

WYROK

z dnia 23 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2012r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2012 r. przez **wykonawcę: Sport Halls Sp. z o.o. ul. Komuny Paryskiej 57/15; 50-452 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego: Miasto Zielona Góra MOSiR Sulechowska 41; 65-022 Zielona Góra**

przy udziale **wykonawcy Skanska S.A. ul. Gen. J. Zajączka 9; 01-518 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje unieważnienie wykluczenia odwołującego z postępowania, nakazuje wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentu – Wykazu osób w zakresie osób uprawnionych do pełnienia funkcji kierownika robót oraz projektanta w zakresie

telekomunikacji a także nakazuje ponowne badanie oferty odwołującego wraz z oceną i wyborem najkorzystniejszej oferty a także nakazuje unieważnienie zatrzymania wadium odwołującego

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Zielona Góra MOSiR Sulechowska 41; 65-022 Zielona Góra**

:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 **zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Sport Halls Sp. z o.o. ul. Komuny Paryskiej 57/15; 50-452 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Miasto Zielona Góra MOSiR Sulechowska 41; 65-022 Zielona Góra** na rzecz **Sport Halls Sp. z o.o. ul. Komuny Paryskiej 57/15; 50-452 Wrocław** kwotę 13.600 **zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Przedmiotem zamówienia jest „Zaprojektowanie i Rozbudowa stadionu żużlowego w Zielonej Górze Etap III i IV”.

Ogłoszenie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. 2012 314920 Działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. 10.113.759 z późn. zm.), zwanej dalej „Ustawą”, złożono odwołanie w dniu 10 października 2012r. od przepisami ustawy czynności

zamawiającego w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Bezprawne działania Zamawiającego zamknęły Odwołującemu możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną. Jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu była cena oferty - 100%. Gdyby Zamawiający nie wykluczył Odwołującego z postępowania, to Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie przy powyższym kryterium, bowiem jego oferta uzyskałaby I miejsce w rankingu ofert. Odwołujący został narażony na szkodę w postaci poniesienia kosztów przygotowania i złożenia oferty oraz w postaci utraty możliwości uzyskania kontraktu pozwalającego na prowadzenie działalności z zyskiem. Odwołujący zatem jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 Ustawy.

Zamawiający z naruszeniem przepisów Ustawy dokonał następujących czynności:

1. bezpodstawnie wykluczył Odwołującego z postępowania;
2. bezpodstawnie zatrzymał Odwołującemu wadium.

Zarzucono zaniechanie i czynności podjęte przez Zamawiającego dokonane z naruszeniem przepisów Ustawy. W szczególności naruszają dyspozycje art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy w związku z art. 45 ust. 2 lit g) Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (DZ. U. UE seria z 2004 r. Nr 134, poz. 114 z późn. zm. zwana dalej „dyrektywą klasyczną”), a także art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 46 ust. 5 pkt 3 Ustawy w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wnosi o wydanie wyroku nakazującego Zamawiającemu:

1. dokonania czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. dokonania unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
3. wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentów

3

(wykazu osób);

4. wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów (wykazu osób);

5. dokonania czynności ponownego badania ofert z udziałem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

Zamawiający w dniu 25 września 2012 r. dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Po wyborze oferty Odwołujący został wezwany do złożenia uprawnień osób ujętych w wykazie osób na okoliczność wykazania dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W dniu wskazanym przez Zamawiającego do podpisania umowy na realizację zamówienia Odwołujący dowiedział się, że istnieją problemy formalne związane z dokumentami, w związku z którymi Zamawiający odkłada moment zawarcia umowy. Spisano na tę okoliczność krótką notatkę. Poza protokołem odwołujący dowiedział się, że chodzi o zakres uprawnień dwóch osób ujętych w wykazie osób, że jest on za wąski w stosunku do wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Osobami o za wąskim zakresie uprawnień okazali się: kierownik robót telekomunikacyjnych pan J..... R..... i projektant branży telekomunikacyjnej pan K..... H..... .

Odwołujący oczekiwał wyznaczenia przez Zamawiającego nowego terminu zawarcia umowy lub wcześniej stworzenia mu warunków do złożenia stosownych wyjaśnień. Jednak do tego nie doszło w dniu 5 października 2012 r. Odwołujący otrzymał zawiadomienie o wykluczeniu go z postępowania, wyborze oferty wykonawcy

Skanska S.A. jako najkorzystniejszej oraz o zatrzymaniu Odwołującemu wadium.

Zamawiający w zawiadomieniu poinformował, że przyczyną wykluczenia Odwołującego z postępowania jest podanie nieprawdziwych informacji na temat zakresu uprawnień J.....

R..... i K..... H..... . Zaś przyczyną zatrzymania wadium wskazaną przez Zamawiającego jest: „zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Odwołujący nie może zgodzić z takimi decyzjami Zamawiającego, stąd niniejsze odwołanie.

Odwołujący przyznał, że po zapoznaniu się z całością sprawy, iż podane w wykazie osób informacje na temat zakresu uprawnień dotyczących panów J..... R..... i K..... H..... były nieprawdziwe w stosunku do opisu tych uprawnień zawartych w decyzjach o

nadaniu uprawnień budowlanych. W obydwu decyzjach nie ma informacji o zakresie dotyczącym telekomunikacji radiowej. Zatem czytając literalnie treść decyzji wysnuć trzeba wniosek, że obydwaj panowie nie posiadają uprawnień w zakresie telekomunikacji radiowej wymaganej postanowieniami SIWZ.

Po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego wśród pracowników merytorycznych

4

przygotowujących ofertę, Odwołujący powziął wiedzę, że zamieszczenie w wykazie osób zbyt szerokiej informacji o zakresie uprawnień panów J..... R..... i K..... H..... było efektem omyłki pracownika spółki pana J..... W..... Pracownik ten przygotowując ofertę i zapoznając się z treścią decyzji o nadaniu uprawnień bezpodstawnie stwierdził, że obaj panowie posiadają uprawnienia także w zakresie telekomunikacji radiowej. Zasugerował się w taki sposób po sprawdzeniu w ustawie Prawo budowlane, że ustawa ta w art. 14 ust. 1 pkt 2e) nie rozdziela uprawnień w specjalności telekomunikacyjnej na przewodową i radiową. Określa tylko uprawnienia w specjalności telekomunikacyjnej. Zdaniem tego pracownika, nie będącego prawnikiem, posiadanie uprawnień telekomunikacyjnych oznacza posiadanie ich w pełnym zakresie. Zgodnie z wyjaśnieniami pracownika, do wykazu osób wpisał on informację o zakresie telekomunikacji radiowej, bowiem tak stanowiły postanowienia SIWZ w tym zakresie. Pracownik uznał, że takiego szerokiego opisu chce Zamawiający. Krótko mówiąc, przepisał ze SIWZ, w dobrej wierze, wymagany zakres uprawnień. Pan J..... W..... nie wiedział, że zakres uprawnień wydanych przed wejściem w życie obecnej ustawy Prawo budowlane, nadanych na podstawie wcześniejszych przepisów, należy interpretować zgodnie z treścią decyzji o ich nadaniu i przepisami, które stanowiły podstawę do ich nadania. Działania tego pracownika nie były nakierowane na wprowadzenie Zamawiającego w błąd, nie były zamierzone, wynikały z braku wiedzy prawniczej i w części z niedbalstwa. (Dowód: zeznania świadka pana J..... W.....)

Złożono wniosek o powołanie ww. osoby na świadka i wezwanie na rozprawę. Adres do korespondencji: J..... W....., Stary Paczków 1, 48-370 Paczków

Wyjaśnić należy, że w strukturach organizacyjnych spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, jaką jest Odwołujący, poszczególni pracownicy mają przypisany określony zakres zadań. Nie jest możliwe, aby prezes zarządu podpisujący ofertę sprawdzał zgodność wszystkich dokumentów załączonych do oferty.

W przedmiotowej sprawie na uwagę zasługuje fakt, że Odwołujący nie zatrudnia na umowę o pracę pracowników posiadających uprawnienia telekomunikacyjne. Na potrzeby niniejszego postępowania zamierzał zawrzeć umowy o dzieło z osobami posiadającymi właściwe uprawnienia i bez znaczenia dla Odwołującego było z kim zawrze te umowy. Nie było najmniejszej wątpliwości, że Zamawiający sprawdzi zakres uprawnień osób wpisanych do wykazu. Nie było zatem sensu wpisywać osoby nieposiadające uprawnień wymaganych postanowieniami SIWZ. Taki fakt musiał być wykryty przez Zamawiającego. Nadto, Odwołujący bez problemu mógł zawrzeć umowy o dzieło z osobami posiadającymi pełny zakres uprawnień i te osoby wpisać do wykazu. Odwołujący dysponuje takimi osobami i mógł

5

wpisać je do wykazu. Nie stało się tak w wyniku błędu pracownika.

Zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania winien wyjaśnić przyczyny i zakres winy Odwołującego w podaniu w wykazie osób nieprawdziwych informacji. Najlepszą drogą do uzyskania wiedzy o przyczynach i winie, było wezwanie Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 do złożenia wyjaśnień dotyczących załączonych do oferty dokumentów. Nie wzywając Odwołującego Zamawiający naruszył ten przepis Ustawy. Wskutek wezwania do wyjaśnień, Zamawiający uzyskałby wiedzę, że załączono do oferty dokument zawierający błąd. Ta informacja stanowiłaby podstawę dla Zamawiającego do wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy do uzupełnienia dokumentu „wykaz osób”, bowiem dokument ten, jeśli zawiera błąd, podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy. Zamawiający nie wzywając Odwołującego do uzupełnienia dokumentów naruszył ten przepis Ustawy.

Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania bez przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy w związku z art. 45 ust. 2 lit g) dyrektywy

klasycznej. Zgodnie z dyrektywą klasyczną wykluczenie wykonawcy z postępowania może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy podanie nieprawdziwej informacji było wynikiem świadomego wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Przeprowadzenie procedury wyjaśniającej wykazałoby, że nieprawdziwa informacja zawarta w ofercie Odwołującego była efektem omyłki a nie i świadomego działania Odwołującego pracownika, zamierzonego nakierowanego na oszukanie Zamawiającego. Taki stan rzeczy nie stanowi podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy należy interpretować przez pryzmat art. 45 ust. 2 lit g) dyrektywy klasycznej. Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości interpretując przepisy krajowe należy kierować się tzw. prowsólnotową wykładnią prawa.

Na poparcie wyżej przedstawionego stanowiska należy przytoczyć wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga sygn. akt IV Ca 683/12 z dnia 19 lipca 2012 r. wydanego w związku ze skargą Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 18 kwietnia 2012 r. na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 478/12 z dnia 28 marca 2012 r. W wyroku tym czytamy: „Sąd Okręgowy nie podziela poglądu Krajowej Izby Odwoławczej, iż złożenie nieprawdziwych informacji dotyczących kwalifikacji podmiotowych wykonawcy zawsze ma wpływ/może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz że wykluczenie wykonawcy z udziału postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winno nastąpić automatycznie - bez względu na przyczyny, z powodu których miało miejsce podanie nieprawdziwych informacji. W ocenie Sądu powołany przepis ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy,

6

Sygn. akt KIO 2196/12

podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu w celu uzyskania zamówienia publicznego. Przy ocenie przesłanki wykluczenia na podstawie tego przepisu Zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem wykonawcy skierowanym na wprowadzenie zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a nie wynikiem omyłki. Zdaniem Sądu złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w powołanym przepisie, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, iż jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd.

Podobny pogląd do Sądu Okręgowego w Warszawie-Praga wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach: KIO 590/12 i KIO 600/12 z dnia 12 kwietnia 2012 r., KIO 491/12 z dnia 26 marca 2012 r., KIO 267/12 z dnia 22 lutego 2012 r., KIO 2698/11 z dnia 29 grudnia 2011 r., KIO/UZP 1820/10 z dnia 8 września 2012 r., KIO/UZP 583/09, KIO/UZP 604/09, KIO/UZP 605/09 z dnia 19 maja 2009 r., KIO/UZP 278/09 z dnia 20 marca 2009 r., KIO/UZP 1098/08 z dnia 24 października 2008 r. i KIO/UZP 814/08 z dnia 21 sierpnia 2008 r.

Jeżeli chodzi o kwestię zatrzymania wadium, za bezpodstawne należy uznać zatrzymanie wadium w oparciu o art. 46 ust. 5 pkt 3 Ustawy, bowiem zawarcie umowy między Zamawiającym a Odwołującym było możliwe. Nie wystąpiły przyczyny uniemożliwiające jej zawarcie. Można mówić wyłącznie o przyczynach odraczających zawarcie umowy powstałych wskutek omyłki pracownika bez winy umyślnej Odwołującego. Zamawiający zatrzymując wadium Odwołującemu naruszył art. 46 ust. 5 pkt 3 Ustawy.

Odwołujący składa niniejsze odwołanie, bowiem czuje się poszkodowany działaniami Zamawiającego bezpodstawnie pozbawiającymi go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Pozostaje w przekonaniu, że dzięki wyrokowi Krajowej Izby Odwoławczej nakazującemu Zamawiającemu unieważnienie niezgodnych z Ustawą czynności i dokonanie czynności, do których jest zobowiązany, ochroniona zostanie dobra, najtańsza oferta, jaką jest oferta Odwołującego. Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i wydanie wyroku zgodnego z jego oczekiwaniami.

Pismem z dnia 11.10.2012r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiła Skanska S.A. w Warszawie.

Pismem z dnia 18.10.2012r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania.

Sygn. akt KIO 2196/12

Izba ustaliła i zważyła

Izba uznaje interes odwołującego do wniesienia odwołania sformułowany w odwołaniu w następujący sposób. Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Bezprawne działania zamawiającego zamknęły odwołującemu możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną. Jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu była cena oferty - 100%. Gdyby Zamawiający nie wykluczył Odwołującego z postępowania, to Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie przy powyższym kryterium, bowiem jego oferta uzyskałaby I miejsce w rankingu ofert. Odwołujący został narażony na szkodę w postaci poniesienia kosztów przygotowania i złożenia oferty oraz w postaci utraty możliwości uzyskania kontraktu pozwalającego na prowadzenie działalności z zyskiem. Odwołujący zatem jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy.

Powyższe uzasadnienie znajduje potwierdzenie w protokole postępowania zgodnie z którym w postępowaniu wzięło udział dwóch wykonawców to jest odwołujący i przystępujący po stronie zamawiającego. Oferta odwołującego jest wyceniona taniej niż oferta przystępującego. Z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, że pierwotnie wybrano ofertę odwołującego. Następnie okazało się, że podane informacje są nieprawdziwe. Wybrano ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą. Ofertę odwołującego wykluczono z postępowania. W efekcie czynności zamawiającego złożone zostało niniejsze odwołanie.

Reasumując w ocenie Izby odwołanie jest uzasadnione pod względem posiadania interesu do jego wniesienia w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy.

Odwołujący oparł swoje odwołanie na naruszeniu przez zamawiającego następujących przepisów ustawy. W szczególności naruszają dyspozycje art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy w związku z art. 45 ust. 2 lit g) Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (DZ. U. UE seria z 2004 r. Nr 134, poz. 114 z późn. zm. zwana dalej „dyrektywą klasyczną”), a także art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 46 ust. 5 pkt 3 Ustawy w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania.

8

Sygn. akt KIO 2196/12

Co do podniesionych zarzutów naruszenia przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu jak powyżej Izba ustaliła co następuje.

Oferta musi być zabezpieczona wadium co wynika z Sekcji III Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym str. 2 Ogłoszenia o zamówieniu.

Co do kwalifikacji osób przy pomocy, których wykonawca będzie wykonywał zamówienie to: Kierownik robót telekomunikacyjnych: minimalne wymagania między innymi uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń (zakres uprawnień powinien obejmować: telekomunikację przewodową wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz telekomunikacją radiową).

Projektant branży telekomunikacyjnej: minimalne wymagania między innymi uprawnienia budowlane umożliwiające projektowanie robót w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz w zakresie telekomunikacji radiowej.

Powyższe zapisano w Sekcji III Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym Ogłoszenie o zamówieniu str. 4 i 5.

Na dowód spełnienia powyższych warunków wykonawca miał oprócz oświadczenia o spełnieniu warunków załączyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu

zamówienia III.4 Informacja o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu na podstawie art.24 ust.1 ustawy Ogłoszenie o zamówieniu to jest:

Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności za świadczenie usług, kontrole jakości, kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych (...),

Oświadczenie, że osoby które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień(str.6i7 ogłoszenia o zamówieniu).

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) znajdują się następujące zapisy. Rozdz. XIII Wymagania dotyczące wadium. 13.6. .5 Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Rozdz. XVI opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. 16.2. przy wyborze oferty

9

Sygn. akt KIO 2196/12

zamawiający będzie się kierował następującym kryterium, któremu przypisano znaczenie: cena -100% (str.19SIWZ).

Rozdz. XVII. Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.17.8. przed podpisaniem umowy wykonawca zobowiązany jest dostarczyć zamawiającemu kopie dokumentów potwierdzających, że osoby które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia spełniają wymagania określone w pkt.8.2.4 SIWZ(...) str. 21 SIWZ (8.2.4 SIWZ osoby zdolne do wykonania zamówienia).

Załącznik do SIWZ II.5. Formularz „Oświadczenie o posiadaniu uprawnień” Oświadczenie dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: „Zaprojektowanie i Rozbudowę stadionu szuwalowego w Zielonej Górze Etap III i IV” My niżej podpisani oświadczamy: Oświadczam, iż osoby, wskazane w załączonym przez nas "Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia", posiadają wymagane przez zamawiającego uprawnienia str.35 SIWZ.

Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Tabela z następującymi kolumnami: imię i nazwisko oraz podstawa dysponowania wskazaną osobą, wykształcenie, numer uprawnień i szczegółowy zakres uprawnień, doświadczenie zawodowe (informacje pozwalające na zweryfikowanie warunków udziału zapisanych w SIWZ, stanowisko, str. 36 SIWZ.

Z zapisów oferty odwołującego ustalono.

W ofercie znajduje się gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium Nr 1502/Wr/4000/2012 na kwotę 200.000,00 zł. wystawiona przez Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych TUZ z siedzibą w Warszawie.

Oświadczenie z dnia 10.09.2012r. o niepodleganiu wykluczeniu w postępowania biorąc pod uwagę art.24 ust.1 i ust.2 ustawy.

Wykaz osób które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia gdzie w poz. 5 wpisano J..... R..... umowa o dzieło wykształcenie wyższe techniczne, numer uprawnień i szczegółowy zakres uprawnień nr 1428/98/U Uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń, w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz telekomunikacji radiowej, stanowisko kierownik robot telekomunikacyjnych oraz w poz. 10. Wpisano K..... H....., wykształcenie wyższe techniczne, umowa o dzieło, numer uprawnień i szczegółowy zakres uprawnień Dec. 2010/00/U uprawnienia do projektowania w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń, w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz w zakresie telekomunikacji radiowej, stanowisko projektant w branży telekomunikacyjnej.

10

Znajduje się również w ofercie Oświadczenie z dnia 10.09.2012r. o treści „Oświadczam, iż osoby, wskazane w załączonym przez nas „Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”, posiadają wymagane przez zamawiającego uprawnienia.

Z dokumentacji zamawiającego:

Protokół z podpisania umowy z dnia 04 października 2012r. Z udziałem przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy pkt 1.4. W wyznaczonym dniu przedstawiciele zamawiającego dokonali analizy formalno-prawnej dokumentów złożonych przez wykonawcę w celu dopełnienia wszelkich formalności związanych z podpisaniem umowy. 1.5. W wyniku braków formalnych i niedostarczenia wszelkich niezbędnych dokumentów przedstawiciele zamawiającego podjęli decyzję o wstrzymaniu czynności prawnej jaką jest podpisanie umowy. Do protokołu załączone są następujące decyzje.

Decyzja Nr 2020/00/u z dnia 11.07.2000r. Państwowa Inspekcja Telekomunikacyjna i Poczta Główny Inspektor dla Pana mgr inż. K..... H..... na podstawie §11 rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym nadaje uprawnienia budowlane w telekomunikacji projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą bez ograniczeń.

Decyzja nr 1428/98/U Państwowa Inspekcja Telekomunikacyjna i Poczta Główny Inspektor dla Pana J..... R..... na podstawie §11 rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym nadaje uprawnienia budowlane w telekomunikacji do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych oraz stacyjnych.

Pismo z dnia 05.10.2012r. odwołującego do zamawiającego. Odwołujący w oparciu o art.87 ust.2 deleguje na kierownika robot telekomunikacyjnych i na projektanta branży telekomunikacyjnej Pana P..... K..... Do pisma załączono uprawnienia oraz zaświadczenie z Izby.

Pismo z dnia 05.10.2012r. zamawiającego o wykluczeniu z postępowania oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty przystępującego. Zamawiający oświadcza, iż odstępuje oraz uchyła się od skutków prawnych czynności badania i oceny ofert oraz wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego. Zamawiający wybrał odwołującego działając pod wpływem błędu co do posiadanych uprawnień przez osoby, które miały wykonywać funkcje w zakresie telekomunikacji jako kierownik robót oraz projektant przy

11

założeniu, że wskazane osoby mają również uprawnienia do kierowania i projektowania robotami telekomunikacyjnymi radiowymi. Był to istotny błąd powodujący wybór oferty odwołującego i zaproszenie do podpisania umowy. Błąd był wywołany przez odwołującego przez podanie nieprawdziwych informacji w wykazie osób. Działając w oparciu o powyższe zamawiający dokonał ponownego wyboru to jest oferty przystępującego.

W uzasadnieniu zamawiający szczegółowo opisał dokumenty Panów K.....

H..... i J..... R..... dostarczone w związku z zaproszeniem do podpisania umowy. Na podstawie różnic pomiędzy treścią Wykazu a dokumentami dostarczonymi zamawiający stwierdził, że w Wykazie znajdują się nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik przedmiotowego postępowania. W związku z powyższym na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3 w związku z ust.4 tegoż artykułu ustawy zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania a jego ofertę uznał za odrzuconą. Na podstawie art. 46 ust.5 pkt 3 ustawy zamawiający oświadczył o zatrzymaniu wadium, ponieważ zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Izba zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby zamawiający z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy zakwalifikował

odwołującego jako nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu na podstawie stwierdzenia, że oferta zawiera nieprawdziwe informacje w Wykazie osób za pomocą których będzie wykonywał zamówienie a odnoszących się do kierownika robót telekomunikacyjnych oraz projektanta robót telekomunikacyjnych.

W sprawie bezspornym jest fakt, przyznany przez odwołującego, że osoby zaproponowane do pełnienia wyżej wymienionych funkcji nie posiadają opisanych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ uprawnień budowlanych telekomunikacyjnych a obejmujących uprawnienia bez ograniczeń do robót zarówno w telekomunikacji przewodowej jak i radiowej. Zgodnie z SIWZ wykonawcy oprócz oświadczenia, że osoby wyznaczone do wykonania zamówienia posiadają wymagane przez zamawiającego uprawnienia budowlane, byli zobowiązani do sporządzenia Wykazu tychże osób. Zgodnie z wzorem wykazu wykonawcy oprócz nazwisk tychże osób oraz wykształcenia i doświadczenia zawodowego mieli podać szczegółowy zakres ich uprawnień z podaniem numeru nadanych uprawnień.

Odwołujący powoływał się na następujące okoliczności. Tabele wykazu wypełniał pracownik odwołującego, który wpisał wymagania zgodnie z SIWZ oraz posługiwał się w tym zakresie obowiązującymi przepisami prawa budowlanego. Poza tym były to osoby nie będące pracownikami tylko osobami mającymi współpracować z odwołującym przy wykonaniu zamówienia na podstawie umowy o dzieło. Poza tym osoba reprezentująca odwołującego

12

Sygn. akt KIO 2196/12

nie sporządzała bezpośrednio wykazu tylko podpisała dokument po jego sporządzeniu przez pracownika.

Izba oceniając zaistniałą sytuację przede wszystkim bierze pod uwagę, że do oferty załączone jest oświadczenie o posiadaniu wymaganych uprawnień budowlanych przez osoby przy pomocy, których odwołujący będzie wykonywał zamówienie.

Poza tym są to osoby, które posiadają uprawnienia nadane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów to jest rozporządzenia Ministra Łączności z 10 października 1995r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnych gdzie w jednym przypadku stwierdza się uprawnienie do projektowania i kierowania robotami telekomunikacyjnymi w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą bez ograniczeń (Pan mgr inż. K..... H.....) a w drugim przypadku stwierdza się uprawnienie do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych oraz stacyjnych (Pan R.....).

W ocenie Izby, tak jak zresztą to ocenił zamawiający, treść nadanych uprawnień jest jednoznaczna i wskazuje na uprawnienia w zakresie telekomunikacji przewodowej w obydwu przypadkach . Brak w tych uprawnieniach kompetencji do telekomunikacji radiowej.

Niemniej zajmując stanowisko w sprawie Izba wzięła pod uwagę następujące okoliczności. W tabeli Wykaz osób odwołujący w kolumnie dotyczącej uprawnień wpisał numer nadanych uprawnień, który zgadza się z numerami decyzji przedłożonych w związku z zawieraniem umowy na wykonanie zamówienia. Powyższe zobowiązanie do doręczenia uprawnień wpisane było w SIWZ i powyżej zacytowane zgodnie z treścią SIWZ . Tak więc odwołujący miał świadomość konieczności przedłożenia decyzji w sprawie uprawnień osób wyznaczonych do wykonania zamówienia a co zresztą uczynił w dniu 4 października 2012r przed planowanym zawarciem umowy. Natomiast ma znaczenie dla oceny sprawy przywołanie przez odwołującego okoliczności, że pracownik przygotowujący Wykaz osób posługiwał się ustawą prawo budowlane, które nie przewiduje na dzień dzisiejszy podziału na uprawnienia telekomunikacyjne w zakresie radiowym i przewodowym a tylko na uprawnienia bez ograniczeń i z ograniczeniem. Powyższe wynika z treści art. 14 ustawy prawo budowlane zgodnie z którym uprawnienia są udzielane w specjalnościach tam wymienionych gdzie między innymi wymienia się specjalność telekomunikacyjną bez podziału na przewodową i radiową (art. 14 ust.1 lit. 2e). Poza tym wyróżnia się uprawnienia bez ograniczeń i w ograniczonym zakresie (art. 14 ust.3). Zgodnie z art. 12a prawa budowlanego samodzielne funkcje techniczne w budownictwie mogą również wykonywać osoby, których odpowiednie kwalifikacje zawodowe uznane zostały na zasadach określonych w odrębnych przepisach (art.12 a) to jest tak zwane uznanie uprawnień na podstawie przepisów wydanych w poprzednio obowiązującym systemie prawnym. Na tym tle

13

powszechnie znanym zjawiskiem w środowisku inżynierskim jest fakt, że uprawnienia wydawane na poprzednio obowiązujących zasadach określonych w odrębnych przepisach wielokrotnie budzą szereg wątpliwości będących przedmiotem sporów co do zakresu tych uprawnień a co łzba potwierdza na podstawie prowadzonych postępowań odwoławczych. Tym bardziej zamawiający powinien przy weryfikacji dokumentów skorzystać z możliwości sprawdzenia uprawnień poprzez wpis do Centralnego Rejestru osób posiadających uprawnienia budowlane (art. 12 ust. 7 w związku z art. 88a ust. 1 pkt 3 lit.a prawa budowlanego). Natomiast dokonanie wyboru oferty i stwierdzenie braku uprawnień na etapie przed podpisaniem umowy nie powoduje z mocy prawa powstałej sytuacji do zakwalifikowania pod dyspozycję art. 24 ust.2 pkt 3 to jest złożenia nieprawdziwych informacji. Zamawiający również na tym etapie w zależności od okoliczności sprawy powinien rozważyć wezwanie czy to do złożenia wyjaśnień w trybie art. 24 ust.4 czy to do uzupełnienia oświadczenia jakim jest w tym wypadku Wykaz osób w trybie art. 26 ust.3 ustawy. Okoliczność, iż w aktualnie obowiązującym stanie prawnym zamawiający dopiero przed podpisaniem umowy żąda decyzji w sprawie nadania uprawnień budowlanych nie oznacza, że w każdym przypadku stwierdzenia błędów w ofercie ma prawo kwalifikacji takiej sytuacji do nieprawdziwych informacji, ponieważ powinien dążyć do wyboru najkorzystniejszej oferty. Taką właśnie ofertą w rozumieniu obowiązujących kryteriów oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu jest oferta odwołującego.

Łzba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, który oświadczył, że fakt nie potwierdzenia zakresu uprawnień podanych w Wykazie przed aktem podpisania umowy na podstawie wówczas doręczonych decyzji o nadaniu uprawnień, kwalifikuje sytuację do złożenia nieprawdziwych informacji. Bowiem oprócz stwierdzenia nieprawdziwych informacji w Wykazie osób należy zbadać w jakim zakresie wykonawca przyczynił się do ich powstania. Mają wówczas zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego o należytej staranności przy uwzględnieniu profesjonalnego działania oraz wpływie na wynik przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami w związku z art. 14 ustawy zgodnie z którym do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 355 §1. k.c. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność).§2. Należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Wskazaniem do oceny co do zachowania wykonawców zgodnego z prawem lub dobrymi obyczajami jest również treść art. 70 § k.c. zgodnie z którym organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z

14

prawem lub dobrymi obyczajami. Kolejną wskazówką co do interpretacji przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy jest treść art. 45 ust.2 lit.g) tzw.Dyrektywy Klasycznej zgodnie z którym z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy. W myśl zawartej w publikacji „Zamówienia Publiczne w Unii Europejskiej objęte Dyrektywą Klasyczną Peter Trepte wydawnictwo Warszawa-Katowice 2006 (...) Określenie winy pozostawia się decyzji instytucji zamawiającej, która musi poinformować wykonawcę składającego ofertę o powodach jego wykluczenia . Decyzja ta może zostać zakwestionowana w przypadku, gdyby na przesłankę te powołano się w sposób arbitralny (str. 64).

Czyli zarówno przepisy kodeksu cywilnego jak i dyrektywy klasycznej w przypadku wykluczenia z powodu „nieprawdziwych informacji” kierują zamawiającego do po pierwsze zbadania należytej staranności profesjonalisty, po drugie zbadania czy wykonawca działał w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami a po trzecie co do wystąpienia winy we wprowadzeniu w błąd.

Wszystkie powyżej cytowane przepisy wskazują na możliwość czy to wzruszenia wyniku przetargu czy to wykluczenia z postępowania w przypadku braku należytej staranności,

naruszenia dobrych obyczajów czy to winy. Natomiast żaden z tych przepisów nie wskazuje na możliwość automatyzmu czynności zamawiającego, organizatora przetargu czy instytucji zamawiającej w przypadku „nieprawdziwej informacji”. Trudno z tych przepisów wywieść odpowiedzialność wykonawcy na zasadzie ryzyka niczym nie ograniczonego bez badania aktu staranności po stronie wykonawcy oraz wystąpienia winy.

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie wykonawca wykazał, że jego zamiarem nie było wprowadzenie w błąd zamawiającego. Tym bardziej, że zapisy SIWZ przewidywały doręczenie decyzji nadających uprawnienia budowlane przed aktem zawarcia umowy a zamawiający mógł sprawdzić fakt posiadania i zakres uprawnień przez elektroniczny Centralny Rejestr osób posiadających uprawnienia budowlane prowadzony przez Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego. Ponadto odwołujący złożył oświadczenie o posiadaniu uprawnień budowlanych wymaganych zapisami SIWZ i wymienione osoby posiadają uprawnienia telekomunikacyjne chociaż nie w pełnym zakresie. Niemniej w ocenie Izby przedmiotowa sytuacja po stronie odwołującego nie wskazuje na umyślne działanie w celu wprowadzenia w błąd zamawiającego i mieści się w granicach profesjonalnego działania, gdzie może zaistnieć pomyłka, ponieważ np.: co do pozostałych osób mających wykonywać zamówienie (dziesięć osób na dwanaście ogółem) zamawiający nie wniósł zastrzeżeń. Ponadto zaistniałe rozbieżności nie mają wpływu na wynik postępowania, ponieważ w ramach obowiązku zamawiającego wynikającego z art. 26 ust.3 ustawy, odwołujący powinien być wezwany do złożenia oświadczenia co do Wykazu osób w sposób nie

15

Sygn. akt KIO 2196/12

zwierający błędów.

Rozpoznając przedmiotową sprawę należy również uwzględnić ustalony w sprawie stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz wyjaśnień złożonych na rozprawie z których wynika, że wpisanie w Wykaz osób posiadanych uprawnień odzwierciedla wymóg SIWZ a nie treść przedmiotowych decyzji o nadaniu uprawnień. Odwołujący przyznał, że pracownik J..... W..... nie będący prawnikiem uznał, że Panowie J..... R..... i K..... H..... posiadają wymagane uprawnienia przez zamawiającego. (...), „Zasugerował się treścią ustawy prawo budowlane, które w art. 14 ust. 1 pkt 2e) nie rozdziela uprawnień w specjalności telekomunikacyjnej na przewodową i radiową. Określa tylko uprawnienia w specjalności telekomunikacyjnej. Zdaniem tego pracownika, posiadanie uprawnień telekomunikacyjnych oznacza posiadanie ich w pełnym zakresie. Zgodnie z wyjaśnieniami pracownika, do wykazu osób wpisał on informację o zakresie telekomunikacji radiowej, bowiem tak stanowiły postanowienia SIWZ w tym zakresie. Pracownik uznał, że takiego szerokiego opisu chce Zamawiający. Krótko mówiąc, przepisał z SIWZ, w dobrej wierze, wymagany zakres uprawnień(...)”.

W ocenie Izby taka zaistniała sytuacja przy uwzględnieniu, że gdyby tak jak w poprzednio obowiązujących przepisach prawa zamówień publicznych, wykonawca na etapie składania ofert miał obowiązek nie tylko sporządzenia i załączenia Wykazu osób ale również dołączenia decyzji o nadaniu uprawnień oraz zaświadczenia z właściwej izby samorządu zawodowego to zaistniała rozbieżność między wykazem osób a załączonymi dokumentami skutkowałaby wezwaniem przez zamawiającego do złożenia prawidłowych dokumentów w tym wypadku zarówno wykazu jak i decyzji a w konsekwencji innych osób spełniających wymogi SIWZ. Taki obowiązek zamawiającego wynika z treści art. 26 ust.3 zgodnie z którym zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust.1, zawierające błędy. Natomiast aktualnie obowiązująca zasada składania wykazu osób i oświadczenia o posiadanych uprawnieniach nie zwalnia zamawiającego z obowiązku stosowania art. 26 ust.3 ustawy, nawet gdy błędy w oświadczeniach i dokumentach są stwierdzane po wyborze najkorzystniejszej oferty a przed podpisaniem umowy. Bowiem z treści art. 26 ust.3 ustawy nie wynika na jakim etapie postępowania zamawiający ma obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów. Obowiązek ten nie jest bynajmniej ograniczony do etapu badania, oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty. Tym bardziej jak w przedmiotowej sprawie gdzie zgodnie z zapisem SIWZ przed podpisaniem umowy wykonawca wybrany ma przedłożyć szereg dokumentów w tym decyzji o nadaniu uprawnień. Zamawiający w ocenie Izby prawidłowo postąpił unieważniając wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej

Sygn. akt KIO 2196/12

zamiast wezwać odwołującego do uzupełnienia wadliwych dokumentów w zakresie uprawnień telekomunikacyjnych (Wykaz osób). W ocenie Izby zmiana przepisów co do katalogu żądanych dokumentów i zastąpienie tych dokumentów (dokumentów stwierdzających, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień) oświadczeniami nie może z mocy prawa decydować o kwalifikacji stwierdzenia niezgodności Wykazu osób z decyzjami o uprawnieniach do art. 24 ust.2 pkt 3 zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Przy czym zamawiający sprawdzając zgodność Wykazu osób z wymaganiami SIWZ na etapie badania ofert powinien sprawdzić na podstawie numeru uprawnień i innych danych poszczególnych osób zakres ich uprawnień w Centralnym Rejestrze osób posiadających uprawnienia prowadzonym przez Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego a w przypadku stwierdzenia niezgodności wezwać do wyjaśnień a w konsekwencji udzielonych wyjaśnień ewentualnie do uzupełnienia dokumentów (Wykazu osób) stosując obowiązujący zamawiającego art.26 ust 3 i ust.4 ustawy.

W związku z powyższym Izba nakazała unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i wezwania do uzupełnienia Wykazu osób w zakresie osób wykonujących czynności wymagających uprawnień telekomunikacyjnych to jest kierownika robót i projektanta.

Izba rozpoznając zarzuty odwołania nakazała również unieważnienie czynności zatrzymania wadium stwierdzając brak ziszczenia się podstaw prawnych przywołanego art. 46 ust.5 pkt 3 ustawy zgodnie z którym zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Bowiem dyspozycja powyższego przepisu przewiduje zatrzymanie wadium gdy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy wybranego nie jest możliwe zawarcie umowy. Wykonawcą wybranym na dzień 5 października 2012r. (data zawiadomienia o wykluczeniu z postępowania odwołującego oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty przystępującego do niniejszego postępowania odwoławczego) nie jest już odwołujący tylko jest przystępujący. W ocenie Izby tylko wobec przystępującego, który jest wykonawcą wybranym zamawiający ma prawo zatrzymania wadium gdy z przyczyn leżących po jego stronie byłoby niemożliwe zawarcie umowy.

Podsumowując powyższe Izba uwzględniła odwołanie stwierdzając naruszenie wskazanych

17

Sygn. akt KIO 2196/12

w odwołaniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy a także art. 26 ust. 3 oraz art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania, czym zostały spełnione przesłanki z art. 192 ust. 2 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzać uiszczony wpis w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądzać od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczanego wpisu od odwołania w kwocie 10.000,00zł i 3.600,00zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

18

