

**Sygn. akt KIO 828/18**

**WYROK**  
**z dnia 15 maja 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę POLLIGHT Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miejską Starogard Gdański

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża POLLIGHT Sp. z o.o. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez POLLIGHT Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Miejska Starogard Gdański – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest modernizacja oświetlenia ulicznego w ciągach komunikacyjnych na terenie partnerskich gmin, tj. Gminy Miejskiej Starogard Gdański Gminy Wiejskiej Starogard Gdański i Gminy Bobowo, poprzez wymianę 4086 sztuk nieefektywnych i energochłonnych opraw oświetleniowych na energooszczędne oprawy typu LED, wraz z zastosowaniem autonomicznej redukcji mocy w oprawach w ramach. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11.01.2018 r. pod numerem 2018/S 007-010979. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawca Pollight Sp. z o.o. w Warszawie wniósł 27 kwietnia 2018 r. odwołanie dotyczące części III postępowania. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp, tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności i przejrzystości w związku z działaniami zamawiającego, skutkującymi dalszymi zarzutami jak niżej oraz opisanymi w uzasadnieniu;
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, przez podjęcie przez zamawiającego wadliwej decyzji (pismo z dnia 17.04.2018 r.) o wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, zgodnie z którym zamawiający wyklucza wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia decyzji o wykluczeniu odwołującego;
2. unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego;
3. zwrot kosztów postępowania zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964 ze zm.) oraz 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.).

W uzasadnieniu odwołujący powołał stwierdzenia zawarte w informacji o wykluczeniu go z postępowania, zgodnie z którym ze złożonego w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wykazu osób nie wynika, że pan Damian K. posiada wymagane przez zamawiającego świadectwo ukończenia kursu w zakresie poleceniodawcy do prac w technologii pracy pod napięciem do 1 kV. Zamawiający uznał, że złożony przez wykonawcę wykaz osób w dalszym ciągu nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W związku z faktem, że zamawiający może tylko raz wezwać do uzupełnienia danego dokumentu w trybie określonym w art. 26 ust. 3 ustawy w tym samym zakresie, podjął decyzję o wykluczeniu wykonawcy.

Odwołujący wywodził, że w aktualnie obowiązującym stanie prawnym i w obrocie gospodarczym ośrodki szkoleniowe nie wystawiają dokumentów zdefiniowanych jako świadectwo ukończenia kursu ze szczególnym oznaczeniem jego zakresu tj. „w zakresie poleceniodawcy”. Podkreślił, że przepisy określające pojęcie „poleceniodawcy” obowiązujące na mocy rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 17 września 1999 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy urządzeniach i instalacjach energetycznych (rozdział 3) zostały 24.10.2013 r. uchylone, wraz z wejściem w życie nowego rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 marca 2013 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy urządzeniach energetycznych (Dz.U. 2013 poz. 492).

Odwołujący podnosił, że termin „w zakresie poleceniodawcy” nie jest w świetle obecnie obowiązujących przepisów terminem zdefiniowanym prawnie.

Zarzucił, że pominięcie przez wykonawcę w wykazie osób frazy „w zakresie poleceniodawcy”, przyjęte przez zamawiającego za podstawę wykluczenia z postępowania, przesądzające, w ocenie zamawiającego, o braku potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, należy uznać za całkowicie bezpodstawne, w sytuacji uchylenia szczegółowych przepisów w tym zakresie oraz wykazania przez wykonawcę posiadania przez osobę dokumentów, które w sensie merytorycznym i prawnym potwierdzają pełny zakres uprawnień wymaganych przez zamawiającego. Uprawnione jest więc twierdzenie, że w niniejszym postępowaniu zamawiający sformułował wymagania wobec wykonawców w oparciu o nieobowiązujący stan prawny a wręcz określił żądanie wobec wykonawcy wykazania się uprawnieniami nieaktualnymi w dacie publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Ponadto odwołujący wywodził, że czynność wykluczenia wykonawcy w oparciu o niewykazanie posiadania przez osobę dokumentu, którego pozyskanie, w świetle obowiązujących przepisów nie jest możliwe, rażąco narusza zasady sformułowane w art. 7 ust. 1 Pzp

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Okoliczności faktyczne są niesporne między stronami. W 4.1. lit. c) tiret drugie zamawiający świadectwo ukończenia kursu w zakresie poleceńodawcy do prac w technologii pracy pod napięciem do 1 kV, wydanym przez ośrodek szkoleniowy.

Wobec braku spełnienia tego wymagania przez odwołującego, który złożył ofertę najwyższej ocenioną, zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia wykazu osób. W odpowiedzi odwołujący wskazał Pana Damiana K., co do którego oświadczył, że posiada on świadectwo kwalifikacyjne Nr 352/2016; D 1 kV w zakresie dozoru. Nie zostało złożone żadne oświadczenie, co do posiadania świadectwa ukończenia kursu w zakresie poleceńodawcy do prac w technologii pracy pod napięciem do 1 kV.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę w części III, ofertę najwyższej ocenioną przez zamawiającego, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą i w konsekwencji uzyskania korzyści wynikających z wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie okazało się niezasadne.

Izba zgodziła się z zamawiającym, że znaczącą część odwołania stanowi próba wykazania wadliwego sformułowania warunku udziału w postępowaniu, który stał się podstawą wykluczenia odwołującego z postępowania.

Działanie takie jest w oczywisty sposób spóźnione.

Z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, znajdującego zastosowanie w sprawie z uwagi na wartość zamówienia, wynika, że odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec

postanowień SIWZ, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej. Jeśli zatem, zdaniem odwołującego, wymaganie świadectwa ukończenia kursu w zakresie podwykonawcy jest nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, nieprawidłowe z uwagi na umocowanie w uchylonych przepisach oraz preferujące grupę wykonawców, powinien wnieść odwołanie w 10-dniowym terminie liczonym od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej. Odwołujący mógł też swoje wątpliwości ująć w pytaniu zadany w celu wyjaśnienia postanowienia SIWZ, czego pomimo profesjonalnego charakteru prowadzonej przez siebie działalności nie uczynił.

Niezakwestionowane postanowienia SIWZ wiążą obecnie tak zamawiającego, jak i wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odstąpienie przez zamawiającego od ustalonych wymagań stanowiłoby naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp – równego traktowania, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości. Zasady te sprzeciwiają się temu, aby zmieniać reguły oceny zdolności podmiotowej wykonawców po złożeniu ofert. Wykonawcy zainteresowani zamówieniem oceniają swoje możliwości wzięcia udziału w danym postępowaniu na podstawie upublicznionych wymagań zamawiającego, zatem zmiana tych wymagań w trakcie postępowania, godzi w zarówno w prawa wykonawców, którzy po ocenie postanowień SIWZ nie zdecydowali się na wzięcie udziału w postępowaniu, jak i tych, którzy złożyli ofertę, oczekując respektowania przez zamawiającego zapisanych warunków udziału w postępowaniu.

Wymaganie zamawiającego nie może być traktowane jak nienapisane, czego domaga się odwołujący, również z tego względu, że znajduje umocowanie w obowiązujących przepisach prawa. § 5 pkt 1 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 marca 2013 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy urządzeniach energetycznych głosi, że prowadzący eksploatację może upoważnić osobę lub osoby do wykonywania w jego imieniu określonych działań związanych z wydawaniem poleceń. Natomiast § 4 ust. 1 pkt 6 *in fine* tego rozporządzenia stanowi, że prace eksploatacyjne należy prowadzić zgodnie z instrukcjami eksploatacji zawierającymi wymagania kwalifikacyjne dla osób zajmujących się eksploatacją danego urządzenia. Z § 28 ust. 1 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 marca 2013 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy urządzeniach energetycznych wynika, że prace eksploatacyjne stwarzające możliwość wystąpienia szczególnego zagrożenia dla zdrowia lub życia ludzkiego należy wykonywać na podstawie polecenia pisemnego. § 28 ust. 2 tego rozporządzenia stanowi, że do prac eksploatacyjnych stwarzających możliwość wystąpienia szczególnego zagrożenia dla zdrowia lub życia ludzkiego należy zaliczyć w szczególności prace wykonywane w pobliżu nieosłoniętych urządzeń elektrycznych lub ich części, znajdujących się pod napięciem.

Nie można pominąć, że podmiotem prowadzącym eksploatację linii elektroenergetycznych jest Energa Oświetlenie. Wynika to z pkt 2.5. SIWZ stanowiącym, że nadzór nad realizacją prac modernizacyjnych, odbiory etapowe i końcowe będą odbywać się przy udziale przedstawiciela Energa Oświetlenie.

Zgodnie z pkt 3.1.2.2. Instrukcji prac pod napięciem przy elektroenergetycznych liniach napowietrznych i kablowych oraz urządzeniach rozdzielczych do 1kV" obowiązującej w Enerdze poleceniodawca to pracownik upoważniony pisemnie przez prowadzącego eksploatację urządzeń elektroenergetycznych do wystawiania poleceń pisemnych na wykonanie pracy pod napięciem, posiadający ważne świadectwo kwalifikacyjne uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci elektroenergetycznych na stanowisku dozoru.

Wbrew twierdzeniom odwołującego pojęcie poleceniodawcy, pomimo braku definicji legalnej, funkcjonuje w obrocie i o jego aktualności w odniesieniu do wykonania zamówienia odwołujący mógł i powinien był poznać wiedzę.

Nie podzielono również stanowiska odwołującego, jakoby świadectwo ukończenia kursu w zakresie poleceniodawcy było dokumentem niemożliwym do uzyskania przez wykonawcę.

Powołane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie postanowienia Instrukcji PPN gestorów sieci energetycznych, takich jak Energa Operator S.A., Tauron Dystrybcja S.A., PGE Dystrybcja S.A. zawierają wymagania, jakie musi spełnić poleceniodawca, aby otrzymać wymagane upoważnienie. Poleceniodawcy są również adresatami kursów m.in. organizowanych przez Ośrodek Kształcenia Zawodowego w Pyskowicach, ZIAD Bielsko-Biała.

Okoliczności te zamawiający wykazał dokumentami załączonymi do odpowiedzi na odwołanie, zatem wobec braku dowodów na twierdzenie przeciwne Izba uznała, że uzyskanie świadectwa ukończenia kursu w zakresie poleceniodawcy jest możliwe. Skoro odwołujący nie wykazał dysponowania osobą posiadającą takie świadectwo zarówno na etapie składania ofert, jak i w wyniku wezwania do uzupełnienia wykazu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, zamawiający prawidłowo wykluczył go z postępowania o udzielenie zamówienia.

Zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp nie znalazły potwierdzenia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

**Przewodniczący:** .....