

**WYROK**  
**z dnia 14 lipca 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Lubomira Matczuk-Mazuś</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Marzena Teresa Ordysińska</b> <b>Izabela Niedziałek-Bujak</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Magdalena Pazura</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez konsorcjum firm: **Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno –Torowe Sp. z o.o., ul. Sandomierska 17, 80-051 Gdańsk (lider konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe RAJBUD Sp. z o.o., ul. 1 Maja 3, 83-110 Tczew (partner)** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o., ul. Morska 350A, 81-002 Gdynia** protestu z dnia 5 czerwca 2009 r.,

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o., ul. Morska 350A, 81-002 Gdynia**  
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **konsorcjum firm: Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno –Torowe Sp. z o.o., ul. Sandomierska 17, 80-051 Gdańsk (lider konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe RAJBUD Sp. z o.o., ul. 1 Maja 3, 83-110 Tczew (partner),**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o., ul. Morska 350A, 81-002 Gdynia na rzecz Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe Sp. z o.o., ul. Sandomierska 17, 80-051 Gdańsk (lider konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe RAJBUD Sp. z o.o., ul. 1 Maja 3, ul. 83-110 Tczew (partner), stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu (adres dla doręczeń - adres lidera konsorcjum),
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **konsorcjum firm: Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno –Torowe Sp. z o.o., ul. Sandomierska 17, 80-051 Gdańsk (lider konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe RAJBUD Sp. z o.o., ul. 1 Maja 3, 83-110 Tczew (partner) (adres dla doręczeń - adres lidera konsorcjum).**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Wykonanie robót budowlanych zakresie modernizacji i remontu peronu SKM, poszerzenia wiaduktu dla poszerzenia dojeżdż na peron na przystanku Sopot Wyścigi”, zamawiający - PKP Szybka Kolej Miejska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, odrzucił ofertę odwołującego - konsorcjum firm: Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (lider konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe RAJBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Tczewie (partner), na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), zwanej w skrócie Pzp i unieważnił prowadzone postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, uzasadniając, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej siwz oraz, że cena najkorzystniejszej oferty złożonej przez drugiego wykonawcę – Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych – 7 S.A. z siedzibą w Warszawie w

wysokości 8 601 350,14 zł, przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 8 189 250 zł.

W uzasadnieniu pisma zamawiający podał, że żądał aby wykonawca dysponował osobą, która będzie pełniła funkcję kierownika robót w branży konserwatorskiej. Żądanie to wynikało wprost z rozdziału III siwz (formularz oferta) oraz postanowień umowy - § 6 ust. 4 lit.d.

Podniósł, że w toku postępowania udzielał odpowiedzi na zapytania wykonawców dotyczące treści siwz (pisma z dnia – 30.04. 2009 r. i 4.05.2009 r.), jednak odpowiedzi nie stanowiły modyfikacji postanowień siwz, lecz wyjaśniały powody żądania przedstawienia osoby posiadającej uprawnienia do kierowania robotami w branży konserwatorskiej. Wskazana w ofercie odwołującego pani Anna K. powinna posiadać odpowiednie uprawnienia budowlane oraz odbyłą co najmniej 2-letnią praktykę na budowie przy zabytkach nieruchomych, co wynika z § 8 ust. 1 rozporządzenia Ministra Kultury z dnia 9 czerwca 2004 r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, restauratorskich, robót budowlanych, badań konserwatorskich i architektonicznych, a także innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków oraz badań archeologicznych i poszukiwań ukrytych lub porzuconych zabytków ruchomych (pismo z dnia 29.05.2009 r. SKMMU-ZP/N/19/09).

Na czynność zamawiającego odwołujący wniósł protest (pismo z dnia 5.06.2009 r.) i wobec jego oddalenia pismem z dnia 10.06.2009 r., wniósł w dniu 15.06.2009 r. odwołanie, składając pismo w placówce pocztowej operatora publicznego – Gdańsk 1.

W proteście zarzucił zamawiającemu bezzasadne odrzucenie oferty, przez co zamawiający naruszył przepisy art. 89 ust.1 pkt 2, art. 5 ust. 1 i 2 Pzp oraz § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605, z późn. zm.).

Wskazał, że czynności zamawiającego spowodowały naruszenie jego interesu prawnego, bowiem oferta odwołującego jest najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu i cena oferty nie przewyższa kwoty, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Podał, że postanowienia siwz zawierały nieprecyzyjny opis w zakresie wymogu dysponowania osobą przewidzianą do pełnienia obowiązków kierownika robót w branży konserwacji zabytków, z tego powodu zwrócił się do zamawiającego z pytaniami w zakresie treści siwz. Zamawiający udzielił odpowiedzi pismami z dni 30.04.2009 r. i 4.05.2009 r., w których zawarł stwierdzenie, że „dobrze by było gdyby dorywczo wykonawca posiadał dostęp lub dysponował osobą zorientowaną w tematyce ochrony zabytków, a także plastycznym wystroju elewacji i konstrukcji”. Na podstawie udzielonych wyjaśnień, odwołujący uznał, że

zamawiający nie oczekiwał uprawnień budowlanych w konkretnej branży z branż wymienionych w siwz, ani innej branży nie wymienionej w siwz. Podał, że z § 8 ust. 1 rozporządzenia Ministra Kultury wynika, że robotami budowlanymi przy zabytkach nieruchomości mogą kierować osoby, które posiadają odpowiednie uprawnienia budowlane określone przepisami Prawa budowlanego oraz odbyły co najmniej 2-letnią praktykę zawodową na budowie przy zabytkach nieruchomości. Podniósł, że nie istnieją jako samodzielne uprawnienia, uprawnienia do robót budowlanych przy zabytkach. Wywiódł, że prace i działania obejmujące tzw. branżę konserwatorską, inne niż roboty budowlane przy i w otoczeniu zabytków, nie wymagają uprawnień budowlanych, a wykonywać je mogą osoby posiadające przygotowanie zgodne z opisem zawartym w § 7 ust.1 rozporządzenia Ministra Kultury.

Zamawiający oddalając protest podał, co następuje.

W pierwszej kolejności stwierdził, że protestujący nie ma interesu prawnego by uznać, że złożona przez niego oferta jest zgodna z treścią siwz i jako taka, powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Brak interesu prawnego wynika z faktu, iż oferta nie jest zabezpieczona wadium. Wniesione przez protestującego wadium (w formie gwarancji ubezpieczeniowej) miało ważność do dnia 6 czerwca 2009 r. Ważność wadium nie została przedłużona.

Zamawiający powołał się na orzecznictwo KIO, wyroki - sygn. akt KIO/UZP 887/08 z dnia 11.09.2008r. i z dnia 24.07.2008 r. KIO, w którym orzeczono o obowiązku zabezpieczenia ofert wadium, także w przypadku wnoszenia protestu i o obowiązku zachowania staranności przez wykonawcę w tym przedmiocie.

Zamawiający podniósł, że wniesienie protestu wywołuje skutki prawne wyłącznie w odniesieniu do biegu terminu związania ofertą, natomiast nie wywiera jakiegokolwiek wpływu na zobowiązania gwarantów i poręczycieli gwarantujących albo poręczających zapłatę wadium. Konsekwencją tego jest obowiązek protestującego do dokonania czynności przedłużenia ważności wadium.

Z tego powodu zamawiający uznał, że protestujący nie posiada interesu prawnego w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, albowiem składając protest nie zadbał o wydłużenie ważności wadium, co w konsekwencji pozbawia go możliwości uzyskania zamówienia.

Ponadto, zamawiający ocenił, że protest nie zasługuje na uwzględnienie z przyczyn merytorycznych.

Podał że, kwestionowane postanowienia siwz i umowy były jasne i precyzyjne. Zamawiający żądał podania imienia, nazwiska oraz numeru uprawnień budowlanych osoby, wskazanej

przez wykonawcę, jako mającej pełnić funkcję kierownika robót w branży - konserwacja zabytków.

Stwierdził, że ewentualny protest w tym zakresie mógł wykonawca złożyć w toku postępowania.

Na obecnym etapie zamawiający ma obowiązek ocenić, czy wykonawca spełnił wymóg, tj. czy pani Anna K. wskazana w treści oferty może pełnić funkcję kierownika robót w branży konserwatorskiej.

Z danych podanych przez wykonawcę w ofercie oraz złożonych przez niego wyjaśnień (pismo z dnia 21 maja 2009 r.), wynika, iż pani Anna K. nie spełnia wymogów określonych w § 8 ust. 1 rozporządzenia Ministra Kultury z dnia 9 czerwca 2004r.

Zgodnie bowiem z treścią powołanego § 8 ust. 1 rozporządzenia, robotami budowlanymi przy zabytkach nieruchomych mogą kierować osoby, które posiadają odpowiednie uprawnienia budowlane określone w przepisach Prawa budowlanego oraz odbyły co najmniej 2-letnią praktykę zawodową na budowie przy zabytkach nieruchomych.

Oznacza to, iż pani Anna K. nie może pełnić funkcji, do której wytypował ją protestujący. Innej osoby, która pełniłaby tę funkcję protestujący nie wskazał.

Zamawiający prawidłowo więc odrzucił ofertę protestującego, gdyż treść tej oferty nie odpowiada treści siwz.

W odwołaniu odwołujący podał, że zamawiający zarzucając brak interesu prawnego w korzystaniu ze środków ochrony prawnej w przedmiocie odrzucenia oferty, z powodu nie przedłużenia ważności wadium, naruszył następujące przepisy Pzp, przez dokonanie i zaniechanie wskazanych czynności:

- 1) art. 85 Pzp - nie zwrócenie się do wykonawcy z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą oraz o przedłużenie okresu ważności wadium,
- 2) art. 181 Pzp - nieuwzględnienie treści tego przepisu,
- 3) art. 181 ust. 2 a - nie wezwanie wykonawcy do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy.

Wniósł, tak jak w proteście, o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie powtórzenia czynności zamawiającego przez:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty wykonawcy,

- 2) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania,
- 3) niezwłoczne przystąpienie przez zamawiającego do ponownego dokonania czynności oceny ofert zgodnie z art. 183 ust. 5 Pzp,
- 4) uznanie oferty wykonawcy za zgodną z wymogami określonymi w siwz, odpowiedziami na zapytania wykonawców zadane w toku postępowania,
- 5) a ponadto, wnioś o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu podał.

Powtórzył za protestem, że zamawiający w treści siwz (rozdział III formularz oferty) oraz w projekcie umowy (rozdział IV) zamieścił nieprecyzyjne postanowienia dotyczące wymogu dysponowania osobą pełniącą obowiązki kierownika robót w branży konserwacji zabytków. Uprawnienia budowlane w tej branży, zgodnie z Prawem budowlanym, nie są wydawane, więc nie można pełnić samodzielnych funkcji technicznych, w tym kierownika budowy i kierownika robót w branży konserwacji zabytków. Istnieje potoczna nazwa "branża konserwacji zabytków", która obejmuje roboty budowlane wymienione w § 1 ust. 1 rozporządzenia z dnia 9 czerwca 2004 r. Ministra Kultury.

Tak zwana "branża konserwatorska" obejmuje zarówno roboty budowlane, dla których konieczne jest posiadanie odpowiednich (dla każdej branży budowlanej) uprawnień, jak również szereg prac i działań, dla których takie uprawnienia nie są konieczne. Wymóg określony przez zamawiającego wymagał doprecyzowania, jakich uprawnień wynikających z przepisów prawa i związanych z realizacją zadania, w oparciu o wskazane rozporządzenie, zamawiający wymaga w konserwacji zabytków.

W tym celu, na etapie przygotowywania ofert, wykonawcy zwrócili się do zamawiającego z pytaniami dotyczącymi wymogu, cyt:

1. "Czy stosownie do formularza oferty Wykonawca musi podać, w tym formularzu, osobę która będzie pełnić funkcję kierownika robót w branży konserwacji zabytków? Zgodnie z dokumentacją na peronie Sopot Wyścigi nie występują prace z zakresu konserwacji zabytków".
2. "W rozdziale III SIWZ, we wzorze formularza oferty, w punkcie 14 Zamawiający wymaga od Wykonawcy złożenia oświadczenia, iż wyznaczy on do kierowania robotami kierowników branżowych, m.in. konserwatora zabytków. Po dokładnym przeanalizowaniu projektu wykonawczego i przedmiarów wykonawca nie znalazł robót objętych ochroną

konserwatorską. Prosimy o wskazanie ww. robót lub wykreślenie konserwatora zabytków z formularza ofertowego".

Na powyższe zapytania zamawiający udzielił odpowiedzi pismami (nr SKMMUZP/N/19/09) z dnia 30.04.2009 r. i dnia 4.05.2009 r. o treści cyt.:

"Peron SKM Sopot Wyścigi znajduje się na terenie objętym ochroną konserwatorską z tytułu historycznej zabudowy, stąd dobrze by było, gdyby dorywczo wykonawca posiadał dostęp lub dysponował osobą zorientowaną w tematyce ochrony zabytków, a także plastycznym wystroju elewacji i konstrukcji".

Z udzielonej odpowiedzi wynika wprost, w ocenie odwołującego, że zamawiający nie oczekiwał uprawnień budowlanych w konkretnej branży budowlanej, związanej z realizacją zadania z branż wymienionych w siwz, ani w innej branży nie wymienionej w specyfikacji.

Zgodnie z § 8 ust. 1 rozporządzenia "Robotami budowlanymi przy zabytkach nieruchomych mogą kierować osoby, które posiadają odpowiednie uprawnienia budowlane określone przepisami Prawa budowlanego oraz odbyły co najmniej 2-letnią praktykę zawodową na budowie przy zabytkach nieruchomych".

Uprawnienia do robót budowlanych przy zabytkach oraz w otoczeniu zabytków nie istnieją jako samodzielne uprawnienia, lecz jedynie w powiązaniu z konkretnymi (odpowiednimi) uprawnieniami budowlanymi i konieczne jest ich wskazanie przez zamawiającego. Kierowanie robotami budowlanymi przy, lub, w otoczeniu zabytków związane jest z posiadaniem odpowiednich uprawnień budowlanych, w związku z tym funkcji kierownika budowy (kierownika robót branżowych) nie można traktować rozdzielnie z funkcją kierownika robót w branży tzw. "konserwacji zabytków". Ta sama osoba pozostaje kierownikiem robót branżowych i kierownikiem tzw. "branży konserwacji zabytków" w zakresie sprawowanych na budowie funkcji technicznych, zgodnych z posiadanymi uprawnieniami budowlanymi (prace przy lub w otoczeniu zabytku).

Ponieważ w siwz i odpowiedziach na zapytania zamawiający nie zażądał od kierownika budowy ani kierowników robót branżowych potwierdzenia posiadania uprawnień do wykonywania robót przy i w otoczeniu zabytku, zgodnie z § 8 ust. 1 rozporządzenia, a jedynie oni mogliby zostać kierownikiem robót tzw. "branży konserwatorskiej" (każdy w swoim zakresie), wynika jednoznacznie, że oczekiwał innych, niż konieczne do pracy przy lub w otoczeniu zabytku uprawnień w tzw. "branży konserwatorskiej".

Wymienione w rozporządzeniu prace i działania obejmujące tzw. "branżę konserwatorską", inne niż roboty budowlane przy i w otoczeniu zabytku, nie wymagają uprawnień budowlanych, a wykonywać je mogą osoby posiadające przygotowanie zgodne z § 7 ust. 1 rozporządzenia, cyt. "Prace konserwatorskie, prace restauratorskie lub badania konserwatorskie mogą prowadzić osoby, które posiadają tytuł zawodowy magistra uzyskany po ukończeniu wyższych studiów na kierunku konserwacja i restauracja dzieł sztuki lub wyższych studiów w specjalności w zakresie konserwacji zabytków oraz odbyły po ukończeniu tych studiów co najmniej 12-miesięczną praktykę zawodową w zakresie konserwacji i badania zabytków".

Takie przygotowanie posiada pani Anna K., wymieniona przez odwołującego w formularzu oferty.

Niezależnie od wskazania żądanych przez zamawiającego uprawnień, wykonawca złożył oświadczenie, stanowiące załącznik nr 1 do oferty, że posiada personel zdolny do wykonania zamówienia. Co jest równoważne, że osoby wymienione przez wykonawcę do kierowania robotami, posiadają wymagane doświadczenie do realizacji zamówienia w zakresie zgodnym z pozwoleniem na budowę wydanym przez konserwatora zabytków.

Wykonawca wskazał więc w ofercie, zarówno osoby posiadające odpowiednie przygotowanie do pracy przy i w otoczeniu zabytku oraz osobę mogącą wykonywać pozostałe czynności, roboty i działania w branży tzw. "konserwacji zabytków", wynikające z § 8 ust. 1 oraz § 7 ust. 1 rozporządzenia, w zakresie wymaganym przez zamawiającego.

W proteście i odwołaniu odwołujący podał, że w dniu 6.05.2009 r. nastąpiło rozstrzygnięcie przez zamawiającego postępowania nr SKMMU-ZP/N/17/09 na wykonanie robót budowlanych w zakresie modernizacji i remontu peronu SKM i wiaty na stacji Sopot oraz przebudowa dojścia na peron, układu torowego, sieci trakcyjnej, w którym zamawiający uznał ofertę wykonawcy za zgodną z wymogami siwz, pomimo wskazania tej samej osoby w branży tzw. "konserwacji zabytków", w zakresie wymaganym przez zamawiającego, wynikającym z § 8 ust. 1 oraz § 7 ust. 1 rozporządzenia.

W świetle powyższego, odwołujący uznał, że nie było podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i w konsekwencji do unieważnienia postępowania.

Niezależnie od przedstawionej argumentacji, w ocenie odwołującego, zamawiający naruszył art. 181 Pzp.



W przypadku wniesienia protestu po upływie terminu składania ofert, bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, czego zamawiający nie uwzględnił.

Odwołujący zaprzeczył twierdzeniu zamawiającego, że nie miał interesu prawnego wnosząc protest z uwagi na fakt, że jego oferta nie była zabezpieczona wadium. Stwierdził, że ważność wadium nie została przedłużona wyłącznie z winy zamawiającego.

Podał, że zgodnie z treścią art. 181 ust. 2 a Pzp, zamawiający w dowolnym czasie, jednak nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium wzywa wykonawców, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu.

Zamawiający nie wezwał wykonawcy do przedłużenia wadium, do czego był zobowiązany.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo - wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 13 kwietnia 2007 r. w sprawie UZP/ZO/0-378 i UZP/ZO/0-382/07, z którego wynika istota wadium, jego cel oraz obowiązki zamawiającego w tym względzie.

Na rozprawie odwołujący, mając na uwadze treść art. 184 ust.1a Pzp (wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, wynosi 6 712 500 zł, co stanowi 1 731 319,80 euro), cofnął zarzut i wniosek (żądanie), dotyczący unieważnienia postępowania przez zamawiającego, w pozostałym zakresie podtrzymał stanowisko zawarte w proteście i odwołaniu, dodatkowo je argumentując.

Zamawiający podtrzymał stanowisko wyrażone w rozstrzygnięciu protestu, akcentując zarzut o braku interesu prawnego po stronie odwołującego w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Ponadto stwierdził, że KIO mając na uwadze treść art. 191 ust. 3 Pzp, nie powinna rozpoznać odwołań, gdyż w jego treści odwołujący nie zawarł zarzutów dotyczących odrzucenia oferty, podał wyłącznie zarzuty i argumentację dotyczące wadium. W zakresie merytorycznym podtrzymał twierdzenie, że wyjaśnienia dotyczące treści siwz nie stanowiły jej modyfikacji i wiążące pozostało pierwotne brzmienie przedmiotowych postanowień siwz.

**Na podstawie postępowania dowodowego przeprowadzonego podczas rozprawy z dokumentów dostarczonych przez strony, w tym oryginalnej dokumentacji postępowania dostarczonej przez zamawiającego – siwz, złożonych ofert oraz wyjaśnień odwołującego i zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołujący legitymuje się posiadaniem interesu prawnego wnosząc protest i odwołanie, bowiem posiada status wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp. Fakt upływu okresu ważności wadium, o ile zamawiający nie dokonał czynności prawnych z tym związanych, nie powoduje z mocy prawa utraty statusu wykonawcy, a tym samym nie pozbawia odwołującego uprawnień wynikających z przepisów Pzp.

KIO zobowiązana jest do rozpoznania odwołania w granicach zarzutów zawartych w proteście (zgodnie z art. 191 ust. 3 Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście).

Treść wniesionego protestu dotyczy wyłącznie zarzutu związanego z odrzuceniem oferty odwołującego i naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

W treści odwołania, odwołujący odniósł się do stanowiska zamawiającego wyrażonego w rozstrzygnięciu protestu o braku interesu prawnego w związku z upływem okresu ważności wadium, jednak przeważająca część uzasadnienia odwołania odnosi się również do popierania zarzutu nieprawidłowego odrzucenia oferty odwołującego i naruszenia wskazanego przepisu.

Zamawiający miały rację w swoim twierdzeniu, gdyby protest nie zawierał wskazanego zarzutu, a zarzut byłby podniesiony dopiero w odwołaniu.

Zatem, granice rozpoznania odwołania wyznacza treść protestu.

Okoliczność upływu okresu ważności wadium nie stanowiła przedmiotu rozpoznania odwołania. Wątek ten skład orzekający ocenił wyłącznie w kontekście podniesionej przez zamawiającego przyczyny ewentualnej utraty interesu prawnego odwołującego, w rozumieniu art.179 ust. 1 Pzp.

W zakresie spornego wymogu zawartego w siwz, KIO ustaliła, że zamawiający nie zamieścił w warunkach ogólnych i szczegółowych, stanowiących pkt 6.1 i 6.2 siwz, warunku dotyczącego kwalifikacji i uprawnień osób przewidzianych przez wykonawców do wykonania zamówienia. Wymogu takiego nie zawarł również w części siwz dotyczącej opisu sposobu przygotowania oferty – pkt 8, gdzie w pkt 8.2 zamieścił wykaz oświadczeń i dokumentów, które powinny być złożone wraz z ofertą. Dopiero w rozdziale III pt. Formularz oferty, w przedostatnim punkcie, oznaczonym jako pkt 14, zamawiający zamieścił wymóg złożenia przez wykonawcę oświadczenia, iż wyznaczy do kierowania robotami kierowników robót w branżach - konserwacji zabytków (lit. b, trzecie tiret). Wypełniając ten punkt oświadczenia należało podać numer uprawnień budowlanych wskazanej osoby.

Zamawiający, ze względu na wartość zamówienia, mógł odstąpić zgodnie z art. 26 ust. 2 Pzp, od żądania dokumentów potwierdzających kwalifikacje i wykształcenie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia.

Odwołujący zwrócił się pismem z dnia 30.04.2009 r. do zamawiającego z zapytaniem dotyczącym zakresu robót, sposobu realizacji zadania oraz sposobu przygotowania oferty.

W pkt 7 zawarł następujące pytanie: „W rozdziale III SIWZ we wzorze formularza oferty w punkcie 14 Zamawiający wymaga od wykonawcy złożenia oświadczenia, iż wyznaczy on do kierowania robotami kierowników branżowych, m.in. konserwatora zabytków. Po dokładnym przeanalizowaniu projektu wykonawczego i przedmiarów Wykonawca nie znalazł robot objętych ochroną konserwatorską. Prosimy o wskazanie ww. robót lub wykreślenie konserwatora zabytków z formularza ofertowego.”

Zadane zostało również pytanie o treści: „Czy stosownie do formularza oferty Wykonawca musi podać, w tym formularzu osobę, która będzie pełnić funkcję kierownika robót w branży konserwacji zabytków. Zgodnie z dokumentacją na peronie Sopot Wyścigi nie występują prace z zakresu konserwacji zabytków”.

Zamawiający w pismach z dnia 30.04.2009 r. i 4.05.2009 r. udzielił wyjaśnień o treści: „Peron SKM Sopot Wyścigi znajduje się na terenie objętym ochroną konserwatorską z tytułu historycznej zabudowy, stąd dobrze by było gdyby dorywczo wykonawca posiadał dostęp lub dysponował osobą zorientowaną w tematyce ochrony zabytków, a także plastycznym wystroju elewacji i konstrukcji”.

W złożonej ofercie odwołujący wskazał panią Annę K., nie podał numeru uprawnień budowlanych tylko nr dyplomu - 1930 UMK w Toruniu (str. 3 oferty).

W toku badania i oceny ofert zamawiający zwrócił się do odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie treści oferty, czy pani Anna K. posiada uprawnienia do kierowania robotami. Wskazał § 8 ust. 1 rozporządzenia Ministra Kultury z dnia 9 czerwca 2004 r., z którego wynika, że chodzi o osobę posiadającą odpowiednie uprawnienia, określone przepisami Prawa budowlanego oraz, która odbyła co najmniej dwuletnią praktykę zawodową przy zabytkach nieruchomych, lub uzyskała zaświadczenie o kwalifikacjach na podstawie § 13 rozporządzenia.

Odwołujący udzielił wyjaśnień odwołując się do udzielonych przez zamawiającego odpowiedzi dotyczących treści siwz. Podał również w piśmie, że wyjaśnienia stanowią modyfikację formularza oferty.

W ocenie KIO, udzielone wyjaśnienia przez zamawiającego, wbrew stanowisku pełnomocników przedstawionemu na rozprawie, że - zamawiający nie dokonywał modyfikacji treści siwz, natomiast odpowiedź na pytanie nr 7 stanowi wyjaśnienie jego stanowiska i jest wyrazem intencji w zakresie posiadania uprawnień przez wykonawcę, z tego powodu, że w zakresie robót występują roboty konserwatorskie i używając określenia, że „dobrze by było (...)” zamawiający potwierdził, że jest konieczność udziału w procesie inwestycyjnym osoby posiadającej uprawnienia konserwatorskie – stanowią zmianę treści formularza ofertowego w zakresie oświadczenia dotyczącego uprawnień.

Należy podkreślić, że w siwz zamawiający nie opisał jakimi uprawnieniami mają legitymować się osoby wskazane do pełnienia podanych funkcji.

Uzasadnione wątpliwości wykonawcy, zamawiający wyjaśnił jednoznacznie zmieniając wymóg („wykonawca oświadcza”) w zalecenie („dobrze by było”), dopuszczając dorywczy dostęp wykonawcy do osoby lub dysponowanie nią. A wymóg podania „upr. bud. nr”, bez wskazanej specjalności w rozumieniu art. 14 i następnych Prawa budowlanego, zamawiający zastąpił w wyjaśnieniach określeniem, „by osoba była zorientowana w tematyce ochrony zabytków (...)”.

KIO nie podziela stanowiska zamawiającego, że nie była to modyfikacja wymogu zawartego w siwz. W piśmie wzywającym odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, zamawiający w zupełnie odmienny sposób niż w formularzu ofertowym, a także w odpowiedzi na pytania, zawartej w piśmie z dnia 4.05.2009 r., przedstawił wymogi w zakresie przedmiotowych uprawnień. Niezależnie od przyjętej nazwy dokonanej zmiany formularza ofertowego (modyfikacja, czy nie), w ocenie KIO, zamawiający zmienił wymóg w istotny sposób.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, że treść oferty odwołującego w części odnoszącej się do sposobu realizacji zamówienia, poprzez wskazanie osoby, która będzie uczestniczyć w procesie realizacji zamówienia i którą wskazał odwołujący stosując się do wyjaśnień zamawiającego, jest sprzeczna z treścią siwz i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Czynność odrzucenia oferty jest czynnością powodującą istotne następstwa, zarówno dla wykonawcy, którego ofertę odrzucono, jak i dla zamawiającego, gdyż w większości przypadków, jak to ma miejsce w rozpoznanej sprawie, czynność ta wywiera istotny wpływ na końcowy wynik postępowania.

Przesłanki odrzucenia oferty wyszczególnione zostały w art. 89 ust.1 Pzp. Na zamawiającym, jako stronie zobowiązanej do odrzucenia oferty w razie wystąpienia przesłanek, spoczywa obowiązek wykazania uzasadnienia dokonanej czynności, a więc wykazania przedmiotowej niezgodności treści oferty z treścią siwz.

Z przepisów Pzp – art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 2 pkt 3 – wynika, że nie wskazanie właściwej, bądź wskazanie niewłaściwej osoby, do wykonania robót będących przedmiotem zamówienia, stanowi sferę warunków podmiotowych udziału wykonawcy w postępowaniu i skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Przepis art. 26 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp lub złożyli oświadczenia i dokumenty zawierające błędy, do ich złożenia lub uzupełnienia. Przepis ten stwarza stronom postępowania możliwość dokonania czynności – odwołującemu, złożenia w wyniku wezwania stosownego oświadczenia lub dokumentu, zamawiającemu – poddania oferty badaniu i ocenie.

Okoliczności, odnoszące się do warunków podmiotowych udziału wykonawców w postępowaniu, nie stanowią o niezgodności treści oferty z treścią siwz.

W rozpoznanej sprawie zamawiający nie wykazał niezgodności treści oferty odwołującego z treścią formularza ofertowego po jego zmianie, dokonanej w wyniku udzielonej odpowiedzi na zapytania dotyczące treści siwz.

KIO uznała, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, odrzucając ofertę odwołującego. Naruszenie przepisu ma istotny wpływ na wynik postępowania, stąd na podstawie art. 191 ust. 1a Pzp, KIO uwzględniła odwołanie i na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 Pzp nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Powtórzenie nakazanej czynności, wymaga poprzedzenia jej zmianą stanowiska zamawiającego w przedmiocie unieważnienia postępowania (unieważnienie czynności unieważnienia postępowania) i wezwania odwołującego do przedłużenia ważności wadium.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania.

KIO nie uwzględniła wniosku odwołującego o przyznanie wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby, z uwagi na nie przedłożenie rachunków do akt sprawy, zgodnie z przepisami § 4 ust.1 pkt 2 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. Nr 128, poz. 886, z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 233, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

