

Sygn. akt: KIO 2798/20

**WYROK
z 24 listopada 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie 19 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 października 2020 r. przez wykonawcę IBG Instalbud Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Oczyszczalnię Ścieków Warta S.A. z siedzibą w Częstochowie,

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1 unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
 - 1.2 unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego - IBG Instalbud Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie z postępowania,
 - 1.3 dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego - IBG Instalbud Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Oczyszczalnię Ścieków Warta S.A. z siedzibą w Częstochowie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego - IBG Instalbud Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego - Oczyszczalni Ścieków Warta S.A. z siedzibą w Częstochowie na rzecz Odwołującego - IBG Instalbud Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

Uzasadnienie

Oczyszczalnia Ścieków Warta S.A. z siedzibą w Częstochowie (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Budowa i przebudowa infrastruktury na terenie Oczyszczalni Ścieków WARTA S.A. w Częstochowie przy ul. Srebrnej 172/188”, numer: 9/TEN/2020, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 28 sierpnia 2020 r. pod numerem 578996-N-2020. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

28 października 2020 r. wykonawca IBG Instalbud Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (Dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b. pkt. 3 Pzp w zw. z art. 22a. ust. 4 Pzp przez wykluczenia Odwołującego z postępowania, podczas gdy Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku posiadania zdolności technicznych lub zawodowych;
2. art. 22a ust. 1 Pzp w zw. z art. 22a. ust. 4 Pzp przez niezgodne z prawem uznanie, że Apator Elkomtech S.A. (dalej: Apator) - podmiot trzeci, na którego zdolności w zakresie kwalifikacji zawodowych osób, które zostały przedstawione w ofercie do realizacji usługi wykonania autoryzowanych prac serwisowych oferowanych rozdzielnic szufladowych n/n w wykonaniu kwasoodpornym AISI 316-0,4 kV powołał się Odwołujący, nie był uprawniony do wystawienia swoim pracownikom imiennych certyfikatów poświadczających przygotowanie zawodowe;

w wyniku czego doszło do naruszenia:

3. art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp przez ich zastosowanie i unieważnienie postępowania wobec uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, mimo że była najkorzystniejsza w ustalonym kryterium oceny ofert;
4. zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynikających z art. 7 ust. 1 Pzp, w wyniku czego Zamawiający dopuścił się wobec Odwołującego naruszenia zasad przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania w prowadzonym postępowaniu, przez dokonanie po upływie terminu

składania ofert, niezgodnej z literalnym brzmieniem wykładni warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz czynności unieważnienia postępowania;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zawiadomieniem z 23 października 2020 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania wobec nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, zgodnie z warunkiem postawionym w SIWZ rozdz. VI pkt 3 ppkt 3 lit. b tiret pierwszy, który brzmiał:

„Wykonawca spełni warunek w postępowaniu, jeżeli wykaze, że dysponuje personelem technicznym:

- minimum trzy osoby posiadające imienne aktualne certyfikaty do wykonywania autoryzowanych prac serwisowych oferowanych rozdzielnic szufladowych N/N w wykonaniu kwasoodpornym AISI 316-0,4 kV. Wykonawca wraz z podaniem ilości osób, musi przedstawić informacje na temat ich kwalifikacji (imienne aktualne certyfikaty) zawodowych, uprawnień, zakresu wykonania czynności oraz informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami”.

Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia stanowił Załącznik nr 5 do SIWZ. Na końcu wykazu zamieszczono w uwagach informację dla wykonawców, że dla każdej osoby wymienionej w tabeli należy przedstawić kserokopię certyfikatu, uprawnień potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Odwołujący złożył żądany wykaz, w którym w punktach 4-6 wskazał osoby skierowane do realizacji autoryzowanych prac serwisowych i złożył imienne certyfikaty dla tych osób, które jednak w ocenie Zamawiającego nie potwierdziły uprawnień tychże osób do wykonywania autoryzowanych prac serwisowych. Zamawiający nie uznał za wystarczające certyfikatów imiennych wystawionych dla wskazanych w wykazie trzech osób przez producenta podzespołów - duńską firmę CUBIC Modulsystem A/S (dalej: Cubic). Zamawiający uznał, że zakres uprawnień wynikający tych certyfikatów był zbyt wąski.

Na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty, Odwołujący złożył m.in. oświadczenie firmy CUBIC z 25 września 2020 r. potwierdzające, że ww. osoby jako pracownicy firmy Apator przeszli pełne przeszkolenie w zakresie projektowania, obsługi

i serwisowania rozdzielnic kasetowych z modułami wysuwnymi (szufladowymi). Producent wyjaśnił również w ww. oświadczeniu, że nazwa rozdzielnica szufladowa jest potoczną nazwą rozdzielnicy w wykonaniu kasetowym z modułami wysuwnymi, oraz że projektowanie, obsługa i serwisowanie rozdzielnic kasetowych z modułami wysuwnymi (szufladowymi) jest identyczna dla rozdzielnic wykonanych z blach stalowej malowanej, jak i z blachy kwasoodpornej AISI 316.

23 września 2020 r. Odwołujący uzupełnił z kolei na wezwanie Zamawiającego ofertę o tłumaczenia imiennych certyfikatów firmy Cubic wraz z certyfikatami, z których jednoznacznie wynikało, że osoby wskazane w certyfikatach imiennych posiadały uprawnienia do serwisowania tych urządzeń, albowiem zakres szkoleń obejmujący m.in.: projektowanie, konstruowanie, testy i raporty z testów z pracy zgodnie z IEC/UL, które są czynności serwisowymi uprawniały te osoby do serwisowania urządzeń w powyższym zakresie. Logicznym jest, że wytwórca (producent) urządzeń, może je również serwisować, może zatem również prowadzić odpowiednie szkoleniowa i cedować na uczestników takich szkoleń uprawnienia do serwisowania urządzeń. Firma Apator była beneficjentem certyfikatów Cubic, wobec czego była upoważniona do nadania stosownych uprawnień osobom wskazanym w wykazie. Apator był bowiem autoryzowanym przedstawicielem i partnerem Cubic Modulsystem A/S.

Powyższe informacje wynikały z wyjaśnień i złożonych na ich potwierdzenie dokumentów przez Odwołującego.

24 września 2020 r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia i posiadanych kompetencji zawierających się w module dodatkowym, tj. posiadania uprawnień do wykonywania autoryzowanych prac serwisowych oferowanych rozdzielnic szufladowych.

W odpowiedzi 28 września 2020 r. Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzającymi, że osoby wskazane w wykazie osób posiadały uprawnienia do wykonywania autoryzowanych prac serwisowych oferowanych rozdzielnic szufladowych, w tym załączył informacje z firmy Cubic:

1. Imienne i aktualne certyfikaty dla panów: R. J., K. P. oraz M. K. do wykonywania autoryzowanych prac serwisowych oferowanych rozdzielnic szufladowych n/n w wykonaniu kwasoodpornym AISI 316-0,4 kV;
2. pismo z 22 września 2020 r. firmy Cubic potwierdzające fakt, że podmiot ten miał w swojej ofercie rozdzielnice szufladowe n/n w wykonaniu kwasoodpornym AISI 316 - 0,4 kV oraz fakt, że Apator był partnerem firmy Cubic, a pracownicy firmy Apator zostali przeszkoleni w projektowaniu, składaniu konstrukcji zarówno rozdzielnic płytowych, jak i kasetowych;

3. pismo Cubic z 25 września 2020 r. wskazujące m.in., że projektowanie, obsługa i serwisowanie rozdzielnic wysuwanych z modułami kasetowym/szufladowymi jest identyczne dla rozdzielnic wykonanych z blachy stalowej malowanej i dla rozdzielnic wykonanych z blachy kwasoodpornej AISI 316.

Zgodnie z literalnym brzmieniem postanowienia rozdziału VI pkt. 3 ppkt 3 lit. b) SIWZ, Zamawiający postawił wymóg, aby personel techniczny tj. minimum trzy osoby posiadały imienne aktualne certyfikaty do wykonywania autoryzowanych prac serwisowych oferowanych rozdzielnic szufladowych n/n w wykonaniu kwasoodpornym AISI 316-0,4 kV. Literalna wykładania opisanego warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu prowadziła do wniosku, że Zamawiający nie określił od jakiego konkretnie podmiotu (producenta, czy autoryzowanego partnera, czy dystrybutora-sprzedawcy) powinien pochodzić certyfikat. Odnośnie wymogów co do samego dokumentu certyfikatu Zamawiający wskazał w SIWZ jedynie, że miał on być „imienny, aktualny oraz potwierdzać prawo do wykonywania autoryzowanych prac serwisowych w określonym zakresie”.

W związku z powyższym, Odwołujący spełnił i wykazał opisany rozdziale VI pkt. 3, ppkt. 3 lit. b) SIWZ warunek udziału w postępowaniu, a decyzja Zamawiającego o wykluczeniu odwołującego oraz odrzuceniu jego oferty była nieuprawniona.

Odwołujący na etapie składania wyjaśnień i z daleko posuniętej ostrożności wykazał Zamawiającemu, że Apator w ramach prowadzonej działalności gospodarczej oferuje (wytwarza i wprowadza do obrotu, jako producent), instaluje i serwisuje objęte przedmiotowym postępowaniem rozdzielnice przez co był podmiotem uprawnionym do wystawienia wymaganych przez Zamawiającego imiennych certyfikatów potwierdzających możliwość wykonywania określonych przez Zamawiającego czynności, w tym w szczególności wykonywania autoryzowanych prac serwisowych.

Skoro zatem Apator był producentem rozdzielnicy Cubic na podstawie dokumentacji Cubic (okoliczność potwierdzona w certyfikatach imiennych złożonych przez Odwołującego wraz z ofertą) to błędne i nieuprawnione było stanowisko Zamawiającego, że złożone przez Odwołującego dokumenty były niewystarczające do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, okoliczności dokonania przez Zamawiającego czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, uznania jego oferty za odrzuconą i w konsekwencji unieważnienia postępowania, wskazywały na naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, w sposób istotny dla wyniku postępowania. Konsekwencją wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty było niezasadne unieważnienie przez Zamawiającego prowadzonego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

19 listopada 2020 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wnioś o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał m.in.:

Odwołujący wraz z ofertą złożył wymagany w SIWZ wykaz osób (załącznik nr 5 do SIWZ) i załączył do oferty certyfikaty wystawione przez Cubic System Builder. W przedmiotowych certyfikatach odznaczone zostały znakiem odpowiednie moduły. Nie zostały przy tym odznaczone następujące moduły: „Multi Drawer assemblies” („Zespoły z wieloma szufladami”) oraz „High power switchboards” („Rozdzielnice dużej mocy”). W certyfikatach tych nie wykazano ról „Doświadczony partner Cubic w zakresie konserwacji” oraz „Doświadczony partner Cubic w zakresie montażu ze stali nierdzewnej”. W związku z tym załączone do oferty certyfikaty nie potwierdzały informacji wymaganych przez Zamawiającego - uprawnień do wykonywania autoryzowanych prac serwisowych oferowanych rozdzielnic.

Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego Odwołujący nie przedłożył odnośnie podanych w wykazie osób imiennych aktualnych certyfikatów potwierdzających uprawnienia do wykonywania autoryzowanych prac serwisowych oferowanych rozdzielnic szufladowych n/n w wykonaniu kwasoodpornym AISI 316-0,4 kV.

Zdaniem Zamawiającego bezsporne między stronami było, że Odwołujący zaoferował w swojej ofercie rozdzielnicę szufladową firmy Cubic. W konsekwencji, w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnośnie osób podanych w wykazie Odwołujący winien złożyć imienne aktualne certyfikaty potwierdzające uprawnienia do wykonywania autoryzowanych prac serwisowych rozdzielnic szufladowych n/n w wykonaniu kwasoodpornym AISI 316-0,4 kV firmy Cubic. Odwołujący dokładnie w ten sposób odczytał wymagania SIWZ ponieważ wraz z ofertą złożył certyfikaty dla trzech osób wymienionych w wykazie wystawione właśnie przez Cubic System Builder.

Natomiast kiedy Zamawiający uznał, że złożone certyfikaty nie potwierdzały posiadania wszystkich kwalifikacji określonych w SIWZ Odwołujący nie przedstawił właściwych certyfikatów wystawionych przez Cubic, a jedynie złożył dodatkowe wyjaśnienia oraz uzupełniające certyfikaty wystawione przez firmę Apator. Wskazano w nich, że panowie M. K., K. P. i R. J. byli uprawnieni do wykonywania autoryzowanych prac serwisowych rozdzielnic szufladowych n/n w wykonaniu kwasoodpornym ASI 316-0,4 kV.

Odwołujący nie złożył więc certyfikatów, dla każdej z ww. osób, które to potwierdzałyby posiadanie przez te osoby uprawnień do wykonywania autoryzowanych prac serwisowych oferowanych rozdzielnic, lecz kilka dokumentów pochodzących od wielu podmiotów, domagając się odczytywania ich łącznie i w konsekwencji uznania potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W konsekwencji ponieważ Odwołujący nie złożył wymaganych certyfikatów to nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu z zakresu zdolności technicznej lub zawodowej.

Firma Cubic wystawia imienne certyfikaty, potwierdzające posiadanie uprawnień w zakresie konserwacji (autoryzowanych prac serwisowych) rozdzielnic tego producenta. Taki certyfikat może między innymi potwierdzać posiadanie przez osobę w nim wskazaną uprawnienia do wykonywania określonych czynności (np. właśnie czynności serwisowych). Wówczas taki imienny certyfikat potwierdza uprawnienia konkretnej osoby do wykonywania autoryzowanych prac serwisowych rozdzielnic.

Zgodnie z pismem firmy Cubic z 30 września 2020 r. „globalny program szkoleniowy firmy Cubic opracowano dla specjalistów budowy paneli rozdzielnic, którzy zawarli Umowę o współpracy z firmą Cubic na wykorzystywanie systemów modułowych zgodnie z wszelką aktualnie obowiązującą dokumentacją. (...) Oprócz rozbudowanego programu szkolenia, zapewnia się także porady oraz inspiracje w kwestiach handlowych jak i w zakresie efektywnej produkcji rozdzielnic. Po ukończeniu programu partnerzy otrzymują certyfikat Cubic Global Training (globalnego programu szkoleniowego Cubic). Certyfikaty wystawiane są na okres jednego roku. Są one poświadczane i podpisywane wyłącznie przez Dyrektora (...) lub Dyrektora Naczelnego (...) w imieniu Cubic Modulsystem A/S. Poza certyfikatami Cubic Global Training, firma Cubic nie wystawia żadnych indywidualnych certyfikatów dotyczących systemu modułowego Cubic. Generalnie firma Cubic wspiera wszystkich partnerów, oferując im doradztwo na temat możliwości osiągnięcia jak największych korzyści z ich rozwiązań. Wsparcia udzielamy klientom także - ale nie tylko - podczas wizyt, rozmów telefonicznych oraz za pomocą poczty elektronicznej. Usługi wsparcia są zawsze świadczone zgodnie z naszą dokumentacją”.

Po ukończeniu szkolenia certyfikat wystawiany jest na okres jednego roku i poświadczany i podpisywany przez określoną uprawnioną osobę.

W świetle powyższego firma Apator nie była podmiotem uprawnionym do wystawiania certyfikatów w imieniu firmy Cubic.

Ponadto wszystkie certyfikaty wystawione przez Apator (dla panów: M. K., K. P. i R. J.) były z maja 2020 roku i były ważne do września 2021 roku, a zatem w okresie dłuższym niż jeden rok).

Uwzględniając stan faktyczny i prawny Zamawiający w sposób prawidłowy wykluczył Odwołującego z postępowania. Informacja o wykluczeniu z postępowania zawierała zarówno uzasadnienie faktyczne, jak i podstawę prawną wykluczenia. Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa ofertę Wykonawcy wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą. W konsekwencji w przedmiotowym postępowaniu była jedna

ważna oferta, niepodlegająca odrzuceniu. Jednakże cena oferty najkorzystniejszej przekraczała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie Zamawiający nie mógł zwiększyć wskazanej kwoty do wysokości ceny określonej w ofercie najkorzystniejszej. Wobec tego Zamawiający w sposób prawidłowy, z uwzględnieniem obowiązujących przepisów Pzp oraz zaistniałego stanu faktycznego, unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Niezależnie od powyższego obecnie brak jest już realnej możliwości realizacji zadania przez Zamawiającego ze względu na terminy dostaw dedykowanych urządzeń, które to urządzenia są produkowane na indywidualne zapotrzebowanie zgodnie z harmonogramem podanym szczegółowo w SIWZ.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Zgodnie z działem VI SIWZ, pkt 2 ppkt 1 o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniali warunki udziału w postępowaniu, dotyczące:

1. sytuacji ekonomicznej lub finansowej,
2. zdolności technicznej lub zawodowej.

W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający określił (Dział VI pkt 3 ppkt 3 SIWZ) m. in. następujący wymóg:

„Wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu, jeżeli wykaże, że dysponuje personelem technicznym:

- minimum trzy osoby posiadające imienne aktualne certyfikaty do wykonywania autoryzowanych prac serwisowych oferowanych rozdzielnic szufladowych n/n w wykonaniu kwasoodpornym AISI 316 — 0,4 kV.

Wykonawca wraz z podaniem ilości osób, musi przedstawić informacje na temat ich kwalifikacji (imienne aktualne certyfikaty) zawodowych, uprawnień, zakresu wykonywania czynności oraz informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami”.

Z wymogu powyższego wynika, że żądane przez Zamawiającego certyfikaty miały być:

1. imienne, zatem wystawione na konkretną osobę, nie na grupę osób czy ogół pracowników danego podmiotu,
2. aktualne,
3. uprawniające wskazane w tych certyfikatach osoby do wykonywania autoryzowanych prac serwisowych urządzeń zaoferowanych Zamawiającemu przez wykonawcę, który złożył ofertę.

Interpretacja ww. warunku prowadzi do wniosku, że Zamawiający, dla prawidłowej oceny, czy wykonawca spełnił przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu, obowiązany był w pierwszym rzędzie ustalić jakie rozdzielnice szufladowe oferuje mu ten wykonawca, tj.:

1. przez jaki podmiot zostały one wyprodukowane,
2. jaki podmiot bądź podmioty są uprawnione do prowadzenia autoryzowanego serwisu tych rozdzielnic.

Bez powyższych ustaleń Zamawiający nie byłby w stanie dokonać prawidłowej weryfikacji dokumentów składanych przez wykonawców na potrzebę wykazania spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z działem VIII SIWZ, pkt 5 kompletna oferta musiała zawierać następujące dokumenty:

- 1) parafowany przedmiot zamówienia - załącznik nr 1 do SIWZ (jednocześnie załącznik nr 1 do umowy),
- 2) wypełniony i podpisany druk Oferty - załącznik nr 2 do SIWZ,
- 3) oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia - załącznik nr 3 do SIWZ,
- 4) aktualny odpis z właściwego rejestru (KRS) lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp,
- 5) aktualne zaświadczenie z właściwego Urzędu Skarbowego,

- 6) aktualne zaświadczenie z właściwego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego,
- 7) wykaz wykonanych lub wykonywanych zadań - załącznik nr 4 do SIWZ,
- 8) wykaz osób skierowanych do wykonania zamówienia publicznego - załącznik nr 5 do SIWZ,
- 9) oświadczenie o stanie prawnym - załącznik nr 6 do SIWZ,
- 10) oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 ustawy Pzp — załącznik nr 7 do SIWZ,
- 11) pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów — załącznik nr 8 do SIWZ (jeżeli dotyczy postępowania przetargowego),
- 12) oświadczenie dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa — załącznik nr 9 do SIWZ (jeżeli dotyczy postępowania przetargowego),
- 13) parafowany wzór umowy wraz z załącznikiem: załącznik nr 10 do SIWZ,
- 14) informacja z Krajowego Rejestru Karnego,
- 15) szczegółowy kosztorys ofertowy — dla każdego etapu prac,
- 16) polisa OC,
- 17) oświadczenie o rocznym obrocie,
- 18) informacja z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej,
- 19) dokument potwierdzający wpłatę wadium,
- 20) raport z badań odporności na wewnętrzne zwarcia łukowe.

W żadnym z powyższych dokumentów wykonawcy nie mieli obowiązku jednoznacznie określić jaki podmiot jest uprawniony do autoryzowanego serwisu oferowanych rozdzielnic szufladowych.

Odwołujący wraz z ofertą złożył wykaz osób skierowanych do wykonania zamówienia i wskazał w nim m. in. panów: R. J., K. P., M. K. Jako dokumenty potwierdzające uprawnienia tych osób do wykonywania autoryzowanych prac serwisowych Odwołujący wskazał certyfikaty Cubic System Builder. Odwołujący załączył do swojej oferty przedmiotowe certyfikaty, sporządzone w języku angielskim, bez tłumaczenia na język polski.

18 września 2020 r., na podstawie art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 Pzp Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do wyjaśnień dotyczących dokumentu złożonego na potwierdzenie w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej. W treści wezwania Zamawiający zawarł również

wezwanie do uzupełnienia tłumaczeń załączonych do oferty certyfikatów Cubic System Builder.

W odpowiedzi Odwołujący 23 września 2020 r. złożył ww. certyfikaty wraz z tłumaczeniami o treści takiej samej dla wszystkich trzech wskazanych w wykazie osób:

„ukończył następujące szkolenie dotyczące systemu modułowego Cubic i jest uznawany za uczestnika w następujących kursach:

Moduł Podstawowy

- Projektowanie rozdzielnic niskonapięciowych
- Koncepcja i konstrukcja modułowa
- Pomocnicze narzędzia i dokumentacja
- Rozdzielnice płytowe
- Testy i raporty z testów zgodnie z IEC/UL

Dodatkowe moduły:

- Rozdzielnice kasetowe - MD
- Rozdzielnice dużej mocy
- Rozwiązania UL/ DFS / MCC
- Optymalizacja projektów

w zakresie rozdzielnic modułowych Cubic wyprodukowanych przez Aparator Elkomtech S.A. zgodnie z dokumentacją Cubic (...).

Podkreślenia wymaga jednak, że tłumaczenie certyfikatów na język polski nie było zgodne z wersją angielską. Treść tłumaczeń sugerowała, że panowie R. J., K. P., M. K. zostali przeszkoleni w kursach objętych modułem podstawowym i modułami dodatkowymi. Certyfikaty w wersji angielskiej zawierały informację jedynie o objęciu ww. osób kursami wskazanymi w module podstawowym (przez zaznaczenie znakiem „√” kursów ukończonych przez każdą z osób). Kursy objęte modułami dodatkowymi nie zostały wykazane jako ukończone.

24 września 2020 r. Zamawiający na podst. art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień dotyczących dokumentów złożonych na potwierdzenie w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej zawodowej. Zamawiający wyjaśnił przy tym, że „w dokumentach brak informacji, iż osoby wskazane w Wykazie osób skierowanych do wykonania zamówienia publicznego, stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ zdobyły doświadczenie, posiadają kompetencje zawierające się w module dodatkowym dotyczącym zagadnień zespołów rozdzielnic z panelami wysuwanymi oraz, że posiadają uprawnienia do wykonywania autoryzowanych prac serwisowych oferowanych rozdzielnic szufladowych n/n w wykonaniu kwasoodpornym AISI 316 — 0,4 kV”.

W odpowiedzi, 28 września 2020 r. Odwołujący złożył następujące dokumenty:

1. Pismo Cubic Modulsystem A/S z 22 września 2020 r. podpisane przez pana P. R., kierownika sprzedaży na Polskę o treści: "Firma Cubic Modulsystem A/S Broenderslev Dania potwierdza, że ma w swojej ofercie obudowy rozdzielnic płytowych i kasetowych w wykonaniu kwasoodpornym ze stali AISI 316. Potwierdzamy również, że firma Apator Elkomtech (...) jest partnerem firmy Cubic Modulsystem A/S od 2008 roku. Pracownicy Apator Elkomtech zostali przeszkoleni w projektowaniu i składaniu konstrukcji zarówno rozdzielnic płytowych jak i kasetowych".
2. Pismo Cubic Modulsystem A/S z 25 września 2020 r. o treści: „Firma Cubic Modulsystem A/S Broenderslev w Danii wykonuje szkolenia w zakresie projektowania, obsługi i serwisowania rozdzielnic w wykonaniu płytowym jak i w wykonaniu wysuwnym z modułami kasetowymi /szufladowym/. Firma Cubic informuje, że projektowanie, obsługa i serwisowanie rozdzielnic wysuwnych z modułami kasetowymi i /szufladowych/ jest identyczna dla rozdzielnic wykonanych z blach stalowej malowanej laki i dla rozdzielnic wykonanych z blachy kwasoodpornej AISI 316. (...) Informujemy pracownicy firmy Apator Elkomtech (...) przeszli pełne szkolenie w zakresie projektowania, obsługi i serwisowania rozdzielnic kasetowych z modułami wysuwnymi /szufladowych/. Informujemy także że nazwa rozdzielnica szufladowa jest potoczną nazwą rozdzielnicy w wykonaniu kasetowym z modułami wysuwnymi”.
3. Trzy certyfikaty (dwa z 27 maja 2020 r. ważne do 28 listopada 2021 r., jeden z 25 maja 2020 r. ważny do 28 września 2021 r.) wystawione dla panów: R. J., K. P., M. K. przez Apator Elkomtech S.A., uprawniające do „wykonywania autoryzowanych prac serwisowych oferowanych rozdzielnic szufladowych n/n w wykonaniu kwasoodpornym AISI 316-0,4 kV”.

23 października 2020 r. Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu oraz poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. W uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający wskazał m. in.: „Wykonawca odnośnie osób podanych w wykazie osób (załącznik nr 5 do SIWZ) nie załączył do oferty certyfikatów potwierdzających informacje wymagane przez Zamawiającego w SIWZ. Również w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca nie przedłożył odnośnie podanych w wykazie osób imiennych aktualnych certyfikatów potwierdzających uprawnienia do wykonywania autoryzowanych prac serwisowych oferowanych rozdzielnic szufladowych n/n w wykonaniu kwasoodpornym AISI 316-0,4 kV. W konsekwencji w toku postępowania

Wykonawca złożył imienne aktualne certyfikaty, jednakże certyfikaty te nie potwierdzały uprawnień do wykonywania autoryzowanych prac serwisowych oferowanych rozdzielnic szufladowych n/n w wykonaniu kwasoodpornym ASI 316-0,4 kV. Za wymagane w SIWZ imienne aktualne certyfikaty nie mogły być uznane dodatkowe dokumenty przedłożone przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Dokumenty te nie są bowiem imiennymi certyfikatami, a jedynie oświadczeniami odnośnie szkoleń posiadanych przez pracowników firmy Apator Elkomtech S.A., a ponadto dokumenty te nie pochodzą od podmiotu, który wystawił imienne certyfikaty załączone pierwotnie do oferty, które jednak nie potwierdzały wszystkich uprawnień wymaganych w SIWZ. Firma Apator Elkomtech S.A. nie została umocowana przez podmiot, który wystawił imienne certyfikaty pierwotnie dołączone do oferty Wykonawcy, do wystawiania certyfikatów potwierdzających odbycie szkoleń z modułu dotyczącego zespołów rozdzielnic z panelami wysuwnymi (a przedłożenia takich certyfikatów na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymagał w treści SIWZ Zamawiający). Z tej przyczyny nie zostało w sposób prawidłowy, wymagany przez SIWZ, wykazane, aby konkretne osoby wskazane do realizacji zamówienia posiadały kwalifikacje do wykonywania autoryzowanych prac serwisowych rozdzielnic szufladowych n/n w wykonaniu kwasoodpornym AISI 316 — 0,4 kV. Ponieważ Wykonawca nie przedłożył wymaganych w SIWZ imiennych aktualnych certyfikatów odnośnie osób wskazanych w wykazie, według załącznika nr 5 do SIWZ, które potwierdzałyby uprawnienia wymagane w SIWZ, nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu z zakresu zdolności technicznej lub zawodowej”.

W ocenie Izby czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania była w świetle ustalonych faktów niezasadna.

Między stronami nie było sporu, co do kompetencji Cubic Modulsystem A/S Broenderslev w Danii do wystawiania certyfikatów potwierdzających uprawnienia do wykonywania autoryzowanego serwisu oferowanych przez Odwołującego rozdzielnic. Faktyczną podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania było uznanie przez Zamawiającego, że uprawnienie takie nie przysługiwało Apator Elkomtech S.A.

W toku rozprawy Zamawiający oświadczył, że nie budzi jego wątpliwości fakt, że Odwołujący zaoferował mu rozdzielnicę produkowaną przez Cubic Modulsystem A/S. Podstawę do takiego stanowiska według oświadczenia Zamawiającego stanowił załączony do oferty Odwołującego dokument (str. 288 i następne) - raport z badań odporności na wewnętrzne zwarcia łukowe, sporządzony w języku angielskim wraz z załączonym tłumaczeniem na język polski. Z treści dokumentu sporządzonego w Arnhem 30 czerwca 2011 r. wynika jednak, że dotyczy on rozdzielnicy 15001 z modułami MD (wysuwnymi) i rozdzielnicy 15002

z modułami MPI (stałymi). Typ badanych rozdzielnic określony został jako Cubic-Modulsystem, znak towarowy jako Cubic. W ocenie Izby dokument ten nie mógł stanowić źródło jednoznacznej informacji na temat tego jaki podmiot jest faktycznym producentem zaoferowanych Zamawiającemu rozdzielnic, w szczególności, że z treści dokładnie analizowanych przez Zamawiającego certyfikatów Cubic złożonych przez Odwołującego wynikało, że dotyczą one „rozdzielnic modułowych Cubic wyprodukowanych przez Apator Elkomtech S.A. zgodnie z dokumentacją Cubic”. Podkreślić przy tym należy, że Zamawiający nie kwestionował tych certyfikatów w zakresie przytoczonego sformułowania. Tym samym Odwołujący nie mógł mieć świadomości, co do faktycznych przyczyn, dla których Zamawiający uznał certyfikaty wystawione przez Apator Elkomtech S.A. za nieprawidłowe.

W toku rozprawy Zamawiający wyraził również wątpliwość, co do prawdziwości certyfikatów wystawionych przez Apator Elkomtech S.A. Podobne twierdzenie zostało również zawarte w opinii prawnej stanowiącej załącznik do protokołu z 1 października 2020 r. z posiedzenia Komisji Przetargowej. Podczas tego posiedzenia komisja podjęła decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Przedmiotowa opinia w zakresie oceny prawidłowości certyfikatów pochodzących od Apator Elkomtech S.A. brzmi następująco:

„Wystawione przez firmę Apator certyfikaty poświadczające, że pracownicy tej firmy oddelegowani do realizacji zamówienia odbyli stosowne szkolenia i uzyskali uprawnienia do wykonania autoryzowanych prac serwisowych rozdzielnic szufladowych n/n w wykonaniu kwasoodpornym AISI 316 — 0,4 kV nie są miarodajne i powinny zostać ocenione z dużym dystansem, jako poświadczające nieprawdę. (...) Po drugie, do wystawienia imiennych certyfikatów w tym zakresie z całą pewnością nie została upoważniona firma Apator. Sama treść certyfikatów wystawionych dla swoich trzech pracowników przez firmę Apator nasuwa wątpliwości co do ich prawdziwości i rzetelności, świadcząc że zostały sporządzone wyłącznie dla potrzeb przedmiotowego postępowania, aby uzupełnić braki wynikające z certyfikatu firmy Cubic. Firma Apator antydatując certyfikaty (widniejąca data wystawienia 27 maja 2020 r.), jednocześnie przekopiowała w odpowiednim fragmencie treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”. Treść przedmiotowej opinii, ani wynikające z niej wnioski nie zostały ujawnione Odwołującemu.

Biorąc pod uwagę powyższe wątpliwości Izby nie budziło, że Zamawiający nie ustalił w sposób jednoznaczny jaki podmiot jest uprawniony do realizacji autoryzowanego serwisu zaoferowanych przez Odwołującego rozdzielnic. Zamawiający założył z góry, że certyfikaty potwierdzające zdolność wykonawcy do świadczenia takiej usługi pochodzą mają od Cubic Modulsystem A/S, mimo, że powszechną praktyką rynkową jest powierzanie

czynności autoryzowanego serwisu określonych produktów podmiotom współpracującym z producentem. Z kolei dokumenty składane na wezwania Zamawiającego przez Odwołującego stanowiły dowód na fakt wieloletniej współpracy między Cubic Modulsystem A/S i Apator Elkomtech S.A., co w połączeniu z zawartym w certyfikatach Cubic sformułowaniami świadczącymi, że dotyczą one „rozdzielnic modułowych Cubic wyprodukowanych przez Apator Elkomtech S.A. zgodnie z dokumentacją Cubic” dawało podstawę do uznania, że Apator Elkomtech S.A. może być uprawniony do wystawienia certyfikatów dla swoich pracowników w zakresie serwisu autoryzowanego. Jeżeli okoliczność powyższa budziła określone wątpliwości Zamawiającego, to jego obowiązkiem było wezwanie Odwołującego do odpowiednich wyjaśnień.

Zamawiający nie ujawnił na etapie wezwań Odwołującego do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów, ani w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania pełnego zakresu zarzutów dotyczących certyfikatów wystawionych przez Apator Elkomtech S.A. W konsekwencji Odwołujący został pozbawiony możliwości tak wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości Zamawiającego jak i wykazania, że certyfikaty te były prawidłowe.

Z powyższych względów Izba uznała, że zarzuty nr 1, 2 i 4 odwołania potwierdziły się, a czynność unieważnienia postępowania została dokonana przez Zamawiającego w sposób sprzeczny z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, zatem zasadny okazał się również zarzut nr 3 odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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. z 2018 r. poz. 972).

.....