

Sygn. akt: KIO 672/10

WYROK
z dnia 6 maja 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Izabela Kuciak

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Delta Power Sp. z o. o., 02-849 Warszawa, ul. Krasnowolska 82R** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Morski Instytut Rybacki w Gdyni, 81-332 Gdynia, ul. Kołtątaja 1.**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Morski Instytut Rybacki w Gdyni, 81-332 Gdynia, ul. Kołtątaja 1

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Delta Power Sp. z o. o., 02-849 Warszawa, ul. Krasnowolska 82R,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) przez **Morski Instytut Rybacki w Gdyni, 81-332 Gdynia, ul. Kołłątaja 1** na rzecz **Delta Power Sp. z o. o., 02-849 Warszawa, ul. Krasnowolska 82R**, stanowiące koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do treści art. 198 a ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 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 prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa wraz z montażem i rozruchem agregatu prądotwórczego o mocy znamionowej ciągłej/dorywczej 630/700 kVA oraz zasilacza UPS o mocy 60 kVA z możliwością rozbudowy do 80 kVA bez zmiany obudowy do siedziby Morskiego Instytutu Rybackiego przy ul. Kołłątaja 1 w Gdyni”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 marca 2010 r., w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod nr 78618-2010.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i zatrzymania wadium oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” i wnosząc o: unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności zatrzymania wadium Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, powtórzenie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających wykluczeniu i odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający żądał w rozdziale VI ust. 1 pkt 3 SIWZ dołączenia do oferty „wykazu imiennego co najmniej 2 osób posiadających świadectwo kwalifikacyjne „E” i „D”, do obsługi instalacji i serwisu agregatów prądotwórczych, które będą wykonywać zamówienie lub będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z zakresem wykonywanych przez nie czynności zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ”.

Odwołujący załączył między innymi do oferty wykaz personelu przewidzianego do realizacji zamówienia sporządzony według wskazanego wzoru - załącznika nr 5 do SIWZ. Zgodnie ze wzorem tego załącznika Odwołujący w złożonym załączniku oświadczył, że „w chwili obecnej reprezentowana przez niego firma dysponuje wymienionymi osobami, posiadającymi uprawnienia „E” i „D” do wykonania czynności będących przedmiotem zamówienia”. W wykazie Odwołujący przedstawił sześć osób wraz z danymi posiadanych przez te osoby świadectw kwalifikacyjnych, a do złożonego wykazu dołączył kserokopie świadectw „D” i „E” każdej z wymienionych osób i potwierdził je za zgodność z oryginałem.

W dniu 1 kwietnia 2010 roku Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, zażądał wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, że według jego wiedzy wszystkie osoby wymienione w wykazie Odwołującego posiadają świadectwa kwalifikacyjne ważne do dnia 2 maja 2010 r. Zamawiający zażądał dostarczenia wykazu osób

posiadających ważne zaświadczenia kwalifikacyjne co najmniej na cały okres realizacji umowy.

W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, tj. w dniu 7 kwietnia 2010 r. Odwołujący dostarczył w odpowiedzi pismo wyjaśniające wraz z uzupełnionym wykazem personelu przewidzianego do realizacji zamówienia. Załączony do niniejszego pisma wykaz został uzupełniony o 2 osoby posiadające świadectwa kwalifikacyjne „D” i „E”, z datą ważności wykraczającą poza przewidziany w SIWZ termin realizacji umowy - do grudnia 2010 r. w przypadku jednego z dokumentów i do 2013 r., w przypadku pozostałych. Do wykazu zostały dołączone kserokopie tych świadectw, potwierdzone przez Odwołującego za zgodność z oryginałem. W przesłanym piśmie Odwołujący nadmienił, że wszystkie osoby wymienione w załączonym wykazie potwierdzają warunek dysponowania przez Odwołującego odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Każda z osób z przedstawionego wykazu posiada świadectwa kwalifikacyjne typu „D” i „E”, ważne na dzień otwarcia ofert, a także na dzień złożenia wyjaśnień Zamawiającemu. Co więcej, świadectwa te zachowały swoją ważność również na dzień podpisania umowy, określony przez Zamawiającego.

W dniu 13 kwietnia 2010 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania, z uwagi na rzekome niezłożenie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w szczególności wykazu imiennego co najmniej 2 osób posiadających świadectwo kwalifikacyjne „E” i „D” do obsługi, instalacji i serwisu agregatów prądotwórczych, które będą wykonywać zamówienie lub będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.

Odwołujący podnosi, że fakt potencjalnego upływu daty ważności dokumentów w określonym momencie w przyszłości, a ściślej w czasie realizacji umowy, w tym wypadku spowodowany nowelizacją ustawy Prawo Energetyczne (Dz. U. z 2006 r., Nr 89, poz. 625 z późn. zm.), wprowadzającej określony pięcioletni okres ważności dotychczas bezterminowo ważnych dokumentów, nie może stanowić przesłanki do wykluczenia z postępowania. Zamawiający nie może jednoznacznie wykluczyć, że osoby wskazane w ofercie przez Odwołującego nie odbędą stosownego przeszkolenia, nie złożą egzaminu i nie będą w przyszłości, podczas realizacji przedmiotu zamówienia, legitymowały się ważnymi świadectwami kwalifikacyjnymi. Zamawiający nie posiada żadnych przesłanek prawnych, aby żądać od Wykonawców ważności wszystkich dokumentów w wyznaczonym przez siebie potencjalnym okresie np. do końca wykonania przedmiotu zamówienia. W przeciwnym razie w postępowaniu o ponadpięcioletnim terminie realizacji przedmiotu zamówienia żaden z potencjalnych Wykonawców nie spełniałby tak określonych wymagań Zamawiającego. Ponadto, abstrahując od ułomności takiego żądania, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający

nie sprecyzował końcowego terminu obowiązywania wymaganych dokumentów w SIWZ, a swoje żądania określił dopiero w piśmie z 1 kwietnia 2010 r. po otwarciu ofert.

Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący powołuje się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 1 października 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP/992/08, wyrok z dnia 2 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 995/08).

Ponadto, Odwołujący podnosi, że Zamawiający popełnił w toku postępowania istotny błąd proceduralny, mający wpływ na przebieg postępowania, polegający na niewezwaniu Odwołującego do uzupełnienia wykazu personelu przewidzianego do realizacji zamówienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i na żądaniu wykazu osób wyłącznie na podstawie art. 26 ust. 2a ustawy Pzp (wyrok z dnia 9 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 400/08).

Zdaniem Odwołującego, warunkiem koniecznym zatrzymania wadium, na podstawie przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, jest uprzednie wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia brakujących dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw. Jak wykazano wyżej, Zamawiający tego warunku koniecznego nie spełnił. Ponadto, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej „z wypełnieniem dyspozycji art. 46 ust. 4a ustawy Pzp mamy do czynienia wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca faktycznie (fizycznie) nie uzupełni dokumentów (oświadczeń, pełnomocnictw)” - wyrok z dnia 9 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 220/09, wyrok z dnia 16 stycznia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1530/08.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podniósł, iż Zamawiający uznał roszczenie o zwrot wadium. Zamawiający wskazał, że obowiązujący od niedawna przepis art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, ze względu na brak orzecznictwa, sprawia trudności interpretacyjne, w szczególności w sytuacji, kiedy Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie o uzupełnienie dokumentów, przedłożył dokumenty nie spełniające wymagań. Zamawiający przyjął jako kierunkową interpretację normy wyrażonej w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2009 r., sygn. akt. KIO/UZP 1530/08.

Wobec stwierdzenia, że Odwołujący, w załączniku Nr 5 do SIWZ, wykazał osoby posiadające świadectwa kwalifikacyjne ważne do 2 maja 2010 r., Zamawiający pismem z dnia 1 kwietnia 2010 r., wezwał Odwołującego do dostarczenia wykazu osób posiadających ważne zaświadczenia kwalifikacyjne (zapis SIWZ rozdz. VI ust. 1 pkt 3), co najmniej na cały okres realizacji umowy (98 dni od daty podpisania umowy).

W dniu 7 kwietnia 2010 r. Odwołujący dostarczył Zamawiającemu uzupełniony wykaz osób przewidzianych do realizacji zamówienia wraz z kserokopiami ich uprawnień - świadectw kwalifikacyjnych typu „D” i „E”, upoważniających do obsługi, instalacji i serwisu agregatów prądotwórczych.

Po dokonaniu analizy dokumentów Zamawiający stwierdził, że uzupełniony/zmieniony załącznik Nr 5 SIWZ w pozycjach 1-6 zawiera wykaz 6 osób posiadających świadectwa kwalifikacyjne, które tracą ważność 2 maja 2010 r. (na mocy ustawy z dnia 4 marca 2005 r. o

zmianie ustawy Prawo Energetyczne - Dz. U. Nr 62 z dnia 18.04.2005), wskazany w poz. 7 p. Bernard Marzec nie posiada świadectw kwalifikacyjnych "E" i „D”, w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, tzn. nie posiada uprawnień do obsługi instalacji i serwisu agregatów prądotwórczych (SIWZ rozdz. VI ust. 1 pkt 3), wymieniony w poz. 8 p. Zimniak Piotr nie posiada świadectwa kwalifikacyjnego typu „D”, w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, tzn. nie posiada uprawnień do obsługi, instalacji i serwisu agregatów prądotwórczych (SIWZ rozdz. VI ust. 1 pkt 3).

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący w dostarczonym w dniu 7 kwietnia 2010 r. załączniku Nr 5 do SIWZ nie przedstawił ani jednej osoby spełniającej wymagania Zamawiającego, określone w SIWZ, a dotyczące posiadania świadectw kwalifikacyjnych, uprawniających do wykonywania pracy na stanowisku dozoru i eksploatacji w zakresie obsługi instalacji i serwisu agregatów prądotwórczych - zgodnie z zapisem w SIWZ rozdz. VI ust. 1 pkt 3.

Przepisy ustawy Prawo energetyczne bezwzględnie wymagają od osób zajmujących się eksploatacją sieci i urządzeń posiadania kwalifikacji potwierdzonych świadectwem, wydanym przez komisje kwalifikacyjne, sprawdzanych co pięć lat oraz zabraniają zatrudniania przy samodzielnej eksploatacji sieci oraz urządzeń osób bez kwalifikacji. Załączając do oferty wykaz osób, z których ani jedna nie legitymuje się posiadaniem uprawnień kwalifikacyjnych na czas realizacji umowy, Odwołujący nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, polegający na dysponowaniu osobami zdolnymi do realizacji zamówienia. Zamawiający uszanował prawo Odwołującego do uzupełnienia wykazu, niestety wykaz uzupełniający również nie potwierdził, że Odwołujący dysponuje osobami zdolnymi do realizacji zamówienia.

Powoływanie się Odwołującego na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 października 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP/992/08) nie jest w tym przypadku uprawnione. Dysponowanie osobami zdolnymi do realizacji zamówienia ma istotne znaczenie na czas zamówienia, a nie na moment otwarcia ofert.

Nie jest prawdziwe twierdzenie Odwołującego, że uzupełnił na wezwanie Zamawiającego w terminie późniejszym wykaz osób, o kwalifikacjach niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, posiadających kwalifikacje wymagane przez Zamawiającego. Odwołujący wykorzystał tę możliwość, ale wskazane przez niego osoby również nie posiadają wymaganych kwalifikacji, co stało się przyczyną jego wykluczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W rozdziale V ust. 1 pkt 3 Zamawiający zawarł postanowienie, zgodnie z którym warunek udziału w postępowaniu, w postaci dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia został skonkretyzowany jako zdolność do dysponowania 2 osobami

posiadającymi świadectwa kwalifikacyjne „E” i „D”, upoważniające do obsługi, instalacji i serwisu agregatów prądotwórczych. W celu potwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku wykonawca zobowiązany był do załączenia do oferty „wykazu imiennego co najmniej 2 osób posiadających świadectwo „E” i „D” do obsługi, instalacji i serwisu agregatów prądotwórczych, które będą wykonywać zamówienie lub będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z zakresem wykonywanych przez nie czynności zgodnie z załącznikiem Nr 5 do SIWZ.” (rozdział VI ust. 1 pkt 3 SIWZ).

W dołączonym do oferty przez Odwołującego *Wykazie personelu przewidzianego do realizacji zamówienia*, Odwołujący wymienił 6 osób, wskazując, iż każda z powołanych osób legitymuje się świadectwem kwalifikacyjnym typu „D” i „E”, podając jednocześnie numer świadectwa, datę wydania zaświadczenia i organ wydający oraz dołączając kserokopię przedmiotowych dokumentów.

Pismem z dnia 1 kwietnia 2010 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do „wykazania, odpowiednio – spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 oraz braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1, najpóźniej do dnia 07.04.2010 r.” Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, że „według wiedzy Zamawiającego wszystkie osoby wymienione w wykazie personelu przewidzianego do realizacji zamówienia (Załącznik Nr 5 do SIWZ) posiadają świadectwa kwalifikacyjne ważne do dnia 02.05.2010 r. Zamawiający żąda dostarczenia wykazu osób posiadających ważne zaświadczenia kwalifikacyjne co najmniej na cały okres realizacji umowy.”

W odpowiedzi (pismo z dnia 6 kwietnia 2010 r.), Odwołujący przesłał uzupełniony *Wykaz osób przewidzianych do realizacji zamówienia*, w którym oprócz osób wskazanych pierwotnie, wymieniono również osobę p. Bernadra Marca oraz p. Piotra Ziemniaka, z podaniem informacji, analogicznie jak w odniesieniu do wymienionych uprzednio osób (dane dotyczące świadectw kwalifikacyjnych), przedstawiając kserokopię tychże świadectw. Przedmiotowe świadectwa kwalifikacyjne potwierdzają posiadanie przez wymienione osoby uprawnień do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku eksploatacji (typ „E”) i dozoru (typ „D”), a termin ich ważności upływa w dniu 29 grudnia 2010 r. w przypadku p. Bernarda Marca, zaś w odniesieniu do p. Piotra Ziemniaka w dniu 9 kwietnia 2010 r.

Po dokonaniu oceny przedmiotowych dokumentów Zamawiający stwierdził, iż zachodzą przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający podał, że „do oferty Wykonawców nie dołączono wymaganych postanowieniami SIWZ dokumentów potwierdzających spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. W szczególności, wbrew postanowieniom rozdziału V pkt 1 ust. 3 SIWZ – Warunki Udziału w

Postępowaniu rozdział VI ust. 1 pkt 3 SIWZ – Osoby wymienione w wykazie personelu przewidzianego do realizacji zamówienia – Załącznik nr 5 do SIWZ – na czas realizacji zamówienia utracą uprawnienia na podstawie Art. 16 Ustawy z dnia 04.03.2005 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne – ogłoszonej w Dzienniku Ustaw nr 62 z dnia 18.04.2005.” (pismo z dnia 13 kwietnia 2010 r.).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W dołączonym do oferty *Wykazie personelu przewidzianego do realizacji zamówienia* wszystkie wymienione osoby posiadają świadectwa kwalifikacyjne typu „D” i „E”, które to świadectwa zostały wydane w roku 2003 i 2004 i których termin ważności nie jest oznaczony. Powyższe pozwala na stwierdzenie, że przedmiotowe świadectwa zostały wydane na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1504 ze zm.), w brzmieniu przed nowelizacją dokonaną ustawą z dnia 4 marca 2005 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz ustawy – Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2005 r., Nr 62, poz. 552). W konsekwencji oznacza to, iż zgodnie z art. 16 wskazanych przepisów nowelizujących, świadectwa kwalifikacyjne, o których mowa w art. 54 powołanej ustawy Prawo energetyczne, wydane bezterminowo, na podstawie dotychczasowych przepisów, zachowują moc przez okres 5 lat od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy, tj. od dnia 3 maja 2005 r. Ustalenie powyższe ma niebagatelne znaczenie dla oceny niniejszego stanu faktycznego, bowiem pozwala na stwierdzenie, iż na dzień składania ofert (29 marca 2010 r.), wskazane przez Odwołującego osoby posiadały wymagane przez Zamawiającego świadectwa kwalifikacyjne „D” i „E” i świadectwa te były ważne. To z kolei daje podstawy do przyjęcia, iż Odwołujący dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Nie ma zaś racji Zamawiający, stojąc na stanowisku, iż upływ terminu ważności wymaganych świadectw kwalifikacyjnych w czasie trwania realizacji zamówienia przesądza o braku zdolności do wykonania zamówienia, a więc o niespełnianiu warunku udziału w postępowaniu. Po pierwsze, zauważyć bowiem należy, iż warunki udziału w postępowaniu, określone w art. 22 ust.1 ustawy Pzp i skonkretyzowane w SIWZ, odnoszą się do sytuacji i kondycji wykonawcy, we wskazanym czasookresie, jednak nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert (art. 26 ust. 2a ustawy Pzp). Spełnianie więc warunków udziału w postępowaniu można wykazać jedynie w oparciu o pewne dane historyczne i ich ocena, dokonywana przez zamawiającego, tego właśnie okresu musi dotyczyć. Po drugie, nie można zapominać, iż celem ustanawiania warunków udziału w postępowaniu jest poddanie wykonawcy pewnej weryfikacji, w ujęciu statycznym, która pozwoli na stwierdzenie, iż według stanu na dany dzień, wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Przyjęcie przeciwnego stanowiska nie znajduje oparcia w przepisach prawa, a ponadto nie miałoby również racjonalnego uzasadnienia. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż sytuacja przedsiębiorcy ulega ciągłym zmianom, trudno więc sobie wyobrazić, żeby niezależnie od okresu trwania zamówienia wykonawca gwarantował określoną niezmiennosc w przedmiocie sytuacji ekonomicznej i finansowej, jak i potencjału technicznego i kadrowego. Z doświadczenia życiowego wiadomo bowiem, iż wskazane okoliczności mogą ulegać zmianie i jest to immanentna cecha przedsiębiorstwa. Z tych względów działanie ustawodawcy, który możliwość ubiegania się o zamówienie wiąże ze spełnianiem określonych warunków udziału w postępowaniu w aspekcie historycznym, jest jak najbardziej uzasadnione. Pozwala bowiem na stwierdzenie, czy dotychczasowa działalność przedsiębiorcy i jego obecny potencjał, dają podstawy do przyjęcia, że wykonawca jest w stanie zrealizować dane zamówienie. Wskazaną intencję ustawodawcy realizuje postanowienie zawarte w pierwszym akapicie wzoru załącznika nr 5 do SIWZ, zgodnie z którym, wykonawca oświadcza, iż „w chwili obecnej reprezentowana przeze mnie firma dysponuje następującymi osobami posiadającymi uprawnienia „E” i „D” do wykonywania czynności będących przedmiotem zamówienia”.

Wobec powyższego, bez wpływu na przedmiotową ocenę pozostają postanowienia rozdziału V ust. 1 pkt 3 oraz rozdziału ust. 1 pkt 3 SIWZ. Nie ma bowiem podstaw, żeby utożsamiać warunki udziału w postępowaniu z etapem realizacji zamówienia. Trafnie Zamawiający podnosił, iż zgodnie z art. 54 ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (Dz. U. z 2006 r., Nr 89, poz. 625 ze zm.), osoby zajmujące się eksploatacją sieci oraz urządzeń i instalacji określonych w przepisach, o których mowa w ust. 6, obowiązane są posiadać kwalifikacje potwierdzone świadectwem wydanym przez komisje kwalifikacyjne. Sprawdzenie spełnienia wymagań kwalifikacyjnych powtarza się co pięć lat (ust. 1a powołanego art. 54). Co więcej, zabrania się zatrudniania przy samodzielnej eksploatacji sieci oraz urządzeń i instalacji określonych w przepisach, o których mowa w ust. 6, osób bez kwalifikacji, o których mowa w ust. 1 (art. 54 ust. 2 ww. ustawy Prawo energetyczne). Jednakże przepis ten nie modeluje sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a kreuje określony obowiązek, którego przestrzeganie w toku realizacji niniejszego zamówienia jest niezbędne, a jednocześnie stanowi dla Zamawiającego podstawę do weryfikowania okoliczności, o których mowa w art. 54 ust. 1 i 2 ustawy Prawo energetyczne i podjęcia odpowiednich kroków, w celu wyeliminowania stanu niezgodnego z prawem.

Powyższe, zdaniem Izby, przemawia za przyjęciem stanowiska, iż już na podstawie złożonego wraz z ofertą *Wykazu personelu przewidzianego do realizacji zamówienia*, możliwe było stwierdzenie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, w przedmiocie potencjału kadrowego. Na marginesie wypada jedynie powiedzieć, że jeśli

nawet Zamawiający uznał, iż jest inaczej, to podjęte przez Zamawiającego dalsze czynności należy również uznać za wadliwe. Zauważyć bowiem należy, iż jakkolwiek wezwanie do uzupełnienia dokumentów, z powodów o których była mowa wyżej, jest bezprzedmiotowe, to jednakże stanowi wezwanie do przedstawienia ważnych zaświadczeń kwalifikacyjnych. Ważności przedstawionych świadectw kwalifikacyjnych p. Bernarda Marca i p. Piotra Ziemniaka, co Zamawiający przyznał na rozprawie, nie kwestionował. Jeśli zaś Zamawiający kwestionował zakres przedmiotowych świadectw, to przyczyna ta powinna być również wskazana w decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Tymczasem treść wezwania z dnia 1 kwietnia 2010 r. w korelacji z decyzją o wykluczeniu Odwołującego, zawartą w piśmie z dnia 13 kwietnia 2010 r. wskazuje, iż podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania było niewyskazanie ważności świadectw kwalifikacyjnych przez okres realizacji zamówienia. Dopiero w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazuje na faktyczne przyczyny braku uznania kwalifikacji p. Bernarda Marca i p. Piotra Ziemniaka. Powyższe działanie jest błędne. Po pierwsze, wskazać należy, iż Zamawiający zobowiązany jest do przedstawienia uzasadnienia prawnego i faktycznego podjętej decyzji (art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp). Po drugie, czynności zamawiającego podlegają kontroli, co z kolei oznacza, iż wykonawcy zagwarantowana jest możliwość ich kwestionowania w odniesieniu do okoliczności, które legły u podstaw spornej decyzji, a te muszą być wykonawcy znane. W przeciwnym wypadku korzystanie ze środków ochrony prawnej byłoby iluzoryczne.

Jeśli zaś Zamawiający dostrzegł swój błąd, to powinien był unieważnić podjętą pierwotnie czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania, powtórzyć ocenę ofert i wskazać faktyczne powody wykluczenia Odwołującego z postępowania. Z tym zastrzeżeniem, że skutkiem dokonania oceny ofert powinno być wezwanie Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, do uzupełnienia i wyjaśnień. Izba stoi bowiem na stanowisku, iż treść wezwania z dnia 1 kwietnia 2010 r. wyraźnie wskazywała, iż przedłożone z ofertą świadectwa kwalifikacyjne nie spełniają wymagań Zamawiającego jedynie w zakresie ważności. Zamawiający natomiast nie kwestionował ich zakresu, choć wystarczy wskazać, że nie wszystkie osoby, pierwotnie wskazane, posiadają świadectwa kwalifikacyjne, odpowiadające przedmiotowo wymaganiom Zamawiającego, a więc odnoszące się zespołów prądotwórczych o mocy powyżej 50 kW, ujęte w pkt 4 grupa 1 załącznika nr 1 do rozporządzenia 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 (Dz. U. Nr 89, poz. 828 ze zm.). Wymienić tu należy p. Jacka Katarzyńskiego, Dawida Pałusza (dotyczy świadectw kwalifikacyjnych typu „D”), Tomasza Smolaka i Grzegorza Krystosiaka (dotyczy świadectw kwalifikacyjnych typu „D” i „E”). Na tej podstawie Odwołujący mógł uznać, iż Zamawiający nie

kwestionuje zakresu wymaganych świadectw i skutkiem czego, Odwołujący się załączył świadectwa kwalifikacyjne p. Bernarda Marca, które w istocie nie obejmują zespołów prądotwórczych, choć biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i przepis § 3 powołanego rozporządzenia, który stanowi, że rodzaje urządzeń, instalacji i sieci, przy których eksploatacji jest wymagane posiadanie kwalifikacji, określa załącznik nr 1 do rozporządzenia, nie ma wątpliwości, iż zakres kwestionowanych świadectw nie jest wystarczający. Jednakże biorąc pod uwagę, iż pierwotne wezwanie mogło wprowadzać Odwołującego w błąd, Zamawiający zobowiązany byłby ewentualnie do wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu. Wykonawca nie może bowiem ponosić ujemnych skutków, budzących wątpliwości decyzji Zamawiającego.

Co się zaś tyczy p. Piotra Ziemiaka i przedłożonego świadectwa typu „E”, to zdaniem Izby, jednoznaczne przesądzenie na podstawie złożonego dokumentu, iż ww. osoba nie posiada uprawnień do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku dozoru, nie jest możliwe. Z treści świadectwa kwalifikacyjnego typu „D” wyraźnie wynika, iż informacje zawarte na stronie pierwszej dokumentu, pozostają w sprzeczności z tymi, zawartymi na stronie drugiej. Powyższe wymaga wyjaśnienia i w żadnym razie, bez zbadania, nie może być rozstrzygane na niekorzyść Odwołującego.

Reasumując, dołączony przez Odwołującego do oferty *Wykaz personelu przewidzianego do realizacji zamówienia* potwierdza spełnianie spornego warunku udziału w postępowaniu. Stąd też nie ma potrzeb podejmowania jakichkolwiek dalszych czynności przez Zamawiającego, których potrzeba podjęcia zaistniałaby w wypadku, gdyby stwierdzono okoliczność przeciwną. Powyższe uzasadnia zarzut Odwołującego, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, jako iż czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania była wadliwa.

Potwierdził się również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Niewskazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu może być jedynie podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Natomiast dokumentów składanych w celu potwierdzenia tychże warunków nie należy oceniać przez pryzmat treści oferty, bowiem jej nie stanowią. Co więcej, wykluczenie wykonawcy z postępowania powoduje, iż do merytorycznej oceny oferty wykonawcy w ogóle nie dochodzi, bowiem zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Zarzut naruszenia przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp należy uznać za bezprzedmiotowy, gdyż Zamawiający przyznał w tym zakresie słuszność Odwołującemu.

