

Sygn. akt: KIO/KU 35/19

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 30 kwietnia 2019 r.**

Po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe

Nadleśnictwo Ruszów

Ul. Leśna 2

59-950 Ruszów

dotyczących Informacji o wyniku kontroli uprzedniej (znak pisma: UZP/DKZP/WKZ4/420/362(27)/18/SD) z dnia 5 kwietnia 2019 r. w przedmiocie zamówienia na odbudowę zbiornika retencyjnego Dębowy 13-22-1.1-04 wraz z infrastrukturą towarzyszącą w ramach projektu POIS.02.01.00-00-0005/16-00

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:

Luiza Łamejko

Członkowie:

Jolanta Markowska

Lubomira Matczuk-Mazuś

wyraża następującą opinię:

zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia z dnia 9 kwietnia 2019 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) kontrolą uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na odbudowę zbiornika retencyjnego Dębowy 13-22-1.1-04 wraz z infrastrukturą towarzyszącą w ramach projektu POIS.02.01.00-00-0005/16-00 w zakresie czynności dokonanych po wykonaniu przez Zamawiającego treści uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2019 r., sygn. akt KIO KU 9/19.

W przesłanej Zamawiającemu Informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu poinformował, że po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania stwierdził naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Prezes Urzędu na wstępie przypomniał, że w przedmiotowym postępowaniu przeprowadził kontrolę uprzednią, w konsekwencji której stwierdził m.in. naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez dwukrotne wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcy Usługi Budowlane R. W. do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w zakresie informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla podmiotu trzeciego firmy Biuro Projektowe SYNTECH S. i J. Sp. J. oraz dokonanie wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Ponadto, z uwagi na fakt, że ww. wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania, Prezes Urzędu odstąpił od stwierdzenia naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie zaniechania wezwania wykonawcy Usługi Budowlane R. W. do uzupełnienia wykazu kadry o informacje potwierdzające, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego. Z analizy dokumentacji postępowania nie wynikało bowiem, aby osoby wskazane do pełnienia funkcji Kierownika budowy oraz projektanta posiadały wymagane doświadczenie zawodowe. Informacja o wyniku kontroli została przekazana Zamawiającemu przy piśmie z dnia 10 stycznia 2019 r. Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu w zakresie ww. naruszenia przepisów ustawy Pzp i pismem z dnia 16 stycznia 2019 r. wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli uprzedniej w powyższym zakresie. Pismem z dnia 30 stycznia 2019 r. Prezes urzędu nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego, w związku z czym zostały one przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Prezes Urzędu podał, że Krajowa Izba Odwoławcza wydała uchwałę w dniu 14 lutego 2019 r., sygn. akt KIO KU 9/19, w której częściowo uwzględniła zastrzeżenia Zamawiającego

wniesione do Informacji o wyniku kontroli z dnia 10 stycznia 2019 r. W uchwale Izba stwierdziła, że:

- 1) Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez dwukrotne wezwanie wykonawcy Usługi Budowlane R. W. do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w zakresie informacji Krajowego Rejestru Karnego dla podmiotu trzeciego firmy Biuro Projektowe SYNTECH S. i J. Sp. J. Tym samym, wykonawca nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.
- 2) Zamawiający zaniechał wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcy Usługi Budowlane Robert Wojtasiak do uzupełnienia informacji o długości okresu doświadczenia zawodowego osób przewidzianych do pełnienia funkcji kierownika budowy i projektanta. Z uwagi na uwzględnienie zastrzeżeń Zamawiającego w zakresie ww. pkt 1, Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązała Zamawiającego do wezwania wykonawcy o brakujące informacje.

Kontrolujący wskazał także, że pismem z dnia 18 marca 2019 r. zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o udzielenie wyjaśnień czy Zamawiający zgodnie z treścią ww. uchwały Krajowej Izby Odwoławczej wezwał wykonawcę Usługi Budowlane Robert Wojtasiak do uzupełnienia wymaganych w pkt 6.2 lit. c SIWZ informacji o długości okresu doświadczenia zawodowego osób przewidzianych do pełnienia funkcji kierownika budowy oraz projektanta. W przypadku odpowiedzi twierdzącej, poproszono o przesłanie stosownych dokumentów. Ponadto, poproszono o udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy w świetle informacji uzyskanych w wyniku realizacji treści ww. uchwały Krajowej Izby Odwoławczej zmianie uległ wybór oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 20 marca 2019 r. Zamawiający poinformował, że stosownie do treści uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2019 r. poinformował wykonawców pismem z dnia 12 marca 2019 r. o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 30 października 2018 r. oraz o przystąpieniu do ponownego badania i oceny złożonych ofert. Zamawiający wyjaśnił, że pismem z dnia 12 marca 2019 r. wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcę Usługi Budowlane R. W. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że osoby wskazane do pełnienia funkcji kierownika budowy oraz projektanta posiadają wymagane w SIWZ doświadczenie. W odpowiedzi na powyższe wykonawca w dniu 14 marca 2019 r. przedłożył wymagane dokumenty. Pismem z dnia 18 marca 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Usługi Budowlane R. W.

Prezes Urzędu poinformował, że w dniu 22 marca 2019 r. zwrócił się do

Zamawiającego m.in. z prośbą o udzielenie wyjaśnień czy przedłożony w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez wykonawcę Usługi Budowlane R. W. dokument pn. „Doświadczenie zawodowe projektanta Kazimierza Zalewskiego nr uprawnień 516/78 i 2732/94 do projektowania, kierowania, nadzorowania i kontrolowania technicznego robót bez ograniczeń w specjalności wodno-melioracyjnej” jest jedynym dokumentem złożonym przez ww. wykonawcę w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie 5-letniego doświadczenia zawodowego osoby wskazanej do pełnienia funkcji projektanta. Kontrolujący zwrócił uwagę, że z załączonego do pisma Zamawiającego z dnia 20 marca 2019 r. dokumentu wynika, że pan K. Z. pełnił funkcję projektanta dla niżej wymienionych zadań:

- 1) „Projekt budowy zbiornika nr 2 (...) Nadleśnictwo Szklarska Poręba. Dokumentację projektowo-kosztorysową wykonano w okresie od października 2010 r. do listopada 2011 r.”;
- 2) „Projekt budowy zbiorników retencyjnych (...) – Nadleśnictwo Śnieżka. Dokumentację projektowo-kosztorysową wykonano w okresie od 31 marca 2011 r. do dnia 3 października 2012 r.” (doświadczenie częściowo pokrywa się z doświadczeniem zdobytym w ramach realizacji inwestycji wskazanej w pkt 1);
- 3) „Projekt odbudowy czterech zbiorników bocznych (...) – Nadleśnictwo Jawor. Dokumentację projektowo-kosztorysową wykonano w okresie od kwietnia 2013 r. do października 2013 r.”;
- 4) Projekt odtworzenia zbiornika w oddziale 231i (...) – Nadleśnictwo Henryków. Dokumentację projektową opracowano od 12.03.2014 r. – 30.07.2014 r.”;
- 5) Projekt modernizacji zbiornika małej retencji Kłopotów – Nadleśnictwo Lubin. Dokumentację projektową opracowano od 07.12.2015 r. do 25.09.2017 r.”.

W związku z powyższym, Kontrolujący zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą do pełnienia funkcji projektanta, która posiada co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe polegające na projektowaniu robót.

Jak podał Prezes Urzędu, pismem z dnia 29 marca 2019 r. Zamawiający udzielił wyjaśnień, że przedłożony w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez wykonawcę Usługi Budowlane R. W. dokument pn. „Doświadczenie zawodowe projektanta Kazimierza Zalewskiego nr uprawnień 516/78 i 2732/94 do projektowania, kierowania, nadzorowania i kontrolowania technicznego robót bez ograniczeń w specjalności wodno-melioracyjnej” jest jedynym dokumentem (wraz z załącznikami potwierdzającymi fakt wykonania prac projektowych wskazanych w zestawieniu) złożonym przez ww. wykonawcę

w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie 5-letniego doświadczenia zawodowego osoby wskazanej do pełnienia funkcji projektanta.

W dalszej części wyjaśnień Zamawiający wskazał, że „(...) arbitralnie przyjęta przez kontrolujących, metoda oceny spełnienia ww. warunku, w żaden sposób nie odzwierciedla woli i intencji Zamawiającego, jak również nie wynika z brzmienia pkt. 6.2. lit. c) SIWZ w którym warunek zawarto, czy też kontekstu w jakim ów warunek się znajduje. (...) Zamawiający w treści SIWZ wskazał, iż tytułem potwierdzenia przez wykonawców spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, wymagać będzie wykazania dysponowania minimum 1 osobą pełniącą funkcję projektanta, posiadającą uprawnienia w zakresie budownictwa wodnego, posiadającą minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe, licząc od dnia uzyskania uprawnień, polegające na projektowaniu robót w wymienionym zakresie. Istotnym dla prawidłowej interpretacji tegoż zapisu jest to, iż doświadczenie w projektowaniu (niezależnie od jego przedmiotu), nabywa się poprzez ciągłość wykonywania prac projektowych, a także ilość dokumentacji projektowych wykonanych w określonej branży. Nadmienić przy tym należy, iż doświadczenie o którym mowa, nie sprowadza się wyłącznie do samej czynności projektowania, lecz rozszerza się również na inne czynności z tym związane, jak np. nadzór autorski nad opracowaną dokumentacją projektową. Katalog obowiązków projektanta, których wypełnienie przekłada się na późniejsze doświadczenie zawarty jest przede wszystkim w art. 20 ust. 1 Prawa budowlanego. (...)

Zamawiający, ustanawiając przedmiotowy warunek miał na względzie wykazanie, iż osoba/osoby skierowane do wykonywania prac projektowych, nie zajmują się tą działalnością incydentalnie i przypadkowo, a przeciwnie wykonują ten zawód począwszy od daty uzyskania stosownych uprawnień w sposób ciągły i nie przerwany wykazując znaczną ilość wykonanych dokumentacji projektowych w przedmiocie związanym z udzielanym zamówieniem publicznym, a tym samym legitymując się uzyskanym w ten sposób doświadczeniem i wiedzą.

W kontekście powyższego podkreślenia wymaga, iż dla oceny doświadczenia nie ma i nie może mieć znaczenia czas wykonywania poszczególnych projektów, gdyż ten jest uzależniony od wielu czynników, w tym w większości całkowicie niezależnych od projektanta (vide zmiany koncepcji inwestora, zmiany warunków finansowania inwestycji skutkujące zmianami w projekcie, zmiany technologii wykonywania prac, czy też bardziej prozaiczne, jak uzyskanie uzgodnień, pozwoleń i innych decyzji administracyjnych), co m.in. przewidział również sam Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, uwzględniając powyższe jako przesłanki do zmiany umowy w zakresie terminu wykonania zamówienia, czy też

uzależniając od nich uruchomienie poszczególnych etapów zadania.

Tym samym przyjęcie czasu wykonywania dokumentacji projektowej jako wyznacznika doświadczenia osoby projektanta prowadzi do oczywiście niekorzystnych dla Zamawiającego (Inwestora), ale i wręcz niewłaściwych wniosków, kiedy osoba wykonująca jeden projekt przez okres np. 5 lat, wykazywałaby się większym doświadczeniem, niż osoba która w krótszym okresie czasu zrealizowała tych projektów dwa lub więcej. Jak więc wykazano powyżej, taka formuła oceny jest z gruntu wadliwa i prowadzi do nieprawidłowych wniosków.

Odnosząc się w tym miejscu do dokumentu przedłożonego przez wykonawcę, tj. Usługi Budowlane R. W., a także chcąc przedstawić sposób w jaki Zamawiający dokonywał oceny Wykonawcy, poprzez pryzmat przedłożonego przezeń dokumentu – Zamawiający wskazuje, iż treść tegoż dokumentu wraz z jego załącznikami dowodzi, iż wskazany jako osoba wykonująca funkcję projektanta Pan K. Z., w latach 2010 – 2017 (a zatem łącznie w okresie 7 lat) wykonał 5 dokumentacji projektowych ściśle związanych z przedmiotem niniejszego zamówienia, co wypełnia w całości omawiany w niniejszym piśmie warunek z pkt 6.2. lit. c) SIWZ (...).

Prezes Urzędu stwierdził, że z analizy dokumentacji postępowania, w tym z dokumentów przedłożonych przez wykonawcę Usługi Budowlane R. W. na wezwanie z dnia 12 marca 2019 r. wynika, że Pan K. Z. wskazany do pełnienia funkcji projektanta posiada łącznie 57 miesięcy i 3 dni (przy obliczeniu pełnych miesięcy byłaby to liczba 59 miesięcy) doświadczenia zawodowego.

Kontrolujący podkreślił, że to zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań (warunków), uwzględniając wszelkie istotne informacje, w tym specyfikę zamówienia objętego prowadzonym postępowaniem. Wskazane warunki oraz wymagania są wiążące dla zamawiającego i wykonawców w toku postępowania i tylko wobec jasno sprecyzowanych warunków i wymagań wprost wyrażonych w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ można dokonać prawidłowej oceny ich spełnienia. Oznacza to, jak zauważył Prezes Urzędu, Zamawiający miał obowiązek zweryfikować wykonawcę pod kątem spełnienia opisanego przez siebie warunku. Kontrolujący podkreślił, że Zamawiający nie jest uprawniony do interpretowania postawionych przez siebie warunków na etapie złożonych ofert i odpowiedniego dostosowania przyjętej interpretacji względem konkretnego wykonawcy. Jak zaznaczył Kontrolujący, jeżeli w ocenie Zamawiającego dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu wystarczające było wykazanie, aby osoba skierowana do pełnienia funkcji projektanta legitymowała się doświadczeniem w ilości wykonanych dokumentacji projektowych lub doświadczeniem w zakresie pełnienia nadzoru autorskiego

nad dokumentacją projektową, Zamawiający przed upływem terminu składania ofert mógł dokonać stosownej modyfikacji ogłoszenia i SIWZ w tym zakresie. W przedmiotowej sprawie do takiej zmiany ogłoszenia i SIWZ nie doszło, zatem Zamawiający zobligowany był do badania spełniania warunku zgodnie z jego literalnym brzmieniem w dokumentacji postępowania. Kontrolujący podkreślił, że niedopuszczalne jest interpretowanie przez Zamawiającego postawionych wymagań po otwarciu ofert i odpowiednie dostosowanie przyjętej interpretacji do konkretnego wykonawcy.

Prezes Urzędu wskazał na dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i stwierdził, że Zamawiający zobowiązany był do wykluczenia wykonawcy Usługi Budowlane R. W. z udziału w postępowaniu, wobec nie przedłożenia przez ww. wykonawcę dokumentów, z których wynikałoby spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą wskazaną do pełnienia funkcji projektanta. Tym samym, jak uznał Prezes Urzędu, Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Kontrolujący zaznaczył, że naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp miało wpływ na wynik postępowania.

Kontrolujący zalecił Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie wykonawcy Usługi Budowlane R. W. z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a następnie dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 9 kwietnia 2019 r. (znak: K.270.1.58.2018) Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do wyniku kontroli. Zamawiający podniósł zarzut błędu Kontrolującego w poczynionych ustaleniach faktycznych, stanowiących podstawę do sformułowania zarzutu. Zamawiający podtrzymał wyrażoną w piśmie z dnia 25 marca 2019 r. tezę o arbitralności dokonanych w trakcie kontroli ustaleń i przyjęciu na ich podstawie błędnych i zbyt daleko idących wniosków. Zdaniem Zamawiającego, wykładnia treści pkt 6.2 lit. c) SIWZ nie potwierdza słuszności wniosków Kontrolującego wyciągniętych zarówno w odniesieniu do opisanych w jego treści wymagań minimalnych, określonych dla osób wskazanych przez wykonawcę do pełnienia funkcji projektanta, jak również co do sposobu wykazania spełnienia warunków, które to wnioskowanie, jako jedyne słuszne, zostało wprost narzucone przez Kontrolującego stronom postępowania, zarówno w treści pisma Prezesa Urzędu z dnia 22 marca 2019 r., jak również konsekwentnie powielane w treści Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 5 kwietnia 2019 r.

W ocenie Zamawiającego, Kontrolujący dokonał niczym nie uzasadnionej, błędnej i zbyt daleko idącej nadinterpretacji dokumentów zgromadzonych w postępowaniu, co więcej, wbrew faktom, jakie te dokumenty potwierdzają. Zamawiający stwierdził, że z treści pkt 6.2

lit. c) SIWZ wynika, że Zamawiający wymaga, aby na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia wykonawca dysponował w dacie złożenia oferty lub też na etapie realizacji zamówienia (vide sformułowanie „dysponuje lub będzie dysponował”) osobą pełniącą funkcję projektanta (i) posiadającą uprawnienia w zakresie budownictwa wodnego, (ii) posiadającą minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe, przy czym Zamawiający nie konkretyzuje iloma i jakimi pracami projektant winien się legitymować. Co więcej, jak zauważył Zamawiający, w załączniku nr 13 do SIWZ Zamawiający wymaga wyłącznie wskazania ilości lat posiadanego doświadczenia oraz informacji o podstawie dysponowania daną osobą.

Zamawiający postawił pytanie, na jakiej podstawie Kontrolujący wywodzi, że określoną przez Zamawiającego miarą owego doświadczenia jest akurat łączny czas wykonywania przez osobę wskazaną przez wykonawcę dokumentacji projektowych wskazanych na potwierdzenie złożonego oświadczenia.

Zamawiający podkreślił, że żaden zapis SIWZ, czy też jej załączników, nie przemawia za słusznością rozumowania Kontrolującego. Zamawiający wskazał, że przedstawił w piśmie z dnia 25 marca 2019 r. spójne i logiczne wyjaśnienie dotyczące metodologii przyjętej dla oceny spełniania warunku, w którym jednoznacznie opisał swoje intencje i oczekiwania w odniesieniu do doświadczenia osoby projektanta. Jak zaznaczył Zamawiający, oczekiwania Zamawiającego znajdują odzwierciedlenie i poparcie w dokumentach przedstawionych przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z dnia 12 marca 2019 r. Dokumenty te wskazują wprost, jak podkreślił Zamawiający, że wykonawca prawidłowo odczytał oczekiwania Zamawiającego, dając tym dowód właściwej interpretacji zapisów SIWZ.

W ww. piśmie Zamawiający wykazał, w ocenie Zamawiającego, że narzucane mu przez Kontrolującego przyjęcie czasu wykonywania dokumentacji projektowej jako wyznacznika (miary) doświadczenia osoby projektanta prowadzi do oczywiście niekorzystnych dla Zamawiającego (Inwestora), ale i wręcz absurdalnych, wniosków, kiedy np. osoba wykonująca jeden projekt przez okres np. 5 lat wykazywałaby się większym doświadczeniem niż osoba, która w krótszym okresie zrealizowała tych projektów dwa lub więcej, co jednoznacznie dowodzi, że taka formuła oceny jest z gruntu wadliwa i prowadzi do nieprawidłowych wniosków, gdyż czas wykonywania opracowania projektowego jest w większości wypadków uzależniony od działania podmiotów trzecich (organów administracji, podmiotów odpowiedzialnych za uzgodnienia itp., czy wręcz samego inwestora), a zatem jedynie w części zależny od woli projektanta.

Zamawiający podniósł także, że na doświadczenie projektanta składa się szereg elementów, wśród których opracowane dokumentacje projektowe są wyłącznie jednym

z wielu elementów o tym doświadczeniu przesądzających. Jak podał Zamawiający, zgodnie z definicją pochodzącą ze słownika języka polskiego, doświadczenie to ogół wiadomości i umiejętności zdobytych na podstawie obserwacji i własnych przeżyć, zatem, zdaniem Zamawiającego, ograniczanie tegoż doświadczenia wyłącznie do sporządzonych opracowań projektowych, bez oceny ich wartości merytorycznej, stoi w oczywistej sprzeczności z wykładnią językową sformułowanego przez Zamawiającego warunku, o którym mowa w pkt 6.2. lit.c) SIWZ.

Zamawiający stwierdził że ustanawiając przedmiotowy warunek miał na względzie wykazanie, że osoba/osoby skierowane do wykonywania prac projektowych, nie zajmują się tą działalnością incydentalnie i przypadkowo, a przeciwnie, wykonują ten zawód począwszy od daty uzyskania stosownych uprawnień w sposób ciągły i nieprzerwany, wykazując oczywiście pewną ilość wykonanych dokumentacji projektowych, w przedmiocie związanym z udzielanym zamówieniem publicznym, a tym samym legitymując się nabytym w tym czasie i w ten sposób doświadczeniem i wiedzą.

Jak stwierdził Zamawiający, usankcjonowanie narzucanego Zamawiającemu sposobu oceny doświadczenia projektanta w toczącym się postępowaniu, przy jednoczesnym braku dowodów na poparcie słuszności stanowiska Kontrolującego, prowadzi w konsekwencji do rekonstrukcji warunków udziału w postępowaniu i to rekonstrukcji następującej wbrew woli Zamawiającego, która *nota bene* ma miejsce po otwarciu ofert złożonych w postępowaniu, a więc z oczywistym naruszeniem prawa. W ocenie Zamawiającego, działanie takie stoi w oczywistej sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych.

Zamawiający zaznaczył, że jako jedyny w postępowaniu posiada uprawnienie do kształtowania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do przedmiotu zamówienia oraz stopnia jego skomplikowania. Zamawiający przywołał wyrok Krajowej Izby odwoławczej z dnia 19 maja 2017 r., sygn. akt KIO 901/17. Ponadto wskazał za Kontrolującym, że to zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań (warunków) udziału w postępowaniu, z uwzględnieniem wszystkich istotnych informacji, w tym specyfiki zamówienia objętego prowadzonym postępowaniem. Zamawiający podkreślił jednak, że ta odpowiedzialność daje mu również prawo do konstruowania ich wedle swojej woli i oczekiwań, których granice stanowią wyłącznie przepisy dotyczące zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu i które należy odczytywać w taki sposób, w jaki zostało to przez zamawiającego zapisane.

W ocenie Zamawiającego, skoro konstrukcja warunków stanowi wyłączny przymiot Zamawiającego, w sytuacji, gdy brak ustawowej definicji pojęcia „warunków udziału w postępowaniu”, słusznym jest uwzględnienie przez Zamawiającego w jak najszerszym

zakresie wszelkich okoliczności faktycznych lub prawnych, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe, wraz z opisanym wcześniej „szerokim” podejściem do zdarzeń i czynności tworzących doświadczenie wykonawcy (lub osoby, którą będzie się posługiwał) uzasadnia, zdaniem Zamawiającego, przyjętą metodologię oceny doświadczenia wykonawców, co, jak wynika z całości dokumentacji postępowania, nie spotkało się ze sprzeciwem wykonawców. To z kolei, jak zauważył Zamawiający, potwierdza, że warunki te zostały ukształtowane przez Zamawiającego z poszanowaniem zasady proporcjonalności. W przekonaniu Zamawiającego, przyjęcie innego podejścia, w tym prezentowanego przez Kontrolującego, prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu. Odstąpienie przez Zamawiającego od ustalonych przez siebie wymagań podmiotowych stanowi naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp równego traktowania, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości. Zamawiający zwrócił uwagę, że zasady te sprzeciwiają się temu, aby zmieniać reguły oceny zdolności podmiotowej wykonawców po złożeniu ofert. Jak wskazał Zamawiający, wykonawcy zainteresowani zamówieniem oceniają swoje możliwości wzięcia udziału w danym postępowaniu na podstawie upublicznionych wymagań zamawiającego, zatem zmiana tych wymagań w trakcie postępowania, godzi zarówno w prawa wykonawców, którzy po ocenie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zdecydowali się na wzięcie udziału w postępowaniu, jak i tych, którzy złożyli ofertę, oczekując respektowania przez zamawiającego zapisanych warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2018 r., sygn. akt KIO 828/18.

Zamawiający stwierdził, że brak jest podstaw faktycznych i prawnych do narzucania Zamawiającemu przez kogokolwiek sposobu i metod oceny spełnienia stawianych warunków, co z kolei prowadzi do wniosku o słuszności stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego, że wskazany jako osoba wykonująca funkcję projektanta Pan K. Z. w latach 2010 – 2017 (a zatem łącznie przez 7 lat) wykonał 5 dokumentacji projektowych ściśle związanych z przedmiotem zamówienia, co w ocenie Zamawiającego, wypełnia w całości warunek z pky 6.2. lit. c) specyfikacji w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia, gdyż projektant legitymuje się 7 letnim doświadczeniem w projektowaniu. Powyższe, zdaniem Zamawiającego, skutkuje brakiem przesłanki wykluczenia wykonawcy Usługi Budowlane R. W. z postępowania i przesądza o prawidłowości poczynań Zamawiającego.

Pismem z dnia 19 kwietnia 2019 r. (znak: UZP/DKZP/WKZ4/420/362(30)/18/SD) Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 5 kwietnia 2019 r.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń, na podstawie art. 171a w zw. z art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu przekazał je w dniu 19 kwietnia 2019 r. do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

W ocenie Izby, zastrzeżenia do wyniku kontroli zgłoszone przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie zasługują na uwzględnienie. Analiza akt postępowania potwierdziła, że Prezes Urzędu prawidłowo ustalił stan faktyczny przedmiotowej kontroli.

Nie ulega wątpliwości, że ustalenie warunków udziału w postępowaniu jest obok opisu przedmiotu zamówienia, kluczową czynnością zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Warunki udziału w postępowaniu kształtują krąg podmiotów mogących ubiegać się o dane zamówienie. Z tego względu, istotne jest, aby dokonany przez zamawiającego opis warunków był precyzyjny i nie pozostawiał pola do interpretacji. Wywodzenie z treści warunku na etapie oceny ofert treści, które nie zostały w nim jednoznacznie wyrażone, może skutkować naruszeniem podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zgodziła się z Prezesem Urzędu, że na skutek oceny przez Zamawiającego spełniania warunku przez wykonawcę Usługi Budowlane R. W. w sposób, który nie wynikał z literalnego brzmienia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W pkt 6.2. lit. c) specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawcę dysponowaniem m.in. 1 osobą pełniącą funkcję projektanta, posiadającą uprawnienia w zakresie budownictwa wodnego, posiadającą minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe, licząc od dnia uzyskania uprawnień, polegające na projektowaniu robót w wymienionym zakresie. Treść warunku postawionego przez Zamawiającego bez wątpienia wskazuje na wymóg posiadania co najmniej 5-letniego doświadczenia zawodowego polegającego na projektowaniu robót w zakresie budownictwa wodnego, przy czym do ww. okresu można było zaliczyć pracę wykonywaną po uzyskaniu uprawnień. Zamawiający nie określił liczby projektów, które powinna wykonać dana osoba, nie opisał też, że do okresu doświadczenia można zaliczyć, oprócz projektowania, także inne czynności, jak np. nadzór autorski. Zamawiający nie wskazał także, że ww. doświadczenie należy liczyć w latach. Z treści warunku wynika jednoznacznie, że jedynym wyznacznikiem przy ocenie spełniania warunku był, oprócz posiadania stosownych uprawnień, okres wykonywania prac projektowych.

W tym stanie faktycznym Izba zgodziła się z Kontrolującym, że wywodzenie z opisu warunku na korzyść konkretnego wykonawcy treści, których w literalnego brzmienia warunku w żaden sposób wyinterpretować nie można, jest działaniem nieuprawnionym. Wykonawca Usługi Budowlane Robert Wojtasiak w złożonym oświadczeniu szczegółowo określił czas wykonywania prac projektowych przez Pana K. Z., podając konkretne daty rozpoczęcia i zakończenia prac. Podane informacje wskazują, że ww. wykonawca nie wykazał, że Pan Kazimierz Zalewski posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe polegające na projektowaniu robót w zakresie budownictwa wodnego licząc od dnia uzyskania uprawnień. Zauważyć należy, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania zamawiającemu, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Domniemywanie przez Zamawiającego na etapie oceny ofert informacji, które nie wynikają ze złożonych przez wykonawcę oświadczeń, jak też interpretowanie treści warunku ponad jego literalne brzmienie w taki sposób, aby możliwe było uznanie, że konkretny wykonawca warunek spełnia, narusza przepisy ustawy Pzp. Należy mieć bowiem na uwadze, że opisanie przez Zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiotowego warunku w taki sposób, w jaki warunek ten interpretuje Zamawiający na etapie oceny ofert, mogłoby skutkować znacząco odmienną sytuacją w postępowaniu. Liberalizacja warunku, czy nawet objęcie wymaganym doświadczeniem innych czynności, poza projektowaniem, mogłoby poszerzyć krąg podmiotów ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. Mając na względzie powyższe, Izba przychyliła się do stanowiska Kontrolującego, który stwierdził, że interpretowanie przez Zamawiającego w sposób rozszerzający sprecyzowanego w specyfikacji warunku udziału w postępowaniu prowadzi do dowolności w ocenie ofert, a w konsekwencji do złamania zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości.

Z uwagi na powyższe, Izba stwierdziła, że stanowisko Kontrolującego o naruszeniu przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania jest prawidłowe.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....