub odbudowie drogi publicznej klasy co najmniej G lub odpowiadającej tej klasie. W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia oraz wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli złożyć JEDZ, stanowiący wstępne potwierdzenie spełnienia warunków udziału oraz – na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp – właściwe dokumenty i oświadczenia podmiotowe. Informacje na temat niezbędnych do wykonania zamówienia kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia osób skierowanych do realizacji należało podać celem wykazania spełnienia warunku, o którym mowa w cz. II pkt 3.1.3.2. SIWZ także w załączniku nr 6 do oferty.

Odwołujący podał, że Konsorcjum PRDM wezwaniem w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zostało zobowiązane do przedłożenia wykazu osób na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w cz. II pkt 3.1.3.2. SIWZ. Zamawiający wskazał w wezwaniu, że

osoby Pana M. J. (jako Projektanta o specjalności drogowej) oraz Pana M. C. (jako kierownika Budowy) nie zostały wskazane w żadnym ze złożonych przez Wykonawcę formularzy JEDZ (cz. IV Sekcja C Kryteria kwalifikacji) ani też w żadnej innej jego części, tj. w formularzu JEDZ dotyczącym przedsiębiorstwa Spółki P. R. D.-M. S.A. ani przedsiębiorstwa Spółki M. Ł. S.A. W uzupełnieniu oświadczeń i dokumentów Konsorcjum PRDM pismem z 12 maja 2017 r. przesłało wykaz osób, w którym na stanowisko Projektanta o specjalności drogowej i wskazało osobę Pana M. J. oraz na stanowisko Kierownika budowy Pana M. Ch. Do złożenia wykazu osób Konsorcjum zostało wezwane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. W piśmie z dnia 29 maja 2017 r. oświadczyło, że ww. osoby są osobami wskazanymi na potwierdzanie spełnienia warunków określonych w cz. II pkt 3.1.3.2 SIWZ. Następnie Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, wezwał Konsorcjum PRDM do wyjaśnienia, czy doświadczenie P. M. J. obejmowało również pozyskanie decyzji ZRID dla wskazanego w Wykazie zadania *Dobudowa drugiej jezdni obwodnicy miasta K.(2) w ciągu drogi krajowej nr 28 na odcinku od km 233+342 do km 235+000* oraz czy uprawnienia P. M. Ch. podanego na stanowisko Kierownika Budowy stanowią uprawnienia bez ograniczeń, jak również do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy JEDZ a treścią wykazu, polegającą na niewskazaniu w formularzu JEDZ ww. osób. Ponadto w uzupełnieniu wezwania Zamawiający wskazał, że zgodnie z podanymi w wykazie osób informacjami osoba proponowana na stanowisko Kierownika budowy P. M. C.. (jako Kierownik budowy) posiada wykształcenie średnie i uprawnienia do kierowania robotami wydane w 1991 r. na podstawie obowiązującego ówczas rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych, które to rozporządzenie przewidywało możliwość uzyskania uprawnień bez ograniczeń wyłącznie przez osoby posiadające wyższe wykształcenie. Konsorcjum PRDM w odpowiedzi na wezwanie potwierdziło m.in., że ww. osoby spełniają warunek udziału w postępowaniu i jednocześnie przedłożyło kopię decyzji o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie nadającej uprawnienia Panu M. C. oraz wskazało, że zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 104 ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane uprawnienia budowlane uzyskane pod rządami poprzednio obowiązujących przepisów pozostają w mocy, a ich zakres nie ulega zmianie, w momencie wydawania decyzji nadającej uprawnienia. Konsorcjum wskazało, że obowiązujące wówczas przepisy prawa nie posługiwały się pojęciem uprawnień budowlanych bez ograniczeń i w ograniczonym zakresie (podział taki został wprowadzony ustawą z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, która weszła w życie z dniem 1 stycznia 1995 r.) Decyzje wydawane pod rządami poprzednio obowiązujących przepisów należało zatem interpretować w świetle wówczas obowiązujących przepisów prawa stanowiących podstawę do ich wydania. Odwołujący podniósł, że z wyjaśnień wynikało, że uprawnienia P. M. C.. są ograniczone,

odnoszą się bowiem do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie dróg oraz typowych przepustów o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, wobec czego nie potwierdzają posiadania uprawnień, jakich wymagał Zamawiający, a mianowicie uprawnień do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej. Ponadto zgodnie z § 5 ust. 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z 20 lutego 1975 r. osoby ze średnim wykształceniem technicznym mogą pełnić samodzielne funkcje techniczne obejmujące kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie techniczne budowy i robót wyłącznie przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych objętych daną specjalnością techniczno-budowlaną, a zatem osoba posiadająca średnie wykształcenie (np. techniczne) nie mogła posiadać uprawnień budowlanych bez ograniczeń (tj. dotyczących wszelkich dróg, a nie tylko tych o znanych powszechnie rozwiązaniach konstrukcyjnych). Powyższe doprowadziło Zamawiającego do wniosku, że Konsorcjum PRDM nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu (pismo Zamawiającego z 5 czerwca 2017 r.).

Odwołujący podkreślił, Konsorcjum w wyjaśnieniach z 29 maja 2017 r. samodzielnie, pomimo braku wezwania ze strony Zamawiającego, prowadząc niejako negocjacje z Zamawiającym, zaproponowało na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu stanowisko Kierownika budowy Pana M. Z. Z analizy wyjaśnień i dokumentów złożonych Zamawiającemu co do osoby Pana M. C., jak i Pana M. Z., wynika, że obaj nie spełniali wymogów określonych w SIWZ. Doświadczenie P. M. Z. obejmowało sprawowanie funkcji Kierownika budowy przy realizacji robót polegających na przebudowie drogi, a nie na budowie, rozbudowie lub odbudowie drogi publicznej klasy co najmniej G lub odpowiadającej tej klasie. Wyjaśnienia PRDM i Mosty polegające na uzupełnieniu treści wykazu osób, które zostały uzupełnione winny skutkować wykluczeniem tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, w związku z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający nie miał podstaw do wzywania Konsorcjum PRDM w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp do przedłożenia kolejnego wykazu osób na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Dalej Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na kolejne wezwanie do złożenia wykazu osób Konsorcjum PRDM wskazało trzecią już osobę Pana M. B. jako Kierownika budowy, przedkładając nowy wykaz osób (2), gdyż dwaj pozostali, tj. M. C. z wykazu 1 oraz M. Z. przedstawiony w ramach samodzielnego uzupełnienia zostali ocenieni negatywnie przez Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że w procedurze odwróconej badanie JEDZ ma miejsce w odniesieniu do wykonawcy, który uzyska najwyższą ilość punktów (art. 24 aa ust. 1 ustawy Pzp), a zatem Zamawiający ocenia oferty, następnie bada JEDZ, wzywając w razie potrzeby do uzupełnień i wyjaśnień (art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp) lub/i uzupełnienia dokumentu JEDZ w zakresie potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu o dokumenty które wskazał w SIWZ, w tym na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Oświadczenie Konsorcjum PRDM zastępuje dokumenty, których co do zasady Zamawiający żąda na podstawie art. 26 ust. 1 – art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu wykonawcy składali formularze JEDZ, jak również dodatkowe dokumenty zgodnie ze SIWZ na wezwanie. W wielokrotnych wezwaniach Zamawiającego do Konsorcjum PRDM ujawniono następujące błędy:

- brak wypełnienia JEDZ w części dotyczącej warunków na potwierdzenie spełnienia udziału w postępowaniu u obu podmiotów tworzących konsorcjum firm,
- brak złożenia Wykazu osób na potwierdzenie spełnienia warunków udziału wg wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do oferty,
- złożenie Wykazu osób (1), które nie potwierdzało spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

Odwołujący podniósł, że zgodnie poglądem wyrażonym przez Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) m.in. w wyroku z 11 maja 2017 C-131/16, wzywaniu wykonawców do uzupełnienia oferty o dokumenty, których do pierwotnej oferty nie załączono jest niedopuszczalne. Wedle ww. orzeczenia, wykonawcom wolno jedynie wyjaśniać/sprostować omyłki, o ile takie wyjaśnienie/sprostowanie nie będzie prowadziło do zmiany treści oferty. Odwołujący wskazał, że powyższy wyrok został wydany na podstawie poprzednio obowiązującej dyrektywy, jednak treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp po nowelizacji z 2016 r. nie uległa radykalnej zmianie. Gdyby uznać, że powyższy pogląd nie jest trafny, to należy wskazać, że uzupełnienie treści złożonego wykazu osób samodzielnie przez Konsorcjum PRDM, pomimo braku wyraźnej podstawy prawnej do samodzielnego składania dokumentów, nie może prowadzić do złamania zasady jednokrotne uzupełniania wadliwych lub/i niekompletnych dokumentów i oświadczeń. Samodzielne uzupełnienie, o ile w ogóle dopuszczalne, może nastąpić nie więcej niż jeden raz, czy to w przypadku dokonania samodzielnego uzupełnienia, czy też w przypadku zastosowania wezwania do uzupełnienia dokumentu przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednokrotność uzupełnienia potwierdza także Urząd Zamówień Publicznych po nowelizacji ustawy Pzp w opinii zamieszczonej na stronach Urzędu. Wskazanie osoby na stanowisko Kierownika budowy M. C. a następnie M. Z., a ostatecznie w uzupełnionym (zmienionym) wykazie osób M. B. stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp. Ponadto dokumenty i oświadczenia

złożone przez Konsorcjum PRDM nie budziły wątpliwości interpretacyjnych i nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu, stąd wzywianie do składania wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia i dokumenty (także w zakresie uzupełnionym) nie potwierdziły spełnienia warunków udziału w postępowaniu, stanowi naruszenie zasady jednokrotnego wezwania o uzupełnienie dokumentu.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonał oceny spełnienia warunku, co do drugiej osoby zaproponowanej przez Konsorcjum PRDM Pana M. Z., wypełniając tym samym zasadę jednokrotnego wezwania z art. 26 ust 3 ustawy Pzp. Oznacza to, że Zamawiający aprobując niezgodne z ustawą PZP działanie Konsorcjum PRDM i M. Ł. wystosował wezwanie, do którego nie mógł mieć już zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wobec czynności dokonania czynności uzupełnienia wykazu podjętej samodzielnie przez PRDM i M. Ł. Konsekwencje takiego działania winien ponieść wykonawca, który nie może korzystać z możliwości i szans kilkukrotnego uzupełniania dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że w wykonaniu wezwania w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp (pismo Zamawiającego z 25 maja 2017 r.) Konsorcjum PRDM przedstawiło wykaz osób (1), który nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ponadto w wyniku wyjaśnień dokumentów przedłożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu brak było podstaw prawnych i faktycznych do kolejnego wzywania do złożenia wykazu osób (2) zastępującego istniejący, który uzasadniał wykluczenie Wykonawcy i odrzucenie oferty, zważywszy dodatkowo na fakt uzupełnienia treści Wykazu osób alternatywną propozycją osoby Kierownika budowy Panem M. Z. Samodzielne uzupełnienie treści dokumentu wyczerpało możliwość i podstawy prawne do ponownego kierowania wezwań o przedłożenie wykazu osób. Odmienny pogląd prowadziłby do wniosku, że możliwe jest wielokrotne uzupełnianie dokumentu o nowe treści, które nie zostały przedstawione w dacie składania ofert, co byłoby naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, skoro Konsorcjum PRDM samodzielnie, bez wezwania Zamawiającego, uzupełniło wymagane oświadczenia lub/i dokumenty i nie było podstawy do odmowy dokonania oceny spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu na podstawie samodzielnie złożonego oświadczenia lub dokumentu, to niezasadne i nieuprawnione było kolejne wezwanie o złożenie nowego Wykazu osób. Zamawiający nie ma podstawy prawnej do zwrotu wykonawcy dokumentu lub oświadczenia złożonego bez wezwania, nie ma także podstawy do odmowy dokonania oceny złożonego dokumentu. Wykonawca jednak samodzielnie, bez wezwania, składając dokument musi przyjąć na siebie ryzyko, że przedłożony dokument nie będzie dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku. W sytuacji samodzielnego uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, o których

mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, wykonywanie takiego obowiązku przez zamawiającego jest bezprzedmiotowe. Nie do pogodzenia z zasadą równego traktowania jest pogląd, że wobec faktu, iż wykonawca sam uzupełnił dokument nie czekając na wezwanie zamawiającego, to może skorzystać z ponownej możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, domagając się formalnego wypełnienia obowiązku zamawiającego.

Z ostrożności Odwołujący podniósł alternatywny zarzut uzupełnienia treści oferty z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wskazał, że przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp dopuszcza możliwość żądania wyjaśnień do treści oferty oraz określa jako niedopuszczalne prowadzenie negocjacji dotyczących jej treści, z wyjątkiem zmian dopuszczalnych zgodnie z ust. 2. W stanie faktycznym niniejszej sprawy Konsorcjum PRDM złożyło nowe oświadczenie i nowy dokument co do sposobu wykonania zamówienia przy udziale innej osoby na stanowisku Kierownika budowy, niż pierwotnie wskazana w oświadczeniach i dokumentach składających się na treść oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum PRDM jako najkorzystniejszej, powtórzenia czynności oceny i badania ofert, wykluczenia Konsorcjum PRDM z postępowania i uznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą oraz dokonania oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Konsorcjum: P. R. D.-M. S.A., M. Ł. S.A., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba rozpoznała sprawę merytorycznie mimo uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, z uwagi na wniesienie sprzeciwu wobec tego uwzględnienia przez wykonawcę, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (art. 186 ust. 4 ustawy Pzp).

Izba ustaliła, że postępowanie zostało wszczęte w dniu 9 lutego 2017 r., zatem do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Odwolanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W cz. II pkt 3.1.3.2 SIWZ Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca miał wykazać dysponowanie:

- 1) osobą na stanowisko projektanta w specjalności drogowej, posiadającą uprawnienia do projektowania dróg bez ograniczeń oraz doświadczenie zawodowe polegające na opracowaniu co najmniej dwóch dokumentacji projektowych (wraz z uzyskaniem decyzji ZRID lub decyzji równoważnych) na budowę, rozbudowę lub odbudowę drogi publicznej klasy co najmniej G lub odpowiadającej tej klasie,
- 2) osoba na stanowisko Kierownika budowy, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej oraz doświadczenie w sprawowaniu funkcji kierownika budowy przy realizacji co najmniej dwóch zakończonych robót polegających na budowie, rozbudowie lub odbudowie drogi publicznej klasy co najmniej G lub odpowiadającej tej klasie.

W celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli złożyć dokument JEDZ (cz. II pkt 4.1.1 SIWZ). Zgodnie z postanowieniem cz. II pkt 4.3.1 SIWZ Zamawiający przed udzieleniem zamówienia wezwał wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 4 maja 2017 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w tym do złożenia wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia, w zakresie określonym w cz. II pkt 3.1.3.2 SIWZ. W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący przedłożył wykaz osób, w którym na stanowisko projektanta o specjalności drogowej wskazał pana M. J., a na stanowiska kierownika budowy – pana M. C.

Pismem z 25 maja 2017 r. Zamawiający wezwał Przystępującego (jako podstawę wezwania wskazując art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp) do wyjaśnienia m.in. rozbieżności polegającej na niewskazaniu w formularzach JEDZ panów M. J. i M. C. Ponadto Zamawiający zażądał wyjaśnień następujących kwestii:

- czy wskazane w wykazie doświadczenie pana M. J. obejmowało pozyskanie dla podanej inwestycji decyzji ZRID lub decyzji równoważnej,
- czy wskazane w wykazie uprawnienia pana M. C. stanowią uprawnienia bez ograniczeń.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący wyjaśnił, że:

- osoby wskazane w wykazie są osobami wskazanymi do pełnienia funkcji określonych w cz. II pkt 3.1.3.2 SIWZ i niezamierzenie (przez przeoczenie) nie zostały wpisane w dokumencie JEDZ załączonym do oferty (przystępujący podał właściwe brzmienie zapisów, które powinny znaleźć się w cz. IV sekcja C JEDZ);
- wskazane w wykazie doświadczenie pana M. Jurka obejmowało pozyskanie decyzji ZRID z dnia 21 lutego 2013 r.,
- uprawnienia pana M. C. muszą być uprawnieniami bez ograniczeń, gdyż sam Zamawiający zaakceptował tę osobę w innym postępowaniu przetargowym; uprawnienia budowlane uzyskane pod rządami przepisów obowiązujących przed wejściem w życie ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, pozostają w mocy, a ich zakres nie ulega zmianie; w momencie wydawania decyzji z dnia 23 października 1991 r. przepisy prawa nie posługiwały się pojęciem uprawnień budowlanych bez ograniczeń i w ograniczonym zakresie, podział taki dotyczy wyłącznie decyzji wydanych po dniu 1 stycznia 1995 r.

Jednocześnie Przystępujący wskazał, że *w przypadku gdyby Zamawiający zmienił zdanie co do kwalifikacji Pana M. C. PRDM S.A. dysponuje innymi osobami spełniającymi wymagania ZDW Kraków oraz proponuje na stanowisko Kierownika Budowy Pana mgr inż. M. Z. (...)*. Przystępujący wskazał w piśmie kwalifikacje zawodowe i doświadczenie ww. osoby.

Pismem z 5 czerwca 2017 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia wykazu osób potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w cz. II pkt 3.1.3.2.2 SIWZ. Zamawiający wskazał, że pan M. C., wskazany na stanowisko kierownika budowy, nie spełnia wymagań dotyczących posiadania uprawnień do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej. Zamawiający przedstawił uzasadnienie takiej oceny. Ponadto Zamawiający poinformował: *nadmienia się, iż wskazana w wyjaśnieniach Wykonawcy osoba p. M. Z., którą to Wykonawca samodzielnie zaproponował alternatywnie na stanowisko Kierownika*

Budowy (abstrahując od faktu, iż powyższa czynność Wykonawcy była nieuprawniona w świetle braku stosownego wezwania ze strony Zamawiającego i jako taka nie może zostać przyjęta w trybie uzupełniania dokumentów) również nie spełnia wymogów warunku udziału w postępowaniu (...).

Pismem z 12 czerwca 2017 r. Przystępujący przedstawił nowy wykaz osób, w którym na stanowisko kierownika budowy wskazał pana M. B.

W dniu 20 czerwca 2017 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 26 ust. 3 i 4, a także art. 87 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Izba nie dopatryła się w działaniach Zamawiającego naruszenia żadnego z ww. przepisów.

Prawidłowość wezwania skierowanego w dniu 4 maja 2017 r. na podstawie art. 26 ust. 1 nie była przez Odwołującego kwestionowana. Nie stanowiła również przedmiotu sporu prawidłowość wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp po uprzednim skierowaniu wezwania z art. 26 ust. 1 tej ustawy. Ponadto bezsporna była okoliczność spełniania wymagań określonych w SIWZ przez pana M. B., wskazanego w wykazie osób uzupełnionym w dniu 12 czerwca 2017 r. Jak wynika ze stanowiska Odwołującego, który na rozprawie doprecyzował, w której konkretnie czynności upatruje niezgodności z przepisami ustawy, istotą sporu była czynność wezwania do uzupełniania wykazu dokonana pismem z 5 czerwca 2017 r., mimo uprzedniego przedstawienia przez Przystępującego z własnej inicjatywy (bez wezwania) nowej osoby na stanowisko kierownika budowy.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Art. 26 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Podzielając stanowisko, zgodnie z którym niedopuszczalne jest wielokrotne wzywanie przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w tym samym zakresie, nie sposób

dopatrzyć się naruszenia tej zasady w przedmiotowej sprawie. Pierwsze z wezwań skierowane zostało na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy i bezsporne jest, że w sytuacji niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu złożonymi w odpowiedzi na to wezwanie dokumentami Zamawiający zobowiązany był zastosować procedurę z art. 26 ust. 3 ustawy. Przeprowadzenie tej procedury zostało w niniejszej sprawie poprzedzone wezwaniem Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących przedstawionego wykazu osób. Mimo że jako podstawę tego wezwania Zamawiający wskazał art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, to treść pisma nie pozostawia wątpliwości, że nie było ono wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, a wyłącznie wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów wcześniej przedstawionych. Zamawiający przedstawił w nim swoje wątpliwości co do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu i zwrócił się o wyjaśnienie w kwestiach, które te wątpliwości wywoływały.

Należy mieć na uwadze, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z jednej strony statuuje po stronie Zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w sytuacji, gdy złożone dokumenty są wadliwe, z drugiej zaś strony kształtuje po stronie wykonawcy uprawnienie do umożliwienia mu takiego uzupełnienia. Aby to uprawnienie zostało prawidłowo zrealizowane, zamawiający musi zakomunikować wykonawcy, jak ocenił złożone dokumenty, jakie błędy w nich dostrzegł i w jakim zakresie konieczna jest ich poprawa lub uzupełnienie. Wezwanie spełniające te warunki Przystępujący otrzymał jeden raz, w piśmie z 5 czerwca 2017 r. Natomiast wezwanie wcześniejsze, z 25 maja 2017 r., jak wyżej wskazano, zobowiązywało jedynie do wyjaśnienia kwestii budzących wątpliwości Zamawiającego. Na podstawie tego wezwania Przystępujący nie wiedział, jak ostatecznie wykaz zostanie oceniony i ewentualnie w jakim zakresie zostanie zakwestionowany. Nie można więc stwierdzić, że wezwanie z 25 maja 2017 r. stanowiło realizację obowiązku Zamawiającego i jednocześnie uprawnienia wykonawcy, wynikających z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający sam stwierdził w piśmie z 5 czerwca 2017 r., że nie oceniał osoby zaproponowanej w wyjaśnieniach na stanowisko kierownika budowy zamiast pana M. C., a jedynie na marginesie poinformował, że również ta osoba nie spełnia wymagań opisanych w SIWZ. Z pisma Zamawiającego wyraźnie wynika natomiast, że powodem wystosowania wezwania było negatywne ocenienie spełniania wymagań przez pana M. C., nie zaś przez pana M. Z.. Nie można więc stwierdzić, jak podnosił Odwołujący, że dopiero trzecia osoba zaproponowana na stanowisko kierownika budowy, spełniła wymagania opisane w SIWZ, drugiej z tych osób Zamawiający bowiem de facto nie poddał ocenie.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że Zamawiający nie naruszył przepisów art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, jednokrotnie bowiem wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, co poprzedził wezwaniem do wyjaśnienia treści złożonego wykazu osób. Skoro więc procedura uzupełnienia dokumentów została przeprowadzona prawidłowo, to w konsekwencji nie zaistniały podstawy do wykluczenia Przystępującego z postępowania, a zatem nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że nie sposób dopatrzeć się związku pomiędzy zakwestionowanymi czynnościami i zaniechaniami Zamawiającego a dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, którego naruszenie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, a który stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Należy wziąć pod uwagę, że przedstawione w odwołaniu zarzuty dotyczyły oceny sytuacji podmiotowej wykonawcy, natomiast przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do treści oferty w znaczeniu przedmiotowym, wskazanie tego przepisu jest więc nieadekwatne do kwestionowanych działań Zamawiającego. Ponadto niezrozumiałe jest zarzucenie naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Odwołujący nie wykazał, aby w niniejszej sprawie zamówienie zostało jakimkolwiek wykonawcy udzielone, zatem już tylko z tego powodu nie mogło dojść do naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 3 pkt 2 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 z późn. zm.).

Przewodniczący: