

Sygn. akt: **KIO 576/11**
KIO 577/11

WYROK
z dnia 1 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **31 marca 2011r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 marca 2011 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wiesława Jaśkowiaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe PREBET Sp. J. Wiesław Jaśkowiak, Konsorcjum Budowlano Inwestycyjne KBI – NORTEL Sp. z o.o., 63-400 Ostrów Wielkopolski, ul. Bema 184

B. "HENPOL" Sp. z o.o., 20-204 Lublin, ul. Zimna 9

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Sąd Okręgowy w Zamościu, 22-400 Zamość, ul. Akademicka 1**

przy udziale wykonawcy **Polimex – Mostostal S.A., 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 577/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołania;

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wiesława Jaśkowiaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe PREBET Sp. J. Wiesław Jaśkowiak, Konsorcjum Budowlano Inwestycyjne KBI – NORTEL Sp. z o.o. oraz "HENPOL" Sp. z o.o.** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez Odwoływających, w tym:

- A. kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wiesława Jaśkowiaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe PREBET Sp. J. Wiesław Jaśkowiak, Konsorcjum Budowlano Inwestycyjne KBI – NORTEL Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania;
- B. kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **"HENPOL" Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Zamościu**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 576/11
KIO 577/11

UZASADNIENIE

Zamawiający – Sąd Okręgowy w Zamościu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na *Budowę budynku Sądu Okręgowego i Sądu Rejonowego u zbiegu ulic Wyszyńskiego, Zamoyskiego, Pawłówka w Zamościu.*

1. Sygn. akt KIO 576/11

W dniu 18 marca 2011 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe PREBET Spółka Jawna Wiesław Jaśkowiak i Konsorcjum Budowlano Inwestycyjne KBI - NORTEL Sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum PREBET) wnieśli odwołanie wobec czynności wykluczenia ww. Konsorcjum z postępowania oraz zatrzymania wadium. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 (a w konsekwencji art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 2 pkt 5), art. 46 ust. 4a w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 5 i art. 58 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego.

Odwołujący podniósł, że spełnił warunki uczestnictwa w postępowania opisane w pkt.5.1 d) SIWZ dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej. Tym samym twierdzenie Zamawiającego, że warunki nie zostały spełnione (w efekcie wykluczenie z postępowania) oraz wezwanie o uzupełnienie dokumentów (w efekcie zatrzymanie wadium) jest sprzeczne z ustawą i stanem faktycznym sprawy. Odwołujący zaprzecza, że wyłącznym dowodem na spełnienie warunku wiarygodności finansowej jest informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo — kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, o posiadaniu środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę co najmniej 30.000.000,00 zł.

Zdaniem Odwołującego, wykonawca jest uprawniony, na podstawie art. 26 ust. 2c ustawy Pzp, do przedstawienia innego dokumentu, który w wystarczający sposób potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Dokumenty dołączone do oferty, dotyczące udzielenia odwołującemu kredytów kupieckich wraz z opiniami bankowymi na wymaganą kwotę (30 min złotych) są – w ocenie Odwołującego – wystarczające i prawnie dopuszczalne.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów było nieskuteczne i zbędne, a Zamawiający wadliwie ocenił stan faktyczny, w wyniku czego bezpodstawnie zatrzymał wadium.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz zatrzymania wadium oraz powtórzenia czynności oceny ofert.

2. Sygn. akt KIO 577/11

W dniu 18 marca 2011 r. wykonawca HENPOL Sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu:

- 1) przeprowadzenie postępowania na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawierającej warunki udziału w postępowaniu nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, uniemożliwiając tym samym udział wykonawców mogących wykonać zamówienie będące przedmiotem postępowania,
- 2) zaniechanie czynności wyjaśnienia treści oferty Odwołującego,
- 3) wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzuci cenę jego oferty oraz zatrzymanie wadium,
- 4) wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w sposób nie wynikający z warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, powyższe działania i zaniechania Zamawiającego stanowiły naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 1, 3 i 4, art. 36 ust. 1 pkt 5 oraz art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Przedstawiając stan faktyczny sprawy Odwołujący wskazał, że zgodnie z SIWZ wykonawca wykaże spełnienie warunków udziału w postępowaniu m.in. poprzez wykazanie dysponowania kierownikiem budowy oraz kierownikami robót osobami o odpowiednich kwalifikacjach zawodowych, doświadczeniu i wykształceniu do wykonania zamówienia.

W odniesieniu do kierownika robót branży telekomunikacyjnej Zamawiający żądał wskazania jednej osoby posiadającej uprawnienia budowlane bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej z co najmniej 3-letnim doświadczeniem na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót, w ramach realizacji co najmniej 2 robót budowlanych obejmujących branżę telekomunikacyjną podczas realizacji budowy, przebudowy lub remontu obiektu budowlanego albo zespołu obiektów budowlanych użyteczności publicznej. Ponadto Zamawiający w SIWZ zamieścił uwagę, że kierownik budowy i kierownicy robót budowlanych powinni posiadać uprawnienia budowlane bez ograniczeń zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. z 2006r. Nr 156 poz. 1118 z późn. zm.) oraz rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2006r. Nr 83

poz. 578 ze zm.), lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

Odwołujący, pismem z 8 lutego 2011 r. został wezwany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, m.in. poprzez wskazanie, że osoba proponowana do pełnienia funkcji kierownika robót branży telekomunikacyjnej posiada uprawnienia bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący w wyznaczonym terminie dokonał złożył wyjaśnienia oraz przesłał nowy wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia.

Dnia 10 marca 2011 r. Odwołujący został poinformowany przez Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty, o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz o zatrzymaniu wniesionego wadium. W uzasadnieniu wykluczenia wskazano jako podstawę prawną art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, iż podstawą wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp był brak wskazania w załączonym do oferty wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia zakresu uprawnień posiadanych przez pana Janusza Ziętka. Zamawiający ponadto stwierdził, że w odpowiedzi na wezwanie Wykonawca nie uzupełnił oferty w wymaganym przez Zamawiającego zakresie. Wobec konieczności interpretacyjnej zakresu uprawnień, Zamawiający wystąpił do Lubelskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z prośbą o opinię w zakresie spornych uprawnień. W odpowiedzi LOIIB w Lublinie wyjaśniła, iż posiadane przez J. Ziętka uprawnienia są uprawnieniami w ograniczonym zakresie. W konkluzji Zamawiający stwierdził, że dokumenty załączone do oferty nie potwierdzają wymaganych przez Zamawiającego kwalifikacji osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika robót telekomunikacyjnych, a brak uzupełnienia oferty powoduje konieczność wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, gdyż Wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Podnosząc zarzut nieważności postępowania Odwołujący wskazał, że warunki udziału w postępowaniu są nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, a nadto mogą spowodować dopuszczenie do udziału w postępowaniu i dalej w realizacji przedmiotu zamówienia osób nie posiadających uprawnień, które są niezbędne ze względu na cel zamówienia, którym są roboty budowlane. Odwołujący podniósł, że zgodnie z § 22 ust. 1 rozporządzenia uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z

infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Tak więc uprawnienia budowlane bez ograniczeń w branży telekomunikacyjnej mogą być bądź uprawnieniami do projektowania bądź do kierowania robotami budowlanymi. Zamawiający w SIWZ wskazał warunek posiadania uprawnień budowlanych, koncentrując się na podkreśleniu, iż chodzi o uprawnienia bez ograniczeń, nie wskazując natomiast, które uprawnienia bez ograniczeń są wymagane. Oznacza to, że za spełniającego warunki udziału w postępowaniu może być uznany zarówno wykonawca proponujący na funkcję kierownika w branży telekomunikacyjnej osobę posiadającą uprawnienia do projektowania, jak również osobę posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi.

Zdaniem Odwołującego, tak ukształtowane warunki uznać należy za niedookreślone, mogące powodować, iż robotami budowlanymi przedmiotu zamówienia będzie kierowała osoba mająca wyłącznie uprawnienia, wprowadzie bez ograniczeń, jednakże tylko do projektowania. Warunek ten może być również odczytany jako wymaganie uprawnień do projektowania w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia nie są prace projektowe bądź jako wymaganie uprawnień do projektowania oraz kierowania robotami budowlanymi, co w konsekwencji mogło wyeliminować potencjalnie zainteresowanych wykonawców, którzy odczytując tak warunek dotyczący uprawnień nie wzięli udziału w postępowaniu, pomimo iż dysponują osobami ze stosownymi uprawnieniami do kierowania robotami budowlanymi.

Tak określony warunek narusza – zdaniem Odwołującego – zasadę adekwatności ustalenia warunków do przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie prawa żądania oświadczeń i dokumentów w zakresie niezbędnym do przeprowadzenia postępowania, ale i w zakresie koniecznym dla danego zamówienia. Ponadto wymagania Zamawiającego mogą prowadzić do wyeliminowania wykonawców, którzy mają potencjał pozwalający przedmiot zamówienia wykonać należycie i dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie mają koniecznych kwalifikacji.

Podnosząc zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że Zamawiający w SIWZ nie zaznaczył, że w przypadku wskazywania osób posiadających uprawnienia uzyskane na podstawie regulacji wcześniejszych niż rozporządzenie z 2006 r. wymagane jest oświadczenie, iż takie uprawnienia odpowiadają uprawnieniom bez ograniczeń, tymczasem w wezwaniu skierowanym do Odwołującego, w części dotyczącej spornej kwestii zażądano uzupełnienia „poniższych dokumentów” (bez podania jakiego dokumentu dotyczy żądanie uzupełnienia) poprzez wskazanie, iż osoba proponowana do pełnienia funkcji kierownika robót branży telekomunikacyjnej posiada uprawnienia „bez ograniczeń” w specjalności telekomunikacyjnej.

Z uwagi na treść uprawnień, jakie posiadała osoba proponowana przez Odwołującego (niezawierającą żadnych odniesień zarówno co do wydawania uprawnień w ograniczonym zakresie, jak i w zakresie „nieograniczonym”) Odwołujący stwierdził, że przyjęcie trybu przewidzianego w art. 26 ust 3 ustawy Pzp i sposób uzupełnienia określony w wezwaniu są sprzeczne z przepisami ustawy. Zamawiający bowiem w wezwaniu domaga się uzupełnienia wykazu osób poprzez złożenie oświadczenia, że wskazane uprawnienia są „bez ograniczeń”, w sytuacji gdy SIWZ nie zawierała warunku składania dodatkowych oświadczeń w przypadku wskazywania uprawnień uzyskiwanych przed 2006 r. Zatem żądanie uzupełnienia wykraczało poza treść warunków określonych SIWZ. Skoro Zamawiający dopuścił możliwość posługiwania się uprawnieniami odpowiadającymi uprawnieniom bez ograniczeń, bez żądania złożenia zapewnienia przez Wykonawcę, że treść okazywanych uprawnień odpowiada uprawnieniom bez ograniczeń, to oznacza, że pozostawił własnej ocenie czy przedstawione uprawnienia odpowiadają wymaganiom należytego wykonania zamówienia. Zamawiający przewidział możliwość posługiwania się uprawnieniami – odpowiadającymi uprawnieniom wg regulacji aktualnie obowiązującego Prawa budowlanego i przepisu rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, nie określając bliżej co oznacza pojęcie „odpowiadających uprawnień.”

Odwołujący wskazał, że zgodnie z regulacją zawartą w cyt. wyżej Rozporządzeniu uprawnienia budowlane bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej (§ 22) mogą uprawniać do projektowania lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Tak sprecyzowany zakres uprawnień bez ograniczeń nie odpowiada zakresowi uprawnień bez ograniczeń w rozumieniu rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym (Dz. U. z 1995r. nr 120, poz. 581), na podstawie którego uzyskała uprawnienia osoba proponowana przez Odwołującego na kierownika robot w branży telekomunikacyjnej. Zgodnie bowiem z § 4 ust 1 rozporządzenia z 1995 r. uprawnienia budowlane w telekomunikacji mogły być wydawane w zakresie ograniczonym do projektu lub kierowania robotami budowlanymi lub nieograniczonym łącznie do projektowania i kierowania. Ustęp drugi tego paragrafu określał jedynie zakresy specjalizacji w specjalności telekomunikacyjnej. Z powyższego wynika, że kryteria różnicowania uprawnień bez ograniczeń na podstawie przepisów rozporządzeń z 2006 r. i 1995 r. są odmienne.

W ocenie Odwołującego uprawnienia nadane osobie proponowanej na funkcję kierownika robót telekomunikacyjnych odpowiadają wymaganiom SIWZ, gdyż uprawniają do

kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych.

Odwołujący wskazał, że w rozumieniu rozporządzenia z 1995 r. uprawnienia ww. osoby nie były uprawnieniami bez ograniczeń, ale ich zakres rzeczowy odpowiada w zasadzie aktualnej regulacji uprawnień bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanym, zasadny jest zatem wniosek, iż zakres uprawnień osoby wskazanej przez Odwołującego na kierownika w branży telekomunikacyjnej w swej treści odpowiada warunkom wskazanym w SIWZ. Zdaniem Odwołującego ocena uprawnień nie może odbywać się formalistycznie, w zależności od tego czy w treści uprawnień znajdzie się pojęcie „bez ograniczeń”. Żądając od Odwołującego wskazania, że proponowana osoba posiada uprawnienia bez ograniczeń, Zamawiający w istocie żądał oświadczenia, które będzie stanowiło interpretację zakresu uprawnień wydawanych w oparciu o odległe w czasie, odmienne regulacje prawne.

Zdaniem Odwołującego, w przypadku powzięcia wątpliwości, czy wskazane uprawnienia odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, przepisem, który winien mieć zastosowanie jest art. 26 ust 4 Pzp, regulujący kwestie wyjaśnień złożonych oświadczeń i dokumentów. Dopiero wtedy gdy wyjaśnienia złożone w tym trybie okazałyby się niewystarczające mógłby mieć zastosowanie przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Działania Zamawiającego podjęte w toku postępowania potwierdzają wniosek, iż Zamawiającemu chodziło o wyjaśnienie treści oświadczenia i dokumentu, a nie o ich uzupełnienie.

Argumentując zarzut bezpodstawnego zatrzymania wadium Odwołujący podniósł, że należycie dokonał uzupełnienia dokumentów i oświadczeń. Zamawiający odpowiedź wykonawcy uznał za wystarczającą, poza wskazaniem, że pan Janusz Ziętek ma uprawnienia bez ograniczeń. W tym zakresie stanowisko Zamawiającego jest błędne. Zdaniem Odwołującego, z przyczyn wyżej opisanych w sprawie uprawnień ww. osoby nie zachodziły braki dokumentu. Zgodnie z wolą Zamawiającego Odwołujący załączył do oferty wykaz i dokument w sprawie nadania uprawnień. Wykaz został sporządzony zgodnie z wzorem zawartym w SIWZ. W odpowiedzi na wezwanie uzupełnienia dokumentów Odwołujący ponownie złożył wykaz osób, nie wskazał jednakże – z przyczyn opisanych powyżej – że uprawnienia są bez ograniczeń.

Odwołujący podniósł, że niedookreślenie przez Zamawiającego żądania do uzupełnienia braków dokumentów i oświadczeń nie może działać na niekorzyść wykonawcy. Zamawiający żądał uzupełnienia dokumentów w sposób nieodpowiadający warunkom SIWZ, stosując nieadekwatne do okoliczności faktycznych przepisy, a skutkami swoich działań

obciążył wykonawcę poprzez zatrzymanie wadium. Czynności takie są – w ocenie Odwołującego – niezgodne z ustawą. Nawet gdyby przyjąć, iż Odwołujący nie spełnił warunków, to art. 46 ust. 4a ustawy Pzp nie znajduje zastosowania, gdyż dokumenty i oświadczenia zostały uzupełnione zgodnie z wezwaniem, jednakże w takim zakresie, w jakim wezwanie odpowiadało normie art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty,
- unieważnienia czynności zatrzymania wniesionego wadium,
- unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty,
- unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Na wypadek nieuwzględnienia powyższych żądań Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów, w tym wykazu osób , które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w części zawierającej żądanie wskazania, że proponowana do pełnienia funkcji kierownika robót branży telekomunikacyjnej osoba posiada uprawnienia „bez ograniczeń” w specjalności telekomunikacyjnej,
- unieważnienia czynności zatrzymania wadium.

W dniu 21 marca 2011 r. wykonawca Polimex-Mostostal S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący podniósł, że Odwołujący był uprawniony do wniesienia odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ w terminie określonym w art. 182 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp tj. w ciągu 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej. Obecnie zarzut ustalenia warunków udziału w postępowaniu w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia jest niedopuszczalny.

Odnosząc się do zarzutu niejednoznacznego wskazania w SIWZ, czy Zamawiający żąda aby kierownik budowy i kierownicy robót posiadali uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi, czy do projektowania, należy Przystępujący podniósł, że Zamawiający na str. 6 akapit trzeci SIWZ wyraźnie stwierdził, że: *kierownicy robót powinni posiadać uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach (...)*. Nie może zatem budzić wątpliwości, że w odniesieniu do kierowników robót Zamawiający

jednoznacznie określił, że żąda przedstawienia uprawnień do kierowania robotami budowlanymi, a nie do projektowania, jak sugeruje Odwołujący.

Ponadto Przystępujący podniósł, że stosownie do art. 12 ust. 2 ustawy Prawo budowlane *samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, określone w ust. 1 pkt 1-5 (m.in. kierowanie budową), mogą wykonywać wyłącznie osoby posiadające odpowiednie wykształcenie techniczne i praktykę zawodową, dostosowane do rodzaju, stopnia skomplikowania działalności i innych wymagań związanych z wykonywaną funkcją, stwierdzone decyzją, zwaną dalej „uprawnieniami budowlanymi”, wydaną przez organ samorządu zawodowego*. W świetle powyższych przepisów nie budzi wątpliwości, że uprawnienia budowlane dostosowane do wymagań związanych z funkcją kierownika budowy i niezbędne do wykonania zamówienia polegającego na budowie budynku, to do kierowania robotami budowlanymi, a nie uprawnienia do projektowania uprawnienia.

Zdaniem Przystępującego, zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1 pkt. 3, art. 26 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczne sformułowanie wymagań dotyczących uprawnień budowlanych jest nieuprawniony i oparty na wybiórczej analizie postanowień SIWZ. Brak jest zatem podstaw, by uwzględniać wnioski związane z tym zarzutem o: nakazanie unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W postępowaniu złożonych zostało 12 ofert, z których żadna nie została odrzucona (z wyjątkiem ofert Odwołujących, które w związku z wykluczeniem ich z postępowania zostały uznane za odrzucone).

Odwołujący złożyli oferty z cenami: 118.762.647,24 zł (Konsorcjum PREBET) oraz 122.998.553,88 zł (HENPOL Sp. z o.o.), co dało Odwołującym odpowiednio: dziesiąte i jedenaste miejsce pod względem jedyne kryterium oceny ofert, którym jest cena.

W ocenie Izby, Odwołujący nie mieli legitymacji do wniesienia odwołania, tj. nie spełniali przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nawet w przypadku niewykluczenia Odwołujących z postępowania, ich oferty zajęłyby na tyle odległe pozycje w rankingu ofert, że nie mieli oni realnej szansy na uzyskanie zamówienia (nie podnieśli bowiem żadnych zarzutów wobec ofert tańszych, zatem ocena tych ofert stała się

ostateczna). W związku z tym wykluczenie odwołujących z postępowania nie skutkowało dla nich szkodą w postaci utraty możliwości realizacji zamówienia. Nie wystąpiła w niniejszym przypadku żadna zależność pomiędzy czynnością Zamawiającego polegającą na wykluczeniu z postępowania i szkodą wykonawców, a ich interesem w uzyskaniu zamówienia – ewentualne naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy nie ma wpływu na sytuację Odwołujących jako wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Nawet przy przyjęciu szerszego rozumienia interesu, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, dopuszczającego możliwość wniesienia odwołania przez wykonawców, którzy nie złożyli najkorzystniejszej oferty, ale mają szansę na uzyskanie zamówienia (wykonawcy na drugim miejscu w przypadku niezawarcia umowy z pierwszym wykonawcą), interesem takim nie legitymują się Odwołujący w niniejszym postępowaniu.

Ponadto, jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, nie można też mówić o interesie w uzyskaniu zamówienia, jeżeli żądaniem odwołującego jest unieważnienie postępowania (a takie żądanie zgłosił w odwołaniu wykonawca HENPOL Sp. z o.o.). Potwierdza to brzmienie art. 179 ust. 1, w którym użyte zostało sformułowanie „interes w uzyskaniu danego zamówienia”, a więc zamówienia udzielanego w konkretnym postępowaniu. Powyższe wynika z faktu, że zamawiający nie jest zobowiązany do udzielenia określonego zamówienia, a wykonawca nie ma roszczenia o przeprowadzenie kolejnego postępowania, nie ma też pewności, że będzie miał możliwość ubiegać się o zamówienie w ewentualnym przyszłym postępowaniu.

W odniesieniu do warunkującej legitymację do wniesienia odwołania przesłanki wystąpienia szkody, przyjąć należy, że przesłanka ta dotyczy sytuacji, w której wskutek naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego, odwołujący utracił możliwość wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca.

Odwołujący powoływali się na wynikającą z czynności Zamawiającego szkodę polegającą na utracie wadium, co niewątpliwie stanowi dla wykonawców istotną dolegliwość, jednakże Izba uznała, że nie jest to szkoda w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, warunkująca możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej. Należy bowiem stwierdzić, że czynność zatrzymania wadium nie była czynnością dokonaną w toku postępowania o zamówienie publiczne, ale już po jego zakończeniu.

Podkreślenia wymaga, że obecnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp określają definicję legalną postępowania o udzielenie zamówienia, eliminując występujące na gruncie poprzedniego stanu prawnego wątpliwości co do momentu zakończenia postępowania. Przepis art. 2 pkt 7a jednoznacznie przesądza o tym, że postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się z chwilą osiągnięcia jego celu, tj. dokonania wyboru wykonawcy,

z którym zostanie zawarta umowa (lub wynegocjowania postanowień tej umowy w przypadku trybu z wolnej ręki). Zatem zatrzymanie wadium, dokonane po wyborze najkorzystniejszej oferty, jest czynnością podjętą po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia.

Zwrócić należy również uwagę, że kolejność czynności Zamawiającego wynika z art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a. Zatem w pierwszej kolejności zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę (w wyniku czego zostaje zakończone postępowanie o udzielenie zamówienia), a następnie zwraca wadium, bądź dokonuje jego zatrzymania na podstawie art. 46 ust. 4a. Tak też uczynił Zamawiający w niniejszym postępowaniu: w dniu 9 marca 2011 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, a następnie, 10 marca 2011 r., zatrzymał wadia wniesione przez Odwołujących.

Należy więc stwierdzić, że niemożliwie jest wywodzenie legitymacji do wniesienia odwołania poprzez powoływanie się na szkodę wynikającą jedynie z zatrzymania wadium, które następuje po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia. Legitymacja ta musi wynikać z innych okoliczności, dotyczących czynności zamawiającego w postępowaniu. Rozstrzygnięcie przez Izbę o zasadności zatrzymania wadium możliwe wydaje się jedynie pośrednio, przy okazji merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutu dotyczącego wykluczenia wykonawcy z postępowania (jeśli spełnione są przesłanki materialnoprawne, co w przedmiotowej sprawie nie ma miejsca z przyczyn opisanych powyżej). W takiej sytuacji orzeczenie Izby o niezasadności wykluczenia implikuje wniosek o braku podstaw do zatrzymania wadium i konieczności jego zwrócenia wykonawcom.

Zgodnie z przepisem art. 180 ust. 1 ustawy o Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest obowiązany na podstawie ustawy. W związku z powyższym Izba uznała, że nie została wypełniona materialnoprawna przesłanka dająca możliwość merytorycznego odniesienia się do podniesionego w odwołaniach zarzutu. Odwołujący, chcąc skutecznie zakwestionować zasadność zatrzymania wadium, powinni poszukiwać ochrony przed sądem powszechnym, właściwym do rozstrzygnięcia w przedmiocie roszczeń cywilnoprawnych.

W tej sytuacji na marginesie jedynie zauważyć należy, że nawet gdyby doszło do merytorycznego rozstrzygnięcia podniesionych przez Odwołujących zarzutów, odwołania nie mogłyby zostać uwzględnione. Ochrona prawna na gruncie ustawy Pzp została przyznana wykonawcom wyłącznie w odniesieniu do czynności, których bezprawne dokonanie lub

zaniechanie wpływa na wynik postępowania. Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Z przepisu tego jednoznacznie wynika wyraźny zamiar ustawodawcy ograniczenia uwzględniania odwołań tylko do sytuacji, w których naruszenie ustawy przekłada się na wynik postępowania, co jest uzasadnione względami systemowymi i funkcjonalnymi. Czynności Zamawiającego będące przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego, tj. wykluczenie Odwołujących i zatrzymanie wadium, nie mają i nie mogą mieć żadnego wpływu na wynik przetargu, ze względu na odległe miejsca, jakie zajęliby Odwołujący w rankingu ofert, gdyby nie zostali wykluczeni, zatem Izba nie miałaby podstaw do uwzględnienia odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 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:

.....