

**WYROK**  
z dnia 29 grudnia 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2011 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2011 roku przez wykonawcę MWM Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach przy ulicy Grottgera 35, 44-100 Gliwice w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Katowice z siedzibą w Katowicach przy ulicy Młyńskiej 4, 40-098 Katowice

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie**

**Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny oferty Odwołującego i unieważnienie czynności wyboru ofert w postępowaniu. Nakazuje dokonanie wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Miasto Katowice z siedzibą w Katowicach przy ulicy Młyńskiej 4, 40-098 Katowice**

**2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 gr 00 (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez MWM Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach przy ulicy Grottgera 35, 44-100 Gliwice tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2 zasądza od Zamawiającego Miasto Katowice z siedzibą w Katowicach przy ulicy Młyńskiej 4, 40-098 Katowice na rzecz MWM Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach przy ulicy Grottgera 35, 44-100 Gliwice kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania**

odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający Miasto Katowice z siedzibą w Katowicach przy ulicy Młyńskiej 4, 40-098 Katowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą *Rozbudowa Systemu Monitoringu Wizyjnego - Instalacja Kamer w Dzielnicy Nikiszowiec wraz z Dzierżawą Infrastruktury Telekomunikacyjnej* zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych z 21 października 2011 roku w pozycji 276609.

9 grudnia 2011 roku Zamawiający przekazał informację o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie.

14 grudnia 2011 roku Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących czynności Zamawiającego:

- wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: TKP S.A. z siedzibą w Gliwicach ALTER Włodzimierz Stachowiak w Oświęcimiu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), a także 104 ustawy Prawo budowlane.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności Zamawiającego tj.: wykluczenia Odwołującego z postępowania, wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenie badania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem faktu, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że ma interes prawny uzasadniający wniesienie odwołania albowiem oferta Odwołującego zawiera najniższą cenę, a w związku z tym w przypadku uwzględnienia odwołania oferta ta będzie najkorzystniejszą ofertą nie podlegającą odrzuceniu.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

W dniu 9 grudnia 2011 roku Zamawiający powiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: TKP S.A. z siedzibą w Gliwicach ALTER Włodzimierz Stachowiak w Oświęcimiu oraz

o wykluczeniu Odwołującego z postępowania wskazując, że oferta odwołującego nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, a ofertę wykluczonego wykonawcy uznaje się za odrzuconą.

Po pierwsze - z przesłanego przez Zamawiającego *Ogłoszenia o Wyborze Najkorzystniejszej Oferty* nie wynika, że to Odwołujący został wykluczony z postępowania oraz jakie były przyczyny wykluczenia. Odwołujący podniósł, że z tej tylko przyczyny czynność Zamawiającego jest wadliwa prawnie. Zgodnie bowiem z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Zamawiający był zobowiązany do zawiadomieniu wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Odwołujący podniósł, iż o tym że został wykluczony z postępowania musiał się domyślać się z *Protokołu z Posiedzenia Komisji Przetargowej* z dnia 1 grudnia 2011 roku - taka forma zawiadomienia w sposób oczywisty nie spełnia wymogów ustawy oraz stanowisko Zamawiającego, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu jest błędne.

Odwołujący wskazał, że istota sprawy sprowadza się do oceny czy wskazana przez odwołującego osoba tj. Pan Janusz P. posiada uprawnienia budowlane w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, czy też jak twierdzi Zamawiający tylko w zakresie instalacji elektrycznych. Zgodnie z SIWZ (Część III pkt. 12.4 lit a) warunkiem udziału postępowaniu było między innymi dysponowanie przez wykonawcę minimum 1 osobą posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do projektowania i kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Odwołujący podniósł, że tak opisany warunek udziału w postępowaniu spełnia. Jako osobę posiadającą przedmiotowe uprawnienia odwołujący wskazał Pana Janusza P., który posiada uprawnienia do wykonywania samodzielnej funkcji projektanta i kierownika budowy w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie instalacji elektrycznych, co potwierdzone zostało *Stwierdzeniem Przygotowania Zawodowego nr 639/76 z dnia 30.06.1976r.*, wydanym przez Urząd Wojewódzki w Katowicach na podstawie przepisów rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U n 8 poz.46).

Zgodnie z przepisami rozporządzenia:

1. do pełnienia samodzielnej funkcji projektanta jest wymagane ukończenie wyższej szkoły technicznej, stwierdzone dyplomem, oraz trzy lata praktyki przy sporządzaniu projektów i rok praktyki na budowie (§ 2 ust 1 pkt. 1);
2. do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych obejmujących kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie techniczne budowy i robót jest wymagane ukończenie

wyższej szkoły technicznej, stwierdzone dyplomem, oraz co najmniej dwuletnia praktyka na budowie (§ 5 ust 1 pkt 1);

3. osoby posiadające przygotowanie zawodowe do pełnienia samodzielnych funkcji obejmujących kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie techniczne budowy i robót są uprawnione również w tym samym zakresie do kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz do kontrolowania stanu technicznego obiektów budowlanych.

W § 13 ust. 1 rozporządzenia wymienione zostały specjalności, w których Wojewoda stwierdza posiadanie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnej funkcji projektanta, kierownika budowy i robót oraz funkcji w specjalnościach techniczno-budowlanych, w tym w pkt 4 lit. d w specjalność instalacyjno-inżynieryjna w zakresie sieci i instalacje elektryczne - obejmująca instalacje elektryczne napowietrzne i kablowe linie energetyczne, stacje i urządzenia elektroenergetyczne.

Jak wynika z powyższych przepisów w dacie wydania spornych uprawnień ustawodawca nie wprowadził rozróżnienia na instalacje elektryczne i elektroenergetyczne. Uprawnienia wymienione w § 13 ust 1 pkt 4 lit d obejmują sieci i instalacje elektryczne oraz elektroenergetyczne, a ich zakres jest tożsamy z wymaganiami opisanym w SIWZ.

Odwołujący wskazał, że istotne jest, że przepisy rozporządzenia z dnia 20 lutego 1975 roku zostały wprawdzie uchylone art. 107 ust. 2 ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. (Dz. U. Nr 89 poz.414), jednakże zgodnie z art. 104 Prawa budowlanego 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. W aktualnym stanie prawnym zgodnie z art. 14 ust 1 pkt 5 Prawa budowlanego uprawnienia budowlane są udzielane w między innymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Uprawniają one do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, takim jak: sieci, instalacje i urządzenia elektryczne i elektroenergetyczne, w tym kolejowe, trolejbusowe i tramwajowe sieci trakcyjne wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi zasilania i sterowania, w tym kolejowej, trolejbusowej i tramwajowej sieci trakcyjnej oraz elektrycznego ogrzewania rozjazdów (§ 24. ust. 1 Rozporządzenie Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 83 poz. 578)).

Uwzględniając powyższe Odwołujący podniósł, iż uprawnienia, które 30 czerwca 1976 roku nabył Pan Janusz P. pozostają w mocy i odpowiadają one uprawnieniom wymaganym przez Zamawiającego w SIWZ. Potwierdzenie stanowiska odwołującego się stanowi orzecznictwo

sądów administracyjnych. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 11 października 2007 roku (sygn. akt VII SA/Wa 1192/07; LEX nr 443841) stwierdził między innymi iż: 1. *Zakres posiadanych uprawnień należy odczytywać zgodnie z treścią decyzji o ich nadaniu i w oparciu o przepisy będące podstawą ich nadania. Skoro jednak przepisy te uległy zmianie, a zakres samego ograniczenia uprawnień opisano w rozporządzeniu zmieniającym - to osoby, które uzyskały stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie osób fizycznych, mogą pełnić te funkcje w zakresie określonym ww. rozporządzeniem.* 2. *Zasadą jest uzyskiwanie uprawnień budowlanych bez ograniczeń, co wynika z najwyższych kwalifikacji, uprawnienia zaś do projektowania z ograniczeniami są wyjątkiem od zasady, będąc skutkiem niższego poziomu wiedzy i doświadczenia w danej dziedzinie.* 3. *To, że nabyte w ograniczonym zakresie uprawnienia, stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zostały zdefiniowane w odmienny sposób jak było to w dacie nabycia tych uprawnień, nie stanowi naruszenia zasady nie działania prawa wstecz.* 4. *Nabycie uprawnień budowlanych wprowadzie pod rządami "starego prawa" tworzy stan, w którym te uprawnienia funkcjonują pod rządami "nowego prawa", zatem jest zdarzeniem "ciągłym", sytuacją trwającą także po wejściu w życie nowych regulacji prawnych".*

20 grudnia 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie*. Zamawiający uznał, że podniesione w odwołaniu zarzuty podlegają oddaleniu.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący został poinformowany o tym, że jego oferta została wykluczona. Zamawiający w dniu 9 grudnia 2011 roku wysłał Wykonawcom uczestniczącym w przedmiotowym postępowaniu pismo informujące o wyborze najkorzystniejszej oferty. Załącznikiem do pisma był protokół z posiedzenia komisji z dnia 1 grudnia 2011 roku, z którego wynikało, że Wykonawca został wykluczony z postępowania a oferta wykonawcy wykluczonego podlega odrzuceniu. W protokole tym znajduje się informacja, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu z postępowania oraz podana była przyczyna wykluczenia. Nie został podany numer artykułu ustawy, na podstawie którego wykonawca został wykluczony, jednak w ocenie Zamawiającego Odwołujący się nie może z tego powodu twierdzić, że musiał się domyślać przyczyn wykluczenia.

Odwołujący został wykluczony z postępowania, ponieważ nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania minimum 1 osobą posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do projektowania i kierowania robotami w specjalności instalacyjnej

w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Wykonawca uzupełniając swoją ofertę o wykaz osób wykonujących zamówienie wskazał, że osoba posiadająca wymagane uprawnienia to Pan Janusz P., który posiada uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji wydane przez Urząd Wojewódzki w Katowicach z 30 czerwca 1976 roku. W 1976 roku uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie były wydawane:

1. w specjalności instalacyjno - inżynierskiej w zakresie instalacji elektrycznych - przez wojewodów na podstawie Rozporządzenia Ministra gospodarki terenowej i ochrony środowiska z dnia 20 lutego 1975 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie;
2. w zakresie sieci elektrycznych - przez zakłady pracy w zakresie uprawnień do wykonywania robót w specjalności sieci elektrycznych.

Zamawiający wyjaśnił, że Dopiero od 13 stycznia 1989 roku - zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 20 grudnia 1988 roku zmieniającym rozporządzenie w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, wojewodowie otrzymali prawo do nadawania uprawnień budowlanych w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie sieci elektrycznych.

Zamawiający wskazał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 sierpnia 2011 ( sygn. akt 1737/11), w którym skład orzekający stwierdza: „(..) z obowiązujących w momencie nadania uprawnień przepisów wynika, że w dniu 19 kwietnia 1988r możliwe było stwierdzenie przez zakład pracy uprawnień osoby w zakresie robót w specjalności sieci elektrycznych ” i odnosząc się do uprawnień w specjalności instalacyjno - inżynierskiej w zakresie instalacji elektrycznych wydanych na podstawie rozporządzenia z 1975 roku, skład orzekający stwierdza: „Nie były to więc uprawnienia o najszerszym przedmiotowo zakresie branży elektrycznej, jakie można było w dacie wydania decyzji o nadaniu uprawnień uzyskać. Uprawnienia te w szczególności nie obejmują sieci elektrycznych, a co za tym idzie stanowią nieodpowiadające obecnie wydawanym uprawnieniom w specjalności elektrycznej bez ograniczeń ”.

Zamawiający podtrzymuje, że uprawnienia Pana Janusza P. obejmują jedynie zakres instalacji elektrycznych. Do oferty nie została dołączona interpretacja uprawnień Pana P. dokonana przez Okręgową Izbę Inżynierów Budownictwa, w której wprost byłoby stwierdzone, że Pan P. posiada uprawnienia również w zakresie sieci elektrycznych. Zamawiający dodał, że w cytowanym wcześniej wyroku Izba stwierdziła, że ( ..) *opinie wydawane przez Okręgową Izbę Inżynierów budownictwa każdorazowo dotyczą indywidualnego stanu faktycznego i prawnego dotyczącego interpretacji konkretnych uprawnień danej osoby. Opinia taka nie może*

*być odnoszona wprost do uprawnień innej osoby, nawet wówczas gdy zostały one wydane na tej samej podstawie prawnej.*

Zamawiający odniósł się do orzeczenia Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, który w wyroku z dnia 07 listopada 2008 roku rozpatrując zażalenie na decyzję organu I Instancji, który stwierdził, że (...) *uprawnienia budowlane wydane na podstawie rozporządzenia MGTiOS z dnia 20.02.1975 r w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie obowiązują nadal w zakresie w jakim je nadano. Na zakres uprawnień budowlanych skarżącego nie miały wpływu zmiany prawne dokonane przepisami rozporządzenia MGPIG z dnia 20.12.1988 r zmieniającego rozporządzenie (...) Zatem omawiane uprawnienia budowlane nie upoważniają do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w zakresie sieci elektrycznych orzekł że: (..) Reasumując uprawnienia stwierdzone decyzją z dnia ... 1980 r wynikają z zapisu rozporządzenia wykonawczego z dnia 20.02.1975 r i tak też winny być interpretowane, zaś nie mogą być - jak chciałby skarżący- dostosowane do zapisów rozporządzenia nowelizującego z 1988 r kształtującego stan prawny począwszy od 13.01.1989 r.*

Zamawiający wskazał, że nie twierdzi, że Pan P. posiada uprawnienia w specjalności instalacyjno - inżynierskiej w zakresie instalacji elektrycznych w ograniczonym zakresie lecz twierdzi, że nie posiada on uprawnień budowlanych z zakresie sieci elektrycznych, dlatego nie został spełniony warunek udziału w postępowaniu i Odwołujący się został wykluczony z postępowania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 14 grudnia 2011 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja potwierdzająca przesłanie odwołania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes*



*w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.*

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu. Izba dopuściła dowód złożony przez Odwołującego – pismo, w którym zwrócono się do Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa o wyjaśnienie zakresu uprawnień budowlanych posiadanych przez Pana Janusza P. na które to pismo odpowiedzi nie otrzymał.

**Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.**

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut wskazany przez Odwołującego w odwołaniu a dotyczący wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: TKP S.A. z siedzibą w Gliwicach ALTER Włodzimierz Stachowiak w Oświęcimiu nie podlegają rozpoznaniu przez Izbę, bowiem zgodnie z regulacją art. 180 ust 2 ustawy *jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego*”. Zarzut wskazany przez Odwołującego, przytoczony powyżej dotyczy czynności Zamawiającego nie zawartej w katalogu przesłanek określonym w art. 180 ust 2 ustawy, a więc co do nich Odwołujący nie miał podstawy wnoszenia odwołania. Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 10 grudnia 2009 roku (sygn. akt III CZP 110/09), choć wydanej na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązującej przed 29 stycznia 2010 roku i dotyczącego innej z przesłanek zachowującą swoją aktualność, SN zważył, iż „W związku z tym, że przyjęte w art. 184 ust. 1a przypadki mają wyjątkowy charakter wobec obowiązującej zasady,

*że w sprawach o wartości przedmiotu zamówienia niższych niż progi unijne określone w art. 11 ust. 8 u.p.z.p. odwołanie nie przysługuje, konieczna jest wykładnia ścieśniająca każdego z tych wyjątków.(...) W ramach dyrektyw preferencji metod wykładni na czoło wysuwa się powszechnie akceptowana w orzecznictwie i w piśmiennictwie zasada pierwszeństwa wykładni językowej i subsydiarności wykładni systemowej i funkcjonalnej. (...) Jak ujął to Sąd Najwyższy w uchwale Składu Siedmiu Sędziów z dnia 1 marca 2007 r. (sygn. akt III CZP 94/06, OSNC 2007/7-8/95), odstępstwo od jasnego i oczywistego sensu przepisu wyznaczonego jego jednoznacznym brzmieniem mogą uzasadniać tylko szczególnie istotne i doniosłe racje prawne, społeczne, ekonomiczne lub moralne; jeśli takie racje nie zachodzą, należy oprzeć się na wykładni językowej”*

Odwołujący zarzucił Zmawiającemu, iż z przesłanego przez Zamawiającego *Ogłoszenia o Wyborze Najkorzystniejszej Oferty* nie wynika, że to Odwołujący został wykluczony z postępowania oraz jakie były przyczyny wykluczenia czym Zamawiający naruszył art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy - *Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o: (...) 3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne - jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę.*

Obowiązkiem Zamawiającego jest jednoczesne zawiadomienie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, między innymi o wykonawcach wykluczonych z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a w zawiadomieniu tym Zamawiający obowiązany jest podać zarówno uzasadnienie faktyczne jak i uzasadnienie prawne. Realizacja obowiązku wynikającego z art. 92 ustawy powiązane są z zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia a także zasadą uczciwej konkurencji jaka powinna być zachowana w postępowaniu i zasadą równego traktowania wykonawców. Działania takie mają zapewnić wykonawcom biorącym udział w postępowaniu możliwość realizacji prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej. Tym samym czynność Zamawiającego, będąca jego oświadczeniem, powinna być jasna i precyzyjna, wola Zamawiającego powinna być wyrażona w sposób precyzyjny i jednoznaczny, tak aby nie wprowadzała wykonawców w błąd a wykonawcy mieli możliwość odniesienia się zarówno do podstaw faktycznych jak i prawnych wykluczenia wykonawcy z postępowania. W piśmie z 9 grudnia 2011 roku podał jedynie liczbę wykonawców wykluczonych, natomiast w załączniku (którego załączenie do pisma nie było kwestionowane przez Strony postępowania) będącym kopią protokołu z posiedzenia komisji przetargowej Zamawiający zawarł informację następującej treści: *Po zapoznaniu się z opinią prawną komisja uznała, że wykonawca MWM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu uzupełnił*

swoją ofertę o osobę (tj. Pana Janusza P.) który posiada uprawnienia budowlane w zakresie w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej tylko w zakresie instalacji elektrycznych a nie takie jakie wymagał zamawiający w zakresie sieci, instalacji urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Kwestionowane przez Odwołującego błędne podanie siedziby spółki w ocenie Izby nie może mieć wpływu na poprawność identyfikacji faktycznej podstawy wykluczenia z postępowania, bowiem w treści tego uzasadnienia faktycznego podane zostało imię i nazwisko osoby, której uprawnienia budowlane były kwestionowane oraz poprawna nazwa spółki. Niemniej Zamawiający nie podał podstawy prawnej wykluczenia Odwołującego z postępowania do czego obowiązują go przepisy ustawy czym naruszył ich dyspozycję, co w konsekwencji prowadzi do uwzględnienia zarzutu powołanego przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż w sposób nieuprawniony wykluczył Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia z powodu niewykazania się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu tj. wykazania się dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia posiadającymi uprawnienia budowlane bez ograniczeń do projektowania i kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (minimum 1 osoba) czym naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.*

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w Części III – Warunki udziału w postępowaniu w punkcie 12 ppkt 4 litera a) wskazał, że *o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące (...) Dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: dysponują osobami posiadającymi uprawnienia budowlane bez ograniczeń do projektowania i kierowania robotami w specjalności jak niżej: a) instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych – minimum 1 osoba (...).*

W wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów odwołujący złożył wykaz osób które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (część 1), gdzie podał osobę Pana Jana P. a w kolumnie Informacje o posiadanych uprawnieniach zawarł następującą informację: *uprawnienia do projektowania i kierowania budową i robotami nr 639/76 w branży elektrycznej w specjalności instalacyjno – inżynieryjnej wydane przez Urząd Wojewódzki w Katowicach 30 czerwca 1976 roku.*

Izba w części podzieliła argumentację przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie: w zakresie argumentacji dotyczącej naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy, a także w zakresie uznania, że ocena uprawnień powinna następować zgodnie z treścią decyzji o ich nadaniu i w oparciu o przepisy będące podstawą ich nadania.

W rozpoznaniu przedmiotowej sprawy zastosowanie mają przepisy rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w *sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie* (Dz. U. Nr 8, poz. 46 z 1975 r.), które były nowelizowane rozporządzeniem Ministra Administracji, Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 13 czerwca 1975 roku w *sprawie przejęcia przez terenowe organy administracji państwowej stopnia wojewódzkiego uprawnień organów administracji państwowej stopnia powiatowego dotyczących samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie* (Dz. U. Nr 22, poz. 121 z 1975 r.); rozporządzenie Ministra Budownictwa, Gospodarki Przestrzennej i Komunalnej z dnia 4 lipca 1986 roku *zmieniającego rozporządzenie w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie* (Dz. U. Nr 26, poz. 127 z 1986 r.); rozporządzenie Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 20 grudnia 1988 roku *zmieniającego rozporządzenie w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie* (Dz. U. Nr 412, poz. 334 z 1988 r.); rozporządzenie Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 11 sierpnia 1989 roku *zmieniającego rozporządzenie w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie* (Dz. U. Nr 49, poz. 280 z 1989 r.); rozporządzenie Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 18 lipca 1991 roku *zmieniającego rozporządzenie w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie* (Dz. U. Nr 69, poz. 299 z 1991 r.).

Na rozprawie Odwołujący okazał *Stwierdzenie Przygotowania Zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie* Pana Janusza P. z dnia 30 czerwca 1976 roku wydane przez Wojewodę Katowickiego. Z treści tego dokumentu wynika, że Pan P. *magister inżynier elektryk (...) posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji projektanta i kierownika budowy w specjalności instalacyjno – inżynierskiej w zakresie instalacji elektrycznych; został upoważniony do sporządzania projektów instalacji elektrycznych a także 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.* Upoważnienie to zostało wydane na podstawie § 13 ust. 1 pkt 4 lit. d, § 2 ust. 1 pkt 1, § 5 ust. 1 pkt 1 i § 7 rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w *sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie* (Dz. U. Nr 8, poz. 46 z 1975 r.).

Pierwotne brzmienie przepisu § 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. Nr 8, poz. 46 z 1975 r.) (dalej : rozporządzenie) *Organ administracji państwowej stopnia powiatowego stwierdza posiadanie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnej funkcji projektanta, kierownika budowy, i robót oraz*

funkcji, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 3 i 4, w specjalnościach techniczno – budowlanych: (...) 4) instalacyjno – inżynierskiej w zakresie: (...) d) instalacji elektrycznych. Wskazać należy na równie istotny z punktu wykładni przepisów § 1 ust. 5 rozporządzenia Osoby, które odbyły praktykę zawodową wyłącznie w zakresie wąskiej specjalizacji zawodowej, mogą wykonywać samodzielne funkcje techniczne w budownictwie tylko w zakresie objętym tą specjalizacją. Należy zatem wskazać, co wydaje się istotnym i kluczowym dla tej sprawy, że to praktyka jaką wykazała się osoba ubiegająca się o nadanie uprawnień stanowiła o tym czy uprawnienia specjalności elektrycznej obejmują instalacje, sieci czy też łącznie instalacje i sieci. Dlatego też jeżeli w nadanych decyzją uprawnieniach nie zostały zawarte ograniczenia zakresu uprawnień w wyniku odbytej praktyki zawodowej to w przypadku osób posiadających wykształcenie wyższe nadane im uprawnienia obejmują pełny zakres specjalności, który został określony nowelizacją z 1988 roku. Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 20 grudnia 1988 roku zmieniającego rozporządzenie w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 412, poz. 334 z 1988 r.) § 13 ust. 1 pkt 4 lit. d rozporządzenia z 1975 roku otrzymał nowe brzmienie: d) sieci i instalacji elektrycznych – obejmuje instalacje elektryczne, napowietrzne i kablowe linie energetyczne, stacje i urządzenia elektroenergetyczne. Prawodawca dokonał tą nowelizacją uzupełnienia przepisu, nie powstała nowa dodatkowa regulacja lecz dotychczasowy przepis uzyskał nowe brzmienie. Nie wymagało to zmian dotychczas wydanych uprawnień ani rozszerzania decyzjami administracyjnymi zakresu stwierdzenia przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalności instalacji elektrycznych w sytuacji gdy stwierdzenie przygotowania zawodowego wydane przed nowelizacją z 1988 roku obejmowało pełen zakres danej specjalności, a *contrario* w decyzji o stwierdzeniu posiadania przygotowania zawodowego nie zawarto ograniczenia zakresu uprawnień. Takowe rozumienie nowelizacji z 1988 roku reprezentowane było również przez ówczesnego Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa, które zostało wyrażone w piśmie z dnia 6 czerwca 1989 roku.

Powyżej wskazane uzasadnienie stanowiska Izby jest zbieżne ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego Roberta Dziwińskiego z 19 lipca 2011 roku, które to stanowisko Polska Izba Inżynierów Budownictwa przyjęła do wiadomości i wykonania o czym powiadomił Prezes Krajowej Rady Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa mgr inż. Andrzej Dobrucki (przykładowe miejsca publikacji w/w stanowiska [www.sep.com.pl](http://www.sep.com.pl); [www.inzynierbudownictwa.pl](http://www.inzynierbudownictwa.pl)).

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy.* Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).* Odwołujący uzasadnił w sposób przekonujący swoje stanowisko, natomiast Zamawiający oparłszy się o orzecznictwo nie przedstawił argumentacji co do meritum rozpoznawanej sprawy i argumentacji Odwołującego w tej sprawie. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciężące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt. 1 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. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

