

WYROK
z dnia 24 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 maja 2012 r. przez wykonawcę **MBJ Corporation Spółka z o. o., ul. Sabły 60, 02-174 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Mikołaja Kopernika, ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania Rewitalizacja zabytkowego zespołu dawnego Szpitala Pediatrycznego im. Anny Marii przy ul. Piłsudskiego 71 w ramach Osi Priorytetowej VI Odnowa obszarów miejskich, działanie VI.1 Rewitalizacja obszarów problemowych Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Łódzkiego na lata 2007-2013” (znak sprawy 3/12).

przy udziale wykonawcy **BUD-INVENT Spółka z o.o., ul. Łowicka 19, 02-574 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, jak również nakazuje powtórzenie czynności badania

1

i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego,

2. kosztami postępowania w wysokości 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Mikołaja Kopernika, ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MBJ Corporation Spółka z o. o., ul. Sabły 60, 02-174 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Mikołaja Kopernika, ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź** na rzecz **MBJ Corporation Spółka z o. o., ul. Sabły 60, 02-174 Warszawa** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych i zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity 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 Łodzi.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie
do wyroku z dnia 24 maja 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 975/12

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Mikołaja Kopernika, ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania Rewitalizacja zabytkowego zespołu dawnego Szpitala Pediatrycznego im. Anny Marii przy ul. Piłsudskiego 71 w ramach Osi Priorytetowej VI Odnowa obszarów miejskich, działanie VI.1 Rewitalizacja obszarów problemowych Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Łódzkiego na lata 2007-2013” (znak sprawy 3/12).

Szacunkowa wartość zamówienia jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 16.02.2012 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 1 z 2012 r. pod pozycją 38777.

W dniu **09.05.2012 r.** Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp;

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **14.05.2012 r.** od czynności zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty i w związku z tym Odwołujący wniosł o:

1. Uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie warunków udziału w postępowaniu, w części dotyczącej posiadanych uprawnień w zakresie telekomunikacyjnym w sposób ograniczający uczciwą konkurencję,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione wykluczenie Odwołującego z postępowania przetargowego.

W uzasadnieniu wskazał, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający cyt. art. 22 ust. 1 ustawy Pzp opisał w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia warunki udziału w postępowaniu co z obowiązującymi zasadami oraz ze stanowiskiem KIO z 29.05.2008r. sygn. akt KIO/UZP 467/08, nie jest wystarczającym do stwierdzenia, że Zamawiający w sposób wyraźny i jednoznaczny skonkretyzował warunki udziału w postępowaniu, gdyż opisany

zakres wymaganych uprawnień nie pozwala na stwierdzenie, że powinna posiadać je wszystkie jedna osoba.

Zamawiający w zapisach SIWZ (pkt 6.1.2. lit. e) zażądał, aby Wykonawca w zakresie potwierdzenia warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wykazał, że dysponuje co najmniej 1 osobą na stanowisko Inspektora Nadzoru Branży Telekomunikacyjnej posiadający m.in.:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specyfikacji telekomunikacyjnej bez ograniczeń w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą.

W ocenie Odwołującego czytając wprost tak, że Zamawiający wymaga "co najmniej 1 osoby" a więc dwie osoby posiadające uprawnienia spełniają warunek.

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że spójnik "oraz" łączy słowa i zdania równorzędne, wskazując je jako występujące równocześnie ale nie razem.

Ponadto Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozporządzeniem Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. zakres uprawnień budowlanych w telekomunikacji dzieli się na specjalizacje przewodową i radiową. Wskazać więc należy, że uprawnienia budowlane określone w ww. rozporządzeniu (par. 4) są wydawane bez ograniczeń lub w ograniczonym zakresie w ramach specjalności instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych w specjalizacjach:

- 1) przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, dotyczących urządzeń liniowych i stacyjnych,
- 2) radiowej, dotyczących obiektów nadawczych radiofonii i telewizji naziemnej oraz nadawczych i odbiorczych obiektów radiokomunikacyjnych.

W ocenie Odwołującego żądanie występowania w przetargu osoby z podwójnymi

uprawnieniami to tak jak żądanie osoby posiadającą uprawnienia np. sanitarne i budowlane albo elektryczne i sanitarne. Z punktu widzenia Zamawiającego nie może mieć znaczenia ile osób będzie nadzorowało prace, ale ma znaczenie czy mają aktualne uprawnienia.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, dokonanie w dniu 02.04.2012 r. uzupełnienia złożonej oferty o odpowiednie dokumenty, wskazujące na spełnienie ww. warunku SIWZ poprzez wskazanie dwóch osób spełniających łącznie wskazanie co do uprawnień w SIWZ spełnia wymóg określony w tej specyfikacji.

Odwołujący wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26.03.2012 r. o sygn. akt KIO 474/12, w którym to w podobnej sytuacji skład orzekający uznał, że dopuszczalne jest złożenie dokumentów więcej niż jednej osoby, które łącznie spełnia warunek określony w SIWZ.

Odwołujący wskazał ponadto, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16.08.2010 r. o sygn. akt KIO/UZP 1602/10, stawianie warunku udziału w postępowaniu powinno być dokonywane w sposób jasny i czytelny dla wykonawców, tak aby wykonawcy analizując jego treść mogli dokonać prawidłowej jego oceny i interpretacji. Takie zaś stanowisko KIO, prowadzi do jasnego wniosku, że wszelkie wątpliwości w przedmiocie treści SIWZ powinny być odczytywane na korzyść oferenta.

W konkluzji Odwołujący podniósł, że w tej sytuacji wykluczenie Odwołującego z postępowania przetargowego jest bezzasadne.

Zamawiający na etapie posiedzenia złożył odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o jego oddalenie podtrzymując swoje stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, złożoną w przedmiocie postępowania Odwołującego ofertą, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Odwołujący złożył w postępowaniu najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, zaś wykluczenie Odwołującego z postępowania uniemożliwi mu uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a

wykonawcami ubiegającymi się o udzielnie przedmiotowego zamówienia oraz przekazanej przez Zamawiającego oferty złożonej przez Odwołującego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości mniejszej od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Po drugie Izba ustaliła, iż Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (III.3.4. lit. e) oraz SIWZ (pkt 6.1.2. lit. e) wskazał, w ramach warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, iż w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia, wykonawca winien wykazać, że dysponuje co najmniej 1 osobą na stanowisko Inspektora Nadzoru Branży Telekomunikacyjnej posiadającą:

- wykształcenie wyższe techniczne;
- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą;
- co najmniej 5 – letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami lub wykonywaniu nadzoru inwestorskiego podobnych inwestycji co objęte przedmiotem niniejszego zamówienia.

Na potwierdzenie powyższego warunku Zamawiający wymagał złożenia wykazu osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia, który miał potwierdzać wymogi postawione przez Zamawiającego.

Ponadto Zamawiający w ogłoszeniu o zamówienia wskazał, że: „W przypadku specjalistów, którzy uzyskali decyzje o przyznaniu uprawnień budowlanych na podstawie

wcześniej obowiązujących przepisów dopuszcza się te uprawnienia, które odpowiadają swoim zakresem uprawnieniom wydanym na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów”.

Zamawiający pismem z dnia 28.02.2012 r. (znak EZ/263/3/217/2012) zatytułowanym „Odpowiedzi na pytania oraz zmiana treści SIWZ) w pkt 3 w odpowiedzi na pytanie: „Prosimy o wyjaśnieni, czy Zamawiający dopuszcza wskazanie jednej osoby do pełnienia więcej niż jednej funkcji np. Inspektora Nadzoru Robót Ogólnobudowlanych oraz Inspektora Nadzoru Inwestorskiego Robót Konserwatorskich jeżeli osoba ta spełnia wymagania SIWZ?” udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający nie dopuszcza wskazania jednej osoby do pełnienia więcej niż jednej funkcji”.

Izba ustaliła, iż Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę z ceną ofertową wynoszącą 369.000,00 zł brutto. W złożonej ofercie w wykazie osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia (formularz nr 4) na str. 23 – 27 wskazał na stanowisko Inspektora Nadzoru Branży Elektrycznej oraz Inspektora Nadzoru Branży Telekomunikacyjnej Pana Ziemowita Goździka wskazując, iż osoba ta posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności elektrycznej (Nr Ew. 175/71/Łm).

Zamawiający pismem z dnia 27.03.2012 r. (znak EZ/263/3/571/2012) wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów oraz złożenia wyjaśnień m.in. w pkt 7 do uzupełnienia wykazu osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia (formularz nr 4 do SIWZ) w zakresie Inspektora Nadzoru Branży Telekomunikacyjnej. W uzasadnieniu wezwania powyższym zakresie wskazał, że zgodnie z zapisami SIWZ Zamawiający żądał aby Wykonawca w zakresie potwierdzenia warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wykazał, że dysponuje co najmniej 1 osobą na stanowisko zakresie Inspektora Nadzoru Branży Telekomunikacyjnej posiadającą:

- wykształcenie wyższe techniczne;
- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastruktura telekomunikacyjną oraz telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą

towarzyszącą;

- co najmniej 5 – letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami lub wykonywaniu nadzoru inwestorskiego podobnych inwestycji co objęte przedmiotem niniejszego zamówienia.

Na potwierdzenie powyższego warunku Zamawiający wymagał złożenia wykazu osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia, który miał potwierdzać wymogi postawione przez Zamawiającego.

7

W dalszej części uzasadnienia podniósł, iż zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 3 z dnia 28.02.2012 r. (pismo nr EZ/263/3/217/2012) Zamawiający nie dopuścił wskazania jednej osoby do pełnienia więcej niż jednej funkcji. Z załączonego przez Wykonawcę do oferty wykazu wynika, że na stanowisko Inspektora Nadzoru Branży Telekomunikacyjnej zaproponowany został Pan Ziemowit G., z uwagi na fakt, iż Pan Ziemowit G. wskazany został również jako Inspektor Nadzoru Branży Elektrycznej, Zamawiający wzywa do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykazu osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia, który jednoznacznie potwierdzi spełnienie warunku udziału w postępowaniu, tj. że Wykonawca dysponuje co najmniej 1 osobą na stanowisko Inspektora Nadzoru Branży Telekomunikacyjnej posiadającą:

- wykształcenie wyższe techniczne;
- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą;
- co najmniej 5 – letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami lub wykonywaniu nadzoru inwestorskiego podobnych inwestycji co objęte przedmiotem niniejszego zamówienia.

Na zakończenie wskazał, iż dokumenty, o których mowa wyżej należy dostarczyć w nieprzekraczalnym terminie do dnia 02.04.2012 r. w formie pisemnej, do siedziby Zamawiającego: KANCELARIA SZPITALA, ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź.

Izba ustaliła ponadto, iż Odwołujący pismem z dnia 30.03.2012 r., w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, m.in. złożył w odniesieniu do pkt 6 wezwania dotyczącego Inspektora Nadzoru Inwestorskiego Branży Telekomunikacyjnej wykaz osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia na formularzu nr 4, w którym wskazał dwie osoby:

- Mariusza P. na stanowisko inspektora nadzoru branży telekomunikacyjnej posiadającego uprawnienia budowlane w telekomunikacji do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, bez ograniczeń (decyzja nr DTT-TU/02237/02/U z dnia 28.02.2002 r.);
- Piotra C. – na stanowisko inspektora nadzoru branży telekomunikacyjnej posiadającego uprawnienia budowlane w telekomunikacji do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w telekomunikacji radiowej bez ograniczeń (decyzja nr DTT-TU/2222/01/U z dnia 02.08.2001 r.).

W dalszej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 09.05.2012 r. (znak EZ/263/3/756/2012) zatytułowanym „Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty” poinformował wykonawców, iż za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta złożona

8

przez wykonawcę BUD-INVENT Spółka z o.o. oraz, że m.in. wykluczył na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykonawcę MJB Corporation Spółka z o.o. W uzasadnieniu faktycznym wskazał na treść opisanego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ warunku odnoszącego się do inspektora nadzoru branży telekomunikacyjnej oraz podniósł, że na potwierdzenie powyższego warunku wymagał złożenia wykazu osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia, który miał potwierdzać wymogi postawione przez Zamawiającego. Następnie podniósł, iż z załączonego przez wykonawcę do oferty wykazu wynikał, iż na stanowisko Inspektora Nadzoru Branży Telekomunikacyjnej zaproponowany został Pan Ziemowit G. Z uwagi na fakt, iż Pan Ziemowit G. wskazany został również jako Inspektor Nadzoru Branży Elektrycznej, Zamawiający wezwał w dniu 27.03.2012 r. pismem o nr EZ/263/3/571/2012 do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykazu osób

odpowiedzialnych za realizację zamówienia, który jednoznacznie potwierdzi spełnienie warunku udziału w postępowaniu, tj. udowodni, że Wykonawca dysponuje co najmniej 1 osobą na stanowisko Inspektora Nadzoru Branży Telekomunikacyjnej (...). Następnie Zamawiający wskazał, że w dniu 02.04.2012 r. wykonawca MJB Corporation Spółka z o.o. złożył uzupełnione w tym zakresie dokumenty oraz wykazał, iż w zakresie tego warunku nie dysponuje jedną osobą spełniającą tak sformułowany warunek i w to miejsce na potwierdzenie tak sformułowanego warunku wykazał dwie osoby tj. Pana Mariusza P. posiadającego uprawnienia budowlane w telekomunikacji do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, bez ograniczeń oraz Pana Piotra C. posiadającego uprawnienia budowlane w telekomunikacji do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w telekomunikacji radiowej bez ograniczeń. W dalszej części uzasadnienia Zamawiający podniósł, że wobec jednoznacznego brzmienia postanowienia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający uznał, iż wykonawca wykazał, że nie dysponuje co najmniej 1 osobą na stanowisko Inspektora Nadzoru Branży Telekomunikacyjnej posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą lecz dwoma osobami spełniającymi warunek łącznie. W związku z powyższym Zamawiający w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wyklucza wykonawcę MJB Corporation Spółka z o.o. z powodu niespełnienia warunku dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Wykonawca MJB Corporation Spółka z o.o. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 31.03.2012 r. wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni, tj. do dnia 05.06.2012 r. oraz wyraził zgodę na przedłużenie wadium wniesionego w pieniądzu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

I. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp na skutek opisanego warunku udziału w postępowaniu, w części dotyczącej posiadanych uprawnień w zakresie telekomunikacyjnym, w sposób ograniczający uczciwą konkurencję Izba uznała, iż zarzut powyższy nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy wskazać, iż za kompleksowo sformułowany zarzut należy uznać nie tylko wskazanie naruszonej normy prawnej ale również okoliczności jego naruszenia oraz czynność podmiotu zamawiającego będącą jego podstawą. W ramach naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący powiązał ten zarzut z czynnością Zamawiającego obejmującą opis warunków udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała powyższy zarzut za spóźniony i podzieliła w tym zakresie argumentację Zamawiającego podniesioną w odpowiedzi na odwołanie. Zgodnie bowiem z treścią art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia zamówienia, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Należy bowiem wskazać, iż Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w dniu 16.02.2012 r. i w tym samym dniu zamieścił na stronie internetowej SIWZ.

Tym samym, biorąc pod uwagę powyższe, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp podlega oddaleniu jako wniesiony z uchybieniem ustawowego terminu.

II. W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp Izba uznała, iż zarzut powyższy zasługuje na uwzględnienie.

W ramach ogólnych rozważań należy wskazać, iż warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków mają na celu wybór oferty złożonej przez wykonawcę zdolnego do realizacji zamówienia. Należy również wskazać, iż fakt spełnienia warunków udziału w postępowaniu winien wykazać wykonawcę ubiegający się o udzielenie zamówienia. W zakresie warunku opisanego w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wykonawca winien wykazać, iż dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Ponadto art. 22 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Wyżej wskazane normy prawne, w zakresie warunku odnoszącego się do personelu wykonawcy, korespondują bezpośrednio z etapem realizacji zamówienia, tj. warunek ten wskazuje, iż na etapie jego precyzowania należy uwzględnić również okoliczności bezpośrednio związane z etapem realizacji przedmiotu zamówienia, którym w tym przypadku jest pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w ramach robót remontowo-budowlanych. Powyższe należy przenieść także na etap oceny spełniania warunków, gdyż nie sposób uznać, iż ustawodawca odmiennie wytyczne odniósł do etapu precyzowania warunków, zaś odmiennie do oceny ich spełnienia przez wykonawców.

Osią sporu pomiędzy Stronami jest okoliczność, czy przy wskazanym w ogłoszeniu i SIWZ opisie warunku udziału w zakresie posiadania osoby na stanowisko inspektora nadzoru w branży telekomunikacyjnej wskazanie dwóch osób, łącznie spełniających powyższy warunek w zakresie uprawnień budowlanych pozwala na uznanie, że wykonawca wykazał spełnienie tego warunku i tym samym nie podlega on wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W ocenie Izby prezentowane przez Zamawiającego oraz Przystępującego rozumienie tego warunku nie koresponduje z dotychczasowymi regulacjami prawnymi odnoszącymi się do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalności telekomunikacyjnej oraz wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadą równego traktowania wykonawców, gdyż biorąc pod uwagę regulacje odnoszące się do procesu budowlanego związane z pełnieniem samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie wykonawca, który posiada 2 osoby dysponujące oddzielnie uprawnieniami dla telekomunikacji przewodowej i oddzielnie dla telekomunikacji radiowej jest w stanie zapewnić nadzór nad robotami w takim samym stopniu, jak wykonawca dysponujący jedną osobą posiadającą łącznie uprawnienia w tym zakresie.

Obecnie obowiązujące rozporządzenie Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. (Dz. U. z 2006 r. Nr 83, poz. 578 z późn. zm.) w § 22 ust. 1 wskazuje, że: „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”. W poprzednio obowiązującym rozporządzeniu regulującym tę materię, uchylonym dnia 01.12.2004 r., tj. rozporządzeniu Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym (Dz. U. z 1995 r. Nr 120, poz. 581) w § 2 zostało wskazane, że: „Uprawnienia budowlane w telekomunikacji są udzielane w specjalnościach instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń dla: 1) telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, 2) telekomunikacji radiowej”.

Ponadto powyższe rozporządzenie wykonawcze w § 4 ust. 1 wskazywało, iż: „Uprawnienia budowlane w telekomunikacji mogą być wydawane w zakresie ograniczonym do projektowania lub kierowania robotami budowlanymi lub nie ograniczonym łącznie do projektowania i kierowania”. W tym samym § 4 został ujęty ust. 2, który stanowił, że: „Ustanawia się specjalizacje w ramach specjalności instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń w telekomunikacji:

- 1) przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, dotyczącej urządzeń liniowych i stacyjnych,
- 2) radiowej, dotyczącej obiektów nadawczych radiofonii i telewizji naziemnej oraz nadawczych i odbiorczych obiektów radiotelekomunikacyjnych”.

Powyższe uchylone rozporządzenie przewidywało dwa rodzaje specjalności i dwa rodzaje specjalizacji w ramach specjalności instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń. Obecnie obowiązujące rozporządzenie w zakresie telekomunikacji przewiduje jedną łączną specjalność odnoszącą się do telekomunikacji przewodowej oraz radiowej. W

ramach specjalności telekomunikacyjnej w rozporządzeniu Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. ustawodawca nie dokonał wyodrębnienia specjalizacji.

Biorąc pod uwagę powyższe odrębności w przywołanych powyżej aktach wykonawczych, wydanych w oparciu o art. 16 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.), należy wskazać, iż nie ulega wątpliwości, że obecnie obowiązujące rozporządzenie umożliwia wydanie łączne uprawnień w specjalności telekomunikacyjnej dla telekomunikacji przewodowej oraz telekomunikacji radiowej, bez wyodrębnienia specjalizacji w tym zakresie (załącznik nr 2 do ww. rozporządzenia – wykaz specjalizacji techniczno-budowlanych wyodrębnionych w specjalnościach budowlanych).

W ocenie Izby, zarówno na etapie wszczęcia postępowania, jak również na etapie oceny ofert Zamawiający winien uwzględnić powyższą okoliczność. Zamawiający w ramach opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku odnoszącego się do osoby na stanowisko inspektora nadzoru branży telekomunikacyjnej żądał, co najmniej jednej osoby posiadającej m.in. uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Wskazał ponadto, iż: „W przypadku specjalistów, którzy uzyskali decyzje o przyznaniu uprawnień budowlanych na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów dopuszcza się te uprawnienia, które odpowiadają swoim zakresem uprawnieniom wydanym na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów”. W ocenie Izby, przy uwzględnieniu dotychczasowych aktów prawnych regulujących materię związaną z

12

pełnieniem samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalności telekomunikacyjnej, powyższy zapis winien być wytyczną do wykładni postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w odniesieniu do spornego warunku udziału. Wykładnia ta zatem winna uwzględniać dotychczasowe regulacje w tym zakresie dla oceny jego spełnienia.

Należy również wskazać, na co zwrócił uwagę Odwołujący w toku rozprawy, iż warunek winien być spełniony przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, nie zaś przez poszczególne osoby wskazane przez niego w wykazie.

W ocenie Izby treść przedmiotowego warunku, w tym w szczególności zapis „co najmniej 1 osobą (...)”, wskazuje na dopuszczalność wskazania więcej niż 1 osoby na to samo stanowisko. Nie sposób bowiem z treści warunku wywieść, że Zamawiający żądał aby to jedna osoba dysponowała łącznie tego rodzaju uprawnieniami wydanym w oparciu o uchylone rozporządzenie, które rozdzielało specjalność telekomunikacyjną na przewodową i radiową oraz ustanawiało dwie odrębne specjalizacje. Powyższe można wywieść również z odpowiedzi na pytanie nr 3 zawarte w piśmie z dnia 28.02.2012 r. (znak EZ/263/3/217/2012) zatytułowanym „Odpowiedzi na pytania oraz zmiana treści SIWZ”, w którym wskazał, że: „Zamawiający nie dopuszcza wskazania jednej osoby do pełnienia więcej niż jednej funkcji”. W tym zakresie Izba w pełni podzieliła argumentację Odwołującego zaprezentowaną w toku rozprawy. Należy bowiem wskazać, iż powyższa odpowiedź na pytanie wskazuje, że celem Zamawiającego było raczej rozdzielenie poszczególnych funkcji, a nie ich kumulowanie. Nie zasługują zatem na uwzględnienie argumenty Przystępującego, wskazane w toku rozprawy, że doprowadzi to do niezgodnego z wymaganiami Zamawiającego sposobu realizacji świadczenia oraz utrudni i skomplikuje proces budowlany pod względem organizacyjnym. Wielość uczestników procesu budowlanego posiadających uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie wynika z istoty tego procesu, w szczególności ma miejsce w sytuacjach, gdy jedna inwestycja odnosi się do wielu budynków lub budynku o znacznej kubaturze, jak również gdy inwestycja jest rozległa obszarowo lub liniowo.

W ocenie Izby z literalnej treści przedmiotowego warunku nie wynika wprost, aby Zamawiający wymagał jego spełnienia przez jedną osobę. Zamawiający, biorąc pod uwagę treść art. 104 ustawy Prawo budowlane, winien bowiem uwzględnić w ramach formułowania warunku oraz oceny jego spełnienia przez wykonawcę okoliczność, iż w obiegu prawnym funkcjonują decyzje potwierdzające posiadania uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie – wydane w oparciu o nieobowiązujące akty prawne, w tym o ustawodawstwo z okresu II Rzeczypospolitej.

Ponadto, dokonując wykładni spornego warunku należy wskazać, że oprócz wykładni literalnej istotne znaczenie ma wykładnia celowościowa ze względu na istotę warunków

stawianych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym zakresie Przystępujący wskazał w przystąpieniu na orzeczenie w postaci wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 października 2008 r. (sygn. akt XXIII Ga 446/08), w którego uzasadnieniu zostało wskazane, że: „Postanowienia w zakresie warunków udziału (jak i przedmiotu zamówienia) należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną właśnie z uwagi na konieczność zapewnienia ewentualnym oferentom pełnej oceny własnych możliwości udziału w przetargu. Nie jest zatem właściwe stosowanie, w omawianym zakresie, innej wykładni wymogów zamawiającego niż wykładnia językowa i tylko takie wymagania powinni spełnić oferenci jakie wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Powyższa teza Sądu Okręgowego zasługuje na pełną aprobatę, gdyż wynika z niej, iż niedopuszczalne jest stosowanie wykładni rozszerzającej m.in. w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu i doszukiwanie się dodatkowych, nie ujętych w ich treści, wymagań, które spełnić winni wykonawcy. Z powyższego wynika, iż niedopuszczalne jest zastrzeganie warunków w drodze ich wykładni na etapie oceny ich spełnienia.

Jednakże w przedmiotowym stanie faktycznym proces wykładni nie dotyczy bowiem zakresu minimalnych wymagań Zamawiającego, gdyż poza sporem pozostaje okoliczność, że wymagał on m.in. dysponowania co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia w zakresie telekomunikacji przewodowej oraz radiowej. Spór bowiem dotyczy okoliczności, w jaki sposób Odwołujący może wykazać spełnienie przedmiotowego warunku, tj. wskazując na to stanowisko jedną osobę, czy też wskazując dwie osoby spełniające ten warunek łącznie. Spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę i wykazanie tego faktu w toku procedury o udzielenie zamówienia publicznego winno potwierdzać, że wykonawca jest zdolny do realizacji przedmiotu umowy. Dysponowanie dwoma osobami spełniającymi warunek łącznie nie odbiera bowiem Odwołującemu możliwości realizacji umowy, gdyż dysponuje on wykwalifikowaną kadrą zdolną objąć stanowiska inspektorów nadzoru we wszystkich wymaganych przez Zamawiającego branżach umożliwiających realizację umowy i zapewniających prawidłowy przebieg procesu inwestycyjnego. Biorąc pod uwagę powyższe, rozumienie tego warunku prezentowane przez Zamawiającego oraz Przystępującego, byłoby sprowadzeniem jego treści do konieczności formalnego wykazania jego spełnienia bez uwzględnienia celu dla którego zamawiający formułuje poszczególne zapisy odnoszące się do warunków udziału w postępowaniu. Prowadziłoby to zatem do zrównania, w ramach oceny jego spełnienia, okoliczności w jaki sposób wykonawca wykazał spełnienie warunku i jak ten warunek spełnia z okolicznością, czy wykazał jego spełnienie w zakresie umożliwiającym realizację przedmiotu zamówienia. Jeżeli bez znaczenia dla zamawiającego pozostaje okoliczność, czy wykonawca spełnia warunek w zakresie personelu dysponując osobami na podstawie umów cywilnoprawnych, czy na podstawie umowy o pracę tak samo bez wpływu na jego sytuację pozostaje okoliczność, czy spełnia warunek wskazując jedną,

czy też dwie osoby na określone stanowisko. Żaden bowiem przepis prawa nie wyklucza możliwości objęcia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności telekomunikacyjnej przez dwie osoby posiadające odrębne uprawnienia w zakresie infrastruktury przewodowej oraz infrastruktury radiowej. Wprost przeciwnie, z treści art. 27 ustawy Prawo budowlane wynika, iż jedynym wymogiem w przypadku ustanowienia na budowie inspektorów nadzoru inwestorskiego w zakresie różnych specjalności jest obowiązek wyznaczenia przez inwestora jednego z nich jako koordynatora. Ponadto z powyższej normy prawnej wynika, że konieczność ustanowienia na budowie inspektorów nadzoru różnych specjalności jest pochodną rodzaju obiektu budowlanego (jego skomplikowania oraz infrastruktury), a zatem jeżeli w obiegu prawnym funkcjonują odrębne decyzje odnoszące się w specjalności telekomunikacyjnej do infrastruktury przewodowej oraz infrastruktury radiowej dopuszczalne jest objęcie tej funkcji przez dwie osoby.

Należy, dzieląc argumentację Odwołującego, również wskazać, że w razie jakichkolwiek wątpliwości treści SIWZ, w tym w szczególności w odniesieniu do opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, winny one być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Źródłem powyższych wątpliwości mogą być bowiem

zmiany przepisów odnoszących się do uprawnień telekomunikacyjnych, a w szczególności dokonana przez ustawodawcę zmiana zakresu przyznawanych uprawnień oraz rezygnacja ze specjalizacji w zakresie specjalności telekomunikacyjnej.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp ze względu na wskazanie w wykazie osób na stanowisko inspektora nadzoru branży telekomunikacyjnej dwóch osób – posiadających wymagane przez Zamawiającego wykształcenie, uprawnienia oraz doświadczenie było pozbawione podstaw prawnych i faktycznych.

Zgodnie z treścią 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 o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenia przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

15

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....

16

17