

Sygn. akt: KIO 1329/10

WYROK
z dnia 14 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Mateusz Michalec

w sprawie wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2010 r. przez **Energopol-Szczecin S.A., 70-646 Szczecin, ul. Św. Floriana 9/13** odwołania, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasto Szczecin – Urząd Miasta Szczecin, 70-456 Szczecin, Pl. Armii Krajowej 1**

przy udziale wykonawcy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego **Polimex-Mostostal S.A., 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie z postępowania Polimex-Mostostal S.A., 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17 i dokonanie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Szczecin – Urząd Miasta Szczecin, 70-456 Szczecin, Pl. Armii Krajowej 1 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 **Energopol-**

Szczecin S.A., 70-646 Szczecin, ul. Św. Floriana 9/13, tytułem kosztów postępowania odwoławczego,

2) zasądza od **Gminy Miasto Szczecin – Urząd Miasta Szczecin, 70-456 Szczecin, Pl. Armii Krajowej 1** na rzecz **Energopol-Szczecin S.A., 70-646 Szczecin, ul. Św. Floriana 9/13** koszty poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości **23 600 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

3. 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 w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Gminę Miasto Szczecin w trybie przetargu nieograniczonego na budowę obwodnicy śródmieścia Szczecin – etap V – budowa ulicy od ul. Duńskiej – Krasińskiego do ul. Arkońskiej (2010/S 48-070378), wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Polimex-Mostostal S.A., w dniu 28 czerwca 2010 r. wykonawca Energopol – Szczecin S.A. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 25 czerwca 2010r. O czynności zamawiającego odwołujący został powiadomiony w dniu 18 czerwca 2010 r. na podstawie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej przesłanej faksem.

W odwołaniu odwołujący wskazał na naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Polimex-Mostostal S.A. i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odwołujący zakwestionował decyzję zamawiającego o uznaniu za spełniające warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko *Kierownika robót sanitarnych*. Wskazana przez wykonawcę osoba nie posiada wymaganych uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w zakresie sieci gazowych, które nie zostały stwierdzone w decyzji administracyjnej wydanej na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. Zakres uprawnień obejmował wyłącznie „sieci wodociągowe, kanalizacyjne i ciepłe uzbrojenia terenu” i w takim zakresie zostały one zachowane po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Odwołujący powołał się na orzeczenie KIO z dnia 26 maja 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 448/08, w którym Izba stwierdziła, iż uprawnienia tego rodzaju nie obejmują sieci gazowych. Pomimo, iż wyrok dotyczył uprawnień z zakresu instalacji gazowych, a nie sieci, to zdaniem odwołującego potwierdza on jego stanowisko, gdyż zarówno w odniesieniu do uprawnień opisanych w par. 13 ust. 1 pkt 4 lit a i b rozporządzenie MGTiOŚ z 1975 r., aż do 13 stycznia 1989 r. nie przewidywało uprawnień ani w zakresie sieci ani w zakresie instalacji gazowych. W związku z nowelizacją rozporządzenia, rozszerzającą zakres przedmiotowy uprawnień, wymagane było uzyskanie nowych uprawnień do kierowania robotami budowlanymi na rozszerzony zakres – w tym przypadku o sieci gazowe. Ponieważ wykonawca był wzywany do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko *Kierownika robót sanitarnych*, w odpowiedzi na które złożył jedynie wyjaśnienia, brak ich uzupełnienia powodował konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania, gdyż wykonawca nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w

rodz. V pkt 2 ppkt 3 lit e siwz. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Izby oraz wykładnię celowościową art. 26 ust. 3 ustawy, potwierdzające możliwość jedynie jednokrotnego wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy w odniesieniu do tego samego dokumentu.

Niezależnie od powyższej podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania, odwołujący wskazał na wyjaśnienia wykonawcy zawarte w odpowiedzi z dnia 7 czerwca 2010 r. zawierające nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania i dotyczące uprawnień budowlanych wydanych na podstawie rozporządzenia MGTiOŚ z 1975 r. Twierdzenia wykonawcy o zbieżności zakresu uprawnień z żądanymi przez zamawiającego, jako nieprawdziwe wprowadziły zamawiającego w błąd i powinny prowadzić do wykluczenia Polimex-Mostostal S.A. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Odwołujący zakwestionował również doświadczenie wykonawcy, jakim miał się wykazać zgodnie z rozdziałem V pkt 2 ppkt 2 lit. b siwz. w którym zamawiający wymagał realizacji minimum jednej pracy polegającej na budowie i przebudowie drogowej obiektu inżynierskiego (wiaduktu, mostu, tunelu) o wartości nie mniejszej niż 5 mln zł. Zdaniem odwołującego podana wartość winna odnosić się do drogowego obiektu inżynierskiego, a nie do całości inwestycji, w ramach której budowano bądź przebudowano drogowy obiekt inżynierski. Z załączonych do oferty dokumentów potwierdzających należyte wykonanie inwestycji wskazanej w pozycji 3 załącznika nr 4 do siwz i dotyczącej „Przebudowy wiaduktu drogowego w ciągu ulicy Żelaznej nad torami linii średnicowej PKP i WKD w Warszawie” o wartości wykonanych prac brutto 10 350 013,12 PLN, nie wynika wartość budowanego wiaduktu drogowego ani jaka była wartość infrastruktury budowanej bądź przebudowanej w ramach owej inwestycji.

W ocenie odwołującego, oferta Polimex-Mostostal S.A. jest niezgodna z treścią siwz i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zamawiający wymagał, aby roboty w zakresie nasadzania zieleni były wykonywane przez firmę specjalistyczną w zakresie terenów zielni, posiadającą kadrę z wykształceniem ogrodniczym, architektury krajobrazu lub po specjalistycznych szkoleniach itp., co nie znalazło potwierdzenia w treści oferty. Wykonawca nie wskazał w pkt 6 formularza oferty robót w zakresie zieleni, jako realizowanych w z udziałem podwykonawców. Oznacza to, iż Polimer-Mostostal S.A. zamierza wykonać te roboty w inny sposób niż określił to zamawiający.

Wobec powyższego, odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie zamawiającemu ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert, wykluczenie z postępowania Polimex-Mostostal S.A. i odrzucenie tej oferty i dokonanie wyboru oferty odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił w dniu 1 lipca 2010 r. wykonawca Polimex-Mostostal S.A. wnosząc o jego oddalenie. Przystępujący powołał się na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 11 października 2007 r. (VII SA/Wa 1192/07), w którym sąd stwierdził, że zakres posiadanych uprawnień do wykonywania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie należy odczytywać zgodnie z treścią decyzji o ich nadaniu i w oparciu o przepisy będące podstawą do ich nadania. Skoro jednak przepisy te uległy zmianie, to osoby, które uzyskały stwierdzenie przygotowania do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, mogą pełnić te funkcje w zakresie określonym rozporządzeniem zmieniającym. W przypadku uprawnień osoby wskazanej na stanowisko *Kierownika robót sanitarnych*, zostały one zdefiniowane w oparciu o przepisy obowiązującego w dacie ich wydania, tj. 04.10.1983 r., rozporządzeniem MGTiOŚ z dnia 20 lutego 1975 r. Z wejściem w życie rozporządzenia MGPIB z 20.12.1988 r., zakres uprawnień został rozszerzony o sieci gazowe. Wprowadzenie w życie nowej definicji uprawnień budowlanych stanowi działanie retrospektywne prawa, gdyż dotyczy zdarzenia ciągłego, powstałego pod rządami dawnego prawa trwającego dalej po wejściu w życie nowych regulacji (uchwała NSA z 10.04.2006 r. I OPS 1/06). Ponadto, powoływany przez odwołującego przepis art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, stwierdzający zachowanie uprawnień budowlanych lub stwierdzenia przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie, w dotychczasowym zakresie, dotyczy w przedmiotowym zakresie uprawnień budowlanych obejmujących, zgodnie z nową definicją wynikającą z rozporządzenia MGPIB obowiązującego od 13 stycznia 1989 r., prawo do kierowania robotami budowlanymi w zakresie sieci gazowych. Przystępujący powołał się również na wyjaśnienia Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa dotyczące między innymi uprawnień do wykonywania samodzielnej funkcji projektanta oraz kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie sieci i instalacji sanitarnych, z których nie wynika rozgraniczenie na uprawnienia potwierdzone decyzjami wydanymi przed dniem wejścia w życie nowelizacji z dnia 20 grudnia 1988 r. i po tym dniu. W oparciu o powyższe, nie ma podstaw do formułowania zarzutu podania nieprawdziwych informacji dotyczących uprawnień *Kierownika robót sanitarnych*, które ewentualnie mogą prowadzić do wniosku, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Przystępujący zaprzeczył, jakoby treść referencji nie wskazująca na wartość budowanego wiaduktu drogowego, mogła stanowić podstawę do kwestionowania doświadczenia wykonawcy, którego potwierdzeniem jest wykaz i zawarte w nim informacje. Fakt pominięcia w formularzu ofertowym wśród robót przewidzianych do podwykonawstwa robót w zakresie zieleni nie dotyczy merytorycznej niezgodności treści oferty z treścią siwz. może to jedynie prowadzić do stwierdzenia rozbieżności dotyczącej określenia sposobu wykonania robót w zakresie nasadzenia zieleni. Przystępujący uznała za nieuzasadniony

wniosek odwołującego, iż nie zamierza on powierzyć wykonania robót związanych z nasadzeniem zieleni podmiotowi wyspecjalizowanemu i w tym zakresie dopuścił możliwość poprawienia oczywistej omyłki w swojej ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

W dniu 9 lipca 2010 r. zamawiający złożył do Krajowej Izby Odwoławczej na piśmie odpowiedź na odwołanie, w którym wnosił o oddalenie odwołania. Zamawiający uznał wyjaśnienia Polimex-Mostostal S.A. zawarte w piśmie z dnia 7 czerwca 2010 r., dotyczące zakresu uprawnień osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robót sanitarnych, za wystarczające i przyjął interpretację zakresu uprawnień korzystną dla wykonawcy, opartą na zmienionym zapisie § 13 ust. 1 pkt 4 lit. a rozporządzenia MGTiOŚ z dnia 20 lutego 1975 r. Zamawiający uznał, iż wykonawca wybrany posiada wymagane doświadczenie i spełnia warunek udziału w postępowaniu opisany w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2 siwz, co potwierdzały prace wskazane w „Wykazie prac podobnych” i potwierdzone załączonymi referencjami. Fakt pominięcia w formularzu oferty robót w zakresie zieleni przewidzianych do podwykonawstwa zamawiający nie oceniał, jako merytoryczną niezgodność oferty z treścią siwz. Zamawiający będzie wymagał wskazania firmy specjalistycznej w zakresie terenów zieleni przed przystąpieniem do robót, zgodnie z zapisami siwz.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie, kierując się okolicznościami ustalonymi w toku rozprawy na podstawie dokumentacji postępowania, a także stanowiskami stron i uczestnika postępowania złożonymi w pismach i ustnie na rozprawie do protokołu.

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne jego rozpoznanie, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy PrZamPubl, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, określone w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl. W obecnym kształcie przepis art. 179 ust. 1 ustawy nie zawęża rozumienia pojęcia wyłącznie do interesu „prawnego”, a więc interesu obiektywnego, tj. ocenianego wyłącznie w oparciu o normę prawną, a nie

istniejącego wyłącznie w subiektywnym odczuciu odwołującego (SO w Rzeszowie VI Ca 38;37;32/09 z 24.06.2009). Obecnie interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć szerzej, tj. jako interes faktyczny danego wykonawcy istniejący w danych okolicznościach faktycznych, a nie tylko prawnych. W przedmiotowym postępowaniu oferta odwołującego została oceniona jako druga po ofercie wybranej, według kryterium wyboru – ceny, co w przypadku potwierdzenia się zarzutów względem oferty najkorzystniejszej, wskazywałoby na realną możliwość uzyskania zamówienia przez odwołującego. W tych okolicznościach, czynność zamawiającego niweczyła szansę odwołującego na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, prowadząc tym samym do utraty spodziewanych korzyści, jakie niosłoby dla wykonawcy wykonanie umowy.

Przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, w świetle stawianych zarzutów, było ustalenie, czy w okolicznościach faktycznych sprawy, wybór przez zamawiającego, jako najkorzystniejszej oferty Polimex-Mostostal S.A. dokonany został w sposób zgodny z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie naruszał przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Uchybienia, na jakie wskazywał odwołujący dotyczyły oceny zakresu uprawnień osoby wskazanej na stanowisko *Kierownika robót sanitarnych*, oceny doświadczenia wykonawcy w realizacji prac podobnych, oraz sposobu wykonania nasadzenia zieleni.

W oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokumentów złożonych wraz ofertą, jak również wyjaśnień wykonawcy złożonych w piśmie z dnia 7 czerwca 2010 r., Izba uznała, iż w części zarzuty potwierdziły się.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Polimex-Mostostal S.A. Swoje stanowisko Izba wywodzi z ustalenia, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zgodnie z rozdziałem V pkt 2 ppkt 3 lit. e) siwz, wykonawca wykazać miał, że dysponuje lub będzie dysponował między innymi jedną osobą na stanowisko *Kierownika robót sanitarnych*, która powinna posiadać wyższe wykształcenie, uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w zakresie sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych, ciepłych bez ograniczeń; przynależność do właściwej izby samorządu zawodowego. Polimex-Mostostal S.A. wskazała na to stanowisko swojego pracownika posiadającego decyzje o stwierdzeniu przygotowania zawodowego uprawniające do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie sieci sanitarnych (decyzja nr 1993/Lb/83 z dnia 04.10.1983r.) oraz w zakresie instalacji sanitarnych (decyzja nr 1825/Lb/92 z dnia 09.06.1992 r.). W toku badania i

oceny ofert zamawiający pismem z dnia 31 maja 2010 r. (BZP/S/MW/341/805/10) zwrócił się do wykonawcy Polimex-Mostostal S.A. o uzupełnienie między innymi dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale V pkt 2 ppkt 3 lit. e siwz. Dokument złożony w ofercie nie potwierdzał zakresu uprawnień osoby wskazana na stanowisko *Kierownika robót sanitarnych*, obejmującego uprawnienie do kierowania robotami budowlanymi w zakresie sieci gazowych. W odpowiedzi, wykonawca pismem z dnia 7 czerwca 2010 r. powołał się na treść par. 13 ust. 1 pkt 4 lit a i b Rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, na podstawie którego wydane zostały uprawnienia budowlane.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz treścią rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009r., Nr 226, poz. 1817), podstawę potwierdzenia przez wykonawcę dysponowania osobami posiadającymi uprawnienia niezbędne do wykonania zamówienia, stanowiły: wykaz osób sporządzony według załącznika nr 5 do siwz oraz oświadczenie wykonawcy potwierdzające, że osoby wymienione w wykazie osób posiadają wymagane uprawnienia, stanowiące załącznik nr 6 do siwz (Rozdział V pkt 3 ppkt 3 i 4 siwz). Wykonawca Polimex-Mostostal S.A. poza wymienionymi dokumentami załączył do oferty kopie uprawnień osób wskazane w wykazie. W odniesieniu do osoby mającej pełnić funkcję *Kierownika robót sanitarnych*, w wykazie wykonawca w kolumnie dotyczącej posiadanych uprawnień wskazała na dwie decyzje podając ich zakres oraz numery (str. 41 oferty). Na stronach od 55 do 58 oferty znajdują się kopie tych uprawnień potwierdzone za zgodność z oryginałem. Obie decyzje wydane zostały na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. Zgodnie z opisem warunku, wskazującego na uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi obejmującymi sieci, dla oceny jego spełniania znaczenie miała decyzja z 04.10.1983 r. nr 1993/Lb/83, dotycząca sieci sanitarnych. Zgodnie z rozporządzeniem MGTiOŚ z dnia 20.02.1975 r., w dacie wydania decyzji o stwierdzeniu przygotowania zawodowego, upoważnienie do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie sieci obejmowało sieci wodociągowe, kanalizacyjne i ciepłe uzbrojenia terenu (par. 13 ust. 1 pkt 4 lit. a). Nie obejmowały one zatem sieci gazowych uzbrojenia terenu. Dopiero rozporządzeniem Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 20 grudnia 1988 r., zmieniającym rozporządzenie MGTiOŚ z dnia 20.02.1975 r., uprawnieniami w zakresie sieci objęto sieci wodociągowe, kanalizacyjne, gazowe i ciepłe uzbrojenia terenu. Na taką treść rozporządzenia powoływał się Polimex-Mostostal S.A. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego.

Izba uznała, iż sposób interpretacji zakresu uprawnień – decyzji o stwierdzeniu przygotowania zawodowego Nr 1993/Lb/83, jaki prezentował zamawiający i przystępujący, nie znajduje uzasadnienia, gdyż wykracza poza treść rozporządzenia na podstawie, którego uprawnienia zostały stwierdzone, w jego brzmieniu obowiązującym w dacie ich wydania, tj. 4 października 1983 r. Zgodnie z par. 13 ust. 3 wskazanego rozporządzenia z dnia 20 lutego 1975 r. jedynie zakłady pracy zatrudniające osoby podejmujące się pełnienia samodzielnych funkcji nie wymienionych bądź w specjalnościach techniczno budowlanych innych niż wymienione w ust. 1, były uprawnione do stwierdzenia przygotowania zawodowego. Zgodnie z par. 2 rozporządzenia MGPIB z 20.12.1988 r. (zmieniającego rozporządzenie MGTiOŚ z 20.02.1975r.), osoby, które przed dniem wejścia w życie rozporządzenia zmieniającego pełniły samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w zakresie sieci gazowych i elektrycznych na podstawie stwierdzenia posiadania przygotowania zawodowego, dokonanego przez zakład pracy, zachowały prawo do ich pełnienia w tych zakładach przez 6 miesięcy od dnia wejścia w życie rozporządzenia. Zapis ten wskazuje, iż decyzja o stwierdzeniu przygotowania zawodowego nie obejmowała upoważnienia do kierowania robotami budowlanymi w zakresie sieci gazowych. Znajduje to także potwierdzenie w dalszej treści decyzji, w której na drugiej stronie sprecyzowano zakres uprawnień podając, że obejmują one kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie budowy i robót, kierowanie i kontrolowanie wytwarzania konstrukcyjnych elementów sieci oraz ocenianie i badanie stanu technicznego w zakresie sieci wodociągowych, kanalizacyjnych i ciepłych uzbrojenia terenu. Izba zwraca szczególną uwagę na fakt, iż par 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie dawał możliwość organowi wydawania decyzji w zakresie objętym wąską specjalizacją zawodową, w przypadku, gdy osoba ubiegająca się o uprawnienia budowlane odbyła praktykę zawodową wyłącznie w zakresie tej specjalizacji. Wynika z tego, że precyzyjne ustalenie zakresu uprawnień jest możliwe wyłącznie na podstawie zapisów zawartych w decyzji o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Ustalenia Izby nie mogły podważać złożone na rozprawie pisma Okręgowych Izb Inżynierów Budownictwa, które nie dotyczyły ocenianych uprawnień Nr 1993/Lb/83, stanowiących decyzje indywidualną wydaną dla konkretnej osoby. Izba nie przyjęła, jako dowodu w sprawie pisma z 9 lipca 2010 r. Lubelskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa złożonego w formie faksu. Ponadto, w ocenie Izby pismo to nie nosi znamion pisma urzędowego, z którym można byłoby wiązać skutki prawne w postaci przyjęcia, iż wskazuje ono na wiążącą treść decyzji stwierdzającej przygotowanie zawodowe z zakresu sieci sanitarnych.

W związku z powyższym Izba uznała, iż dokumenty załączone do oferty nie potwierdzały wymaganych przez zamawiającego kwalifikacji osoby wskazanej na stanowisko

Kierownika robót sanitarnych. Wprawdzie wykonawca złożył oświadczenie, w którym potwierdził, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (wymienione w załączniku nr 5 do siwz), posiadają wymagane uprawnienia (str. 81 oferty), to jednak przy ocenie tego oświadczenia nie można było pominąć zakresu uprawnień, jakimi legitymuje się osoba wskazana w wykazie. Obecnie zamawiający nie jest uprawniony do żądania złożenia w ofercie dokumentów potwierdzających uprawnienia osób, jakie mają realizować zamówienie, to jednak nie pozbawia to możliwości podważenia za pomocą tych dokumentów treści złożonego oświadczenia. W ocenie Izby, decyzja o stwierdzeniu przygotowania zawodowego z 4.10.1983 r., stała w sprzeczności z oświadczeniem wykonawcy, czyniąc go nieskutecznym dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Treść oświadczenia wykonawcy, po zapoznaniu się z kopiami uprawnień budziła wątpliwości zamawiającego, który zwrócił się w trybie art. 26 ust. 3 ustawy o uzupełnienie dokumentów, a w przypadku braku możliwości ich uzupełnienia dokumentów do wskazania nowej osoby na stanowisko. W odpowiedzi, wykonawca osoby takiej nie przedstawił, jak również nie uzupełnił dokumentów. W tej sytuacji zamawiający zobowiązany był wykluczyć Polimex-Mostostal z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż złożone oświadczenie nie potwierdzało spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Na tej podstawie Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy zasługiwał na uwzględnienie.

W zakresie pozostałych zarzutów Izba oddaliła odwołanie.

Nie znalazł uznania Izby zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy nakładający obowiązek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Odwołując za nieprawdziwe i wprowadzające w błąd zamawiającego uznał informacje zawarte w wyjaśnieniach Polimexu-Mostostal z dnia 7 czerwca 2010 r. Faktycznie, wyjaśnienia dotyczące pierwszego zapytania sprowadzały się do przytoczenia treści rozporządzenia z dnia 20 lutego 1975 r., w brzmieniu zmienionym i nie zawierały żadnych dodatkowych twierdzeń, których ocena pozwalałaby na stwierdzenie ich nieprawdziwości. W ocenie Izby, nie znajdzie zastosowania przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy w odniesieniu do stanowisk i twierdzeń wykonawcy dotyczących norm prawnych, ich brzmienia, czy też interpretacji. Nieprawdziwość informacji, z jaką ustawa wiąże skutek negatywny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania musi dotyczyć stanu faktycznego, a nie prawnego okoliczności, których informacje dotyczą. Informacje te ponadto muszą pochodzić od wykonawcy, jako źródła z którego zamawiający miałby powziąć mylną wiedzę co do faktów. Ustalenie właściwej treści przepisu obowiązującego w danym momencie nie wypełnia tego warunku. Treść przepisów jest powszechnie znana, a zatem nie

można mówić o informacjach pochodzących od wykonawcy. Zamawiający winien samodzielnie ocenić dokumenty złożone wraz z ofertą w oparciu o treść przepisów, na podstawie których zostały one wystawione. Stanowisko wykonawcy w tym zakresie nie mogło mieć zatem wpływu na wynik prowadzonego postępowania. Z tych względów zarzut podlegał oddaleniu.

Izba nie orzekała co do zarzutu nie objętego odwołaniem, a dotyczącym podania przez Polimex-Mostostal nieprawdziwych informacji w treści wykazu prac podobnych. W odwołaniu, jako nieprawdziwe wskazane zostały oświadczenia wykonawcy dotyczące uprawnień budowlanych. Natomiast w odniesieniu do wykazu prac podobnych, odwołujący dowodził jedynie podstawy do wykluczenia z postępowania określonej przepisem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Kolejny zarzut dotyczył oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu – doświadczenia w wykonaniu prac podobnych. Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się należytych wykonaniem robót podobnych do objętych przedmiotowym zamówieniem, za które uznawał:

- a) zrealizowanie minimum dwóch prac podobnych polegających na budowie lub przebudowie drogi klasy minimum „G” wraz z infrastrukturą techniczną, o wartości nie mniejszej niż 30 mln zł każda prac;
- b) zrealizowanie minimum jednej pracy polegającej na budowie lub przebudowie drogowego obiektu inżynierskiego (wiadukt, most, tunel) o wartości nie mniejszej niż 5 mln zł.

Za spełniający tak opisany warunek, zamawiający uznał również sytuację, kiedy praca opisana w lit. b była zrealizowana w jednym zamówieniu z jedną z prac opisanych w lit. a. (Rozdział V pkt 2 siwz).

Nie było spornym pomiędzy stronami, iż warunek ten należało odczytywać łącznie, tj. w ten sposób, iż wykonawca musiał wykazać się zarówno realizacją minimum dwóch prac polegających na budowie lub przebudowie drogi klasy minimum „G” wraz z infrastrukturą techniczną o wymaganej wartości, jak również wykonaniem minimum jednego obiektu inżynierskiego o wartości nie mniejszej niż 5 mln zł. Obiekt inżynierski (wiadukt, most, tunel) mógł być wykonywany w również w ramach prac dotyczących dróg. Polimex-Mostostal w wykazie wskazał na trzy prace, z których dwie pierwsze dotyczące budowy dróg wraz z infrastrukturą nie były kwestionowane przez odwołującego. Sporną była wartość obiektu inżynierskiego realizowanego w ramach inwestycji dotyczącej przebudowy wiaduktu drogowego w ciągu ulicy Żelaznej nad torami linii średnicowej PKP i WKD w Warszawie (poz. 3 wykazu). Wykonawca w wykazie podał wartość całkowitą inwestycji w wysokości brutto 10.350.013,12 PLN. Mając na uwadze zakres inwestycji wskazany w referencji z dnia 01.08.2005 r. (str. 39 oferty), wskazana wartość nie dotyczyła samego obiektu inżynierskiego

– wiaduktu drogowego. Inwestycja ta polegała na rozbiórce istniejącego i wybudowaniu nowego wiaduktu drogowego nad torami magistrali PKP i WKD, ale także na gruntownym remoncie odcinka drogowego ulicy Żelaznej od ul. Chmielnej do Al. Jerozolimskich wraz z kompletną infrastrukturą (przebudowa: trakcji kolejowej, tramwajowej, sygnalizacji świetlnej skrzyżowania ulic, oświetlenia ulicznego, kabli energetycznych, teletechnicznych). W świetle treści referencji, Izba przyznała, iż podana wartość nie mogła być odnoszona wyłącznie do wartości obiektu inżynierskiego i bez wyjaśnień z wykonawcą udziału wartościowego wykonania wiaduktu drogowego w całej inwestycji, zamawiający nie mógł potwierdzić spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponieważ, w ocenie Izby zachodzi podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania z przyczyn opisanych w pierwszej części stanowiska, Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w zakresie braku potwierdzenia warunku dotyczącego doświadczenia, gdyż koniecznym byłoby wcześniejsze wyjaśnienie treści dokumentu z wykonawcą, ewentualnie wezwanie do uzupełnienia dokumentu, co w okolicznościach faktycznych sprawy byłoby niecelowe, a ponadto nie miałyby wpływu na wynik postępowania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy na skutek zaniechania odrzucenia oferty Polimex-Mostostal S.A., Izba oddaliła. W ocenie Izby, brak wskazania w formularzu oferty na wykonanie robót z zakresu nasadzeń zieleni przez podwykonawcę nie ma wpływu na ocenę merytoryczną oferty i jej zgodność z siwz. W samej specyfikacji zamawiający określił, iż wykonawca przed przystąpieniem do robót przedstawi do akceptacji Inżyniera Kontraktu firmę przewidzianą do wykonania robót w zakresie nasadzenia i pielęgnacji zieleni (str. 30 siwz, pkt 5). Zapis ten pozwala na przyjęcie, iż zgodnie z siwz konieczne było, aby w realizacji zamówienia brała udział firma specjalistyczna w zakresie terenów zieleni, co było warunkiem wspólnym dla wszystkich potencjalnych wykonawców. Brak zaznaczenia w formularzu oferty udziału podwykonawcy w tym zakresie nie ma znaczenia dla ustalenia, iż wykonawca uwzględnił w treści oferty konieczność wykonania tych prac w „Tabeli elementów rozliczeniowych” (str. 104 oferty). Nie jest również dopuszczalny wniosek odwołującego, iż wykonawca nie zleci wykonania prac firmie specjalistycznej, do czego zobowiązał się składając ofertę na warunkach opisanych przez zamawiającego. W tych okolicznościach wskazanie podwykonawcy w tym zakresie nie było konieczne, gdyż wynikało z samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Mając na uwadze, iż zachodziła podstawa do wykluczenia z postępowania wykonawcy Polimex-Mostostal S.A. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z uwagi na brak potwierdzenia spełnienia warunku dysponowania osobą na stanowisko *Kierownik robót sanitarnych*, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu wykluczenie tego wykonawcy z

postępowania o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W oparciu o powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), znajdującego zastosowanie, zgodnie z § 7 rozporządzenia, do odwołania dotyczącego postępowania wszczętego po 29 stycznia 2010 r. i wniesionego po wejściu w życie przepisów rozporządzenia, Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego. Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony przez odwołującego wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Na podstawie § 3 pkt 2 lit. a rozporządzenia, Izba uwzględniła koszty odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł. na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....