

WYROK

z dnia 16 września 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 września 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2020 roku przez wykonawcę **Instytut Energii Sp. z o.o., ul. Wiśniowa 17, 11-010 Barczewo** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Gospodarki i Usług Komunalnych, ul. Bankowa 8, 59-800 Lubań**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienie czynności zatrzymania wadium, ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, a w jej ramach wezwanie odwołującego do uzupełnienia lub złożenia wyjaśnień wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego, poprzez wskazanie, których osób braki dotyczą i jakie są to braki lub wskazanie, informacje dotyczące, których osób budzą wątpliwości zamawiającego i na czym wątpliwości te polegają,
2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Gospodarki i Usług Komunalnych, ul. Bankowa 8, 59-800 Lubań** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Instytut Energii Sp. z o.o., ul. Wiśniowa 17, 11-010 Barczewo** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Zakładu Gospodarki i Usług Komunalnych, ul. Bankowa 8, 59-800 Lubań** na rzecz wykonawcy **Instytut Energii Sp. z o.o., ul. Wiśniowa 17, 11-010 Barczewo** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 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 Jeleniej Górze.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Zakład Gospodarki i Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Lubaniu, ul. Bankowa 8 59-800 Lubań (dalej „zamawiający”) na wykonanie rozbudowa obiektów Centrum Utylizacji Odpadów w formule "zaprojektuj i wybuduj" wraz z zakupem linii technologicznych w ramach projektu pn. „Rozbudowa Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Lubaniu o infrastrukturę podstawową do przyjmowania i sortowania odpadów komunalnych oraz o niezbędną infrastrukturę towarzyszącą na potrzeby obsługi wybudowanych instalacji zagospodarowania odpadów – etap II” wykonawca Instytut Energii Sp. z o.o., ul. Wiśniowa 17, 11-010 Barczewo (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie, zarzucając zamawiającego naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez odrzucenia oferty odwołującego,
2. art. 26 ust. 3, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia Wykazu osób, a także – z ostrożności JEDZ odwołującego w zakresie związanym ze spełnieniem warunku udziału dotyczącego personelu kluczowego,
3. art. 26 ust 4 lub art. 26 ust. 3, poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia/uzupełnienia Wykazu osób w zakresie dotyczącym doświadczenia Kierownika montażu i rozruchu urządzeń technicznych,
4. art. 46 ust. 4a, poprzez zatrzymanie wadium jakie wniósł w postępowaniu odwołujący, pomimo niezastnienia podstaw ani faktycznych ani prawnych do jego zatrzymania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,
2. dokonanie prawidłowej czynności wezwania do uzupełnienia informacji zawartych w Wykazie osób,
3. dokonanie zaniechanej czynności wezwania do uzupełnienia JEDZ w zakresie związanym ze spełnieniem warunku udziału dotyczącego personelu kluczowego,
4. dokonanie wezwania do udzielenia wyjaśnień/uzupełnienia Wykazu osób w zakresie dotyczącym doświadczenia Kierownika montażu i rozruchu urządzeń technicznych,
5. unieważnienie decyzji o zatrzymaniu wadium wniesionym przez odwołującego.

Odwołujący podał, że zamawiający w pkt 2.2.3.2 SIWZ wymagał od wykonawców

ubiegających się o przedmiotowe zamówienia wykazania spełnienia szeregu warunków podmiotowych udziału w postępowaniu w tym w szczególności dotyczących kwalifikacji i doświadczenia zawodowego wskazanego personelu kluczowego w tym kierownika budowy, kierownika robót (posiadającego aktualne uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej), kierownika robót (posiadającą aktualne uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych), kierownika robót (posiadającego aktualne uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej, sanitarnej w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych), kierownika montażu i rozruchu urządzeń technicznych, projektanta branży architektonicznej, projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej, projektanta specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, projektanta specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

Odwołujący podał także, iż w celu wstępnego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający wymagał, uwzględniając wartość przedmiotu zamówienia, złożenia wraz z ofertą JEDZ. Podkreślił, że SIWZ nie precyzowała sposobu wypełnienia formularza JEDZ, w szczególności nie wskazywała na dopuszczenie wypełnienia JEDZ w zakresie tzw. „sekcji alfa”. Uzupełnił, że przed składaniem ofert zamawiający potwierdził niedopuszczalność takiego uproszczonego sposobu wypełnienia JEDZ przez wykonawców:

„Czy Wykonawcy wypełniając JEDZ mogą wypełnić tylko sekcję alfa w części IV skoro zamawiający i tak wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia dokumentów na potwierdzenie braku wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu? ODPOWIEDŹ: ad.6 Zamawiający informuje, iż należy wypełnić wszystkie części JEDZ zgodnie z instrukcją zawartą na wskazanej przez zamawiającego stronie internetowej

Odwołujący wskazał nadto, że w celu udowodnienia spełniania warunków udziału w zakresie personelu kluczowego zamawiający wymagał od wykonawcy najwyżej ocenionego złożenia przed wyborem oferty najkorzystniejszej stosownych wykazów, w tym, Wykazu personelu (załącznik nr 7 do SIWZ) – zgodnie z informacjami zawartymi w SIWZ (s. 11): „Ocena spełnienia w/w warunku udziału w postępowaniu dokonywana będzie w oparciu o złożone przez Wykonawcę:

a) wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - sporządzony przez Wykonawcę

samodzielnie lub z wykorzystaniem załącznika do SIWZ,

b) oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (wymienione w wykazie osoby) posiadają wymagane uprawnienia,

c) oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu”,

zgodnie z SIWZ (s. 17): „W celu oceny spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1b pkt. 1) ustawy Pzp, należy na wezwanie zamawiającego, pod rygorem wykluczenia z postępowania, złożyć w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie następujące oświadczenia i dokumenty:

dokument potwierdzający status członkowski wykonawcy w określonej organizacji, od którego uzależnione jest prawo do świadczenia nabywanej przez zamawiającego usługi w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. - w ramach realizacji usługi projektowania dokumentacji wymagane będzie stosowne zaświadczenie podmiotu o przynależności do organizacji zrzeszającej podmioty uprawnione do realizacji przedmiotu usługi.

Wskazał dalej, że zgodnie z SIWZ - s. 18 pkt 5. „W celu oceny spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1b pkt. 3) ustawy Pzp, należy na wezwanie zamawiającego, pod rygorem wykluczenia z postępowania, złożyć w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie następujące oświadczenia i dokumenty: (...)

2) wykaz 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.

Odwołujący oświadczył, że w postępowaniu posługiwał się potencjałem osobowym w całości stanowiącym personel własny wykonawcy (dysponowanie bezpośrednio personelem na podstawie umów cywilnoprawnych z tymi osobami) oraz, że w treści własnego JEDZ nie wykazywał w ogóle spełnienia warunku w zakresie personelu kluczowego. Uzupełnił, że JEDZ podmiotów trzecich oraz pisemne zobowiązania tych podmiotów złożone wraz z ofertą nie dotyczyły powoływania się na potencjał tych podmiotów w zakresie warunków dotyczących personelu.

Podniósł, że pomimo, iż JEDZ odwołującego nie zawierał informacji odnośnie do spełniania warunków dotyczących personelu zamawiający nie wezwał go do uzupełnienia JEDZ w tym zakresie. W ocenie odwołującego gdyby takie wezwanie miało miejsce odwołujący uzupełniłby swój JEDZ, wykazując sposób spełnienia warunku dotyczącego personelu kluczowego, podając wszystkie wymagane dla spełnienia tego warunku udziału informacje i najprawdopodobniej nie nastąpiłoby już w ogóle wezwanie do złożenia Wykazu

osób skoro zakres informacji zawartych w JEDZ potwierdzałby spełnienie tych warunków.

Podniósł dalej, że procedura wezwania do uzupełnienia JEDZ ma charakter obligatoryjny i winna być dokonana w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co nie nastąpiło.

Uznał, że w tej sytuacji zaniechana czynność wezwania do uzupełnienia JEDZ pozwoliłaby w konsekwencji na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie personelu; skoro czynność ta nie nastąpiła, a jest obowiązkowa to odwołujący z ostrożności wnosi o jej dokonanie w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał go (pismem z 29.06.2020 r.) do złożenia dokumentów dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Oświadczył, że przy piśmie z 07.07.2020 r. złożył wypełniony Załącznik nr 7 do SIWZ oraz kopie zaświadczeń o wpisie na listę samorządu zawodowego dla projektantów zgodnie z wyjaśnieniami do SIWZ odpowiedz na pytanie nr 5 – *W odpowiedzi Zamawiający informuje, że przedmiotowy zapis SIWZ dotyczący usługi projektowania i dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku będzie przedłożenie aktualnego zaświadczenia projektantów o przynależności do izby inżynierów lub architektów.*

Zwrócił uwagę, że co prawda żądanie przez zamawiającego powyższego dokumentu w trakcie postępowania nie jest dopuszczalne zgodnie z ustawą Pzp oraz Rozporządzeniem w sprawie dokumentów, jednak odwołujący, chcąc uczynić zadość wezwaniu złożył także te dokumenty.

Odwołujący wskazał, że pismem z 15.07.2020 r. zamawiającego skierował do niego wezwanie do udzielenia wyjaśnień oraz uzupełnienia m.in. w zakresie spełniania warunków udziału: „Ponadto wzywam do uzupełnienia braków w zakresie: 1. Dokumentów i oświadczeń potwierdzających dysponowaniem osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz potwierdzające ich kwalifikacje zawodowe i wymagane doświadczenie, (zgodnie z pkt. V pkt. 2.2.3.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ)). Wykonawca winien udokumentować dysponowanie osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.”

Zdaniem odwołującego w treści wezwania zamawiający nie wskazał na konkretną przyczynę wezwania, treść wezwania nie wskazuje także na konkretne braki/wady złożonych pierwotnie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp dokumentów; pismo nie wskazuje, który ze złożonych dokumentów (Wykaz osób czy dokumenty potwierdzające przynależność do izby samorządu zawodowego projektantów) jest przedmiotem zastrzeżeń zamawiającego, nie wskazuje też, aby oczekiwanie uzupełnienia dotyczyło konkretnych osób z Wykazu.

Odwołujący stwierdził, że nie mogąc ustalić samodzielnie na podstawie wezwania jakie wady/braki zawierają złożone dokumenty, przed upływem wyznaczonego na uzupełnienie terminu, zwrócił się do zamawiającego o doprecyzowanie treści wezwania – zgodnie z treścią pisma z 22.07.2020 r. zwracał się z prośbą o doprecyzowanie wezwania, w szczególności

wskazując, że nie zna konkretnego powodu wezwania.

Oświadczył, że podejrzewając, że być może powodem wezwania jest kwestia określonego w Wykazie sposobu dysponowania bezpośredniego personelem (podkreślone w wezwaniu „udokumentowanie dysponowaniem osobami”), przedstawił obszerną argumentację prawną w tym zakresie wskazującą, że taki sposób identyfikacji podstawy dysponowania jak w złożonym wykazie jest właściwy.

Podsumował, że zwrócił się z prośbą do zamawiającego o konkretną informację, jaki jest zakres i podstawa prawna wezwania, w szczególności o jakie inne dokumenty niż wymienione powyżej w treści SIWZ, które zostały już złożone na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp chodzi.

Podał, że w odpowiedzi z 24.07.2020 r. zamawiający ponownie nie sprecyzował treści wezwania – w piśmie zamiast konkretnych informacji na czym polega stwierdzony brak informacji w złożonych dokumentach, pojawiają się kolejne niekonkretne i niejednoznaczne informacje:

Podkreślił, że zamawiający stwierdził w piśmie, że: *koniecznym jest dostarczenie wszystkich niezbędnych oświadczeń i dokumentów wymienionych w wezwaniu z dnia 15.07.2020 r.*

Stanął na stanowisku, że zamiast skonkretyzować przyczynę wezwania i oczekiwania zamawiającego co do uzupełnionych dokumentów/oświadczeń odpowiedź przyczyniła się do powstania kolejnych wątpliwości (*„weryfikacja informacji na podstawie ogólnie dostępnych rejestrów”*), wobec czego ponownie zwrócił się do zamawiającego o informacje co do konkretnych braków złożonych pierwotnie dokumentów.

Podał, że zgodnie z pismem z 24.07.2020 r. wskazywał na swoje wątpliwości odnośnie do oczekiwań zamawiającego, tj. „że w tej sytuacji nie wie o jakie inne dokumenty/informacje wzywa zamawiający, co uniemożliwia dostosowanie się do wezwania

W ocenie odwołującego treść pisma zamiast wyjaśnić kwestię dodatkowo wprowadza nowe wątpliwości. Ponowił wniosek o wskazanie o jakie konkretnie precyzyjne informacje wnosi zamawiający.

Wskazał, że zamawiający odpowiedział na powyższe pismo 24.07.2020 r. w godzinach popołudniowych (termin na uzupełnienie wyznaczony na 27.07., przy czym 25-26.07. to weekend): *„W związku z Państwa stanowiskiem przedstawionym w piśmie z dnia 24.07.2020 r. Zamawiający uznaje, iż do dnia 27.07.2020 r. do godz. 10.00 zostaną przez Państwa złożone wyjaśnienia, dokumenty i oświadczenia zgodne z treścią wezwania z dnia 15.07.2020 r. w formie i zakresie zgodnym z wiedzą Wykonawcy.”*

Zdaniem odwołującego wezwanie do uzupełnienia dokumentów/oświadczeń w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie precyzowało zakresu informacji jakie wymagały uzupełnienia (usiłował dwukrotnie uzyskać od zamawiającego konkretne informacje odnośnie do braków złożonych pierwotnie dokumentów) pomimo, że wezwanie powinno

wskazywać na konkretne braki informacji, które w ocenie zamawiającego nie pozwalały mu na pozytywną ocenę spełniania warunków udziału dotyczących doświadczenia zawodowego personelu kluczowego.

Stwierdził, że dopiero z uzasadnienia odrzucenia *de facto* był w stanie ustalić powód wezwania i oczekiwania zamawiającego, które nie zostały wyartykułowane w samej treści wezwania.

Odwołujący wskazał, że z treści zawiadomienia o dokonaniu czynności odrzucenia jego oferty wynika, że zamawiający uznał, że treść oferty odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dokonał czynności jej odrzucenia.

Podniósł, że zamawiający podał oczywiście wadliwą podstawę prawną dokonanej czynności i nie jest to wynikiem omyłki zamawiającego, ponieważ uzasadnienie, tak faktyczne jak i prawne czynności odrzucenia, jest konsekwentne.

Przypomniał, że Wykaz personelu stanowił dokument dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 oraz 26 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazał, że w przetargu nie miały zastosowania kryteria oceny ofert dotyczące kwalifikacji i doświadczenia personelu.

Na powyższej podstawie stwierdził, że w tej sytuacji nie może być mowy o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w związku z niewykazaniem (w ocenie zamawiającego) spełniania warunków udziału w postępowaniu; Wykaz personelu oraz pozostałe dokumenty wymagane dla spełniania warunków dotyczących personelu nie stanowiły treści oferty, co potwierdza także czynność wezwania do uzupełnienia tych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, która nie dotyczy treści oferty, a wyłącznie dokumentów podmiotowych i choćby z tych względów czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego jest wadliwa.

Uzupełnił, że poza przepisami ustawy Pzp, które w sposób jednoznaczny odróżniają treść oferty od dokumentów podmiotowych na analogicznym stanowisku stoi orzecznictwo KIO.

Podsumował, że skoro dokumenty dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących personelu kluczowego nie stanowią treści oferty, to w konsekwencji, nie może być mowy o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

W odniesieniu do niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu stwierdził, że dopiero z uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego uzyskał informacje, że faktyczną przyczyną wezwania do uzupełnienia dokumentów z 15.07.2020 r. było niewskazanie w treści Wykazu roli jaką pełniły wybrane osoby we wskazanych w wykazie robotach referencyjnych.

Podniósł, że gdyby treść wezwania do uzupełnienia była konkretna i wskazywała te

zastrzeżenia, to samo uzupełnienie tych informacji byłoby czystą formalnością bowiem wskazane osoby pełniły na wymienionych inwestycjach wymagane dla spełnienia warunku funkcje.

Uzupełnił, że opis kolumny nr 2 Wykazu zawiera informacje nt. zakresu wykonywanych czynności przez poszczególne osoby – zakres wykonywanych czynności jest zbieżny z wymaganą dla spełnienia warunku udziału funkcją tych osób (inaczej mówiąc, wyłącznie pełniąc funkcję takie same jak stanowisko określone brzmieniem warunku udziału, można było wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu).

Oświadczył, że wszystkie osoby, których dotyczą zastrzeżenia zamawiającego nabyły wykazane doświadczenie zawodowe, pełniąc funkcje określone w kolumnie 2 Wykazu i w przypadku właściwego sformułowania wezwania do uzupełnienia informacje takie znalazłyby się w uzupełnionym wykazie.

W zakresie dotyczącym doświadczenia projektanta specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych wskazał, że w ocenie zamawiającego brak było oświadczenia o posiadanym przez tego projektanta doświadczenia w projektowaniu instalacji fotowoltaicznych. Podniósł, że w sytuacji prawidłowego i konkretnego wezwania odwołujący informacje takie zostałyby podane – wskazana w Wykazie osoba faktycznie posiada wymagane doświadczenie przy projektowaniu instalacji fotowoltaicznych.

W zakresie dotyczącym doświadczenia kierownika montażu i rozruchu urządzeń technicznych na kontrakcie „Rozbudowa ZGiUK w Lubaniu w okresie od 06.04.2018 do 15.01.2019 r.” wskazał, że zamawiający uznał, że: *„(...) po dokonaniu weryfikacji wskazanej inwestycji (inwestycja realizowana przez Zamawiającego) w aktach przedmiotowej inwestycji nie widnieje wskazana osoba co świadczy o braku spełnienia wymaganego doświadczenia.”*

Zgodnie z brzmieniem warunku udziału w postępowaniu dla wskazanej osoby miała ona posiadać następujące doświadczenie zawodowe:

Odwołujący podał, że A. F. faktycznie pełnił wskazaną funkcję kierownika montażu i rozruchu urządzeń technicznych na wskazanym kontrakcie, spełniając warunek udziału w postępowaniu. Oświadczył, że zgodnie z informacjami uzyskanymi bezpośrednio od tej osoby, a także od wykonawcy zamówienia Falubaz Polska S.A. Sp. Komandytowo-Akcyjna z siedzibą w Zielonej Górze osoba ta realizowała, po stronie wykonawcy, czynności kierownika montażu i rozruchu urządzeń technicznych wskazanej instalacji. Stał na stanowisku, że powyższe oznacza, że sam fakt, że zamawiający w dokumentacji nie posiada dokumentów, które potwierdzają wprost pełnienie takich funkcji przez wskazaną osobę, nie oznacza jeszcze, że osoba taka czynności faktycznie nie wykonywała. Podkreślił, że funkcja, o której mowa w treści warunku nie jest funkcją regulowaną przepisami prawa budowlanego, a w szczególności do wykonywania czynności przy uruchomieniu tego rodzaju instalacji nie są wymagane wpisy do dziennika budowy osób uczestniczących w tej procedurze, a sama

funkcja i jej zakres nie były zdefiniowane ani w aktualnym postępowaniu, ani w postępowaniu, którego wynikiem była umowa z Falubaz. Uzupełnił, że zamawiający także w aktualnym postępowaniu nie określił wymagania odnośnie do czasu pełnienia takiej funkcji.

Zdaniem odwołującego w powyższym zakresie zamawiający co najmniej powinien był skorzystać z uprawnienia do udzielenia wyjaśnień Wykazu w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przed odrzuceniem oferty odwołującego.

Podniósł, że na obligatoryjny w takim przypadku charakter regulacji wskazuje aktualne orzecznictwo Izby.

Wskazał nadto, że zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1; w przypadku niejasności albo wewnętrznej sprzeczności w przedłożonych przez wykonawcę dokumentach potwierdzających spełnianie warunków o charakterze podmiotowym czy też przedmiotowym (na potwierdzenie spełniania wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia) zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnień w celu ustalenia rzeczywistego brzmienia złożonych w nich oświadczeń. Obowiązek ten, wynikający z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp aktualizuje się w sytuacji, gdy złożone oświadczenia lub dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, że treść wezwania do uzupełnienia dokumentów całkowicie kwestię tą pomijała.

Podsumował, że nie może być mowy o tym, że zamawiający, po pierwsze, w ogóle wskazał wykonawcy, że ten nie spełnił warunku dotyczącego Kierownika montażu i rozruchu urządzeń technicznych wskazaną osobą, a po drugie, że wezwanie w tym zakresie było konkretne skoro nie było go w tym zakresie w ogóle wobec czego zamawiający, stwierdzając niespełnienie warunku udziału wykazany personel miał obowiązek wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu, czego zaniechał.

Odwołujący zwrócił uwagę na brak negatywnych skutków dla wykonawców w przypadku nieprecyzyjnego wezwania oraz brak zakazu uzupełniania dokumentów po raz kolejny w przypadku wadliwego wezwania.

Wskazał, że orzecznictwo Izby podkreśla, że obowiązek wezwania materializuje się wyłącznie w konkretnym i jednoznacznym wezwaniu, a wykonawca nie może domyślać się co tak naprawdę jest powodem wezwania; w konsekwencji w przypadku niekonkretnego / niejednoznacznego wezwania nie może być mowy o wyczerpaniu procedury wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, która faktycznie jest jednorazowa, ale wyłącznie w przypadku, gdy treść wezwania jest odpowiednia i zrozumiała.

Podniósł, że zamawiający, przygotowując treść wezwania do złożenia dokumentów, powinien pamiętać, iż wykonawca będzie działać zgodnie z wezwaniem, jakie otrzyma, dlatego też należy je sformułować w sposób precyzyjny, poprzez wskazanie, o jakie

dokumenty konkretnie chodzi.

W odniesieniu do zatrzymania wadium podał, że zamawiający uzasadnił swoją decyzję, iż odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie nie złożył oświadczeń/dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, co spowodowało brak możliwości wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, powołując się na orzecznictwo i doktrynę, że w każdym wypadku podlegają badaniu przyczyny niewykonania wezwania, a obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego nie zachodzi, gdy niewykonanie wezwania było następstwem okoliczności, na które wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu. Uzupełnił, że interpretacja omawianej regulacji wymaga uwzględnienia celu przepisu, a zatem powinien on być stosowany wyłącznie w celu zapobiegania znikom wykonawców; do przyjęcia zawinienia wykonawcy konieczna jest jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w niepodporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego. Przyjęcie odmiennego stanowiska i uznanie, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, stwarza pole do nadużyć ze strony zamawiającego i możliwe staje się wykorzystanie instytucji wadium jako sposobu nienależytego przysporzenia.

Stwierdził, że w przedmiotowej sprawie wezwanie zamawiającego w zakresie dotyczącym dokumentów dla spełnienia warunku udziału dotyczącego personelu było niekonkretne, przypominając że dwukrotnie zwracał się do zamawiającego o doprecyzowanie treści wezwania i oczekiwań Zamawiającego.

W ocenie odwołującego skoro wezwanie było niekonkretne to odwołujący nie może ponosić negatywnych skutków takiej czynności zamawiającego.

Podkreślił, że sankcja zatrzymania wadium jest związana literalnie jedynie z nieuzupełnieniem dokumentów na wezwanie zamawiającego, próba interpretacji rozszerzającej dla sankcji zatrzymania wadium i jej uzależnianie od arbitralnej oceny zamawiającego, czy dokument uzupełniony, skutecznie czy też nie potwierdza spełnienie warunków udziału prowadzi do patologicznych sytuacji i nadużycia instytucji zatrzymania wadium.

Uznał, że fakty dowodzą, że wyłącznym celem odwołującego było uzyskanie zamówienia, w szczególności świadczy o tym fakt wnioski o uszczegółowienie wezwania.

Podał, że orzecznictwo podkreśla, że w każdym wypadku badaniu podlegają przyczyny niewykonania wezwania, a obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego nie zachodzi, gdy niewykonanie wezwania było następstwem okoliczności, na które wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu. Przyjęcie odmiennego stanowiska i uznanie, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, stwarza pole do nadużyć ze strony zamawiającego i możliwe staje się wykorzystanie instytucji wadium jako sposobu nienależytego przysporzenia.

Wskazał także, iż w doktrynie i orzecznictwie podkreśla się zarówno sankcyjny i dyscyplinujący wykonawców charakter instytucji zatrzymania wadium przez zamawiającego, jak i restrykcyjny charakter omawianego przepisu – konsekwencją jest konieczność ścisłej interpretacji oraz oceny zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium przy uwzględnieniu konkretnych okoliczności danej sprawy.

Zdaniem odwołującego w kontekście okoliczności stanu faktycznego sprawy należy stwierdzić, że nie może być mowy o nielojalnym działaniu wykonawcy, nie może być także mowy o bierności wykonawcy, czy też próbie złożenia fikcyjnie uzupełnionych dokumentów – odwołujący odpowiedział na wezwanie zamawiającego w wymaganym terminie i formie.

Zdaniem odwołującego okoliczności sprawy stanowią dowód, że zatrzymanie wadium było nieuprawione oraz, że w przedmiotowej sprawie ma się do czynienia z nadużyciem instytucji zatrzymania wadium, które zgodnie z przepisem art. 5 KC nie korzysta z ochrony.

Podniósł nadto, że zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp wykonawca może uniknąć zatrzymania wadium, o ile wykaże, że nie złożenie pełnomocnictw lub dokumentów, co do których był wzywany jest następstwem okoliczności od niego niezależnych. Oceniał, że niejednoznaczne wezwanie do uzupełnienia takich skutków nie wywołuje, a dodatkowo świadczy o zamiarze skutecznego uzupełnienia dokumentów procedura zainicjowana przez wykonawcę wyjaśniania treści niezrozumiałego wezwania, którą zamawiający zbagatelizował.

Podsumował, że przesłanka zatrzymania wadium, o której mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp nie nastąpiła – zamawiający, dokonując czynności odrzucenia nie zamierzał nawet ustalać okoliczności związanych z uzupełnieniem dokumentów, ale arbitralnie uznał, że musiało to być działanie zawinione, nie dając wykonawcy możliwości przedstawienia swojego stanowiska w tej sprawie, przed sformułowaniem wezwania do zapłaty do gwaranta.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 17 sierpnia 2020 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, „Odpowiedzi na odwołanie” – pismo zamawiającego z dnia 14 sierpnia 2020 r., „Pisma procesowego odwołującego” z dnia 14 września 2020 r., a także oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do wszystkich podniesionych w odwołaniu zarzutów skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający, w rozdziale V „Warunki udziału w postępowaniu” pkt 2.2.3.2. SIWZ, wskazał warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – dysponowania m.in. następującymi osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, tj.

1. kierownik robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej „z doświadczeniem zawodowym na stanowisku kierownika budowy/robót przy realizacji co najmniej jednego zakładu zagospodarowania odpadów komunalnych w skład którego wchodziły roboty związane z budową obiektu o konstrukcji stalowej, dróg dojazdowych”,
2. kierownik robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, w zakresie co najmniej do 20kV „z doświadczeniem zawodowym na stanowisku kierownika budowy/robót przy budowie/przebudowie instalacji sieci SN i NN”,
3. kierownik robót w specjalności instalacyjnej, sanitarnej w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych „z doświadczeniem na stanowisku kierownika budowy/robót przy budowie/przebudowie/rozbudowie zakładu unieszkodliwiania odpadów/osadów lub oczyszczalni ścieków”,
4. kierownik montażu i rozruchu urządzeń technicznych „posiadającą doświadczenie przy uruchomieniu co najmniej 1 instalacji w ciągu ostatnich trzech lat: * instalacji mechanicznego przetwarzania odpadów komunalnych w wyposażonej w separator elektromagnetyczny, kabinę sortowniczą, instalację wentylacji technologicznej pozwalającej na ujmowanie powietrza lub jednej instalacji do produkcji z odpadów komunalnych paliwa alternatywnego lub komponentów do takiego paliwa wyposażonej w separator magnetyczny, separator powietrzny”,
5. projektant specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych z doświadczeniem „w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (...) „w projektowaniu o charakterze projektanta (...) dla co najmniej jednej inwestycji (...) z budową/rozbudową/przebudową stacji transformatorowej i budową instalacji fotowoltaicznych.”

Zamawiający wskazał także, w ww. rozdziale i w ww. punkcie SIWZ, że ocena spełnienia warunku będzie dokonywana w oparciu o złożone przez wykonawcę:

1. „wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia „wraz z

informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – sporządzony przez Wykonawcę samodzielnie lub z wykorzystaniem załącznika do SIWZ”,

2. *„oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (wymienione w wykazie osoby) posiadają wymagane uprawnienia”,*
3. *„oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu”.*

Zgodnie z rozdziałem VII SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia” zamawiający podał, że *„W celu oceny spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1b pkt. 3) ustawy Pzp, należy na wezwanie zamawiającego, pod rygorem wykluczenia z postępowania, złożyć w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie następujące oświadczenia i dokumenty (...) 1) wykaz robót budowlanych (...) 2) wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiadających 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 dysponowania tymi osobami.”* (dalej „Wykaz” albo „Wykaz osób”).

Opracowany przez zamawiającego wzór Wykazu osób (załącznik nr 7 do SIWZ) przewidywał podanie przez wykonawcę informacji w pięciu kolumnach opisanych jako: „Lp.”, „Imię i nazwisko”, „Zakres wykonywanych czynności”, „Kwalifikacje, wykształcenie, doświadczenie, zakres uprawnień”, „Informacja o podstawie do dysponowania tymi osobami/podmiotami”.

Odwołujący złożył wraz z ofertą Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ), w którym w części IV Kryteria kwalifikacji złożył oświadczenie (zaznaczył „TAK”), że spełnia wymagane kryteria kwalifikacji.

Odwołujący wniósł wadium w żądanej przez zamawiającego wysokości, tj. 500 000 zł w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

Pismem z dnia 17 czerwca 2020 r. – *„Wezwanie do uzupełnienia braków”* zamawiający, powołując się na przepis art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego m.in. do złożenia Jednolitych Europejskich Dokumentów Zamówienia (JEDZ) sporządzonych przez podmioty, na których zdolnościach polegać będzie odwołujący (tj. MTM Budownictwo Sp. z o.o. i Falubaz Polska S.A. S.K.A.) z terminem do 24 czerwca 2020 r.

Przy piśmie z dnia 24 czerwca 2020 r. odwołujący złożył dokumenty JEDZ obu

ww. podmiotów.

Pismem z dnia 29 czerwca 2020 r. – *„Wezwanie do złożenia oświadczeń i dokumentów”* zamawiający, powołując się na przepis art. 26 ust. 1 w zw. z art. 24aa ust.1 ustawy Pzp, wobec oceny, że odwołujący złożył najwyższą ocenioną ofertę, wezwał odwołującego m.in. do złożenia *„Wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia wraz z dokumentem potwierdzającym doświadczenie, uprawnienia i członkostwo w odpowiedniej izbie zawodowej”* z terminem do 10 lipca 2020 r.

Przy piśmie z dnia 8 lipca 2020 r. odwołujący złożył Wykaz osób, w odniesieniu do którego zamawiający – w *„Zawiadomieniu o odrzuceniu oferty”* z dnia 3 sierpnia 2020 r. wskazał: *„Wykonawca przedłożył w dniu 8.07.2020 r. dokumenty i oświadczenia m.in. wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego opracowany na podstawie załącznika opracowanego przez Zamawiającego podając imię i nazwisko, zakres wykonywanych czynności, kwalifikacje, wykształcenie, doświadczenie, zakres uprawnień oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami załączając zaświadczenie o przynależności do odpowiedniej izby zawodowej wszystkich projektantów.”*

Pismem z dnia 15 lipca 2020 r. – *„Wezwanie do udzielenia wyjaśnień i uzupełnienia braków”* zamawiający, powołując się na przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał odwołującego *„do uzupełnienia braków w zakresie: 1. Dokumentów i oświadczeń potwierdzających dysponowaniem osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz potwierdzające ich kwalifikacje zawodowe i wymagane doświadczenie. (zgodnie z pkt. V pkt. 2.2.3.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Wykonawca winien udokumentować dysponowanie osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.”* z terminem do 27 lipca 2020 r.

Pismem z dnia 22 lipca 2020 r. odwołujący skierował do zamawiającego prośbę o udzielenie wyjaśnień co do treści wezwania z 15 lipca 2020 r., stwierdzając, że Wykaz osób, który złożył *„zawiera informacje wymagane w treści SIWZ”* (zacytował przy tym odnośne postanowienia SIWZ) oraz, że *„W odniesieniu do każdej z wymienionych osób Wykonawca określił analogiczną podstawę dysponowania wskazanym personelem jako dysponowanie na podstawie umowy cywilno-prawnej”*, prezentując dodatkowo rozbudowane stanowisko (w tym orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej) co do różnicy pomiędzy dysponowaniem bezpośrednim personelem przez wykonawcę a użyczeniem potencjału podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22a ustawy Pzp.

Odwołujący oczekiwał informacji *„jaki jest zakres i podstawa prawna wezwania, w szczególności o jakie inne dokumenty niż wymienione powyżej w treści SIWZ, które zostały*

już złożone na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp i są zgodne z Rozporządzeniem (...) w sprawie rodzajów dokumentów (...) chodzi Zamawiającemu w wezwaniu”

Zamawiający, pismem z dnia 24 lipca 2020 r. udzielił odpowiedzi na pismo odwołującego z dnia 22 lipca 2020 r., przywołując treść postanowienia „pkt. V ppkt. 2.2.3.2.” ze str. 11 oraz wskazał: „Państwo składając ofertę wraz z jej uzupełnieniem w dniu 08.07.2020 r. nie złożyliście żadnych oświadczeń, ani żadnych dokumentów umożliwiających ocenę tych oświadczeń w kontekście spełnienia w/w zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Na marginesie pragniemy wskazać, że podane dane w „Wykazie Osób Skierowanych do Realizacji Zamówienia Publicznego” niestety są mało precyzyjne, co uniemożliwia Zamawiającemu samodzielną weryfikację twierdzeń zawartych w tym wykazie poprzez wgląd do ogólnie dostępnych rejestrów. W związku z powyższym koniecznym jest dostarczenie wszystkich niezbędnych oświadczeń i dokumentów wymienionych w wezwaniu z dnia 15.07.2020 r. (...)”

Pismem z dnia 24 lipca 2020 r. odwołujący skierował do zamawiającego prośbę o udzielenie wyjaśnień co do treści pisma zamawiającego z 24 lipca 2020 r., stwierdzając, że „Dowodem spełnienia warunku udziału w zakresie dysponowania personelem jest zgodnie z obowiązującym Rozporządzeniem w sprawie dokumentów (...) wykaz personelu jako oświadczenie własne wykonawcy. Katalog dokumentów dla potwierdzenia spełnienia podmiotowych warunków udziału w postępowaniu w zakresie personelu ma charakter zamknięty. (...) Taki dokument został złożony w postępowaniu i zawiera wszystkie wymagane dla oceny przez Zamawiającego informacje dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W tej sytuacji wykonawca nie wie o jakie inne dokumenty/informacje wzywa Zamawiający co uniemożliwia dostosowanie się do wezwania. Wzywamy do konkretyzacji wezwania poprzez wskazanie o jakie konkretnie dokumenty wzywa Zamawiający i jakie informacje ze złożonego już wykazu nie pozwalają Zamawiającemu na ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu.”

Ponownie zwrócił się o wskazanie „o jakie konkretnie dodatkowe dokumenty / oświadczenia wzywa Zamawiający” oraz „o jakie konkretnie precyzyjne informacje wnosi Zamawiający” – wobec oceny zamawiającego w piśmie z dnia 24 lipca 2020 r., że podane przez odwołującego dane z Wykazu są „niestety mało precyzyjne”.

Pismem z dnia 24 lipca 2020 r. zamawiający odpowiedział: „Zamawiający uznaje, iż do dnia 27.07.2020 r. do godz. 10.00 zostaną przez Państwa złożone wyjaśnienia, dokumenty i oświadczenia zgodne z treścią wezwania z dnia 15.07.2020 r. w formie i zakresie zgodnym z wiedzą Wykonawcy”.

Pismem z dnia 27 lipca 2020 r. odwołujący odpowiedział na wezwanie zamawiającego

z dnia 15 lipca 2020 r., prezentując swoje dotychczasowe stanowisko w kierowanej do zamawiającego, po tymże wezwaniu, korespondencji. Złożył *„kopie uprawnień zawodowych personelu kluczowego w tym także dla projektantów – pierwotnie złożone wyłącznie potwierdzenie wpisu do Izby, spełniającego warunki udziału w postępowaniu.”*

„Zawiadomieniem o odrzuceniu oferty” z dnia 3 sierpnia 2020 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty.

Podał, że oceniając złożony przez odwołującego Wykaz osób *„podał wątpliwość przedłożonych danych tj. osób wykazanych od zakresów: kierownika robót, kierownika robót instalacyjnych branży sanitarnej, kierownika robót elektrycznych, projektanta specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych i kierownika montażu i rozruchu urządzeń technicznych (...)”*

Zamawiający uzasadnił, w odniesieniu do poszczególnych osób:

- w odniesieniu do kierownika robót (konstrukcje stalowe) – *„brak oświadczenia o posiadanym przez wskazaną osobę doświadczenia na stanowisku kierownika budowy/robót”,*
- w odniesieniu do kierownika robót instalacyjnych branży sanitarnej – *„brak oświadczenia o posiadanym przez wskazaną osobę doświadczenia na stanowisku kierownika budowy/robót”,*
- w odniesieniu do kierownika robót elektrycznych – *„brak oświadczenia o posiadanym przez wskazana osobę doświadczenia na stanowisku kierownika budowy/robót”,*
- w odniesieniu do projektanta specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych – *„brak oświadczenia o posiadanym przez wskazaną osobę doświadczenia w projektowaniu instalacji fotowoltaicznych”,*
- w odniesieniu do kierownika montażu i rozruchu urządzeń technicznych – *„Wykonawca wpisał, że kierownik montażu i rozruchu urządzeń technicznych posiada doświadczenie jako kierownik montażu i rozruchu urządzeń technicznych na kontrakcie: Rozbudowa ZGiUK w Lubaniu w okresie 06.04.2018 do 15.01.2019. W ocenie Zamawiającego po dokonaniu weryfikacji wskazanej inwestycji (inwestycja realizowana przez Zamawiającego) w aktach przedmiotowej inwestycji nie widnieje wskazana osoba, co świadczy o braku spełnienia wymaganego doświadczenia.”*

Uzupełnił – oceniając wyjaśnienia odwołującego z dnia 27 lipca 2020 r. – że *„Po analizie złożonych wyjaśnień Zamawiający stwierdził, iż nie otrzymał oświadczeń umożliwiających weryfikację w/w wątpliwości co skutkuje niezgodnością oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. (...) Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy*

Prawo zamówień publicznych. Z uwagi na powyższe rozstrzygnięto o odrzuceniu oferty Wykonawcy, albowiem treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Pismem z dnia 10 sierpnia 2020 r. zamawiający poinformował odwołującego: „(...) w dniu 06.08.2020 r. wystąpiliśmy do Państwa Gwaranta z żądaniem wypłaty wadium, które zostało zatrzymane z uwagi na: w odpowiedzi na skierowane przez nas wezwanie (art. 26 ustawy Prawo zamówień publicznych) z dnia 15.07.2020 r. pismo nr sprawy (...) z przyczyn leżących po Państwa stronie, nie złożyliście Państwo oświadczeń/dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Państwa jako najkorzystniejszej.”

Zarzuty naruszenia:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez odrzucenia oferty odwołującego,
- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia Wykazu osób,
- art. 26 ust 4 lub art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia/uzupełnienia Wykazu osób w zakresie dotyczącym doświadczenia kierownika montażu i rozruchu urządzeń technicznych potwierdził się.

potwierdziły się.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zamawiający w rozdziale V SIWZ opisał swoje oczekiwania co do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy w szczególności w zakresie kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób skierowanych przez wykonawcę, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (pkt 2.2.3.2.) oraz w rozdziale VII podał, jakie oświadczenia i dokumenty wykonawca winien złożyć na potwierdzenie spełnienia tych warunków, o czym przesądzają tytuły tychże rozdziałów, tj. odpowiednio "Warunki udziału w postępowaniu" oraz „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia”.

W przypadku przedstawionych przez odwołującego osób, których doświadczenie zamawiający zakwestionował w zawiadomieniu z dnia 3 sierpnia 2020 r. zamawiający wymagał, jeśli chodzi o osoby, które mają uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia jako kierownicy robót (różnych branż), aby legitymowały się doświadczeniem na danym stanowisku, o czym przesądza każdorazowe użycie przez zamawiającego sformułowania „z

doświadczeniem na stanowisku kierownika budowy/robót". Brak takiego sformułowania w przypadku przedstawionej przez odwołującego, a zakwestionowanej przez zamawiającego osoby – kierownika montażu i rozruchu urządzeń technicznych, co przesądza o tym, że w przypadku tej osoby oczekiwanym doświadczeniem nie musiało (choć mogło) być doświadczenie zdobyte na stanowisku kierownika.

Przypomnienia wymaga, że niezależnie od intencji, jakie przyświecały zamawiającemu przy opracowywaniu postanowień SIWZ w szczególności co do warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, przy ocenie, czy wykonawca spełnia ten warunek zamawiającemu wolno brać pod uwagę jedynie to co wynika z brzmienia SIWZ. Tak bowiem wykonawcy, jak i sam zamawiający – autor SIWZ jest związany jej treścią.

Skoro z brzmienia SIWZ nie wynika, że kierownik montażu i rozruchu ma legitymować się doświadczeniem na stanowisku kierownika montażu i rozruchu urządzeń technicznych, to zamawiający, oceniając doświadczenie przedstawionej przez odwołującego osoby nie może dokonywać tej oceny wbrew treści SIWZ. Treść SIWZ w odniesieniu do kierownika montażu i rozruchu ograniczała się do wskazania, że chodzi o doświadczenie *„przy uruchomieniu co najmniej 1 instalacji w ciągu ostatnich 3 lat”*.

W odniesieniu do sposobu potwierdzenia przez wykonawcę spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej doświadczenia osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia podkreślić należy, że wskazany przez zamawiającego w rozdziale VII Wykaz osób wyczerpuje to, czego wolno żądać zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o czym przesądza § 2 ust. 4 pkt 10 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1282) [dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów”] – wskazane w ustępie § 2 inne dokumenty nie dotyczą osób skierowanych przez wykonawcę do wykonywania – realizacji zamówienia publicznego.

Uwzględniając wskazany w rozporządzeniu w sprawie dokumentów jedyny dokument, którego wolno żądać zamawiającemu, tj. Wykaz osób oraz postanowienia rozdziału VII wskazujące ten właśnie dokument. tj. Wykaz osób jako właściwy dla potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia stwierdzić należy, że odwołujący, składając taki Wykaz sprostał, co do rodzaju dokumentu, postanowieniom SIWZ.

Na tym tle wskazane przez zamawiającego w rozdziale V SIWZ inne dokumenty (*„oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (wymienione w wykazie osoby) posiadają wymagane uprawnienia”* oraz *„oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu”*) jawią się jako dokumenty, których zamawiającemu nie wolno było żądać, a w konsekwencji jako te, które nie mogą stanowić podstawy oceny

personelu wykonawcy dedykowanego do realizacji zamówienia.

Co więcej dokumenty te, jeśli chodzi o ich wykorzystanie do oceny doświadczenia personelu wykonawcy dedykowanego do realizacji zamówienia budzą wątpliwości w obrębie samej SIWZ, ponieważ nie zostały ujęte w poświęconym żądanym dokumentom rozdziale VII SIWZ. Sama treść SIWZ nie wskazuje jaka jest relacja owych oświadczeń do Wykazu osób.

Uwzględniając ugruntowaną w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zasadę, że wątpliwości SIWZ nie mogą być poczytywane na niekorzyść wykonawców powyższa wątpliwość nie może prowadzić do negatywnej oceny doświadczenia osób skierowanych przez odwołującego do realizacji zamówienia.

W tym kontekście dostrzec także należy, że zamawiający, wzywając odwołującego, wobec najwyższej oceny jego oferty, pismem z dnia 29 czerwca 2020 r. do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w ogóle nie wymienił owych oświadczeń z rozdziału V SIWZ, poprzestając na wskazaniu (w odniesieniu do doświadczenia z pkt. 2.2.3.2.) na Wykazie osób.

Uwzględniając ww. treść wezwania z dnia 29 czerwca 2020 r. oraz postanowienia SIWZ, uznać należy, że sformułowanie przez zamawiającego, pismem z dnia 15 lipca 2020 r., wezwanie do uzupełnienia braków dokumentów i oświadczeń (w kontekście dokumentu potwierdzającego doświadczenie osób), było i niezasadne, i niezrozumiałe skoro zamawiający dysponował już właściwym dokumentem (Wykaz osób), złożonym przez odwołującego przy piśmie z dnia 8 lipca 2020 r., a jednocześnie zamawiający w piśmie z dnia 15 lipca 2020 r. nie wyartykułował żadnego oczekiwania co do konieczności udzielenia przez odwołującego jakichkolwiek wyjaśnień w kontekście doświadczenia skierowanych do wykonywania zamówienia przez odwołującego osób.

W odpowiedzi z dnia 24 lipca 2020 r. na pismo odwołującego z dnia 22 lipca 2020 r. zamawiający niezasadnie, wykraczając poza przepis § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz wykraczając poza sposób oceny wskazany w rozdziale VII SIWZ, dedykowanym sposobowi wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu odwołał się i eksponował str. 11 SIWZ [*„Ocena spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu dokonywana będzie w oparciu o złożone przez Wykonawcę (...)”*], potęgując jedynie wątpliwości, poprzez lakoniczne i zagadkowe stwierdzenie, że podane przez odwołującego w Wykazie osób dane „są mało precyzyjne”. Stwierdzając to, zamawiający winien wskazać czego brakuje „owym danym” lub z czego wynikają jego ewentualne wątpliwości, a co uniemożliwia mu „samodzielną weryfikację twierdzeń zawartych w tym wykazie”. Całkowicie niezrozumiałym jest przy tym stwierdzenie, że zamawiający nie może dokonać weryfikacji „poprzez wgląd do ogólnie dostępnych rejestrów” skoro podstawą oceny doświadczenia osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia winien być Wykaz osób.

Zaskakujące i niewłaściwe jest także poczynienie przez zamawiającego oceny co do mało precyzyjnego charakteru danych „*Na marginesie*” skoro jest to ocena istotna z

perspektywy możliwości oceny spełnienia przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu, decydująca o jego szansie na uzyskanie zamówienia.

Podkreślić należy, że po wcześniejszej odpowiedzi zamawiającego z 24 lipca 2020 r. zamawiający w piśmie z tego samego dnia odwołał się do wezwania z 15 lipca 2020 r., w którym rozdział V pkt 2.3.3.2. został wskazany wyłącznie w kontekście wymaganego doświadczenia osób, a nie w kontekście sposobu potwierdzenia tego doświadczenia (sposób ten zamawiający wskazał w rozdziale VII).

Wątpliwości odwołującego, które wyrażał w pismach z dnia 22 i 24 lipca co do tego, w jaki sposób w takiej sytuacji ma sprostać wezwaniu zamawiającego były oczywiście zasadne.

Zawarta w piśmie z dnia 24 lipca 2020 r. ocena odwołującego, że złożony przez odwołującego Wykaz osób „zawiera wszystkie wymagane dla oceny przez Zamawiającego informacje dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu” (str. 2 pisma z 24.07.2020 r.) nie może zastępować oceny zamawiającego (zamawiającemu nie wolno jej bezkrytycznie przyjąć za własną), a jednocześnie nie zwalnia zamawiającego od żądania wyjaśnień, jeśli – w ocenie zamawiającego – złożony Wykaz osób nie zawiera niezbędnych dla oceny spełnienia warunku informacji lub informacje te budzą wątpliwości.

Podsumowując:

1. Wykaz osób był właściwym rodzajem dokumentu złożonym przez odwołującego na potwierdzenie spełnienia przez odwołującego warunku zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dotyczącym doświadczenia osób skierowanych przez odwołującego do realizacji zamówienia,
2. zamawiający nie wskazał, jak wymaga tego przepis 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 (...)”] żadnych braków w Wykazie osób (niekompletności tego Wykazy) lub wątpliwości co do treści złożonego przez odwołującego Wykazu osób wobec czego skład orzekający Izby uznał, że wezwanie zamawiającego z 15 lipca 2020 r. nie pozwalało odwołującemu na sprostanie żądaniu zamawiającego, a oczekiwanie od zamawiającego udzielenia „konkretnej odpowiedzi” stanowiło warunek sine qua non sprostania wezwaniu zamawiającego z 15 lipca 2020 r.

Skoro wątpliwości/braki mogą dotyczyć li tylko dokumentu Wykaz osób (ponieważ to „jedyny, właściwy” dokument) i jeśli są to braki/wątpliwości, które zamawiający wyartykułował

w zawiadomieniu z dnia 3 sierpnia 2020 r. to zamawiający, formułując prawidłowe wezwanie do odwołującego winien wskazać, których osób (z imienia i nazwiska) braki dotyczą i jakie są to braki lub wskazać, informacje dotyczące, których osób budzą wątpliwości zamawiającego i na czym wątpliwości te polegają, co skład orzekający Izby nakazał zamawiającemu w sentencji wyroku.

Uzupełniając skład orzekający wskazuje, że zamawiający formułując wezwanie winien uwzględnić, że postanowienia SIWZ w przypadku kierownika montażu i rozruchu urządzeń technicznych nie wymagały legitymowania się doświadczeniem na takim stanowisku.

Skład orzekający Izby uznał nadto, że zamawiający nie tylko nie miał podstaw faktycznych do eliminacji oferty odwołującego (ze względu na wadliwe wezwanie), ale także, że wadliwa była wskazana podstawa prawna.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę w przypadku, gdy ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, czego konsekwencją, wynikającą z przepisu art. 24 ust. 24 ustawy Pzp jest uznanie oferty wykonawcy wykluczonego za odrzuconą.

Wskazany przez zamawiającego przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczy zgodności treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ sensu stricte – co do meritum, co do zobowiązania objętego ofertą, nie zaś co do oferty sensu largo, na którą składają się także dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków podmiotowych, którą to treść, w przypadku odwołującego – co warte podkreślenia – zamawiający już ocenił (pozytywnie), a co znalazło odzwierciedlenie w wezwaniu zamawiającego z dnia 29 czerwca 2020 r. skierowanym do odwołującego do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 w zw. z art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp, tj. wezwaniu skierowanym przy stosowaniu w postępowaniu tzw. procedury odwróconej, w której zamawiający najpierw dokonuje oceny ofert, a następnie bada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczenia oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający powyższej znajomości przepisów, stanowiącej „abecadło” zamówień publicznych nie wykorzystał.

Wobec podniesienia zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w części dotyczącej dokumentu JEDZ odwołującego z ostrożności i uwzględnienia tego zarzutu w części dotyczącej Wykazu osób skład orzekający Izby, zgodnie z dyspozycją odwołującego, nie wypowiedział się co do tej, podniesionej jedynie z ostrożności, części zarzutu.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że zarzuty się potwierdziły, co oznacza, że zamawiającemu należy przypisać naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, poprzez zatrzymanie, pomimo niezrealizowania podstaw ani faktycznych ani prawnych do jego zatrzymania potwierdził się.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W konsekwencji uznania (o czym w odniesieniu do zarzutów poprzednich), że zamawiający nie miał podstaw faktycznych do uznania, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia, niezależnie od braku zbadania przez zamawiającego, czy odwołujący nie złożył oświadczeń lub dokumentów z przyczyn leżących, czy nie leżących po jego stronie, skład orzekający Izby uznał także, że zamawiający bezpodstawnie zatrzymał wadium odwołującego.

Przesądza to o przypisaniu zamawiającemu naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: