

Sygn. akt: KIO 1752/10

**WYROK**  
**z dnia 31 sierpnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Paweł Trojan</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Łukasz Listkiewicz</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 16.08.2010 r. przez wykonawcę **MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Politechnikę Wrocławską, Wybrzeże St. Wyspiańskiego 27, 50-370 Wrocław** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa kompleksu edukacyjno-badawczego GEOCENTRUM Politechniki Wrocławskiej (etap I) zlokalizowanego w miejscowości: Wrocław przy ul. Na Grobli, działka nr 8,9, AM 03, obręb Południe”

przy udziale **KAJIMA POLAND Spółka z o.o., Al. Jerozolimskie 65/79, 00-697 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie.**

**2. kosztami postępowania obciąża MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

### **do wyroku z dnia 31 sierpnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1752/10**

Zamawiający - Politechnika Wrocławska, Wybrzeże St. Wyspiańskiego 27, 50-370 Wrocław prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „budowa kompleksu edukacyjno-badawczego GEOCENTRUM Politechniki Wrocławskiej (etap I) zlokalizowanego w miejscowości: Wrocław przy ul. Na Grobli, działka nr 8,9, AM 03, obręb Południe”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 18.06.2010 r. Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE z dnia 22.06.2010 r. Nr ogłoszenia 2010/S 119-179989.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu **18.06.2010 r.** poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej.

Zamawiający w dniu **06.08.2010 r.** poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu **16.08.2010 r.** wykonawca MIRBUD S.A. wniósł do Prezesa KIO odwołanie wobec czynności Zamawiającego, podjętych oraz zaniechanych w toku postępowania, a polegających na naruszeniu w szczególności art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy, wskutek zaniechania wykluczenia wykonawcy KAJIMA POLAND Sp. z o.o.

Odwołujący podniósł, iż wskazuje także na naruszenie innych przepisów ustawy, wymienionych w uzasadnieniu oraz żądaniach niniejszego odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) dokonania ponownego badania i oceny ofert,
- 2) wykluczenie wykonawcy KJIMA POLAND Spółka z o.o. z postępowania,
- 3) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Z daleko idącej ostrożności procesowej, na wypadek, gdyby zarzuty zaniechania bezpośredniego wykluczenia wykonawcy KJIMA POLAND Spółka z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 lub/i art. 24 ust. 2 pkt 3 lub/i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności badania i oceny oferty KAJIMA POLAND Spółka z o.o. z zastosowaniem procedury opisanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż w wyniku zarzucanych działań i zaniechań Zamawiającego interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia poniósł szkodę. Oferta Odwołującego uplasowała się w rankingu oceny ofert na drugim miejscu, zatem wykluczenie wybranego wykonawcy Kajima pozwoli Odwołującemu uzyskać przedmiotowe zamówienie publiczne.

W pierwszym punkcie uzasadnienia Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w pkt V.1.C SIWZ określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. wskazanie osób posiadających kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i uprawnienia w rozumieniu ustawy Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 (tekst jednolity Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.) lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie wcześniejszych regulacji oraz ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów (Dz. U. z 2001 r. nr 5, poz. 42 z późn. zm.) a w szczególności: osób posiadających uprawnienia budowlane bez ograniczeń w zakresie kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach:

- 1) konstrukcyjno-budowlanej - kierownik budowy;
- 2) instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych - kierownik robót sanitarnych;
- 3) instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych - kierownik robót elektrycznych;
- 4) drogowej - kierownik robót drogowych;
- 5) telekomunikacyjnej w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń w telekomunikacji przewodowej - kierownik robót telekomunikacyjnych.

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu Zamawiający wymagał w pkt V.1 SIWZ złożenia:

- wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - zgodnie z Załącznikiem nr 5 do SIWZ; Oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia; - oświadczenia z art. 22 ustawy Pzp - Załącznik nr 4 do SIWZ.

Odwołujący wskazał, iż wykonawca Kajima w złożonej ofercie, nr stronie 58, w wykazie osób dedykował Pana Ryszarda L. na stanowisko kierownika robót elektrycznych. Osoba ta została udostępniona przez podmiot trzeci - firmę INITEL Sp. z o.o. w Opolu, na podstawie zobowiązania z dnia 20.07.2010 roku. Jednocześnie w treści oferty, strona 60, wykonawca Kajima złożył oświadczenie, że „wszystkie osoby wymienione w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu niniejszego zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia”.

Zdaniem Odwołującego, takie oświadczenie wykonawcy nie jest prawdziwe. Mianowicie na stronie 93 oferty załączony został dokument z dnia 7 listopada 1984 roku, wskazujący na posiadanie przez Pana Ryszarda L. przygotowania zawodowego upoważniającego do wykonywania określonej funkcji kierownika budowy i robót. Dokument ten został wystawiony na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20.02.1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Z uwagi na fakt, iż p. Ryszard L. posiada wykształcenie średnie techniczne, jego uprawnienia są uprawnieniami wydanymi w ograniczonym zakresie, tj. do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych (§ 5 ust. 2 ww. rozporządzenia z 1975 r. w zw. z uprawnieniami p. Ryszarda L.), co pozostaje w rażącej sprzeczności z postawionym przez Zamawiającego warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień „bez ograniczeń”. Zgodnie z cyt. § 5 ust. 2 ww. rozporządzenia z 1975 r. "Osoby ze średnim wykształceniem technicznym mogą pełnić funkcje techniczne, o których mowa w ust. 1, wyłącznie przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością techniczno-budowlaną, a osoby, o których mowa w ust. 1 pkt 3 i 4-wyłącznie przy wykonywaniu robót budowlanych objętych danym rzemiosłem". Odwołujący wskazuje, że wymagania SIWZ w tym zakresie (żądanie uprawnień budowlanych bez ograniczeń) są jednoznaczne i bezwzględnie obowiązujące, zaś Zamawiający zobowiązany jest do przestrzegania ustalonych przez siebie zasad w odniesieniu do wykonawców.

Zatem, w ocenie Odwołującego, złożony wraz z ofertą dokument „Stwierdzenia przygotowania zawodowego(...)" wskazuje wprost na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz złożenie nieprawdziwej informacji, co do posiadania przez p. Ryszarda L. wymaganych uprawnień. Dodatkowo, zdaniem Odwołującego, wskazać należy, iż w konsekwencji oświadczenie wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (strona 33 oferty) nie może z

opisanych powyżej przyczyn zawierać informacji prawdziwych.

W związku z powyższym Odwołujący podniósł, iż :

- wykonawca KAJIMA POLAND Spółka z o.o. nie wykazał spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu (naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp),
- wykonawca KAJIMA POLAND Spółka z o.o. złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania (naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp).

Odwołujący w odniesieniu do powyższego wskazał, iż wykonawca KAJIMA POLAND Spółka z o.o. podlega wykluczeniu z niniejszego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

Odwołujący z daleko idącej ostrożności procesowej, na wypadek gdyby opisane w niniejszym odwołaniu zarzuty zaniechania bezpośredniego wykluczenia KAJIMA POLAND Spółka z o.o. z postępowania, nie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą, Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę KAJIMA POLAND Spółka z o.o. do uzupełnienia brakujących oświadczeń oraz dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tj. wezwać do uzupełnienia oświadczenia o posiadaniu wymaganych uprawnień przez osoby wskazane w wykazie osób, oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, wykazu osób wraz z ewentualnym zobowiązaniem podmiotu trzeciego do udostępnienia osoby oraz dokumentami wymaganymi od podmiotu trzeciego zgodnie z opisanymi w tym zakresie postanowieniami SIWZ.

W punkcie drugim uzasadnienia Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w pkt IX SIWZ wymagał od wykonawców wniesienia wadium w wysokości 1.400.000 PLN. Wykonawca KAJIMA POLAND Spółka z o.o. złożył wraz z ofertą kopię Gwarancji Bankowej Nr 880270384200 z dnia 23 lipca 2010 roku, zaś oryginał gwarancji został złożony bezpośrednio Zamawiającemu.

Odwołujący wskazał, iż stosownie do art. 46 ust. 4a ustawy Pzp Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. W ocenie Odwołującego, złożona Gwarancja Bankowa nie obejmuje wszystkich przesłanek wymaganych przepisami ustawy Pzp, w szczególności nie obejmuje bezwzględnie wymaganej przesłanki wskazanej w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp dotyczącej nie złożenia oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym, jak podniósł Odwołujący, brak

wskazania w treści Gwarancji Bankowej jednej z obligatoryjnie wymaganych przesłanek zatrzymania wadium powoduje, iż złożona Gwarancja Bankowa nie odpowiada przepisom ustawy Pzp i nie zabezpiecza w pełni Zamawiającego. Powyższe oznacza, iż wykonawca Kajima nie wniósł wadium i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

W dniu **19.08.2010 r.** wykonawca KAJIMA POLAND Spółka z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

Przystępujący wskazał, iż zgłaszając przystąpienie do postępowania posiada interes prawny w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, bowiem w razie uwzględnienia odwołania może on zostać wykluczony z postępowania, względnie jego oferta odrzucona, skutkiem czego może być pozbawienie Przystępującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia. Przystępujący bowiem złożył ofertę sporządzoną w sposób w pełni prawidłowy, ponadto odpowiadającą rzeczywistym potrzebom przedmiotu zamówienia, która stanowi dla Zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą” w znaczeniu określonym przez ustawę Pzp i Zamawiającego w SIWZ.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu wskazał, że zarzuty podniesione w odwołaniu nie znajdują podstaw faktycznych i prawnych.

1. W odniesieniu do pierwszej przesłanki wykluczenia Przystępującego, wskazanej w treści odwołania przez Odwołującego, Przystępujący wskazał, że uprawnienia budowlane elektryczne Pana Ryszarda L., wskazanego na stanowisko kierownika robót elektrycznych, spełniają wymagania SIWZ, tym samym Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający w SIWZ wskazał, iż personel musi posiadać uprawnienia w rozumieniu Prawa budowlanego z dnia 07.07.1994r. lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie wcześniejszych regulacji. Uprawnienia Pana Ryszarda L. wydane zostały w 1984r. na podstawie Rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20.02.1975r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Przepisy te nie posługiwały się pojęciem „uprawnień budowlanych bez ograniczeń”. W tym stanie rzeczy pozostaje wyłącznie ustalenie, czy w oparciu o swoje uprawnienia Pan Ryszard L. może zgodnie z prawem pełnić funkcję kierownika budowy obiektu objętego przedmiotem zamówienia, nie zaś jakiegokolwiek obiektu budowlanego. W ocenie Przystępującego podkreślić przy tym należy, iż ocena uprawnień Pana Ryszarda L. nie może być dokonana w oderwaniu od przepisów ustawy Pzp - zgodnie z art. 22 ust. 4 Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi

być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, natomiast zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Innymi słowy, przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym posiadania uprawnień budowlanych przez personel wskazany przez Przystępującego, należy wziąć pod uwagę okoliczność, że postawiony warunek ma być adekwatny do zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia (vide wyrok KIO z dnia 04.03.201 Or., sygn. akt KIO/UZP 110/10). W przepisie art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazuje się bowiem, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia ma dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (tj. konkretnego zamówienia opisanego w SIWZ).

Mając na względzie powyższe, zdaniem Przystępującego, stwierdzić należy, iż uprawnienia Pana Ryszarda L. pozwalają na pełnienie funkcji kierownika robót elektrycznych w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia. Wymogi konstrukcyjne i schematy techniczne sieci i instalacji elektrycznych obiektu objętego przedmiotem zamówienia mieszczą się w zakresie uprawnień Pana Ryszarda L., co jest przesądzające dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Potwierdzeniem tego stanowiska jest doświadczenie Pana Ryszarda L. Wynika z niego, iż pełnił on funkcję kierownika robót elektrycznych, co nie budziło wątpliwości ani ze strony inwestorów ani organów nadzoru architektoniczno-budowlanego, na obiektach o wymaganiach elektrycznych odpowiadających wymaganiom opisanym w niniejszym postępowaniu.

Przystępujący wskazał, iż reasumując stwierdzić należy, że uprawnienia, którymi legitymuje się Pan Ryszard L., w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu ściśle powiązanego z zakresem prac objętych przedmiotem zamówienia, pozwalają na przyjęcie stanowiska, iż Przystępując spełnił postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu dotyczący osób, który wykonawca dysponuje, a osoby przez niego wskazane legitymują się stosownymi uprawnieniami w odniesieniu do konkretnych specjalności. Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zdaniem Przystępującego Odwołujący nie wykazał także, wbrew ogólnej regule dowodowej określonej w art. 6 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, spełnienia przesłanek z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przystępujący wskazał, iż przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia „nieprawdziwych informacji”, którym posługuje się art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W orzecznictwie (np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 05.04.2002r., sygn. akt II CKN 10095/99) stwierdza się, że pojęcie „prawdy” jest rozumiane tak jak w języku potocznym, tj. jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością („faktami” i „datami”). W niniejszej sprawie w ogóle nie wchodzi w grę sprzeczność



oświadczeń Przystępującego do postępowania o posiadaniu uprawnień budowlanych przez Pana Ryszarda L. z rzeczywistością, a jedynie interpretacja (jak widać rozbieżna) uprawnień budowlanych Pana Ryszarda L. w ujęciu wymagań SIWZ.

Celem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest przede wszystkim wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nieuczciwych wykonawców, którzy wprowadzają w błąd Zamawiającego chcąc wyłudzić od niego zamówienie. W orzecznictwie arbitrażowym akcentuje się, iż skoro celem wskazanego przepisu jest wyeliminowanie z postępowania wykonawców, którzy chcą wyłudzić zamówienie publiczne, to konieczne jest istnienie po ich stronie świadomości nieprawdziwości informacji podawanych w ofercie (por. wyrok z dnia 21.08.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 814/08). W wyroku z dnia 30 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1120/08, KIO wskazała jednoznacznie, iż 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" i w konsekwencji wskazała, iż w takim przypadku nie mamy do czynienia z sytuacją opisaną w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Warto zauważyć, iż stanowisko to znajduje potwierdzenie w prawie wspólnotowym, a mianowicie z przepisu art. 45 ust. 2 lit. g) Dyrektywy 2004/18/WE Parlamenty Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE. L. Nr 134, poz. 114) wynika jednoznacznie, iż z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu „wprowadzenie w błąd, o jakim mowa w przywołanym przepisie Dyrektywy 2004/18/WE, musi mieć charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy, nie będzie podstawą wykluczenia zaś nieświadome wprowadzenie w błąd" (zob. A. Sołtysińska, Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz, Kraków 2006). Mając na uwadze, iż przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp implementuje do krajowego porządku prawnego przywołany przepis art. 45 Dyrektywy 2004/18/WE, jego wykładnia nie może iść w kierunku sprzecznym z celem ustawodawcy wspólnotowego.

Przystępujący w podsumowaniu wskazał, że celem ustawy Pzp jest ochrona pieniądza publicznego, dlatego też dla oceny oferty Przystępującego oprócz się należy w szczególności na wykładni celowościowej przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, która przemawia za stosowaniem wskazanego przepisu wyłącznie w przypadkach oczywistego,

świadomego i poważnego wprowadzenia Zamawiającego w błąd w celu wyłudzenia zamówienia publicznego. Z taką sytuacją nie mamy, w ocenie Przystępującego, do czynienia w niniejszej sprawie. Tym samym, nawet gdyby przyjąć w toku postępowania odwoławczego, że uprawnienia budowlane Pana Ryszarda L. nie pozwalają mu na pełnienie funkcji kierownika robót elektrycznych w ramach przedmiotowego zamówienia, ustalenie takie nie może prowadzić do konsekwencji objętych dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Z ostrożności procesowej podkreślenia także wymaga za wyrokiem KIO z dnia 05.07.2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1217/10, że wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24, w tym art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, musi być poprzedzone wyczerpaniem procedury uzupełnienia oferty w wadliwym zakresie zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zdaniem KIO, wykluczanie wykonawców z powodu opisanego w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powodowałoby niemożliwość uzupełniania ofert zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdzie wyraźnie wskazana jest konieczność wezwania wykonawcy do uzupełnienia oferty, jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych przez zamawiającego dokumentów lub oświadczeń.

2. W odniesieniu do drugiej ze wskazanych w treści odwołania przesłanek wykluczenia Przystępującego z postępowania ten ostatni wskazał, iż wniósł wadium zgodnie ze SIWZ (pkt IX) i przepisami ustawy Pzp.

Na wstępie Przystępujący podkreślił, za wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu X Wydział Gospodarczy z dnia 09.04.2009r., sygn. akt X Ga 81/09, że gwarancja w swej treści musi należycie zabezpieczać interesy Zamawiającego, co oznacza, że jej postanowienia muszą odpowiadać wymogom SIWZ i przepisów ustawy, i co nie wymaga powtórzenia w gwarancji treści przepisów, w tym między innymi normy art. 46 ustawy Pzp, w sytuacji kiedy taki obowiązek na podmiocie udzielającym gwarancji nie spoczywa. Identycznie wypowiada się ZA i KIO - wadium złożone w formie gwarancji bankowej nie musi zawierać w swojej treści przesłanek wymienionych w art. 46 ustawy Pzp, upoważniających Zamawiającego w przypadku ich zaistnienia do zatrzymania wadium. Zamawiającemu bowiem prawo zatrzymania wadium przysługuje z mocy prawa. Prawo to ma zastosowanie do każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przystępujący wskazał, że w pkt IX SIWZ in fine Zamawiający wskazał, że okoliczności, o których mowa w pkt 8 i 9, muszą być jednoznacznie określone w treści gwarancji wnoszonej w innej formie niż w pieniądzu, zaś w pkt 8 Zamawiający stwierdza: Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn niezależnych po jego stronie. Przedmiotowa gwarancja wadialna, w ocenie Przystępującego, w treści swej powołuje zatem zacytowany pkt IX.8 SIWZ, a co za tym idzie, zgodna jest z wymaganiami SIWZ.

Przystępujący podniósł, iż niezależnie od powyższego, nie może budzić wątpliwości, iż z przedmiotowej gwarancji Zamawiający może się zaspokoić w przypadkach opisanych w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Z treści tej gwarancji wynika bowiem jednoznacznie, iż:

- jest poddana prawu polskiemu, a więc także Prawu zamówień publicznych,
- gwarant zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia Zamawiającemu wadium na pierwsze żądanie zawierające oświadczenie, że płatność jest wymagalna z powodu niewypełnienia przez KAJIMA POLAND Spółka z o.o. swoich zobowiązań wynikających z Warunków (tj. wszystkich warunków przetargu), a w szczególności (...).

W ocenie Przystępującego sformułowanie „w szczególności” oznacza, że w celu zaspokojenia się z gwarancji Zamawiający może wskazać gwarantowi jakiegokolwiek naruszenie przez Przystępującego warunków przetargu, w tym niewykonanie wezwania Zamawiającego z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (niezłożenie dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw, a nie tylko „niezłożenie dokumentów”). Katalog tych naruszeń poprzez użycie sformułowania „w szczególności” jest bowiem otwarty, ograniczony jedynie przepisami ustawy Pzp, w oparciu o które prowadzone jest przedmiotowe postępowanie.

Przystępujący podniósł, iż gwarancja wadialna jest, bez wątpienia, oświadczeniem woli. Podstawowy dla wykładni oświadczeń woli art. 65 k.c., mający zastosowanie do czynności wykonawców i zamawiającego na podstawie art. 14 ustawy Pzp, stanowi w § 1, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje. Ugruntowany jest w orzecznictwie pogląd, iż powołane zasady wykładni oświadczeń woli odnoszą się także do gwarancji wadialnych składanych w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (np. wyrok KIO z dnia 08.10.2009r., sygn. akt KIO/UZP 1401/09) Z załączonej do oferty Przystępującego gwarancji wynika, zdaniem tego ostatniego, jednoznacznie, że bank udziela gwarancji tytułem zabezpieczenia wadium w przedmiotowym postępowaniu, gwarancji tej udziela wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, a ewentualne zobowiązanie zapłaci bezwarunkowo i nieodwołalnie na pierwsze żądanie Zamawiającego (vide wyrok ZA z dnia 20.06.2007r., sygn. akt UZP/ZO/0-690/07). Nie tylko więc literalne brzmienie przedmiotowej gwarancji, ale także jej wykładnia prowadzi do wniosku, iż gwarancja ta odpowiada wymaganiom SIWZ i ustawy Pzp. W ocenie Przystępującego na tej zasadzie zarzut Odwołującego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy KAJIMA POLAND Spółka z o.o.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z ogłoszeniem o zamówieniu, treścią SIWZ, ofertą złożoną w postępowaniu przez wykonawcę KAJIMA POLAND Spółka z o.o., jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazaniu Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy KAJIMA POLAND Spółka z o.o. z postępowania oraz nakazania powtórnego badania i oceny ofert, jak również dokonania powtarzanej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwagi na złożenie przez Odwołującego oferty zakwalifikowanej na drugiej pozycji w oparciu o kryteria oceny ofert ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści SIWZ, treści oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę KAJIMA POLAND Spółka z o.o., treści ogłoszenia o zamówieniu, treści gwarancji bankowej z dnia 23 lipca 2010 r. Nr 880270384200 oraz ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy. Izba postanowiła uwzględnić wnioski dowodowe zgłoszone przez Przystępującego oraz Zamawiającego

zgłoszone w toku rozprawy. Wobec powyższego Izba dopuściła również jako dowód treść opinii z dnia 29.07.2010 r. SELEX Spółka z o.o. oraz oświadczenia Autorskiej Pracowni Architektury Kuryłowicz & Associates z dnia 25.08.2010 r.

W odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia Izba jako zasadniczy dowód uznała dokumentację przedmiotowego postępowania w postaci treści SIWZ, treści oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę KAJIMA POLAND Spółka z o.o., treści ogłoszenia o zamówieniu, jak również treści gwarancji bankowej z dnia 23 lipca 2010 r. Nr 880270384200.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wskutek zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy KAJIMA POLAND Spółka z o.o. z prowadzonego postępowania wobec nie złożenia przez tego wykonawcę wadium Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie. Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający w dziale IX (Wymagania dotyczące wadium) sformułował w treści SIWZ swoje wymagania w odniesieniu do wadium. W pkt 3 powyższego działu SIWZ Zamawiający wskazał, że: „Gwarancja bankowa, gwarancja ubezpieczeniowa, poręczenie bankowe oraz poręczenia innych instytucji winny zostać złożone w formie dokumentu oryginalnego. Dokument wadium powinien być wystawiony na Zamawiającego, mieć formę oświadczenia bezwarunkowego, nieodwołanego i płatnego na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego”. W pkt 8 działu IX SIWZ Zamawiający wskazał, że: „Zamawiający zatrzymuje wadium wraz odsetkami, jeżeli Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie złożył dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”. W pkt 9 działu IX SIWZ Zamawiający określił ponadto, iż: „Zamawiający zatrzymuje również wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;

- 2) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;
- 3) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy".

W odniesieniu do pkt 8 i 9 działu IX SIWZ Zamawiający zawarł ponadto następujące postanowienie: „Powyższe okoliczności, o których mowa w pkt 8 i 9, muszą być jednoznacznie określone w treści gwarancji wnoszonej w formie innej niż w pieniądzu”.

Po drugie Izba ustaliła, iż wykonawca KAJIMA POLAND Spółka z o.o. złożył w oryginale w siedzibie Zamawiającego Gwarancję bankową nr 880270384200 z dnia 23 lipca 2010 r. wystawiona przez Sumitomo Mitsui Banking Corporation Europe Limited.

Istniejący pomiędzy stronami spór dotyczy w prawidłowości określenia w treści złożonej przez wykonawcę KAJIMA POLAND Spółka z o.o. gwarancji bankowej zapłaty wadium przesłanek upoważniających Zamawiającego do zatrzymania wadium.

Umowa gwarancji bankowej została uregulowana w Rozdziale 6 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku Prawo bankowe (tekst jednolity Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 z późn. zm.). Jednakże powyższe przepisy nie odnoszą się do treści dokumentu gwarancji bankowej zawierając jedynie postanowienia dotyczące formy takiego dokumentu, wskazują podmioty mogące udzielać tego rodzaju gwarancji oraz regulują kwestie przedmiotu gwarancji. Istotne w tym zakresie są postanowienia art. 84 ustawy Prawo bankowe, który wskazuje, iż do gwarancji bankowych i poręczeń udzielanych przez bank stosuje się przepisy Kodeksy cywilnego, z tym że zobowiązanie banku jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym. Powyższe wskazuje jednoznacznie, iż do umowy gwarancji bankowej i do treści samego dokumentu gwarancyjnego zastosowanie wprost mają przepisy Księgi Trzeciej - zatytułowanej „Zobowiązania” Tytuł I - przepisy ogólne ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny, w szczególności zasada swobody umów uregulowana w art. 353\ który stanowi, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Biorąc pod uwagę powyższe Izba wskazuje, iż gwarancja bankowa jest dokumentem, którego treść w sposób zupełny i wyczerpujący określa kształt zobowiązania umownego. Tym samym treść dokumentu gwarancyjnego określa w sposób zupełny zakres uprawnień i obowiązków stron, tj. gwaranta, beneficjenta i zleceniodawcy - w tym wypadku oferenta (uczestnika przetargu). W tym zakresie Izba pragnie wskazać na uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 stycznia 2006 r. (sygn. akt I ACa 761/05), w którym zostało wskazane, że: „Gwarancja ubezpieczeniowa jest specyficzną, niestypizowaną, a ukształtowaną głównie przez praktykę, czynnością ubezpieczeniową,

znajdującą oparcie prawne przede wszystkim w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych (art. 353<sup>1</sup> k.c.)". Stanowisko zawarte w uzasadnieniu powyższego orzeczenia, choć odnosi się do gwarancji ubezpieczeniowych, ze względu na analogiczny charakter gwarancji bankowej może być stosowane do umów gwarancji bankowych.

Ustawa Pzp również nie reguluje stosunku zobowiązaniowego gwaranta ubezpieczeniowego czy bankowego z zamawiającym. O zakresie odpowiedzialności gwaranta z ubezpieczeniowej lub bankowej gwarancji przetargowej decyduje jedynie wystawiony przez gwaranta dokument wadialny, który jak wyżej wskazano, reguluje w sposób zupełny i wyczerpujący całokształt praw i obowiązków stron tego rodzaju stosunku zobowiązaniowego. W odniesieniu do postępowań prowadzonych w oparciu o ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych praktyka wykształciła regułę, iż treść postanowień dokumentu gwarancyjnego dotyczącego wadium określa podmiot zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu (art. 41 pkt 8 ustawy Pzp) lub SIWZ (art. 36 ust 1 pkt 8 ustawy Pzp). Tym samym szczegółowe zapisy, jakie winny zostać zawarte w treści wadialnego dokumentu gwarancyjnego, aby zabezpieczone zostały interesy zamawiającego ten ostatni określa w sposób szczegółowy w SIWZ, na co jednoznacznie wskazuje art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, który w przeciwieństwie do art. 41 pkt 8 ustawy Pzp posługuje się zwrotem: „wymagania dotyczące wadium” zamiast użytego w art. 41 pkt 8 ustawy Pzp zapisu „informacja na temat wadium”.

Biorąc pod uwagę rolę wadium oraz fakt, iż brak jest przepisów ustawowych oraz wykonawczych normujących szczegółowo treść gwarancji bankowej Zamawiający ma prawo określić swoje wymagania w powyższym zakresie w treści SIWZ. Wszakże regulacji zawartych w art. 45 i 46 ustawy Pzp nie można uznać za wyczerpujące. Powyższe kreuje dla Zamawiającego obowiązek i jednocześnie uprawnienie takiego precyzowania wymagań dotyczących wadium, które zabezpieczać będą jego interesy i stanowić będą niejako uzupełnienie i wypełnienie niepełnych regulacji ustawowych. W powyższym zakresie Izba reprezentuje pogląd, że takie postanowienia SIWZ są dopuszczalne i są jednocześnie wiążące dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym zawarte w SIWZ przez Zamawiającego wymagania dotyczące treści gwarancji bankowej mają zadanie prawnokształtujące i decydują o przyszłych obowiązkach i uprawnieniach stron umowy gwarancji bankowej. Tylko bankowa gwarancja wadialna spełniająca wymagania Zamawiającego, co każdorazowo winno wynikać z jej literalnego brzmienia, może być uznana za dokument potwierdzający prawidłowe i skuteczne wniesienie wadium.

W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający określił w sposób szczegółowy w treści SIWZ wymagania dotyczące wadium, w tym wskazał w pkt 8 działu IX SIWZ przesłankę zatrzymania wadium opartą o art. 46 ust. 4a ustawy Pzp pomijając jednak w jego

treści zapis „(...) lub oświadczeń (...)”. Powyższy zapis został dosłownie powtórzony w treści bankowego dokumentu gwarancyjnego przedłożonego przez wykonawcę KAJIMA POLAND Spółka z o.o. W ocenie Izby pominięcie zwrotu „(...) lub oświadczeń (...)” w zapisie kształtującym jedną z przesłanek zatrzymania wadium jest okolicznością pozbawioną znaczenia w odniesieniu do kształtu zobowiązania umownego wynikającego z treści dokumentu gwarancji bankowej. Choć ustawodawca w treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp posługuje się odrębnie pojęciem dokumentów i oświadczeń, jednocześnie umiejscawiając pomiędzy nimi spójnik „i”, dzięki użyciu którego mamy do czynienia w powyższym przepisie z koniunkcją to powyższe jest wynikiem specyficznego rozumienia powyższych zwrotów w tym akcie prawnym. Wykładnia literalna powyższego przepisu wskazuje, iż uzupełnieniu podlegać mogą odrębnie dokumenty lub oświadczenia oraz jednocześnie dokumenty i oświadczenia. Jednakże art. 46 ust. 4a ustawy Pzp posługuje się w tym zakresie alternatywą. Oznacza to, iż niezpełnienie przez wykonawcę na żądanie jakiegokolwiek dokumentu lub jakiegokolwiek oświadczenia powoduje prawo zatrzymania wadium przez zamawiającego. Jednakże powyższe rozróżnienia wprowadzone w ustawie Pzp wynika ze specyfiki postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Zarówno oświadczenia, jak również zaświadczenia, opinie oraz informacje są dokumentami w powszechnym znaczeniu. W taki też znaczeniu funkcjonują one w obrocie prawnym. Tym samym, w ocenie Izby, w dokumencie wadium gwarancji bankowej nie jest wymagane użycie sformułowania „oświadczenia i dokumenty”, gdyż uznać należy, iż każde oświadczenie jest swego rodzaju dokumentem. Rzeczywiście, w niektórych przepisach ustawy Pzp pojawia się rozróżnienie na oświadczenia i dokumenty np. art. 25, art. 26 ust. 3, art. 36 ust. 1 pkt 6, art. 48 ust. 1 pkt 7, art. 50 ust. 1 oraz art. 44, ale ma ono trochę inny charakter, nie zawsze dotyczy wyłącznie dokumentów (i oświadczeń), o których mowa w rozporządzeniu wykonawczym wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. Poza tym rozróżnienie to zostało wprowadzone, aby rozwiązać pojawiające się wątpliwości interpretacyjne co do możliwości np. uzupełniania dokumentów. Rozróżnienie na dokumenty i oświadczenia jest podziałem sztucznym i nie znajduje uzasadnienia w ich charakterze oraz obowiązujących przepisach. Oświadczenie złożone w formie pisemnej każdorazowo stanowi dokument w powszechnym tego słowa znaczeniu. Zawarte w art. 244 i art. 245 ustawy Kodeks postępowania cywilnego definicje dokumentu urzędowego i dokumentu prywatnego wskazują, że również ustawa Kodeks postępowania cywilnego, jak i inne ustawy, uznają oświadczenie wprost za dokument i ustawa Prawo zamówień publicznych i jej przepisy wykonawcze nie stanowią tu wyjątku.

Jednakże przyjęcie zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, iż w treści SIWZ zamawiający precyzuje swoje wymagania dotyczące wadium wskazuje, iż przedłożona przez wykonawcę KAJIMA POLAND Spółka z o.o. gwarancja bankowa nr 880270384200 z dnia 23 lipca 2010 r. uwzględnia wszystkie wymagania Zamawiającego postawione w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wobec takiej formy wnoszenia wadium. Wszakże adresatem norm prawnych wyrażonych w art. 46 ust 4a oraz 46 ust. 5 pkt 1 - 3 ustawy Pzp jest zamawiający i utrata przez



wykonawcę wadium jest uzależniona od aktywności podmiotu zamawiającego. Ustawodawca nałożył na instytucje zamawiające obowiązek zatrzymania wadium w przypadku zaistnienia określonych okoliczności. Ponadto normy prawne wyrażone w art. 46 ust 4a oraz 46 ust. 5 pkt 1 - 3 ustawy Pzp stanowią ochronę dla wykonawców przed nieuprawnionym zatrzymaniem wadium przez podmiot zamawiający. To zamawiający podejmuje czynności skutkujące realizacją wadium wnoszonego w formie gwarancji bankowej, zatem utrata wadium przez wykonawcę jest skutkiem złożenia przez zamawiającego stosownego oświadczenia woli nakierowanego na realizację zobowiązania banku wykreowanego w treści dokumentu, jakim jest gwarancja bankowa. W ocenie Izby nawet uznanie, iż pominięcie w treści SIWZ i w konsekwencji w treści gwarancji bankowej w przesłance opartej na art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zwrotu „(...) lub oświadczeń (...)” umniejsza zabezpieczającą rolę przedmiotowej wadialnej gwarancji bankowej to może mieć to jedynie negatywne konsekwencje dla Zamawiającego w oparciu o ustawę o finansach publicznych o ustawę o odpowiedzialności za naruszenia finansów publicznych. Powyższe, w ocenie Izby, nie może powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności tak doniosłych dla ich losu w postępowaniu jak wykluczenie z udziału w tym postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Nie można przecież mówić o wadium w formie gwarancji bankowej jako o pewnego rodzaju wzorcu, lecz o takim dokumencie wadialnym, który spełnia wymagania określone przez zamawiającego w treści SIWZ. Wszakże wykonawca KAJIMA POLAND Spółka z o.o. wniósł wadium w formie oraz treści dopuszczonej i wskazanej przez Zamawiającego w SIWZ, której treść zgodnie z dyspozycją art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp winna zawierać wymagania zamawiającego w odniesieniu do wadium. Wobec powyższego za sytuację polegającą na niewniesieniu wadium, w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, należy uznać taką sytuację, w obliczu której wykonawca nie wniósł w ogóle wadium, lub wniesione przez niego wadium nie odpowiada wymaganiom doprecyzowanym przez zamawiającego w treści SIWZ. Z taką sytuacją jednakże nie mamy do czynienia w przedmiotowym stanie faktycznym.

Ponadto uznać należy, iż treść dokumentu wadialnego nie musi dosłownie cytować ustawowych przesłanek wskazujących, w jakich okolicznościach zamawiający ma prawo zatrzymania wadium. Wszakże to czy mamy do czynienia z dokumentem skutecznie zabezpieczającym interesy zamawiającego decyduje cała treść dokumentu gwarancyjnego oraz okoliczności w jakich zostało złożone zawarte w jego treści przez gwaranta oświadczenia woli. Niewątpliwie każde oświadczenie woli może podlegać wykładni w oparciu o ustalone w danym systemie prawnym reguły. W tym zakresie Izba podziela argumentację Przystępującego, z której wynika, iż do wykładni oświadczenia woli jakim jest gwarancja bankowa zastosowanie mają reguły wykładni uregulowane w art. 65 ustawy Kodeks cywilny. Okoliczności jego wystawienia oraz złożenia mogą decydować o jego zakresie i interpretacji jej postanowień. Powyższe może być realizowane przy użyciu wszelkich dopuszczalnych środków dowodowych.

Wobec powyższego Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

II. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskutek zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy KAJIMA POLAND Spółka z o.o. z prowadzonego postępowania na skutek złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie. Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

W odniesieniu do powyższego zarzutu Izba wskazuje, iż poczynione ustalenia faktyczne są tożsame jak w zakresie wskazanym w pkt IV niniejszego uzasadnienia, tj. analogiczne jak w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba w odniesieniu do powyższego zarzutu wskazuje, iż z całokształtu oferty złożonej przez wykonawcę KAJIMA POLAND Spółka z o.o. wynika w sposób jednoznaczny, iż wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko kierownika robót elektrycznych posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń.

Izba wskazuje ponadto, iż aby doszło do wypełnienia hipotezy normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp musi dojść do poświadczenia nieprawdy lub zatajenia prawdy przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w celu uzyskania zamówienia. Jednocześnie powyższe działania muszą mieć znaczenie dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O powyższym fakcie decydować winny nie pojedyncze oświadczenia lub informacje, lecz ich całokształt wynikający z treści oferty złożonej w postępowaniu, jak również wynikający z udzielonych wyjaśnień lub uzupełnionych dokumentów w oparciu o instytucje uregulowane w art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W przypadku gdyby wykonawca KAJIMA POLAND Spółka z o.o. złożył w zakresie kierownika robót elektrycznych jedynie oświadczenie, że dedykuje pana Ryszarda L. na powyższe stanowisko ze wskazaniem, iż posiada on uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w danej specjalności w nieograniczonym zakresie to takie działanie należałoby uznać jako poświadczenie nieprawdy. Jednakże załączenie wraz z ofertą kopii decyzji o nadaniu uprawnień budowlanych zmienia charakter złożonego oświadczenia powodując jedynie, iż wykonawca ten nie wykazał, iż dysponuje osobą posiadającą wymagane przez Zamawiającego kwalifikacje zawodowe.

Jednakże, jak wynika z okoliczności niniejszej sprawy, wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej nastąpił nie ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji, lecz ze względu na błędną ocenę przez Zamawiającego, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Powyższe mogło być skutkiem zignorowania treści decyzji załączonej wraz z ofertą, bądź jej błędnej interpretacji w

odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego Izba wskazuje, iż powyższy zarzut nie potwierdził się.

**III.** W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 2 i 3 ustawy Pzp wskutek zaniechania wykluczenia wykonawcy KAJIMA POLAND Spółka z o.o. Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

W odniesieniu do powyższego zarzutu Izba wskazuje, iż Odwołujący nie sprecyzował w treści odwołania na czym powyższe naruszenia miałyby polegać. Zasadniczym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej ofert i udzielenie zamówienia publicznego poprzez zawarcie z wyłonionym wykonawcą umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, wyrażonych m.in. w art. 7 ustawy Pzp, dochodzi wówczas, gdy czynności i zaniechania Zamawiającego w toku postępowania mają wpływ na powyższe czynności, tj. prowadzą na skutek rażącego naruszenia przepisów ustawy do wyboru oferty wykonawcy, który podlega wykluczeniu z postępowania, lub wyboru oferty podlegającej odrzuceniu. Na skutek braku stwierdzenia przez Izbę naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wyniki postępowania o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp należy stwierdzić, iż nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, wyrażonych m.in. w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba wskazuje, iż powyższy zarzut nie potwierdził się.

**IV.** W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wskutek zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy KAJIMA POLAND Spółka z o.o. z prowadzonego postępowania wobec nie wykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie. Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w treści SIWZ w Rozdziale V (warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełnienia, a także wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykazanie braku podstaw do wykluczenia z postępowania) określił warunki udziału w postępowaniu. W odniesieniu do osób zdolnych do wykonania zamówienia żądał wskazania osób posiadających kwalifikacje zawodowe, doświadczenia i uprawnienia w rozumieniu ustawy Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 r. (tekst jednolity Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.) lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie wcześniejszych regulacji oraz ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych

architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów (Dz. U. z 2001 r. Nr 5, poz. 42 z późn. zm.) a w szczególności: osób posiadających uprawnienia budowlane bez ograniczeń w zakresie kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach: m. in. Instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych - kierownik robót elektrycznych. W odniesieniu do powyższego warunku Zamawiający żądał przedłożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, w także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ.

Wykonawca KAJIMA POLAND Spółka z o.o. na powyższe stanowisko wskazał na str. 58 złożonej przez siebie oferty pana Ryszarda L. posiadającego uprawnienia elektryczne nr 196/84/Op. Jednocześnie na str. 93 oferty załączył dodatkowo potwierdzoną za zgodność z oryginałem kopię uprawnień budowlanych pana Ryszarda L. wydanych dnia 07.11.1984 r. Nr ewidencyjny 196/84/Op. Z powyższego dokumenty wynika, iż pan Ryszard L. jest z wykształcenia technikiem elektrykiem oraz posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie instalacji elektrycznych upoważniające m.in. do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów instalacji oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie instalacji elektrycznych - o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych. Powyższe uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zostały wydane na podstawie § 2 ust. 2 pkt 2, § 5 ust. 2, § 6 ust. 4, § 7 i § 13 ust. 1 pkt 4 lit. d rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 1975 r. Nr 8, poz. 46 z późn. zm.).

Izba w odniesieniu do powyższego zarzutu podzieliła w całej rozciągłości stanowisko Odwołującego. W szczególności Izba podziela wyrażony przez Odwołującego w piśmie procesowym z dnia 26.08.2010 r. pogląd, iż ustawodawca z zachowaniem praw nabytych wykluczył rozszerzającą interpretację, co do zakresu uprawnień nabytych przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Za istotną w odniesieniu do powyższego zarzutu Izba uznała treść art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane który wskazuje, iż 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. Tym samym dla oceny zakresu uprawnień istotne znaczenie ma akt prawny, na podstawie którego została wydana decyzja potwierdzająca uzyskanie uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, przy jednoczesnym uwzględnieniu stanu prawnego obowiązującego w dacie wydania powyższej decyzji. Obowiązujące w dniu 07.11.1984 r. rozporządzenie Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony

Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 1975 r. Nr 8, poz. 46 z późn. zm.) w § 5 ust. 2 stanowi, że osoby ze średnim wykształceniem technicznym mogą pełnić funkcje techniczne, o których mowa w ust. 1, wyłącznie przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością techniczno-budowlaną, a osoby, o których mowa w ust. 1 pkt 3 i 4 - wyłącznie przy wykonywaniu robót budowlanych objętych danym rzemiosłem. Choć powyższe rozporządzenia nie posługuje się pojęciem „uprawnienia bez ograniczeń”, wprowadzonym do obrotu prawnego wraz z wejściem w życie rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 30 grudnia 1994 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 1995 r. Nr 8, poz. 38) nie ulega wątpliwości, iż tego rodzaju pojęcie funkcjonowało w nomenklaturze branżowej. Tego rodzaju rozróżnienie funkcjonowało już w rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 16 lutego 1928 r. o prawie budowlanym i zabudowaniu osiedli (Dz. U. z 1928 r. Nr 23, poz. 202), które wprowadzało ograniczenia w pełnieniu technicznych funkcji w zakresie budownictwa dla osób posiadających wykształcenie średnie techniczne. Zatem użycie, zarówno w decyzji potwierdzającej uzyskanie uprawnień budowlanych, jak również w treści przepisów, które zostały przywołane w powyższej decyzji zwrotu „o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych” powoduje, iż niezależnie od użytej w rozporządzeniu Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie terminologii mamy do czynienia z uprawnieniami budowlanymi w ograniczonym zakresie.

Ponadto, w ocenie Izby, bez znaczenia dla powyższego rozstrzygnięcia ma fakt, wykazywany przy pomocy powołanych przez Zamawiającego i Przystępującego środków dowodowych, że dokumentacja projektowa w zakresie branży elektrycznej zawiera opracowania projektowe o powszechnie znanych rozwiązaniach. Tym samym, zdaniem Izby, w odniesieniu do zarzutu podniesionego w treści odwołania oraz argumentacji Przystępującego i Zamawiającego bez znaczenia jest okoliczność, czy osoba przewidziana na stanowisko kierownika robót elektrycznych ma odpowiednie uprawnienia budowlane do pełnienia funkcji kierownika robót nad robotami mieszczącymi się w zakresie przedmiotu zamówienia. Bez znaczenia jest również, podnoszona przez Przystępującego okoliczność, braku adekwatności tego warunku w rozumieniu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Warunek powyższy jest bowiem wiążący dla Zamawiającego i wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Jego wyeliminowanie z postępowania mogło nastąpić jedynie poprzez wniesienie środka ochrony prawnej wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ. Jednakże w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego żaden z wykonawców nie skorzystał z powyższego uprawnienia. Na etapie oceny ofert znaczenie nadrzędne w tym zakresie mają postanowienia SIWZ, nie zaś ocena uprawnień z punktu widzenia ich adekwatności w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.

Należy zatem wskazać, iż pan Ryszard L. posiadający tytuł zawodowy technika elektryka uzyskał, ze względu na posiadanie wykształcenia średniego technicznego, uprawnienia budowlane

w ograniczonym zakresie, tj. do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie we wskazanej w treści uprawnień specjalności z ograniczeniem do budowli, budynków i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych. Tym samym Izba stwierdziła, iż wykonawca KAJIMA POLAND Spółka z o.o. w złożonej w postępowaniu ofercie nie wykazał, iż dysponuje osobą na stanowisko kierownika robót elektrycznych dysponującą wymaganymi przez Zamawiającego uprawnieniami budowlanymi.

Wobec powyższego Izba, wobec konsekwentnego stanowiska Zamawiającego, iż wykonawca KAJIMA POLAND Spółka z o.o. spełniał warunki udziału w postępowaniu wskazuje, iż wykonawca KAJIMA POLAND Spółka z o.o. w złożonej pierwotnie w postępowaniu ofercie nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Izba wskazuje, iż zgodnie z treścią art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Izba ustaliła, iż Odwołujący, w odniesieniu do treści art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, doprecyzował w treści wniesionego odwołania, iż naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów, w tym art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, odnosi do czynności zaniechania wykluczenia wykonawcy KAJIMA POLAND Sp. z o.o. z postępowania. Izba wskazuje, iż ocena naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp jest każdorazowo rozpatrywana w zakresie wskazanej przez Odwołującego czynności zamawiającego lub wskazanego zaniechania zamawiającego. Uznanie, iż dokonane przez Zamawiającego w toku postępowania czynności, bądź zaniechania są niezgodne z przepisami ustawy Pzp skutkuje uwzględnieniem zarzutu, bądź jego oddaleniem. Wobec powyższego Izba wskazuje, iż na skutek wykazania w toku postępowania odwoławczego przez wykonawcę KAJIMA POLAND Spółka z o.o., iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu oraz ustalenia, iż Zamawiający nie wezwał ww. wykonawcy na etapie postępowania do uzupełnienia dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Powyższe stanowisko potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 29 kwietnia 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 162/10), w uzasadnieniu którego zostało wskazane, że: „Naruszenie przez zamawiającego procedury postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie w każdym przypadku powoduje automatyczne uwzględnienie odwołania, ale tylko wtedy, gdy miało wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Izba wyszła ze słusznego założenia, że, tak jak to miało miejsce w niniejszym przypadku, brak oświadczenia jednego z konsorcjantów o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu wymagałoby wystosowania przez zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 pzp, gdyż oświadczenie takie mieści się w pojęciu dokumentów wymienionych w art. 25 pzp. Uwzględnienie zarzutu odwołania o braku wymaganego oświadczenia nie skutkowałoby, jak

to podnosi skarżący, wykluczeniem wykonawcy, ale koniecznością skierowania do niego wezwania. Dopiero niedostosowanie się do wezwania uprawniałoby do wykluczenia wykonawcy. Ponieważ dokument ten jednak został już uzupełniony samodzielnie przez drugiego z konsorcjantów w toku postępowania odwoławczego, zbędne jest obecnie ponowne wzywanie do złożenia tego oświadczenia. Bez znaczenia pozostaje natomiast fakt, że przystąpienie wybranego wykonawcy do postępowania odwoławczego nie zostało uwzględnione, gdyż w każdym przypadku stosowne oświadczenie wpłynęło do zamawiającego przed jego wezwaniem. Brak byłoby zatem podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z powodu braków dokumentów przy ewentualnym ponownym badaniu ofert, a zatem należało uznać, że uchybienie wykonawcy nie miało i nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania”.

W ocenie Izby nawet stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i nakazanie dokonania powtórnego badania i oceny ofert nie spowodowałyby, zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, uwzględnienia odwołania, gdyż stwierdzenie naruszenia w przedmiotowym stanie faktycznym nie miało wpływu oraz nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Wykonawca KAJIMA POLAND Spółka z o.o. wykazał na etapie postępowania odwoławczego, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, gdyż dysponuje osobą na stanowisko kierownika robót elektrycznych, wobec czego nakazanie jego wykluczenia z postępowania byłoby czynnością pozbawioną podstaw faktycznych i prawnych.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wykładnia literalna art. 192 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje, iż nawet w przypadku stwierdzenia przez Izbę naruszenia któregokolwiek z przepisów ustawy Pzp odwołanie nie podlega uwzględnieniu, jeżeli nie zostanie wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie. Z powyższego wynika, iż nie uwzględnienie odwołania (jego oddalenie) nastąpić może nawet wówczas, gdy zostanie stwierdzone naruszenie któregokolwiek z przepisów ustawy Pzp. Wobec ustalenia przez Izbę, iż Zamawiający nie zastosował wobec wykonawcy KAJIMA POLAND Spółka z o.o. instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku w zakresie dysponowania osobą na stanowisko kierownika robót elektrycznych Zamawiający byłby obowiązany do wyczerpania w powyższym zakresie procedury uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zatem nawet w przypadku potwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp odwołanie nie mogłoby zostać uwzględnione. Uwzględnienie odwołania przez Izbę i nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy KAJIMA POLAND Spółka z o.o. z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp byłoby przedwczesne i pozbawione podstaw prawnych, gdyż Zamawiający w odniesieniu do ww.

wykonawcy zaniechał czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów. Wykluczenie wykonawcy KAJIMA POLAND Spółka z o.o. stanowiłoby również naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Izba wskazuje, iż Odwołujący w treści odwołania nie wskazał w zakresie podniesionych zarzutów na naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Podniósł jedynie z ostrożności procesowej, iż na wypadek gdyby opisane w odwołaniu zarzuty zaniechania bezpośredniego wykluczenia KAJIMA POLAND Spółka z o.o. z postępowania nie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą wskazuje, iż Zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę KAJIMA POLAND Spółka z o.o. do uzupełnienia brakujących oświadczeń oraz dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tj. wezwać do uzupełnienia oświadczenia o posiadaniu wymaganych uprawnień przez osoby wskazane w wykazie osób, oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, wykazu osób wraz z ewentualnym zobowiązaniem podmiotu trzeciego do udostępnienia osoby oraz dokumentami wymaganymi od podmiotu trzeciego zgodnie z opisanymi w tym zakresie postanowieniami SIWZ. W ocenie Izby powyższe nie świadczy o sformułowaniu w tym zakresie zarzutu przez Odwołującego. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Odnoszące się w treści odwołania do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp postulaty należy uznać raczej jako żądania Odwołującego, nie zaś zarzuty. Izba zaś nie jest związana żądaniami sformułowanymi w treści odwołania. Jednakże nawet w przypadku uznania, iż Odwołujący podniósł zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i w przypadku uwzględnienia tego zarzutu, tj. stwierdzenia naruszenia przepisu ustawy Pzp kolejnym etapem jest badanie przez skład orzekający wpływu stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania. Tym samym brak jest po stronie Izby uprawnienia do uwzględnienia odwołania w powyższym zakresie i nakazania Zamawiającemu wezwania wykonawcy KAJIMA POLAND Spółka z o.o. do uzupełnienia dokumentów w oparciu o instytucję uregulowaną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jak zostało wyżej wskazane Przystępujący wraz z pismem z dnia 26.08.2010 r. przedstawił dowód, iż dysponuje osobą na stanowisko kierownika robót elektrycznych posiadającą odpowiednie kwalifikacje zawodowe. W tym zakresie dołączył do powyższego pisma wykaz osób sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w zakresie dysponowania osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia oraz decyzję potwierdzającą nadanie wskazanemu w wykazie panu Arkadiuszowi S. uprawnień budowlanych, jak również zaświadczenia potwierdzającego przynależność do właściwej izby inżynierów budownictwa i posiadanie wymaganego prawem ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. W ocenie Izby Przystępujący udowodnił w sposób nie budzący wątpliwości, iż spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Fakt potwierdzony powyższymi dokumentami nie był przez Odwołującego kwestionowany w toku rozprawy. Nie sposób wobec powyższego uznać, iż wykonawca KAJIMA POLAND Spółka z o.o. podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec powyższego Izba uznała, iż uwzględnienie odwołania nie miało wpływu i nie będzie miało wpływu na wynik przedmiotowego



postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec powyższego uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórnej badania i oceny ofert, jak również dokonania powtórnie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spowoduje, iż w tak ustalonych okolicznościach faktycznych dojdzie do powtórnej oceny jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę KAJIMA POLAND Spółka z o.o. Tym samym Izba wskazuje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym, nawet w przypadku uznania, iż Odwołujący sformułował zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wobec uznania tego zarzutu nie zostałaby wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Powyższe wskazuje, zdaniem Izby, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Wobec powyższego przedmiotowe odwołanie podlegało oddaleniu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Izba w odniesieniu do złożonego w toku rozprawy wniosku Przystępującego dotyczącego zasądzenia kosztów zastępstwa procesowego wskazuje, iż zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego jedynie w przypadku, gdy uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zaś odwołanie zostało oddalone przez Izbę. Wobec powyższego powyższy wniosek nie został uwzględniony.

**Przewodniczący:**

.....

