

WYROK
z dnia 28 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Monika Szymanowska**

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2019 r. przez wykonawcę Mirbud S.A. w Skierniewicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Sąd Okręgowy we Włocławku

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” – Przemysłówka Sp. z o.o. w Bydgoszczy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:
 - 1.1. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 p.z.p., poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający jest uprawniony do zaniechania należytego badania i oceny ofert, a tym samym jest uprawniony do zaniechania wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” – Przemysłówka Sp. z o.o. w Bydgoszczy, pomimo że wykonawca oświadczył, iż spełnia warunek dotyczący doświadczenia, gdyż realizował budowę nowej siedziby Oddziału Urzędu Dozoru Technicznego w Bydgoszczy przy ul. Kamiennej wraz z niezbędną infrastrukturą, która to inwestycja miała wartość minimum 15 milionów zł brutto, gdy faktyczna wartość wykonanych robót budowlanych wyniosła około 13,5 miliona zł brutto,

- 1.2. częściowo zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 p.z.p., poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający jest uprawniony do zaniechania należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do zbadania, czy oferta wykonawcy w zakresie wartości wykazywany inwestycji polega na prawdzie, skutkiem czego oceniając ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” – Przemysłówka Sp. z o.o. w Bydgoszczy pozytywnie, zamawiający polega na własnym domniemaniu, zamiast na rzetelnych informacjach,
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Mirbud S.A. w Skierniewicach i:
 - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Mirbud S.A. w Skierniewicach tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od wykonawcy Mirbud S.A. w Skierniewicach na rzecz zamawiającego Sądu Okręgowego we Włocławku kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Włocławku.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

wyroku z dnia 28 października 2019 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2044/19

Zamawiający Sąd Okręgowy we Włocławku z siedzibą przy ul. Wojska Polskiego 22, 87-800 Włocławek, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa budynku Sądu Okręgowego we Włocławku przy ul. Żeromskiego 28”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 11 lipca 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 132-323061, któremu zamawiający nadał numer ZP 3/2019, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na roboty budowlane, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej jako „p.z.p.”, jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 4 października 2019 r. zamawiający przekazał wykonawcom informację o rozstrzygnięciu postępowania. Natomiast w dniu 11 października 2019 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Mirbud S.A. z siedzibą przy ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice, dalej zwany jako „odwołujący”.

W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art 22 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do zaniechania należytego badania i oceny ofert, a tym samym uprawniony jest do zaniechania wykluczenia EBUD pomimo że wykonawca ten oświadczył, iż spełnia warunek dot. doświadczenia, ponieważ realizował budowę nowej siedziby Oddziału Urzędu Dozoru Technicznego w Bydgoszczy przy ul. Kamiennej wraz z niezbędną infrastrukturą, która to inwestycja miała wartość min. 15 mln brutto, gdy tymczasem faktyczna wartość wykonanych robót budowlanych wyniosła ok. 13,5 mln brutto,

z ostrożności:

2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12) w związku z art 22 ust. 1 pkt 2) i ust. 2b pkt 3) ustawy Pzp z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do zaniechania należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do wykluczenia wykonawcy - po uprzednim wezwaniu do uzupełnień - który nie wykazał, iż dysponuje potencjałem osobowym zdolnym do należytego wykonania zamówienia,

3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do zaniechania należytego badania i oceny ofert, a co

za tym idzie nie jest zobowiązany do zbadania, czy oferta wykonawcy w zakresie wartości wykazywany inwestycji polega na prawdzie, skutkiem czego, oceniając ofertę EBUD pozytywnie, Zamawiający polega na własnym domniemaniu, zamiast rzetelnych informacjach.

Wobec powyższego odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” – Przemysłówka Sp. z o.o. w Bydgoszczy oraz wykluczenie tego wykonawcy z postępowania, a w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę podstawowego zarzutu – wezwanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” - Przemysłówka Sp. z o.o. w Bydgoszczy do uzupełnienia w zakresie niezbędnym do wykazania dysponowania potencjałem zawodowym do realizacji przedmiotowego zamówienia oraz do wyjaśnień w zakresie rzeczywistej wartości budowy nowej siedziby Oddziału Urzędu Dozoru Technicznego w Bydgoszczy przy ul. Kamiennej.

W uzasadnieniu wniesionego środka ochrony prawnej odwołujący podniósł co następuje.

W zakresie zarzutu nr 1 odwołujący wskazał na treść warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, który zamawiający określił w rozdziale III pkt 1.2 SIWZ i podniósł, że wykonawca EBUD na spełnienie przedmiotowego warunku – w złożonym wykazie wykonanych robót budowlanych w pozycji 1 – przedstawił budowę nowej siedziby Oddziału Urzędu Dozoru Technicznego w Bydgoszczy przy ul. Kamiennej wraz z niezbędną infrastrukturą, o wartości wykonanych robót budowlanych brutto (min. 15 mln zł) 16 992 571,34 zł. Natomiast, w ocenie odwołującego wartość rzeczonych robót budowlanych wynosi około 13,5 miliona zł brutto, na co wskazuje oficjalny komunikat Miasta Bydgoszczy oraz artykuł w Gazecie Wyborczej, zgodnie z przywołanymi w odwołaniu linkami do stron internetowych.

Odwołujący zauważył, że zasada zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jako jedna z naczelných zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązuje zamawiającego do rzetelnego zbadania i wyjaśnienia wszelkich wątpliwości (tak uchwała KIO z dnia 24.03.2014 r. sygn. akt KIO/KD 20/14 oraz wyrok KIO z dnia 05.06.2014 r. sygn. akt KIO 1046/14). Odwołujący podkreślił, iż wszystkie czynności zamawiającego mają zmierzać do wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty spełniającej wszystkie wymagania określone przez zamawiającego, złożonej przez wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu. Co za tym idzie, wątpliwości zaistniałe w toku prowadzonego postępowania, co do treści złożonych przez wykonawcę dokumentów, muszą podlegać wyjaśnieniu, gdyż wątpliwości te uniemożliwiają pozytywną ocenę dokumentów. Przy czym zamawiający przy ocenie ofert musi kierować się starannością

i efektywnością. Ustawa p.z.p. nie zakazuje korzystania z informacji pozyskanych z innych źródeł niż oferta, w tym od podmiotów nie biorących udziału w postępowaniu. Jeżeli w postępowaniu pojawią się dokumenty (oświadczenie EBUD oraz referencje), o których zamawiający wie lub podejrzewa, że nie są wystawione zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy, zamawiający nie może powoływać się na brak podstaw do poddania w wątpliwość wiarygodności otrzymanych dokumentów, gdyż ma prawo i obowiązek „prowadzić postępowanie w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców i w poszanowaniu prawdy materialnej - wynikającej z całokształtu wiedzy zamawiającego, a nie tylko dokumentów złożonych w danym postępowaniu” (wyrok KIO z dnia 29.09.2008 r. sygn. akt KIO/UZP/978/08).

Dalej odwołujący argumentował, że nie jest możliwe zastąpienie podanych przez wykonawcę EBUD nieprawdziwych informacji, informacjami innymi, które potwierdzałyby spełnienie warunku posiadania zdolności zawodowej, na co wielokrotnie wskazuje Izba w swoich orzeczeniach, np. wyrok z dnia 05.02.2019 r., sygn. akt 82/19.

Ponadto, zdaniem odwołującego zamawiający zaniechał badania oferty wykonawcy EBUD domniemując, że wszelkie oświadczenia w niej zawarte polegają na prawdzie. O ile zaniechanie to do czasu dokonania wyboru oferty EBUD jako oferty najkorzystniejszej stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 26 ust. 4 p.z.p., tak po zapoznaniu się z niniejszym odwołaniem, podtrzymywanie legalności własnych działań przez zamawiającego stanowi rażące naruszenie ww. przepisów. Skoro zamawiający nie zdobył we własnym zakresie dowodów na rzeczywistą wartość kwestionowanej inwestycji, to powinien był chociaż wezwać wykonawcę EBUD do złożenia wyjaśnień i do przedstawienia dowodów na poparcie twierdzeń, zawartych w tych wyjaśnieniach.

Mając na uwadze powyższe odwołujący stwierdził, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 p.z.p., gdyż roboty budowlane dotyczące realizacji inwestycji „Budowa nowej siedziby Oddziału Urzędu Dozoru Technicznego w Bydgoszczy przy ul. Kamiennej wraz z niezbędną infrastrukturą” nie osiągnęły minimalnej wartości 15 milionów zł brutto. Wykonawca EBUD przekazując wykaz robót budowlanych i referencję potwierdzające, że wartość ta wynosiła przeszło 16 milionów zł brutto, w wyniku rażącego niedbalstwa lub zamierzonego działania (albo co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa), złożył wraz z ofertą nieprawdziwe informacje, dzięki którym zamawiający został wprowadzony w błąd w zakresie rzekomego doświadczenia tego wykonawcy, wskutek czego zamawiający wybrał ofertę wykonawcy EBUD jako ofertę najkorzystniejszą, choć powinien był wykluczyć tego wykonawcę.

W ocenie odwołującego zamawiający nie wyjaśnił również w żaden sposób, jaka jest wartość kwestionowanej inwestycji, czym zamawiający naruszył dyspozycję przepisów art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 4 p.z.p.

W zakresie zarzutu nr 2 odwołujący podnosił, co następuje. Odwołujący zaznaczył, że zamawiający nie ma obowiązku sanować w drodze uzupełnienia, na co wskazuje art. 26 ust. 3 p.z.p., ofert, które zostały złożone przez wykonawców podlegających wykluczeniu. Zatem, jedynie z najdalej idącej ostrożności, odwołujący podnosi, że wykonawca EBUD nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej. Powyższe wynika z faktu, że przedstawiony przez wykonawcę zespół specjalistów zawiera szereg wad. Odwołujący zdaje sobie sprawę, że – w przypadku nie uwzględnienia zarzutu podstawowego – wady te podlegałyby konwalidacji, a więc z ostrożności przedstawia zastrzeżenia do przedstawionej przez EBUD kadry. Braki te powodują konieczność wykluczenia wykonawcy, z zastrzeżeniem obowiązku zamawiającego wynikającego z art. 26 ust. 3 p.z.p.

Następnie odwołujący przytoczył treść warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego posiadania osób zdolnych do wykonania zamówienia, który zamawiający określił w rozdziale III pkt 1.3. ppkt 1.3.1. SIWZ w zakresie kierownika budowy oraz treść oświadczenia z JEDZ i wykazu osób wykonawcy EBUD, gdzie na potwierdzenie warunku kierownika posiadającego powyżej 5 lat doświadczenia wskazano pana Ł.M. Zdaniem odwołującego oświadczenie zawarte w wykazie osób wskazuje, że osoba ta posiada doświadczenie z czasu trwania trzech inwestycji (inwestycje te są wykazywane w celu zdobycia dodatkowych punktów), lecz okresy ich trwania nie sumują się do 5 lat, a jedynie do 3 lat i 10 miesięcy (18 m-cy + 15m-cy +13 m-cy). Zatem wykonawca EBUD nie wykazał, że pan Ł.M. posiada minimum 5 lat doświadczenia, co jest wymogiem koniecznym dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Dalej zacytowano treść warunku udziału w postępowaniu z rozdziału III pkt 1.3. ppkt 1.3.2. SIWZ w przedmiocie kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, a także treść oświadczenia z JEDZ i wykazu osób wykonawcy EBUD, gdzie na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku posiadania przez kierownika powyżej 5 lat doświadczenia wskazano pana J.B. Odwołujący stwierdził, że wobec brzmienia dokumentów i oświadczeń EBUD, wykonawca ten nie wykazał, aby pan J.B. posiadał wymagane doświadczenie. Samo oświadczenie o spełnieniu warunku dotyczącego lat doświadczenia jest niewystarczające – należy przedstawić spis inwestycji, gdzie dany kierownik zdobył doświadczenie spełniające wymagania SIWZ. W przeciwnym razie zamawiający nie ma możliwości zweryfikowania prawdziwości twierdzenia EBUD o latach doświadczenia wykazywanego kierownika.

Odwołujący wskazał na warunek warunku udziału w postępowaniu z rozdziału III pkt 1.3. ppkt 1.3.3. SIWZ w przedmiocie kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektrotechnicznych oraz brzmienie oświadczenia z JEDZ i wykazu osób wykonawcy EBUD, gdzie na potwierdzenie spełnienia rzeczonoego warunku wskazano pana G.S. W opinii odwołującego wykonawca EBUD nie wykazał, że osoba ta posiada minimum

5 lat doświadczenia, ponieważ samo oświadczenie o spełnieniu warunku dotyczącego lat doświadczenia jest niewystarczające – należy przedstawić spis inwestycji, gdzie dany kierownik zdobył doświadczenie spełniające wymagania SIWZ. W przeciwnym razie, zdaniem odwołującego, zamawiający nie ma możliwości zweryfikowania prawdziwości twierdzenia EBUD o latach doświadczenia wykazywanego specjalisty. Dodatkowo, wymagane doświadczenie przy robotach budowlanych o konkretnej kubaturze (min. 10 000 m³) dotyczyło budynku, a nie kompleksu budynków (trzech budynków). Tym samym, zadanie dotyczące budowy kompletnego obiektu szkolnego przy ul. Jabłoniowej w Gdańsku nie może być uznane za spełniające omawiany warunek SIWZ.

W dalszej kolejności odwołujący przytoczył treść warunku udziału w postępowaniu z rozdziału III pkt 1.3. ppkt 1.3.4. SIWZ w przedmiocie kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, a także treść oświadczenia z JEDZ i wykazu osób wykonawcy EBUD, gdzie na potwierdzenie spełnienia warunku kierownika posiadającego powyżej 5 lat doświadczenia w JEDZ wskazano pana J.U., zaś w wykazie osób pana M.T. Według odwołującego z powyższego wynika, że wykonawca EBUD nie oświadczył jednoznacznie, jaka osoba posiada doświadczenie potwierdzające, że wykonawca ten dysponuje potencjałem osobowym w zakresie kierownika robót telekomunikacyjnych - czy jest to pan J.U., czy pan M.T. Dodatkowo, wykonawca ograniczył się jedynie do oświadczenia, że osoby te posiadają minimum 5 lat doświadczenia, kiedy oświadczenie o spełnieniu warunku jest niewystarczające, bowiem zdaniem odwołującego należy przedstawić spis inwestycji, gdzie dany kierownik zdobył doświadczenie spełniające wymagania SIWZ. W opinii odwołującego zamawiający nie ma możliwości zweryfikowania prawdziwości twierdzenia wykonawcy EBUD o latach doświadczenia wykazywanego specjalisty.

Odwołujący zacytował dalej brzmienie warunku udziału w postępowaniu z rozdziału III pkt 1.3. ppkt 1.3.5. SIWZ w przedmiocie kierownika robót w specjalności inżynierskiej drogowej, a także brzmienie oświadczenia z JEDZ i wykazu osób wykonawcy EBUD, w których na potwierdzenie spełnienia rzeczowego warunku wskazano pana M.Z. Odwołujący podkreślił, że EBUD nie wykazała, że osoba ta posiada minimum 5 lat doświadczenia, co jest warunkiem koniecznym dla wykazania spełnienia rzeczowego warunku udziału w postępowaniu. Dla odwołującego samo oświadczenie wykonawcy jest niewystarczające, ponieważ należy przedstawić spis inwestycji, gdzie kierownik zdobył doświadczenie, spełniające wymagania SIWZ, dlatego, że obecnie zamawiający nie ma możliwości zweryfikowania prawdziwości twierdzenia wykonawcy o latach doświadczenia kierownika.

Odwołujący zwrócił uwagę, że kwestia należytej staranności wykonawcy, przy wykazywaniu zdobytego doświadczenia przez wskazywany w ofercie potencjał osobowy, była przedmiotem analizy Krajowej Izby Odwoławczej. W opinii odwołującego Izba wielokrotnie wskazywała, że posiadanie uprawnień nie jest tożsame z wykonywaniem zawodu, oraz że

inwestycje nakładające się na siebie czasowo (jak to ma miejsce w przypadku pana Ł.M.) nie mogą być liczone podwójnie. W ocenie odwołującego stanowisko to potwierdza wyrok Izby z 15.02.2016 r. sygn. akt KIO 139/16, który przytoczono.

Odwołujący podsumował, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1b pkt 3 p.z.p., poprzez zaniechanie uznania, że wykonawca EBUD nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednimi osobami. Odwołujący dodał, iż posiada świadomość, że wady te – co do zasady – podlegają konwalidowaniu w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., a procedura taka nie była przeprowadzana względem oferty EBUD. Jednakże, z uwagi na zasadność zarzutu dotyczącego konieczności wykluczenia wykonawcy EBUD z uwagi na złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających istotny wpływ na wynik postępowania, niniejszy zarzut stawiany jest jedynie z ostrożności, zaś art. 26 ust. 3 p.z.p. dopuszcza brak konwalidowania wad oferty, złożonej przez wykonawcę, który i tak podlega wykluczeniu.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie, w formie pisemnej, wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, poniesionych tytułem zastępstwa procesowego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. skład rozpoznający spór dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” – Przemysłówka Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Biskupińskiej 11, 85-375 Bydgoszcz (dalej zwanego jako „przystępujący”), zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego.

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w postaci elektronicznej przez zamawiającego, w szczególności po weryfikacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, złożonych ofert i korespondencji prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomiędzy zamawiającym, a przystępującym oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład rozpoznający spór ustalił, iż odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., zostało wniesione przez podmiot uprawniony, a także dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 1 p.z.p., zatem podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej.

Izba ustaliła dalej, że odwołanie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy. Skład orzekający stwierdził również, że odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia, określoną w art. 179 ust. 1 p.z.p.

Ponadto, w związku z oświadczeniem odwołującego złożonym na posiedzeniu, w przedmiocie wycofania odwołania w zakresie „zarzut wskazanego w pkt VII.1, tj. naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 p.z.p. oraz zarzutu wskazanego w pkt VII.3, tj. naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 p.z.p. w części dotyczącej wprowadzenia zamawiającego w błąd”, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła modyfikację stanowiska procesowego odwołującego i umorzyła postępowanie odwoławcze we wskazanym przez stronę zakresie, co znalazło odzwierciedlenie w punkcie 1 tenoru sentencji wyroku.

W oparciu o określone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia:

I. W pkt 1 III rozdziału SIWZ zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu, w tym w ppkt 1.3. dotyczące potencjału kadrowego: „Zamawiający uzna za spełniony warunek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje:

1.3.1. co najmniej jedną osobą, posiadającą uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, w specjalności konstrukcyjno – budowlanej, w pełnym zakresie, bez ograniczeń. Osoba ta pełnić będzie funkcję kierownika budowy.

Wymagania minimalne: (...) minimum 5-letnie doświadczenie oraz w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika budowy, na budowie obejmującej roboty budowlane związane ze wznoszeniem kompletnego budynku, o kubaturze minimum 10 000 m³ i minimum 2 (dwie) kondygnacjach (w tym 1 podziemnej) wraz z instalacjami wewnętrznymi, przyłączami oraz zagospodarowaniem terenu. Kryterium oceniane.

1.3.2. co najmniej jedną osobą, posiadającą uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, w specjalności instalacyjnej, w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, w pełnym zakresie, bez

ograniczeń. Osoba ta pełnić będzie funkcję kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych wodociągowych i kanalizacyjnych.

Wymagania minimalne: (...) minimum 5-letnie doświadczenie oraz w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika robót budowlanych lub inspektora nadzoru w branży sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, na budowie obejmującej roboty budowlane związane ze wznoszeniem kompletnego budynku o kubaturze minimum 10 000 m³ i minimum 2 (dwóch) kondygnacjach wraz z instalacjami wewnętrznymi, przyłączami oraz zagospodarowaniem terenu.

- 1.3.3. co najmniej jedną osobą, posiadającą uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, w specjalności instalacyjnej, w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektrotechnicznych, w pełnym zakresie, bez ograniczeń. Osoba ta pełnić będzie funkcję kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektrotechnicznych.

Wymagania minimalne: (...) minimum 5-letnie doświadczenie oraz w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika robót budowlanych lub inspektora nadzoru w branży sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektrotechnicznych, na budowie obejmującej roboty budowlane związane ze wznoszeniem kompletnego budynku o kubaturze minimum 10 000 m³ i minimum 2 (dwie) kondygnacjach wraz z instalacjami wewnętrznymi, przyłączami oraz zagospodarowaniem terenu wraz z instalacjami wewnętrznymi, przyłączami oraz zagospodarowaniem terenu.

- 1.3.4. co najmniej jedną osobą, posiadającą uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalności instalacyjnej, w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, w pełnym zakresie, bez ograniczeń. Osoba ta pełnić będzie funkcję kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych.

Wymagania minimalne: (...) minimum 5-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót budowlanych lub inspektora nadzoru w branży sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, po uzyskaniu uprawnień w posiadanej specjalności.

- 1.3.5. co najmniej jedną osobą, posiadającą uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalności

inżynierskiej drogowej, w pełnym zakresie, bez ograniczeń. Osoba ta pełnić będzie funkcję kierownika robót w specjalności inżynierskiej drogowej.

Wymagania minimalne: (...) minimum 5-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót budowlanych lub inspektora nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej, po uzyskaniu uprawnień w posiadanej specjalności.”

Odniesienie do powyższych warunków zostało zwarte w sekcji III pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu.

- II. W pkt 6 rozdziału III SIWZ zamawiający ustanowił wykaz oświadczeń i dokumentów, składanych przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego, w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p.

Zgodnie z lit. d ppkt 6.1. rozdziału III SIWZ należy złożyć „wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia (wg wyszczególnienia zawartego we wzorze wykazu) i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie dysponowania tymi osobami. Wzór wykazu osób stanowi załącznik nr 7 do SIWZ. Z wykazu winno wynikać spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale III ust. 1 pkt 1.3 SIWZ.”

- III. Celem wykazania dysponowania odpowiednim potencjałem zawodowym przystępujący złożył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wypełniony załącznik nr 7 do SIWZ, w postaci wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, gdzie wskazano pięć osób.

- IV. W dniu 04.10.2019 r. zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

Stan faktyczny rozpoznawanej sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena prawna wykazu kadry przystępującego, dokonana przez zamawiającego. Postawione przez odwołującego zarzuty wniesionego środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę sprawy do dwóch osi sporu:

- do oceny czy zamawiający prawidłowo zweryfikował złożony przez przystępującego, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniej zdolności zawodowej, wykaz osób – w tym czy zamawiający winien skorzystać z art. 26 ust. 3 lub 4 p.z.p. i wezwać przystępującego do wyjaśnienia, bądź uzupełnienia okoliczności wskazanych przez odwołującego,

- do weryfikacji czy okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu stanowią o naruszeniu przez zamawiającego zasad naczelnych ustawy p.z.p., określonych w art. 7 ust. 1 p.z.p.

Krajowa Izba Odwoławcza dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia".

Skład orzekający – po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, przedstawionej przez zamawiającego, biorąc pod uwagę zakres sprawy, określony przez okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdził, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie mogą prowadzić do wniosku, że w sprawie doszło do naruszenia prawa przez zamawiającego, a w konsekwencji uznania odwołania za uzasadnione.

Przeciwnie, w ocenie Izby całość zebranego materiału procesowego wskazuje, w sposób niebudzący wątpliwości, na prawidłowość kwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego, co powoduje, że odwołanie – jako nie posiadające uzasadnionych podstaw – należało oddalić.

Składu orzekający stwierdził, że zamawiający na podstawie wykazu osób, który został złożony przez przystępującego, w sposób prawidłowy ocenił, iż wykazano spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej zdolności zawodowej, w postaci potencjału kadrowego. Natomiast odwołujący nie wykazał, aby istniały uzasadnione podstawy do zastosowania trybu naprawczego, wskazanego w art. 26 ust. 3 p.z.p., nie wskazano również na jakiegokolwiek obiektywne wątpliwości, które mogłyby mieścić się w hipotezie art. 26 ust. 4 p.z.p., zatem wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej jest czynnością prawidłową.

Wypełniając wymóg zawarty w art. 196 ust. 4 p.z.p. skład orzekający wskazuje, że zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p. o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, zaś w oparciu o art. 22 ust. 1a p.z.p. zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

W postępowaniu zainicjowanym rozpoznawanym odwołaniem zamawiający, na kanwie art. 22 ust. 1b pkt 3 p.z.p., określił sporny warunek udziału w postępowaniu w zakresie

zdolności technicznej lub zawodowej – warunek wskazany w pkt I okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Natomiast w oparciu o art. 25 ust. 1 pkt 1 p.z.p. zamawiający żądał od wykonawców oświadczeń i dokumentów, niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu – zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016, poz. 1126 ze zm.), dalej zwanego jako „rozporządzenie ws. rodzajów dokumentów”, żądano złożenia środka dowodowego, w postaci wykazu osób, zgodnie z brzmieniem załącznika nr 7 do SIWZ (pkt II okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia).

Krajowa Izba Odwoławcza zweryfikowała czynność oceny wykazu przystępującego, dokonaną przez zamawiającego, w ramach okoliczności faktycznych podnoszonych w odwołaniu, które w ocenie odwołującego stanowiły wady wykazu, które należy wyjaśnić, bądź uzupełnić.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że nie budzi żadnych wątpliwości Izby – i nie budziło wątpliwości zamawiającego – że dysponowanie przez przystępującego kierownikiem robót telekomunikacyjnych w osobie pana M.T. w sposób prawidłowy potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu z ppkt 1.3.4 pkt 1.3. rozdziału III SIWZ. Jest to osoba wskazana w wykazie kadry, złożonym przez stronę na wezwanie zamawiającego (*vide* pkt III okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia).

Odwołujący podnosił, iż w oświadczeniu wstępnym przystępującego, zawartym w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (dalej jako „JEDZ”) wskazano inną osobę (pan J.U.), niż w wykazie kadry (pan. M.T.), co ma świadczyć o niejednoznaczności oświadczenia przystępującego i budzi wątpliwości odwołującego.

Skład orzekający przypomina, że oświadczenie zawarte w JEDZ składa się na pierwszym etapie oceny ofert i zastępuje ono dokumenty, których żąda się w trybie art. 25 ust. 1 p.z.p., zatem na tym etapie złożenie JEDZ zastępuje pełną dokumentację dowodową, która jest wymagana w dalszej kolejności (wszystkie dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia wykonawcy). Jest to zwłaszcza widoczne w przypadku procedury odwróconej, gdzie dokumenty na potwierdzenie spełnienia określonych wymagań przedstawia tylko li ten wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej sklasyfikowana. Od zamawiającego, o czym przesądza treść dokumentacji postępowania, zależy jakie przesłanki wykluczenia i jakie warunki udziału w postępowaniu, za pomocą jakich środków dowodowych, winien wykazać wykonawca. Na kanwie art. 25 ust. 1 p.z.p. środkiem dowodowym, potwierdzającym spełnienie spornego warunku udziału w postępowaniu jest oświadczenie uregulowane w § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia ws. rodzajów dokumentów, wskazane w lit. d ppkt 6.1. rozdziału III SIWZ.

Stanowisko odwołującego pomija wyżej omówione normy oraz celu i funkcję składania oświadczenia w JEDZ, które zgodnie z wolą ustawodawcy polskiego i unijnego stanowi oświadczenie wstępne. Przy czym odwołujący nie podnosił żadnych wad JEDZ, czy wykazu osób dla kierownika robót telekomunikacyjnych, wskazano jedynie, że są to dwie różne osoby. W ocenie Izby ujęcie w oświadczeniu wstępnym, jako kierownika robót pana J.U., a później na jego miejsce wskazanie w złożonym wykazie kadry pana M.T., nie prowadzi do naruszenia ustawy p.z.p. i odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. W odwołaniu nie wskazano również żadnych obiektywnych wątpliwości, które powodowałyby konieczność wyjaśnienia treści wykazu. Jedynie na marginesie można zauważyć, że upływający czas – od momentu złożenia oferty w postępowaniu, do momentu złożenia dowodów na potwierdzenie posiadania określonych zdolności podmiotowych – niejednokrotnie powoduje zmiany w kadrze wykonawców, wskazywanej we wstępnym oświadczeniu, wobec treści oświadczeń i dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków, co nierzadko prowadzi do zmian personalnych potencjału osobowego, jak miało miejsce w rozpoznawanym sporze. Racjonalny ustawodawca, zarówno polski, jak i unijny, pozostał przy nakazie zachowania niezmienności treści oferty w zakresie przedmiotowym, zaś celowo nie wprowadzono zakazu dokonania zmiany kadry z oświadczenia wstępnego, co w warunkach długotrwałych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, często po prostu nie mogłoby zostać zachowane.

Izba stwierdziła, że kierownik robót telekomunikacyjnych w osobie pana M.T. jest potencjałem przystępującego – według Izby ocenionym prawidłowo – jako potwierdzający spełnienie warunku w zakresie dysponowania odpowiednią osobą, zgodnie z ppkt 1.3.4 pkt 1.3. rozdziału III SIWZ, co w żaden sposób nie jest sprzeczne z oświadczeniem wstępnym przystępującego, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący podnosił również, iż z wykazu kadry przystępującego wynika, że pan G.S., wskazany na kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektrotechnicznych (ppkt 1.3.3. pkt 1.3. rozdziału III SIWZ) posiada doświadczenie zdobyte przy budowie kompleksu trzech budynków, kiedy wymagano doświadczenia „ze wznoszeniem kompletnego budynku o kubaturze minimum 10 000 m³”.

Izba ustaliła, że w poz. 3 wykazu osób przystępującego dla pana G.S. widnieje „kubatura obiektu (składa się z trzech połączonych budynków) 71 357,97 m³”. Zatem zestawienie liczby budynków i ich łączna kubatura bezpośrednio wskazuje, że nie ma wątpliwości, iż warunek jednego budynku o kubaturze 10 000 m³ został spełniony. Tym niemniej zamawiający zbadał tę okoliczność, wynikiem czego wskazano na jeden z trzech budynków – budynek C o kubaturze 21 903 m³. Jest to spójne z niezakwestionowanym przez odwołującego oświadczeniem przystępującego i poparte dowodami złożonymi przez zamawiającego, w postaci wydruku z danych BIP, które zgodnie z rozporządzeniem z dnia

18 stycznia 2007 r. Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie Biuletynu Informacji Publicznej (Dz.U. nr 10, poz. 68) stanowią informacje publiczne oraz wydruku ze strony internetowej. Natomiast odwołujący nie podważył spełnienia omawianego wymogu, odwołanie w tej materii jest merytorycznie puste, co nie mogło stanowić o sprzecznej z prawem ocenie wykazu, dokonanej przez zamawiającego.

Dalej, w zakresie złożonego przez przystępującego wykazu, w stosunku do osób:

- pana Ł.M. wskazanego do pełnienia funkcji kierownika budowy (warunek z ppkt 1.3.1. pkt 1.3. rozdziału III SIWZ),
- pana J.B. wskazanego do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (warunek z ppkt 1.3.2. pkt 1.3. rozdziału III SIWZ),
- pana G.S. wskazanego do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektrotechnicznych (warunek z ppkt 1.3.3. pkt 1.3. rozdziału III SIWZ),
- pana M.T. wskazanego do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych (warunek z ppkt 1.3.4. pkt 1.3. rozdziału III SIWZ),
- pana M.Z. wskazanego do pełnienia funkcji kierownika robót w specjalności inżynierskiej drogowej (warunek z ppkt 1.3.5. pkt 1.3. rozdziału III SIWZ),

odwołujący podnosił, iż oświadczenie złożone przez przystępującego o spełnieniu warunku dotyczącego pięciu lat doświadczenia jest niewystarczające i należy żądać od wykonawcy przedstawienia spisu inwestycji ze wskazaniem, gdzie dany kierownik zdobył doświadczenie wymagane w SIWZ. Zdaniem odwołującego, w przeciwnym razie zamawiający nie ma możliwości zweryfikowania prawdziwości twierdzenia wykonawcy o latach doświadczenia kierownika.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Umknęło uwadze strony, że wymagane lata doświadczenia są weryfikowane przez zamawiającego na podstawie oświadczenia wykonawcy, zawartego w wykazie kadry w postaci „liczby lat doświadczenia” (kolumna 3 poz. 1 „liczba lat doświadczenia: ...” załącznika nr 7 do SIWZ), gdzie należało podać „liczbę lat” doświadczenia zawodowego. Jest to spójne z treścią warunku udziału w postępowaniu, gdzie dla każdej osoby żądano „minimum 5 lat doświadczenia”. Z treści warunku udziału w postępowaniu wynika, że zamawiający nie żądał wskazania inwestycji na których dana osoba zdobyła doświadczenie, nie sprecyzowano nawet charakteru doświadczenia. Zamawiający wymagał jedynie posiadania określonej, minimalnej liczby lat doświadczenia, co spełnił przystępujący. Ukształtowana przez zamawiającego treść środka dowodowego w postaci wykazu osób, składanego na potwierdzenie posiadania wymaganej zdolności podmiotowej, bezpośrednio koreluje z postawionym wymaganiem. Zatem zgodnie z obowiązującą wykonawców, zamawiającego i Izbę, niezaskarżoną treścią dokumentacji

postępowania, zamawiający nie ma prawa żądać od wykonawców żadnych danych w zakresie na jakiej inwestycji „minimum 5 lat doświadczenia” zostało zdobyte. Jest to pierwsza część warunku, właściwa dla każdego kierownika – wymagane pięcioletnie doświadczenie.

Natomiast w drugiej części warunków dla ppkt 1.3.1 – 3. pkt 1.3. rozdziału III SIWZ (dla osoby predystynowanej do pełnienia funkcji: kierownika budowy, kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz kierownika w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych) zamawiający żądał dodatkowo wykazania się posiadaniem już określonego doświadczenia zawodowego – w pełnieniu konkretnej funkcji, na określonej budowie, tj. posiadania doświadczenia „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w pełnieniu funkcji kierownika robót (odpowiednio budowy lub inspektora) (...) na budowie obejmującej roboty budowlane związane ze wznoszeniem kompletnego budynku o kubaturze minimum 10 000 m³ i minimum 2 (dwie) kondygnacjach wraz z instalacjami wewnętrznymi, przyłączami oraz zagospodarowaniem terenu wraz z instalacjami wewnętrznymi, przyłączami oraz zagospodarowaniem terenu”. Zatem dla tych trzech osób żądano posiadania doświadczenia w pełnieniu ustalonej funkcji (bez żądania konkretnego wymiaru czasu tego doświadczenia), zdobytego na konkretnej, jednej budowie – o określonej przez zamawiającego kubaturze i kondygnacjach. Treść warunku bezpośrednio odzwierciedla treść dowodu, składanego na jego wykazanie, będącego wykazem osób, gdzie należało podać kubaturę budynku i liczbę kondygnacji (kolumna 3 poz. 2 i poz. 3 „kubatura budynku:...”, „liczba kondygnacji:...” załącznika nr 7 do SIWZ). W zakresie pełnienia funkcji na określonej, wskazanej w SIWZ budowie, zamawiający miał prawo żądać podania charakterystyki inwestycji, aby zweryfikować spełnienie treści warunku określonego w dokumentacji postępowania dla trzech ww. kierowników, co w sposób prawidłowy wypełnił przystępujący. Jednakże wykonawcy mieli obowiązek podania informacji wyłącznie w zakresie określonym w brzmieniu warunku. Zamawiający nie ma zatem podstawy do żądania innych, niewskazanych w SIWZ danych, jak chciałby tego odwołujący.

Odwołujący we wniesionym środku zaskarżenia nie wskazał podstawy wynikającej z dokumentacji postępowania, która powodowałaby możliwość żądania od wykonawców spisu inwestycji, na których zdobyto doświadczenie. Na rozprawie wskazywano na treść warunku, który również takiej podstawy nie daje. Odwołujący pominął, że SIWZ, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on zobowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Udostępnienie SIWZ jest bowiem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli, co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania określonego w SIWZ i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić, ani od nich odstąpić (por. wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z 16.05.2012 r. sygn. akt II Ca

397/13, wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z 11.03.2013 r. sygn. akt I C 577/12, wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 10.07.2015 r. sygn. akt I C 2/15). Zatem oparcie przez odwołującego zarzutu braku przedstawienia przez przystępującego „spisu inwestycji, gdzie dany kierownik zdobył doświadczenie wymagane w SIWZ”, bez wskazania jasnej i klarownej podstawy do takiej czynności w wiążącej strony i Izbę dokumentacji postępowania, spowodowało, że tak postawiony zarzut nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony.

Usiłowanie nałożenia na konkurencję odwołującego obowiązku przedłożenia spisu inwestycji, wbrew treści SIWZ, ma raczej charakter spóźnionej polemiki z brzmieniem dokumentacji postępowania, pod pozorem podnoszenia zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p. Kiedy w odniesieniu do ewentualnych – pozornych bądź rzeczywistych – wątpliwości co do treści czy zakresu stawianych przez zamawiającego wymogów, wykonawcy mają prawo zwrócić się do zamawiającego w trybie art. 38 p.z.p. o ich wyjaśnienie. Ponadto, mając na uwadze możliwość wniesienia środków ochrony prawnej, w odniesieniu do regulacji dokumentacji postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując odwołanie od czynności zamawiającego wszelkie zarzuty kierowane do treści SIWZ uznaje za spóźnione – nie jest bowiem możliwe obejście terminu na wniesienie odwołania, poprzez formułowanie zarzutów co do brzmienia SIWZ na etapie, na którym wykonawca uzna, że zarzuty, które mógł zgłosić wcześniej (i na których zgłoszenie we właściwym trybie termin upłynął) stały się w jego subiektywnej ocenie istotne, bowiem życzyłby sobie w sposób znacznie szerszy zweryfikować doświadczenie konkurencji, niż żądano tego w dokumentacji postępowania.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej ustalony stan rzeczy wskazuje, że nie doszło do naruszenia prawa przez zamawiającego, w tym nie było podstaw do zastosowania wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień, lub uzupełnienia informacji zawartych w wykazie potencjału zawodowego. Odwołujący pominął, iż zamawiający żądał złożenia oświadczenia w postaci wykazu osób, celem wykazania spełnienia konkretnego warunku, dotyczącego posiadania odpowiedniej zdolności zawodowej – potencjału kadrowego o określonym doświadczeniu, opisanym w SIWZ. Zatem tryb naprawczy, wskazany w art. 26 ust. 3 p.z.p., dotyczący uzupełnienia, poprawienia czy wyjaśnienia wykazu, aktualizuje się wtedy, kiedy zamawiający poweźmie wątpliwości co do spełniania określonego warunku, wyłącznie w zakresie okoliczności w nim wskazanych – a nie w zakresie jakichkolwiek wątpliwości, czy subiektywnych zastrzeżeń strony. Skoro ocena zdolności wykonawcy następuje przez pryzmat treści warunku udziału w postępowaniu, to weryfikacja czy środek dowodowy jest prawidłowy i kompletny, również winna przebiegać adekwatnie do brzmienia warunku. Innymi słowy, potrzeba wezwania do wyjaśnienia albo do uzupełnienia wykazu, zachodzi wyłącznie wtedy, gdy istnieje wątpliwość spełnienia wymogów określonych w warunku, który wykaz ma udowodnić, a nie jakakolwiek rzekoma niedokładność, nieprecyzyjność, czy inny faktyczny,

lub pozorny mankament wykazu. Tak jak żądanie złożenia oświadczeń i dokumentów powinno być uzasadnione ich niezbędnością do przeprowadzenia postępowania, tak również wymaganie i wyjaśnianie informacji składanych przez wykonawców nie może odbywać się bez uwzględnienia celu w jakim oświadczenia i dokumenty są składane – potwierdzenia spełnienia danego warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z brzmieniem dokumentacji postępowania. Jak bowiem trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie, nie jest właściwe korzystanie z uprawnień przysługujących zamawiającemu na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. w każdym przypadku, a zwłaszcza w sytuacji, gdy wykonawca faktycznie wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub brak podstaw do wykluczenia (*vide* wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 02.02.2017 r., sygn. akt XXIII Ga 1318/16). Natomiast „ocena, czy istniały podstawy do uruchomienia procedury naprawczej, zgodnie z art. 26 ust. 3p.z.p., zawsze zależy od oceny konkretnych okoliczności danej sprawy” (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 01.03.2018 r. sygn. akt I CSK 657/17). Skład orzekający poglądy te popiera i przyjmuje za własne.

Należy przypomnieć również, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontrydiktoryjnym. Skutkiem skargowego charakteru postępowania odwoławczego przed Izbą jest obowiązek przedstawiania przez strony dowodów, na potwierdzenie faktów, z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne, zgodnie z zasadą *ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat* wyrażoną w art. 190 ust. 1 p.z.p., a więc to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania, że oświadczenia przystępującego zawarte w wykazie osób są wadliwe, czy budzą obiektywne wątpliwości, które należałoby wyjaśnić. Przedstawienie przez stronę dowodu, w celu wykazania określonych twierdzeń o faktach sprawy, z których wywodzi ona korzystne dla siebie skutki, nie jest jej prawem czy obowiązkiem procesowym, lecz ciężarem procesowym wynikającym i zagwarantowanym przepisami prawa, przede wszystkim w jej własnym interesie (por. wyrok Sądu Najwyższego z 21.11.2011 r., sygn. akt II UK 69/11, wyrok Sądu Najwyższego z 17.06.2009 r., sygn. akt IV CSK 71/09). Zatem strona, która w postępowaniu odwoławczym nie udowodni faktów, z którymi wiąże korzystne dla siebie konsekwencje prawne i nie poddała ciążącemu na niej ciężarowi dowodowemu, musi liczyć się z materialnoprawnym skutkiem nieudowodnienia istotnych faktów, co w konsekwencji powoduje oddalenie odwołania.

Skuteczne podważenie oceny oświadczeń i dokumentów złożonych przez przystępującego, której dokonał zamawiający – i wykazanie, że doszło w tym zakresie do naruszenia prawa, a tym samym, że odwołanie posiada uzasadnione podstawy – wymaga, aby odwołujący wskazał na błąd, który popełnił zamawiający. Błąd ten musiałby być zauważalny, czyli możliwy do wyjaśnienia przez pryzmat zasad racjonalnej oceny, wówczas możliwe byłoby wykazanie, że starannie działający zamawiający oceniłby oświadczenia z wykazu przystępującego (lub chociażby mógłby je ocenić) w sposób odmienny, niż

zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – w tym, że uzasadnionym byłoby chociażby wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Tymczasem w rozpoznawanej sprawie żadne okoliczności – czy to wynikające z dokumentacji postępowania, czy wskazywane przez odwołującego – do takiej odmiennej oceny nie mogły doprowadzić. Stanowisko odwołującego o rzekomych wadach wykazu kadry przystępującego pozostało w sferze gołosłownych twierdzeń strony, które nie tylko nie zostały wykazane, bowiem zaniechano jakiegokolwiek inicjatywy dowodowej w tym przedmiocie, ale również były wprost sprzeczne z brzmieniem dokumentacji postępowania.

Warto zauważyć, że wykaz osób stanowi oświadczenie wiedzy, w formule dokumentu prywatnego i aby skutecznie podważyć wiarygodność takiego dokumentu, wymagane jest przeprowadzenie kontrdowodu – na przykład na okoliczność, że osoba, która podpisała dokument nie miała, bądź nie mogła mieć, wiedzy na określony temat, bądź że w rzeczywistości zdarzenia miały inny obrót niż ten, który został udokumentowany, np. że kadra przystępującego nie posiada wymaganego doświadczenia. Przy tym ciężar obalenia rzetelności wykazu osób przystępującego rozłożony jest według reguł ogólnych, a zatem spoczywa na tym, kto wywodzi z tego skutki procesowe, a więc na odwołującym, który nie podjął nawet próby wykazania podnoszonych okoliczności i ograniczył się do lapidarnego wskazywania, że przedłożone dokumenty budzą jego subiektywne wątpliwości.

Rekapitulując, w ocenie składu orzekającego tak postawione zarzuty, przy bierności odwołującego w zakresie dowodowym, nie mogły odnieść skutku, polegającego na podważeniu oceny wykazu potencjału kadrowego, dokonanej przez zamawiającego. Odwołujący zakwestionował ocenę zamawiającego i w istocie nic konkretnego jej nie zarzucał, ograniczając się do twierdzenia, że – w oparciu o swoje własne przekonanie – on wskazane oświadczenie oceniłby inaczej i dopytałby przystępującego o okoliczności wskazane w odwołaniu. I jedynie na marginesie należy zauważyć, że przystępujący przedstawił szczegółowy wykaz inwestycji, dodatkowo potwierdzający wymagane pięcioletnie doświadczenie zawodowe dla każdego wskazanego w wykazie pracownika, które to informacje nie zostały przez odwołującego w żaden sposób zakwestionowane.

Izba nie podzieliła również twierdzeń odwołującego o naruszeniu przez zamawiającego art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania. W ocenie składu orzekającego wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej został dokonany w sposób prawidłowy i odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Wypada także podkreślić, że to odwołujący, wbrew brzmieniu wiążącej dokumentacji postępowania, usiłował nakładać na przystępującego dodatkowe wymagania, których nie ma w treści SIWZ. Kiedy żądanie złożenia w postępowaniu informacji, do których nie obliguje wykonawcy treść warunku udziału, stanowiłoby naruszenie naczelnych zasad zamówień publicznych, określonych w art. 7 ust.

1 p.z.p. z których wyprowadzić należy także zakaz retroaktywnego pogarszania sytuacji niektórych wykonawców, w szczególności w zakresie próby nakładania na nich obowiązków, które nie wynikają z warunków przetargu.

Na kanwie art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., zatem Izba oddaliła odwołanie jako bezzasadne.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b 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. z 2018 r. poz. 972), obciążając odwołującego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu i kosztami wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT.

Przewodniczący:

.....