

Sygn. akt: KIO/UZP 1524/09

**WYROK**  
z dnia 15 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Marzena Teresa Ordysińska

**Członkowie:** Izabela Niedziałek-Bujak  
Andrzej Niwicki

**Protokolant:** Wioleta Wasilewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. (pełnomocnik; adres: ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa) 2. Biuro Inwestycyjne SDIS Sp. z o.o.** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasta Gdyni – Gdyńskie Centrum Innowacji Jednostka Budżetowa, 81-451 Gdynia, Al. Zwycięstwa 96/98** protestu z dnia 25.09.2009 r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. (pełnomocnik; adres: ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa) 2. Biuro Inwestycyjne SDIS Sp. z o.o.**

i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. (pełnomocnik; adres: ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa) 2. Biuro Inwestycyjne SDIS Sp. z o.o.,**

2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. (pełnomocnik; adres: ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa) 2. Biuro Inwestycyjne SDIS Sp. z o.o.** na rzecz **Gminy Miasta Gdyni – Gdyńskie Centrum Innowacji Jednostka Budżetowa, 81-451 Gdynia, Al. Zwycięstwa 96/98** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

~~3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~

4) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. (pełnomocnik; adres: ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa) 2. Biuro Inwestycyjne SDIS Sp. z o.o.**

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

I. Gmina Miasta Gdyni -Gdyńskie Centrum Innowacji, Jednostka Budżetowa, Al. Zwycięstwa 96/98, 81-451 Gdynia (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. "Usługa pełnienia funkcji nadzoru inwestorskiego nad realizacją i w okresie gwarancji zadania Pomorski Park Naukowo -Technologiczny -Rozbudowa -etap III i IV". Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Pismem z dnia 16.09.2009 r. Zamawiający poinformował Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor

Zastępczy Sp. z o.o. (pełnomocnik), ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa 2. Biuro Inwestycyjne SDIS Sp. z o.o., ul. Wąwozowa 11, 02-796 Warszawa (dalej: Odwołujący) o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą. Kolejnym pismem z tej samej daty Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

W dniu 24.09.2009 r. Odwołujący złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 02.10.2009 r., poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 12.10.2009 r. (data nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów (co następnie podtrzymał w odwołaniu): art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych. W ocenie Odwołującego, czynności dokonane przez Zamawiającego naruszają ww. przepisy ustawy Pzp oraz świadczą o tym, iż Zamawiający nie widzi różnicy pomiędzy instytucją "uzupełnienia dokumentów" na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych oraz "złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów" na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp. Faktu tego nie zmienia, w ocenie Odwołującego, tłumaczenie Zamawiającego zawarte w rozstrzygnięciu protestu, iż wzywał jedynie do przedłożenia dokumentu umożliwiającego stwierdzenie, iż złożony wcześniej dokument (uprawnienia) jest prawidłowy.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, niezupełnienie przez niego dokumentów na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, z oczywistych względów nie mogło stanowić podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. W szczególności zaś takiej podstawy, wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w rozstrzygnięciu protestu, nie mogło stanowić nieprzedłożenie przez Wykonawcę dokumentu potwierdzającego posiadanie przez pana Andrzeja N. wykształcenia wyższego najpóźniej w dniu uzyskania przedmiotowych uprawnień.

W odwołaniu, wnoszono o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych,
- 2) unieważnienia czynności uznania oferty Odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, i powtórnej oceny ofert, jego oferta uzyskuje wyższą pozycję w rankingu ofert.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający w specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) żądał dysponowania osobą posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi m.in. w specjalności „w zakresie sieci, linii i urządzeń dla telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą” (pkt 7.1.3, str. 6-7 SIWZ).
2. Na potwierdzenie tak określonego warunku należało złożyć dokument - uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności „telekomunikacyjnej w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną” (pkt 7.1.3. 3) e), str. 7 SIWZ).
3. Niesporny był fakt, że do oferty Odwołującego nie załączono kompletu dokumentów na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, dlatego Zamawiający prawidłowo postąpił, wzywając Odwołującego do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.
4. W odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący złożył uprawnienia Andrzeja N., wydane w dn. 22.09.1998 r. „w telekomunikacji do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych i stacyjnych”.
5. Pismem z dnia 10.04.2009 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień, ponieważ jego zdaniem ze złożonego dokumentu nie wynikało potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (brak w uprawnieniach określenia „bez ograniczeń”, brak zakresu sieci wymaganego w SIWZ), a następnie – wobec niezyskania satysfakcjonujących wyjaśnień – wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych oraz uznał jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 tej ustawy.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego skład orzekający uznał, że Zamawiający zasadnie wykluczył Odwołującego z postępowania, bowiem ten nie złożył

dokumentów potwierdzających, że dysponuje osobą o uprawnieniach opisanych w SIWZ. Odwołujący na rozprawie argumentował, że przecież złożył dokument, dokładnie taki, jak był opisany w pkt 7.1.3. 3) e) SIWZ, str. 7, jednak skład orzekający zauważył, że powinien on potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 7.1.3, str. 6-7 SIWZ, a z przedłożonych uprawnień Andrzeja N. nie wynikało, że posiada on uprawnienia w pełnym zakresie wymaganym SIWZ (brak sieci).

Zgodnie z art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. - Prawo budowlane (Dz. U. z 2003 r. Nr 207, poz. 2016 z późn. zm.) osoby, które przed dniem wejścia w życie tejże 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, dlatego dla rozstrzygnięcia sprawy należało zbadać, czy uprawnienia Andrzeja N. w dacie ich wydania obejmowały zakres wymagany przez Zamawiającego w SIWZ (w tym sieci) oraz czy były to uprawnienia „bez ograniczeń”. Jako że były to uprawnienia z dn. 22.09.1998 r., to zostały wydane na podstawie rozporządzenia Ministra Łączności z dn. 10.10.1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym. Zgodnie z § 4 ust. 2 tegoż rozporządzenia, istniała specjalność instalacyjna „w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń w telekomunikacji”, a zatem specjalność odpowiadająca wymogom SIWZ. Tymczasem w uprawnieniach Andrzeja N. nie wymieniono sieci.

Oczywiście może się zdarzyć, że w dokumencie potwierdzającym posiadanie uprawnień znalazł się błąd (hipotetycznie brak umieszczenia w zakresie „sieci” może być wynikiem omyłki pisarskiej), jednak to nie Krajowa Izba Odwoławcza jest uprawniona do ewentualnego sprostowania takiego błędu. Zakres uprawnień budowlanych należy odczytywać zgodnie z treścią decyzji o ich nadaniu i w oparciu o przepisy będące podstawą ich nadania. W konsekwencji, w ocenie składu orzekającego, Zamawiający prawidłowo wezwał Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, skoro dokumenty wcześniej uzupełnione na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych budziły wątpliwości. Wobec powyższego, nie stwierdzono naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i ust. 4 Prawa zamówień publicznych i orzeczono jak w sentencji.

Krajowa Izba Odwoławcza orzekła wyłącznie w zakresie zarzutów dotyczących podstaw wykluczenia Odwołującego, ewentualne późniejsze zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych może, ale nie musi być konsekwencją wykluczenia wykonawcy i nie ma już wpływu na sytuację wykonawcy w postępowaniu, a zatem nie wpływa również na jego interes prawny. Wykonawca może udowodnić, że brak uzupełnienia dokumentów wynikał z przyczyn nie leżących po jego

stronie – a wydaje się, że ma to miejsce szczególnie w sytuacjach, kiedy zaistniał spór co do oceny dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Należy zwrócić również uwagę na fakt, że w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający po stwierdzeniu w wyniku przeprowadzenia procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, stwierdził, że wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (przesłanka wykluczenia przewidziana w art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych), choć równie dobrze mógł uznać – na co zwrócił uwagę Odwołujący – że wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu (przesłanka wykluczenia przewidziana w art. 24 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych). Obie te przesłanki są *de lege lata* trudne do rozgraniczenia i rzeczywiście te same stany faktyczne mogą być przyporządkowane do różnych prawnych podstaw wykluczenia. Choć rzeczywiście wydaje się, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający mógł alternatywnie zastosować art. 24 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych, Izba ostatecznie nie badała szczegółowo tej kwestii, bowiem gdyby nawet okazało się, że Zamawiający winien był wykluczyć Odwołującego z postępowania na innej podstawie prawnej, niż to miało miejsce, to i tak odwołania nie można byłoby uwzględnić, a to na podstawie art. 191 ust. 1a Prawa zamówień publicznych, bowiem nie miałyby to wpływu na wynik postępowania (wykonawca wykluczony pozostałby wykluczony z postępowania, lecz ewentualnie z zastosowaniem innej podstawy prawnej).

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty zastępstwa Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), natomiast nie uwzględniono kosztu dojazdu uznając, że w tym zakresie pełnomocnik Zamawiającego nie poparł wniosku odpowiednim dokumentem (z którego wynikałaby chociażby trasa dojazdu).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....