

Sygn. akt: KIO/UZP 1120/08

WYROK
z dnia 30 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Ryszard Tetzlaff
Członkowie:	Agnieszka Trojanowska Barbara Bettman
Protokolant:	Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 października 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **BUD-INVENT Sp. z o.o., ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, 02-055 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet Medyczny w Lublinie, al. Raławickie 1, 20-059 Lublin** protestu z dnia **19 września 2008 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje czynność ponownego badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża **Uniwersytet Medyczny w Lublinie, al. Raławickie 1, 20-059 Lublin** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **BUD-INVENT Sp. z o.o., ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, 02-055 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 663 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt trzy złote zero groszy) przez **Uniwersytet Medyczny w Lublinie, al. Raławickie 1, 20-059 Lublin** na rzecz **BUD-INVENT Sp. z o.o., ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, 02-055 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **BUD-INVENT Sp. z o.o., ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, 02-055 Warszawa.**

U z a s a d n i e n i e

Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie usługi Inżyniera Kontraktu wraz z nadzorem inwestorskim dla Kontraktu na roboty ujęte w Projekcie: „*Budowa Teoretycznych Zakładów Naukowych III Uniwersytetu Medycznego w Lublinie*”, nr ref. sprawy: UM-ZP-262-17/08, zostało wszczęte przez Uniwersytet Medyczny w Lublinie, al. Raławickie 1, 20-059 Lublin zwany dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S 134-179893 w dniu 12.07.2008 r.

W dniu 12.09.2008 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania pismo z dnia 10.09.2008 r. informujące o wykluczeniu Wykonawcy: BUD-INVENT Sp. z o. o., ul. Filtrowa 67, 02-055 Warszawa zwanym dalej: „*BUD-INVENT*

Sp. z o. o.” albo „Protestującym lub Odwołującym” i odrzuceniu jego oferty. Ponadto przekazał, pismo z tą sama datą informujące o wykluczeniu Konsorcjum w składzie: Zamojska Dyrekcja Inwestycji Sp. z o.o., ul. Jana Kiepury 6, 22-400 Zamość (Lider Konsorcjum); Krośnieńska Dyrekcja Inwestycji Sp. z o.o., ul. Kościuszki 49, 38-400 Krosno (Partner Konsorcjum) zwanym dalej: „Konsorcjum ZDI” i odrzuceniu jego oferty. Powyższe czynności Zamawiający przeprowadził w trybie art. 24 ust. 3 na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz trybie art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej: „Pzp”. Ponadto, Zamawiający poinformował także 12.09.2008 r. faxem, pismem z dnia 11.09.2008 r. uczestnikom przedmiotowego postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę: ECM Group Polska Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa zwanego dalej: „ECM Group Polska Sp. z o.o.”, z ceną brutto 850.340,00 PLN. Wzmiankowane pismo zawiera również informacje o innych ofertach złożonych w przedmiotowym postępowaniu, które zostały dopuszczone do merytorycznej oceny.

Zamawiający stwierdził, iż w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” Część 1 - IDW w Rozdziale 9 pkt. 1.3.b) wymagał przedłożenia wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, wykształcenia i doświadczenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności. W przypadku Kierownika Zespołu wymagane było wskazanie między innymi: doświadczenia w kierowaniu nadzorem nad realizacją zakończonej inwestycji budowlanej w zakresie budowy/rozbudowy obiektów kubaturowych realizowanej według Warunków Kontraktowych FIDIC lub innych porównywalnych procedur międzynarodowych, o wartości inwestycji nie mniejszej niż 20.000,000 zł.

Wskazał, iż jeśli chodzi o Protestującego: *„Z przedłożonych wraz z ofertą dokumentów (wykaz osób, CV) dotyczących kwalifikacji zawodowych, wykształcenia i doświadczenia Kierownika Zespołu, Pana Krzysztofa P. wynika, że przedstawiony powyżej warunek udziału w postępowaniu jest niespełniony (.....)”*.

Odnosnie Konsorcjum ZDI, zdaniem Zamawiającego: *„Z przedłożonych wraz z ofertą dokumentów (wykaz osób, CV) dotyczących kwalifikacji zawodowych, wykształcenia i doświadczenia Kierownika Zespołu, Pani Jadwigi P. wynika, że przedstawiony powyżej warunek udziału w postępowaniu jest niespełniony (.....)”*.

W dniu 19.09.2008 r. (wpływ bezpośredni do kancelarii) na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 i 2 w zw. z art. 179 ust. 1 Pzp Protestujący złożył protest na:

- czynności badania i oceny ofert;
- czynności wykluczenia nas z postępowania i odrzucenia złożonej przez nas oferty;

- sposobu przeprowadzenia czynności wykluczenia z prowadzonego postępowania wykonawców występujących wspólnie, tj. Konsorcjum ZDI i uznania oferty za odrzuconą;
- zaniechania czynności wykluczenia z prowadzonego postępowania ECM Group Polska Sp. z o.o. i uznania oferty za odrzuconą;
- czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 1 pkt 10, art.24 ust. 2 pkt 2 i 4, art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Domagał się:

- 1) Powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 2) Odstąpienia od czynności wykluczenia Protestującego z postępowania i odrzucenia jego oferty;
- 3) Rozszerzenia uzasadnienia czynności wykluczenia z prowadzonego postępowania Konsorcjum ZDI i uznania oferty złożonej przez wzmiankowanych wykonawców za odrzuconą;
- 4) Dokonania czynności wykluczenia z prowadzonego postępowania ECM Group Polska Sp. z o.o. i uznania za odrzuconą;
- 5) Powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 6) Wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Protestującego.

Podniósł, co następuje:

Po pierwsze, stwierdził, iż w SIWZ jako jeden z warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający postawił wymóg dysponowania osobą na stanowisko Kierownika Zespołu, która posiadałaby, m. in., doświadczenie w kierowaniu nadzorem nad realizacją zakończonej inwestycji budowlanej w zakresie budowy/rozbudowy obiektów kubaturowych realizowanej według Warunków Kontraktowych FIDIC lub innych porównywalnych procedur międzynarodowych o wartości inwestycji nie mniejszej niż 20.000.000,00 zł. Na wzmiankowane stanowisko Protestujący wskazał Pana Krzysztofa P., zaś z przedłożonych wraz z ofertą dokumentów istotnie wynika, jak przyznał Protestujący, że osoba niniejsza nie spełnia postawionych wymogów w zakresie doświadczenia. W takim przypadku, zdaniem Protestującego, Zamawiający winien wezwać niniejszego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, którego przepis stanowi, że Zamawiający wzywa Wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą oświadczeń i dokumentów; potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub którzy złożą dokumenty zawierające błędy do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba, że mimo ich uzupełnienia konieczne byłoby unieważnienie postępowania; oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych

przez zamawiającego nie później niż w dniu wyznaczonym przez Zamawiającego jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. Nadmieniał także, iż powołany przepis, w świetle aktualnego stanu prawnego, znajduje zastosowanie również w przypadku, gdy treść złożonych dokumentów wskazuje na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z opinią prawną Urzędu Zamówień Publicznych, opublikowaną na stronie internetowej www.uzp.gov.pl:

„Z treści art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, iż obowiązek żądania uzupełnienia dokumentów zachodzi w dwóch sytuacjach:

- gdy wykonawcy nie złożyli oświadczeń lub dokumentów;*
- gdy wykonawcy złożyli dokumenty zawierające błędy.*

Niezłożenie oświadczenia lub dokumentu niewątpliwie dotyczy sytuacji, gdy wykonawca w ogóle nie dołączył wymaganego przez zamawiającego oświadczenia lub dokumentu. Wątpliwości budzi natomiast sytuacja, w której wykonawca przedłożył dokument, ale taki, którego treść wskazuje, iż ten wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym powstaje wątpliwość co do obowiązku żądania uzupełnienia dokumentu poprawnego pod względem formalnym, ale wskazującego, iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W stanie prawnym obowiązującym przed wejściem w życie nowelizacji ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. domniemywał pogląd, iż w sytuacji złożenia dokumentu wskazującego na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu zamawiający nie ma uprawnienia do żądania jego uzupełnienia. Przepis art. 24 ust. 1 pkt. 10 ustawy w sposób bezwzględny nakładał bowiem na zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie dopuszczając w tym zakresie żadnych wyjątków. W sytuacji niespełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert/wniosków zamawiający miał obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania. Powyższe potwierdzało również orzecznictwo. W jednym z wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22 września 2005 r. (sygn. akt: V Ca 665/05), czytamy: „Przepis ten (art. 26 ust.3) dotyczy sytuacji, gdy dokument nie został złożony, bądź jego treść wzbudza wątpliwości zamawiającego, natomiast nie stosuje się go wówczas, gdy dokument został złożony, ale bezspornie nie spełnia warunków ustalonych przez zamawiającego.”

Wydaje się, iż powyższy pogląd nie może być uznany za aktualny w świetle nowego brzmienia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy. Zgodnie ze zdaniem drugim tego przepisu, zamawiający ocenia wykonawcę od którego zażądał uzupełnienia, na dzień , w którym upływa wyznaczony termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. Uznania za aktualny dotychczasowego poglądu o braku obowiązku wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów świadczących o braku spełniania warunków wprost prowadziłoby do nierównej sytuacji wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne. Oto bowiem wykonawca nie

spełniający warunków, który złożył stosowny dokument, byłby wykluczony z postępowania o zamówienie publiczne na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy, natomiast wykonawca, który na dzień składania ofert również nie spełnia warunków, ale nie złożył wymaganego dokumentu, byłby wzywany do uzupełnienia dokumentów. Wobec znowelizowanej treści art. 26 ust. 3 ustawy wykonawca, od którego żądamy uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, byłby oceniany nie na dzień upływu terminu składania ofert/wniosków, ale na dzień upływu terminu do złożenia uzupełnionego dokumentu lub oświadczenia. W sytuacji, w której okoliczności faktyczne w okresie pomiędzy upływem terminu składania ofert a upływem terminu na uzupełnienie dokumentów ulegną zmianie w sposób, który sprawi, iż dany wykonawca będzie spełniał warunki udziału w postępowaniu np. zatarcie skazania, uregulowanie zaległości podatkowych, opłat itd.), zamawiający będzie miał obowiązek dopuścić jego ofertę/wniosek do dalszej oceny. Uznanie za aktualny dotychczasowego poglądu prowadziłoby do odmiennej oceny wykonawców w stosunku do których w dniu upływu terminu składania ofert/wniosków zachodzą takie same okoliczności, co stałoby w sprzeczności z podstawową zasadą, równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy). Tym samym, złożenie dokumentu wskazujące na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu stanowi wypełnienie normy zawartej w art. 26 ust. 3 ustawy, niewątpliwie bowiem wykonawca w takiej sytuacji nie złoży „oświadczenia lub dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu”. Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów również wtedy, gdy zostały one złożone, ale nie spełniają wymagań formalnych, np. dokument jest nieaktualny, tj. wystawiony wcześniej niż we wskazanym terminie, złożony w niewłaściwej formie, bez podpisu czy potwierdzenia za zgodność z oryginałem, nieczytelny.

Po drugie, Protestujący wskazał, iż w SIWZ jako jeden z warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający postawił wymóg dysponowania osobą na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności elektrycznej, która winna posiadać co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe, co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego na stanowisku inspektora nadzoru robót elektrycznych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych oraz słaboprądowych. Osoba ta winna posiadać kwalifikacje zawodowe niezbędne do wykonania zamówienia.

ECM Group Polska Sp. z o. o. wskazał na wzmiankowane stanowisko Pana Mieczysława C. Protestujący podniósł, iż Pan Mieczysław C. posiada uprawnienia do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie wydane 12 września 1980 r., Nr ewidencyjny St-419/80, na podstawie ustawy z dnia 24.10.1974 r. Prawo budowlane (Dz. U. 38, poz. 229) oraz rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20.02.1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46). Z treści tych uprawnień wynika, że obejmują one

pełnienie samodzielnej funkcji projektanta oraz kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno - inżynieryjnej w zakresie instalacji elektrycznych, czyli 1) sporządzanie projektów instalacji elektrycznych o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych i schematach technicznych; 2) kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie budów i robót, kierowanie i kontrolowanie wytwarzania elementów konstrukcyjnych instalacji oraz ocenianie i badanie stanu technicznego w zakresie instalacji elektrycznych o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych.

Protestujący zauważył, iż zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 4 ppkt. d) powołanego rozporządzenia - wojewoda stwierdza posiadanie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót oraz funkcji, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 3 i 4 rozporządzenia, w specjalności instalacyjno - inżynieryjnej w zakresie instalacji elektrycznych. W przytoczonym przepisie, zdaniem Protestującego, brak jest stwierdzenia: „o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych”, czyli uprawnienia Pana Mieczysława C. mają węższy zakres aniżeli zakreślony prawem. Są to zatem: „uprawnienia z ograniczeniami”. Potwierdza to pogląd, jak wskazał Protestujący, wyrażony przez radcę prawnego Krzysztofa Z. na łamach miesięcznika: „Inżynier Budownictwa” (2005 r., Nr 9, s. 6), który na pytanie osoby posiadającej uprawnienia budowlane uzyskane w 1984 r. (jako technik), o właściwą interpretację zwrotu: „o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych”, odpowiedział, iż ograniczenia uprawnień wynikają z ich uzyskania jako technik, zaś obecnie osoba ta może uzyskać uprawnienia bez ograniczeń na zasadach ogólnych. Ponadto zauważył też, iż przepisy nie zawierają definicji wyrażenia: „powszechnie znane rozwiązania konstrukcyjne”, a w związku z tym jego zakres jest zawsze elementem podlegającym indywidualnej ocenie w poszczególnych sprawach. Warto też, dodatkowo zauważyć, zdaniem Protestującego, że uprawnienia Pana Mieczysława C. nie zawierają wyłączeń, które można by interpretować, jako wynikające z zakresu specjalności techniczno - budowlanej, co przemawiałoby za tezą, iż mimo wątpliwości są to uprawnienia: „bez ograniczeń” (por. „Inżynier Budownictwa” z 2005 r., Nr 6, s. 19), wręcz przeciwnie, zwrot: „o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych” jednoznacznie wskazuje na ograniczenia uprawnień z punktu widzenia złożoności, a nie zakresu rzeczowego. Dla realizacji usług, będących przedmiotem zamówienia niezbędne jest, z kolei, posiadane przez inspektora nadzoru branży elektrycznej uprawnienia: „bez ograniczeń”. Wynika to w szczególności z posiadanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej robót, do której odwołują się postanowienia SIWZ dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, co czyni dokumentację tą integralną częścią opisu przedmiotu zamówienia i jest wiążąca zarówno dla Wykonawców, jak i dla Zamawiającego.

Odrębną kwestią jest też także, zdaniem Protestującego, iż zakres uprawnień Pana Mieczysława C. obejmuje jedynie instalacje elektryczne, nie obejmuje zaś sieci

elektrycznych. Tymczasem, zgodnie z przytoczonym już wcześniej wymogiem osoba wskazana na stanowisko Inspektora nadzoru specjalności elektrycznej winna posiadać, m. in., co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego na stanowisku inspektora nadzoru robót elektrycznych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych oraz słaboprądowych

W rezultacie, zdaniem Protestującego, wzmiankowany wykonawca, nie spełnia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, a jednocześnie podał w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, Zamawiający ma obowiązek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu.

Po trzecie, Protestujący stwierdził, iż ECM Group Polska Sp. z o.o. w CV Pana Mieczysława C. - osoby wskazanej na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności elektrycznej, podała, iż osoba ta pełniła funkcję inspektora nadzoru dla szeregu projektów inwestycyjnych, w tym m. in. realizowanych przez Urząd Gminy Stare Babice, MPWiK Warszawa, inwestorów prywatnych, przy czym zakres prac obejmował nadzór robót elektrycznych (sieci, instalacje i urządzenia elektryczne i elektroenergetyczne oraz słaboprądowe). Jednakże, jak jednak wynika z wyводу przeprowadzonego powyżej, Pan Mieczysław C., po pierwsze - ma uprawnienia ograniczone jedynie, do instalacji elektrycznych o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, po drugie - wskazane uprawnienia nie obejmują sieci elektrycznych. Zatem nie jest możliwe, zdaniem Protestującego, aby pełnił funkcja inspektora nadzoru na podanych w ofercie zadaniach. W rezultacie, zdaniem Protestującego, sprzeczności, we wchodzących w skład oferty dokumentach, mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, budzą więc uzasadnione wątpliwości, co do poprawności i wiarygodności tych dokumentów, co świadczy o tym, że Wykonawca podał nieprawdziwe dane mające wpływ na wynik postępowania. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, Zamawiający ma obowiązek wykluczenia z prowadzonego postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Po czwarte, Protestujący zauważył, iż Zamawiający, w SIWZ, jako warunek udziału w postępowaniu postawił wymóg wykonania w okresie ostatnich trzech lat a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej jednej usługi, której przedmiotem zamówienia było pełnienie funkcji Inżyniera nad realizacją zakończonej inwestycji, w zakresie budowy budynków użyteczności publicznej, zrealizowanych według Warunków Kontraktowych FIDIC lub warunków równoważnych o wartości robót minimum 20.000.000,00 PLN bez VAT. Natomiast, ECM Group Polska Sp. z o.o., wykazał jedną usługę, której przedmiotem było - Zarządzanie i nadzór nad realizacją projektu na

modernizację budynków głównych Państwowego Instytutu Weterynaryjnego - Państwowego Instytutu Badawczego w Puławach, w ramach Projektu Phare 2003/005-710.04.02.02 - „Laboratorium Referencyjne w Państwowym Instytucie Weterynaryjnym w Puławach”, przy czym wzmiankowany kontrakt był prowadzony w systemie „zaprojektuj-zbuduj”, zgodnie z „Warunkami kontraktu na urządzenie i budowę z projektowaniem” FIDIC 1999 (tzw. „Żółta Książka FIDIC” 1999).

Tym niemniej, zdaniem Protestującego, po pierwsze - wzmiankowana usługa nie dotyczyła inwestycji: „w zakresie budowy budynków”, lecz inwestycji realizowanej w systemie „zaprojektuj - zbuduj”, po drugie - wzmiankowana usługa dotyczyła inwestycji, która, jak wynika chociażby z załączonych referencji, obejmowała nie tylko budowę nowych obiektów, lecz również, m. in., roboty rozbiórkowe, elektryczne, czy instalacyjne, a co za tym idzie, nie wiadomo czy wartość samych robót „w zakresie budowy budynków” wyniosła minimum 20.000.000,00 PLN bez VAT, jak to było wymagane w postanowieniach SIWZ. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, Zamawiający ma obowiązek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu.

Po piąte, Protestujący stwierdził, iż w SIWZ, jako jeden z warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający postawił wymóg dysponowania osobą na stanowisko Kierownika Zespołu, która winna posiadać, m. in., doświadczenie w kierowaniu nadzorem nad realizacją zakończonej inwestycji budowlanej w zakresie budowy/rozbudowy obiektów kubaturowych realizowanej według Warunków Kontraktowych FIDIC lub innych porównywalnych procedur międzynarodowych, o wartości inwestycji nie mniejszej niż 20.000.000,00 zł. ECM Group Polska Sp. z o.o. wskazał na wzmiankowane stanowisko Pana Zbigniewa G., który jednak nie spełnia przytoczonego wymogu. W CV Pana Zbigniewa G. wykazano, co prawda jedno zadanie realizowane według FIDIC (tj. modernizację budynków głównych Państwowego Instytutu Weterynaryjnego - Państwowego Instytutu Badawczego w Puławach, w ramach Projektu Phare 2003/005-710.04.02.02 - „Laboratorium Referencyjne w Państwowym Instytucie Weterynaryjnym w Puławach”), o wartości 33.916.000,00 PLN, tym niemniej, jak wynika z innych, wchodzących w skład oferty, dokumentów dotyczących tego zadania, tj. referencji zadanie obejmowało nie tylko budowę nowych obiektów, lecz również, m. in., roboty rozbiórkowe, elektryczne, czy instalacyjne, a co za tym idzie, nie wiadomo czy wartość samych robót: „w zakresie budowy” wyniosła minimum 20.000.000,00 PLN, jak to było wymagane w SIWZ. Ponadto, wykazana inwestycja nie była inwestycją: „w zakresie budowy budynków”, lecz inwestycją realizowaną w systemie „zaprojektuj - zbuduj”. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, Zamawiający ma obowiązek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu.

Po szóste, Protestujący wskazał, iż Zamawiający, w SIWZ, jako warunek udziału w postępowaniu postawił wymóg wykonania w okresie ostatnich trzech lat a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej jednej usługi, której przedmiotem zamówienia było pełnienie funkcji Inżyniera nad realizacją zakończonej inwestycji, w zakresie budowy budynków użyteczności publicznej, zrealizowanych według Warunków Kontraktowych FIDIC lub warunków równoważnych o wartości robót minimum 20.000.000,00 PLN bez VAT. Konsorcjum ZDI wykazało, jak zauważył Protestujący jedną usługę, a mianowicie - Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania pn. „*Budowa Drogowego Przejścia Granicznego w Krościenku*” cz. A (wyjazdowa) i cz. B (wyjazdowa). Tym niemniej, wzmiankowana usługa dotyczyła inwestycji, która, jak wynika chociażby z załączonych referencji, obejmowała nie tylko budowę nowych obiektów, lecz również, m. in., roboty drogowe, a co za tym idzie, nie wiadomo czy wartość samych robót: „*w zakresie budowy budynków*” wyniosła minimum 20.000.000,00 PLN bez VAT, jak to było wymagane w SIWZ. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, Zamawiający ma obowiązek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu.

Po siódme, Protestujący podniósł, iż w SIWZ, jako jeden z warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający postawił wymóg dysponowania osobą na stanowisko Kierownika Zespołu, która winna posiadać, m. in., co najmniej 6 - letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu zespołem prowadzącym nadzór nad inwestycjami budowlanymi oraz doświadczenie w kierowaniu nadzorem nad realizacją zakończonej inwestycji budowlanej w zakresie budowy/rozbudowy obiektów kubaturowych realizowanej według Warunków Kontraktowych FIDIC lub innych porównywalnych procedur międzynarodowych, o wartości inwestycji nie mniejszej niż 20.000.000,00 zł. Konsorcjum ZDI, wskazało na wzmiankowane stanowisko Panią Jadwigę P., która jednak nie spełnia przytoczonego wymogu. Po pierwsze dlatego, iż na podstawie złożonych informacji, nie wiadomo ile czasu łącznie kierowała nadzorem, a ile czasu pełniła inne funkcje np. funkcję inspektora nadzoru, po drugie, nie wykazano w stosunku do niniejszej osoby doświadczenia w kierowaniu nadzorem nad realizacją zakończonej inwestycji budowlanej w zakresie budowy/rozbudowy obiektów kubaturowych realizowanej według Warunków Kontraktowych FIDIC lub innych porównywalnych procedur międzynarodowych, o wartości inwestycji nie mniejszej niż 20.000.000,00 zł. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, Zamawiający ma obowiązek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu.

Po ósme, Protestujący wskazał także, iż w SIWZ, jako jeden z warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający postawił wymóg dysponowania osobą na stanowisko

Specjalisty ds. rozliczeń, która winna posiadać, m. in., co najmniej 5 - letnie doświadczenie zawodowe w zakresie rozliczania inwestycji budowlanych. Konsorcjum ZDI wskazało na wzmiankowane stanowisko Pana Zdzisława O., który jednak nie spełnia przytoczonego wymogu, jako, że okres doświadczenia zawodowego w zakresie rozliczania inwestycji budowlanych jest krótszy od wymaganego. Do okresu tego nie sposób wliczać stażu absolwenckiego na stanowisku pn.: „*pracownik administracyjny*”, na którym Pan Zdzisław O. jedynie zapoznał się z wnioskami oraz programami przedakcesyjnymi i poakcesyjnymi. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, Zamawiający ma obowiązek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu.

Po dziewiąte, Protestujący wskazał także, iż Konsorcjum ZDI wniosło jako wadium gwarancję ubezpieczeniową wystawioną przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. Inspektorat w Zamościu. Jednakże w treści gwarancji jako oferenta (uczestnika przetargu) podano jedynie Zamojską Dyрекcję Inwestycji Sp. z o.o. Skoro zaś ofertę złożyli wykonawcy występujący wspólnie, nie sposób przyjmować, że interesy Zamawiającego zostały w sposób wystarczający zabezpieczone, jako iż ochrona ubezpieczeniowa dotyczy jedynie przypadku złożenia oferty przez Zamojską Dyрекcję Inwestycji Sp. z o.o., a nie przez Konsorcjum z Jej udziałem. W rezultacie Protestujący uważa, iż przedmiotowa oferta nie została zabezpieczona wadium. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, Zamawiający jest obowiązany wykluczyć z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Ponadto, Protestujący stoi na stanowisku, iż niezależnie od innych argumentów, w odniesieniu do czynności odrzucenia złożonej przez nas oferty, nadmieniam, iż w przypadku dokonania czynności wykluczenia z postępowania, nie ma podstaw prawnych do dokonywania czynności odrzucenia złożonej oferty. Ustawa Pzp odróżnia bowiem instytucję uznania oferty za odrzuconą (art. 24 ust. 4) od instytucji odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1). Z kolei doktryna (Baehr J., Czajkowski T., Dzierżanowski W., Kwieciński T., Łysakowski W.: Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. T. Czajkowskiego., Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006, s. 233), stoi jednoznacznie na stanowisku, iż: „*Obowiązek odrzucania oferty wykonawcy uprzednio wykluczonego z udziału w postępowaniu nie będzie wykonywany gdy się zważy, że ofertę taką uznaje się za odrzuconą ex lege*”.

Protestujący, uznaje, iż wadliwość czynności badania i oceny ofert, skutkująca jego bezpodstawnym wykluczeniem z prowadzonego postępowania i odrzuceniem złożonej oferty, a także zaniechaniem wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego oferta została następnie wybrana jako najkorzystniejsza, pociąga za sobą wadliwość czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W przypadku bowiem prawidłowego przeprowadzenia badania

i oceny ofert, to jego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Zatem nie ulega wątpliwości, iż powtórzona musi być również czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

Dodatkowo, Protestujący uznał, iż naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp (zasada równego traktowania wykonawców oraz zasada przygotowania i prowadzenia postępowania, w szczególności w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji), poprzez bezpodstawne wykluczenie z prowadzonego postępowania i odrzuceniu złożonej przez nas oferty oraz na bezpodstawnym, a także na bezpodstawnym zaniechaniu wykluczenia z prowadzonego postępowania ECM Group Polska Sp. z o.o.

Wskazując swój interes prawny stwierdził, iż w przypadku nie dokonania czynności jego wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia oferty, a zarazem dokonania czynności wykluczenia z postępowania wzmiankowanego Wykonawcy lub odrzucenia jego oferty, to właśnie oferta Protestującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

W dniu 22.09.2008 r. Zamawiający emailem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich pismem z dnia 19.09.2008 r. do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 24.09.2008 r. (wpływ bezpośredni do kancelarii) do postępowania protestacyjnego będącego wynikiem protestu przyłączyło się: Konsorcjum ZDI w części dotyczącej:

- czynności badania i oceny ofert;
- zaniechania czynności wykluczenia z prowadzonego postępowania wykonawcy - ECM Group Polska Sp. z o.o., i uznania oferty za odrzuconą;
- czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający nie powinien wykluczyć z postępowania Konsorcjum ZDI o udzielenie zamówienia publicznego z przyczyn podanych w rozstrzygnięciu postępowania z dnia 10.09.2008 r., lecz na podstawie art. 26 ust.3 Pzp wezwać do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Niezastosowanie powołanego wyżej przepisu Pzp narusza interes prawny Konsorcjum.

Odnosnie żądania przez Protestującego wykluczenia Konsorcjum ZDI, niniejsze jego zdaniem nie znajduje podstaw prawnych i faktycznych.

Zawarte w ofercie dokumenty potwierdzają wymagany przez Zamawiającego okres doświadczenia zawodowego.

Przystępujący wniósł wadium prawidłowo, zgodnie z zapisami SIWZ część I „Instrukcja dla wykonawców” Rozdz. 11 pkt 2.2.a., gdzie Zamawiający dopuszcza wniesienie wadium przez lidera Konsorcjum jeżeli jest upoważniony przez współwykonawców. Takie upoważnienie zawarte jest w pełnomocnictwie z dnia 01.08.2008 r. wystawionym przez

partnera Konsorcjum - Krośnieńskiej Dyrekcji Inwestycji sp. z o.o., stanowiącym załącznik do oferty Konsorcjum. Powyższe wskazuje, iż Protestujący nie zna SIWZ.

Ponadto, Konsorcjum ZDI stwierdziło, iż nieprawidłowe przeprowadzenie postępowania i błędy Zamawiającego naruszyły interes prawny Konsorcjum uniemożliwiając mu ubieganie się o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego.

W dniu 26.09.2006 r. do postępowania protestacyjnego zgłosiło się również ECM Group Polska Sp. z o.o. opowiadając się po stronie Zamawiającego, stwierdzając przedstawione w przedmiotowym proteście argumenty co do jego oferty za błędne. Żądając odrzucenia protestu, oraz wnosząc: podtrzymanie decyzji o wyborze jako oferty najkorzystniejszej złożonej przez ECM Group Polska Sp. z o.o. Wskazali, iż przedstawione w ofercie dokumenty potwierdzają spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu tym także w zakresie doświadczenia i kwalifikacji osób wskazanych do realizacji zamówienia. Deklarując pomoc Zamawiającemu w zakresie wyjaśnienia wątpliwości wynikłych co do treści naszej umowy. Interes prawny wykazując w możliwości uzyskania przez ECM Group Polska niniejszego zamówienia w przypadku nie uwzględnienia przez Zamawiającego żądań Protestującego.

Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego w piśmie dnia 06.10.2008 r. wysłanym faxem ECM Group Polska Sp. z o.o. wskazane przystąpienie było nieskuteczne wobec złożenia go po terminie, który upłynął w dniu 25.09.2008 r. (art.181 ust. 4 pkt 1 Pzp).

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 29.09.2008 r. faxem, poprzez jego oddalenie. Ustosunkowując się do przedstawionych w proteście zarzutów Zamawiający stwierdził, co następuje:

Po pierwsze, odnośnie zarzutu dotyczącego nie wezwania do uzupełnienia dokumentów wymaganych na podstawie art. 25 ust. 1 Pzp uznał, że zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający wzywa Wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub którzy złożyli dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie[...]. W przypadku Protestującego, jak też innych uczestników postępowania, żadna z wyżej opisanych okoliczności nie występuje. Protestujący i inni uczestnicy złożyli wszystkie wymagane oświadczenia i dokumenty nie dotknięte błędami. Ich treść rozstrzygała jednoznacznie kwestie wymagane w SIWZ, w związku z czym, zdaniem Zamawiającego, nie było podstaw do wzywania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp Protestującego, jak i innych uczestników do uzupełnienia wymaganych dokumentów. W okolicznościach niniejszej sprawy oznaczałoby to bowiem żądanie złożenia oświadczeń i dokumentów o innej treści zastępujących te już złożone, jak stwierdził Zamawiający. Zna on

przytoczoną w proteście opinię, w jego ocenie nie ma ona jednak zastosowania w okolicznościach niniejszego postępowania. Zamawiający ponadto, stwierdził, iż ustalił w oparciu o powszechnie dostępne informacje, że przebudowa i modernizacja budynku Filharmonii w Łodzi znajdująca się w wykazie inwestycji centralnych oraz przebudowa i modernizacja budynku Urzędu Marszałkowskiego nie były realizowane w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC ani inne porównywalne procedury międzynarodowe.

Po drugie, odnośnie zarzutu dotyczącego braku kwalifikacji zawodowych niezbędnych do wykonania zamówienia przez Pana Mieczysława C. posiadającego uprawnienia do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie nabyte pod rządami ustawy z dnia 24.10.1974 r. Prawo budowlane. Pan Mieczysław C., jak stwierdził Zamawiający, posiada przygotowania zawodowe do pełnienia samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie instalacji elektrycznych o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych. Zgodnie z art. 104 ustawy z dnia 7.07.1994 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. Art. 104 jest interpretowany w kontekście ochrony praw dobrze nabytych. Należy zauważyć, zdaniem Zamawiającego, że ustawodawca nie zastosował mechanizmu równoważności obecnie używanych pojęć: „*uprawnienia ograniczone*” z uprawnieniami osób, które przed datą wejścia w życie ustawy z dnia 7.07.1994 r. posiadały uprawnienia w zakresie powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych i „*uprawnienia nie ograniczone*” do pozostałych osób, w związku powyższym taka interpretacja dokonana przez Protestującego po przeszło 14 latach stosowania ustawy Prawo budowlane jest nieuprawniona. Zgodnie z poglądem, który Protestujący przytacza wobec braku definicji zwrotu: „*o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych*” Zamawiający każdorazowo indywidualnie oceniają spełnianie tej przesłanki w poszczególnych sprawach. W robotach objętych niniejszym postępowaniem, jak stwierdził Zamawiający, nie występują rozwiązania konstrukcyjne, które nie są powszechnie znane, w szczególności nie występują rozwiązania nowatorskie, ani nietypowe. Co do zarzutu ograniczenia uprawnień do instalacji elektrycznych, ale nie obejmujących sieci należy, Zamawiający stwierdził, że w dacie nadawania uprawnień nie istniała żadna inna specjalność w związku z powyższym uprawnienia obejmują całość zagadnień w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie instalacji elektrycznych.

Po trzecie, odnośnie zarzutu nie spełnienia wymogu wykonania co najmniej jednej usługi, której przedmiotem było pełnienie funkcji Inżyniera nad realizacją inwestycji w zakresie budowy budynków użyteczności publicznej, zrealizowanych wg Warunków Kontraktowych FIDIC lub warunków równoważnych o wartości robót minimum 20.000.000,00

PLN bez VAT oraz zarzutu nie spełnienia wymogu wykazania doświadczenia przez Kierownika Zespołu w kierowaniu nadzorem nad realizacją zakończonej inwestycji budowlanej w zakresie budowy/ rozbudowy obiektów kubaturowych realizowanej według Warunków Kontraktowych FIDIC lub innych porównywalnych procedur międzynarodowych, o wartości inwestycji nie mniejszej niż 20.000.000,00 zł. Zamawiający stwierdził, iż wartość wykazanego w ofercie firmy ECM Group Polska Sp. z o.o. kontraktu zrealizowanego w systemie „zaprojektuj-zbuduj” wynosiła 33.916.000,00 PLN brutto, zatem co najmniej 27.800.000,00 PLN netto. Koszty projektowania obiektu o tej wartości przyjmując najwyższą VI kategorii złożoności w myśl załącznika do Rozporządzenia z dnia 18.05.2004 r. Ministra Infrastruktury w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. Nr 130, poz. 1389) osiągnęłyby wartość 1.818.000,00 PLN netto. W związku z powyższym jest wykluczone, że wartość robót nie osiągnęła kwoty 20.000.000,00 PLN bez VAT. W rozumieniu art. 3 pkt 7 ustawy Prawo budowlane ilekroć mowa o obiekcie budowlanym – należy przez to rozumieć budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi. Roboty rozbiórkowe należą do robót budowlanych i występują również w zamówieniu nad realizacją, którego pełniony będzie nadzór. W związku z powyższym zarzuty: braku wykazania realizacji inwestycji o wartości minimum 20.000.000,00 PLN, niewłaściwego wliczenia do wartości wykazanej realizacji inwestycji robót rozbiórkowych, elektrycznych i instalacyjnych, braku wykazania doświadczenia w kierowaniu nadzorem nad realizacją inwestycji o wartości nie mniejszej niż 20.000.000,00 PLN są chybione.

Po czwarte, odnośnie zarzutu sposobu czynności wykluczenia z prowadzonego postępowania wykonawców występujących wspólnie tj. Konsorcjum ZDI.

Zamawiający w SIWZ w Rozdz. 9 pkt. 1.3.b) wymagał przedłożenia wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, wykształcenia i doświadczenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności. W przypadku Kierownika Zespołu wymagane było wskazanie między innymi: doświadczenia w kierowaniu nadzorem nad realizacją zakończonej inwestycji budowlanej w zakresie budowy/rozbudowy obiektów kubaturowych realizowanej według Warunków Kontraktowych FIDIC lub innych porównywalnych procedur międzynarodowych, o wartości inwestycji nie mniejszej niż 20.000.000,00 zł. Z przedłożonych wraz z ofertą dokumentów (wykaz osób, CV) dotyczących kwalifikacji zawodowych, wykształcenia i doświadczenia Kierownika Zespołu, Pani Jadwigi P. wynikało, że przedstawiony powyżej warunek udziału w postępowaniu był niespełniony. Zamawiający, jak stwierdził, wykluczył Wykonawcę i nie badał zgodności oferty ze SIWZ w pozostałym zakresie, w szczególności: czy wykazana usługa obejmowała wartość robót

budowlanych w zakresie budowy budynków co najmniej 20 mln PLN, czy Pani Jadwiga P. posiadała wykazane 6 letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu zespołem prowadzącym nadzór nad realizacją inwestycji budowlanej, czy Pan Zdzisław O. posiadał wykazane 5 letnie doświadczenie zawodowe w zakresie rozliczania inwestycji budowlanych. Badanie wadium wniesionego przez w/w Konsorcjum Zamawiający przeprowadził, jak stwierdził, gdyż jest to pierwsza czynność Zamawiającego przy sprawdzaniu i ocenie ofert. Zarzut dotyczący nieprawidłowego wniesienia jest nie zasadny, gdyż zgodnie z udzielonym pełnomocnictwem przez Krośnieńską Dyрекcję Inwestycji Sp. z o.o., Zamojska Dyрекcja Inwestycji Sp. z o.o. jako Lider Konsorcjum miała prawo wnieść wadium stosownie do zapisów SIWZ.

W dniu 03.10.2008 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i wnioski z protestu.

Ponadto, odnośnie argumentacji Zamawiającego, w przedmiocie zarzutu wykluczenia nas z postępowania i nie wezwania do uzupełnienia dokumentów, Odwołujący zauważył, że nie uwzględnia ona konieczności dostosowania sposobu interpretacji art. 26 ust. 3 Pzp do zmian, jakie zostały wprowadzone do treści tego przepisu. Interpretując przepis art. 26 ust. 3 Pzp w aktualnym brzmieniu, należy brać pod uwagę, m. in., art. 7 ust. 1 Pzp. W świetle zaś wzmiankowanego art. 7 ust. 1 Pzp, interpretacja, zgodnie z którą złożenie dokumentu wskazujące na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu nie stanowi wypełnienia normy zawartej w art. 26 ust. 3 Pzp, byłaby nie do przyjęcia, z uwagi na nieuzasadnione zróżnicowanie sytuacji prawnej wykonawców, którzy nie złożyli w ogóle wymaganych dokumentów oraz wykonawców, którzy złożyli dokumenty, z których wynika, iż nie spełniają warunków udziału w postępowaniu. Zasadne, a zarazem konieczne i zgodne z opinią Urzędu Zamówień Publicznych, zacytowaną w złożonym proteście, jest zatem dokonanie interpretacji, zgodnie z którą złożenie dokumentu wskazujące na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu jest równoznaczne z niezłożeniem tego dokumentu w ogóle, gdyż, w istocie, w takim przypadku nie dochodzi przecież do złożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu (złożony dokument tych warunków nie potwierdza). Przytoczona w proteście opinia, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, odnosi się właśnie do takich stanów faktycznych, jak sytuacja, która ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnośnie argumentacji Zamawiającego dotyczącej kwalifikacji Pana Mieczysława C., wskazanego przez ECM Group Polska Sp. z o. o., na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności elektrycznej, należy zauważyć, iż zasada ochrony praw słusznie (czy też dobrze) nabytych, jak wskazuje sama nazwa, a także jak wynika z zasad logiki dotyczy praw

nabytych, nie zaś praw, które nie zostały nabyte. Pan Mieczysław C., zdaniem Odwołującego, nie uzyskał zaś pełnego zakresu uprawnień do pełnienia samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót, w specjalności instalacyjno - inżynierskiej w zakresie sieci i instalacji elektrycznych. Posiadane przez niego uprawnienia obejmują jedynie: kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie budów i robót, kierowanie i kontrolowanie wytwarzania elementów konstrukcyjnych instalacji oraz ocenianie i badanie stanu technicznego instalacji elektrycznych o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych. Tym samym zasada ochrony praw słusznie nabytych, w odniesieniu do Pana Mieczysława C., nie może dotyczyć pełnego zakresu uprawnień do pełnienia samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót, w specjalności instalacyjno - inżynierskiej w zakresie sieci i instalacji elektrycznych. Wzmiankowana osoba posiada więc, w istocie uprawnienia z ograniczeniami, co potwierdza też, wskazana w proteście okoliczność, że zwrot: „o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych” jednoznacznie wskazuje na ograniczenia uprawnień z punktu widzenia złożoności, a nie zakresu rzeczowego.

Jednocześnie, jak zauważył Odwołujący, że, co prawda przepisy nie zawierają definicji wyrażenia: „powszechnie znane rozwiązania konstrukcyjne”, a w związku z tym jego zakres jest zawsze elementem podlegającym indywidualnej ocenie w poszczególnych sprawach, tym niemniej ocena ta nie może być całkowicie dowolna i oderwana od (.....). Ponadto, jak stwierdził Odwołujący, dla realizacji usług, będących przedmiotem zamówienia niezbędne jest posiadanie przez inspektora nadzoru branży elektrycznej uprawnień „bez ograniczeń”.

Odnosnie argumentacji Zamawiającego dotyczącej spełnienia przez ECM Group Polska Sp. z o. o. wymogu wykonania w okresie ostatnich trzech lat a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej jednej usługi, której przedmiotem zamówienia było pełnienie funkcji Inżyniera nad realizacją zakończonej inwestycji, w zakresie budowy budynków użyteczności publicznej, zrealizowanych według Warunków Kontraktowych FIDIC lub warunków równoważnych o wartości robót minimum 20 000 000 PLN bez VAT, Odwołujący zauważył, że jedyna wykazana przez wzmiankowanego wykonawcę usługa, tj.: „Zarządzanie i nadzór nad realizacją projektu na modernizację budynków głównych Państwowego Instytutu Weterynaryjnego - Państwowego Instytutu Badawczego w Puławach, w ramach Projektu Phare 2003/005-710.04.02.02 - „Laboratorium Referencyjne w Państwowym Instytucie Weterynaryjnym w Puławach”, kontrakt był prowadzony w systemie „zaprojektuj-zbuduj”, zgodnie z „Warunkami kontraktu na urządzenie i budowę z projektowaniem” FIDIC 1999 (tzw. „Żółta Książka FIDIC” 1999), obejmowała nie tylko projektowanie i budowę budynków, ale również szereg robót budowlanych nie polegających na budowie budynków (wszakże realizowany projekt dotyczył głównie

modernizacji), czy też dostawę i montaż wyposażenia, w tym np. wyposażenia sali laboratorium. Ponadto, należy zauważyć, iż (wbrew twierdzeniom Zamawiającego) nie każdy obiekt budowlany w rozumieniu art. 3 pkt. 7 ustawy Prawo budowlane jest budynkiem, wśród innych obiektów budowlanych, powołana ustawa wymienia również budowle i obiekty małej architektury. Jednocześnie prace polegające na rozbiórce, przebudowie, czy remoncie (modernizacji) obiektów budowlanych, nie sposób uznać za: „budowę budynków”, chociażby nawet obiekty te były budynkami. Reasumując, zdaniem Odwołującego, z wykazu wykonanych usług, wchodzącego w skład złożonej oferty, nie wynika, że przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu został spełniony.

W odniesieniu do nie spełnienia przez ECM Group Polska Sp. z o. o., wymogu dysponowania osobą na stanowisko Kierownika Zespołu, która winna posiadać, m. in., doświadczenie w kierowaniu nadzorem nad realizacją zakończonej inwestycji budowlanej w zakresie budowy/rozbudowy obiektów kubaturowych realizowanej według Warunków Kontraktowych FIDIC lub innych porównywalnych procedur międzynarodowych, o wartości inwestycji nie mniejszej niż 20.000.000,00 zł., Odwołujący stwierdził, iż aktualne są uwagi dotyczące doświadczenia wykonawcy, jako, iż Pan Zbigniew G. - osoba wskazana przez wzmiankowanego wykonawcę na stanowisko Kierownika Zespołu w zakresie przedmiotowego elementu wymaganego doświadczenia posiada jedynie praktykę zdobytą przy realizacji inwestycji pn. *„Modernizacja budynków głównych Państwowego Instytutu Weterynaryjnego - Państwowego Instytutu Badawczego w Puławach, w ramach Projektu Phare 2003/005-710.04.02.02 - „Laboratorium Referencyjne w Państwowym Instytucie Weterynaryjnym w Puławach”*.

W odniesieniu do zbyt wąskiego uzasadnienia czynności wykluczenia z prowadzonego postępowania Konsorcjum ZDI i uznania oferty złożonej przez wzmiankowanych wykonawców za odrzuconą, Odwołujący nadmienił, iż w świetle przepisów ustawy Pzp, brak podstaw prawnych do zaprzestania wykonywania czynności badania ofert, w trakcie jej wykonywania. Zamawiający winien zatem dokończyć rozpoczętą czynność i wykluczając w postępowania wzmiankowanych wykonawców występujących wspólnie, podać pełne uzasadnienie faktyczne wykluczenia. Zaniechanie w tym zakresie może też wyrzucić skutki w zakresie wnoszenia i treści środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp. W związku z tym, zastrzeżenia dotyczące sposobu wykluczenia wzmiankowanych wykonawców występujących wspólnie zawarte w proteście, należy uznać za zasadne. Jednocześnie nadmienił, iż nadal stoi na stanowisku, iż Konsorcjum nie wniosło wadium. Należy bowiem zauważyć, że nawet przyjmując za słuszne twierdzenie Zamawiającego, iż Zamojska Dyrekcja Inwestycji Sp. z o.o., jako Lider Konsorcjum miała prawo wnieść wadium, trzeba zauważyć, iż w samej treści gwarancji, stanowiącej wadium,

brak jakiegokolwiek informacji o tym, że wzmiankowany wykonawca działał jako pełnomocnik, czy też, jako Lider konsorcjum.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (faxem).

W dniu 03.10.2008 r. Zamawiający przesłał emailami uczestnikowi postępowania protestacyjnego Konsorcjum ZDI kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym. Do ECM Group Polska Sp. z o.o. przesłał pismo informujące o nieskuteczności ich przystąpienia na etapie protestu.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpiło dnia 09.10.2008 r. (wpływ do UZP pocztą) Konsorcjum ZDI po stronie Odwołującego w części dotyczącej:

- czynności badania i oceny ofert;
- zaniechania czynności wykluczenia z prowadzonego postępowania ECM Group Polska Sp. z o.o. i uznania oferty złożonej przez tego wykonawcę za odrzuconą;
- czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Odnośnie żądania Odwołującego wykluczenia Konsorcjum ZDI stwierdziło, iż nie znajduje niniejsze podstaw prawnych i faktycznych. W pozostałej części podtrzymał stanowisko z przystąpienia do postępowania protestacyjnego.

Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią ofert Odwołującego oraz ECM Group Polska Sp. z o.o., dowodami przedłożonymi na rozprawie i po wysłuchaniu oświadczeń woli, jak i stanowiska stron i uczestników postępowania na posiedzeniu i rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem, Izby Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku uwzględnienia i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem jego oferty,

z jednoczesnym wykluczeniem ECM Group Polska Sp. z o.o. oraz Konsorcjum ZDI, jak i odrzuceniem ich ofert, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W tym miejscu, Izba dodatkowo stwierdza, iż wobec nie oprotestowania przez Konsorcjum ZDI wykluczenia z postępowania i odrzucenie swojej oferty, jak również wobec nieskuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego interes prawny Odwołującego uległ dodatkowemu wzmocnieniu. Izba na posiedzeniu stwierdziła nieskuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego przez Konsorcjum ZDI. Niniejsze Konsorcjum przystąpiło do odwołania po stronie Odwołującego, który domagał się wykluczenia niniejszego Konsorcjum i odrzucenia jego oferty także z innych przyczyn niż wskazane przez Zamawiającego. W tych okolicznościach Izba uznała, iż Konsorcjum ZDI nie ma interesu prawnego w przystąpieniu po stronie Odwołującego, a nadto jego czynności pozostają w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami Odwołującego, czego nie dopuszcza art. 184 ust. 5 Pzp. Ze względu na wyżej wymienione okoliczności kwestionowanie skuteczności doręczenia przystąpienia do postępowania protestacyjnego podniesione na posiedzeniu przez Odwołującego, Izba uznała za bez znaczenia w przedmiotowej sprawie. W wyniku powyższego Izba stwierdza, iż wykluczenie niniejszego konsorcjum i odrzucenie jego oferty, uprawomocniło się czyli jest ostateczne.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ zawarł następujące zapisy:

W części I – Instrukcji dla Wykonawców w Rozdz. 9: „*Warunki udziału w postępowaniu oraz dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu*”, Zamawiający stwierdził, iż według pkt 1 Wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne muszą spełniać niżej wymienione warunki udziału w postępowaniu: m. in.: ppkt 1.3: „*posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponować potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia. W szczególności Wykonawca musi spełniać następujące warunki (w przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej Wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, oceniany będzie ich łączny potencjał techniczny i kadrowy oraz łączne kwalifikacje i doświadczenie)*.”

a) *potwierdzić wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej jednej usługi, której przedmiotem zamówienia było pełnienie funkcji Inżyniera nad realizacją zakończonych inwestycji w zakresie budowy budynków użyteczności publicznej, zrealizowanych wg Warunków Kontraktowych FIDIC lub warunków równoważnych o wartości robót minimum 20 000 000 PLN bez VAT.*

W celu potwierdzenia spełnienia niniejszego warunku Wykonawcy zobowiązani są przedłożyć wykaz wykonanych usług sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do niniejszej IDW oraz dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należyście;

Przedkładane dokumenty potwierdzające, że wykonane przez Wykonawców usługi zostały wykonane należyście muszą zawierać, co najmniej:

- i. wskazanie, że Wykonawca składający ofertę w niniejszym postępowaniu realizował usługi których dokumenty dotyczą,*
 - ii. wskazanie podmiotu, na rzecz którego realizowane były roboty,*
 - iii. wskazanie zakresu usług,*
 - iv. wskazanie wartości usług,*
 - v. wskazanie daty wykonania (rozpoczęcia i zakończenia),*
 - vi. wskazanie miejsca wykonania,*
 - vii. opinię podmiotu wskazanego powyżej w pkt. ii. stwierdzającą, że usługi zostały wykonane należyście,*
- b) wskazać do wykonania niniejszego zamówienia następujące osoby wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, wykształcenia i doświadczenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności.*

Wymagane jest wskazanie:

Kierownik Zespołu - kwalifikacje:

- wykształcenie wyższe w dziedzinie ekonomii, prawa lub techniczne*
- co najmniej 6 letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu zespołem, prowadzącym nadzór nad inwestycjami budowlanymi,*
- doświadczenie w kierowaniu nadzorem nad realizacją zakończonej inwestycji budowlanej w zakresie budowy/rozbudowy obiektów kubaturowych realizowanej według Warunków Kontraktowych FIDIC lub innych porównywalnych procedur międzynarodowych, o wartości inwestycji nie mniejszej niż 20 000 000 zł,*

Inspektor nadzoru w specjalności konstrukcyjno-budowlanej - kwalifikacje:

- co najmniej 6 letnie doświadczenie zawodowe,*
- co najmniej 4 lata na stanowisku inspektora nadzoru robót konstrukcyjno - budowlanych,*

Inspektor nadzoru w specjalności sanitarnej - kwalifikacje:

- co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe,*
- co najmniej 3 lata na stanowisku inspektora nadzoru robót instalacyjnych w zakresie sieci, instancji i urządzeń sanitarnych,*

Inspektor nadzoru w specjalności elektrycznej - kwalifikacje:

- co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe,*

- 3 lata na stanowisku inspektora nadzoru robót elektrycznych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych oraz słaboprądowych,

Specjalista ds. rozliczeń:

- wykształcenie techniczne budowlane,

- znajomość zasad kosztorysowania,

- co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w zakresie rozliczania inwestycji budowlanych,

W celu potwierdzenia spełniania niniejszego warunku Wykonawcy zobowiązani są przedłożyć: wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie, wraz z informacjami nt. kwalifikacji zawodowych, wykształcenia i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do niniejszej IDW.

Wraz z załącznikiem nr 4 zaleca się złożenie Informacji o nabytych doświadczeniach przygotowanej wg załączonego wzoru - Załącznik nr 4.1.

(w przypadku wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, powyższe dokumenty ma obowiązek złożyć ten lub ci z Wykonawców, którzy w imieniu wszystkich wykazywać będą spełnienie warunku).

Ponadto Inżynier zatrudni Personel pomocniczy niezbędny do realizacji zamówienia (rozliczenie kontraktu, usługi sekretarskie i inne).

Nadzór nad realizacją robót będzie prowadzony z uwzględnieniem wymagań wynikających z przepisów Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (j.t. Dz. U. z 2006r. nr 156 poz. 1118 z późn. zmianami)".

Dodatkowo w Rozdz. 10: „Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia” w pkt 1-2 SIWZ Zamawiający stwierdził, iż: „Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia powinni spełniać warunki udziału w postępowaniu oraz złożyć dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków zgodnie z zapisami w pkt 9 IDW” (czyli Rozdz. 9 SIWZ). Ponadto tacy Wykonawcy ustanawiają Pełnomocnika do reprezentowania ich w niniejszym postępowaniu albo reprezentowania ich w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dokument ustanawiający Pełnomocnika powinien być załączony do oferty. Pełnomocnictwo powinno jednocześnie określać postępowanie, do którego się odnosi i precyzować zakres umocowania. Z pełnomocnictwa powinno wynikać wola wszystkich współwykonawców o ich wspólnym występowaniu w postępowaniu”.

Z kolei w Rozdz. 11 Wadium pkt 2.2: „W przypadku składania przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji, gwarancja powinna być sporządzona zgodnie z obowiązującymi prawem i winna zawierać następujące elementy, m.in.: a) nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

– wszystkich współwykonawców lub lidera konsorcjum, jeżeli jest upoważniony do wniesienia wadium w imieniu współwykonawców), beneficjenta gwarancji (Zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielającej gwarancji) oraz wskazania ich siedzib”.

Ponadto, Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień do SIWZ. W ramach wyjaśnień z dnia 23.07.2008 r., na pytanie: Czy w SIWZ w punkcie 1.3 a) pełnienie roli Inwestora Zastępczego spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego – dotyczący „warunków równoważnych”. Odpowiedział, iż zapis „warunków równoważnych”, jak z treści punktu 9.1.3 a) wynika dotyczy równoważności, ale w stosunku do „Warunków Kontraktowych FIDIC”, a nie pełnienia funkcji inżyniera. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w części III SIWZ. W ramach wyjaśnień z dnia 13.08.2008 r. odnośnie pytania drugiego: „Część I SIWZ „instrukcja dla Wykonawców”; a. § 9 pkt 9.1.3. b „Specjalista ds. rozliczeń” Prosimy o informacje, czy wykształcenie inżyniera urządzeń sanitarnych spełnia wymagania dla Specjalisty ds. rozliczeń. Zamawiający odpowiedział, iż:

„Zamawiający w Części I SIWZ w Rozdz. 9 pkt 1.3 b dotyczącym „Specjalisty ds. rozliczeń” nie sprecyzował poziomu wykształcenia tj. średnie czy wyższe lecz jego dziedzinę bez określenia specjalności występujących w budownictwie”.

W ramach wyjaśnień z dnia 14.08.2008 r. odnośnie pytania: *„Zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia z niniejszym postępowaniu wykonawcy winni posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponować potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia. W szczególności Wykonawca musi spełniać m.in. następujący warunek - potwierdzić wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej jednej usługi, której przedmiotem zamówienia było pełnienie funkcji Inżyniera nad realizacją zakończonej inwestycji w zakresie budowy budynków użyteczności publicznej, zrealizowanych wg Warunków Kontraktowych FIDIC lub warunków równoważnych o wartości robót minimum 20 000 000 PLN bez VAT. W związku z powyższym oraz w związku z faktem, iż Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wyjaśnił ani nie sprecyzował pojęcia warunków równoważnych Warunkom Kontraktowym FIDIC, prosimy o wyjaśnienie:*

- a) *czy spełnieniem powyższego warunku będzie pełnienie funkcji Inżyniera nad realizacją zakończonej inwestycji w zakresie budowy budynków użyteczności publicznej prowadzonej zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych również w zakresie prawidłowego rozliczania i zarządzania tejże inwestycji wg zasad i prawa obowiązującego na terytorium RP;*
- b) *czy spełnieniem powyższego warunku będzie pełnienie funkcji Inżyniera nad realizacją zakończonej inwestycji (w zakresie budowy budynków użyteczności publicznej)*

współfinansowanej i prowadzonej przy wykorzystaniu środków pochodzących z dotacji UE”.

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „(...) w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) określając warunki udziału w postępowaniu w pkt. 9.1.3.a) wskazał jakim warunkom kontaktowym mają odpowiadać warunki równoważne, są to Warunki Kontraktowe FIDIC. Słowo „równoważne” zostało użyte w rozumieniu Słownika Języka Polskiego tj. „mający równą wartość, równe znaczenie z czymś”. Rola i zadania Inżyniera w Warunkach Kontraktowych FIDIC są dokładnie sprecyzowane.

W SIWZ część III pkt. 1.6 Zamawiający poinformował, że umowa na Roboty wykonywana będzie według Warunków Kontraktowych FIDIC dla Budowy dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez Zamawiającego.

Natomiast punkcie 4 Części I SIWZ dla w/w przetargu Zamawiający określił, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie, ujętych w Projekcie „Budowa Teoretycznych Zakładów Naukowych III Uniwersytetu Medycznego w Lublinie”, czynności przypisanych Inżynierowi zgodnie z „Warunkami Kontraktowymi FIDIC dla Budowy dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez zamawiającego, trzecie wydanie angielsko-polskie niezmiennione z 2005 r. w tłumaczeniu SIDIR pierwszego wydania z 1999 r, „Warunkami Szczególnymi” do w/w Warunków Ogólnych, oraz czynności określonych w SIWZ i wynikających z aktualnych przepisów ustawy Prawo budowlane.

W punkcie 1.8 Części III SIWZ Zamawiający wskazał źródła finansowania zadania inwestycyjnego nad realizacją, którego będzie pełnił nadzór wyłoniony w przedmiotowym przetargu Inżynier.

Wobec powyższego Zamawiający oczekuje, że Wykonawcy zainteresowani przedmiotowym postępowaniem swoje doświadczenie będą oceniać w wyżej przedstawionym kontekście i w składanej ofercie wykażą spełnienie założonych w SIWZ warunków udziału w/w postępowaniu”.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust.3 Pzp poprzez nie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Izba uznał w/w zarzut za niezasadny.

Po pierwsze, należy stwierdzić, iż Zamawiający uznał na rozprawie, odmiennie niż Odwołujący, iż osoba Pan Krzysztofa P. nie spełnia postawionych wymogów w zakresie doświadczenia w kierowaniu nadzorem nad realizacją zakończonej inwestycji budowlanej w zakresie budowy/rozbudowy obiektów kubaturowych realizowanej według Warunków Kontraktowych FIDIC lub innych porównywalnych procedur międzynarodowych o wartości inwestycji nie mniejszej niż 20.000.000 zł, czyli nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Po drugie, Izba podkreśla, że nie byłoby przeszkód prawnych do uzupełnienia oferty, w ramach powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez wskazanie innej osoby zamiast wykazanej pierwotnie w ofercie nie spełniającej warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego, w takim wypadku Odwołujący winien przedłożyć nowy wykaz wraz z wszystkim wymaganym przez Zamawiającego dokumentami względem nowej wykazywanej osoby, pod warunkiem iż w odniesieniu do pierwotnie wykazanej osoby nie zostały złożone informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik postępowania. Oczywiście Odwołujący mógłby także przedłożyć także w ramach uzupełnienia dokumenty potwierdzające, iż wykazana pierwotnie osoba spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego, jeżeli uznać, że mimo wszystko osoba spełnia warunek, ale nie zostało to w sposób dostateczny wykazane.

Jednakże, Izba stwierdza, że aby móc zastosować tryb wynikający z art. 26 ust. 3 Pzp należy w sposób nie budzący wątpliwości wykluczyć zaistnienie przesłanek z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Wobec przedłożenia dowodu na rozprawie przez Zamawiającego na okoliczność wynikającą z art. 24 ust.2 pkt 2 Pzp Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust.3 Pzp poprzez nie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W tym miejscu, Izba stwierdza także, iż kwestie zarzutu postawionego na rozprawie przedstawi szerzej w kontekście naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w tym miejscu jedynie sygnalizując, że także w kontekście naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp zarzut wynikający z art. 24 ust.2 pkt 2 Pzp nie został wyartykułowany i Odwołujący został wprowadzony w błąd co do rzeczywistych przesłanek swojego wykluczenia. W tym stanie rzeczy, Izba zmuszona była wziąć pod uwagę zaistniały stan faktyczny, tj. przedłożony dowód tylko w odniesieniu potencjalnych skutków wobec art. 26 ust.3 Pzp nie odnosząc się w sposób ostateczny co do kwestii, czy złożone informacje są, czy też nie są informacjami nieprawdziwymi mającymi wpływ na wynik postępowania.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt. 10 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia ECM Group Polska Sp. z o.o. i odrzucenia jej oferty, z uwagi na nie wykazanie dysponowania osobą na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności elektrycznej zgodnie z warunkiem określonym w SIWZ, Izba uznał w/w zarzut za niezasadny.

Po pierwsze, Izba odnie się do zarzutu nie spełnienia przez ECM Group Polska Sp. z o.o. wymogu dysponowania osobą na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności elektrycznej, która winna posiadać co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe, co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego na stanowisku inspektora nadzoru robót elektrycznych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych oraz słaboprądowych. Osoba ta winna posiadać kwalifikacje zawodowe niezbędne do

wykonania zamówienia. Wykonawca ECM Group Polska Sp. z o.o., którego oferta została uznana za najkorzystniejszą wykazał Pana Mieczysława Chrzanowskiego.

Izba uznała, iż Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż zawarte w stwierdzeniu przygotowania zawodowego z 12.09.1980 r. sformułowanie: „o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych”, jednoznacznie wskazuje na ograniczenia uprawnień z punktu widzenia złożoności, a nie zakresu rzeczowego, czyli nie udowodnił, iż przedłożone uprawnienia to uprawnienia ograniczone. Twierdzenia Odwołującego, iż brak w przepisie § 13 ust. 1 pkt. 4 ppkt. d) rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20.02.1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46) zwanego dalej: „rozporządzeniem z dnia 20.02.1975 r.” wskazanego sformułowania świadczy o tym, iż uprawnienia wykazanej osoby są uprawnieniami z ograniczeniami jest niewystarczające dla poparcia tej tezy. Odwołujący sam w toku argumentacji stwierdził bowiem, iż: „przepisy nie zawierają definicji wyrażenia: „powszechnie znane rozwiązania konstrukcyjne”, a w związku z tym jego zakres jest zawsze elementem podlegającym indywidualnej ocenie w poszczególnych sprawach”.

Z przedstawionych dowodów przez Odwołującego, tj. odpowiedzi z dnia 20.10.2008 r. udzielonej przez Krajową Komisję Kwalifikacyjną przy Polskiej Izbie Inżynierów Budownictwa wynika bowiem, iż jej zdaniem uprawnienia budowlane nadawane w okresie od 01.04.1975 r. do 12.01.1989 r. przez wojewodów w formie stwierdzenia posiadania przygotowania zawodowego w specjalności instalacyjno – inżynieryjnej w zakresie instalacji elektrycznych – nie obejmowały sieci elektrycznych. Dopiero bowiem od 13.01.1989 r. wojewodowie otrzymali prawo do nadawania uprawnień budowlanych w specjalności instalacyjno – inżynieryjnej w zakresie sieci elektrycznych. Niniejsze pismo wyraźnie stwierdza także, iż zgodnie z § 13 ust.3 rozporządzenia z dnia 20.02.1975 r. jedynie zakłady pracy były zobowiązane, w wymienionym wyżej okresie czasu, do nadawania uprawnień budowlanych w zakresie sieci elektrycznych. Niniejsze znajduje potwierdzenie w Rozporządzeniu Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 20 grudnia 1988 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 1988 r., Nr 42, poz. 334), w którym w § 2 stwierdza się, iż: „Osoby, które przed dniem wejścia w życie rozporządzenia pełniły samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w zakresie sieci gazowych i elektrycznych na podstawie stwierdzenia posiadania przygotowania zawodowego, dokonanego przez zakład pracy, zachowują prawo do ich pełnienia w tych zakładach przez 6 miesięcy od dnia wejścia w życie rozporządzenia”.

Wynika z tego, co zresztą zawarte jest również w innym dowodzie złożonym przez Odwołującego tj. kopi pisma Krajowej Komisji Kwalifikacyjnej z dnia 16.09.2008 r. stanowiącej załącznik do pisma Odwołującego skierowanego do Krajowej Komisji Kwalifikacyjnej Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 15.10.2008 r., że uprawnienia

złożone względem Pana Mieczysława C. przez ECM Group Polska Sp. z o.o. nie obejmują sieci elektrycznych, gdyż nie mogły ich obejmować, albowiem w tamtym czasie uprawnienia w tym zakresie wydawał zakład pracy.

Izba dodatkowo uznała, iż twierdzenia Zamawiającego, czyli Inwestora, iż w przedmiotowej inwestycji nie występują rozwiązania nowatorskie, ani nietypowe, czyli inwestycja będąca przedmiotem zamówienia publicznego jest standardowa dodatkowo obalają trafność argumentacji Odwołującego, przy czym w tym zakresie Izba wzięła pod uwagę dowód przedłożony przez Zamawiającego w postaci oświadczenia biura projektowego z dnia 20.10. 2008 r., iż: „(...) *przyjęte rozwiązania projektowe dla robót instalacyjnych w/w zadania nie odbiegają od powszechnie stosowanych rozwiązań projektowych w obiektach Szkolnictwa Wyższego*”. Wobec powyższego Izba, biorąc pod uwagę analizę dowodów przedłożonych przez Odwołującego oraz rozporządzenia z 1975 i 1988 r., jak i argumentację przedstawioną na rozprawie przez Zamawiającego, w której wykazywał on, że w zakresie zamówienia nie ma mowy o: *"skomplikowanych instalacjach i urządzeniach elektrycznych"* w rozumieniu § 1 ust. 6 Rozporządzenia Przewodniczącego Budownictwa, Urbanistyki i Architektury z dnia 10 września 1962 r. w sprawie kwalifikacji fachowych osób wykonujących funkcje techniczne w budownictwie powszechnym (D. U. z 1962 r., Nr 53, poz. 266 ze zm.) oraz dowód w postaci oświadczenia biura projektowego, nie uznała co wskazała już powyżej, iż uprawnienie złożone wraz z ofertą jest uprawnieniem z ograniczeniem z punktu widzenia złożoności, a nie zakresu rzeczowego.

Niezależnie od powyższego Izba podkreśla także, iż Odwołujący nie wykazał zasadności twierdzenia, że Zamawiający wymagał uprawnień bez ograniczeń. Żaden zapis SIWZ, co przyznał Odwołujący nie stawia takiego wymogu. Zapis ze strony 12 z 13 części III SIWZ mówi: *„oraz sprawowania nadzoru inwestorskiego zgodnie z przepisami polskiego Prawa budowlanego*”, zaś ze strony 7 z 25 części I SIWZ: *„Nadzór nad realizacją robót będzie prowadzony z uwzględnieniem wymagań wynikających z przepisów Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (j.t. Dz. U. z 2006r. nr 156 poz. 1118 z późn. zmianami)”*.

Powyższe świadczy tylko i wyłącznie o konieczności posiadania i załączenia przez wykazane osoby uprawnień budowlanych (załącznik nr 4.1 – wzór CV) w zakresie jakim będą one wykonywać zamówienie (załącznik nr 4 wykaz osób, które będą wykonywać niniejsze zamówienie).

Izba stwierdza, że Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, z której wywodzi skutki prawne (art. 6 kc. w związku z art. 14 Pzp) nie udowodnił, iż Pan Mieczysława C. nie dysponuje takimi uprawnieniami, tj. w zakresie sieci elektrycznych, uzyskanymi do pocz.1989 z zakładów pracy, a po tej dacie od wojewody. Zdaniem Izby zaistniały stan faktyczny daje podstawę do zastosowania przez Zamawiającego trybu wynikającego z art. 26 ust.3 Pzp. W ramach powtórzonej czynności badania i oceny

złożonych ofert zasadne jest wezwanie o uzupełnienia złożonej oferty o uprawnienia budowlane w zakresie sieci elektrycznych wydawane przez zakład pracy (według stanu prawnego z przed 1989 r.) lub przez wojewodę (według stanu prawnego po 1989 r.).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt. 10 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia ECM Group Polska Sp. z o.o. i odrzucenia jej oferty, z uwagi na nie wykazanie dysponowania osobą na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności elektrycznej zgodnie z warunkiem określonym w SIWZ. Zdaniem Izby zasadnym jest jedynie uznanie, iż miało miejsce de facto naruszenie art. 26 ust.3 Pzp w odniesieniu do ECM Group Polska Sp. z o.o.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust.2 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia ECM Group Polska Sp. z o.o. i odrzucenia jej oferty z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Izba nie uznając zasadności wcześniejszego zarzutu nie uznała zasadności niniejszego zarzutu, gdyż zarzut naruszenia art.24 ust.2 pkt 2 Pzp jest konsekwencją wcześniejszego, gdyż aby uznać, że wskazana osoba Pan Mieczysław C. nie pełnił funkcja inspektora nadzoru na podanych w ofercie zadaniach należałoby wykazać, iż nie posiadała ona stosownych uprawnień.

W tym miejscu, Izba stwierdza także, że fakt, iż wykazana osoba pełniła funkcja inspektora nadzoru na podanych w ofercie zadaniach stanowi dodatkowy argument za uznaniem argumentacji Odwołującego za błędną w odniesieniu do wcześniejszego zarzutu, gdyż gdyby było odmiennie uprawnione do tego organy m.in. nie odebrałyby inwestycji, przy których pracowała wskazana osoba.

Jednakże, decydujące dla Izby tak we wcześniejszym zarzucie, jak i niniejszym jest okoliczność tego rodzaju, iż Odwołujący nie przedstawiając dowodu na potwierdzenie swoich wcześniejszych twierdzeń, tym bardziej nie przedstawił go na potwierdzenie złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

W tym miejscu, Izba za orzecznictwem KIO (wyrok z dnia 24.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1098/08) stwierdza, iż: *„(...) jeśli kwestie rażąco niskiej ceny, czy też postawienia warunku utrudniającego konkurencje wystarczy uprawdopodobnić, to nie spełnianie warunku udziału w postępowaniu należy udowodnić, tym bardziej złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływa na wynik postępowania (.....)”*.

W tym kontekście, istotne jest także, aby wskazać, iż Izba podziela pogląd mający poparcie w orzecznictwie KIO (np: wyrok z dnia 21.08. 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 814/08), że jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że Wykonawca w dniu składania ofert nie miał

świadomości nieprawdziwości określonych danych (działał w dobrej wierze), to nie sposób uznać, iż jego celem było wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Takie działanie bowiem nie sposób uznać za umyślne wprowadzenie Zamawiającego w błąd i chęć uzyskania zamówienia na podstawie fałszywych danych. Taka sytuacja jest bowiem całkowicie niezależna od woli i działań Wykonawcy.

Izba podkreśla, iż Odwołujący nie tylko nie wykazał słuszności swoich zarzutów, ale także nie udowodnił, iż jeżeli nawet przyjąć nieprawdziwość określonych danych, że nie miało tutaj miejsce działanie w dobrej wierze, w takim bowiem wypadku, przedłożone informacje nie miałyby rzeczywistego wpływ na wynik prowadzonego postępowania, gdyż dopuszczalne byłoby zastosowanie trybu przewidzianego w art. 26 ust.3 Pzp.

W tym miejscu Izba wskazuje także, iż niebudzące wątpliwości jest prawo Zamawiającego do wielokrotnego żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonej w danym postępowaniu oferty, jeżeli zaistnieje taka konieczność. Powyższe odnosi się również do instytucji wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów złożonych wraz z ofertą w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Z tym zastrzeżeniem, aby wyjaśnienia nie prowadziły de facto do kolejnego uzupełnienia w tym samym zakresie. Mimo że, żądanie wyjaśnień jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem Zamawiającego, to w konkretnym stanie faktycznym, w którym zaniechanie dokonania takiej czynności prowadziłoby do naruszenia art. 7 ust.1 Pzp, Zamawiający winien mając na uwadze zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania obligatoryjnie wyjaśnić zaistniałe wątpliwości, w szczególności odnosi się do stosowania art. 26 ust. 4 Pzp w kontekście art. 24 ust.2 pkt 2 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust.2 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia ECM Group Polska Sp. z o.o. i odrzucenia jej oferty z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia ECM Group Polska Sp. z o.o. i odrzucenia jej oferty, z uwagi na nie wykonanie w okresie ostatnich trzech lat a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej jednej usługi, której przedmiotem zamówienia było pełnienie funkcji Inżyniera nad realizacją zakończonej inwestycji, w zakresie budowy budynków użyteczności publicznej, zrealizowanych według Warunków Kontraktowych FIDIC lub warunków równoważnych o wartości robót minimum 20.000.000,00 PLN bez VAT, jak również z uwagi na nie dysponowanie osobą na stanowisko Kierownika Zespołu, która winna posiadać, m. in. doświadczenie w kierowaniu nadzorem nad realizacją zakończonej inwestycji budowlanej w zakresie budowy/rozbudowy obiektów kubaturowych realizowanej według Warunków Kontraktowych FIDIC lub innych porównywalnych procedur

międzynarodowych, o wartości inwestycji nie mniejszej niż 20.000.000,00 zł, Izba uznała w/w zarzuty za niezasadne.

W kontekście obu zarzutów Odwołujący stwierdził, iż Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą wykazał się jedną usługą, której przedmiotem było: Zarządzanie i nadzór nad realizacją projektu na modernizację budynków głównych Państwowego Instytutu Weterynaryjnego - Państwowego Instytutu Badawczego w Puławach, w ramach Projektu Phare 2003/005-710.04.02.02 - „*Laboratorium Referencyjne w Państwowym Instytucie Weterynaryjnym w Puławach*”, przy czym wzmiankowany kontrakt był prowadzony w systemie „*zaprojektuj-zbuduj*”, zgodnie z „*Warunkami kontraktu na urządzenie i budowę z projektowaniem*” FIDIC 1999 (tzw. „*Żółta Książka FIDIC*” 1999) – zgodnie z oświadczeniem zawartym w wykazie wykonanych usług nadzoru wraz z referencją z dnia 11.09.2007 r. Jako osobę na stanowisko Kierownika Zespołu ECM Group Polska Sp. z o.o. – w ramach wykazu osób i podmiotów które będą wykonywać zamówienie wraz z niezbędnymi uprawnieniami - wskazała osobę Pana Zbigniewa Grebę, który na potwierdzenie wymaganego doświadczenia wskazał z kolei w swoim CV wykazaną powyżej przez ECM Group Polska Sp. z o.o. usługę.

Izba w tym miejscu stwierdza, iż Zamawiający każdorazowo w razie wątpliwości może w trybie art. 26 ust. 4 Pzp zwrócić się o wyjaśnienia złożonych oświadczeń i dokumentów, a nawet w trybie art. 26 ust.3 Pzp wezwać do uzupełnienia oferty o np. nową usługę lub inną osobę niż wskazana pierwotnie.

W przedmiotowym stanie faktycznym, Izba stwierdziła, że tak wobec wymaganego doświadczenia od Wykonawców składających ofertę w przedmiotowym postępowaniu, jak i wobec wymaganego doświadczenia osób wykazywanych w ofercie, Zamawiający nie zawarł w warunkach ograniczenia co ma wchodzić w zakres budowy, brak jest ograniczenia na które wskazuje Odwołujący, iż chodzi o budowę tylko i wyłącznie nowych budynków budowlanych bez infrastruktury towarzyszącej.

W odniesieniu do pierwszego warunku wymaganego doświadczenia od Wykonawców składających ofertę w przedmiotowym postępowaniu, Izba wskazuje, że mowa jest w nim o: „*(...) funkcji Inżyniera nad realizacją zakończonych inwestycji, w zakresie budowy budynków użyteczności publicznej(...)*”, a więc ma tutaj miejsce tylko i wyłącznie ograniczenie do rodzaju budynku, tj. budynku użyteczności publicznej, czyli inwestycji celu publicznego.

W odniesieniu do drugiego warunku wymaganego doświadczenia osób wykazywanych w ofercie, Izba wskazuje z kolei, że mowa jest w nim o doświadczeniu: „*(...) nad realizacją zakończonych inwestycji budowlanej w zakresie budowy/rozbudowy obiektów kubaturowych(...)*”, czyli wprost wskazuje się, iż chodzi o inwestycje budowlane w zakresie budowy/rozbudowy obiektów kubaturowych.

Izba stwierdza, że skoro nie było w pierwszym warunku ograniczeń wskazanych przez Odwołującego, a w drugim wypadku wprost mówi się także o rozbudowie obiektów należy uznać za zasadne stanowisko Zamawiającego, że Wykonawca, który w ramach inwestycji dokonywał rozbudowy legitymuje się doświadczeniem w zakresie budowy. W tym kontekście Izba uznała za adekwatne do przedmiotowego stanu faktycznego orzeczenie Zespołu Arbitrów z dnia 10.10.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1204/07.

Powyższe, Izba odniosła także do stanowiska Odwołującego, że jeżeli Zamawiający chciałby aby warunek był rozumiany: „wraz z *infrastrukturą towarzyszącą*”, to powinien takie sformułowanie zawrzeć warunku (Izba uznaje że chodziło o oba sporne warunki). Takie stanowisko jest błędne, gdyż aby określony warunek miałby być rozumiany wężej powinno być sformułowanie ograniczające, jego brak wskazuje na jego szerszy charakter i nie jest konieczne jego literalne wskazanie w odróżnieniu od ograniczenia warunku.

Izba zwraca także uwagę, iż zgodnie z definicją budowy zawartej w art. 3 pkt 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jedn. Dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 ze zm.) pod pojęciem „budowa” należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Zaś komentatorzy Prawa budowlanego stwierdzają, iż: „*rozbudowa jest jedną z kategorii budowy i tym różni się np. od przebudowy, że w jej wyniku zawsze powstaje nowa substancja budowlana*”. Zaś zgodnie z art. 3 pkt 1 Prawa budowlanego przez obiekt budowlany należy rozumieć:

- a) budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi,
- b) budowlę stanowiącą całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami oraz
- c) obiekt małej architektury.

Ponadto, Izba zauważa, iż: „*Dość często używa się potocznie (ale także w niektórych aktach prawnych) pojęcia "modernizacja", jako jednego z rodzajów robót budowlanych. Ustawa Prawo budowlane takim pojęciem się nie posługuje i nie jest to bynajmniej przeoczenie (początkowo modernizacja występowała jako rodzaj budowy, a następnie robót budowlanych). Należy uznać, że pojęcia "przebudowa" oraz "remont" w sposób wystarczający i pełny określają sytuacje, w których mamy do czynienia z ulepszeniem już istniejącej substancji i posługiwanie się pojęciem "modernizacja" wprowadzałoby wyłącznie zbędny chaos terminologiczny. Innymi słowy potocznie rozumiana "modernizacja", w zależności od zakresu, będzie po prostu przebudową albo remontem*”. (Dziwiński Robert, Ziemiński Paweł, komentarz, ABC 2006, Komentarz do art.3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U.03.207.2016), [w:] R. Dziwiński, P. Ziemiński, Prawo budowlane. Komentarz, Dom Wydawniczy ABC, 2006, wyd. II).

Jednakże w przedmiotowym stanie faktycznym wykazana przez ECM Group Polska Sp. z o.o. usługa nie powinna być oceniana poprzez pryzmat użytej nazwy: „*modernizacja*”,

ale w oparciu o faktyczny zakres nadzorowanych robót. Zgodnie bowiem z wykazanym zakresem, zdaniem Izby miała miejsce rozbudowa obiektu budowlanego.

Wobec powyższego, Izba uznała następujące dowody przedstawione przez Odwołującego za bezprzedmiotowe:

1) Pismo z dnia 09.10.2008 r. do Centrum Doradztwa i Szkoleń Zamówień Publicznych jako reprezentanta Fundacji: „Fundusz Współpracy” wystawcy referencji załączonej do oferty przez ECM Group Polska Sp. z o.o. z dnia 11.09.2007 r.;

2) Odpowiedź z dnia 09.10 2008 r. udzielona faxem przez Centrum Doradztwa i Szkoleń Zamówień Publicznych jako reprezentanta Fundacji: „Fundusz Współpracy” wystawcy referencji załączonej do oferty przez ECM Group Polska Sp. z o.o. z dnia 11.09.2007 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust.1 pkt 10 Pzp, z uwagi na nie wykonanie w okresie ostatnich trzech lat a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej jednej usługi zgodnie z warunkiem z Rozdz. 9 pkt 1.3 a), jak również z uwagi na nie dysponowanie osobą na stanowisko Kierownika Zespołu, która wina posiadać, m. in. doświadczenie w kierowaniu nadzorem zgodnie z warunkiem z Rozdz. 9 pkt 1.3 b).

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust.2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia ECM Group Polska Sp. z o.o., z uwagi na nie wniesienie wadium, Izba stwierdza, że w/w zarzut nie może być przedmiotem rozpatrzenia. Zgodnie bowiem z art. 191 ust.3 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ZDI, poprzez zbyt wąskie uzasadnienie wykluczenia z prowadzonego postępowania wynikające z zaprzestania wykonywania czynności badania ofert, w trakcie jej wykonywania, tj.: z uwagi na niewykazanie usługi obejmującej wartość robót budowlanych w zakresie budowy budynków co najmniej 20.000.000,00 PLN, czy też nie wykazanie, iż Pani Jadwiga P. posiadała 6 letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu zespołem prowadzącym nadzór nad realizacją inwestycji budowlanej albo nie wykazanie, że Pan Zdzisław O. posiadał 5 letnie doświadczenie zawodowe w zakresie rozliczania inwestycji budowlanych, Izba wobec nie podtrzymania wskazanych zarzutów podniesionych w proteście i odwołaniu na rozprawie uznała, iż nie podlegają one rozpatrzeniu. Niniejsze odnosi się również do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ZDI, z uwagi na nie wniesienie wadium.

Odwołujący nie podtrzymał wskazanych zarzutów wobec nie oprostowania przez Konsorcjum ZDI wykluczenia z postępowania i odrzucenie swojej oferty, jak również wobec nieskuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego uznając, iż wykluczenie Konsorcjum ZDI i odrzucenie jego oferty, uprawomocniło się, czyli jest ostateczne.

Na marginesie, Izba stwierdza, że kwestia wadium w kontekście Konsorcjum występującego w postępowaniu była wielokrotnie przedmiotem orzecznictwa Izby (wyrok z dnia 04.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 23/07, wyrok z dnia 11.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 32/08, wyrok z dnia 07.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 44/08, KIO/UZP 46/08, KIO/UZP 57/08 oraz wyrok z dnia 31.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 223/08, KIO/UZP 231/08, jak również wyrok z dnia 07.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1009/08), jak i Sądów Okręgowych (wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 07.09.2005 r. sygn. akt: VI Ca 527/05, wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12.05.2006 r., sygn. akt: Ca 489/06, jak i wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20.05.2008 r., sygn. akt: V Ca 903/08). Wszelkie odmienne stanowiska w tej materii, Izba uznaje za czysto polemiczne nie znajdujące żadnego poparcia w aktualnym orzecznictwie, całkowicie błędne i nie zasługujące na posłuch.

Ponadto, Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż w przypadku dokonania czynności wykluczenia z postępowania, nie ma podstaw prawnych do dokonywania czynności odrzucenia złożonej oferty, gdyż Pzp odróżnia instytucję uznania oferty za odrzuconą (art. 24 ust. 4) od instytucji odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1). Wbrew pogładowi Odwołującego, Izba uznaje, iż art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp jest de facto powtórzeniem art. 24 ust.4 Pzp. Art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp wcale nie odnosi się tylko i wyłącznie do innych trybów niż przetarg nieograniczony. Z jego pierwszej części: *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielnie zamówienia”* wynika bowiem, że chodzi o przetarg nieograniczony, gdyż nie ma innego trybu, w którym oferta może być złożona przez Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielnie zamówienia. Mając powyższe na uwadze, Izba nie sawierdziła, aby Zamawiający błędnie podał podstawę prawną odrzucenia oferty Wykonawcy wykluczonego, czyli art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp zamiast art. 24 ust. 4 Pzp., a co za tym idzie zaniechał uznania oferty za odrzuconą.

Na marginesie, Izba stwierdza, iż jako budzące niepokój jest praktyka Zamawiającego, który decyduje o wykluczeniu z udziału w postępowaniu i odrzuceniu oferty dokonuje de facto wcześniej niż wybór oferty najkorzystniejszej. Izba zwraca uwagę, iż od 2006 r. czynności niniejsze muszą mieć charakter równoczesny i wykluczenie nie może mieć

miejsca wcześniej niż wybór. Izba w przedmiotowym stanie faktycznym wzięła pod uwagę okoliczność tego rodzaju, iż informacja o powyższych czynnościach została przekazana uczestnikom przedmiotowego postępowania tego samego dnia i nie miało to wpływu na zastosowane przez Wykonawców środki ochrony prawnej.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, Izba uznała w/w zarzut za zasadny.

Izba stwierdza, iż potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, co było podstawą uwzględnienia odwołania. Jednakże niniejsze nie miało miejsca z przesłanek wskazanych przez Odwołującego w proteście i odwołaniu. Na podstawie stanu faktycznego oraz oświadczeń Zamawiającego złożonych na rozprawie, Izba stwierdziła, iż Zamawiający naruszył wskazany przepis poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego względem oferty Odwołującego, w tym miejscu Izba uznała za adekwatne do przedmiotowej sprawy orzeczenie KIO z dnia 05.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 141/08. Zamawiający w momencie badania i oceny ofert dysponował wiedzą na temat wykazanej osoby, tj. Pana Krzysztofa P. jako nie tyle nie spełniającą postawionych wymogów w zakresie doświadczenia w kierowaniu nadzorem nad realizacją zakończonej inwestycji budowlanej w zakresie budowy/rozbudowy obiektów kubaturowych realizowanej według Warunków Kontraktowych FIDIC lub innych porównywalnych procedur międzynarodowych o wartości inwestycji nie mniejszej niż 20.000.000 zł, ale jako tej która złożyła w CV informacje, co do których prawdziwości należy mieć wątpliwości.

Jednakże, Zamawiający nie wskazując właściwej rzeczywistej podstawy prawnej i faktycznej, co do której w momencie wykluczenia był świadomy, po pierwsze uniemożliwił Odwołującemu złożenie środka ochrony prawnej, czym naruszył jego prawo do złożenia protestu, a po drugie, de facto wyłączył przesłankę wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2 Pzp z przedmiotu sporu.

Odwołującemu nie znany był niniejszy zarzut ani z pisma wykluczającego go z udziału w postępowaniu, ani z rozstrzygnięcia protestu, nie było też przeprowadzone postępowanie wyjaśniające z podmiotem najbardziej zainteresowanym, tj. Odwołującym.

W rezultacie Odwołujący został postawiony przed faktem dokonany, przedstawiono mu dowód na rozprawie pozyskany od podmiotu trzeciego.

Wyjaśnienia Zamawiającego w tym zakresie Izba uznaje za chybione, twierdzenie, iż z uwagi na charakter zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, nie zawarto go w wykluczeniu, gdyż Zamawiający nie miał pewności czy uzyska wiarygodny dowód na poparcie tego faktu, tylko potwierdza niezrozumienie procedur jakimi powinien się kierować Zamawiający w wypadku zaistnienia takiej jak opisał sytuacji.

Za powołanym wyrokiem z dnia 05.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 141/08 Izba wskazuje, że: „(...) należy zauważyć, iż skoro potwierdzone jest przez orzecznictwo (Wyrok KIO z dnia 09.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP/42/07 oraz Wyrok KIO z dnia 22.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP/99/08) istnienie obowiązku podjęcia przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego celem ustalenia prawdziwości złożonych przez Wykonawcę oświadczeń, w wypadku powzięcia w drodze protestu wątpliwości, co do ich zgodności ze stanem faktycznym (Niniejsze należy odnieść także do dokumentów), a powyższy obowiązek wynika z art. 7 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający powinien prowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz art. 24 ust. 1 i 2 Pzp., nakazujący wykluczyć z postępowania Wykonawcę, w sytuacji, gdy zaistnieją okoliczności enumeratywnie wymienione w tych przepisach (patrz: za Wyrokiem Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 02.02.2006 r., sygn. akt: III Ca 727/05), to tym bardziej istnieje taki obowiązek na etapie badania i oceny złożonych ofert, w wypadku zaistnienia uzasadnionych wątpliwości co do ich treści. Tak też Wyrok KIO z dnia 31.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 119/08. Niedopuszczalne jest rezygnowanie z przeprowadzania takiego wyjaśnienia, wobec wyraźnej woli Wykonawcy składającego ofertę względem jego przeprowadzenia. Powyższe, działanie jest celowym ograniczeniem prawa do obrony przed stawianymi zarzutami, zwłaszcza kwestionującymi prawdziwość złożonego oświadczenia”.

Ważne jest także, że: „(...) jeżeli Zamawiający poweźmie wątpliwości dotyczące treści złożonej oferty, to nie może wyjaśnić ich z osobami trzecimi (np. organem, który wystawił stosowny dokument; z podwykonawcą), nie występując jednocześnie do wykonawcy o złożenie stosownych wyjaśnień ani nie informując go o tym fakcie”.

Izba z tych względów uwzględniła odwołanie, uznając zasadność wskazanego naruszenia, w ramach powtórzonej czynności badania i oceny ofert nie jest wykluczone, iż Zamawiający po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp uzyska wiarygodne wyjaśnienia takiego, a nie innego stanu rzeczy, jak i dowód przeciwny. Izba nie neguje przedłożonego dowodu, jednakże poprzez swoje działanie Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu złożenie wyjaśnień i uzyskanie dowodu przeciwnego, chociażby od wykazanej osoby. Izba wyjaśnia, iż nie chodzi o uzupełnienie złożonej oferty przez Odwołującego o nową osobę, ale o wyjaśnienie wobec podejrzenia zaistnienia przesłanek będących podstawą wykluczenia w trybie art. 24 ust.2 pkt 2 Pzp wobec osoby wskazanej w ofercie w dacie składania ofert. W wypadku nie przedstawienia dowodu przeciwnego przez Odwołującego zostaną potwierdzone przesłanki będące podstawą wykluczenia w trybie art. 24 ust.2 pkt 2 Pzp. W wypadku uzyskania wyjaśnień, które wykluczą złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania możliwe jest, jeżeli będzie taka konieczność zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp, jeżeli Zamawiający uzna, że osoba

wykazana nie spełnia warunku udziału w postępowaniu postawionego przez niego w SIWZ.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji. Izba nakazując powtórzenie czynności badania i oceny ofert, nie brała pod uwagę okoliczności tego rodzaju, iż sam Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu przyznał, że nie dokonał pełnego badania i oceny oferty Konsorcjum ZDI, gdyż w tym zakresie zdaniem Izby, Odwołujący także de facto nie podtrzymał zarzutu.

W tym kontekście, Izba stwierdza, że poprzestanie na stwierdzeniu tylko jednej przesłanki będącej podstawą wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty, mimo istnienia dodatkowych przesłanek należy rozpatrywać w kontekście stwierdzonego naruszenia i jego wpływu na wynik postępowania.

W razie stwierdzenia, iż zaistniała wada w ofercie miałyby charakter nie usuwalny ewentualne nie wskazanie dodatkowych przesłanek wynikających z wadliwości złożonej oferty nie ma wpływu na wynik postępowania i w ocenie Izby biorąc pod uwagę art. 146 Pzp zawierający przesłanki nieważności zawartej umowy jest dopuszczalne.

Jednakże, jeśli wada będąca podstawą wykluczenia ma charakter usuwalny, to nie wskazanie innych przesłanek, czyli zaniechanie dalszej oceny złożonej oferty jest niedopuszczalne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3599 zł., tj. zgodnie z przedłożoną kopią faktury.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Lublinie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....