

Sygn. akt: KIO 2509/11

WYROK
z dnia 6 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2011 r. przez wykonawcę **CONTROL PROCESS ELECTRIC sp. z o.o., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A., ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin Jeziorna**.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert

2. kosztami postępowania obciąża Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A., ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin Jeziorna i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **CONTROL PROCESS ELECTRIC sp. z o.o., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Polskich Sieci Elektroenergetycznych Operator S.A., ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin Jeziorna** na rzecz **CONTROL PROCESS ELECTRIC sp. z o.o. ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** kwotę **23 831 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące osiemset trzydzieści jeden złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A. prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Budowa stacji 400 kV Łomża”. Ogłoszenie ukazało się w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2011/S 155-258560, 13.08.2011 r.

Odwołujący Control Process Electric sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego 1. dokonania oceny oferty złożonej przez ELEKTROBUDOWA S.A. 2. wybór oferty spółki pod firmą ELEKTROBUDOWA S.A. jako najkorzystniejszej; 3. zaniechania wezwania spółki pod firmą ELEKTROBUDOWA S.A. do uzupełnienia dokumentów w oparciu o przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. 4. powtórnego wezwania spółki pod firmą ELEKTROBUDOWA S.A. do złożenia wyjaśnień. 5. zaniechania wykluczenia spółki pod firmą ELEKTROBUDOWA S.A. z postępowania i odrzucenia jej oferty.

Zarzucał Zamawiającemu naruszenie: 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego niezastosowanie, skutkujące zaniechaniem wykluczenia z postępowania ELEKTROBUDOWA S.A. i odrzucenia jej oferty, pomimo, iż nie wykazywała warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami posiadającymi uprawnienia do projektowania bez ograniczeń oraz w zakresie doświadczenia w wybudowaniu lub zmodernizowaniu co najmniej 5 pól rozdzielni 220 kV lub 400 kV; 2) art. 26 ust. 3 w zw. z 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego niezastosowanie, polegające na zaniechaniu wezwania spółki pod firmą ELEKTROBUDOWA S.A. do uzupełnienia dokumentów w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, pomimo zaistnienia przesłanki do zastosowania wspomnianej instytucji; 3) art. 91 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na dokonaniu wyboru oferty spółki pod firmą ELEKTROBUDOWA S.A. jako najkorzystniejszej, pomimo okoliczności, że spółka ta nie wykazywała spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu; 4) art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na dwukrotnym wezwaniu ELEKTROBUDOWA S.A. do złożenia wyjaśnień odnośnie terminu wykonania robót wskazanych w Wykazie robót w sytuacji, gdy ELEKTROBUDOWA S.A. nie zawarła informacji o dacie wykonania robót, a w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień stwierdziła, iż nie posiada informacji o dacie zakończenia robót.

Wniósł o nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego oceny oferty złożonej przez Elektrobudowa S.A. oraz nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego ponownego

wezwania ELEKTROBUDOWA S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie daty wykonania zadania polegającego na modernizacji stacji 330/110/10 kV Koliadichi w Mińsku, nakazanie Zamawiającemu wykluczenia ELEKTROBUDOWA S.A. z postępowania i odrzucenie jej oferty; ewentualnie nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem wezwania ELEKTROBUDOWA S.A. do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz dysponowania osobami, zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadającymi uprawnienia do projektowania bez ograniczeń; obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

I. Zarzut naruszenia 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych

Zamawiający w punkcie 6.2.1. sekcji 6 SIWZ - Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania ich oceny, postawił wymaganie, aby wykonawcy wykazali, że w okresie pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (27.09.2011 r.) wybudowali lub zmodernizowali co najmniej 5 (pięć) pól rozdzielni 220 kV lub 400 kV. Wykonawca ELEKTROBUDOWA S.A. w zakresie tego warunku wskazał, iż polegał na potencjale podmiotu trzeciego - spółki prawa białoruskiego. Prace wykonane przez ten podmiot obejmowały przebudowę 4 (czterech) pól rozdzielni o mocy 330 kV, w stacji 330/110/10 kV Koliadichi w Mińsku oraz przebudowę 3 (trzech) pól rozdzielni o mocy 330 kV, w stacji 220 kV Grodno-Yuzhnaya.

Polska Norma PN-IEC 60038 określa wartości napięć między innymi dla sieci przesyłowych, odbiorczych i urządzeń. W normie tej zostały określone wymagane wartości napięcia znamionowego sieci dla różnych rodzajów sieci i urządzeń, wynoszące odpowiednio 110 kV, 220 kV oraz 400 kV. Są to napięcia obowiązujące na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej. Norma nie określa, że istnieje wartość pośrednia pomiędzy 220 kV a 400 kV. Również we wszystkich aktach prawnych związanych z funkcjonowaniem rynku energii elektrycznej nie pojawia się wartość napięcia 330 kV, czy wzmianka o ekwiwalentności tego napięcia z napięciem 220 kV lub 400 kV.

Odwołujący podniósł, iż doświadczenie w budowie/modernizacji pól o mocy 330 kV nie może być i nie jest tożsame z doświadczeniem w budowie/modernizacji pól o mocy 220 kV lub 400 kV. Prace wykonane przez spółkę prawa białoruskiego nie mogą zostać uznane za modernizację pól o mocy 220 kV lub 400 kV, co prowadzi do wniosku, że Zamawiający błędnie uznał, iż Wykonawca ELEKTROBUDOWA S.A. spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Odwołujący zarzucił, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wykluczenia Wykonawcy ELEKTROBUDOWA S.A. z postępowania i odrzucenia jego oferty, pomimo iż z załączonych dokumentów wynika, że Wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

II. Odwołujący podniósł także okoliczność, iż wbrew treści SIWZ, Wykonawca

ELEKTROBUDOWA S.A. nie określił, w jakim przedziale czasowym (dzień i miesiąc) prowadzone były prace, polegające na modernizacji stacji 330/110/10 kV Koliadichi w Mińsku. Zamawiający dwukrotnie wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym samym zakresie, w oparciu o przepis art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wzywając jednocześnie do złożenia Wykazu robót w sytuacji, gdy wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę nie potwierdzą spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W pierwszej odpowiedzi na wezwanie Wykonawca ELEKTROBUDOWA S.A. stwierdził, iż nie posiada takiej informacji, nie załączając żadnego dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. W drugiej odpowiedzi na pytanie Wykonawca podał, iż roboty zostały ukończone w grudniu 2006 roku.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie może dwukrotnie wzywać wykonawcy do wskazania daty zakończenia robót, polegających na przebudowie stacji 330/110/10 kV w Mińsku. Skoro wykonawca stwierdził, iż nie jest w posiadaniu wiedzy o tym, kiedy podmiot trzeci zakończył roboty, a jednocześnie pomimo wezwania nie uzupełnił dokumentów, to skutkuje to uznaniem niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę ELEKTROBUDOWA S.A.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zobowiązany był wykluczyć Wykonawcę ELEKTROBUDOWA S.A. z postępowania oraz odrzucić jego ofertę, z pewnością nie powinien wyznaczać kolejnego terminu do złożenia wyjaśnień. Poszukiwanie przez Zamawiającego możliwości udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, jest nie tylko niezgodne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych), lecz także stanowi akt nielojalności i złej wiary, który nie zasługuje na ochronę prawną. Odwołujący zauważył, iż obowiązkiem Zamawiającego, który uznał, że oświadczenie Wykonawcy w zakresie posiadanego doświadczenia jest niekompletne, było wezwanie tego wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów, czemu nie czyni zadość wezwanie do złożenia wyjaśnień.

W punkcie 6.2.4 SIWZ Zamawiający napisał, iż uzna, że wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jeśli dysponują osobami posiadającymi uprawnienia budowlane do projektowania oraz do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w zakresie specjalności instalacyjnej, obejmującej sieci, instalacje i urządzenia wodociągowe, kanalizacyjne, wentylacyjne oraz w zakresie konstrukcyjno-budowlanym.

Odwołujący podniósł, iż osoby przedstawione jako realizujące zamówienie, nie posiadają stosownych uprawnień. W szczególności Odwołujący zauważył, iż uprawnienia Pana Zdzisława F. do kierowania robotami budowlanymi są uprawnieniami w ograniczonym zakresie (z uwagi na zwrot „w budownictwie osób fizycznych”). Zdaniem Odwołującego, dokonując interpretacji

uprawnień budowlanych uzyskanych na podstawie przepisów rozporządzenia MGTiOŚ z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46 z późn. zm.), powinno się brać pod uwagę wszystkie zmiany powyższego rozporządzenia, w tym dokonane w 1991r. (Dz. U. Nr 69, poz. 299), gdyż dotyczą one z mocy prawa wszystkich osób, które uzyskały uprawnienia budowlane na jego podstawie.

W wyniku nowelizacji dokonanej w 1991 roku termin "budownictwo osób fizycznych" został zastąpiony terminem „w budownictwie jednorodzinym, zagrodowym oraz innych budynków o kubaturze do 1000 m³. Omawiane przepisy wprowadzały zarówno ograniczenia o charakterze podmiotowym, np. „budownictwo osób fizycznych”, jak również o charakterze przedmiotowym „w zakresie obiektów budowlanych, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych i schematach technicznych”, nie nazywając ich wprost uprawnieniami budowlanymi w ograniczonym zakresie, jak czyni to obowiązująca ustawa Prawo budowlane.

Odwołujący zauważył także, iż Pan Ryszard B. i Pani Jowita J. w ogóle nie posiadają uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w zakresie swojej specjalności.

Odwołujący wskazał ponadto, że Wykonawca ELEKTROBUDOWA S.A. wyznaczył na projektanta instalacji wod-kan, Panią Barbarę Z. Z informacji zawartych w ofercie na temat uprawnień pani Barbary Z. wynika, że posiada ona uprawnienia budowlane bez ograniczeń tylko w zakresie instalacji sanitarnych. W ocenie Odwołującego, nie można uznać, że są to uprawnienia budowlane równoważne wymaganym przez Zamawiającego, tj. w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych, kanalizacyjnych, wentylacyjnych (zgodnie z punktem 6.2.4 SIWZ). Wymóg postawiony przez Zamawiającego precyzował posiadanie uprawnień do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci i instalacji, nie zaś samych tylko instalacji. Osoby, które przed dniem wejście w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Zmiana przepisów nie spowodowała, że zakres uprawnień Pani Barbary Z. uległ poszerzeniu. Odwołujący podkreślał więc, iż uprawnienia Pani Barbary Z. nie spełniają wymogów Zamawiającego, co jest równoznaczne z brakiem spełniania przez Wykonawcę Elektrobudowa S.A. warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej do sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych, kanalizacyjnych, wentylacyjnych.

Wykonawca Elektrobudowa S.A. wyznaczył Pana Jana G. do pełnienia funkcji projektanta części konstrukcyjno-budowlanej, legitymującego się uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi na budowie obiektów budowlanych z wyjątkiem robót obejmujących skomplikowane instalacje i urządzenia sanitarne oraz instalacje i urządzenia elektryczne, wydanymi na podstawie przepisów rozporządzenia Przewodniczącego Komitetu

Budownictwa, Urbanistyki i Architektury z dnia 10 września 1962 roku w sprawie kwalifikacji fachowych osób wykonujących funkcje techniczne w budownictwie powszechnym (Dz. U. Nr 53, poz. 266).

Uprawnienia do kierowania robotami, jakie posiada Pan Jan G., nie uprawniają jednocześnie do sporządzania projektów. Nie może on zatem sporządzać projektów, a tym samym wykonywać powierzonej i wskazanej w ofercie funkcji projektanta. W przepisach przejściowych Prawa budowlanego z 1974 roku w art. 67 określono, że osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy uzyskały prawo projektowania i kierowania robotami budowlanymi, zachowują nadal w dotychczasowym zakresie uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Zmiana przepisów nie spowodowała, że zakres uprawnień Pana Jana G. uległ poszerzeniu. Odwołujący zatem zaznaczył, iż Elektrobudowa S.A. nie dysponuje projektantem, posiadającym uprawnienia w zakresie specjalności konstrukcyjno-budowlanej.

III. [Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych]

W ocenie Odwołującego Wykonawca Elektrobudowa S.A. złożył dokumenty, z których nie wynikało, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zaistniały zatem przesłanki do wystosowania wezwania do uzupełnienia dokumentacji na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający powinien szczegółowo określić, jakich dokumentów brak, lub które trzeba uzupełnić. Bezwzględnym obowiązkiem jest zawsze dokładne opisanie, dlaczego uznał dokument za wadliwy lub niepełny i w jaki sposób oczekuje, iż wykonawca usunie stwierdzone uchybienie. Wezwania nie czyniące zadość takim wymogom nie wywołują skutku prawidłowego wezwania do złożenia dokumentu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż zaniechał obligatoryjnego wezwania Wykonawcy Elektrobudowa S.A. do uzupełniania dokumentów.

IV. [Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych]

Odwołujący zauważył, iż Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych. Jeśli Zamawiający dokonuje wyboru oferty korzystniejszej, nie mając pewności, że wykonawca, którego oferta została wybrana, nie podlega wykluczeniu, narusza zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji. Odwołujący podniósł, iż w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę (Elektrobudowa S.A.), niebędącego w stanie zrealizować zamówienia. Zdaniem

Odwołującego bez znaczenia jest, czy brak wykluczenia tego wykonawcy był efektem niedopatrzenia, czy brakiem pewności Zamawiającego co do wykazywania spełniania warunków przez Elektrobudowa S.A., bo w każdej z tych sytuacji, Zamawiający dopuszcza się naruszenia art. 91 w zw. z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

V. [Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych]

Zamawiający wezwał Wykonawcę Elektrobudowa S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie daty zakończenia zadania polegającego na modernizacji stacji 330/110/10 kV Koliadichi w Mińsku lub uzupełnienia dokumentów poprzez złożenie Wykazu robót, z których wynikałoby spełnienie przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Pomimo wezwania, Wykonawca Elektrobudowa S.A. nie złożył wyjaśnień pozwalających na uznanie za wykazane wymaganego doświadczenia, ani Wykazu robót zgodnie z wymogami SIWZ. Odwołujący podnosił, że w takiej sytuacji obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie posiadanych dokumentów i oświadczeń i w konsekwencji wykluczenie Wykonawcy z postępowania. W ocenie Odwołującego brak było podstawy prawnej do wzywania po raz drugi Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym samym zakresie. Odwołujący podnosił zatem, że drugie wezwanie Wykonawcy Elektrobudowa S.A. do złożenia wyjaśnień, jako dokonane bez podstawy prawnej, winno zostać uznane za nieskuteczne.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, że Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ w przypadku jego uwzględnienia, istnieje możliwość uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykluczenie Wykonawcy Elektrobudowa S.A. spowodowałoby bowiem, że oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu. Tymczasem w wyniku podjęcia przez Zamawiającego zaskarżanych czynności, Odwołujący pozbawiony został możliwości uzyskania zamówienia.

Zamawiający postawił wymaganie, aby wykonawcy wykazali, że w okresie pięciu lat przed upływem terminu składania ofert wybudowali lub zmodernizowali co najmniej 5 (pięć) pól

rozdzielni 220 kV lub 400 kV. W ocenie Izby tak postawiony warunek nie budził wątpliwości.

Nie budzi także wątpliwości fakt, że każdy wykonawca, który przedstawi wykaz zrealizowania pól rozdzielni innych niż 220 kV lub 400 kV, zgodnie z literalnym brzmieniem tego warunku, nie spełni wymagań SIWZ. Zamawiający, jako podmiot profesjonalny, posiadający ogromną wiedzę w zakresie sieci elektroenergetycznych miał pełną świadomość, iż istnieją pola rozdzielni inne niż 220 kV lub 400 kV, mimo to, zdecydował się ostatecznie na zawężenie brzmienia ww. warunku i umożliwienie wykonawcom wykazania się doświadczeniem w zakresie realizacji pól rozdzielni dla jedynie dwóch rodzajów napięć. Taki zapis specyfikacji nie był przez wykonawców zaskarżony. W tym zatem zakresie zapis specyfikacji stał się obowiązujący dla wszystkich wykonawców. Należy zauważyć, iż z analizy treści tego warunku nie wynika, aby Zamawiający dopuszczał także możliwość wykazania się doświadczeniem w zakresie realizacji pól rozdzielni o napięciu pól 330 kV. Treść warunku nie została bowiem określona przy użyciu sformułowań: „co najmniej 220 kV” lub „pomiędzy 220 kV a 400 kV”. Powyższe zatem sprawia, że prace związane z realizacją pól rozdzielni o napięciu pól 330 kV, wykonane przez spółkę prawa białoruskiego, które w swojej ofercie wykazywał Wykonawca Elektrobudowa S.A., nie mogą zostać uznane za modernizację pól o mocy 220 kV lub 400 kV, co prowadzi do wniosku, że Zamawiający błędnie uznał, iż Wykonawca Elektrobudowa S.A. spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Izba rozumie stanowisko Zamawiającego, iż wykonanie instalacji o napięciu 220 kV, 330 kV czy też 400 kV charakteryzuje się zbliżonym poziomem trudności. Jednakże takie stanowisko Zamawiającego nie znalazło odzwierciedlenia w treści SIWZ, a dla oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu treść SIWZ jest decydująca. Ponownie podkreślić należy, iż Zamawiający miał świadomość (co wykazywał podczas rozprawy) występujących w całej Europie (w znaczeniu geograficznym) różnych wartości napięć i mimo takiej wiedzy zdecydował się w taki sposób sformułować warunek udziału w postępowaniu.

Należy także podkreślić, iż doszukiwanie się w precyzyjnie i jednoznacznie sformułowanym opisie sposobu spełnienia warunku, treści, która tam nie występuje, rozszerzanie rozumienia treści warunku o treści w nim nie występujące, może być uznane za naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

W świetle powyższych okoliczności Izba ustaliła, iż Zamawiający błędnie uznał, że Wykonawca Elektrobudowa S.A. spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Z tego też względu należało uznać, iż nie było konieczne wzywaniem wykonawcy Elektrobudowa S.A. do składania wyjaśnień w zakresie wykazu wykonanych prac. Wyjaśnienie daty (dnia i miesiąca) zakończenia realizacji prac wykonania i modernizacji pól rozdzielni 330kV w Mińsku nie miało bowiem znaczenia dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jeśli bowiem wykazywane prace przy budowie rozdzielni nie spełniały wymagań postawionych w SIWZ,

należy uznać, iż wzywanie do wyjaśnień w zakresie daty wykonania tych prac było bezcelowe. Nie można uznać, aby Zamawiający dokonał już wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie prac przy wykonaniu lub modernizacji pól rozdzielni 220 kV lub 400 kV. Należy uznać, iż dotychczas przesłane wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych było nieprecyzyjne. W treści wezwania Zamawiający wskazał jako podstawę wezwania określenie daty (wykonania jednej z prac), jako podstawy oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca mógł więc zinterpretować, iż wezwanie to dotyczy kwestii zmieszczenia się wymaganych 5 latach – okresie maksymalnym dla wykazania się wymaganym doświadczeniem. Zamawiający, wzywając do uzupełnienia dokumentów nie wskazywał, że ma jakiegokolwiek wątpliwości co do wykazywanego przez wykonawcę Elektrobudowa S.A. doświadczenia w zakresie budowy lub modernizacji pól rozdzielni o napięciu 330 kV.

Izba w pełni podziela stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający powinien szczegółowo określić, jakich dokumentów brak, lub które trzeba uzupełnić. Bezwzględnym obowiązkiem jest zawsze dokładne opisanie, dlaczego Zamawiający uznał dokument za wadliwy lub niepełny i w jaki sposób oczekuje, iż wykonawca usunie stwierdzone uchybienie. Zamawiający w niniejszej sprawie powinien zatem wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów – uzupełnionego wykazu wykonanych prac w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ze wskazaniem, iż wykonawca winien uzupełnić wykaz o zrealizowane prace polegające na wykonaniu lub modernizacji pól rozdzielni 220 kV lub 400 kV.

Izba podziela także stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający nie powinien dwukrotnie wzywać wykonawcy do wskazania daty zakończenia robót, polegających na przebudowie stacji 330/110/10 kV w Mińsku. Kilkakrotne wzywanie do udzielenia wyjaśnień w dokładnie tym samym zakresie, mimo informacji Wykonawcy, iż nie ma wiedzy w zakresie wymaganych okoliczności, niezbędnych dla Zamawiającego do dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, może zostać uznane za poszukiwanie przez Zamawiającego możliwości udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Jako takie jest niezgodne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych). Art. 26 ust. 3 oraz ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych co prawda wprost nie stanowi, że wezwania można dokonać wyłącznie jeden raz w trakcie postępowania. Jednakże zgodnie z poglądem wyrażonym w utrwalonym orzecznictwie Izby (który to pogląd niniejszy skład orzekający podziela), wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz wezwania do wyjaśnień dokładnie w tym samym zakresie może zostać dokonane tylko jednokrotnie. Co do zasady wszystkie oświadczenia i dokumenty powinny być zawarte w ofercie. Ww. przepis umożliwia (w drodze wyjątku) dokonanie

uzupełnienia, o pewne dokumenty (oświadczenia), wyjaśnienia treści złożonych dokumentów. Skoro jest to sytuacja wyjątkowa, nie można uznać, aby uzupełnienia lub wyjaśnienia dokładnie tych samych okoliczności mogły być dokonywane wielokrotnie. Naruszałoby to bowiem zasadę równego traktowania wykonawców.

Izba ustaliła, iż zgodnie z pkt 7.16 SIWZ w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonawcy powinni złożyć oświadczenie o dysponowaniu osobami o kwalifikacjach opisanych w pkt. 6.2.4 SIWZ, załączając do oferty wypełniony Załącznik nr 1 i/lub Załącznik nr 2. Załącznik nr 2 dotyczy sytuacji, w której wykonawcy składający ofertę zamierzali korzystać przy realizacji zamówienia z zasobów podmiotu trzeciego.

Izba ustaliła także, iż Wykonawca Elektrobudowa S.A. załączył do oferty wypełniony Załącznik nr 2 do SIWZ, w którym zawarł wymagane informacje. Z treści tego dokumentu wynikała informacja, iż w zakresie realizacji inwestycji, Wykonawca Elektrobudowa S.A. będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego, tj. firmy Energoprojekt Kraków S.A. Dodatkowo do oferty zostały załączone uprawnienie budowlane poszczególnych osób, wymienionych w ww. wykazie.

Odwołujący wskazał, że dokumenty załączone jako uprawnienia budowlane osób wymienionych w wykazie nie potwierdzają, iż osoby te mogą pełnić te funkcje, które zostały im przypisane w treści Załącznika nr 2 złożonego przez Wykonawcę Elektrobudowa S.A.

Izba stoi na stanowisku, iż Zamawiający winien wyjaśnić rozbieżność między oświadczeniami a dokumentami zawartymi w ofercie.

Istnieje bowiem rozbieżność między treścią oświadczenia Wykonawcy Elektrobudowa S.A. a treścią załączonych do oferty tego wykonawcy uprawnień. Złożenie tych dokumentów (uprawnień budowlanych osób mających wykonywać zamówienie) nie było co prawda wymagane przez Zamawiającego, a Wykonawca Energobudowa S.A. złożył je z własnej inicjatywy, jednakże dokonując oceny oferty, Zamawiający nie może, w okolicznościach niniejszej sprawy, treści tych dokumentów zignorować. Skoro zachodzi sprzeczność między oświadczeniami a treścią załączonych do oferty dokumentów, to powstaje uzasadniona obawa co do prawdziwości oświadczeń złożonych przez Wykonawcę, a tym samym co do rzeczywistego spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Nie ma racji Zamawiający twierdząc, iż na tym etapie postępowania nie powinien odnosić się do kwestii złożonych w ofercie dokumentów. Przede wszystkim spełnienie warunków udziału w postępowaniu Zamawiający bada na etapie badania i oceny ofert, nie zaś po podpisaniu umowy z wybranym wykonawcą. Ponadto procedura zamówień publicznych przewiduje, iż Zamawiający po to stawia warunki udziału w postępowaniu oraz ocenia spełnienie tych warunków, aby przy realizacji zamówienia mieć pewność, iż wykonawca wybrany po dokonanej selekcji na podstawie tych warunków, będzie zdolny do realizacji zamówienia, co oznacza

między innymi, iż posiada odpowiedni potencjał i uprawnienia do realizacji zamówienia. Weryfikacja oświadczeń i dokumentów złożonych w ofercie dopiero po podpisaniu umowy, nie jest przewidziana w obowiązujących przepisach prawa. Ponadto przedstawienie przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów, które tych oświadczeń nie potwierdzają, a także które mogą uzasadniać przypuszczenia, że wykonawca nie dysponuje odpowiednimi (wymaganymi) zasobami, powinna już na etapie badania i oceny ofert wywołać u Zamawiającego obawę, czy podmiot ten jest zdolny do realizacji zamówienia. Treść dokumentów przedstawionych przez Wykonawcę Elektrobudowa S.A. podważyła bowiem wiarygodność spełnienia przez tego wykonawcę warunku postawionego przez Zamawiającego. Dlatego Zamawiający powinien wyjaśnić wszelkie rozbieżności już na etapie badania oferty wykonawcy Elektrobudowa S.A. Odnosząc się do przedstawionych poszczególnych uprawnień należy stwierdzić, iż Zamawiający powinien wyjaśnić, pod kątem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, rozbieżność pomiędzy oświadczeniem Wykonawcy Elektrobudowa S.A., iż Pan Jan G. będzie pełnił rolę projektanta części konstrukcyjno – budowlanej, a przedłożonymi uprawnieniami, które na chwilę składania ofert nie potwierdzają posiadania uprawnień do projektowania bez ograniczeń w ww. zakresie. Przedstawione w ofercie uprawnienia potwierdzają jedynie, iż Pan Jan G. posiada uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi na budowie obiektów budowlanych z wyjątkiem robót obejmujących skomplikowane instalacje i urządzenia sanitarne oraz instalacje i urządzenia elektryczne. Zamawiający powinien więc uzyskać jednoznaczne wyjaśnienie, czy Pan Jan G. posiada uprawnienia do projektowania bez ograniczeń we wskazanej w Załączniku nr 2 specjalności konstrukcyjno - budowlanej.

Wyjaśnieniu powinny podlegać także uprawnienia Pana Zdzisława F. Przedstawione w ofercie uprawnienia nie potwierdzają, aby Pan Zdzisław F. posiadał uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi (w specjalności instalacji i sieci elektrycznych) w zakresie nieograniczonym, tak jak wymagał Zamawiający w pkt 6.2.4. SIWZ. W uprawnieniach Pana Zdzisława F. znalazł się zwrot „w budownictwie osób fizycznych”. W wyniku nowelizacji Rozporządzenia z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46 z późn. zm.), w 1991r., termin "budownictwo osób fizycznych" został zastąpiony terminem „w budownictwie jednorodzinym, zagrodowym oraz innych budynków o kubaturze do 1000 m³", co oznacza, że uprawnienia w tym zakresie są uprawnieniami ograniczonymi. Zamawiający powinien wyjaśnić, czy Pan Zdzisław F. posiada również uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń.

Ponadto Zamawiający powinien uzyskać jednoznaczne wyjaśnienie, czy Pani Barbara Z. posiada uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi również w zakresie sieci sanitarnych.

Zamawiający wprawdzie wymagał, aby wykonawcy na potwierdzenie spełnienia warunku

udziału w postępowaniu przedstawili jedynie oświadczenie, nie żądał przedstawienia dokumentów – uprawnień, jednakże w szczególnych okolicznościach niniejszej sprawy konieczne jest co najmniej wyjaśnienie przez Zamawiającego, czy osoby zgłoszone przez wykonawcę do realizacji zamówienia, posiadają stosowne uprawnienia. Na tym etapie postępowania nie można bowiem stwierdzić jednoznacznie, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. Dokumenty załączone do oferty wykonawcy Elektrobudowa S.A. nie są zgodne ze złożonymi oświadczeniami. Z tego względu Izba uznała, iż Zamawiający powinien powtórzyć czynność badania i oceny ofert również w tym zakresie. Zamawiający powinien wyjaśnić wskazane powyżej rozbieżności, a w przypadku braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu (wykazania, iż wskazane osoby –a tym samym wykonawcą– są zdolne do wykonania zamówienia), powinien zażądać ponownego złożenia (w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (pkt. 7.16 w związku z 6.2.4 SIWZ).

Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej powinien mieć pewność, że wykonawca spełnia postawione warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający w treści pkt. 6.2.4 SIWZ wymagał, aby wykonawcy dysponowali osobami posiadającymi uprawnienia do projektowania bez ograniczeń oraz kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń. Brak jest jednak podstaw do przyjęcia, aby każda z osób, którymi dysponować mają wykonawcy, posiadała jednocześnie uprawnienia w zakresie projektowania i kierowania robotami. Wymóg taki nie wynika z treści SIWZ. Wykonawca może dysponować osobami, które posiadają uprawnienia tylko z zakresu projektowania, jak i osobami, które posiadają uprawnienia tylko z zakresu kierowania robotami – pod warunkiem, że w specjalnościach budowlanych wymienionych w pkt. 6.2.4. SIWZ wykonawca dysponować będzie osobami zarówno o uprawnieniach do projektowania, jak i osobami o uprawnieniach do kierowania robotami. Dlatego fakt, że Pani Jowita J. posiada uprawnienia jedynie do projektowania w zakresie nieograniczonym nie oznacza, że iż wykonawca nie dysponuje także osobami posiadającymi uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi (w specjalności konstrukcyjno-budowlanej) bez ograniczeń.

Mając powyższe na uwadze 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 oraz na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz

sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Izba do uzasadnionych kosztów postępowania zaliczyła także koszty stawiennictwa strony (reprezentowane 2 osoby). Strona przedstawiła bilet kolejowy (na przejazd liniami kolejowymi na trasie Katowice - Warszawa). Izba nie zaliczyła jednak kosztów związanych z powrotem, z uwagi na nieudokumentowanie ich poniesienia.

Przewodniczący:

.....