

## **WYROK**

**z dnia 28 października 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2020 r. przez wykonawcę **M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Firma Handlowo Usługowa M. G.”, Tworzanice 15; 64-130 Rydzyna**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Leszno, ul. Kazimierza Karasia 15; 64-100 Leszno**, przy udziale wykonawcy **SPIE Elbud Gdańsk S.A., ul. Marynarki Polskiej 87; 80-557 Gdańsk**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie z postępowania wykonawcy SPIE Elbud Gdańsk S.A., ul. Marynarki Polskiej 87; 80-557 Gdańsk, powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miasto Leszno, ul. Kazimierza Karasia 15; 64-100 Leszno i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Firma Handlowo Usługowa M. G.”, Tworzanice 15; 64-130 Rydzyna, tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. zasądza od zamawiającego Miasto Leszno, ul. Kazimierza Karasia 15; 64-100 Leszno na rzecz wykonawcy M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Firma Handlowo Usługowa M. G.”, Tworzanice 15; 64-130 Rydzyna kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy)**

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Leszno prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Miasta Leszna w 2020 roku”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 marca 2020 r., pod nr 2020/S 061-145254.

Dnia 15 września 2020 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 25 września 2020 roku wykonawca M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Firma Handlowo Usługowa M. G.” (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy SPIE Elbud Gdańsk S.A., w związku z brakiem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 6.3 lit. c w zakresie posiadania *„minimum pięciu osób skierowanych do realizacji zamówienia”* oraz o których mowa w pkt 6.3 lit. c ppkt 2 s.i.w.z., tj.: *„dysponowania minimum jedną osobą posiadającą ważne świadectwo kwalifikacyjne „D”, uprawniające do wykonywania pracy na stanowisku dozoru w zakresie obsługi, konserwacji, remontu, montażu i kontrolno-pomiarowym: - urządzeń, instalacji i sieci elektroenergetycznych o napięciu nie wyższym niż 1 kV, - sieci elektrycznego oświetlenia ulicznego, - pomiarów do 1 kV.”*,
2. art 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z przedmiotowego postępowania,
3. art. 24 ust. 1 pkt 16 (ewentualnie pkt 17) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, który wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 6.3 lit. c s.i.w.z.,
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób uchybiający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez przeprowadzenie etapu badania i oceny złożonych ofert w sposób odmienny od postanowień treści s.i.w.z., w szczególności w zakresie pominięcia warunku, o którym mowa w pkt 6.3 lit. c s.i.w.z. w stosunku do oferty wykonawcy SPIE Elbud Gdańsk S.A.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpoznanie oraz uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonanie czynności ponownego badania i oceny złożonych ofert, wykluczenia wykonawcy SPIE Elbud Gdańsk S.A. z udziału w postępowaniu oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez odwołującego.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że jest legitymowany do wniesienia odwołania stosownie do wymagań wskazanych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jako wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Wykazując interes we wniesieniu odwołania odwołujący poniósł, że wskazane w odwołaniu niezgodne z prawem czynności zamawiającego przejawiające się w bezzasadnym zaniechaniu wykluczenia wykonawcy SPIE Elbud Gdańsk S.A. pozbawiają odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący złożył bowiem ofertę, która powinna zostać oceniona jako najkorzystniejsza (jest jedyną ważną ofertą w niniejszym postępowaniu). Tym samym odwołujący poniesie szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z realizacją zamówienia publicznego. Powyższe wskazuje, że zostały spełnione przesłanki wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli do wykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w ilości minimum 5 (pięciu) osób, z czego co najmniej 1 (jedną) posiadającą ważne świadectwo kwalifikacyjne „D” uprawniające do wykonywania pracy na stanowisku dozoru w zakresie kontrolno-pomiarowym. Wykonawca SPIE Elbud Gdańsk S.A. nie wykazał spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania, co najmniej 5 osobami skierowanymi do realizacji zamówienia, jak i w zakresie osoby posiadającej ważne świadectwo kwalifikacyjne „D” o cechach wskazanych przez zamawiającego.

Odwołujący podniósł, iż zamawiający wezwał wykonawcę SPIE Elbud Gdańsk S.A. do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, tj.: wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, 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.

Wykonawca złożył ww. dokumenty, w tym wykaz osób (załącznik nr 5). W wykazie wykonawca wskazał 4 (cztery) osoby zamiast wymaganych pięciu osób. Jednocześnie dla wykazania spełnienia dwóch warunków udziału w postępowaniu wskazał tą samą osobę, tj.: Pana W.S.

W związku z powyższym, zamawiający pismem z dnia 19.08.2020 r. wezwał wykonawcę SPIE Elbud Gdańsk S.A. do uzupełnienia dokumentów w postaci Wykazu osób ze względu na powyższy błąd. Zamawiający wskazał, bowiem wprost, że „w przedłożonym przez

*Państwa w dniu 10 sierpnia 2020 r. wykazie osób wskazano dysponowanie czterema osobami skierowanymi do realizacji zamówienia, uwzględniając w ww. wykazie w poz. 4 i 5 tę samą osobę, tj. P. W.S.”.*

Wykonawca przedłożył - zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - nowy Wykaz osób. Z treści przedstawionego wykazu wynika, że wykonawca ponownie przedstawił w dwóch miejscach tą samą osobę, tj. Pana W.S. (poz. 4 i poz. 6) oraz dodatkowo nową osobę Pana K.W. (poz. 5). Wykonawca SPIE Elbud Gdańsk S.A. oświadczył w Wykazie osób w poz. 5, że Pan K. W. posiada: „świadcstwo kwalifikacyjne „D” nr (...) z dnia (...) uprawniające do wykonywania pracy na stanowisku dozoru w zakresie obsługi, konserwacji, remontu, montażu i kontrolno-pomiarowym: - urządzeń, instalacji i sieci elektroenergetycznych o napięciu nie wyższym niż 1 kV, - sieci elektrycznego oświetlenia ulicznego, - pomiarów do 1 kV”.

Zdaniem odwołującego, powyższe oświadczenie jest jednak nieprawdziwe, bowiem z załączonych przez tego wykonawcę dokumentów wynika, że Pan K.W. posiada świadectwo kwalifikacyjne „D” nr (...) z dnia (...) z ograniczonym zakresem, tzn. bez możliwości pracy na stanowisku dozoru w zakresie kontrolno-pomiarowym. Oznacza to, że Pan K. W. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, w zakresie, o którym mowa w pkt 6.3 lit. c ppkt 2 s.i.w.z. Przez co wykonawca SPIE Elbud Gdańsk S.A. nie wykazał spełniania warunku dotyczącego potencjału osobowego, bowiem nie dysponuje minimum pięcioma osobami skierowanymi do realizacji zamówienia. Skoro zatem przedstawiona przez ww. wykonawcę nowa osoba - nieujęta w pierwotnym wykazie osób - nie spełnia warunku to oznacza, że w stosunku do uzupełnionego wykazu zachodzi dokładnie ten sam błąd, który zdiagnozował prawidłowo zamawiający w piśmie z dnia 19.08.2020 r. W dalszym ciągu bowiem, wykonawca dysponuje tylko 4 (czterema) osobami skierowanymi do realizacji zamówienia, bowiem wykonawca dla wykazania dwóch warunków udziału wskazał tą samą osobę Pana W.S.

Odwołujący wskazał, że zamawiający zobowiązany jest do oceny i badania złożonych ofert, w tym przedstawianych przez uczestników postępowania dokumentów i oświadczeń, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w sposób zgodny z zasadami i postanowieniami zawartymi w treści s.i.w.z. Próba odmiennego sposobu interpretacji warunków od wskazanego w treści s.i.w.z. jest niedopuszczalna i przeczy podstawowym zasadom, o którym mowa w art. 7 ustawy Pzp. Tym samym, zamawiający oceniając wykaz osób wykonawcy SPIE Elbud Gdańsk S.A., w sposób odmienny od ustalonych wcześniej przez siebie warunków udziału w postępowaniu narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę zachowania uczciwej konkurencji. Uczestnicy postępowania powinni bowiem oczekiwać od zamawiającego, że będzie on oceniał każdą ofertę w ten sam sposób i na podstawie takich samych zasad.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący podniósł, że wykonawca SPIE Elbud Gdańsk S.A. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i w związku z tym, powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Nadto, w stosunku do tego wykonawcy nie może być zastosowana procedura uzupełnienia dokumentów, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający bowiem, wezwał już do uzupełnienia Wykazu osób wykonawcę SPIE Elbud Gdańsk S.A. (w stosunku do tego samego błędu) i ponowne wezwanie naruszałoby zasadę jednokrotnego wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł również, że wykonawca SPIE Elbud Gdańsk S.A. przedstawiając nieprawdziwe informacje w wykazie osób (dotyczące rzekomego posiadania przez Pana K.W. odpowiednich kwalifikacji) wprowadził zamawiającego w błąd.

W przedmiotowym stanie faktycznym, nie ulega wątpliwości, że wykonawca SPIE Elbud Gdańsk S.A. przedstawił w Wykazie osób nieprawdziwe informacje, które były podstawą do dokonania przez zamawiającego oceny pozytywnej w zakresie spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający oceniając treść wykazu i zawarte tam oświadczenie wykonawcy (w zakresie poz. 5) błędnie przyjął, że Pan K.W. spełnia warunki. Tym samym ziściła się również przesłanka wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 (ewentualnie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17).

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał, iż uzupełniony wykaz osób zawierał dodatkową osobę wskazaną do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, tj. Pana K.W. Tym samym przystępujący wykazał się spełnieniem warunku, że dysponuje minimum pięcioma osobami skierowanymi do realizacji przedmiotu zamówienia publicznego.

Zamawiający wskazał, iż w żadnym miejscu s.i.w.z. nie zastrzegł, że każda z pięciu osób, którymi będzie dysponował wykonawca przy realizacji przedmiotu zamówienia musi mieć kwalifikacje zawodowe o których mowa w rozdziale 4 pkt 6.3 lit. c) pkt 1), 2) i 3) s.i.w.z.

Jedyne zastrzeżenie zawarte w omawianym warunku dotyczyło tego, że wśród tych pięciu osób co najmniej:

- 1) trzy osoby muszą posiadać ważne świadectwa kwalifikacyjne „E”,
- 2) jedna osoba musi posiadać ważne świadectwo kwalifikacyjne „D”,
- 3) jedna osoba musi posiadać odpowiednie uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń w zakresie robót będących przedmiotem zamówienia. Osoba ta będzie pełnić funkcję Kierownika Robót.

Zamawiający wskazał, że nigdzie nie było zabronione, że poszczególne uprawnienia/kwalifikacje (nawet kilka) może wykazać jedna, dwie, trzy osoby, itd. Interpretacja przedmiotowego zapisu specyfikacji dopuszczała posiadanie „kilku uprawnień/kwalifikacji” przez jedną osobę - co jest powszechnie praktykowane i znane zamawiającemu jak również i odwołującemu. Tak aby pięć osób skierowanych do realizacji zamówienia tworzyło zespół osób z właściwymi, niezbędnymi uprawnieniami/kwalifikacjami elektrycznymi do realizacji zamówienia, określonymi przez zamawiającego.

Tym samym przystępujący, który w wykazie osób oświadczył, że będzie dysponował przy realizacji przedmiotu zamówienia pięcioma (5) osobami, tj. (...) niewątpliwie wykazał się spełnieniem warunku, o którym mowa w rozdziale 4 pkt 6,3 lit. c) s.i.w.z.

Jednocześnie, zamawiający zwrócił uwagę, że kwestionowana przez odwołującego osoba Pana K.W., posiada kwalifikacje do wykonywania pracy na stanowisku dozoru w zakresie obsługi, konserwacji, remontów, montażu dla następujących urządzeń, instalacji i sieci: GRUPA I: (...). Posiada także uprawnienia do eksploatacji.

Zgodnie z rozdz. 2 pkt. 2 s.i.w.z. dot. „Modernizacji oświetlenia ulicznego na terenie Miasta Leszna w 2020 roku” zamówienie obejmuje dostawę oraz wymianę opraw oświetlenia ulicznego na oprawy typu LED w ilości 541 szt.” oraz zgodnie z rozdz. 2 pkt. 32 s.i.w.z.: „Zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów art. 22 SI ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r, — Kodeks pracy (t.j. Dz. U z 2019 r. poz. 1040 ze zm.), osób wykonujących następujące czynności w zakresie realizacji zamówienia tj.:

- demontaż istniejących opraw oświetlenia ulicznego ze słupa lub wysięgnika,
- montaż opraw oświetlenia ulicznego na słupie lub wysięgniku,
- usługa konserwacji zmodernizowanych opraw w okresie udzielonej gwarancji jakości.

Zamawiający wymaga, aby osoby, którymi Wykonawca będzie się posługiwał przy wykonywaniu czynności wskazanych powyżej, były zatrudnione na podstawie umowy o pracę w całym okresie obowiązywania umowy.”.

Pan K.W. będzie osobą kierującą czynnościami osób wykonujących prace eksploatacyjne oraz pracowników technicznych sprawujących nadzór nad eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28 kwietnia 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci. Innymi słowy Pan K.W. na przedmiotowym zamówieniu publicznym będzie kierował osobami wykonującymi demontaż/montaż opraw oświetleniowych.

Odnosnie zarzutów naruszenia dyspozycji przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 (ewentualnie pkt 17) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego w związku z wprowadzeniem zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki

udziału w postępowaniu, których mowa w pkt 6.3 lit. c) s.i.w.z., zamawiający wskazał, iż art. 24 ust. 1 pkt 16 dotyczy podstaw wykluczenia wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Przystępujący wprawdzie przedstawił w wykazie osób informację, że Pan K.W. posiada ważne świadectwo kwalifikacyjne „D”, uprawniające do wykonywania pracy na stanowisku dozoru w zakresie obsługi, konserwacji, remontu, montażu i kontrolno-pomiarowym:

- urządzeń, instalacji i sieci elektroenergetycznych o napięciu nie wyższym niż 1 kV, - sieci elektrycznego oświetlenia ulicznego,
- pomiarów do 1 kV,

natomiast zgodnie z przedłożonym Świadectwem Kwalifikacyjnym Nr (...) Pan K.W. posiada ważne świadectwo kwalifikacyjne „D” w powyższym zakresie jedynie bez uprawnień kontrolno-pomiarowych.

Jednakże, zdaniem zamawiającego, przystępujący niewątpliwie wykazał się spełnieniem warunku, o którym mowa w rozdziale 4 pkt 6.3 lit. c) s.i.w.z.

Zamawiający zwrócił uwagę, że nie został wprowadzony w błąd co do posiadanych przez wskazanego przez wykonawcę kwalifikacji zawodowych przez Pana K.W., o czym świadczy fakt, że wykonawca wraz z wykazem osób jednocześnie przedłożył zamawiającemu Świadectwo Kwalifikacyjne Nr (...) Pana K.W. Powyższe w sposób jednoznaczny wskazuje, iż zaistniało tu najwyżej omyłkowe wskazanie informacji, czy też wskazanie informacji przedmiotowo nieistotnych, od których nie zależało uznanie wykonawcy potwierdzającego spełnienie warunków i wybór jego oferty.

Przenosząc powyższe rozważania na analizowany stan faktyczny wskazać należy, iż nie zostały spełnione przesłanki wynikające zarówno z art. 24 ust. 1 pkt 16 jak i 17 ustawy Pzp, a zamawiający decydując się na wykluczenie wykonawcy i odrzucenie jego oferty musi mieć co do tej okoliczności absolutną pewność.

Zamawiający podniósł, że jest gospodarzem postępowania, a nadrzędnym celem wszczęcia i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zaspokojenie obiektywnych i uzasadnionych potrzeb zamawiającego, a nie maksymalne poszerzenie dostępu do zamówienia wykonawcom. Obowiązek zachowania uczciwej konkurencji nie wyłącza bowiem uprawnienia zamawiającego do uzyskania świadczenia zgodnego z jego uzasadnionymi oczekiwaniami.

Określenie warunków udziału w postępowaniu przez zamawiającego, również warunku o którym mowa w rozdziale 4 pkt 6.3 lit. c) s.i.w.z. niewątpliwie zostały określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy



do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności zgodnie z dyspozycją art. 22 ust. 1a ustawy Pzp. W ocenie zamawiającego warunki udziału w postępowaniu mają swoje zakotwiczenie w przedmiocie zamówienia w taki sposób, że z jednej strony pozwalają na weryfikację zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, z drugiej zaś strony, dają możliwość zachowania uczciwej konkurencji. Zarzuty skierowane do oferty przystępującego, w ocenie zamawiającego, są skutkiem nieuzasadnionej interpretacji wymagań i klauzul zawartych w rozdziale 4 pkt 6.3 lit. c) s.i.w.z. Warunek wskazany w tym rozdziale dotyczył posiadania przez wykonawcę fizycznie minimum pięciu (5) osób skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia stanowiącego modernizację oświetlenia ulicznego. Ponadto wykonawca miał dysponować osobami posiadającymi odpowiednie kwalifikacje zawodowe tj. osoby zdolne do realizacji przedmiotu zamówienia we wskazanym zakresie. Zamawiający wymagał aby poprzez zdolność osób do realizacji przedmiotu zamówienia wykonawcy wykazali fakt posiadania właściwych zdolności, niezbędnych do wykonania zamówienia (w tym przypadku będą to uprawnienia/kwalifikacje do wykonywania prac elektrycznych).

Tym samym wykonawcy winni dysponować odpowiednimi osobami, w tym:

- co najmniej trzema ze świadectwem kwalifikacyjnym „E”
- minimum jedną ze świadectwem kwalifikacyjnym „D”
- minimum jedną z odpowiednimi uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi.

Zamawiający nie zastrzegł w przedmiotowym warunku, że każda z minimum pięciu osób musi odrębnie/osobno posiadać wskazane powyżej uprawnienia,

Z uwagi na powyższe, w ocenie zamawiającego, przystępujący w zakresie w jakim wykazał, że dysponuje minimum pięcioma osobami skierowanymi do realizacji przedmiotu zamówienia publicznego, posiadającymi odpowiednie kwalifikacje zawodowe, potwierdził spełnienie warunku opisanego przez zamawiającego w rozdziale 4 pkt 6.3 lit. c) s.i.w.z.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca SPIE Elbud Gdańsk S.A. (dalej „przystępujący”).

#### Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Zamawiający w treści pkt 6.3 lit. c ppkt 2 s.i.w.z. określił następujące warunki udziału w postępowaniu:

Wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej, o którym mowa w Rozdziale 4 pkt 2 lit c) s.i.w.z., jeżeli wykaże, że:

c) dysponuje minimum pięcioma osobami skierowanymi do realizacji przedmiotu zamówienia publicznego, posiadającymi odpowiednie kwalifikacje zawodowe, w tym:

1) co najmniej trzema osobami posiadającymi ważne świadectwa kwalifikacyjne „E” uprawniające do wykonywania pracy na stanowisku eksploatacji w zakresie obsługi, konserwacji, remontu i montażu:

- urządzeń, instalacji i sieci elektroenergetycznych o napięciu nie wyższym niż 1 kV,
- sieci elektrycznego oświetlenia ulicznego.

2) minimum jedna osoba posiadająca ważne świadectwo kwalifikacyjne „D” uprawniające do wykonywania pracy na stanowisku dozoru w zakresie obsługi, konserwacji, remontu, montażu i kontrolno-pomiarowym:

- urządzeń, instalacji i sieci elektroenergetycznych o napięciu nie wyższym niż 1 kV,
- sieci elektrycznego oświetlenia ulicznego,
- pomiarów do 1kV.

3) minimum jedną osobą posiadającą odpowiednie uprawnienia budowlane do (kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń w zakresie robót będących przedmiotem zamówienia. Osoba ta będzie pełnić funkcję Kierownika Robót.).

Jednocześnie zamawiający, na potwierdzenie spełniania ww. warunku żądał złożenia wykazu osób wg wzoru określone załącznikiem nr 5 do s.i.w.z.

W wyniku wezwania zamawiającego z dnia 19 sierpnia 2020 roku, przystępujący uzupełnił wykaz osób, w którym wskazał 5 osób, w tym trzy osoby (dotyczy świadectwa kwalifikacyjnego „E”), jedną osobę na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego ppkt 2

(świadectwo kwalifikacyjne „D”) oraz ppkt 3 (kierownika robót) oraz jedną osobę (Pan K.W. – świadectwo kwalifikacyjne „D”).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej kluczowym dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania, jest ustalenie, czy przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, opisanym w rozdziale 4 pkt 6.3 lit c s.i.w.z. w rozumieniu treści tego warunku postawionego przez zamawiającego.

Zdaniem Izby, przystępujący nie wykazał spełnienia tego warunku, gdyż literalna treść tego warunku nakładała na wykonawców określone wymagania, których wykonawca nie spełnił. Wskazać bowiem należy, iż zamawiający w sposób precyzyjny i jednoznaczny podał, iż wykonawca ma obowiązek wykazania, że dysponuje minimum pięcioma osobami skierowanymi do realizacji przedmiotu zamówienia publicznego, posiadającymi odpowiednie kwalifikacje zawodowe.

Powyższe oznacza, że zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawców minimum pięcioma osobami, które posiadają odpowiednie do wymagań kwalifikacje zawodowe, i które to osoby będą skierowane do realizacji przedmiotu zamówienia. Kwalifikacje zawodowe, jakich wymagał zamawiający to: minimum 3 osoby posiadające ważne świadectwa kwalifikacyjne „E”, minimum 1 osoba posiadająca ważne świadectwo kwalifikacyjne „D” oraz minimum 1 osobę posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w określonej specjalności.

Przedmiotem ustalenia przez Izbę jest okoliczność, czy sformułowanie użyte przez zamawiającego dotyczące minimum 5 osób musi być skorelowane z liczbą osób posiadających stosowne kwalifikacje, tzn. czy wykonawca miał prawo do przedstawienia w wykazie 4 osób z kwalifikacjami, z jednoczesnym zdublowaniem uprawnień przez jedną osobę oraz czy wykazaniem spełnienia warunku może być przedstawienie piątej osoby, która takich kwalifikacji nie spełnia, ale będzie skierowana do realizacji tego zamówienia.

Zdaniem Izby, wymóg zamawiającego dotyczący dysponowania minimum 5 osobami posiadającymi odpowiednie kwalifikacje zawodowe, w sposób jednoznaczny kreuje obowiązek nałożony na wykonawców, z którego wynika, iż każda z pięciu osób skierowana do realizacji przedmiotu zamówienia musi posiadać określone kwalifikacje. Potwierdzeniem powyższego stanowiska jest również treść uwagi nr 1 zamieszczonej w załączniku nr 5 do s.i.w.z. (Wykaz osób), gdzie zamawiający podał, iż *„dane w kolumnie nr 2 (posiadane kwalifikacje zawodowe (specjalność i numer uprawnień) należy wypełnić w taki sposób, aby zamawiający na podstawie wskazanych informacji był w stanie ocenić, czy osoby wskazane w kolumnie nr 1 (imię i nazwisko) posiadają odpowiednie kwalifikacje zawodowe i uprawnienia, wymagane w opisie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 4 pkt 6.3) lit c) s.i.w.z.”*

Oczywistym jest, że w ramach realizacji przedmiotu zamówienia każdy z wykonawców będzie posiłkował się również innymi osobami, które umożliwią mu sprawną realizację umowy, jednakże niedopuszczone brzmieniem przedmiotowej s.i.w.z. było, aby takie osoby (nieposiadające stosownych uprawnień) były wykazywane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jako uzupełnienie określonego przez zamawiającego minimum liczby osób. Zamawiający wymagał bowiem, aby minimum 5 osób skierowanych do realizacji tego zamówienia legitymowało się określonymi kwalifikacjami, co zdaje się skorelowane jest z zakresem zadań do wykonania w ramach zamówienia. Inna interpretacja omawianego warunku skutkuje bowiem tym, że mogłoby dojść do sytuacji, w której wykonawca w wykazie osób wskazałby 1 osobę, która będzie posiadała kwalifikacje „E”, „D” oraz kierownika budowy, 2 osoby ze świadectwem „E” oraz 2 osoby bez uprawnień, aby wypełnić żądanie zamawiającego minimum 5 osób. W takim przypadku mogłoby dojść do sytuacji, w której realizacja zamówienia mogłaby być zagrożona, ze względu na niewłaściwą obsadę stanowisk. Dlatego też zasadne jest twierdzenie, że zamawiający stawiając przedmiotowy warunek, chciał być zabezpieczony przed niewłaściwą realizacją zamówienia, żądając wykazania się minimum pięcioma osobami, z których każda musiała posiadać określone kwalifikacje.

Okolicznością bezsporną w przedmiotowym postępowaniu jest fakt, iż zamawiający nie zastrzegł w s.i.w.z., iż osoby nie mogą łączyć określonych funkcji, jednakże w takim przypadku wykonawca nadal miał obowiązek wykazania się dysponowaniem minimum 5 osobami z kwalifikacjami. W przedmiotowym postępowaniu, przystępujący podał jedną osobę wykazując na świadectwo kwalifikacyjne „D” oraz kierownika robót. W ocenie Izby było to dopuszczone w s.i.w.z., a na pewno nie zakazane. Jednakże w takim przypadku, przyjmując, że wykazano tylko 4 osoby, wykonawca miał obowiązek wykazania się dysponowaniem 5 osoby, która również musiała posiadać świadectwo kwalifikacji „D” lub/i kierownika robót. W takiej sytuacji zamawiający zabezpieczony byłby realizacją zamówienia przez minimum 5 osób, z których 2 miałyby zdublowane kwalifikacje. Treść s.i.w.z. nie wykluczała takiej możliwości.

Podsumowując Izba stwierdziła, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż Pan K.W. nie posiada świadectwa kwalifikacji „D” w pełnym zakresie (brak uprawnień w zakresie kontrolno-pomiarowym), a w związku z wyczerpaniem przez zamawiającego procedury opisanej przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła zasadności naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, gdyż przystępujący w ramach realizacji żądania zamawiającego z dnia 19 sierpnia 2020 roku, do złożonego wykazu osób załączył

również świadectwo kwalifikacyjne dla Pana K.W., z którego wprost wynikał zakres posiadanych uprawnień. Tym samym, w ocenie Izby przystępujący nie wprowadził zamawiający w błąd (art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp) jak też nie przedstawił informacji wprowadzających zamawiającego w błąd (art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp), a jedynie zamawiający wadliwie ocenił złożone przez przystępującego dokumenty.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....