

**WYROK**

**z dnia 22 grudnia 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

**CE Project Group Sp. z o.o. Spółka Komandytowa**

**Al. Płk. Beliny – Prażmowskiego 12, 31-514 Kraków**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

**PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

**w imieniu której działa Oddział Regionalny w Krakowie**

**Plac Matejki 12, 31-157 Kraków**

protestu z dnia 20 listopada 2008 r.

przy udziale **Jacobs Polska Sp. z o.o. Al. Niepodległości 58, 02-626**

**Warszawa** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa 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 uiszczanego przez **CE Project Group Sp. z o.o. Spółka Komandytowa Al. Płk. Beliny – Prażmowskiego 12, 31-514 Kraków,**
  - 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** na rzecz **CE Project Group Sp. z o.o. Spółki Komandytowej Al. Płk. Beliny – Prażmowskiego 12, 31-514 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,
  - 3) dokonać zwrotu kwoty **10 936 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **CE Project Group Sp. z o.o. Spółki Komandytowej Al. Płk. Beliny – Prażmowskiego 12, 31-514 Kraków.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *opracowanie dokumentacji projektowej i przetargowej na (modernizację i) przebudowę stacji Dęba Rozalin oraz Głogów Małopolski na linii nr 71 Ocice – Rzeszów (nr post.: IRZd-216/14/08)*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z 24 września 2008 r. pod numerem 2008/S 185-245367. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została

zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego 19 września 2008 r. Jak wynika z protokołu postępowania, wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 2.000.000,00 zł, tj. 515.849,48 euro.

13 listopada 2008 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego. W związku z powyższym 20 listopada 2008 r. na tę czynność złożył protest, a wobec jego oddalenia, 5 grudnia 2008 r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 8 grudnia 2008 r.). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego ze względu na wykonywanie przez niego czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania,
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania Przystępującego z tytułu braku właściwych uprawnień projektanta w branży telekomunikacji,
3. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu Przystępującego mimo braku dokumentów potwierdzających, że usługi podane w wykazie przez tego wykonawcę zostały wykonane

i wniósł o:

1. unieważnienie decyzji Zamawiającego oddalającej protest,
2. nakazanie wykluczenia Przystępującego z postępowania
3. nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ad. 1. Przystępujący jako podwykonawca opracowuje na rzecz Zamawiającego „Studium wykonalności dla zadania: Budowa drogi kolejowej Warszawa – Rzeszów przez Kolbuszową na odcinku Skarżysko Kamienna – Sandomierz – Ocice – Rzeszów”, a więc wykonywała bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania. Świadczy o tym m.in. logo Przystępującego umieszczone na materiałach przetargowych

schematów stacji Dęba Rozalin i Głogów Małopolski. W przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu oraz w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu 13 listopada 2008 r. Przystępujący sam potwierdził, iż był podwykonawcą Centralnego Biura Projektowo – Badawczego Budownictwa Kolejowego KOLPROJEKT (zwanego dalej KOLPROJEKT) przy wykonywaniu ww. studium wykonalności w częściach dotyczących prognoz społecznych, analiz społeczno – ekonomicznych, ochrony środowiska i wniosków aplikacyjnych. W wyjaśnieniach oświadczone, iż Przystępujący nie uczestniczył bezpośrednio ani pośrednio w opracowaniu żadnej części dokumentacji projektowej ani przetargowej, a jego logo znalazło się w materiałach przetargowych dotyczących schematów stacji Dęba Rozalin i stacji Głogów Małopolski przez przypadek. Wyjaśnienia powyższe zostały potwierdzone pismem KOLPROJEKTu z 12 listopada 2008 r. (znak TK/SR/119/2008). KOLPROJEKT w przywołanym piśmie opisuje rolę Przystępującego i potwierdza, że to nie Przystępujący był autorem schematów (nie było to objęte zakresem podwykonawstwa), a logo zostało zamieszczone przez KOLPROJEKT przypadkowo.

Zamawiający uzasadniając decyzję o oddaleniu protestu również stwierdził, że przeprowadził postępowanie wyjaśniające w powyższej sprawie i na podstawie ww. oświadczeń oddalił zarzut protestu. Zdaniem Odwołującego postępowanie wyjaśniające sprowadzające się jedynie do przyjęcia do wiadomości tych oświadczeń jest niewystarczające, a wiarygodność oświadczenia Przystępującego budzi zastrzeżenia. Oświadczył on bowiem, że zajmował się jedynie prognozami społecznymi, analizami społeczno – ekonomicznymi, ochroną środowiska oraz wnioskami aplikacyjnymi. Tymczasem opis przedmiotu zamówienia dotyczącego studium (etap II) nie przewiduje wykonywania analiz społeczno – ekonomicznych, lecz wykonanie analiz ekonomicznych i finansowych z opracowaniem projektu planu finansowego, w których należy zidentyfikować główne wymagania funkcjonalne, techniczne i operacyjne konieczne do przygotowania wniosków aplikacyjnych i materiałów przetargowych uwzględniając odpowiednie specyfikacje techniczne. Informacje dotyczące etapu II opracowania studium

nie były udzielane pozostałym wykonawcom biorącym udział w przedmiotowym postępowaniu, tymczasem rozwiązania projektowe przyjmowane przez wykonawcę będą w pełni uzależnione od opracowywanego studium. Żaden z wykonawców, poza Przystępującym, składając ofertę nie zna tak szczegółowo niezbędnego zakresu dokumentacji projektowej wymaganej w studium i jaki będzie to miało zasadniczy wpływ na zakres prac projektowych. Informacje te nie były podane innym wykonawcom ani zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Świadczy o tym również zapis zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym obowiązkiem wykonawcy umowy ma być skontaktowanie się z wykonawcą opracowującym studium w celu uzgodnienia przyjętych rozwiązań projektowych – czy nie kolidują z opracowywanym studium. Tylko Przystępujący dysponował również wiedzą o budżecie, jaki Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

Uczestnictwo Przystępującego w przygotowywaniu postępowania utrudniło uczciwą konkurencję, ponieważ posiadał on informacje dotyczące m.in. głównych wymagań funkcjonalnych, technicznych i operacyjnych dotyczących zadania będącego przedmiotem postępowania, dzięki czemu mógł skalkulować cenę oferty na odpowiednio niskim poziomie, a tym samym znajdował się w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Ad. 2. Jednym z dokumentów, który, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, miał być złożony celem potwierdzenia warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, był dokument potwierdzający posiadanie przez projektanta uprawnień budowlanych bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej. Przystępujący przedłożył dokument potwierdzający uprawnienia projektanta w branży telekomunikacyjnej, ale jedynie w zakresie ograniczonym.

Zgodnie z § 22 rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z 2006 r. istnieje wyraźne rozgraniczenie na uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń i uprawnienia w ograniczonym zakresie.

Zgodnie z § 22 ust. 1 ww. rozporządzenia uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Natomiast zgodnie z § 22 ust. 2 ww. rozporządzenia uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej w ograniczonym zakresie uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną, w odniesieniu do obiektu budowlanego, takiego jak: lokalne linie i instalacje. Zamawiający nie musiał dokładnie precyzować, co ma na myśli wymagając projektanta z uprawnieniami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń, gdyż jest to określone w szczegółowych przepisach prawa.

Dołączone do oferty dokumenty jednoznacznie wskazują, że pan Wojciech P. nie posiada uprawnień budowlanych w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń. Przystępujący jako dokument potwierdzający posiadanie przez projektanta uprawnień budowlanych w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń przedstawił decyzję wydaną przez Głównego Inspektora Państwowej Inspekcji Telekomunikacyjnej i Pocztovej z 19 grudnia 1996 r. na podstawie rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym. Zgodnie z § 4 ust. 1a tego rozporządzenia uprawnienia budowlane w telekomunikacji w okresie obowiązywania tego rozporządzenia były wydawane bez ograniczeń lub w ograniczonym zakresie w następujących specjalizacjach: 1) przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, dotyczącej urządzeń liniowych i stacyjnych, 2) radiowej, dotyczącej obiektów nadawczych radiofonii i telewizji naziemnej oraz nadawczych i odbiorczych obiektów radiokomunikacyjnych. Jak wynika z dołączonego do oferty dokumentu, pan Wojciech P. posiada jedynie uprawnienia w ograniczonym zakresie w specjalizacji przewodowej wraz z infrastrukturą

towarzysząca, dotyczącej urządzeń liniowych i stacyjnych. W przypadku nadania uprawnień w zakresie nieograniczonym jest to jasno stwierdzone w dokumencie potwierdzającym udzielenie tych uprawnień, jak np. w decyzji wydanej pana Andrzeja K. – projektanta wskazanego w ofercie przez Odwołującego.

W niniejszym przypadku do oferty złożonej przez Przystępującego został dołączony prawidłowy dokument pod względem formalnym, ale jego treść nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zatem Przystępujący powinien być zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, ponieważ nie ma możliwości jego uzupełnienia.

Ad. 3. Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, obowiązkiem wykonawcy jest złożenie zamawiającemu dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Przystępujący przedstawił jedynie sam wykaz wykonanych usług bez dokumentów, które potwierdziłyby faktyczne wykonanie tych usług, co stanowi naruszenie przepisu art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego przepis art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest przepisem szczególnym w stosunku do przepisu art. 25. Zawiera on kategoryczny nakaz przedstawienia przez wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Celem tego przepisu jest rzetelne sprawdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W postępowaniu o zamówienia, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 zastosowanie ma przepis art. 26 ust.1, a nie art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z zasadą *lex specialis derogat legi generali*. Zgodnie z tym przepisem dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu muszą być złożone przez wykonawcę i to bez względu na to, czy Zamawiający zażądał ich w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy też nie. Zamawiający nie ma prawa wyboru, jakie dokumenty mają być złożone, ponieważ wprost

z przepisu prawa wynika, że mają być złożone wszystkie dokumenty potwierdzające spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Przepis ten kierowany jest nie tylko do Zamawiającego, ale również do wykonawców, którzy znając jego treść sami powinni złożyć wymagane prawem dokumenty.

Możliwość wezwania przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę na zasadzie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie znajduje w przedmiotowym postępowaniu zastosowania. Przepis ten odnosi się bowiem wyłącznie do dokumentów składanych na podstawie art. 25 ust. 1, a nie na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak to ma miejsce w niniejszej sprawie.

Interes prawny Odwołującego został naruszony, bowiem w przypadku wykluczenia Przystępującego z postępowania, za ofertę najkorzystniejszą mogłaby zostać uznana oferta Odwołującego.

Zamawiający oddalił protest 27 listopada 2008 r., o czym powiadomił Odwołującego tego samego dnia stwierdzając, iż:

1. Przed rozstrzygnięciem postępowania przeprowadził postępowanie wyjaśniające mające na celu zbadanie ewentualnego udziału Przystępującego w przygotowaniu niniejszego postępowania. Odpowiedzi Przystępującego oraz KOLPROJEKTu nie potwierdzają łącznego spełnienia wszystkich przesłanek prowadzących do konieczności zastosowania przepisów art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc zarzut należy oddalić,
2. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszeniu o zamówieniu wymagał m.in. projektanta w branży telekomunikacji posiadającego uprawnienia budowlane bez ograniczeń w specjalności telekomunikacji, natomiast nie formułował w tym zakresie żadnych dodatkowych wytycznych dotyczących zakresu specjalności. Przystępujący przedłożył w ofercie uprawnienia bez ograniczeń dla pana Wojciecha P., zatem Zamawiający uznał, że przedstawione uprawnienia projektanta wyczerpują wymogi przedstawione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.



3. Nie wymagał dokumentów potwierdzających, iż usługi podane w wykazie zostały wykonane, zatem wykonawcy nie byli zobowiązani do składania takich dokumentów, a teza Odwołującego, iż obowiązkiem wykonawcy jest składanie dodatkowych, niewymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszeniu dokumentów jest błędna, niezależnie od wartości zamówienia. Art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych co prawda stanowi, iż, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza podane w tym przepisie progi, zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (poniżej progów może poprzestać na oświadczeniach), jednak zamawiający w swoich żądaniach jest ograniczony przepisem art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zezwalającym jedynie na żądanie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Wybór tych dokumentów pozostawiony jest uznaniu zamawiającego, który w niniejszym postępowaniu za niezbędne uznał wykaz wykonanych usług, a nie dokumenty potwierdzające, iż usługi podane w wykazie zostały wykonane.

Podczas rozprawy Zamawiający wyjaśnił, iż sporne rysunki z logo Przystępującego zamieszczone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i dotyczące układu torowego na stacji Dęba Rozalin i Głogów Małopolski nie mają wiążącego charakteru – to projektant w projekcie ma przedstawić szczegółowy rozkład torów. Koncepcja wykonania prac miała zostać przyjęta przez zarząd Zamawiającego 17 grudnia 2008 r. Zdaniem Zamawiającego przygotowanie takiego rysunku nie faworyzuje rysującego w zakresie wyceny opracowania dokumentacji projektowych.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu, przystąpienia oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego uprawnień budowlanych projektanta branży telekomunikacyjnej.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na wykonywanie czynności bezpośrednio związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania skład orzekający Izby uznał, iż zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Przede wszystkim Odwołujący nie przedstawił przekonujących dowodów, iż Przystępujący brał udział w przygotowaniu wskazanego w odwołaniu studium wykonalności w zakresie szerszym niż stwierdzono w oświadczeniu KOLPROJEKTu złożonym Zamawiającemu w piśmie z 12 listopada 2008 r. (znak TK/SR/119/2008) zgodnie z którym „firma Jacobs pełni rolę podwykonawcy jedynie w częściach dotyczących prognoz społecznych, analiz społeczno – ekonomicznych, ochrony środowiska i wniosków aplikacyjnych (...) nie uczestniczy bezpośrednio lub pośrednio w opracowaniu żadnej części dokumentacji projektowej ani przetargowej. Logo firmy Jacobs na wspomnianych przez Państwa schematach, stanowiących taśmę pogładową dla całej linii nr 71 i nr 25, załączone zostało w celu zaakcentowania znacznego udziału Podwykonawcy w całym opracowaniu. Nie zmienia to jednak faktu, że w części technicznej Podwykonawca nie uczestniczy” oraz w oświadczeniu Przystępującego z 12 października 2008 r. (pismo nr DK-J2B/MS/178/2008), iż opracowuje „wyłącznie zdania z zakresu: analiz ruchowo – ekonomicznych, prognoz przewozowych, analiz ekonomiczno – finansowych, ochrony środowiska, wniosków o dofinansowanie z funduszy UE. Jednocześnie (...) nie zawarło żadnej umowy na opracowanie – ani w żaden inny sposób uczestniczyło w opracowaniu – części techniczno – projektowej ani też materiałów przetargowych objętych ww. Studium.”

Odwołujący nie przedstawił również żadnych dowodów, iż Przystępujący z racji współpracy z KOLPROJEKTEM przy opracowywaniu studium, posiadał jakieś dodatkowe, istotne dla sporządzenia i ceny oferty informacje, które stawiałyby go w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych wykonawców.

Nawet gdyby uznać (czego również nie udowodniono, a Zamawiający podczas rozprawy oświadczył, iż ustalenia wartości szacunkowej zamówienia i kwoty,

którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, dokonali pracownicy Zamawiającego), iż Przystępujący znał prognozowany w studium koszt realizacji przedmiotowego zamówienia, a więc tym samym budżet Zamawiającego (w rozumieniu szacunkowej wartości zamówienia oraz środków przeznaczonych na realizację zamówienia), to różnica pomiędzy tą kwotą (zgodnie z protokołem postępowania obie kwoty wynoszą 2.440.000 zł brutto), a cenami trzech najtańszych ofert: 1.156.560 zł, 1.439.600 zł, 1.705.560 zł jest na tyle znaczna, iż trudno w tym upatrywać naruszenia uczciwej konkurencji. Tym bardziej, iż, by złożyć ofertę najkorzystniejszą, nie wystarczy zmieścić się w kwocie przewidzianej przez zamawiającego, ale przede wszystkim – złożyć ofertę tańszą niż konkurenci.

Należy również zauważyć, iż w chwili przygotowywania dokumentacji przetargowej studium wykonalności nie było jeszcze gotowe (zgodnie z informacjami przedstawionymi podczas rozprawy termin jego oddania upływa w czerwcu 2009 r.) i Zamawiający nie dysponował znaczną jego częścią. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wyjaśnieniach do niej Zamawiający powołuje się na studium wykonalności, jednak dopiero na etapie sporządzania dokumentacji projektowej, czyli wykonania zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku wymaganych uprawnień projektowych osoby wskazanej jako projektant w branży telekomunikacyjnej skład orzekający Izby uznał, iż zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z punktem III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziałem IX pkt A ppkt 2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącym kwalifikacji i doświadczenia kluczowego personelu przewidzianego do realizacji umowy Zamawiający wymagał posiadania uprawnień projektowych do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie m.in. dla jednego projektanta w branży telekomunikacji posiadającego uprawnienia budowlane bez ograniczeń w specjalności telekomunikacji i przedstawienia kserokopii tych uprawnień wraz z ofertą.

Przystępujący wskazał w ofercie do pełnienia tej funkcji pana Wojciecha P. załączając do oferty kopię decyzji Głównego Inspektora Państwowej Inspekcji

Telekomunikacyjnej i Pocztovej nr 0305/96/U z 19 grudnia 1996 r. wydana na podstawie nieaktualnego już rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. *w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym* (Dz. U. Nr 120, poz. 581), nadająca „uprawnienia budowlane w telekomunikacji projektowania w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych”. Przystępując do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu oraz do odwołania dołączył kopię decyzji Głównego Inspektora Państwowej Inspekcji Telekomunikacyjnej i Pocztovej nr 0309/96/U z 19 grudnia 1996 r. wydaną na podstawie ww. rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. nadająca „uprawnienia budowlane w telekomunikacji projektowania w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji radiowej w zakresie nadawczych i odbiorczych obiektów radiokomunikacyjnych”.

Zgodnie z art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.) osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Niewątpliwie ta sama zasada obowiązuje w przypadku zmiany przepisów wykonawczych.

Niezależnie od faktu, iż obecnie obowiązujące rozporządzenie Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 83, poz. 578) za uprawnienia bez ograniczeń uznaje uprawnienia do projektowania lub kierowania robotami budowlanymi zarówno w zakresie telekomunikacji przewodowej jak i radiowej, nie dzieląc ich na dwie specjalności (§ 22 ust. 1), więc można stwierdzić, iż uprawnienia uzyskane wcześniej również powinny się pokrywać z tym zakresem, stwierdzony fakt wynika już z przepisów rozporządzenia Ministra Łączności z 10 października 1995 r.

Zgodnie z brzmieniem § 2 i 4 powyższego rozporządzenia Ministra Łączności obowiązującym w chwili wydawania decyzji *uprawnienia budowlane w telekomunikacji są udzielane w specjalnościach instalacyjnych w zakresie*

*sieci, linii, instalacji i urządzeń dla 1) telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, 2) telekomunikacji radiowej. Uprawnienia budowlane w telekomunikacji mogą być wydawane w zakresie ograniczonym do projektowania lub kierowania robotami budowlanymi lub nie ograniczonym łącznie do projektowania i kierowania. Ustanawia się specjalizacje w ramach specjalności instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń w telekomunikacji: 1) przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, dotyczącej urządzeń liniowych i stacyjnych, 2) radiowej, dotyczącej obiektów nadawczych radiofonii i telewizji naziemnej oraz nadawczych i odbiorczych obiektów radiokomunikacyjnych.*

Z porównania treści wskazanych powyżej decyzji oraz przepisów (jak również innych przepisów rozporządzenia) wynika, iż: po pierwsze – rozporządzenie posługiwało się pojęciem uprawnień bez ograniczeń, a po drugie – wymienia szerszy zakres niż określony w decyzjach (sieci, urządzenia inne niż liniowe itd.), zatem przedstawionych uprawnień pana Pichury nie można uznać za uprawnienia bez ograniczeń. Potwierdza to także fakt, iż w treści decyzji użyto sformułowania „w zakresie” (wymienionym), a więc – nie w całości, (nie bez ograniczeń). Tym bardziej, iż w badanym okresie organ ten wydawał decyzje z adnotacją „bez ograniczeń”, jak np. w decyzji dotyczącej pana K. Ponieważ z dokumentacji postępowania wynika, iż Zamawiający nie wzywał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, do czego jest zobowiązany zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie zaistniały przesłanki do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego nieprzedstawienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług przedstawionych w wykazie usług skład orzekający Izby uznał, iż zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z punktem III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziałem IX pkt A ppkt 1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający żądał przedstawienia wykazu wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających

swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, wg wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do oferty. (Wymagane było wykonanie minimum dwóch opracowań dokumentacji projektowej w zakresie podobnym do przedmiotu przetargu o łącznej wartości projektów minimum 400.000 zł netto.)

Z tego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika jasno, iż Zamawiający nie żądał złożenia dokumentów potwierdzających, iż usługi te zostały wykonane należycie.

Jedną z reguł rządzących postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego jest to, iż wykonawcy są zobowiązani do przedstawienia zamawiającemu jedynie dokumentów wskazanych przez niego, w zależności od trybu udzielania zamówienia, odpowiednio w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert, a tym samym – nie są zobowiązani do przedstawienia dokumentów przez niego nie żądanych. Tym samym również Przystępujący nie był do tego zobowiązany. Reguła ta była wielokrotnie podkreślana przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości jako służąca zapewnieniu przejrzystości postępowania i uczciwej konkurencji między wykonawcami, ponieważ zapobiega zmianie przez zamawiającego „zasad gry” poprzez formułowanie wymagań wobec wykonawców już po złożeniu przez nich ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W ustawie Prawo zamówień publicznych została wyrażona m.in. w art. 25 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 6, art. 48 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, które nakładają na zamawiającego obowiązek wskazania wymaganych dokumentów na odpowiednim etapie postępowania.

Nie można również uznać, iż pomiędzy art. 25 ust. 1 a art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych następuje kolizja – przepisy te należy rozpatrywać jako przepisy wzajemnie się uzupełniające, z których można wywieść następującą normę: zamawiający powinien żądać dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ale jednocześnie tylko tych dokumentów, które są mu do tego niezbędne, a więc ich katalog zależy od brzmienia postawionych warunków. Należy także zauważyć, iż norma ta jest skierowana do zamawiającego, a nie

do wykonawców i nie można jej interpretować jako obowiązku wykazania się przez wykonawców inicjatywą w składaniu dokumentów uznanych przez nich za potrzebne, mimo braku takiego żądania przez zamawiającego.

Natomiast w przypadku, gdyby wykonawca uznał żądania Zamawiającego w zakresie wymaganych dokumentów za niewystarczające, mógł złożyć protest na treść ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w terminie określonym w art. 180 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 191 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeśli stwierdzi naruszenie przepisów, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Jakkolwiek istnieje prawdopodobieństwo graniczące z pewnością, iż Przystępujący, wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, dokona uzupełnienia tych dokumentów, istnieje również możliwość, iż uzupełnienie to może zostać dokonane błędnie, nieterminowo albo w ogóle nie nastąpić, a tym samym Przystępujący zostanie z postępowania wykluczony i jego oferta nie będzie ofertą najkorzystniejszą, co będzie miało istotny wpływ na wynik postępowania.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....