

Sygn. akt KIO/UZP 1096/09

**WYROK**  
**z dnia 7 września 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Barbara Bettman**

**Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska**  
**Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez konsorcjum firm: **Portico Project Management Sp. z o.o. i Wspólnicy Spółka komandytowa** oraz **Biuro Obsługi Inwestycji „Inwest- Wybrzeże” Sp. z o.o. z siedzibą lidera ul. Generała Zajączka 28, 01-510 Warszawa**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasta Sopotu ul. Kościuszki 25/27, 81 – 704, Sopot**, protestu z dnia 15 lipca 2008 r.

przy udziale konsorcjum wykonawców **EKO – INWEST SA ul. Lucjana Szenwalda 20, 71-281 Szczecin i Przedsiębiorstwa Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o.o. ul. Gajowa 99, 85 - 719 Bydgoszcz**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1 uwzględnia odwołanie, nakazuje zamawiającemu unieważnienie: czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, ponadto nakazuje dokonanie ponownych czynności badania, oceny oraz wyboru oferty.**

**2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasta Sopotu ul. Kościuszki 25/27, 81 - 704 Sopot i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr.** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **konsorcjum firm: Portico Project Management Sp. z o.o. i Wspólnicy Spółka komandytowa oraz Biuro Obsługi Inwestycji „Inwest- Wybrzeże” Sp. z o.o.;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 062 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Gminę Miasta Sopotu ul. Kościuszki 25/27, 81 - 704 Sopot** na rzecz **konsorcjum firm: Portico Project Management Sp. z o.o. i Wspólnicy Spółka komandytowa oraz Biuro Obsługi Inwestycji „Inwest- Wybrzeże” Sp. z o.o. z siedzibą lidera ul. Generała Zajączka 28, 01-510 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa przez pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **xxx zł xxx gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **konsorcjum firm: Portico Project Management Sp. z o.o. i Wspólnicy Spółka komandytowa oraz Biuro Obsługi Inwestycji „Inwest- Wybrzeże” Sp. z o.o. z siedzibą lidera ul. Generała Zajączka 28, 01-510 Warszawa.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na usługę "Pełnienie czynności nadzoru inwestorskiego i koordynację inwestycji pod nazwą wykonanie robót budowlanych polegających na rozbiórce i budowie zadania, budowie i rozbudowie zaplecza techniczno-użytkowego, przebudowie widowni przez powiększenie ilości miejsc w Operze Leśnej przy ul. Moniuszki 12, na działce nr 7 w Sopocie" (Dz. Urz. UE Nr 2009/S 75–108746 z 18.04.2009 r.), w dniu 15 lipca 2009 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez konsorcjum firm: Portico Project Management Sp. z o.o. i Wspólnicy Spółka komandytowa oraz Biuro Obsługi Inwestycji Inwest - Wybrzeże Sp. z o.o., wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Złożenie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia pismem doręczonym dnia 9 lipca 2009 r. o wykluczeniu odwołującego z postępowania, o odrzuceniu jego oferty ze względu na niespełnienie wymagań określonych w rozdziale III pkt 1, ppkt 1.3, lit. „d” specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), tj. przedstawienie w ofercie oraz w jej uzupełnieniu, osób wskazanych do wykonania usługi, z których jedna posiada średnie wykształceniem, zamiast wymaganego wykształcenia wyższego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu - Gminie Miasta Sopotu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz.1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505, z 2009 r. Nr 19, poz. 101), tj.:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 10 tej ustawy przez wykluczenie wykonawcy, który spełniał warunki udziału w postępowaniu;
- 2) art. 25 ust. 1 pkt 1 tej ustawy przez brak określenia warunku posiadania wyższego wykształcenia dla osoby nadzorującej prace dźwiękowca;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 5 tej ustawy przez odrzucenie oferty niepodlegającej odrzuceniu;
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza na podstawie kryterium oceny ofert.

W uzasadnieniu zarzutów protestu odwołujący podał, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił warunek posiadania wyższego wykształcenia dla osoby pełniącej funkcję inspektora nadzoru robót telekomunikacyjnych i nie przewidział możliwości pełnienia funkcji inspektora nadzoru w branży telekomunikacyjnej przez dwie osoby. W odpowiedzi z dnia 13 maja 2009 r. na zapytanie zadane przez wykonawcę do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zmienił warunki odnoszące się osoby inspektora nadzoru robót telekomunikacyjnych, w ten sposób, że podzielił dotychczasową funkcję inspektora nadzoru na dwie funkcje:

- 1) inspektora nadzoru robót telekomunikacyjnych;
- 2) inżyniera dźwięku.

Dla funkcji inżyniera dźwięku został tylko określony warunek w zakresie doświadczenia zawodowego. Odwołujący wskazał na to stanowisko p. Igora B., osobę posiadającą wymagane i opisane doświadczenie z wykształceniem średnim, dysponując jednocześnie osobą posiadającą wymagane doświadczenie i wyższe wykształcenie. Zamawiający nie określając warunku posiadania wyższego wykształcenia dla osoby nadzorującej prace dźwiękowca, (tzw. Inżyniera dźwięku), nie miał podstaw prawnych do wykluczenia odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzucenia złożonej oferty. Uprzednio, zamawiający pismem z dnia 1 lipca 2009 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentu dotyczącego wykształcenia podanej osoby, nie opisując jakiej treści dokumentu

żąda. W opinii odwołującego, powinna być informacja, że wymaga dokumentu potwierdzającego posiadanie przez wskazaną osobę pana Igora B. wyższego wykształcenia. Odwołujący zaznaczył, że ustawodawca przewiduje szereg mechanizmów "ratowania postępowań", które mają zapobiec, w przypadkach dających się usunąć błędów w ofertach, zarówno unieważnieniu postępowań, jak i eliminowaniu korzystnych ofert zawierających pewne braki lub błędy, co potwierdza komentarz - Prawo zamówień publicznych, wydanie trzecie pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, str. 142. Odwołujący wywodził, iż zamawiający nie określając w żadnym dokumencie, warunku posiadania wyższego wykształcenia dla osoby pełniącej funkcję tzw. Inżyniera dźwięku, nie może wykluczyć wykonawcy z tego powodu, że osoba wskazana na tę funkcję nie posiada wyższego wykształcenia. Skłoniło to odwołującego do wniosku, że jest wręcz konieczne dołożenie wszelkich starań ze strony zamawiającego, aby "usunął błąd" polegający na bezpodstawnym wykluczeniu konsorcjum odwołującego z postępowania, a w następstwie aby udzielił zamówienia temu konsorcjum, jako wykonawcy spełniającemu warunki udziału w postępowaniu, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Działania takie pozostają bowiem w zgodności z nakazem wydatkowania środków publicznych w sposób oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów.

Niezależnie od przedstawionej argumentacji, odwołujący zaznaczył, iż na dzień składania ofert dysponował osobą posiadającą wyższe wykształcenie oraz wymagane i opisane doświadczenie – przedstawił dokumenty p. Piotra T., a także wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania;
- 2) unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty konsorcjum firm: EKO-INWEST S.A. z siedzibą w Szczecinie i Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy;
- 3) uwzględnienie złożonych dokumentów, potwierdzających spełnianie warunku dysponowania nową, wskazaną osobą p. Piotra T., proponowanego na stanowisko tzw. Inżyniera dźwięku, posiadającego wyższe wykształcenie - dyplom Politechniki Gdańskiej oraz doświadczenie zawodowe, udokumentowane złożonym wykazem;
- 4) powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 16 lipca 2009 r. (pismem z dnia 15 lipca 2009 r.) do postępowania wywołanego wniesieniem protestu przystąpiło w dniu 20 lipca 2009 r. po stronie zamawiającego konsorcjum EKO-INWEST S.A. i Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o. o., domagając się oddalenia protestu w całości.

Pismem doręczonym w dniu 23 lipca 2009 r., zamawiający rozstrzygnął protest przez jego odrzucenie.

W uzasadnieniu swego stanowiska podał co następuje. Przedmiotowy protest został wniesiony wobec sola wykluczenia protestujących wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający stwierdził, że przedmiotowy protest podlega odrzuceniu, albowiem został wniesiony przez podmiot nieuprawniony. Dalej zamawiający argumentował, że w dniu 8 lipca 2009 r. dokonał wyboru oferty konsorcjum EKO - INWEST S.A., o czym skutecznie zawiadomił uczestników niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym odwołującego. W przekonaniu zamawiającego, jednoznacznie wynika z treści protestu z dnia 15 lipca 2009 r., że został on wniesiony sola wobec wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Tym samym czynność zamawiającego, polegająca na wyborze oferty konsorcjum EKO – INWEST S.A. nie stanowiła przedmiotu protestu. Oznaczało to, w opinii zamawiającego, że odwołujący nie może uzyskać zamówienia, a to w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego postępowania, któremu od dnia 9 lipca 2009 r. służy przymiot ostateczności. Tym samym zamawiający odmówił odwołującemu przyznania interesu prawnego w korzystaniu ze środków ochrony prawnej w ramach przedmiotowego postępowania, co stanowi negatywną przesłankę skutecznego wniesienia protestu, a tym samym uznał odwołującego za osobę nieuprawnioną do skorzystania ze środków ochrony prawnej, przewidzianych ustawą Pzp.

W dniu 31 lipca 2009 r. zostało wniesione odwołanie, z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, w którym zarzuty protestu wobec podjętych czynności w postępowaniu zostały podtrzymane i przedstawione jak niżej:

- 1) naruszenie zasady udzielania zamówień publicznych określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wskutek prowadzenia postępowania przez zamawiającego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp przez wykluczenie wykonawcy, który spełnia warunki udziału w postępowaniu;
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego niepodlegającej odrzuceniu;
- 4) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty, która w świetle przyjętych przez zamawiającego kryteriów nie może zostać uznana za najkorzystniejszą. Oferta odwołującego, w świetle postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Wniósł zatem o nakazanie zamawiającemu:
  - 1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert;
  - 2) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty;
  - 3) dokonania ponownej czynności badania oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;

4) dokonania wyboru oferty odwołującego, która jest najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu, odwołujący ponowił argumentację protestu. Dodał, że ze względu na to, iż czynności dokonane przez zamawiającego są niezgodne z obowiązującym prawem, prowadzą w konsekwencji do bezprawnego uniemożliwienia odwołującemu uzyskania zamówienia, a odwołanie znajduje uzasadnienie, gdyż interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia i zawarciu ważnej umowy, doznał w wyniku kwestionowanych działań uszczerbku. Czynności te, tj. wykluczenie wykonawcy, w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych niepodlegające wykluczeniu, odbierają odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia. Odwołujący przytoczył treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odnoszących się do podanych warunków podmiotowych udziału w postępowaniu oraz zamieszczony w specyfikacji sposób oceny ich spełnienia. Powołał się na okoliczność, iż zamawiający udzielał wyjaśnień do SIWZ w odniesieniu do warunku dysponowana osobą:

1) Inspektora nadzoru robót teletechnicznych, posiadającego wykształcenie wyższe techniczne, uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń oraz co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz

2) Inżyniera dźwięku, posiadającego doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami lub nadzorowaniu zrealizowanego nagłośnienia minimum dwóch widowni dla minimum 400 osób, z przeznaczeniem dla koncertów muzycznych.

W wymienionych wyjaśnieniach, zamawiający dopuścił zatrudnienie na ww. stanowisko zamiast jednej, dwóch osób. Mianowicie w odpowiedzi z dnia 13 maja 2009 r., zamawiający wskazał, że "akceptuje zatrudnienie na ww. stanowisko dwóch osób: inspektora nadzoru robót teletechnicznych posiadającego uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń oraz inżyniera dźwięku." Ponadto zamawiający wzywał odwołującego pismem z dnia 1 lipca 2009 r. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym w zakresie udokumentowania wykształcenia Inżyniera dźwięku p. Igora B. W odpowiedzi na wezwanie, odwołujący pismem z dnia 6 lipca 2009 r. przekazał żądane dokumenty. Zamawiający nie uznał złożonych dokumentów za odpowiednie i w dniu 9 lipca powiadomił o wykluczeniu odwołującego z postępowania.

Odwołujący zaznaczył, iż w proteście z dnia 15 lipca 2009 r. zarzucał zamawiającemu między innymi:

1) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez wykluczenie wykonawcy, który spełnia warunki udziału w postępowaniu;

- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty niepodlegającej odrzuceniu;
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza na podstawie kryterium oceny ofert.

Odwołujący wskazywał, że zamawiający rozstrzygając złożony protest dokonał błędnych ustaleń faktycznych, uznając, że protest został wniesiony tylko na czynność wykluczenia odwołującego z przedmiotowego postępowania, podczas gdy z treści przedmiotowego protestu wynika, że odwołujący zarzucił zamawiającemu m.in. naruszenie art. 91 ust 1 ustawy Pzp, żądając również unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenia tych czynności z uwzględnieniem oferty odwołującego. Zaznaczył, że nawet w przypadku braku tych zarzutów, wniesienie protestu na czynność wykluczenia odwołującego z przedmiotowego postępowania jest wystarczające w zaistniałych okolicznościach, bowiem oferta odwołującego w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert, musiałaby zostać uznana przez zamawiającego za ofertę najkorzystniejszą. W związku z tym w przypadku uznania zarzutów dotyczących nieprawidłowego wykluczenia wykonawcy z postępowania za zasadne, wybór innej oferty, jako najkorzystniejszej obarczony byłby wadą. W przekonaniu odwołującego, zamawiający dokonał błędnej wykładni przesłanek odrzucenia protestu wskazanych w treści art. 180 ust. 7 ustawy Pzp, uznając, że odwołujący nie był uprawniony do wniesienia protestu. Stwierdził, iż przyjęcie przez zamawiającego, że brak interesu prawnego, powoduje uznanie odwołującego za podmiot nieuprawniony w rozumieniu art. 180 ust. 7 ustawy Pzp, nie znajduje uzasadnienia w obowiązującym prawie. Ponadto, podważał błędne ustalenia, że odwołujący nie miał interesu prawnego we wniesieniu środka ochrony prawnej w przedmiotowym postępowaniu. Podkreślał, iż bez wątpliwości posiadał interes prawny, w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy Pzp zarówno we wniesieniu protestu jak również odwołania, na co przedstawił szczegółowe uzasadnienie. Odwołujący wywodził, iż w swojej ofercie określił odpowiednie doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Inżyniera dźwięku. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie nie znajdowało, w opinii odwołującego, uzasadnionych podstaw w przepisach ustawy Pzp, ani w postanowieniach SIWZ. Zgodnie z treścią art. 26 ust 3 ustawy Pzp, zamawiający wzywa do uzupełnienia dokumentów tylko tych wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych przez zamawiającego dokumentów i oświadczeń, albo złożone przez nich dokumenty lub oświadczenia zawierają błędy. Mając na uwadze treść warunku udziału w postępowaniu oraz zakres dokumentów, jakich żądał zamawiający na potwierdzenie spełniania tego warunku, stwierdził, że nie miał obowiązku przedstawiać innych niż wykaz osób - dokumentów potwierdzających, że wskazana na stanowisko Inżyniera dźwięku osoba, legitymuje się odpowiednim wykształceniem, podanych w treści dokumentów złożonej oferty. W przekonaniu odwołującego, do oferty

dołączono zatem wszystkie wymagane przez zamawiającego informacje – dokumenty, w zakresie wymagań dotyczących Inżyniera dźwięku. Zamawiający nie miał zatem podstaw do wezwania odwołującego do uzupełnienia jakichkolwiek dokumentów w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale III pkt.1 ppkt 1.3. lit. „d” SIWZ, zmodyfikowanym pismem z dnia 13 maja 2009 r. Na marginesie, odwołujący wskazał na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 10 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 122/09), z którego wynika, że „do interpretacji treści warunku udziału w postępowaniu nie stosuje się domniemania dotyczącego niewyrażonych w nim intencji Zamawiającego, a wątpliwości związane z jego treścią, wyjaśnia się na korzyść wykonawców. Warunki udziału w postępowaniu i dokumenty składane celem ich potwierdzenia, jako istotne elementy decydujące o udziale danego wykonawcy w postępowaniu winny być interpretowane w sposób ścisły, zgodnie z ich literalnym brzmieniem. Ponadto warunki te powinny być zawarte w SIWZ w celu zapewnienia zasady jawności i przejrzystości postępowania. Na etapie oceny ofert Zamawiający nie może tworzyć dodatkowych wymagań, nie określonych w SIWZ.” Zdaniem odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu, zamawiający oceniając złożoną ofertę, zastosował niedopuszczalną w świetle przytoczonego orzecznictwa, wykładnię warunku udziału w postępowaniu. Uznał bowiem, wbrew literalnemu brzmieniu SIWZ, że wykonawcy zobowiązani byli wskazać na stanowisko inżyniera dźwięku osobę legitymującą się wyższym wykształceniem. Zamawiający związany jest treścią SIWZ i nie może na etapie badania i oceny ofert dowolnie jej modyfikować.

Do postępowania odwoławczego pismem z dnia 1 września 2009 r. przystąpiło po stronie zamawiającego konsorcjum EKO - INWEST S.A. i Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o. o, ponawiając argumentację podaną w przystąpieniu do postępowania zainicjowanego protestem. Przystępujący zaprzeczył, aby przez wyjaśnienia do SIWZ, zamawiający dokonał modyfikacji spornego warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale III pkt 1 ppkt 1.3 lit. „d” SIWZ przez podział dotychczasowej funkcji inspektora robót telekomunikacyjnych na dwie nowe funkcje. Zdaniem przystępującego, pierwotny wymóg posiadania przez inspektora nadzoru robót telekomunikacyjnych wyższego wykształcenia, automatycznie rozciąga się na dwie osoby inspektora nadzoru i inżyniera dźwięku. Natomiast pod określeniem „Inżynier dźwięku” należy rozumieć osobę legitymującą się tytułem inżyniera uczelni wyższej technicznej z zakresu inżynierii dźwięku i nagłośnienia.

Przystępujący zarzucał, iż odwołujący nie oprotestował czynności wezwania go do uzupełnienia dokumentów, zatem nie może powoływać się na okoliczność, iż czynność ta była bezprzedmiotowa. Natomiast zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, został podniesiony po raz pierwszy w odwołaniu, a więc nie powinien zostać rozpoznany przez Izbę.



Kopia przystąpienia została przekazana odwołującemu przed otwarciem posiedzenia Izby.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 Pzp. Zgodnie z art. 183 Pzp, zamawiający rozstrzyga wszystkie protesty w terminie 10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu.

Izba postanowiła dopuścić przystępującego konsorcjum EKO - INWEST S.A. i Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o.o. do udziału w sprawie, z oznaczeniem tego przystąpienia po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami z dnia 13 maja 2009 r., protokołu postępowania, pisma z dnia 1 lipca 2009 r. o uzupełnienie dokumentów i udzielonej przez odwołującego odpowiedzi z dnia 6 lipca 2009 r., oferty odwołującego, pism stron oraz przystępującego, złożonych w postępowaniu protestacyjno – odwoławczym.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i przystępującego, przedstawione do protokołu rozprawy.

Według zgodnego oświadczenia stron, 60 dniowy okres związania ofertą, rozpoczęty w dniu 26 maja 2009 r., jeszcze nie upłynął wskutek jego zawieszenia, a oferta odwołującego pozostaje nadal zabezpieczona wadium.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak stanowi art. 191 ust. 3 Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Z protokołu postępowania wynika, że oferty złożyło 4 wykonawców

1. oferta konsorcjum firm: Portico Project Management Sp. z o.o. i Wspólnicy Spółka komandytowa oraz Biuro Obsługi Inwestycji Inwest - Wybrzeże Sp. z o. o. - odwołującego z ceną brutto 750 001,00 zł. (najkorzystniejsza):
2. oferta Konsorcjum: EKO - INWEST S.A. i Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycji Sp. z o. o. z ceną brutto 854 000,00 zł.:
3. oferta BUD-INWEST Sp. z o. o. z ceną brutto 896 700,00 zł.:
4. oferta Konsorcjum: GRONTMIJ POLSKA Sp. z o.o. i Grontmij Nederlanden BV z ceną brutto 1 281 000,00 zł.

Pismem z dnia 8 lipca 2009 r., przekazanym w dniu 9 lipca 2009 r. drogą faksową, zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania, że za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez konsorcjum firm: EKO-INWEST S.A. i Przedsiębiorstwa Obsługi

Inwestycji Sp. z o. o. oraz, że odwołujący został wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona.

Izba ustaliła, że jako warunki udziału w postępowaniu, zamawiający w rozdziale III pkt. 1 ppkt 1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podał: o udzielenie zamówienia, zgodnie z postanowieniami mogą ubiegać się wykonawcy spełniający m.in. następujące warunki udziału w postępowaniu: "dysponują osobami, które będą wykonywać zamówienie, należącymi do odpowiedniej izby samorządu zawodowego -dysponującymi aktualnym zaświadczeniem o przynależności do Izby Inżynierów Budownictwa, posiadającymi stosowne uprawnienia, do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie bez ograniczeń, wydane na podstawie rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U z 2006 r. Nr 83, poz. 578 ze zm.) lub równoważne uprawnienia wydane na podstawie przepisów obowiązujących przed wejściem w życie ww. rozporządzenia oraz wymagane doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu robót budowlanych:

lit. „d” Inspektor nadzoru robót telekomunikacyjnych: posiadający wykształcenie wyższe techniczne, uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń, doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami lub nadzorowaniu zrealizowanego nagłośnienia minimum dwóch widowisk dla minimum 400 osób, z przeznaczeniem dla koncertów muzycznych oraz co najmniej 5-letnim doświadczeniem zawodowym w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie.

Wykonawca zobowiązany był zgodnie z rozdziałem IV SIWZ złożyć według wzoru załącznika nr 4 do SIWZ, wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował i które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności, między innymi w odniesieniu do stanowiska inspektora robót telekomunikacyjnych, z podaniem imienia nazwiska, zakresu wykonywanych czynności, posiadanych kwalifikacji i wykształcenia, rodzaju uprawnień, doświadczenia (opisać zgodnie z wymaganiami rozdz. III pkt 1. ppkt 1.3 SIWZ. Wykonawcy byli zobowiązani złożyć kopie świadectw o nadaniu uprawnień budowlanych, zgodnie z punktem 10 rozdziału IV SIWZ.

Pismem z dnia 13 maja 2009 r. zamawiający przekazał wykonawcom odpowiedź na następujące pytanie "w odniesieniu do rozdziału III pkt. 1 ppkt 1.3 lit „d” SIWZ, określającego wymagania dla inspektora nadzoru robót teletechnicznych prosimy o informację czy Zamawiający akceptuje zatrudnienie na ww. stanowisko zamiast jednej, dwóch osób, mianowicie:

1. Inspektora nadzoru robót teletechnicznych, posiadającego wykształcenie wyższe techniczne, uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń oraz

co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, oraz

2. Inżyniera dźwięku, posiadającego doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami lub nadzorowaniu zrealizowanego nagłośnienia minimum dwóch widowni dla minimum 400 osób, z przeznaczeniem dla koncertów muzycznych.

W odpowiedzi z dnia 13 maja 2009 r. zamieszczonej na stronie internetowej zamawiającego, złożonej do akt sprawy przez odwołującego, zamawiający wskazał, że "akceptuje zatrudnienie na ww. stanowisko dwóch osób: Inspektora nadzoru robót teletechnicznych posiadającego uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń oraz Inżyniera dźwięku." Natomiast ta sama odpowiedź przesłana w aktach dokumentacji postępowania do Izby, ma treść:

"Zamawiający akceptuje możliwość pełnienia funkcji inspektora robót teletechnicznych przez dwie osoby: - Inspektora nadzoru robót teletechnicznych posiadającego uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń oraz co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz - Inżyniera dźwięku posiadającego doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami lub nadzorowaniu zrealizowanego nagłośnienia minimum dwóch widowni dla minimum 400 osób z przeznaczeniem dla koncertów muzycznych, o ile Wykonawca nie będzie dysponował osobą spełniającą określone wymagania Zamawiającego."

Na stronie 47 dokumentacji oferty odwołującego znajduje się wykaz osób, którymi wykonawca dysponuje lub będzie dysponował i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakres wykonywanych przez nich czynności. Na stanowisko inspektora robót telekomunikacyjnych, odwołujący przedstawił:

- w poz. 5 pana Bogusława J. – zakres czynności - inspektor robót telekomunikacyjnych; posiadane kwalifikacje i wykształcenie – inżynier z uprawnieniami budowlanymi w telekomunikacji do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą bez ograniczeń; rodzaj i numer uprawnień – budowlane w telekomunikacji bez ograniczeń 0706/97/U; doświadczenie – 12 lat pracy zawodowej w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie;

- w poz. 6 wykazu został podany p. Igor B. posiadane kwalifikacje i doświadczenie – specjalista ds. dźwięku: doświadczenie – prowadzenie prac montażowo – instalacyjnych

na obiektach wyposażonych w instalacje nagłośnieniowe.; rodzaj uprawnień – nie dotyczy; doświadczenie (rozdział III. pkt 1 ppkt 1.3 SIWZ): kierownik robót instalacyjnych:

- Multikino Szczecin - 10 sal, 3500 miejsc, dwie sale widowiskowe 488 i 515 miejsc;
- Multikino Gdańsk – montaż nagłośnienia koncertowo - widowiskowego na Sali premierowej, 795 miejsc,
- Jednostka Wojskowa Obuże – przestrzeń otwarta, plac widowiskowy na 6 000 miejsc.

Do oferty została dołączona decyzja nr 07606/07/U Głównego Inspektora Państwowej Inspekcji Telekomunikacyjnej i Pocztovej nadająca p. B. J. uprawnienia budowlane we wskazanym w wykazie zakresie oraz zaświadczenie, że wymieniony jest członkiem Pomorskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa. Odwołujący załączył także oświadczenia złożone przez p. Igora B., iż jako właściciel firmy SATLAND osobiście prowadził prace montażowo – instalacyjne na wszystkich obiektach, które jego firma wyposażyła w instalacje nagłośnieniowe, tj:

Multikino Gdańsk;

Multikino Szczecin;

Multikino Włocławek – 6 sal 2200 miejsc, sala premierowo widowiskowa 265 miejsc,

Jednostka Wojskowa Obuże;

Hotel Kozi Dwór – nagłośnienie dyskoteki, nagłośnienie sal konferencyjnych.

Pan Igor B. oświadczył, że osobiście zajmuje się również projektowaniem oraz wdrażaniem do produkcji systemów nagłośnienia scenicznego, a ponadto jego firma na stałe obsługuje firmy Technetkom Andrzej Miryn oraz AMB Group Polska pod względem wykonywania pomiarów akustycznych DSO, czasu pogłosu oraz zrozumiałości mowy STI na dużych obiektach handlowych oraz kinowo rozrywkowych w całej Polsce. Oświadczył, iż posiada własne laboratorium pomiarów akustycznych oraz profesjonalny sprzęt pomiarowy.

Ponadto zostały załączone referencje wystawione przez zlecających roboty – Multikino Grupa ITI z dnia 22 maja 2009 r., potwierdzające wykonanie robót wymienionych w oświadczeniu p. Igora Bobera, w sposób należyty, z wykazaniem się profesjonalizmem i wiedzą oraz doradztwem w sprawach związanych z nagłośnieniem wymienionych obiektów.

Zamawiający pismem z dnia 1 lipca 2009r., w oparciu o art. 26 ust 3 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i udokumentowania wykształcenia Inżyniera dźwięku p. Igora B., zamawiający wymagał uzupełnienia między innymi w zakresie: pkt 7 tegoż pisma, stwierdził, iż nie udokumentowano wykształcenia Inżyniera dźwięku pana Igora B.. W zakreślonym terminie, odwołujący udzielił odpowiedzi pismem z dnia 6 lipca 2009 r. stwierdzając iż przekazuje „uzupełnienie informacji o tzw. Inżynierze dźwięku, jako osoby uzupełniającej do

wskazanego przez Portico Inspektora nadzoru robót telekomunikacyjnych, załączył żądane dokumenty, tj. Świadectwo Dojrzałości Technikum Łączności w Gdańsku, dla wymienionej osoby. Jednocześnie odwołujący poinformował, że opis wymaganego doświadczenia p. Igora B. przedstawiony został na stronie 60 oferty.

Pismem z dnia 8 lipca 2009 r., doręczonym 9 lipca 2009 r. informującym wykonawców o wynikach postępowania, jednocześnie zamawiający powiadomił o wykluczeniu odwołującego wyjaśniając, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podał, że wymagał w SIWZ w rozdziale III pkt 1 ppkt 1.3 lit „d”: dysponowania Inspektorem nadzoru robót telekomunikacyjnych: posiadającym wykształcenie wyższe techniczne, uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń, doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami lub nadzorowaniu zrealizowanego nagłośnienia minimum dwóch widowni dla minimum 400 osób z przeznaczeniem dla koncertów muzycznych oraz co najmniej 5-letnim doświadczeniem zawodowym w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Jak również w odpowiedziach na pytania podał: "Zamawiający akceptuje możliwość pełnienia funkcji inspektora robót teletechnicznych przez dwie osoby: - Inspektora nadzoru robót teletechnicznych posiadającego uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń oraz co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz - Inżyniera dźwięku posiadającego doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami lub nadzorowaniu zrealizowanego nagłośnienia minimum dwóch widowni dla minimum 400 osób z przeznaczeniem dla koncertów muzycznych, o ile Wykonawca nie będzie dysponował osobą spełniającą określone wymagania Zamawiającego." Wykonawca, (tj. odwołujący) w ofercie oraz jej uzupełnieniu przedstawił osoby, z których jedna legitymuje się średnim wykształceniem. Nie spełnia zatem wymagań zawartych w SIWZ. Zgodnie z art. 24 ust 4 oferta ww. Wykonawcy została odrzucona."

Do protestu odwołujący załączył dokumenty potwierdzające, że dysponował w dacie sporządzenia oferty inną osobą niż pierwotnie wskazaną do sprawowania nadzoru nad wykonywaniem prac nagłośnienia obiektu, o wymaganym doświadczeniu zawodowym oraz posiadającym wyższe wykształcenie tj. wskazał p. Piotra T.

Izba zważyła co następuje.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako jedyne kryterium oceny ofert, zamawiający ustanowił cenę oferty. Z powyższego wynika, że w sytuacji, gdyby zamawiający

nie wykluczył odwołującego z postępowania, a w następstwie wykluczenia nie odrzucił jego oferty, oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Stanowi to wystarczające uzasadnienie dla wykazywania przez odwołującego uszczerbku interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, skoro kwestionował on zasadność podjętych przez zamawiającego czynności wobec złożonej oferty. Następstwem dokonania wyboru oferty nie będącej najkorzystniejszą, jest naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp oraz naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, jak również uchybienie nakazowi prowadzenia postępowania w sposób zgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba odnosi się do zaskarżanej czynności zamawiającego, a nie przywołanej podstawy, gdyż protest, zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp, wnosi się wobec czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołanie zaś Izba rozpoznaje w granicach zgłoszonych zarzutów protestu zgodnie z art. 191 ust. 3 Pzp. Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego, iż protest dotyczył jedynie wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, a czynność wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum firm: EKO INWEST SA i Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycji Sp. z o.o. nie została objęta protestem i z tych względów nabrała charakteru ostatecznego, z czego zamawiający wywodził, iż odwołujący nie był osobą uprawnioną do wniesienia protestu w rozumieniu przepisów art. 180 ust. 7 Pzp.

Z treści protestu wynika wprost, że odwołujący kwestionował dokonany wybór ww. oferty, stwierdzając, że nie jest ona najkorzystniejsza w oparciu o ustalone kryterium ceny, albowiem najkorzystniejszą ofertę złożył sam odwołujący, a czynność odrzucenia jego oferty nie znajduje uzasadnienia. Z powyższego wynika, że odwołujący objął protestem zarówno czynność wykluczenia go z postępowania i odrzucenia złożonej oferty jak i czynność wyboru najkorzystniejszej oferty konsorcjum EKO INWEST SA i Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycji Sp. z o.o., która w przypadku wykazania, że odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu, winna zostać unieważniona, a w wyniku ponownej oceny ofert, do realizacji zamówienia powinna zostać wybrana oferta z najniższą ceną spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Stosownie do postanowień art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp, zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w SIWZ opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków oraz wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału. W trybie art. 38 ust. 1 i 2 Pzp, zamawiający zobowiązany jest udzielać wyjaśnień na zapytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, których treść udostępniana jest między innymi na stronie internetowej. Ocena materiału dowodowego postanowień rozdziału III pkt 1 ppkt 1.3 lit. „d” SIWZ oraz udzielonych przez zamawiającego wyjaśnień pismem z dnia 13 maja 2009 r., prowadzi do wniosku, że zamawiający wymagał wskazania:

1. na stanowisko inspektora nadzoru robót telekomunikacyjnych - osoby z wyższym wykształceniem teletechnicznym, z uprawnieniami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń, doświadczenia zawodowego w kierowaniu robotami lub nadzorowaniu zrealizowanego nagłośnienia minimum dwóch widowisk dla minimum 400 osób z przeznaczeniem dla koncertów muzycznych oraz co najmniej 5 – letniego doświadczenia zawodowego w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, a w sytuacji gdy wykonawca nie będzie dysponował osobą inspektora nadzoru spełniającego łącznie postawione wymagania, zamawiający uzupełniająco obok osoby wskazanej na wymienione stanowisko i posiadającej wyższe wykształcenie techniczne oraz uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń, a także co najmniej 5 - letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, dopuścić:
2. Inżyniera dźwięku - osobę posiadającą doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami lub nadzorowaniu zrealizowanego nagłośnienia minimum dwóch widowisk dla minimum 400 osób z przeznaczeniem dla koncertów muzycznych.

Zamawiający wprost w wymienionych wyjaśnieniach podał, że akceptuje pełnienie funkcji inspektora robót teletechnicznych przez dwie osoby.

Zamawiający podkreślał, iż nie zmodyfikował SIWZ, która w odniesieniu do określenia warunków udziału w postępowaniu, wymagałaby zmiany ogłoszenia o zamówieniu, jak stanowi art. 12a ust. 2 Pzp. Zmiana warunków udziału w postępowaniu, wbrew wymaganiom ustawowym, prowadziłaby do istotnej wady postępowania. Z tych względów, Izba uznała, iż zakres i opis wymagań, odnoszących się do stanowiska inspektora robót telekomunikacyjnych, nie uległ żadnej zmianie, w związku z udzielonymi wyjaśnieniami, poza tym, iż zamawiający dopuścił, aby postawione wymagania spełniały w sposób łączny dwie osoby, a nie każda z nich odrębnie, tak co do wykształcenia i doświadczenia, gdyż w przeciwnym wypadku byłaby to ewidentna zmiana warunków udziału, przez rozdzielenie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, na nadzór z zakresu robót teletechnicznych i nadzór z zakresu robót nagłośnienia obiektu. Funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego z zakresu robót telekomunikacyjnych, w skład których zamawiający zaliczył nagłośnienie obiektu, będzie nadal sprawowała osoba wskazana na to stanowisko, posiadająca wyższe wykształcenie techniczne.

Należy zauważyć, że zamawiający nie określił oddzielnie jakim wykształceniem ma się legitymować osoba nazwana „Inżynierem dźwięku.” Z faktu, że zamawiający użył określenia „Inżynier” dla wymienionej funkcji, nie wynika, iż postawił wymagania, aby osoba taka legitymowała się wyższym wykształceniem w danej specjalności. Zamawiający wprost wymagał tylko, aby osoba na stanowisku „Inżyniera dźwięku” posiadała doświadczenie

zawodowe w kierowaniu robotami lub nadzorowaniu zrealizowanego nagłośnienia minimum dwóch widowni dla minimum 400 osób z przeznaczeniem dla koncertów muzycznych. Z samego określenia danej funkcji „Inżynier dźwięku” nie można wywodzić, iż do sprawowania nadzoru nad robotami z zakresu nagłośnienia obiektu przeznaczonego do koncertów muzycznych, była wymagana osoba z wyższym wykształceniem. Trafnie odwołujący podnosił, iż w postępowaniach na roboty budowlane występuje np. funkcja „Inżyniera kontraktu,” która często jest pełniona przez osoby prawne. Faktem jest, że kierunki studiów Elektronika i Telekomunikacja, mogą obejmować specjalność „Inżynieria dźwięku,” jednak jak wynika z przepisów rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z 19 grudnia 2008 r. w sprawie rodzajów tytułów zawodowych nadawanych absolwentom studiów i wzorów dyplomów oraz świadectw wydawanych przez uczelnie (Dz. U. z 2009 r. Nr 11, poz. 61) oraz rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 8 grudnia 2004 r. w sprawie klasyfikacji zawodów i specjalności dla potrzeb rynku pracy oraz zakresu jej stosowania (Dz. U. Nr 265, poz. 2644), w wymienionych klasyfikacjach wprost „Inżynier dźwięku” nie został wymieniony. Zamawiający nie zmienił też punktu 10 w rozdziale IV SIWZ, gdzie wymagał jedynie dokumentów potwierdzających doświadczenie i kwalifikacje osób wskazanych do realizacji zamówienia, w postaci kopii świadectw potwierdzających nadane uprawnienia budowlane oraz przynależności do samorządu zawodowego, wyłącznie dla inspektorów nadzoru w branżach: budowlanej, sanitarnej oraz elektrycznej (nawet bez branży telekomunikacyjnej). Z kolei rozporządzenie 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 ze zm.) w § 1 ust. 2 pkt 5 i 6 upoważnia zamawiającego, jedynie do żądania wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności. Zamawiający może wymagać dokumentów, potwierdzających posiadanie wymaganych uprawnień, jeżeli obowiązek taki wynika z przepisów odrębnych. Katalog dokumentów, określonych powołanym przepisem, na potwierdzenie spełnienia wymagań podmiotowych jest zamknięty, zatem zamawiający nie był uprawniony do żądania jakichkolwiek innych dokumentów, których nie wymienia cytowane rozporządzenie (np. odpisów dyplomów studiów wyższych). Z tych względów wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów z dnia 1 lipca 2009 r. z uzasadnieniem, że nie udokumentowano wykształcenia Inżyniera dźwięku p. Igora B. (wymienione dokumenty należy złożyć/prześłać na adres zamawiającego), Izba uznała za całkowicie bezpodstawne. Jak wynika z przepisów art. 14 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 118 ze zm.) uprawnienia budowlane w specjalności „Inżynierii dźwięku” nie są



nadawane. Uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń, zgodnie z § 22 ust. 1 rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 83, poz. 578 ze zm.) uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną, w odniesieniu do obiektu budowlanego, takiego jak: lokalne linie i instalacje, zatem nie mówią wprost o instalacji nagłośnienia sal koncertowych. Izba stwierdza, że w świetle postawionych wymagań, w odniesieniu do inspektora nadzoru robót telekomunikacyjnych także w zakresie nagłośnienia obiektu, odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu oraz załączył do oferty wymagane dokumenty. Świadczy o tym wykaz potencjału kadrowego, wg załącznika nr 4 do SIWZ (str. 47), decyzja o nadaniu uprawnień budowlanych dla p. Bogusława J. (str. 58), zaświadczenie o przynależności do samorządu zawodowego (str. 59), oświadczenie p. Igora Bobera z wymienieniem obiektów, gdzie pełnił funkcję kierownika robót instalacyjnych systemów nagłośnienia scenicznego (str. 60), referencje udzielone przez zlecających wymienione roboty. Przedstawiony wykaz obejmuje uczestniczenie w pracach przy nagłośnieniu więcej niż 2 obiektów widowni dla powyżej 400 osób. Odwołujący udzielił żądanej odpowiedzi na pismo z dnia 1 lipca 2009 r. i podał, że p. Igor B. posiada wykształcenie średnie, przy wyjaśnieniu załączył świadectwo ukończenia Technikum Łączności w Gdańsku przez wymienioną osobę. Izba stwierdza, że odwołujący spełnił stawiane wymagania w zakresie udziału w przedmiotowym postępowaniu. Złożył też wymagane dokumenty, na potwierdzenie złożonych oświadczeń – wykaz osób według załącznika nr 4 do SIWZ. Zamawiający nie postawił wprost warunku, aby tzw. „Inżynier dźwięku” posiadał wyższe wykształcenie. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że zamawiający nie był uprawniony na etapie oceny ofert, stawiać nowych wymagań, których nie zawarł w SIWZ. Wykaz dokumentów, określony w rozdziale IV pkt 10 SIWZ, pozostał niezmienny, a w związku z udzielonym wyjaśnieniem z dnia 13 maja 2009 r. zamawiający nie dokonywał żadnych zmian w ogłoszeniu o zamówieniu ani nie dokonywał modyfikacji SIWZ w trybie art. 38 ust. 4 i ust 4a Pzp. Modyfikacje specyfikacji istotnych warunków zamówienia mogą być dokonywane przed terminem składania ofert, a jeżeli prowadzą do zmiany ogłoszenia w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu, czy sposobu oceny ich spełnienia, wymagana jest także zmiana samej treści ogłoszenia o zamówieniu. Złożenie świadectwa potwierdzającego wykształcenie wyższe osoby dodatkowej, wskazanej do realizacji zamówienia w zakresie nadzorowania robót nagłośnienia obiektu, nie było wymagane i brak było podstaw do żądania takiego dokumentu. W odniesieniu do wymienionej funkcji, zamawiający nie wymagał wyższego wykształcenia. Jedynym wymogiem było doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami lub nadzorowaniu zrealizowanego nagłośnienia nie mniej niż 2 obiektów widowni na minimum 400 osób, które

to wymaganie zostało spełnione wskutek wskazania osoby p. Igora B. wraz z udokumentowaniem jego doświadczenia zawodowego. Warunki udziału w postępowaniu sposób oceny ich spełnienia, wymagane dokumenty muszą być sformułowane w sposób jasny, precyzyjny, aby wykonawca był zdolny złożyć ofertę spełniającą oczekiwania i właściwie ocenić własne szanse na udział w postępowaniu. Doprecyzowywanie, tak jak uczynił to zamawiający, wymaganego doświadczenia wykonawców oraz żądanych dokumentów na etapie oceny ofert, w sposób rozszerzający stawiane wymagania, nie może znaleźć aprobaty. Należy mieć na uwadze, że odwołujący przedstawił dowody, iż był zdolny spełnić warunek przedstawienia na stanowisko „Inżyniera dźwięku” osoby z wyższym wykształceniem p. Piotra T., gdyby warunek taki został prawidłowo postawiony w ogłoszeniu oraz w SIWZ, w terminie przed składaniem ofert. Izba wzięła także pod uwagę, że wyjaśnienia, na które odwołujący powoływał się zarówno w proteście jak i w odwołaniu były jeszcze bardziej lakoniczne, niż zawarte w piśmie 13 maja 2009 r., przedstawionym do akt postępowania. W piśmie z dnia 8 lipca 2009 r. o wykluczeniu odwołującego, zamawiający przytoczył jedynie uzasadnienie tej czynności, nie powołał się, że cytuje treść wcześniej udzielonych wyjaśnień.

Postępowanie dowodowe potwierdziło trafność stawianych zamawiającemu zarzutów, że wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp nie znajdowało uzasadnienia, a co za tym idzie oferta odwołującego została odrzucona bezpodstawnie. Interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia niewątpliwie doznał uszczerbku, skoro złożył on najkorzystniejszą ofertę w jedynym kryterium ceny, a spełniając postawione warunki udziału miał prawo oczekiwać wyboru swojej oferty do realizacji zamówienia.

Izba stwierdziła, iż zamawiający naruszył wskazane przepisy art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp wskutek bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty, która nie była najkorzystniejsza w oparciu o ustalone kryterium ceny. W następstwie zamawiający naruszył także art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych, wskutek nierównego traktowania wykonawców i nie respektowania zasady prowadzenia postępowania zgodnie z przepisami tej ustawy.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a Pzp oraz nakazała jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Z tytułu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, Izba orzekła na rzecz odwołującego kwotę 3600,00 zł., na podstawie złożonego rachunku, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2b 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 pobierania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.)

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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:**

.....

.....