

Sygn. akt: KIO/UZP 1077/09

WYROK

z dnia 2 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Izabela Kuciak
Protokolant: Łukasz Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **SAFEGE S.A., Francja, 92000 Nanterre, Parc de l'Île, 15-27 Rue du Port** adres do korespondencji: **SAFEGE S.A. Oddział w Polsce, 00-410 Warszawa, ul. Solec 22** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., 05-101 Nowy Dwór Mazowiecki, ul. Gen. Berlinga 100** protestu z dnia 17 lipca 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża SAFEGE S.A., Francja, 92000 Nanterre, Parc de l'Île, 15-27 Rue du Port i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **SAFEGE S.A., Francja, 92000 Nanterre, Parc de l'Île, 15-27 Rue du Port,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **SAFEGE S.A., Francja, 92000 Nanterre, Parc de l'Île, 15-27 Rue du Port** na rzecz **Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., 05-101 Nowy Dwór Mazowiecki, ul. Gen. Berlinga 100**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 2 926 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SAFEGE S.A., Francja, 92000 Nanterre, Parc de l'Île, 15-27 Rue du Port.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie funkcji Inżyniera Nadzoru dla zadania „Modernizacja oczyszczalni ścieków „Południe” w Nowym Dworze Mazowieckim”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 czerwca 2009 r. pod numerem 188906-2009.

W dniu 14 lipca 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: Centrum Techniki Budownictwa Komunalnego Ekotechnika Sp. z o.o. i PROCHEM S.A. oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawcy SAFEGE S.A. zwanego dalej Odwołującym na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp.

Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący nie złożył zarówno wraz z ofertą, jak i w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 1 pkt 7.2.3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W ocenie Zamawiającego, ze złożonego przez Odwołującego oświadczenia, iż pan Krzysztof Z. posiada uprawnienia rzeczoznawcy w firmie SAFEGE S.A. w zakresie inżynierii środowiska, w tym w specjalności kanalizacja i oczyszczanie ścieków w zakresie projektowania i wykonawstwa nie wynika, że osoba ta faktycznie posiada uprawnienia rzeczoznawcy w przedmiotowej specjalności honorowane na terytorium Polski. Z dokumentów tych wynika jedynie, zdaniem Zamawiającego, że pan Krzysztof Z. jest pracownikiem firmy SAFEGE S.A., któremu został przyznany określony zakres obowiązków.

Zamawiający wyjaśnił, iż tytuł rzeczoznawcy w specjalności kanalizacja i oczyszczanie ścieków w zakresie projektowania i wykonawstwa nadawany jest rzeczoznawcy budowlanemu na podstawie ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.). Wskazał, iż z treści art. 15 Prawa budowlanego wynika, że uprawnień rzeczoznawcy nie można nabyć na podstawie jakiegokolwiek wewnętrznego regulaminu powoływania rzeczoznawców i konsultantów przyjętego w danej firmie. Zdaniem Zamawiającego, wykonawca jako profesjonalista powinien znać przepisy ww. ustawy i przedstawić na stanowisko Eksperta nr 8 osobę posiadającą stosowne uprawnienia, a na wezwanie do uzupełnienia dokumentów dołączyć oświadczenie lub dokument potwierdzający uzyskanie przez zaproponowaną osobę wpisu do Centralnego Rejestru Rzeczoznawców Budowlanych – jeśli uzyskała go po 1 stycznia

1995 r. lub inny dokument potwierdzający, że tytuł rzeczoznawcy został nadany panu Krzysztofowi Zasadzie przez organ do tego upoważniony w świetle prawa krajowego.

Zamawiający poinformował, iż w celu ustalenia czy pan Z. posiada ww. uprawnienia konsultował się z Głównym Inspektorem Nadzoru Budownictwa, który zgodnie z art. 88a ust. 1 pkt 3 Prawa budowlanego prowadzi centralne rejestry osób posiadających uprawnienia budowlane, rzeczoznawców budowlanych oraz ukaranych z tytułu odpowiedzialności zawodowej w budownictwie (obowiązek wpisu do rejestru dotyczy wszystkich osób, które uzyskały ww. uprawnienia lub zostały ukarane po dniu 1 stycznia 1995 r.; decyzje o wpisie do Centralnych Rejestrów wydawane są od listopada 2002 r.). Zamawiający uzyskał odpowiedź, iż pan Zasada nie figuruje w ww. rejestrze jako rzeczoznawca.

Zamawiający przypomniał, iż mimo uzupełnienia dokumentów wykonawca wniósł w dniu 30 czerwca 2009 r. protest na czynność Zamawiającego polegającą na wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, który został przez Zamawiającego w części uwzględniony. Zamawiający w rozstrzygnięciu przyznał, że wykonawca mógł źle zinterpretować intencję Zamawiającego. Wobec powyższego, Zamawiający w dniu 9 lipca 2009 r. ponownie wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień i ewentualnie do uzupełnienia dokumentów odnośnie informacji zawartych w Wykazie personel kluczowy w zakresie uprawnień pana Z. jako rzeczoznawcy. Odwołujący miał również możliwość wskazania innej osoby na to stanowisko. Tymczasem zamiast złożyć wyjaśnienia lub uzupełnić dokumenty wykonawca wniósł w dniu 10 lipca 2009 r. kolejny protest podtrzymując twierdzenie, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów jest nieuprawnione i domagając się uznania za wystarczające złożonych w ofercie dokumentów. Protest ten został przez Zamawiającego oddalony.

W dniu 17 lipca 2009 r. Odwołujący wniósł protest wobec czynności Zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: Centrum Techniki Budownictwa Komunalnego Ekotechnika Sp. z o.o. i PROCHEM S.A., zaniechaniu wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania oraz zaniechaniu odrzucenia jego oferty, wykluczeniu i odrzuceniu z postępowania oferty Odwołującego zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 7 ustawy Pzp oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu protestu.

Odwołujący podniósł, iż z treści rozdziału 1 pkt 7.2.3 ppkt VIII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie wynika wymaganie legitymowania się przez osobę wskazaną na stanowisko Eksperta nr 8 uprawnieniami rzeczoznawcy. Zdaniem Odwołującego, twierdzenie Zamawiającego, że fakt, iż zrezygnował z bezpośredniego żądania dołączenia do oferty dokumentu potwierdzającego, że osoba wskazana na stanowisko Eksperta nr 8 posiada

uprawnienia rzeczoznawcy nie zwalnia wykonawcy z przedstawienia dokumentu potwierdzającego posiadanie takich uprawnień, jest sprzeczne z zasadami ustawy Pzp, zasadą pisemności postępowania o zamówienie publiczne i narusza art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, iż nieuprawnione jest żądanie od wykonawców złożenia innych dokumentów niż wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu.

W ocenie Odwołującego, na etapie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów Zamawiający sformułował dodatkowy warunek udziału w postępowaniu dotyczący Eksperta nr 8 tj. wymóg, by osoba wskazana na to stanowisko była wpisana w rejestrze rzeczoznawców budowlanych prowadzonym przez Główny Inspektorat Nadzoru Budownictwa.

Odwołujący podniósł również, iż Konsorcjum firm: Centrum Techniki Budownictwa Komunalnego Ekotechnika Sp. z o.o. i PROCHEM S.A. podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Zwrócił uwagę na fakt, iż złożone przez Konsorcjum wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej straciło ważność w dniu 21 sierpnia 2009 r., podczas gdy termin związania ofertą upływał w dniu 22 sierpnia 2009 r. (60 dni od dnia 24 czerwca 2009 r.). Jak zauważył Odwołujący, w sytuacji, gdy Zamawiający przesunął termin składania oferty wykonawca zobowiązany jest do przedłużenia gwarancji z własnej inicjatywy tak, aby obejmowała ona cały okres wiązania ofertą. Wadium nie może być, zdaniem Odwołującego, uzupełnione po terminie składania ofert.

Dodatkowo Odwołujący wywiódł, iż Konsorcjum nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 1 pkt 7.2.3 ppkt V Specyfikacji, tj. warunku dotyczącego Eksperta nr 5. Zdaniem Odwołującego, złożone wraz z ofertą uprawnienia dla pana Zygmunta Kossakowskiego nr ST-192/78 projektanta oraz kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno – budowlanej nie potwierdzają posiadania przez tę osobę wymaganych uprawnień bez ograniczeń, co więcej, ograniczenia obejmują prace związane bezpośrednio z realizowaniem przedmiotu zamówienia. Opisane powyżej uchybienie jest, jak stwierdził Odwołujący, jedynie dodatkowym uchybieniem, skutkującym wykluczeniem Konsorcjum z postępowania, które potwierdza, że Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, iż podpisanie umowy z wybranym wykonawcą wobec wykazanych naruszeń spowoduje jej nieważność na podstawie art. 146 ustawy Pzp i odpowiedzialność kierownika zamawiającego z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie protestu,

2. unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. wykluczenie z postępowania Konsorcjum firm: Centrum Techniki Budownictwa Komunalnego Ekotechnika Sp. z o.o. i PROCHEM S.A. oraz odrzucenie oferty tego wykonawcy,
4. unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty,
5. dokonanie ponownej oceny ofert i wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 21 lipca 2009 r. przez jego uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego wadium wniesionego przez Konsorcjum firm: Centrum Techniki Budownictwa Komunalnego Ekotechnika Sp. z o.o. i PROCHEM S.A. oraz oddalenie w zakresie pozostałych zarzutów.

Zamawiający podtrzymał swoją decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia. Stwierdził, iż nie wymagał złożenia przez wykonawcę innych dokumentów niż te, których żądał w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wskazał, iż wyczerpujące uzasadnienie decyzji Zamawiającego w zakresie uprawnień dla Eksperta nr 8 zostało przedstawione w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz w rozstrzygnięciach poprzednich protestów wniesionych przez Odwołującego w dniach 30 czerwca 2009 r. i 10 lipca 2009 r. Podkreślił także, że nieprawdziwe jest twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający nie miał prawa zrezygnować z bezpośredniego żądania dołączenia do oferty dokumentu potwierdzającego, że osoba wskazana na stanowisko Eksperta nr 8 posiada uprawnienia rzeczoznawcy w sytuacji, gdy z treści postawionego warunku wynika, że funkcję tę może pełnić wyłącznie osoba posiadająca takie uprawnienia.

Stanowisko Odwołującego o sprzeczności działania Zamawiającego z zasadą pisemności postępowania o zamówienie publiczne i naruszeniu art. 38 ust. 4 ustawy Pzp nie znajduje, zdaniem Zamawiającego, oparcia w przepisach prawa z uwagi na fakt, że zasada pisemności postępowania jest kształtowana przez wszystkie przepisy ustawy Pzp, nie tylko przez art. 9 i 38 ust. 4 ustawy Pzp. Należy mieć na względzie, jak wskazał Zamawiający, że art. 26 ust. 1 ustawy Pzp dopuszcza odstępianie od żądania od wykonawców w postępowaniu o zamówienie publiczne o wartości nieprzekraczającej tzw. progów unijnych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dodatkowo, art. 25 ust. 1 ustawy Pzp zezwala Zamawiającemu na żądanie złożenia wyłącznie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Przepisy te wyraźnie

wskazują, zdaniem Zamawiającego, że zasada pisemności postępowania nie wyraża się w sposób przedstawiony przez Odwołującego.

Jednocześnie Zamawiający oświadczył, iż z uwagi na fakt, że intencje Zamawiającego nie zostały właściwie zrozumiane przez wszystkich uczestników postępowania, a zamówienie nie może zostać udzielone wykonawcy, który nie dysponuje rzeczoznawcą budowlanym w specjalności kanalizacja i oczyszczanie ścieków w zakresie projektowania i wykonawstwa uznaje, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, zatem zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp musi zostać unieważnione.

Zdaniem Zamawiającego, okoliczność wskazana przez Odwołującego, iż Konsorcjum firm: Centrum Techniki Budownictwa Komunalnego Ekotechnika Sp. z o.o. i PROCHEM S.A. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Eksperta nr 5 nie stanowi przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania, a jedynie do wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów i dopiero w sytuacji zaniechania uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie spornego warunku może stanowić podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy. Z uwagi na powyższe, zarzut ten nie został uwzględniony przez Zamawiającego. Zamawiający stwierdził przy tym, iż z uwagi na wadliwie wniesione wadium przez Konsorcjum firm: Centrum Techniki Budownictwa Komunalnego Ekotechnika Sp. z o.o. i PROCHEM S.A. jego oferta podlega odrzuceniu, bezzasadne byłoby zatem wzywaniem wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący, który wniósł w dniu 27 lipca 2009 r. odwołanie podtrzymując zarzuty podniesione w proteście dotyczące wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez ich niewłaściwe zastosowanie oraz wykluczenie z postępowania i odrzucenie oferty Odwołującego przy braku ku temu podstaw faktycznych i prawnych, a w ich wyniku naruszenie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców określonych w art. 7 ustawy Pzp oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący podniósł, iż wskazany przez niego na stanowisko Eksperta nr 8 pan Krzysztof Z. spełnia wymagania zawarte w pkt 7.2.3. ppkt VIII rozdziału 1 Specyfikacji zarówno w zakresie doświadczenia jak i przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego, co zostało wykazane w Załączniku nr 2 do oświadczenia z art. 22 ust 1 ustawy Pzp, w polu, które Zamawiający określił jako „Zakres posiadanych uprawnień z podaniem elementów wymaganych przez Zamawiającego” oraz potwierdzone odpowiednimi dokumentami. Ponadto, jak wskazał Odwołujący, decyzją Nr 3/2005 z dnia 3 lutego 2005 r. wydaną na podstawie Regulaminu powoływania Rzeczoznawców i Konsultantów firmy

SAFEGE S.A. pan Zasada został wpisany na listę Rzeczoznawców i Konsultantów SAFEGE S.A.

Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę, iż wymagania dotyczące Eksperta nr 8 zostały sformułowane w zmodyfikowanej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na skutek uwzględnienia złożonych w postępowaniu protestów i odstąpienia przez Zamawiającego od wymagania posiadania przez ww. Eksperta uprawnień rzeczoznawcy w specjalności kanalizacja i oczyszczanie ścieków w zakresie projektowania i wykonawstwa, sformułowanego w pierwotnej wersji Specyfikacji.

Odwołujący przypomniał, iż w rozdziale 1 pkt 8.2.4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający wymagał, aby do informacji zawartych w tabeli Wykaz personelu kluczowego zostały dołączone dokumenty potwierdzające, że wymienione tam osoby posiadały wymagane uprawnienia. W przypadku Ekspertów nr od 1 do 7 Zamawiający opisał w odrębnych podpunktach wymagane doświadczenie, uprawnienia, które osoby wskazane na te stanowiska powinny posiadać oraz przynależność do właściwej izby samorządu zawodowego. W przypadku Eksperta nr 8 Zamawiający wskazał jedynie wymagane doświadczenie oraz przynależność do izby samorządu zawodowego inżynierów budownictwa, nie stawiając wymogu posiadania uprawnień. Tym samym, zdaniem Odwołującego, skoro w ww. pkt 8.2.4 jest mowa o wymaganych uprawnieniach, to postanowienie to należy interpretować literalnie i uznać, że obowiązkiem wykonawców jest przedstawienie w ofercie dokumentów, które potwierdzają tylko te uprawnienia, których wymagał w Specyfikacji Zamawiający.

Tymczasem na etapie oceny ofert i wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, które to z ostrożności procesowej Odwołujący dwukrotnie oprotestowywał, Zamawiający sformułował dodatkowy warunek, który powinna spełniać osoba wskazana na stanowisko Eksperta nr 8 tj. wymóg wpisu w rejestrze rzeczoznawców budowlanych prowadzonym przez Główny Inspektorat Nadzoru Budownictwa. Jak zauważył Odwołujący, formułowanie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu na obecnym jego etapie jest sprzeczne z zasadami ustawy Pzp, w szczególności z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Ponadto warunek ten jest w ocenie Odwołującego nieuzasadniony m.in. z uwagi na fakt, iż funkcja Eksperta nr 8 została stworzona na potrzeby wyceny urządzeń, które będą demontowane podczas prac modernizacyjnych oczyszczalni ścieków, jak również nowo instalowanych urządzeń lub maszyn, co wskazywałoby, iż osoba na tym stanowisku powinna posiadać uprawnienia rzeczoznawcy majątkowego a nie budowlanego, bowiem to rzeczoznawca majątkowy ma wyłączne prawo do określania wartości nieruchomości, a także maszyn i urządzeń trwale z nimi związanych.

Według Odwołującego, bez znaczenia jest sformułowana przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu teza o konieczności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie za przedwczesną uznał Odwołujący czynność Zamawiającego polegającą na unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp, bowiem Odwołującemu przysługuje na podstawie art. 184 ust 1a ustawy Pzp odwołanie od rozstrzygnięcia protestu we wskazanym zakresie, które to przesądzi o jego ostatecznym rozstrzygnięciu. Zdaniem Odwołującego, przysługuje mu na podstawie art. 180 ust 1 ustawy Pzp prawo do wniesienia protestu na czynność Zamawiającego dokonaną z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, w tym na przedwczesne unieważnienie postępowania z naruszeniem art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp, z którego to Odwołujący skorzystał składając protest w dniu 24 lipca 2009 r. To potwierdza, jak zauważył Odwołujący, istnienie po jego stronie interesu prawnego w rozstrzygnięciu przedmiotowego postępowania.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego i odrzucenia jego oferty,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w terminie składania ofert wpłynęły do Zamawiającego dwie oferty. Ranking ofert pod względem zaoficerowanych cen kształtuje się następująco:

1. SAFEGE S.A. – 588 040 zł,
2. Konsorcjum firm: Centrum Techniki Budownictwa Komunalnego Ekotechnika Sp. z o.o. i PROCHEM S.A. - 607 560 zł,

Z uwagi na protesty wniesione w toku postępowania dotyczące wymagań postawionych przez Zamawiającego odnośnie Eksperta nr 1 Zamawiający w dniu 23 czerwca 2009 r. dokonał modyfikacji pkt 7.2.3 rozdziału 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez dodanie ppkt VIII o brzmieniu:

„ VIII Eksperta nr 8 – Rzeczoznawca w Specjalności Kanalizacja i Oczyszczanie Ścieków w zakresie projektowania i wykonawstwa. Osoba wskazana na to stanowisko musi spełniać łącznie poniższe warunki:

- 1) posiadać co najmniej 3-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji rzeczoznawcy w specjalności kanalizacja i oczyszczanie ścieków w zakresie projektowania i wykonawstwa na budowie nowej oczyszczalni ścieków o przepustowości nie mniejszej niż 7000 m³/d lub odbudowie, rozbudowie czy nadbudowie istniejącej oczyszczalni ścieków o przepustowości nie mniejszej niż 7 000 m³/d lub kompleksowym remontem istniejącej oczyszczalni ścieków o przepustowości nie mniejszej niż 7000 m³/d.
- 2) osoba wskazana na to stanowisko musi posiadać prawo wykonywania zawodu, tzn. być czynnym członkiem właściwej izby samorządu zawodowego inżynierów budownictwa.”

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego Zamawiający wymagał w rozdziale 1 pkt 8.2.4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia złożenia przez wykonawcę informacji o personelu kluczowym. Do informacji musiały zostać dołączone dokumenty potwierdzające, że wymienione w niej osoby posiadają wymagane uprawnienia, a także dokumenty stwierdzające ich aktualną przynależność do właściwej izby samorządu zawodowego inżynierów budownictwa, a także – jeżeli wykonawca wskazał osoby, którymi będzie dysponował – pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia tych osób w celu realizacji zamówienia.

W dniu 23 czerwca 2009 r. wpłynął do Zamawiającego protest na dokonaną modyfikację Specyfikacji. W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający wskazał, iż wymóg zaferowania Eksperta nr 8 został wprowadzony w wyniku protestów wykonawców dotyczących wymagania od osoby wskazanej na stanowisko Eksperta nr 1 tj. kierownika zespołu posiadania uprawnień rzeczoznawcy przy jednoczesnym legitymowaniu się posiadaniem doświadczenia zawodowego opisanego w Specyfikacji. Zamawiający wyjaśnił, iż uwzględniając protesty nie usunął warunku całkowicie, a jedynie dopuścił, aby wymóg dotyczący wskazanych uprawnień mógł zostać spełniony również przez inną osobę tj. Eksperta Nr 8.

Dodatkowo Zamawiający podkreślił, iż obecność rzeczoznawcy w specjalności kanalizacja i oczyszczanie ścieków w zakresie projektowania i wykonawstwa jest niezbędna przy nadzorowaniu prac prowadzonych na modernizowanym obiekcie – podczas prowadzenia prac modernizacyjnych wymieniana będzie większość urządzeń i maszyn zainstalowanych na oczyszczalni ścieków. W związku powyższym, zachodzi konieczność wyceny ich wartości początkowej, obecnej oraz określenia stanu technicznego. Okoliczności

wskazane powyżej uzasadniają wymóg dysponowania przez wykonawcę ekspertem, który będzie posiadał wiedzę w zakresie zarówno funkcjonowania oczyszczalni ścieków, jak i urządzeń, które są na tego typu obiektach instalowane.

Odwołujący złożył wraz z ofertą Wykaz personelu kluczowego, w którym zaproponował na stanowisko Eksperta nr 8 pana Krzysztofa Z. składając oświadczenie, iż osoba ta posiada uprawnienia rzeczoznawcy w firmie SAFEGE w zakresie Inżynierii Środowiska w tym w specjalności kanalizacja i oczyszczanie ścieków w zakresie projektowania i wykonawstwa robót, a także jest członkiem Mazowieckiej Izby Inżynierów Budownictwa nr ewidencyjny MAZ/IS/7953/03.

W dniu 25 czerwca 2009 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów oraz wyjaśnienia treści złożonej oferty. Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący nie złożył dokumentów potwierdzających, iż panu Krzysztofowi Z. zostały nadane uprawnienia rzeczoznawcy w specjalności kanalizacja i oczyszczanie ścieków w zakresie projektowania i wykonawstwa. Zamawiający wskazał, iż zgodnie z pkt 8.2.4 rozdziału 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia do wykazu personelu musiały być dołączone dokumenty potwierdzające, że wymienione w wykazie osoby posiadają wymagane uprawnienia.

Odwołujący pismem z dnia 29 czerwca 2009 r. przekazał Zamawiającemu decyzję Nr 3/2005 r. z dnia 3 lutego 2005 r. wydaną przez Komisję SAFEGE S.A., gdzie stwierdzono, iż pan Zasada na podstawie regulaminu powoływania Rzeczoznawców i Konsultantów firmy SAFEGE S.A. z dnia 3 lutego 2005 r. został wpisany na listę Rzeczoznawców i Konsultantów SAFEGE S.A. W decyzji tej stwierdzono również, iż pan Krzysztof Z. jest upoważniony do pracy w charakterze Rzeczoznawcy i Konsultanta przy realizacji projektów z branży inżynierii środowiska i gospodarki wodno – ściekowej.

Mimo odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący w dniu 30 czerwca 2009 r. wniósł protest na tę czynność podnosząc, iż Zamawiający nie postawił w Specyfikacji warunku posiadania przez Eksperta nr 8 jakichkolwiek uprawnień, stąd nieuzasadnione jest wezwanie do przedstawienia dokumentów wykazujących ich posiadanie.

Zamawiający protest z dnia 30 czerwca 2009 r. częściowo uwzględnił wyjaśniając, iż brak jednoznacznego postanowienia o konieczności posiadania przez osobę wskazaną na stanowisko rzeczoznawcy stosownych wymagań nie zwalnia wykonawców od przedstawienia na przedmiotowe stanowisko osoby, która posiada honorowane na terytorium Polski uprawnienia rzeczoznawcy w specjalności kanalizacja i oczyszczanie ścieków w zakresie projektowania i wykonawstwa. Obowiązek taki jednoznacznie wynika, w ocenie Zamawiającego, z wymagań, aby osoba wskazana na przedmiotowe stanowisko miała co najmniej 3-letnie doświadczenie jako ww. rzeczoznawca tj. w przeszłości musiała uzyskać

stosowne uprawnienia oraz aby posiadała prawo wykonywania zawodu będąc czynnym członkiem właściwej izby samorządu zawodowego inżynierów budownictwa tj. aby te uprawnienia były aktualne. Decyzję o rezygnacji z bezpośredniego żądania dołączenia do oferty dokumentu stwierdzającego, że osoba wskazana na stanowisko Eksperta nr 8 posiada uprawnienia rzeczoznawcy Zamawiający podjął, jak wyjaśnił, w związku z faktem, że w Polsce jest prowadzony oficjalny, wiarygodny, ogólnie dostępny rejestr rzeczoznawców, dzięki czemu Zamawiający samodzielnie może sprawdzić czy dana osoba faktycznie posiada deklarowane uprawnienia. Zamawiający podkreślił również, że w procesie modernizacji oczyszczalni ścieków udział rzeczoznawcy budowlanego jest niezbędny. Obowiązek jego zatrudnienia nakłada na Zamawiającego ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2002 r. Nr 76, poz. 694 z późn. zm.), a w szczególności uchwała nr 6/07 Komitetu Standardów Rachunkowości z dnia 26 czerwca 2007 r. w sprawie przyjęcia krajowego standardu rachunkowości nr 4 „Utrata wartości aktywów” oraz Zasady rachunkowości (Polityka) Zakładu wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Nowym Dworze Mazowieckim z dnia 30 grudnia 2008 r. Jednocześnie Zamawiający zgodził się z wykonawcą, iż nie miał możliwości wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów uzupełniających, których nie wymagał w Specyfikacji.

W dniu 9 lipca 2009 r. Zamawiający skierował do Odwołującego ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów odnośnie informacji zawartych w Wykazie personel kluczowy w zakresie posiadania przez pana Z. uprawnień rzeczoznawcy w specjalności kanalizacja i oczyszczanie ścieków w zakresie projektowania i wykonawstwa, które umożliwiałyby tej osobie pełnienie zgodnie z obowiązującym w Polsce prawem funkcji Eksperta nr 8. Zamawiający dał wykonawcy także możliwość uzupełnienia dokumentów przez wskazanie innej osoby na stanowisko Eksperta nr 8.

Czynność ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów została oprotestowana przez Odwołującego w dniu 10 lipca 2009 r. Odwołujący wskazał, iż z treści warunku udziału w postępowaniu nie wynika wymóg posiadania przez osobę wskazaną na stanowisko Eksperta nr 8 uprawnień, o jakich pisze Zamawiający w swoim wezwaniu, zatem wymóg Zamawiającego sformułowany w ww. wezwaniu jest nieuprawniony. Zdaniem wykonawcy, twierdzenie Zamawiającego, że zrezygnował z bezpośredniego żądania dołączenia do oferty dokumentu potwierdzającego posiadanie przez Eksperta nr 8 ww. uprawnień, co nie zwalnia jednak wykonawcy od przedstawienia dokumentu potwierdzającego posiadanie takich uprawnień, jest sprzeczne z zasadami ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, iż w celu wyjaśnienia kwestii uprawnień zwrócił się z ostrożności pismem z dnia 19 czerwca 2009 r. do Prezesa Polskiego Związku Inżynierów i Techników Sanitarnych Oddział w Warszawie pana dr inż. Jana B., który wyraził stanowisko, iż proces budowlany nie posiada funkcji rzeczoznawcy, a jedynie kierownika

budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru, bowiem każdy inżynier z uprawnieniami projektowymi i wykonawczymi bez ograniczeń posiada wiedzę i uprawnienia równe rzeczoznawcy.

Zamawiający pismem z dnia 14 lipca 2009 r. oddalił ww. protest w całości. Stwierdził przy tym, iż ponawiając wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp kierował się zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców mając na celu umożliwienie wykonawcy wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu biorąc też pod uwagę, że pierwsze wezwanie nie było dla Odwołującego wystarczająco czytelne i mogło wprowadzać wykonawcę w błąd co do intencji Zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego, wystąpienie przez Odwołującego o opinię Prezesa Polskiego Związku Inżynierów i Techników Sanitarnych potwierdza, że już przed terminem składania ofert Odwołujący miał wątpliwości odnośnie treści wymagań postawionych przez Zamawiającego. W takim przypadku, jak stwierdził Zamawiający, wykonawca powinien był zwrócić się z zapytaniem do Zamawiającego bądź wnieść protest na treść Specyfikacji. Zamawiający podkreślił też, że zgodnie z art. 15 Prawa budowlanego wykonywanie czynności rzeczoznawcy wymaga nie tylko wiedzy zdobytej i popartej dyplomem oraz uprawnień budowlanych bez ograniczeń, ale również co najmniej 10-letniej praktyki w zakresie objętym rzeczoznawstwem i znaczącego dorobku praktycznego uzyskanego w trakcie tej praktyki. W ocenie Zamawiającego, użycie w sformułowanym warunku określenia „rzeczoznawca w specjalności kanalizacja i oczyszczanie ścieków” oznacza osobę posiadającą stosowne uprawnienia.

W konsekwencji opisanych powyżej działań Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, na co wykonawca wniósł protest i odwołanie będące przedmiotem niniejszego postępowania.

Pismem z dnia 21 lipca 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, treść ofert złożonych w postępowaniu, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Bez znaczenia pozostaje przy tym dla stwierdzenia interesu prawnego Odwołującego decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, bowiem stwierdzenie przez Izbę zasadności podniesionych przez Odwołującego zarzutów przywróci postępowanie do etapu oceny ofert. Wpływu na powyższe nie wywiera również stanowisko Zamawiającego przedstawione w rozstrzygnięciu protestu dotyczące konieczności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, albowiem jak dotąd Zamawiający nie dokonał czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Na wstępie Izba stwierdziła, iż kwestia zakresu wymagań stawianych przez Zamawiającego osobie proponowanej na stanowisko Eksperta nr 8 została już ostatecznie rozstrzygnięta przez rozpoznanie przez Zamawiającego protestów wniesionych przez Odwołującego w dniach 30 czerwca 2009 r. i 10 lipca 2009 r. oraz brak odwołań od decyzji Zamawiającego w tym zakresie. Przez ostateczne rozstrzygnięcie ww. środków ochrony prawnej usankcjonowane zostało stanowisko Zamawiającego polegające na wymaganiu od wykonawców złożenia oświadczenia, iż osoba wskazana na stanowisko Eksperta nr 8 posiada powszechnie uznawane uprawnienia rzeczoznawcy o specjalności kanalizacja i oczyszczanie ścieków. Ustawodawca nie dał Odwołującemu prawa do złożenia odwołania od rozstrzygnięcia protestu wniesionego na czynność wezwania do wyjaśnień bądź uzupełnienia dokumentów formułując w art. 184 ust. 1a ustawy Pzp zamknięty katalog przesłanek do wniesienia odwołania w postępowaniach o wartości mniejszej niż tzw. progi unijne, nie zmienia to jednak faktu, iż kwestia konieczności wykazania przez wykonawców posiadania przez osobę wskazaną na stanowisko Eksperta nr 8 przedmiotowych uprawnień stała się ostateczna. Nieuprawnione są zatem twierdzenia Odwołującego o zasadności wymagania przez Zamawiającego spornych uprawnień.

W związku z powyższym, przedmiotem rozpoznania przez Izbę nie był zakres wymagań opisany w Specyfikacji przez Zamawiającego czy sposób jego interpretacji, ponieważ kwestie te zostały, jak wskazano powyżej, ostatecznie ustalone w przedmiotowym postępowaniu, a jedynie stwierdzenie czy Odwołujący wykazał spełnianie postawionego warunku dotyczącego potencjału kadrowego w zakresie Eksperta nr 8. Jak opisano powyżej, na potwierdzenie spełniania spornego warunku Odwołujący złożył w Wykazie personelu kluczowego oświadczenie, że pan Krzysztof Z. posiada uprawnienia rzeczoznawcy w firmie SAFEGE w zakresie Inżynierii Środowiska w tym w specjalności kanalizacja i oczyszczanie ścieków w zakresie projektowania i wykonawstwa robót, a także jest

członkiem Mazowieckiej Izby Inżynierów Budownictwa nr ewidencyjny MAZ/IS/7953/03. Izba uznała, iż oświadczeniem tym wykonawca nie wykazał posiadania przez pana Zasadę uprawnień rzeczoznawcy w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, co potwierdza również stanowisko Odwołującego, który nadal kwestionuje na obecnym etapie postępowania zasadność wymagania takich uprawnień. Spełnienia przedmiotowego wymagania nie potwierdza także przekazana Zamawiającemu w ramach uzupełnienia dokumentów decyzja Nr 3/2005 r. z dnia 3 lutego 2005 r. stwierdzająca, że pan Z. został wpisany na listę Rzeczoznawców i Konsultantów SAFEGE S.A. Jednocześnie z uwagi na dwukrotne wezwanie Odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie lub uzupełnienia dokumentów brak jest możliwości wezwania wykonawcy po raz kolejny w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp.

Na marginesie, Izba wskazuje, iż mimo pominięcia przez Zamawiającego w treści postawionego warunku sformułowania, że warunek dotyczy rzeczoznawcy budowlanego, to jednak z treści postawionych wymagań wobec Eksperta nr 8 wynika w sposób oczywisty, że osoba zaproponowana na to stanowisko winna posiadać uprawnienia rzeczoznawcy budowlanego, o których mowa w art. 14 ust. 1 pkt 4 Prawa budowlanego tj. w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych. Powyższe potwierdza zarówno przedmiot zamówienia, jakim jest pełnienie funkcji inżyniera nadzoru nad modernizacją oczyszczalni ścieków, jak również okoliczność, że wśród wymogów dotyczących Eksperta nr 8 Zamawiający żądał, aby osoba ta była czynnym członkiem izby samorządu zawodowego inżynierów budownictwa. Analizując całą treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Izba stwierdziła, że niezasadne jest stanowisko Odwołującego w zakresie możliwości wskazania jako Eksperta Nr 8 jakiegokolwiek rzeczoznawcy, nie posiadającego uprawnień przyznanych w oparciu o przepisy prawa powszechnie obowiązującego.

Mając na uwadze, iż nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 5, a co za tym idzie również art. 7 ustawy Pzp, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Odwołującego uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawa – Praga.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....