

WYROK
z dnia 13 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Daniel Konicz
Członkowie:	Monika Kawa-Ogorzałek Beata Konik
Protokolant:	Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2018 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – P. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Transbud Kruszywa P. N. z siedzibą w Redzie, Wspólne Przedsiębiorstwo PROMEX T. C, M. C. sp. j. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa – 18 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Wejherowie, przy udziale Przystępującego po stronie Zamawiającego – wykonawcy Z. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ekol-Kot Systemy Grzewcze Z. N. z siedzibą w Gdańsku,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia 24 ust. 1 pkt 12 Pzp i nakazuje Zamawiającemu w części III zamówienia:
 - 1.1. unieważnienie wyboru oraz badania i oceny oferty Przystępującego;
 - 1.2. wykluczenie Przystępującego z udziału w postępowaniu z uwagi na nie wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia;
 - 1.3. ponowne badanie i ocenę pozostałych ofert.
2. Oddać odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciążyć Przystępującego i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 18.750,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych 00/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa – 18 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Wejherowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części na świadczenie usług w zakresie eksploatacji zleconej systemów ciepłych od źródła ciepła do grzejników oraz węzownic central wentylacyjnych, dostawy ciepłej wody użytkowej od źródła ciepła do wymienników c.w.u. włącznie wraz z zakupem i dostawą opału w niezbędnej ilości do kotłowni w obiektach administrowanych przez 18 Wojskowy Oddział Gospodarczy, zwane dalej „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 26 kwietnia 2018 r., pod nr 2018/S 081-181729.

18 czerwca 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze, w części III zamówienia (Sekcja Obsługi Infrastruktury – Gdynia Grabówek), oferty wykonawcy Z. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ekol-Kot Systemy Grzewcze Z. N. z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Wykonawca ZN”).

28 czerwca br. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) wniesione zostało odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – P. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Transbud Kruszywa P. N. z siedzibą w Redzie, Wspólne Przedsiębiorstwo PROMEX T. C., M. C. sp. j. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim (dalej „Odwołujący”), w którym zarzucono Zamawiającemu, że wybierając ofertę Wykonawcy ZN naruszył:

1. art. 24 ust.1 pkt 16 Pzp przez brak uznania, że Wykonawca ZN w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w Postępowaniu lub który zataił te informacje, bądź nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez brak uznania, że Wykonawca ZN w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd

Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu;

3. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez nie wykluczenie Wykonawcy ZN, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nie odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada warunkom specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w części III Zamówienia:

1. unieważnienia wyboru oferty Wykonawcy ZN;
2. wykluczenia Wykonawcy ZN;
3. ponownego badania i ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych naruszeń przepisów Pzp. Oferta Wykonawcy ZN została wybrana jako najkorzystniejsza i gdyby Zamawiający działał prawidłowo przez jego wykluczenie, to Odwołujący uzyskałby zamówienie, bowiem zostały złożone jedynie dwie oferty na to zadanie, a oferta Odwołującego nie została odrzucona.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w rozdziale 3 pkt 1.1) SIWZ, w którym Zamawiający wskazał m.in., że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: nie podlegają wykluczeniu z przyczyn określonych w art. 24 ust. 1 pkt 12-23 Pzp, a także wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w Postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Warunek zdolności technicznej i zawodowej w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia zostanie uznany za spełniony, jeśli wykonawca wykaże,

że w zakresie Zadania III dysponuje co najmniej 5 osobami, z których:

- 1 osoba posiada aktualne uprawnienia do wykonywania pracy na stanowisku dozoru i eksploatacji w zakresie obsługi i konserwacji urządzeń, instalacji i sieci należących do Grupy D2 pkt 1, 2 i 10, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28 kwietnia 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci (Dz.U.2003.89.828 ze zm.);

- 4 osoby posiadają aktualne uprawnienia do wykonywania pracy na stanowisku eksploatacji w zakresie obsługi i konserwacji urządzeń, instalacji i sieci należących do Grupy E2 pkt 1,2 i 10, zgodnie z cytowanym wyżej rozporządzeniem.

Zamawiający wskazał dalej, że niespełnienie któregokolwiek z warunków skutkować będzie wykluczeniem wykonawcy z Postępowania, a złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik prowadzonego Postępowania, spowoduje wykluczenie wykonawcy z Postępowania.

Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego 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 zasobami (wzór – załącznik nr 5 do SIWZ). Wykaz musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w rozdziale 6 pkt 1 ppkt 2) SIWZ.

W toku badania i oceny ofert Zamawiający stwierdził, że złożony przez Wykonawcę ZN dokument JEDZ jest podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez A.N., która nie posiadała pisemnego pełnomocnictwa właściciela do reprezentowania wykonawcy w Postępowaniu. Zamawiający, pismem z dnia 23 maja 2018 r., wezwał Wykonawcę ZN, na podstawie art. 23 ust. 3a Pzp, do złożenia wyżej wymienionego dokumentu.

Wykonawca ZN w tym samym dniu złożył pismo datowane na dzień 23 maja 2018 r., w którego treści upoważnił A.N. do reprezentowania go w Postępowaniu.

Pismem z dnia 24 maja 2018 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, wezwał Wykonawcę ZN do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp.

Wykonawca ZN złożył m.in. wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia według wzoru określonego w Załączniku nr 5 do SIWZ. W przedmiotowym wykazie wyszczególnionych zostało 4 pracowników Wykonawcy ZN.

Do wykazu osób dołączone zostały dokumenty potwierdzające posiadane przez te osoby uprawnienia i specjalności.

Bezspornym powinno być, że Wykonawca ZN wskazując jedynie 4 osoby do realizacji zamówienia, pomimo wymaganych 5, naruszył warunki udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności do jego wykonania. Zamawiający uznając, że złożony wykaz osób jest niekompletny, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Wykonawcę ZN do jego uzupełnienia.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Wykonawca ZN złożył zmodyfikowany wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego. Wykaz ten opatrzony został tą samą datą, co poprzedni (25 maja 2018 r.) i nie zostały dołączone do niego żadne wyjaśnienia. Do zmodyfikowanego wykazu dołączony został dowód posiadania uprawnień przez właściciela – Z.N. do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku dozoru.

Zamawiający, pismem z dnia 18 czerwca 2018 r., poinformował Odwołującego o wyborze oferty Wykonawcy ZN w części III zamówienia, z czym Odwołujący się nie zgadza z następujących przyczyn.

Wykonawca ZN nie udokumentował, że dysponuje co najmniej jedną osobą w zakresie swojego potencjału kadrowego posiadającą aktualne uprawnienia do wykonywania pracy na stanowisku dozoru i eksploatacji w zakresie dozoru, obsługi i konserwacji urządzeń, instalacji i sieci należących do grupy D2 pkt 1,2 i 10. Wymagania SIWZ dotyczyły dysponowania jedną osobą, która będzie posiadała opisane wyżej uprawnienia.

Z analizy złożonego przez Wykonawcę ZN zmodyfikowanego wykazu osób wynika, że żadna z osób wyszczególnionych w tym wykazie nie dysponuje stosownymi uprawnieniami (D i E), które odpowiadałyby wymaganiom SIWZ. W ocenie Odwołującego w tym stanie faktycznym Wykonawcy ZN można zarzucić zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo polegające na wprowadzeniu Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, a przynajmniej lekkomyślność lub niedbalstwo przy przedstawianiu informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, a mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w tym postępowaniu. Zamierzone działanie ma miejsce wtedy, kiedy wykonawca wie, że nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu, a mimo to składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że ten warunek spełnia.

Wykonawca ZN wskazał wprawdzie, składając pierwszy niekompletny wykaz, w poz. 1 zestawienia, osobę z pożądanymi uprawnieniami, tj. P.N., ale brakowało 1 osoby z uprawnieniami na stanowisku eksploatacji. Na etapie modyfikacji wykazu, po uprzednim wezwaniu ze strony Zamawiającego, pojawiło się dodatkowe nazwisko właściciela firmy, ale wyłącznie z uprawnieniami na stanowisku dozoru, nie wykazywane były natomiast uprawnienia P.M., bowiem nawet przyjmując, że byłby spełniony warunek co do 1 osoby posiadającej wymagane uprawnienia D i E, to i tak zabraknie czwartej osoby, która powinna mieć uprawnienia do wykonywania pracy na stanowisku eksploatacji.

W przypadku uznania, że Zamawiający nie naruszył przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp, Odwołujący stwierdził, że Wykonawca ZN nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu i powinien zostać wykluczony. Zamawiający, który weryfikuje zarówno zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia, jak i zgodność oferowanych przez niego usług, dostaw czy robót budowlanych z wymogami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia i innych postanowieniach SIWZ, nie może przekraczać granic wyznaczonych przez wymagania SIWZ i obowiązujące przepisy.

Odwołujący jako dodatkowy zarzut wskazał konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, w sytuacji, gdy nie ma wątpliwości co do niezgodności treści oferty z SIWZ.

Pismem z 2 lipca 2018 r. Zamawiający oświadczył o uwzględnieniu odwołania w całości oraz poinformował o unieważnieniu wyboru oferty Wykonawcy ZN, co miało miejsce 28 czerwca 2018 r.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przytoczył wynikający z odwołania stan faktyczny i przyznał m.in., że dokonując oceny uzupełnionego na wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp wykazu osób złożonego przez Wykonawcę ZN nie zauważył, że z dokumentu tego wynika, że żadna wykazana osoba nie posiada wymaganych uprawnień do wykonywania pracy na stanowisku dozoru i eksploatacji w zakresie obsługi i konserwacji urządzeń, instalacji i sieci należących do Grupy D2 pkt 1, 2 i 10 (D i E). Nawet gdyby przyjąć, że ujęty w poprzednim wykazie P.N. posiada wymagane uprawnienia D i E to nadal brakuje jednej osoby z uprawnieniami do wykonywania pracy na stanowisku eksploatacji w zakresie obsługi i konserwacji urządzeń, instalacji i sieci należących do Grupy E2 pkt. 1, 2 i 10 (E).

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca ZN, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełnienia przez zgłoszone przystąpienie wymagań określonych w art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu Wykonawcy ZN (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

W zgłoszonym przystąpieniu podał, w odniesieniu do warunku udziału w Postępowaniu, że go spełnia, gdyż posiada wymagane przez Zamawiającego osoby do realizacji zamówienia.

Przystępujący wyjaśnił, że na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1 Pzp, przedstawił wykaz osób, jednakże odczytał warunek w taki sposób, że jedna osoba może mieć zarówno uprawnienia dozoru i eksploatacji w zakresie obsługi i konserwacji urządzeń, instalacji i sieci należących do Grupy D2 pkt 1, 2 i 10 oraz eksploatacji w zakresie obsługi

i konserwacji urządzeń, instalacji i sieci należących do Grupy E2 pkt 1, 2 i 10, dlatego też wykazał P.N. posiadającego przedmiotowe uprawnienia. Wykonawca ZN podkreślił, że nie dostrzegł w SIWZ zastrzeżenia dotyczącego posiadania wyżej wskazanych uprawnień eksploatacji i dozoru tylko przez jedną osobę.

Przystępujący podkreślił, że Zamawiający zadziałał prawidłowo wzywając go, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia dokumentu gdyż, stwierdził, że Przystępujący nie wykazał 5 osób, każda posiadająca odpowiednie uprawnienia. W oparciu o przywołany przepis istniała możliwość poprawienia i uzupełnienia wykazu osób.

Wykonawca ZN oświadczył, że nie było jego celem wyłudzenie zamówienie przez wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do osób skierowanych do realizacji zamówienia, gdyż na wezwanie do uzupełnienia Przystępujący udokumentował spełnienie wymaganych warunków podmiotowych.

Sytuacja taka zaistniałaby wtedy, kiedy rzeczywiście Przystępujący nie spełniałby warunków udziału w Postępowaniu, a skutkiem tego byłoby pozostawanie przez Zamawiającego w błędnym przekonaniu, co do rzeczywistego stanu rzeczy, a Przystępujący celowo chciałby wyłudzić zamówienie. Jednocześnie takie błędne przekonanie, choćby potencjalnie, powinno mieć przełożenie na przebieg Postępowania. Wykonawca ZN zaprzeczył, jakoby działał w warunkach umyślności, która miałaby na celu wprowadzenie w błąd Zamawiającego. W jego ocenie trudno jest mówić o świadomym i zawinionym działaniu lub zamiarze uchybienia, czy stosunkowo poważnym niedbalstwie, ponieważ nie miał zamiaru wprowadzenia Zamawiającego w błąd, a wskazanie czterech osób było wynikiem błędnego odczytania warunku udziału w Postępowaniu.

W świetle powyższego nie zachodzą okoliczności wynikające z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

W zakresie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Wykonawca ZN stwierdził, że jego oferta odpowiada wymogom SIWZ, ponieważ zaoferował świadczenie odpowiadające wymaganiom Zamawiającego.

Pismem z 2 lipca 2018 r. Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania w całości, w konsekwencji czego, zgodnie z art. 186 ust. 4 Pzp, odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Na rozprawie Strony i Przystępujący podtrzymali streszczone powyżej stanowiska.

Wykonawca ZN powołał się dodatkowo na przepis art. 26 ust. 6 Pzp i brak obowiązku przedstawienia dokumentów dotyczących jego uprawnień, jako że są one w posiadaniu Zamawiającego w związku z innymi (z)realizowanymi na jego rzecz zamówieniami.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego zawarte w przytoczonych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Na wstępie, w odniesieniu do argumentacji Zamawiającego o przedwczesności sprzeciwu z uwagi na fakt unieważnienia wyboru oferty Przystępującego i towarzyszący mu zamiar ponownego badania i oceny ofert w części III zamówienia Izba wskazuje, że fakt wykonanie części żądań związanych z uwzględnionymi zarzutami odwołania (tu – unieważnienie, w dniu 28 czerwca 2018 r., wyboru oferty Wykonawcy ZN) przed wniesieniem sprzeciwu (2 lipca 2018 r.) nie niweczy możliwości sprzeciwienia się wadliwej – w przekonaniu wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – ocenie zasadności zarzutów odwołania. W przeciwnym razie uprawnienie do wniesienia sprzeciwu byłoby w takich sytuacjach *de facto* wyłączone, przy czym wniosku takiego nie sposób wyprowadzić z regulującego tą materię przepisu art. 186 Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, wykazu osób złożonego przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 Pzp, wezwania do uzupełnienia wykazu osób z art. 26 ust. 3 Pzp, wykazu osób złożonego przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie do jego uzupełnienia oraz zawiadomienia o wyborze oferty Wykonawcy ZN. Na podstawie ww. dokumentów ustalono, że stan faktyczny nie był przedmiotem sporu, a rozstrzygnięcia wymagała kwestia interpretacji treści warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej wykonawców w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia.

W tej materii skład orzekający doszedł do przekonania, że wymogiem Zamawiającego było dysponowanie przez wykonawcę pięcioma osobami, z których jedna posiadać powinna aktualne uprawnienia do wykonywania pracy na stanowisku dozoru i eksploatacji, a pozostałe cztery – wyłącznie na stanowisku eksploatacji. Innymi słowy, każda z wymaganych osób winna legitymować się uprawnieniami do wykonywania pracy na stanowisku eksploatacji, a jedna – dodatkowo na stanowisku dozoru. Treść pierwszego ze

złożonych przez Przystępującego wykazów nie pozostawia, zdaniem Izby, wątpliwości, że rozumiał omawiany warunek, wskazując w tym dokumencie – obok trzech osób z uprawnieniami w zakresie eksploatacji – również osobę P.N., która posiadała uprawnienia zarówno w zakresie eksploatacji, jak i dozoru.

Mając na względzie bezsporną okoliczność, że wspomniany wykaz nie potwierdzał spełniania warunku udziału w Postępowaniu przez wskazanie wyłącznie czterech, w miejsce wymaganych pięciu, osób (*ergo* w wykazie brakowało jednej osoby z uprawnieniami w zakresie eksploatacji), Przystępujący został wezwany do uzupełnienia wykazu. Analiza uzupełnionego dokumentu prowadzi do wniosku, że Wykonawca ZN w dalszym ciągu nie wykazał spełniania warunku w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia. Wynika z niego bowiem, że Przystępujący dysponuje czterema osobami z uprawnieniami w zakresie eksploatacji i jedną osobą z uprawnieniami w zakresie dozoru. Skład orzekający zwrócił uwagę, że choć liczba wymaganych osób się zgadza, to jednak nie posiadają one łącznie wszystkich wymaganych uprawnień – w tym przypadku brakuje bowiem osoby, która łączy posiadanie uprawnień w zakresie eksploatacji z posiadaniem uprawnień w zakresie dozoru, czego Zamawiający *expressis verbis* oczekiwał.

Przedstawionej powyżej oceny nie zmienia przywoływany przez Wykonawcę ZN argument, zgodnie z którym Zamawiający powinien był oceniać spełnianie przez Przystępującego omawianego warunku przez pryzmat treści obu złożonych w Postępowaniu wykazów osób. Nawet przy zsumowaniu osób i posiadanych przez nich uprawnień Wykonawca ZN nie wykazał dysponowania czterema osobami z uprawnieniami w zakresie eksploatacji i jedną osobą z uprawnieniami w zakresie eksploatacji i dozoru. U Przystępującego kwestia ta wygląda następująco: Wykonawca ZN dysponuje trzema osobami z uprawnieniami w zakresie eksploatacji (Z.N., W.T. i F.T. – poz. 2-4 obydwu wykazów), jedną osobą z uprawnieniami w zakresie dozoru i eksploatacji (P.N. – poz. 1 pierwszego wykazu) i jedną osobą z uprawnieniami w zakresie dozoru (Przystępujący – poz. 5 drugiego wykazu). W dalszym ciągu brakuje zatem jednych uprawnień „eksploatacyjnych”, co do których Wykonawca ZN oświadczył na rozprawie, że je posiada, a stosowne dowody (uprawnienia) znajdują się u Zamawiającego, wobec czego nie musiały być przedstawione. Stanowi to *clou* problemu, ponieważ tylko we wskazanych przez Przystępującego okolicznościach mogło dojść do wykazania spełniania przez niego warunku udziału w Postępowaniu. W konsekwencji należało rozważyć argument Wykonawcy ZN, że na podstawie przepisu art. 26 ust. 6 Pzp, zwolniony był z obowiązku wykazania tej okoliczności.

W powyższej kwestii Izba prezentuje pogląd, że wspomniany przepis należy odczytywać łącznie z § 10 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2016.1126). Przewiduje on obowiązek wskazania przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Owo wskazanie powinno, zdaniem składu orzekającego, być na tyle konkretne, aby zamawiający mógł zidentyfikować postępowanie o udzielenie zamówienia, w którym niezbędne dokumenty zostały przez wykonawcę złożone. Przy czym, wskazanie takie powinno nastąpić w momencie, w którym zaistniała konieczność odwołania się do dokumentów będących w posiadaniu zamawiającego. Momentem takim nie jest postępowanie odwoławcze, w którym Izba bada prawidłowość decyzji zamawiającego, która zapadła w oparciu o wiedzę posiadaną w momencie podejmowania zaskarżonej odwołaniem czynności. *Ad casum* Wykonawca ZN nie wskazywał w toku Postępowania na konieczność posiłkowania się dokumentami z innego postępowania przy ocenie kwestii spełniania przez niego warunku udziału, choć niewątpliwie mógł to uczynić składając uzupełniony wykaz, natomiast odwoływanie się do tej konieczności w toku rozprawy ocenione zostało przez skład orzekający jako nieskuteczne z przyczyn wskazanych powyżej.

Reasumując, zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp potwierdził się, w wyniku czego odwołanie w tej części zostało uwzględnione ze skutkiem w postaci nakazania Zamawiającemu dokonania czynności opisanych w pkt 1 sentencji orzeczenia.

Pozostałe zarzuty odwołania nie potwierdziły się z przyczyn następujących.

W zakresie rzekomego naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp Izba nie dopatrzyła się wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co stanowi jedną z przesłanek aktualizujących obowiązek wykluczenia wykonawcy. Żaden ze złożonych wykazów nie zawierał bowiem informacji nieprawdziwych, tj. niezgodnych z rzeczywistością. Dokumenty te uniemożliwiały jedynie uznanie, że Przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w Postępowaniu.

W kwestii zarzucanej ofercie Wykonawcy ZN niezgodności z SIWZ zarzut nie mógł się ostać z tej przyczyny, że przywołany za jego podstawę przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp dotyczy wadliwości zobowiązania wynikającego z oferty wykonawcy, nie zaś jego sytuacji podmiotowej. Odwołujący nie dostarczył Izbie argumentów przemawiających za

stwierdzeniem, że oferowane przez Przystępującego świadczenie nie jest zgodne z wymogami Zamawiającego skonkretyzowanymi w SIWZ.

W konsekwencji odwołanie w tej części należało oddalić, jak orzeczono w pkt 2 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 3 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 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 (Dz.U.2018.972 j.t.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....