

WYROK
z dnia 11 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Odrzywolska**

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2020 r. przez wykonawcę **Hemag H. G. Spółka jawna z siedzibą w Krakowie;**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie;**

przy udziale wykonawcy: **K. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Projektowo-Usługowo-Produkcyjny POWER K. J. z siedzibą w Krakowie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert w tym wykluczenie z postępowania wykonawcy: **K. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Projektowo-Usługowo-Produkcyjny POWER K. J. z siedzibą w Krakowie** na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. kosztami postępowania w wysokości **17 952 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt dwa złote i zero groszy) obciąża wykonawcę: **K. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Projektowo-Usługowo-Produkcyjny POWER K. J. z siedzibą w Krakowie,** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Hemag H. G. Spółka jawna z siedzibą w Krakowie,** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: **K. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Projektowo-Usługowo-Produkcyjny POWER K. J. z siedzibą w**

Krakowie na rzecz wykonawcy: **Hemag H. G. Spółka jawna z siedzibą w Krakowie** kwotę **2 952 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset pięćdziesiąt dwa złote i zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu której postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Krakowie** (dalej „zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Obsługa administracyjno-gospodarcza obiektów socjalnych administrowanych przez oddział w Krakowie Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad; numer referencyjny: O.KR.D- 3.2413.12.2020 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 kwietnia 2020 r., pod numerem 2020/S 073-174768.

W dniu 13 lipca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: **Hemag H. G. Spółka jawna z siedzibą w Krakowie** (dalej „odwołujący”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, zarzucając mu naruszenie poniższych przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy: Zakład Projektowo - Usługowo - Produkcyjny „POWER” K. J., ul. Łowińskiego 3, 31-752 Kraków (dalej „POWER” lub „przystępujący”), który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez wielokrotne wzywanie do uzupełnienia tego samego dokumentu na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu;
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

W związku z wymienionymi czynnościami i formułowanymi wyżej zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; wykluczenie wykonawcy POWER; dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Odnosząc się do zarzutu zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu podnosił, że zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Zamawiający w pkt 7.2 ppkt 3) lit. a i b) SIWZ_IDW sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, odrębnie dla doświadczenia wykonawcy (lit. a) oraz odrębnie dla osób, które wykonawca skieruje do realizacji zamówienia (lit. b). I tak w zakresie doświadczenia podmiotu, firmy (wykonawcy) zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w świadczeniu obsługi gospodarczej „objektu lub obiektów hotelowych, pensjonatów lub innych obiektów użyteczności publicznej”, zaś w przypadku doświadczenia jakim powinny wykazać się osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wymagał doświadczenia zawodowego tj. „minimum 24 miesiące doświadczenia na stanowisku Administratora lub Kierownika pensjonatu hotelu, obiektu wypoczynkowego, itp.”.

Zatem, literalne brzmienie warunku z lit. b) wyraźnie ogranicza doświadczenie Kierownika/ Administratora do konkretnie wymienionych rodzajów obiektów, nie dając pola interpretacji rozszerzającej, która może mieć miejsce w przypadku warunki z lit. a). Zamawiający, poprzez tak opisany warunek udziału w postępowaniu w odniesieniu do osób wskazanych do realizacji zamówienia wymagał, aby miały one doświadczenie w świadczeniu usług w obiektach takich jak pensjonat, hotel, obiekt wypoczynkowy. Jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia, który zgodnie z SIWZ i OPZ obejmuje usługi nie tylko administracyjne typowe dla obiektów mieszkalnych, użyteczności publicznej ale w szczególności obsługę typową dla podmiotów świadczących usługi hotelarskie (krótkotrwałe, ogólnie dostępne wynajmowanie domów, mieszkań, pokoi, miejsc noclegowych, a także miejsc na ustawienie namiotów lub przyczep samochodowych oraz świadczenie, w obrębie obiektu, usług z tym związanych - ustawa z dnia 29 sierpnia 1997r. o usługach hotelarskich oraz usługach pilotów wycieczek i przewodników turystycznych).

Zgodnie z treścią OPZ wykonawca w ramach umowy ma świadczyć m.in. następujące usługi: przekazywanie osobom zgłaszającym się na wypoczynek kluczy do pomieszczenia, zgodnie z okazanym skierowaniem, wystawionym przez pracownika zamawiającego; wpisywanie do Rejestru informacji podstawowych dotyczących osób skierowanych na wypoczynek do obiektu socjalnego; przekazywanie informacji o pomieszczeniach wspólnej użyteczności jak świetlica, grill, narciarnia itp.; przekazywanie do czasowego użytku sprzętu zgodnie z wyposażeniem danego obiektu np. rowerów, leżaków, sanek itp.; informowanie użytkowników pomieszczeń przed rozpoczęciem wypoczynku o zasadach obowiązujących w obiekcie socjalnym; odbiór kluczy; sprzątnięcie pokoi; zmiana pościeli; sprzątnięcie na bieżąco

pomieszczeń wspólnej użyteczności; mycie drzwi, mebli, lamp. Ww. czynności wskazują, że usługi te należą do kategorii usług hotelarskich a nie stricte administracyjnych (zarządczych), co znajduje swoje uzasadnienie patrząc na przeznaczenie obiektów socjalnych GDDKiA. Obiekty te są przeznaczone i udostępniane pracownikom GDDKiA w celach wypoczynkowych i rekreacyjnych. Należy domniemywać, że zamawiający celowo rozróżnił opis warunku z lit. a) od opisu warunku z lit. b), bowiem zależało mu na tym, aby do realizacji zamówienia zostały skierowane osoby, które miały do czynienia z obsługą obiektów przeznaczonych do rekreacji i wypoczynku, obsługą gościa pensjonatu, hotelu czy domu wczasowego a nie obsługą mieszkańca osiedla mieszkaniowego. Podsumowując należy stwierdzić z całą pewnością, że takie opisanie warunku z pkt 7.2. ppkt 3) lit. b) było uzasadnione potrzebą zapewnienia 7 osób dla 7 obiektów, które to osoby mają realne i adekwatne doświadczenie w realizacji tego typu usług, które są świadczone właśnie w hotelach, pensjonatach i domach wypoczynkowych. Nie posiada takiego doświadczenia administrator budynku dydaktycznego czy budynków mieszkaniowych.

Zamawiający, badając dokumenty składane przez POWER w wezwaniu z 25 czerwca 2020 r., otrzymawszy kolejny raz uzupełniony wykaz osób, w którym tylko jedna posiadała doświadczenie w świadczeniu usług w obiektach wymienionych w warunku z lit. b) tj. A. K. poz. 4 wykazu, stwierdził jednoznacznie: „Zamawiający informuje iż wymagania określone w SIWZ w zakresie doświadczenia zawodowego osób obejmuje obiekty hotelowe, wypoczynkowe itp., co jednoznacznie wyklucza wszelkie obiekty mieszkalne. Tym samym zamawiający nie uznaje doświadczenia osób, zdobytego przy pełnieniu funkcji administratora obiektów mieszkalnych, jako potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu”.

Odwołujący podnosił, że uzupełniony wykaz osób złożony przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 25 czerwca 2020 r. nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, bowiem tylko jedna na siedem wymaganych osób posiada doświadczenie w obiekcie typu hotel, pensjonat, dom wypoczynkowy (A. K. poz. 4 wykazu). Pozostałe osoby posiadają doświadczenie w obiektach dydaktycznych czyli budynkach, które nie należą do kategorii wymienionych przez zamawiającego w treści warunku, w których nie świadczy się usług będących usługami z zakresu usług hotelarskich, związanych z obsługą osób korzystających z obiektu w celach wypoczynkowych i rekreacyjnych.

Zdaniem odwołującego zupełnie chybione jest uzasadnienie zawarte w piśmie POWER z 29 czerwca 2020 r. jakoby zamawiający nie wskazał wprost, iż chodzi mu jedynie o obiekty hotelowe poprzez użycie spójnika „lub”. Wykonawca POWER bezzasadnie odnosi się w tym piśmie do treści warunku z lit. a), w którym rzeczywiście jest sformułowanie „obektu lub obiektów hotelowych, pensjonatów lub innych”, co pozwala na stwierdzenie, że mogą to być również inne obiekty niż hotelowe i pensjonaty. Warunek doświadczenia dla osób skierowanych do realizacji zamówienia został opisany w lit. b) i sformułowany zupełnie inaczej

niż w lit. a). Zamawiający bowiem użył konkretnego wyliczenia: „na stanowisku Administratora lub Kierownika pensjonatu, hotelu, obiektu wypoczynkowego itp., co wskazuje, że tylko tego typu obiekty związane z wypoczynkiem, rekreacją będą uznane za prawidłowe - co zresztą sam zamawiający przyznał w piśmie z 25 czerwca 2020 r. Nie jest zrozumiała dla odwołującego zarówno interpretacja POWER jak i zmiana stanowiska zamawiającego, który opierając się na tak nielogicznym wyjaśnieniu POWER zmienił zdanie i uznał że POWER wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

W dalszej części, odnosząc się do zarzutu wielokrotnego wzywania do uzupełnienia tego samego dokumentu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, czym naruszono przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący zwracał uwagę, że zamawiający dwukrotnie wezwał do uzupełnienia tego samego dokumentu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. wykazu osób. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp złożył zamawiającemu wykaz osób, niezawierający informacji na temat doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia (m.in. brak informacji na temat typów obiektów). Wykonawca, na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, skierowane 17 czerwca 2020 r., złożył uzupełniony wykaz, w którym nie określił podstaw dysponowania osobami do realizacji zamówienia. Zamawiający 25 czerwca 2020 r. wezwał do złożenia wyjaśnienia w tym zakresie, niemniej jednak było to pozorne powołanie podstawy z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, bowiem treść oświadczenia zawartego w wykazie musiała zostać de facto uzupełniona o wskazanie, które osoby są w dysponowaniu pośrednim, a które w dysponowaniu bezpośrednim cyt.: „oraz wskazanie formy dysponowania niniejszymi osobami”.

W odpowiedzi na tak sformułowane wezwanie wykonawca samodzielnie uzupełnił wykaz osób, w tym oświadczenia o podstawie dysponowania. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zamawiający może wezwać jednokrotnie do uzupełnienia tego samego dokumentu, a „Jednorazowość wezwania do uzupełnienia dokumentu odnosi się nie do wszystkich dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu, ale do poszczególnego dokumentu, potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu” (tak: wyrok KIO z 28 sierpnia 2008 r. KIO/UZP 827/08). Zasada ta może zostać wyłączona jedynie w sytuacji błędnego sformułowania wezwania przez zamawiającego, co w niniejszym przypadku nie ma miejsca, bowiem wezwanie zostało sformułowane prawidłowo zaś wykonawca już uprzednio składał, na wezwanie do uzupełnienia, wykaz osób.

Odwołujący, podnosząc zarzut niezapewnienia zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp podniósł, że poprzez naruszenie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający naruszył jednocześnie przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. W myśl ww. przepisów zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie

o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, zaś zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Powyższe zasady zostały naruszone, gdyż wybrana została oferta wykonawcy podlegającego wykluczeniu.

Zamawiający, 14 lipca 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do złożenia przystąpienia. Do postępowania zgłosił swoje przystąpienie po stronie zamawiającego, 17 lipca 2020 r. wykonawca: **K. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Projektowo-Usługowo-Produkcyjny POWER K. J. z siedzibą w Krakowie.**

Zamawiający, działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, w dniu 5 sierpnia 2020 r., złożył odpowiedź na odwołanie oświadczając, że uwzględni odwołanie w całości.

Wykonawca POWER, na posiedzeniu w dniu 7 sierpnia 2020 r., złożył sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, treścią oferty złożonej w postępowaniu przez przystępującego, korespondencją prowadzoną w postępowaniu pomiędzy zamawiającym a POWER, po zapoznaniu się z odwołaniem, pismem procesowym złożonym przez przystępującego, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk odwołującego i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, zamawiający nie dokonałby wyboru oferty POWER, wykluczyłby tego wykonawcę z postępowania, i dokonał wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty złożonej w postępowaniu przez przystępującego, korespondencji prowadzonej w postępowaniu pomiędzy zamawiającym a POWER.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem niniejszego zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w pkt 5 pkt 5.1 SIWZ - Instrukcja dla wykonawców była obsługa administracyjno-gospodarcza obiektów socjalnych administrowanych przez Oddział w Krakowie Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad. Dalej zamawiający wskazał, że zamówienie obejmuje świadczenie usług w zakresie obsługi administracyjno-gospodarczej obiektów socjalnych Oddziału w Krakowie Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w miejscowościach: Zawoja Mosorne, Witów, Zakopane, Muszyna Złockie, Krynica Górská, Sromowce Niżne, Krościenko n/Dunajcem, w tym : obsługę administracyjną obiektów; utrzymanie czystości w obiektach socjalnych; rąbanie i układanie drewna do grilla; utrzymanie czystości i terenów zielonych znajdujących się na terenie posesji na której znajduje się obiekt socjalny; ogrzewanie obiektów socjalnych w okresie zimowym i zimowe utrzymanie posesji; wymianę oraz pranie pościeli, firan, zasłon, obrusów, narzut itp.; zlecenie przeglądów stanu technicznego obiektów socjalnych; drobne remonty, naprawy; usuwanie drobnych awarii i usterek; zabezpieczenie powierzonego mienia. Szczegółowe informacje dotyczące przedmiotu zamówienia zawarte zostały w Tomie III SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia.

Dalej, jak ustalił skład orzekający, zamawiający w pkt 7 SIWZ opisał jakie warunki musi spełnić wykonawca ubiegający się o zamówienie. Zgodnie z opisem w ppkt 7.2.3) lit a w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy wskazano, że: Wykonawca musi wykazać się doświadczeniem w wykonaniu, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, 1 lub 2 zadań (umów) obejmujących obsługę gospodarczą obiektu lub obiektów hotelowych, pensjonatów lub innych obiektów użyteczności publicznej, o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 300 000,00 zł. Przez obsługę gospodarczą zamawiający rozumie usługę obejmującą łącznie co najmniej: nadzór nad obsługiwanym obiektem, utrzymywanie porządku wewnątrz i wokół obiektu oraz letnie i zimowe utrzymanie posesji. W przypadku umów nadal realizowanych zamawiający wymaga, aby wartość brutto części umów zrealizowanych przed terminem składania ofert wynosiła co najmniej 300 000,00 zł. Zamawiający zastrzega, że warunek opisany w pkt. 7.2.3.a) IDW nie podlega sumowaniu. Oznacza to, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jeden z wykonawców musi wykazać się całym wymaganym doświadczeniem (warunek nie będzie spełniony, jeżeli wszyscy wykonawcy w sumie wykazali się wymaganym doświadczeniem, ale żaden z nich samodzielnie nie wykazał się całym wymaganym doświadczeniem). Dalej, w tym samym ppkt 7.2.3) w lit. b określono wymagania w odniesieniu do osób precyzując, że: Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem i wykształceniem, odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca, na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osoby, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące

wymagania: osoby proponowane do pełnienia funkcji: Kierownik obiektu - wymagana liczba osób: 7, po 1 osobie dla każdego obiektu. Doświadczenie zawodowe: minimum 24 miesiące doświadczenia na stanowisku Administratora lub Kierownika pensjonatu, hotelu, obiektu wypoczynkowego, itp. Zamawiający nie dopuszcza wskazania tej samej osoby do pełnienia funkcji Kierownika w więcej niż jednym obiekcie.

Następnie Izba ustaliła, że w pkt 9 SIWZ (Instrukcja dla wykonawców) - Oświadczenia i dokumenty, jakie zobowiązani są dostarczyć wykonawcy w celu wykazania braku podstaw wykluczenia oraz potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, ppkt 9.6 zamawiający, zgodnie z art. 24 aa ustawy Pzp, przewidział możliwość w pierwszej kolejności dokonania oceny ofert, a następnie zbadania czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z ppkt 9.7 na wezwanie zamawiającego wykonawca zobowiązany jest do złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu: (lit. b) wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Dalej, Izba ustaliła, że pismem z 4 czerwca 2020 r. wykonawca POWER został wezwany do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w niniejszym postępowaniu tj. wykazu usług i wykazu osób oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. W odpowiedzi na powyższe przystępujący złożył, między innymi wykaz osób, na formularzu przygotowanym przez zamawiającego oświadczając, że do wykonania zamówienia skieruje wymienione w tabeli osoby. W tabeli wymienił 10 osób. Pismem z 17 czerwca 2020 r. zamawiający, działając w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał POWER do złożenia lub uzupełnienia lub poprawienia złożonego „Wykazu osób” w zakresie opisu doświadczenia osób proponowanych do pełnienia funkcji Kierownika obiektu. Zaznaczył, że w złożonym na wezwanie zamawiającego, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, Wykazie osób, w kolumnie nr 5 „Kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie potwierdzające spełnianie wymagań” wykonawca dla każdego z wymienionych osób wskazał jedynie wykształcenie tych osób oraz podał informację, iż pełniły one funkcje administratora przez min. 24 miesiące. Tak ogólny opis doświadczenia nie pozwala zamawiającemu na rzetelną weryfikację spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z wymaganiami zamawiającego, określonymi w pkt. 7.2.3 lit. b) IDW, wykonawca zobowiązany jest wykazać minimum 24 miesiące doświadczenia osoby wskazanej jako Kierownika obiektu na stanowisku Administratora lub Kierownika pensjonatu,

hotelu, obiektu wypoczynkowego itp. W związku z powyższym, zamawiający wezwał do poprawienia formularza „Wykaz osób”, poprzez uzupełnienie opisu doświadczenia wskazanych osób o konkretne zadania, na których osoba ta zdobyła wymagane doświadczenie, ze wskazaniem dokładnej liczby miesięcy doświadczenia, oraz wskazaniem rodzaju obiektu, na którym pełniono daną funkcję, lub wskazanie nowych osób, których kwalifikacje i doświadczenie potwierdzą spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie przystępujący przedłożył wykaz osób, w którym wymienił 15 osób, którymi będzie dysponował przy realizacji zamówienia. W związku z powyższym, zamawiający wezwał przystępującego, pismem z 25 czerwca 2020 r., w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego dokumentu - wykazu osób. Zwrócił uwagę, że w wykazie przedłożonym przez POWER 23 czerwca 2020 r. wykonawca wskazał osoby mające pełnić funkcje Kierowników obiektu, z których część nie pokrywa się z wymienionymi osobami w pierwotnym wykazie osób z 15 czerwca 2020 r., nie wskazując przy tym formy dysponowania nowo wskazanymi osobami. Ponadto wykonawca w odpowiedzi na wezwanie wskazał 15 osób do pełnienia w/w funkcji, podczas gdy zamawiający w pkt. 7.2.3 b) IDW zaznaczył, iż wymaga wskazania 7 osób do pełnienia funkcji Kierownika obiektu, tj. po 1 osobie dla każdego obiektu. Taka sytuacja uniemożliwia zamawiającemu rzetelną ocenę oferty w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie zamawiający wskazał, iż wymagania określone w SIWZ w zakresie doświadczenia zawodowego osób obejmują obiekty hotelowe, wypoczynkowe itp., co jednoznacznie wyklucza wszelkie obiekty mieszkalne. Tym samym zamawiający nie uznaje doświadczenia osób zdobytego przy pełnieniu funkcji administratora obiektów mieszkalnych, jako potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia, które 7 osób spośród 15 wykazanych, zamierza skierować do realizacji przedmiotu zamówienia i w stosunku do których zamawiający ma dokonać oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz do wskazania formy dysponowania niniejszymi osobami, z uwzględnieniem złożonego wraz z ofertą zobowiązania podmiotu trzeciego. W odpowiedzi na to wezwanie przystępujący przedłożył wykaz osób, w którym wskazał do realizacji zamówienia 7 osób. W kolumnie kwalifikacje zawodowe, w odniesieniu do doświadczenia wymienionych w wykazie osób wskazał: „administrowanie budynków - budynki dydaktyczne” (dla poz. 1, 2, 4, 5); „administrowanie budynków - budynki wypoczynkowe” (poz. 3); „administrowanie budynków (...) - budynek administracyjny” (poz. 6) oraz w poz. 7: „administrowanie budynków - budynki techniczne, lokale usługowe/ użytkowe”.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy,

które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba odniesie się do sformułowanego w odwołaniu zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez dwukrotne wezwanie wykonawcy POWER do uzupełnienia wykazu osób pomimo, że przepis ten pozwala na jednokrotne skierowanie takiego wezwania w zakresie dotyczącym danego dokumentu.

W zakresie powyższego, po analizie dokumentacji postępowania, skład orzekający doszedł do przekonania, że zarzut ten zasługuje na uwzględnienie. Jak wynika z akt sprawy odwoławczej, zamawiający w niniejszym postępowaniu zastosował procedurę odwróconą, przewidzianą w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp. Po ustaleniu rankingu ofert, zamawiający zwrócił się do przystępującego o złożenie dokumentów, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca, w odpowiedzi na to wezwanie złożył zamawiającemu wykaz osób, jednak nie zawarł w nim informacji na temat doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia. Wskazać należy, że zgodnie z pkt 7.2.3) lit. b, w odniesieniu do osób zamawiający określił następujące wymagania: „minimum 24 miesiące doświadczenia na stanowisku Administratora lub Kierownika pensjonatu, hotelu, obiektu wypoczynkowego, itp.”. Tym samym brak w wykazie informacji na temat tego ile miesięcy doświadczenia na danym stanowisku posiadają te osoby oraz typów obiektów przez nie administrowanych, uniemożliwił zamawiającemu dokonanie oceny spełnienia warunku.

Zamawiający zatem, kierując się dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę pismem z 17 czerwca 2020 r. do uzupełnienia wykazu osób. W odpowiedzi na powyższe, wykonawca złożył wykaz w którym wymienił 15 osób pomimo, że zgodnie z wymaganiami zamawiającego należało podać 7 osób, którymi dysponuje i które skieruje do realizacji zamówienia. Ponadto, pomimo wymagania zawartego w ostatniej kolumnie wykazu: „forma dysponowania”, wykonawca nie złożył stosownego oświadczenia czy wymienionymi osobami dysponuje w sposób bezpośredni czy pośredni. Co istotne dla oceny zarzutu w niniejszej sprawie, w uzupełnionym na wezwanie wykazie przystępujący wymienił inne osoby, niż wynikało to z treści wykazu przedłożonego na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Pomimo, że uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokument zawierał braki, a na podstawie podanych informacji nie było możliwe dokonanie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zamawiający ponownie wezwał przystępującego, pismem z 25 czerwca 2020 r. do złożenia wyjaśnienia w tym zakresie. Powołał się przy tym na podstawę z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, prosząc wykonawcę o złożenie wyjaśnień, które zmierzały w konsekwencji do podania przez wykonawcę nowych informacji: w zakresie, które z wymienionych 15 osób skieruje do wykonania zamówienia, uzupełnione dodatkowo o wskazanie, które osoby pozostają w dysponowaniu pośrednim, a które w dysponowaniu

bezpośrednim. Dodatkowo zamawiający pouczył wykonawcę, niejako oceniając informacje zawarte w przedłożonym przez niego, uzupełnionym wykazie, że wymagania określone w SIWZ w zakresie doświadczenia zawodowego osób obejmują obiekty hotelowe, wypoczynkowe itp., co jednoznacznie wyklucza wszelkie obiekty mieszkalne. Dostrzeżenia wymaga, że kilka z wymienionych przez wykonawcę POWER w wykazie osób posiadało doświadczenie właśnie w administrowaniu budynków mieszkalnych. Tym samym wskazując, że zamawiający nie uznaje doświadczenia osób, zdobytego przy pełnieniu funkcji administratora obiektów mieszkalnych, jako potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu sugerował wykonawcy które 7, spośród wymienionych w wykazie 15 osób winien skierować do realizacji niniejszego zamówienia. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca udzielił wyjaśnień, w których polemizował ze stanowiskiem zamawiającego w zakresie dotyczącym rozumienia warunku udziału w postępowaniu, ponadto samodzielnie złożył nowy wykaz osób, w którym zawarł niezbędne informacje. Przedmiotowy wykaz był już trzecim, w tym postępowaniu dokumentem, na podstawie którego zamawiający miał ocenić czy wykonawca POWER spełnił warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do osób skierowanych do realizacji zamówienia.

Mając na uwadze powyższy stan faktyczny, Izba zwraca w tym miejscu uwagę, że zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp „Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania”. Powyższa instytucja służy zatem uzupełnianiu dokumentów, które nie pozwalają na pozytywną ocenę wykonawcy, w kontekście spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku wystąpienia podstaw wykluczenia. Tym samym zamawiający zasadnie wezwał wykonawcę POWER do uzupełnienia wykazu osób w sytuacji, gdy stwierdził, że złożony przez niego na wezwanie wykaz nie potwierdza spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu.

Podkreślić jednak należy, że przepis ten przewiduje możliwość jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia danych dokumentów. Jeśli zatem wykonawca, na wezwanie zamawiającego, nie składa dokumentów lub składa dokumenty w dalszym ciągu nie potwierdzające spełniania warunków lub wymagań zamawiającego określonych w SIWZ wówczas, w zależności od rodzaju dokumentów, obowiązkiem zamawiającego jest wykluczenie takiego wykonawcy lub odrzucenie jego oferty. Izba wielokrotnie w swoich orzeczeniach podkreślała, że przyjęcie kolejnej wersji dokumentów, które wcześniej zostały uzupełnione na wezwanie zamawiającego, w toku postępowania odwoławczego, mogłoby

naruszyć zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż pozycja tego wykonawcy byłaby uprzywilejowana względem innych wykonawców.

Przenosząc powyższe na realia rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że zamawiający dokonał negatywnej oceny przedłożonego przez przystępującego na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykazu osób. Jak wynika bowiem z treści wezwania zamawiającego z 25 czerwca 2020 r. „Taka sytuacja uniemożliwia zamawiającemu rzetelną ocenę oferty w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu”. Sformułowanie to jasno wskazuje, że uzupełniony wykaz nie pozwalał na uznanie, że wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu. Pomimo tego zamawiający ponownie skierował do tego wykonawcy wezwanie do złożenia wyjaśnień, w zakresie tego samego dokumentu. Przy czym wezwanie to, kierowane w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp było faktycznym wezwaniem do uzupełnienia o kolejny dokument, z treści którego wynikałoby, że warunki udziału w postępowaniu zostały spełnione.

W tym miejscu przypomnieć należy, że na gruncie przepisów ustawy Pzp należy rozróżnić wezwanie w trybie art 26 ust. 3 ustawy Pzp, które dotyczy uzupełnienia lub złożenia dokumentów, których brak zamawiający stwierdził w złożonej ofercie, od wezwania w trybie art 26 ust. 4 ustawy Pzp, które dotyczy wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie już złożonych dokumentów. Procedura opisana w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp ma zatem służyć wyłącznie rozwianiu wątpliwości zamawiającego, wynikających zarówno z niejasnych lub sprzecznych ze sobą dokumentów załączanych do oferty, jak i samej treści oferty. Za wyjaśnienia nie mogą być uznane takie treści, które w rzeczywistości wprowadzają do danego dokumentu oferty nowe informacje i zmierzają do podania danych, które w pierwotnej treści dokumentu się nie znalazły. Takie wyjaśnienia stanowią de facto uzupełnienie treści dokumentu, a więc stają się wyjaśnieniami udzielonymi w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Taka sytuacja miała miejsce w niniejszym postępowaniu. Sam przystępujący uznał, że aby uczynić zadość wezwaniu zamawiającego do złożenia wyjaśnień w takim zakresie, jaki opisano w wezwaniu, zasadne będzie złożenie nowego wykazu osób. Dopiero ten wykaz, jak sam przyznał przystępujący mógł zostać uznany za prawidłowy, tj. taki który pozwalał zamawiającemu na dokonanie oceny w zakresie spełnienia warunków.

Za powyżej prezentowanym stanowiskiem przemawia także treść orzecznictwa ETS. Między innymi w orzeczeniu z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Trybunał wskazał, że procedurę wezwania do udzielenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów należy przeprowadzić w taki sposób, aby dokonywana po wyborze oferty ocena tego postępowania nie uzasadniała twierdzenia, że w sposób odmienny od pozostałych wykonawców potraktowano wykonawcę wezwanego do uzupełnienia dokumentów czy udzielenia wyjaśnień. Ponadto w orzeczeniu wskazano, że wyjaśnienie czy uzupełnienie w zakresie dokumentów przedmiotowych winno być dokonywane niezwykle ostrożnie - tak, aby w następstwie

wyjaśnień zamawiający nie uzyskiwał treści niewyrażonych w ofercie i już złożonych dokumentach - a tym samym nie prowadziły do zmiany oferty.

Mając na uwadze powyższe, skład orzekający uznał, że zamawiający naruszając przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, naruszył także przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp zgodnie z którym z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Negatywna ocena wykazu osób, który został złożony w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, uprawniała zamawiającego do podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy POWER na podstawie tego przepisu, albowiem wykonawca ten, pomimo wezwania do uzupełnienia dokumentu, nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Niezależnie od powyższego Izba podzieliła także argumentację odwołującego, który domagał się wykluczenia wykonawcy POWER z udziału w postępowaniu, gdyż jego zdaniem nie wykazał on, że spełnia warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt 7.2 ppkt 3) lit. b) SIWZ_IDW w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - w odniesieniu do osób, które wykonawca skieruje do realizacji zamówienia.

Należy zgodzić się z odwołującym, że zamawiający opisując warunki udziału w postępowaniu w pkt 7 SIWZ, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, odrębnie opisał jakie warunki musi spełnić wykonawca ubiegający się o zamówienie (ppkt 7.2.3 lit a) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, odrębnie natomiast (ppkt 7.2.3 lit. b) określono wymagania w odniesieniu do osób. Nie można zatem uznać, jak chce tego przystępujący, że treść warunku dotyczącego osób skierowanych do realizacji zamówienia należy czytać łącznie z treścią warunku odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy. Niezależnie od tego, jaka był intencja zamawiającego przy sporządzaniu SIWZ, literalne brzmienie wymagania odnoszącego się do osób skierowanych do realizacji zamówienia nie pozwala na uznanie, że można je interpretować rozszerzająco. Tym samym bez znaczenia jest to, że w zakresie zdolności technicznej i zawodowej co do doświadczenia samego wykonawcy zamawiający dopuścił możliwość wykazania się doświadczeniem obejmującym obsługę gospodarczą obiektu lub obiektów hotelowych, pensjonatów lub innych obiektów użyteczności publicznej. Literalne brzmienie warunku opisanego w lit. b wyraźnie ogranicza bowiem doświadczenie Kierownika/ Administratora do konkretnie wymienionych rodzajów obiektów, nie pozwalając na inną interpretację niż ta, która dopuszcza wykazanie się dysponowaniem osobami posiadającymi doświadczenie w świadczeniu usług takich jak pensjonat, hotel lub obiekt wypoczynkowy.

Wprawdzie w treści warunku odnoszącego się do doświadczenia osób tj. minimum 24 miesiące doświadczenia na stanowisku Administratora lub Kierownika pensjonatu, hotelu, obiektu wypoczynkowego, itp., użyte zostało sformułowanie „i tym podobne”, nie daje ono możliwości interpretowania przywołanego warunku w sposób rozszerzający, tj. pozwalający

na uznanie, że przystępujący mógł wykazać się osobami, które nabyły doświadczenie w zakresie administrowania budynkami dydaktycznymi czy też lokalami użytkowymi. Przypomnieć należy, że SIWZ, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego - jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Zatem każdy z wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, zobowiązany był do jego spełnienia. Zamawiającemu na etapie oceny ofert nie wolno swobodnie interpretować jej zapisów i odstępować od ustanowionych wymogów. Takie działanie stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Udostępnienie SIWZ jest bowiem czynnością powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy określonego w SIWZ. Po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić ani od nich odstąpić. Warunki te winny być więc interpretowane w miarę możliwości literalnie i ściśle - stanowi to, przez ograniczenie uznaniowości zamawiającego, warunek realizacji zasady równego traktowania wykonawców, wyrażony w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Na etapie oceny ofert niedopuszczalne jest dokonywanie przez zamawiającego jakichkolwiek zmian w zakresie interpretacji wymogów SIWZ i ocenianie ofert z pominięciem wymagań narzuconych treścią SIWZ.

Izba podzieliła ocenę odwołującego, że pomimo wpisania w treści warunku określenia „itp”, w oparciu o przedmiot, zakres i cel zamówienia, mając na uwadze zapisy SIWZ można było jednoznacznie wnioskować, że doświadczenie wykazanych osób winno być nabyte w administrowaniu obiektów mających charakter „hotelowy”. Jak wynika bowiem z OPZ zakres zamówienia obejmuje usługi nie tylko administracyjne, które są typowe dla obiektów mieszkalnych i użyteczności publicznej ale w szczególności obsługę typową dla podmiotów świadczących usługi hotelarskie. Jak słusznie zauważył odwołujący do zadań osoby dedykowanej do administrowania obiektami należało będzie szereg czynności wskazujących, że świadczone usługi należą do kategorii usług hotelarskich, a nie wyłącznie zarządczych.

Wykonawca POWER z kolei przedstawił w wykazie osoby, które nabyły doświadczenie w zakresie administrowania budynkami dydaktycznymi i lokalami użytkowymi, które to doświadczenie nie wpisuje się w treść warunku udziału w postępowaniu, opisanego w ppkt 7.2.3 lit. b. Należy zatem uznać, że również z tego powodu zaistniała podstawa do wykluczenia przystępującego z postępowania w oparciu o przesłankę wynikającą z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 2).

Przewodniczący: