

WYROK
z dnia 12 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak- Żuraw

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **30 marca 2011 r.** przez Odwołującego - **Solver Sp. z o. o., ul. Zagórska 167, 42-600 Tarnowskie Góry**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Gmina Przywidz, ul. Gdańska 7, 83-047 Przywidz (lider) oraz Fundacja „Instytut Aktywizacji Regionów”, ul. Kopernika 20/3, 81—424 Gdynia, adres dla lidera: ul. Gdańska 7, 83-047 Przywidz**

przy udziale wykonawcy - **Envirotech Sp. z o.o., ul. Jana Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Solver Sp. z o. o., ul. Zagórska 167, 42-600 Tarnowskie Góry i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Solver Sp. z o. o., ul. Zagórska 167, 42-600 Tarnowskie Góry tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 1 917 zł 10 gr (słownie: tysiąc dziewięćset siedemnaście złotych dziesięć groszy) przez Odwołującego - Solver Sp. z o. o., ul. Zagórska**

167, 42-600 Tarnowskie Góry na rzecz Zamawiającego - **Gmina Przywidz, ul. Gdańska 7, 83-047 Przywidz (lider) oraz Fundacja „Instytut Aktywizacji Regionów”, ul. Kopernika 20/3, 81—424 Gdynia, adres dla lidera: ul. Gdańska 7, 83-047 Przywidz** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Przywidz, ul. Gdańska 7, 83 - 047 Przywidz (lider), Fundacja „Instytut Aktywizacji Regionów” ul. Kopernika 20/3, 81 - 424 Gdynia (partner), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”), którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie instalacji solarnych w 95 budynkach mieszkalnych i użyteczności publicznej na terenie Gminy Przywidz w ramach inwestycji PN. „Budowa zespołu instalacji solarnych w Gminie Przywidz - Słońce w Przywidzu”, woj. pomorskie. Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane oszacowano na kwotę mniejszą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 22 lutego 2011 roku nr 27312 – 2011.

W dniu 30 marca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniesione zostało odwołanie wykonawcy „SOLVER” Sp. z o.o., ul. Zagórska 167, 42-600 Tarnowskie Góry, wobec czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bez wezwania tegoż wykonawcy do złożenia wyjaśnień załączonych do oferty dokumentów podmiotowych, mimo iż przy prawidłowym, w ocenie odwołującego, złożeniu dokumentów podmiotowych zamawiający powziął wątpliwość co do ich treści.

Swoim postępowaniem, zdaniem odwołującego, zamawiający naruszył:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. art. 22 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie modyfikacji pierwotnego warunku udziału w postępowaniu w stosunku do niektórych wykonawców;
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie z postępowania wykonawcy, który spełnia warunki udziału w postępowaniu;
4. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień złożonych przez niego dokumentów, mimo powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co do ich treści;

5. art. 5 k.c. poprzez czynienie ze swojego prawa użytku sprzecznego ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa.

W związku z powyższym odwołujący wnosił o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dokumentów podmiotowych w postaci wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia;
3. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem treści warunku dotyczącego osób, które będą realizować zamówienie, postawionego w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”);
4. nakazania zamawiającemu wyboru oferty wykonawcy odwołującego jako najkorzystniejszej spośród złożonych w postępowaniu ofert;
5. przyznanie kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą, zgodnie z przedłożoną na rozprawie fakturą.

W uzasadnieniu odwołujący podnosił, że w rozdziale V pkt c SIWZ zamawiający zażądał od wykonawców wykazania dysponowania między innymi:

- co najmniej jedną osobą przewidzianą do pełnienia funkcji kierownika budowy posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz legitymującą się co najmniej 2 letnim stażem zawodowym polegającym na pełnieniu funkcji kierownika budowy lub inspektora nadzoru podczas realizacji przedsięwzięć związanych z wykonywaniem instalacji solarnych;
- co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych, posiadającą co najmniej 2 lata doświadczenia w projektowaniu.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku odwołujący złożył wraz z ofertą wykaz osób, którymi będzie dysponował podczas realizacji zamówienia, wskazując jako osoby wypełniające powyższe wymagania zamawiającego odpowiednio: Panią Annę Sz - Wowra oraz Pana Wojciecha K. W złożonym wykazie odwołujący opisał w sposób ogólny doświadczenie zawodowe obydwu wskazanych osób. Pismem z dnia 16 marca 2011 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów w postaci wykazu osób,

którymi będzie dysponował, bez odniesienia się do konkretnych braków w dokumentach odwołującego, a jedynie ogólnikowo wskazując, że dokumenty wymagają uzupełnienia. W dniu 17 marca 2011 r. odwołujący uzupełnił żądane dokumenty, rozpisując doświadczenie wskazanych w wykazie osób na poszczególne lata oraz precyzując zakres wykonywanych przez te osoby prac we wskazanych w wykazie projektach. Pismem z dnia 25 marca 2011 r., przesłanym do odwołującego w tym samym dniu faksem, zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, powołując się na art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający wskazał, że odwołujący nie spełnił warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Odwołujący podnosił, iż z uzasadnienia wynika, że brak spełnienia wymagań zamawiającego dotyczy wymaganego okresu doświadczenia osób wskazanych w wykazie.

Odwołujący wskazywał, iż ze stanowiskiem zamawiającego w przedmiocie wykluczenia odwołującego nie można się zgodzić. Podnosił, że argumentacja zamawiającego przedstawiona w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego, wskazuje, iż, jego zdaniem, przedstawiony przez odwołującego wykaz osób wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia nie wykazuje spełnienia warunków postawionych w tym zakresie przez zamawiającego m.in. w zakresie osoby posiadającej uprawnienia do projektowania robót budowlanych. Zdaniem odwołującego z taką argumentacją zamawiającego zgodzić się nie można, gdyż jak wynika z załączonego, uzupełnionego wykazu osób wykonawca spełnia w powyższym zakresie warunek zamawiającego. Wnikliwa i rzetelna analiza dokonana przez zamawiającego przedstawionych mu dokumentów w sposób jednoznaczny prowadzi do wniosku, że Pan Wojciech K pełni u odwołującego funkcję projektanta robót budowlanych od 2008 r., a zatem ponad 3 lata. Z uzasadnienia zamawiającego wynika, iż popełnił on błąd w ocenie doświadczenia w/w podmiotu, gdyż, oceniając dokumenty, nie dokonywał tego zgodnie z postawionym przez siebie warunkiem posiadanego doświadczenia, a wziął pod uwagę jedynie rzeczywisty czas wykonywanych przez projektantów projektów, co jest niemożliwe dla dokonania obiektywnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców. Takie rozumowanie jest błędne, gdyż przy ocenie doświadczenia nieistotny jest rzeczywisty czas, jaki dany podmiot spędza nad zadaniem, a istotny jest czas wykonywania określonych funkcji w danej dziedzinie. Takie myślenie zdaniem odwołującego jest prawidłowe i zgodne z wymogami postawionymi przez zamawiającego, a nie ocena ile godzin w ciągu dnia dana osoba spędza nad określonym zadaniem. Pan Wojciech K świadczy na rzecz odwołującego usługi projektanta robót budowlanych od 2008 r. w stałym stosunku zlecenia i w tym zakresie spełnia warunek postawiony przez zamawiającego. Wykluczenie odwołującego na podstawie braku odpowiedniego doświadczenia projektanta

jest w tym przypadku nieuzasadnione i narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W zakresie powyższego, sposób spełnienia warunku w zakresie doświadczenia podobnie został przyjęty przez wykonawcę Skorut. W przedstawionym przez niego wykazie, a następnie wyjaśnieniach, również potraktował warunek zamawiającego jako wymóg przedstawienia ogólnego 2-letniego doświadczenia w zakresie projektowania. Zamawiający bowiem nie wymagał podania dokładnych dat, z których wynika doświadczenie, a wymagał wykazania i złożenia oświadczenia w zakresie tego, iż wykonawca takie doświadczenie posiada. Analizując oferty wykonawców złożone w postępowaniu, odwołujący wskazywał, iż dojść należy do wniosku, że aż dwóch wykonawców zrozumiało wymóg doświadczenia projektantów w ten sam sposób, odmienny od przyjętego w trakcie oceny warunków w postępowaniu przez zamawiającego. Fakt ten prowadzi do uznania, iż zamawiający dopiero na etapie oceny dokumentów zastosował nieprzedstawioną pierwotnie metodykę oceny dokumentów. Należy pamiętać, iż zgodnie z licznym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie, niedoprecyzowane postanowienia SIWZ nie mogą wywoływać negatywnych skutków dla wykonawców. Zamawiający nie ma prawa na etapie oceny ofert rozbudowywać istniejących warunków udziału w postępowaniu o kolejne postanowienia, które pierwotnie nie znalazły się w ich treści. O próbie rozszerzenia warunku doświadczenia osób, którymi ma dysponować wykonawca świadczy również fakt, że w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów skierowanym do odwołującego, zamawiający zażądał wykazania doświadczenia projektanta w projektowaniu instalacji solarnych, natomiast w samej SIWZ warunek taki nie został postawiony. Ponadto, wskazywał, że zamawiający dokonał błędu w ocenie oferty wykonawcy Envirotech sp. z o.o., gdyż wspomniany wykonawca również nie spełnił wymagań zamawiającego na podstawie załączonego wykazu podmiotów biorących udział w postępowaniu. Doświadczenie poszczególnych osób wskazanych w wykazie tego wykonawcy wynika z dołączonych do oferty dodatkowych dokumentów, niewymaganych przez zamawiającego, obrazujących czas godzinowy wykonywanych zadań przez określone osoby. Zamawiający ma obowiązek dokonywać oceny oferty wykonawcy na podstawie dokumentów żądanych w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, a nie na podstawie dokumentów, których nie wymagał i o których uzupełnienie nie wnosił. Takie zachowanie prowadzi do nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu i naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Gdyby takie dokumenty załączone zostały przez każdego wykonawcę składającego ofertę, okazałoby się zapewne, że każdy wykonawca spełnia warunek w zakresie wykazu osób postawiony przez zamawiającego. Ponadto, wykonawca Envirotech sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunku doświadczenia w zakresie projektowania instalacji solarnych, tylko wskazał spełnienie warunku w zakresie projektowania ogólnie pojętych instalacji sanitarnych (stacja uzdatniania wody, węzły cieplne, co, sieci kanalizacyjne).

Różnica w powyższym jest niezwykle istotna z punktu widzenia realizacji przedmiotu zamówienia, jak również z punktu widzenia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez zamawiającego. Projekt instalacji solarnej nie składa się tylko z części sanitarnych, ale ma dużo wspólnego dodatkowo z branżą budowlaną i elektryczną. Projektant musi mieć doświadczenie we wzajemnym współdziałaniu tych części i specyfiki wchodzących w skład instalacji urządzeń. Wskazać trzeba, że ocena warunków udziału w postępowaniu w przypadku wykonawcy Envirotech sp. z o.o. została dokonana w oparciu o brzmienie warunku z SIWZ, natomiast odwołujący się zamawiający zażądał spełnienia dodatkowych wymogów, co narusza rażąco zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Niesłuszne jest również wykluczenie odwołującego w oparciu o rzekome niespełnienie warunku doświadczenia kierownika robót budowlanych wskazanego w wykazie. O ile bowiem w tym przypadku można oceniać doświadczenie, odnosząc je do czasu trwania poszczególnych budów, to z robót kierowanych przez Panią Annę S - W niezbitnie wynika, iż posiada ona wymagane przez zamawiającego doświadczenie. Doświadczenie wskazane w wykazie należy rozpisać następująco:

PONE BOJSZOWY - czas pełnienia funkcji kierownika - 14.10.2004 - 15.12.2004;
PONE BOJSZOWY - czas pełnienia funkcji kierownika - 09.11.2005 - 15.01.2006;
PONE BOJSZOWY - czas pełnienia funkcji kierownika - 19.12.2006 - 21.03.2007;
PONE LĘDZINY - czas pełnienia funkcji kierownika - 16.08.2007 - 25.02.2008;
PONE LĘDZINY - czas pełnienia funkcji kierownika - 22.08.2007 - 25.09.2007;
PONE BOJSZOWY - czas pełnienia funkcji kierownika - 07.12.2007 - 29.02.2008;
PONE LĘDZINY - czas pełnienia funkcji kierownika - 05.02.2008 - 30.05.2008;
SOW IGNACÓW - czas pełnienia funkcji kierownika - 26.03.2008 - 30.06.2008;
PONE LĘDZINY - czas pełnienia funkcji kierownika - 17.07.2008 - 10.09.2008;
PONE LĘDZINY - czas pełnienia funkcji kierownika - 03.09.2008 - 08.12.2008;
CARITAS KATOWICE - czas pełnienia funkcji kierownika - 07.01.2009 - 28.01.2009;
DDP OLSZOWIEC - czas pełnienia funkcji kierownika - 29.10.2009 - 15.11.2009;
PONE LĘDZINY - czas pełnienia funkcji kierownika - 02.09.2009 - 07.02.2010;
ZOZ LĘDZINY - czas pełnienia funkcji kierownika - 10.02.2010 - 12.03.2010.

W/w doświadczenie, po odjęciu nakładających się terminów budów, daje łącznie ponad 2 lata. Zamawiający nie wskazywał w wymaganiach dotyczących kierownika robót, że wymaga wpisania w wykazie osób czasu trwania poszczególnych projektów. Z tego powodu wykonawca - po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów - określił, że we wskazanych w wykazie latach osoba przyporządkowana do pełnienia funkcji kierownika robót, funkcję tę pełniła. Rozpisanie poszczególnych projektów umożliwiło zbadanie przez zamawiającego

wiarygodności podanych informacji i spowodowało doprecyzowanie danych do potrzeb zamawiającego. Niemniej dane te nie rozwiały w całości wątpliwości zamawiającego, pomimo złożenia przez wykonawcę również oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Takie wątpliwości nie mogły jednak stanowić podstawy do wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeśli bowiem na podstawie złożonych przez odwołującego dokumentów zamawiający nie mógł w sposób jednoznaczny wyczytać spełnienia warunków udziału w postępowaniu, winien był skorzystać w tym zakresie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i wezwać odwołującego do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów. Należy mieć na względzie, że wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp jest obowiązkiem zamawiającego, a nie jego uprawnieniem, z którego może, ale nie musi skorzystać. O wykładni takiej świadczy literalne brzmienie samego przepisu, w którym ustawodawca wyraźnie wskazał, że „Zamawiający wzywa (...) do złożenia wyjaśnień (...)”, a nie „może wezwać”. Obowiązek ten jest niezależny od wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, bowiem wyjaśnieniom podlegają wszelkie budzące wątpliwości dokumenty lub oświadczenia, a nie tylko te złożone po raz pierwszy. O analogicznej sytuacji do zaistniałej w niniejszym postępowaniu doszło na gruncie stanu faktycznego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO/UZP 42/11, w którym Izba stwierdziła, że w przypadku powzięcia wątpliwości przez zamawiającego odnośnie czasu doświadczenia osoby wskazanej w wykazie (przy wcześniejszym uzupełnianiu dokumentów), zobligowany był on na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. O obligacyjnym charakterze przepisu przesądziła Krajowa Izba Odwoławcza także w wyroku z dnia 25 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO/UZP 70/11 czy też w wyroku z dnia 27 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO/UZP 86/11. Odwołujący przywoływał też orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 502/08, KIO/UZP 141/08, KIO/UZP 2315/10, KIO/UZP 1164/09, w których Izba wypowiadała się na temat obowiązku zamawiającego do żądania wyjaśnień treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, mówiąc iż wezwanie to staje się obowiązkiem zamawiającego, aby mógł on wybrać najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu. Stanowisko to jest o tyle istotne w niniejszym postępowaniu, że brzmienie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje jedynie na uprawnienie zamawiającego, posługując się w tym przypadku zwrotem „(...) Zamawiający może (...)”, gdy tymczasem z samego brzmienia przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wynika obowiązek zamawiającego. Wobec powyższego odwołujący stwierdzał, iż w przypadku pojawienia się po stronie zamawiającego wątpliwości odnośnie treści dokumentów złożonych przez odwołującego, wykonawca ten winien zostać wezwany do złożenia odpowiednich wyjaśnień. Dokumenty złożone przez odwołującego nie potwierdziły w żaden sposób niespełnienia warunku, a na skutek wezwania do złożenia wyjaśnień wykonawca bez wątpienia spełnianie warunków by potwierdził. Wykonawca posiada interes

prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, bowiem jego oferta jest najkorzystniejszą w postępowaniu i tańszą od oferty wybranego wykonawcy o 242.711, 74 zł., tj. o ponad 20 %.

Mając na względzie powyższe okoliczności, wskazywał, iż odwołanie jest w pełni uzasadnione i jako takie winno zostać uwzględnione.

W dniu 31 marca 2011r. zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp oraz przekazał kopię odwołania (faxem).

W dniu 4 kwietnia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy Envirotech sp. z o.o., ul. Jana Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań. Wykonawca wskazywał, iż odwołanie powinno być odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako wniesione po upływie przewidzianego w ustawie Pzp terminu do jego wniesienia, ponieważ de facto dotyczy opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w w/w postępowaniu, które to ewentualne działanie zamawiającego powinno być zaskarżone w terminie liczonym od dnia ukazania się ogłoszenia i SIWZ. W braku wniesienia odwołania w tym zakresie i terminie wykonawca był zobowiązany do respektowania ustalonych warunków udziału w postępowaniu i udowodnić ich spełnienie. W przypadku nieuznania tego zarzutu z ostrożności procesowej wnosił o oddalenie odwołania z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu. Wskazywał, iż posiada interes prawny w przystąpieniu, ponieważ uwzględnienie odwołania mogłoby pozbawić zgłaszającego przystąpienie realizacji zamówienia. Wskazywał, że z uwagi na fakt, iż informacje związane ze spełnieniem warunków udziału w postępowaniu w sposób niedopuszczalny zostały utajnione przez odwołującego i nie zostały udostępnione przez zamawiającego, nie jest możliwe szczegółowe odniesienie się do wyjaśnień odwołującego złożonych na skutek wezwania zamawiającego, a które jako niewystarczające i niepotwierdzające spełnienia warunków udziału w postępowaniu doprowadziły do wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty. W zakresie wymagań określonych w SIWZ dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia niezbędne było wykazanie, iż wykonawca dysponuje co najmniej jedną osobą przewidzianą do pełnienia funkcji kierownika budowy posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych i kanalizacyjnych oraz legitymującą się co najmniej 2-letnim stażem zawodowym polegającym na pełnieniu funkcji kierownika budowy lub inspektora nadzoru podczas realizacji przedsięwzięć związanych z wykonywaniem instalacji solarnych. To szczególne wymaganie zamawiającego nie było przedmiotem zapytania odwołującego do SIWZ, które jest uprawnieniem każdego wykonawcy, jak również w tym zakresie (jeżeli

Krajowa Izba Odwoławcza uzna za nieuzasadniony wniosek o odrzucenie odwołania) ani odwołujący ani żaden inny wykonawca nie złożył do zamawiającego informacji, o której mowa w art. 181 ustawy Pzp, wskazując na ewentualne naruszenie przepisów ustawy Pzp, w tym naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Zdaniem zgłaszającego przystąpienie odwołujący wskutek odwołania stara się obecnie konwalidować ewidentne braki w swojej ofercie oraz brak znajomości SIWZ przy tworzeniu oferty, składając odwołanie de facto na czynności zamawiającego, które nie mogą być zaskarżone odwołaniem. Po rozstrzygnięciu postępowania stara się niejako przywrócić termin do wniesienia odwołania związanego z opisem warunków udziału w postępowaniu, których ewidentnie nie spełnił, wskazując, że w sposób nieprawidłowy został wykluczony z postępowania, chociaż, jak sam przyznaje, nie spełnił warunków określonych w SIWZ. Odwołujący w uzasadnieniu w ogóle nie odniósł się do części zarzutów postawionych w odwołaniu, a nadto postawił zarzut dotyczący naruszenia przepisu (art. 5 k.c.) co do którego Krajowa Izba Odwoławcza nie ma uprawnień, aby orzekać.

W zakresie pozostałych zarzutów odwołujący zamiast na obronie swojego stanowiska skupił się na ocenie ofert innych wykonawców, co do których oceny i wyrażania zastrzeżeń w ogóle nie posiada interesu prawnego. Zauważał, iż gdyby oferta odwołującego była poprawna, a odwołujący nie zostałby wykluczony z postępowania oferta ta zgodnie z przyjętymi kryteriami uznana by została zapewne za najkorzystniejszą, co też wyklucza możliwość formułowania zarzutów w stosunku do innych wykonawców. To zamawiający ocenia oferty wykonawców i samodzielnie dokonuje wyboru ofert, a w ściśle określonych przypadkach po wykazaniu interesu prawnego wykonawcy mogą ten wybór zaskarżać, jeżeli wskutek uznania zaskarżenia ich oferta mogłaby zostać wybrana do realizacji. Wskazywał, iż sprzeczny z przepisami ustawy Pzp należy uznać wniosek odwołującego skierowany do Krajowej Izby Odwoławczej o nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej spośród złożonych w postępowaniu ofert, ponieważ Izba nie ma takich uprawnień, a skierowanie tegoż wniosku świadczy o nieznanym przepisów ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika złożone na piśmie oraz ustnie do protokołu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba oddaliła wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp podnoszony przez przystępującego. Odwołanie dotyczy czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego

oferty i jako takie zostało złożone w ustawowym terminie. Argumentacja podnoszona przez odwołującego dotyczy interpretacji przez niego treści warunku udziału w postępowaniu i polemiki co do tej interpretacji z zamawiającym, jak również niewłaściwej, zdaniem odwołującego, oceny przez zamawiającego spełnienia tego warunku i niezastosowania obligatoryjnej procedury, która, zdaniem odwołującego, pozwoliłaby uniknąć skutku w postaci wykluczenia odwołującego z postępowania. Odwołujący nie podnosi, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu co do potencjału kadrowego narusza właściwe przepisy, lecz że ocena dokumentów złożonych przez odwołującego na potwierdzenie spełnienia tego warunku, uwzględniając sposób jego sformułowania, została dokonana z naruszeniem ustawy Pzp.

Odwołujący spełnia również przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ potwierdzenie się zarzutów zawartych w odwołaniu skutkować będzie ponownym badaniem i oceną ofert, co daje mu potencjalną możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołujący oświadczył również, że wprowadzie informacje zawarte w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia były objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.), jednak z uwagi na ich ujawnienie w dużym zakresie w treści odwołania uchyła tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji zawartych w w/w wykazie osób.

W ocenie Izby odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty stawiane przez odwołującego.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów, Izba zważyła co następuje.

Zamawiający na rozprawie potwierdził, iż podstawą wykluczenia odwołującego z postępowania było niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dysponowania osobą legitymującą się 2-letnim stażem zawodowym w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub inspektora nadzoru podczas realizacji przedsięwzięć związanych z wykonywaniem instalacji solarnych. Tym samym bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy są rozważania zawarte w odwołaniu dotyczące braku wymaganego dysponowania osobą posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych, posiadającą co najmniej 2 lata doświadczenia w projektowaniu. W tym zakresie zamawiający uznał bowiem, iż odwołujący

wykazał w uzupełnionym na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia spełnienie w odniesieniu do projektanta wymogu co najmniej 2-letniego doświadczenia zawodowego. Zamawiający uznał, iż ze sposobu sformułowania przez niego warunku w tej mierze wynika, iż wystarczyło wykazać się ogólnym doświadczeniem zawodowym w zakresie projektowania robót budowlanych zgodnie z posiadanymi uprawnieniami, co odwołujący uczynił. Natomiast w odniesieniu do kierownika robót budowlanych niezbędne było wykazanie 2-letniego doświadczenia zawodowego (stażu zawodowego) w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub inspektora nadzoru podczas realizacji przedsięwzięć związanych z wykonywaniem instalacji solarnych (objętych przedmiotem zamówienia) i tej okoliczności odwołujący nie wykazał.

Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący wskazywał, iż powyższy zarzut podnoszony jest nie w kontekście kwestionowania prawidłowości wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż w tym zakresie odwołanie mu nie przysługuje, lecz jego uzasadnieniem jest okoliczność, że zamawiający dokonywał oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w oparciu o dokumenty inne niż sam wykaz osób, które mają uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, tj. dodatkowe załączone przez przystępującego Envirotech sp. z o.o., a niewymagane przez zamawiającego, podczas gdy wykaz przedłożony przez Envirotech sp. z o.o. również zawierał jedynie informacje ogólne, które nie pozwalały na uznanie, iż wykazano spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W rozdziale VI pkt 1 ppkt 4 SIWZ zamawiający przewidział, iż w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale V SIWZ wykonawcy muszą złożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia obejmujący osoby, o których mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 1c SIWZ wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz podstawą dysponowania tymi osobami – załącznik nr 5 do SIWZ. Okoliczność, że wykonawca Envirotech sp. z o.o. podał wymagane informacje na temat doświadczenia zawodowego osób nie bezpośrednio w treści wykazu (formularza), lecz wskazał w treści wykazu, iż życiorys zawodowy i doświadczenie znajduje się w załączeniu do wykazu, nie świadczy, w ocenie Izby, o nieprawidłowym wypełnieniu wymogu postawionego w treści SIWZ. Załącznik stanowi zatem jedynie formę przedstawienia wymaganych informacji, uzasadnioną choćby ich zakresem i zapewnieniem czytelności ich treści oraz jego integralny element. Dotyczy bowiem informacji na temat osób, które zostały w wykazie określone. Ponadto zamawiający nie sprecyzował sposobu przedstawiania wymaganych informacji na temat kwalifikacji czy doświadczenia osób w treści wykazu, dopuszczając tym samym każdy

sposób wykazania spełnienia warunku. Ponadto odwołujący nie załączył do wykazu żadnych dokumentów dodatkowych, poprzestając na informacjach zawartych w wykazie, stąd trudno jest uznać, aby zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. O naruszeniu tej zasady można by mówić wówczas, gdyby w tej samej sytuacji faktycznej zamawiający potraktował wykonawców odmiennie. Tymczasem zamawiający dokonał jedynie oceny dokumentów przedłożonych przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia – w obu przypadkach był to wykaz, przy czym wykaz wykonawcy Envirotech sp. z o.o. zawierał załącznik potwierdzający wymagane doświadczenie zawodowe. Odwołujący nie może czynić zarzutu, iż inny wykonawca w sposób staranny i wyczerpujący przedstawił informacje na temat wymaganego doświadczenia, posługując się w tym zakresie formą załącznika do wykazu stanowiącego jego integralną część. Jak było wskazane powyżej, w pozostałym zakresie odwołujący nie ma możliwości kwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej ani zaniechania wykluczenia innego wykonawcy zgodnie z treścią art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, co sam zresztą przyznał.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień przedłożonego przez odwołującego w wyniku wezwania do uzupełnienia wykazu osób. Po pierwsze należy stwierdzić, iż wykaz załączony do oferty w ogóle nie zawierał informacji, które korespondowałyby z treścią warunku udziału w postępowaniu. W zakresie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy – Pani Anny S-W - określał jedynie, iż posiada ona 30-letnie doświadczenie zawodowe, nie precyzując charakteru tego doświadczenia ani nie odnosząc go do pełnienia funkcji kierownika budowy lub inspektora nadzoru podczas realizacji przedsięwzięć związanych z wykonywaniem instalacji solarnych. Tej okoliczności odwołujący zresztą nie kwestionował. Podnosił natomiast, że wezwanie do uzupełnienia nie określało w sposób precyzyjny zakresu żądanych informacji. Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Zamawiający w wezwaniu kierowanym na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, żądając uzupełnienia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, przytoczył treść warunku wynikającego z SIWZ oraz podkreślił konieczność wykazania się w odniesieniu do kierownika budowy 2-letnim stażem zawodowym polegającym na pełnieniu funkcji kierownika budowy lub inspektora nadzoru podczas realizacji przedsięwzięć związanych z wykonywaniem instalacji solarnych. Wskazał w treści wezwania, iż z treści złożonego przez odwołującego wykazu nie wynika, aby osoba przewidziana do pełnienia funkcji kierownika budowy posiadała wymagane doświadczenie zawodowe, a zatem złożony dokument nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jednoznacznie zatem określił, iż przedmiotem uzupełnienia powinno być wykazanie wymaganego doświadczenia

zawodowego, zarówno w relacji do pełnienia wskazanej tam funkcji, jak i wymaganego czasu jej pełnienia. Nie wystarczyło bowiem potwierdzenie, iż dana osoba pełniła funkcję kierownika budowy lub inspektora nadzoru podczas realizacji przedsięwzięć związanych z wykonywaniem instalacji solarnych, ale że pełniła tę funkcję co najmniej dwa lata. Posłużenie się sformułowaniem „staż zawodowy” nie wpływa w istotny sposób na okoliczność, co powinno być przedmiotem wykazania. Nie można uznać, jak argumentował odwołujący, aby praktyka zawodowa która jest niezbędna do uzyskania uprawnień budowlanych umożliwiających pełnienie funkcji kierownika budowy była wystarczająca. Zgodnie z treścią warunku niezbędne było wykazanie się pełnieniem funkcji kierownika budowy, a funkcję tę pełnić można wyłącznie po uzyskaniu stosownych uprawnień (art. 12 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118, z późn. zm.) („Prawo budowlane”). Zgodnie z art. 14 ust. 3 pkt 3 Prawa budowlanego uzyskanie uprawnień budowlanych w specjalnościach, o których mowa w ust. 1 tego przepisu wymaga do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń ukończenia studiów magisterskich w rozumieniu przepisów o szkolnictwie wyższym na kierunku odpowiednim dla danej specjalności i odbycia dwuletniej praktyki na budowie. Z kolei art. 14 ust. 4 Prawa budowlanego przewiduje, że warunkiem zaliczenia praktyki zawodowej jest praca polegająca na bezpośrednim uczestnictwie w pracach projektowych albo na pełnieniu funkcji technicznej na budowie pod kierownictwem osoby posiadającej odpowiednie uprawnienia budowlane, a w przypadku odbywania praktyki za granicą pod kierunkiem osoby posiadającej uprawnienia odpowiednie w danym kraju. Oznacza to zatem, iż odbycie dwuletniej praktyki zawodowej poprzedzającej uzyskanie uprawnień w żadnym razie nie może być utożsamiane z wypełnieniem warunku posiadania stażu zawodowego w pełnieniu funkcji kierownika budowy (lub inspektora nadzoru). Ponadto elementem warunku było, aby pełnienie funkcji kierownika budowy (lub inspektora nadzoru) dotyczyło wyłącznie realizacji przedsięwzięć związanych z wykonywaniem instalacji solarnych. W ocenie Izby z treści uzupełnionego wykazu nie można wywieść potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołuje się on bowiem do nazw określonych projektów czy programów ze wskazaniem okresu ich trwania (Program Ograniczenia Niskiej Emisji Bojszowy 2004-2008, Program Ograniczenia Niskiej Emisji Łędziny 2008-2009, SOW Ignaców 2008, DDP Olszowiec 2009, Caritas Katowice 2009, ZOZ Łędziny 2010), co, jak wynika z treści odwołania, nie jest tożsame ani z terminami prowadzenia prac budowlanych ani pełnienia funkcji kierownika budowy. Tym samym wykazano co najwyżej okoliczność, iż Pani AnnaSz-W wskazana na stanowisko kierownika budowy pełniła tę funkcję w ramach przedsięwzięć związanych z wykonywaniem instalacji solarnych. Natomiast do wykazania spełnienia warunku postawionego przez zamawiającego konieczne było także wykazanie, że dana osoba pełniła funkcję kierownika budowy (lub inspektora nadzoru) przez wymagany okres. Niezbędne było zatem takie wskazanie

inwestycji, w ramach których osoba ta taką funkcję wykonywała, aby możliwa była weryfikacja wymogu dwuletniego stażu zawodowego. Takiej informacji nie sposób wywieść z treści uzupełnionego wykazu. Oznacza to, że konieczne byłoby de facto uzupełnienie treści wykazu o informacje, które nie były w nim zawarte, a które są niezbędne do wykazania spełnienia warunku, czego nie można czynić w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Doszłoby zatem do ponownego uzupełnienia wykazu w tym samym zakresie, do uzupełnienia którego wykonawca był już wzywany, co naruszałoby art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia wykazu określił zakres brakujących informacji, a wykonawca pomimo tego w uzupełnionym wykazie ich nie zawarł. W ocenie Izby warunki udziału w postępowaniu zostały opisane przez zamawiającego, zarówno w ogłoszeniu jak i w SIWZ, w sposób czytelny. Nie budziły one wątpliwości wykonawców, skoro nie zwracali się z zapytaniami w tym zakresie. Ponadto zamawiający, jak wynikało z jego stanowiska przedstawionego na rozprawie, uwzględniając dość ogólnie sformułowanie warunku, pozostawił wykonawcom duży margines swobody co do sposobu wykazania spełnienia warunku w odniesieniu do doświadczenia zawodowego. Nie można zatem uznać, że zakres wymaganej przez zamawiającego informacji nie był jasny dla wykonawców – mieli oni wykazać, że dana osoba posiada staż zawodowy w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub inspektora nadzoru co najmniej 2-lata podczas realizacji przedsięwzięć związanych z wykonywaniem instalacji solarnych. Nie sposób uczynić tego inaczej, niż przez odwołanie się do projektów, w których pełniła taką funkcję z podaniem czasu jej pełnienia. Ponadto, jak wynika z treści odwołania i informacji tam zawartych, było to możliwe. Art. 26 ust. 4 ustawy Pzp służy wyłącznie do wyjaśniania niejasnych czy sprzecznych informacji zawartych w przedłożonych dokumentach/oświadczeniach, nie może być natomiast wykorzystywany do uzupełniania złożonych dokumentów/oświadczeń o informacje, które nie były w nich zawarte, a które są niezbędne dla wykazania spełnienia warunku. Izba podziela w tym zakresie twierdzenia powołane przez zamawiającego co do ciężaru dowodu wykazania spełnienia warunku wynikające z treści regulacji art. 26 ust. 2a i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Przepisy te wyraźnie wskazują na konieczność wykazania spełnienia warunku przez wykonawcę. Może zatem zaistnieć sytuacja gdy wykonawca obiektywnie warunek spełnia, ale nie zdoła wykazać jego spełnienia i będzie podlegał wykluczeniu. Równocześnie nie można podzielić w tym zakresie twierdzeń, iż byłoby to tylko doprecyzowanie informacji podanych w wykazie – zdaniem Izby, w rzeczywistości dla potwierdzenia spełnienia warunku niezbędne jest przedstawienie informacji nowych, których nie można wywnioskować z treści wykazu. Takie wyjaśnienie, pomimo braku niezbędnych informacji w złożonej ofercie a następnie uzupełnionym na wezwanie zamawiającego wykazie, zmierzałoby, w ocenie Izby, do uzupełnienia treści złożonego dokumentu i w istocie stanowiłoby przywrócenie odwołującemu uprawnienia do uzupełnienia dokumentu i poprawienia błędów w nim

zawartych, co, jak wskazano, naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców. Wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien dochować należytej staranności w wykazywaniu, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Dopuszczenie zatem do możliwości wyjaśnienia uzupełnionego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dokumentu który nie potwierdza spełniania postawionego warunku, w sposób zmierzający do sanowania występujących w nim niedoskonałości, tak by potwierdził spełnienie warunku, może być potraktowane jako naruszające zasadę równego traktowania wykonawców, zmierzające do zastąpienia wykonawcy w realizacji obowiązku wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Co do przywoływanego na potwierdzenie stanowiska odwołującego orzecznictwa, w tym szczególnie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 42/11, należy stwierdzić, iż orzeczenie zapadające w danym postępowaniu nie jest wiążące w innym. Ponadto przywołać można i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej skłaniające do wniosku zbieżnego z przedmiotowym rozstrzygnięciem (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 września 2010 r. sygn. akt KIO 1863/10). Nie można też uznać za wystarczające potwierdzenie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu złożenie oświadczenia, o którym mowa w art. 44 ustawy Pzp. Należy przychylić się do stanowiska zamawiającego, iż oświadczenie to ma charakter obligatoryjny w każdym postępowaniu i jest niezależne od obowiązku przedłożenia żądanych przez zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Uwzględniając powyższe, nie potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 ustawy Pzp poprzez modyfikację pierwotnego warunku udziału w postępowaniu w toku badania i oceny ofert został przez odwołującego cofnięty. Uznał on, iż w rzeczywistości zamawiający dokonywał badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do potencjału kadrowego na podstawie warunku zawartego w ogłoszeniu i SIWZ.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 5 k.c., abstrahując od odmiennej niż poczyniona przez przystępującego oceny kognicji Izby do jego rozpatrzenia, na co wskazuje choćby orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, odwołujący w treści odwołania ani na rozprawie w ogóle nie wskazał okoliczności i argumentacji, która miałaby przemawiać za naruszeniem przez zamawiającego tego przepisu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 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. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego zgodnie z przedłożonym rachunkiem oraz koszty dojazdu na rozprawę zgodnie z przedłożonym biletem PKP.

Przewodniczący:

.....