

Sygn. akt KIO/KD 57/17

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 5 października 2017 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych w dniu 6 września 2017 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Bielsko-Bialski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Bielsku-Białej dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 24 sierpnia 2017 r. (znak: UZP/DKD/KND/5/17) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. wykonanie systemu instalacji słaboprądowych dla Stadionu Miejskiego przy ul Rychlińskiego w Bielsku-Białej

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Grabarczyk**

Członkowie : **Przemysław Dzierzędzki**

Danuta Dziubińska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający – Bielsko-Bialski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Bielsku-Białej – udzielił zamówienia publicznego na wykonanie systemu instalacji słaboprądowych dla Stadionu Miejskiego przy ul. Rychlińskiego w Bielsku-Białej. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 30 stycznia 2015 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 13013-2015.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „ustawa” lub „Pzp”) przeprowadził kontrolę doraźną postępowania i stwierdził naruszenie przez zamawiającego przepisów:

1. art. 26 ust. 3 Pzp przez skierowanie do wykonawcy Qumak S.A. wezwania o uzupełnienie dokumentu stanowiącego integralną część oferty, nie będącego dokumentem objętym dyspozycją tego przepisu oraz art. 87 ust. 1 Pzp przez niedozwoloną zmianę treści oferty złożonej przez Qumak S.A. i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która powinna była zostać odrzucona jako niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”);
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Unima 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A., który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego;
3. § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane;
4. art. 95 ust. 1 Pzp przez publikację ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego przed dniem podpisania umowy z wykonawcą Qumak S.A.;
5. art. 35 ust. 1 Pzp przez ustalenie szacunkowej wartości zamówienia na roboty budowlane wcześniej niż 6 miesięcy przed datą wszczęcia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Uzasadniając zarzuty kontrolujący powołał następujące ustalenia faktyczne oraz wywodzoną z nich ocenę prawną:

Ad. 1. Przedmiotem zamówienia publicznego były roboty budowlane polegające na wykonaniu systemu instalacji słaboprądowych dla Stadionu Miejskiego przy ul. Rychlińskiego w Bielsku Białej. Zgodnie z częścią III SIWZ, zamówienie obejmowało w szczególności wykonanie, dostarczenie, uruchomienie, odbiór i oddanie do użytkowania, przeszkolenie

pracowników, sporządzenie niezbędnej dokumentacji oraz obsługę techniczną w okresie gwarancji z właściwą aktualizacją oprogramowania w niezbędnym zakresie, następujących instalacji/systemów:

- 1) Systemu biletowego i parkingowego,
- 2) Systemu monitoringu wizyjnego (CCTV),
- 3) Dźwiękowego Systemu Ostrzegawczego (DSO),
- 4) Systemu nagłośnienia ogólnego,
- 5) Systemu audio-video,
- 6) Instalacji LAN, urządzeń aktywnych sieci i okablowania dla potrzeb przekazu TV z systemem interkomowym i połączeniem do miejskiej światłowodowej sieci szerokopasmowej,
- 7) Instalacji Telewizji Kablowej RTV,
- 8) Systemu Integracji instalacji bezpieczeństwa w zakresie CCTV, KD, SAP, DSO – Security Management System,
- 9) Stałych Urządzeń Gaśniczych dla serwerowni obiektu.

Szczegółowe postanowienia dotyczące opisu przedmiotu zamówienia zostały zawarte w dalszych postanowieniach części III SIWZ oraz załącznikach nr 8-12 do SIWZ (Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót, Opis Przedmiotu Zamówienia wraz z załącznikami, część rysunkowa i opisowa do projektu wykonawczego, przedmiary robót poszczególnych systemów i instalacji).

W części III.2 SIWZ Zamawiający zawarł również informację, że projekty wykonawcze poszczególnych systemów (zał. 10 i 11 do SIWZ) są przykładowymi rozwiązaniami, które wykonawca może zrealizować z niezbędnymi modyfikacjami wymaganymi przez SIWZ wraz z załącznikami lub zaproponować własne rozwiązania, które spełniają warunki SIWZ w szczególności przy uwzględnieniu zapisów ust. 3 („Inne uwarunkowania”).

Zgodnie z postanowieniami Części X SIWZ – Opis sposobu przygotowywania ofert, oferta powinna zawierać m.in. kosztorysy ofertowe (zgodnie z zakresem wskazanym w Części III.1 SIWZ, obejmującym w szczególności przedmiary) oraz Opisy Przedmiotu Zamówienia (OPZ). Zgodnie z cz. X.1.24 SIWZ, wykonawca zobowiązany był do złożenia wszystkich OPZ od nr 1 do nr 9 w postaci właściwie wypełnionych tabel potwierdzających zgodność oferowanych rozwiązań z wymaganiami minimalnymi (wg załącznika nr 9 do SIWZ). W przypadku oferowania rozwiązań zamiennych należało dołączyć dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań minimalnych (karty katalogowe, wyniki testów, inne zgodnie z warunkami określonymi w cz. III.3 SIWZ). Treść oferty powinna odpowiadać treści SIWZ, a do oferty powinny być dołączone wszystkie dokumenty wymagane jej postanowieniami (cz. X. 2 i 4 SIWZ).

Qumak S.A. nie dołączył do swojej oferty tabeli zawierającej informacje na temat oferowanych urządzeń wskazanych w poz. XXI – XLII załącznika nr 6 do OPZ i deklaracji w przedmiocie spełniania przez te urządzenia wymaganych przez zamawiającego parametrów. Zamawiający wezwał Qumak S.A. do uzupełnienia niezłożonej tabeli w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Wobec powołanych ustaleń Prezes Urzędu stwierdził, że uzupełnienie przez Qumak S.A. po upływie terminu składania ofert brakującej części załącznika nr 6 do OPZ, który zgodnie z postanowieniami SIWZ miał stanowić integralną część oferty, prowadziło do niedozwolonej zmiany treści oferty tego wykonawcy, gdyż zamawiający powinien odrzucić ofertę Qumak S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ad. 2. Zamawiający w celu potwierdzenia warunku dotyczącego zdolności kadrowej wymagał, aby wykonawca dysponował osobami posiadającymi uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie, w szczególności:

a) kierownikiem robót, posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń lub odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, z co najmniej 3 letnim doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika robót w swojej specjalności;

b) kierownikiem robót, posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności telekomunikacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń teletechnicznych bez ograniczeń lub odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, z co najmniej 3 letnim doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika robót w swojej specjalności.

Zamawiający wymagał również, aby wskazane osoby były członkami Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa i posiadały aktualne ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej.

W celu potwierdzenia spełniania tego warunku zamawiający wymagał złożenia oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia (wg wzoru wskazanego w załączniku nr 6 do SIWZ) oraz wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie dysponowania tymi osobami.

Unima 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A. załączył do oferty wykaz osób, w którym jako kierownika robót elektrycznych wskazał Pana M. T., a jako kierownika robót teletechnicznych – Pana M. M. Pismem z 9 marca 2015 r. zamawiający wezwał Unima 2000

Systemy Teleinformatyczne S.A. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów:

1) wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia przez wskazanie:

- wykształcenia kierownika robót elektrycznych,
- wykształcenia oraz zakresu uprawnień do kierowania robotami w specjalności telekomunikacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń teletechnicznych kierownika robót teletechnicznych.

W odpowiedzi w odniesieniu do kierownika robót teletechnicznych Unima 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A. złożył uzupełniony wykaz i dokumenty dotyczące Pana M. M., z których wynika, że Pan M. posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych wydane dnia 3 lipca 1997 r. i wskazał, iż są to uprawnienia równoważne uprawnieniom budowlanym do kierowania robotami w specjalności telekomunikacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń teletechnicznych bez ograniczeń.

Prezes Urzędu wywiódł, że uprawnienia budowlane Pana M. M. zostały wydane na podstawie nieobowiązującego już rozporządzenia z 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym (Dz. U. z 1995 r., Nr 120, poz. 581). Zgodnie z tym rozporządzeniem, uprawnienia budowlane w telekomunikacji nadawane były bez ograniczeń lub w ograniczonym zakresie do:

- 1) projektowania,
- 2) kierowania robotami budowlanymi,
- 3) projektowania i kierowania robotami budowlanymi,

w specjalizacjach wyodrębnionych w ramach specjalności instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń w telekomunikacji:

a) przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, dotyczącej urządzeń liniowych i stacyjnych,

b) radiowej, dotyczącej obiektów nadawczych radiofonii i telewizji naziemnej oraz nadawczych i odbiorczych obiektów radiokomunikacyjnych.

Zgodnie z art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U. z 2013 r. poz. 1409 ze zm.) osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Zakres uprawnień budowlanych należy odczytywać zgodnie z treścią decyzji o ich nadaniu i w oparciu o przepisy będące podstawą ich nadania.

Kontrolujący ocenił, że w dacie prowadzenia postępowania moc obowiązującą posiadało rozporządzenie Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2014 r., poz. 1278), które w § 14 ust. 1 przewiduje uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń. Uprawnienia te zezwalają na projektowanie obiektu budowlanego lub kierowanie robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji bezprzewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Z treści uprawnień budowlanych wydanych na rzecz Pana M. M. wynika, że posiadają one ograniczony zakres (nie obejmują uprawnień do kierowania robotami w zakresie telekomunikacji bezprzewodowej). W treści zaświadczenia Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego z dnia 17 marca 2004 r., załączonego przez Unima 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A. do uzupełnionego wykazu osób brak było stwierdzenia, że wydane na jego rzecz uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej, są uprawnieniami bez ograniczeń. Decyzja o nadaniu uprawnień budowlanych jest natomiast decyzją bez ograniczeń, jeśli zawiera wprost taki zapis w treści decyzji.

W związku Prezes Urzędu stwierdził, że uprawnienia budowlane upoważniające do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych są uprawnieniami w zakresie ograniczonym w telekomunikacji przewodowej. Oceniał, że skoro zgodnie z SIWZ zamawiający wymagał legitymowania się przez kierownika budowy uprawnieniami budowlanym w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń Unima 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A. podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Zdaniem Prezesa Urzędu naruszenia zamawiającego mają wpływ na wynik postępowania, gdyż odrzucenie oferty Qumak S.A. i wykluczenie Unima 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A. powoduje konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. O udzielenie zamówienia ubiegali się wyłącznie wskazani wykonawcy.

Ad. 3. Zamawiający w celu oceny spełniania warunku zdolności finansowej wymagał w pkt VI.1.7 SIWZ złożenia przez wykonawców informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzający wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, czyli dokumentu, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr

226, poz. 1817). Mając na uwadze, że postępowanie zostało wszczęte w 30 stycznia 2015 r., tj. po dacie wejścia w życie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231 dalej jako „rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów”), zamawiający winien sformułować warunki udziału w postępowaniu z uwzględnieniem zawartych w nim wymagań, tymczasem zamawiający oparł się na nieobowiązującym akcie prawnym. Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 10) rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. zamawiający mógł żądać od wykonawcy przedstawienia informacji dowolnego banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, niekoniecznie tego, w którym wykonawca posiada rachunek. Wskazując, że oczekuje informacji pochodzącej od banku, w którym wykonawca posiada rachunek, zamawiający, formułując treść części VI.1.7 SIWZ, naruszył § 1 ust. 1 pkt 10) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Ad. 4. Zamawiający zawarł z Qumak S.A. umowę 23 marca 2015 r. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało natomiast opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 38895 – 2015 w dniu 19 marca 2015 r.

Zgodnie z art. 95 ust. 1 Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dacie prowadzenia badanego postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli wartość zamówienia lub umowy ramowej jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Działanie zamawiającego polegające na zamieszczeniu ogłoszenia o udzieleniu zamówienia przed datą jego faktycznego udzielenia, tj. przed dniem podpisania umowy z w Qumak S.A. stanowi naruszenie art. 95 ust. 1 Pzp.

Ad. 5. Z dokumentacji kontrolowanego postępowania wynika, że zamawiający dokonał ustalenia szacunkowej wartości zamówienia 13 lipca 2014 r. Ogłoszenie o zamówieniu zostało natomiast opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 13013-2015 w dniu 30 stycznia 2015 r. Porównując daty ustalenia szacunkowej wartości niniejszego zamówienia oraz wszczęcia postępowania o jego udzielenie należy zatem stwierdzić, że upłynęło pomiędzy nimi 6 miesięcy i 17 dni.

Zamawiający naruszył art. 35 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi oraz nie

wcześnie niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane.

Pismem z 6 września 2017 r. (*presentata* 7 września 2017 r.) zamawiający wniósł zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli, w których podniósł następujące argumenty:

Ad. 1. Qumak S.A. złożył ofertę, która zawierała oznaczone świadczenie – przedmiot oferty. Treść oferty wykonawcy stanowiło jego oświadczenie woli, że wykona zamówienie zgodnie z wymaganiami zamawiającego, natomiast wszystkie dodatkowe informacje podawane w ofercie stanowiły uzupełnienie, uszczegółowienie i dookreślenie powyższego. Wykonawca złożył bowiem w ofercie oświadczenie, że zapoznał się z warunkami przetargu zawartymi w SIWZ wraz z załącznikami i przyjmuje te warunki bez zastrzeżeń, zobowiązał się do zawarcia umowy na warunkach określonych we wzorze umowy, a ponadto wskazał termin realizacji umowy, udzielił gwarancji i rękojmi na wykonane roboty, w tym na użyte materiały, urządzenia i oprogramowanie na okres 36 miesięcy, wskazał cenę i przedłożył kosztorys ofertowy obejmujący wszystkie elementy składające się na przedmiot zamówienia. Zamawiający wskazał również, iż oferta składana w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak każde oświadczenie woli może być przedmiotem wykładni, a jej treść, zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, należy każdorazowo rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji - złożenia oferty zgodnej z SIWZ. Zdaniem zamawiającego, wolą Qumak S.A. było niewątpliwie zaoferowanie przedmiotu zamówienia zgodnego z SIWZ. Ponadto zamawiający wskazał, że brakujące w ofercie Qumak S.A. części załącznika nr 6 do OPZ stanowiły w istocie dokumenty składane na potwierdzenie, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, czyli stanowiły tzw. dokumenty przedmiotowe, o których mowa w § 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów podlegające uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Tytuł spornego załącznika brzmiał: „Minimalne wymagania techniczne w stosunku do elementów systemu instalacja LAN, urządzeń aktywnych sieci i okablowania dla potrzeb przekazu TV, system interkomowy oraz okablowania na potrzeby przyłącza miejskiej światłowodowej sieci szerokopasmowej – potwierdzenie spełnienia warunków przez elementy oferowane przez wykonawcę”. Nadto w jego treści zamawiający podał, iż w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy parametrów technicznych oferowanych elementów wykonawca zobowiązany jest wypełnić poniższe tabele przez podanie w odpowiednich miejscach parametrów technicznych oferowanych elementów, a także ich producenta, nazwy/typu i numeru produktu z katalogu producenta.

Wywiódł również, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej czynność odrzucenia oferty może być dokonana jedynie po dokładnej i wnikliwej analizie, w wyniku

której zamawiający ustali ponad wszelką wątpliwość, że badana oferta jest rzeczywiście merytorycznie niezgodna z SIWZ. W odniesieniu do oferty złożonej przez Qumak S.A., zamawiający stwierdził, iż na moment jej złożenia takiej pewności nie posiadał. Ponadto zwrócił uwagę, iż nie zastrzegł w treści SIWZ, iż nie dołączenie wszystkich załączników do OPZ będzie skutkowało odrzuceniem oferty. Zamawiający podniósł także, iż nawet gdyby przyjąć, iż w świetle postanowień SIWZ przedmiotowy charakter dokumentów mógł budzić wątpliwości, to w jego opinii powinny one być rozstrzygane na korzyść wykonawców, co w badanej sprawie zamawiający uczynił, wzywając Qumak S.A. do uzupełnienia brakującej części załącznika do oferty.

Ad. 2. Zdaniem zamawiającego rozstrzygające znaczenie powinno mieć brzmienie SIWZ, zgodnie z którym zamawiający wymagał wskazania osób, które uzyskały uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności telekomunikacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń teletechnicznych bez ograniczeń lub odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, obowiązujących przed wejściem w życie aktu regulującego te uprawnienia w dacie prowadzenia postępowania, to jest rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2014 r., poz. 1278). Zamawiający podniósł, że w rozporządzeniu Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, na podstawie którego uzyskał uprawnienia Pan M., posługiwano się odmienną terminologią aniżeli w obowiązującym w dacie prowadzenia kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia rozporządzeniu Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, co jednakże nie oznacza, że osoba legitymująca się uprawnieniami nadanymi w dacie obowiązywania pierwszego z wymienionych rozporządzeń nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem zamawiającego, biorąc pod uwagę, że w zaświadczeniu o nadaniu uprawnień budowlanych Panu M. nie wskazano, że mają one ograniczony zakres, można je uznać za równoważne w stosunku do uprawnień wymaganych przez zamawiającego w SIWZ. Zamawiający wyraził również pogląd, iż dokładne porównywanie zakresów nadawanych niegdyś i obecnie uprawnień budowlanych jest niecelowe i może prowadzić do ograniczenia konkurencji oraz dyskryminacji wykonawców, przywołując na poparcie tej tezy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lipca 2011 r. (sygn. akt KIO 1332/11, KIO 1333/11).

Ad. 3-5. Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej, w odniesieniu do naruszenia stwierdzonego w pkt 3-5 Informacji nie zakwestionował ustaleń kontroli w zakresie stanu faktycznego będącego podstawą sformułowania zarzutów ani jego oceny prawnej jednakże w jego ocenie naruszenie to nie było istotne i nie miało wpływu na wynik postępowania.

Prezes Urzędu nie uwzględnił zastrzeżeń zamawiającego i pismem z 20 września 2017 r. przekazał je Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w celu wydania opinii przez Izbę.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu i zamawiającego oraz dokumentami zgromadzonymi w aktach postępowania kontrolnego zważyła, co następuje:

Izba oceniła zastrzeżenia na podstawie przepisów ustawy obowiązujących w dacie wszczęcia kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia stosownie do dyrektyw zawartych w art. 220 ust. 1 Pzp.

Stan faktyczny ustalony w toku kontroli nie był kwestionowany w zastrzeżeniach, zgodnie z kognicją Izby, polegającą na rozpoznaniu zastrzeżeń zamawiającego od wyników kontroli, stał się podstawą oceny.

W odniesieniu do zarzutów opisanych w pkt 3-5 zamawiający nie kwestionował również oceny prawnej, tym samym przyznał, że dopuścił się naruszeń wskazanych przez Prezesa Urzędu w Informacji o wynikach kontroli. Wywodzenie przez zamawiającego w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej, że naruszenia te nie były istotne i nie miały wpływu na wynik postępowania, pozbawione jest doniosłości prawnej. Zgodnie z art. 167 ust. 3 w zw. z art. 166 ust. 1 pkt 2 Pzp Izba dokonuje jedynie oceny w zakresie legalności stanowiska Prezesa UZP o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy. Przepisy ustawy nie dają Izbie szerszych uprawnień, w tym również w zakresie dokonywania oceny wpływu stwierdzonych naruszeń przepisów ustawy na wynik postępowania, ani żadnej innej oceny wartościującej powagę stwierdzonego naruszenia.

W pozostałym zakresie stanowisko zamawiającego sprowadzało się do odmiennej oceny prawnej wywodzonej z ustaleń Prezesa Urzędu w odniesieniu do naruszeń wskazanych w pkt 1-2.

Ad. 1. Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu i uznała, że oferta Qumak S.A. zawierała braki, które nie podlegały uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie bowiem z treścią tego przepisu, w brzmieniu obowiązującym w toku badanego postępowania o udzielenie zamówienia, uzupełnieniu podlegają wyłącznie oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp (tzw. dokumenty podmiotowe lub przedmiotowe) lub pełnomocnictwa, natomiast dokumenty składające się na treść oferty, identyfikujące przedmiot świadczenia wykonawcy, nie podlegają uzupełnieniu. Odpowiada to wyrażonej w art. 87 ust. 1 Pzp zasadzie niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert, doprecyzowującej pryncypium wyrażone w art. 82 ust. 1 Pzp, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia można złożyć jedną ofertę. Wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem art. 87 ust. 1 Pzp nie może zatem – za wyjątkiem sytuacji opisanych w

zamkniętym katalogu zawartym w art. 87 ust. 2 Pzp - prowadzić do zmiany oferty. Zmiana oferty polegać może nie tylko na zastąpieniu jej treści przez treść nową, ale również na tym że wykonawca uzupełnia ofertę o treść nie wyrażoną w niej wcześniej, pominiętą wbrew obowiązкови wynikającemu z SIWZ. Dopuszczone przez art. 87 ust. 1 Pzp wyjaśnienia treści oferty stanowią wyłącznie rodzaj wykładni oświadczenia stanowiącego ofertę i powinny mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty. Izba nie miała wątpliwości, że pominięcie w ofercie Qumak S.A. urządzeń, które identyfikowały i indywidualizowały świadczenie wykonawcy w aspekcie merytorycznym, nie formalnym, stanowi nieusuwalną wadę tej oferty. Brak jest bowiem jakiegokolwiek dla kwalifikacji tego braku, jako omyłki podlegającej poprawieniu. Wyjaśnienia złożone przez Qumak S.A. w istocie wytworzyły treść oferty, która nie była znana zamawiającemu, ani nie była możliwa do ustalenia na podstawie informacji zamieszczonych w ofercie. Samo oświadczenie wykonawcy o zamiarze wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego nie tworzy treści oferty w okolicznościach faktycznych badanego postępowania, gdzie wykonawcy zobowiązani byli do złożenia załączników do OPZ charakteryzujących oferowane przez nich rozwiązania. W związku z tym brak jest podstaw do kwalifikacji załączników do OPZ jako dokumentów przedmiotowych, potwierdzających zgodność oferowanych robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego, ani tym bardziej, że SIWZ była niejasna. Przeciwnie wymagania SIWZ były jednoznaczne. Gdyby było inaczej wezwanie kierowane do Qumak S.A. w trybie art. 87 ust. 1 Pzp byłoby bezpodstawne.

W związku z Izba podzieliła ocenę Prezesa Urzędu, że oferta Qumak S.A. podlegała odrzuceniu z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, a zaniechanie tej czynności stanowiło naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ad. 2. W zakresie oceny uprawnień budowlanych Pana M. M. Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu. Zamawiający w SIWZ dopuścił możliwość wykazania się uprawnieniami budowlanymi do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, zatem uprawniają do pełnienia tych funkcji w zakresie odpowiadającym uprawnieniom do kierowania robotami w specjalności telekomunikacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń teletechnicznych bez ograniczeń. Pogląd zamawiającego, że porównywanie zakresów nadawanych kiedyś i obecnie uprawnień jest niecelowe nie znajduje oparcia w przepisach. Zgodnie z art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Jakkolwiek sporne uprawnienia Pana M. M. zostały nadane w roku 1997 po wejściu w życie ustawy Prawo budowlane, to reguła ta mająca charakter ogólny znajduje w ocenie składu orzekającego

zastosowanie *per analogiam* w sytuacjach kolejnych zmian aktów wykonawczych do tej ustawy normujących kwestie uprawnień budowlanych. Dokonywanie porównań wymagań stawianych osobom, które będą pełnić samodzielne funkcje techniczne w budownictwie jest zatem nie tylko celowe, ale i niezbędne.

Nie można pomijać, że na gruncie ustawy zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp wiążą zamawiającego na każdym etapie postępowania. W SIWZ zamawiający wymagał uprawnień w branży teletechnicznej, których zakres jest nieograniczony, zatem nie może bez naruszenia zasad postępowania obniżyć swoich wymagań przy ocenie zdolności wykonawców do wykonania zamówienia.

Przywoływane przez zamawiającego orzeczenie Izby o sygn. akt KIO 1332/11, KIO 1333/11 dotyczyło innego stanu faktycznego niż występujący w badanym postępowaniu, a ponadto nie wynika z niego generalny wniosek o braku celowości i potrzeby porównywania zakresów obowiązujących aktualnie i kiedyś uprawnień budowlanych w każdym przypadku. Z dokumentu dotyczącego uprawnień posiadanych przez Pana M. wynika, że posiada on uprawnienia budowlane wyłącznie w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, natomiast uprawnienia te nie obejmują telekomunikacji bezprzewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Uprawnień tych nie można więc uznać za odpowiadające uprawnieniom w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń nadawanym na podstawie rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, których zamawiający wymagał – nie są uprawnieniami „w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń”. Uprawniony jest pogląd kontrolującego, że nawet na gruncie rozporządzenia z 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym uprawnienia Pana M. były ograniczone. W dacie wydawania tych uprawnień Panu M. istniały dwie specjalizacje telekomunikacyjne (przewodowa oraz radiowa). Tym samym Pan M. w dacie nadawania mu uprawnień również nie posiadał pełnych uprawnień budowlanych w zakresie telekomunikacyjnym.

Z konstatacji tej wynika, że nie wykluczając Unima 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A. na podstawie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp zamawiający dopuścił się naruszenia tego przepisu ustawy. Czynność wykluczenia wykonawcy powinna być poprzedzona wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 Pzp umożliwiającym wykonawcy poprawienie błędów w złożonych dokumentach. Z ustaleń zawartych w Informacji o wyniku kontroli wynika, że zamawiający wzywał Unima 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A. do złożenia dokumentów dotyczących Pana Mariana M. w odniesieniu m.in. do zakresu uprawnień do kierowania robotami w specjalności telekomunikacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń teletechnicznych, które to informacje – wbrew wymaganiom zamawiającego - zostały pominięte w wykazie złożonym przez wykonawcę. W tej sytuacji ponawianie wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp byłoby

niedopuszczalne, jako że wezwanie to w odniesieniu do danych okoliczności ma charakter jednokrotny.

Unima 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A. dopuścił się błędu w wykazie osób złożonym wraz z ofertą polegającego na pominięciu informacji dotyczących uprawnień budowlanych Pana M. Uzupełnienie wykazu obarczone było kolejnym błędem, gdyż uprawnienia te okazały się niewystarczające dla wykazania warunków udziału w postępowaniu. Naprawienie tego błędu nie jest już możliwe.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....