

Sygn. akt: KIO 1605/11
KIO 1616/11
KIO 1619/11
KIO 1630/11

WYROK

z dnia 11 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk
Członkowie: Luiza Łamejko
Emil Kuriata

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 27 lipca 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: Mostostal Zabrze Holding S.A., ul. Wolności 191, (Lider Konsorcjum) i P.A. Nowa S.A. (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Wolności 191, 41-800 Zabrze (sygn. akt: KIO 1605/11)**
- B. w dniu 29 lipca 2011 r. **Intracom Constructions Societe Anonyme Technical and Steel Constructions Prefectura Attica, Peania, Markopoulo Avenue-19 km, 190-02 Peania Attica, Republika Grecka (sygn. akt: KIO 1616/11)**
- C. w dniu 29 lipca 2011 r. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa – Kraków S.A. (Lider Konsorcjum), Instal Kraków S.A. (Członek Konsorcjum) i Piecexport – Piecbud S.A. (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków (sygn. akt: KIO 1619/11)**
- D. w dniu 29 lipca 2011 r. **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „BUDUS” S.A. (Lider Konsorcjum) i Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „DOMKAT” Sp. z o.o. (Członek**

**Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Barbary 21, 40-053 Katowice
(sygn. akt: KIO 1630/11)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Gliwice, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice**

przy udziale:

- 1) wykonawcy Polimex-Mostostal S.A., ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1605/11, KIO 1616/11, KIO 1619/11, KIO 1630/11 po stronie zamawiającego**
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „BUDUS” S.A. (Lider Konsorcjum) i Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „DOMKAT” Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Barbary 21, 40-053 Katowice, zgłaszających swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1605/11, KIO 1619/11 po stronie odwołującego oraz do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1616/11 po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołania wykonawców:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: Mostostal Zabrze Holding S.A., ul. Wolności 191, (Lider Konsorcjum) i P.A. Nowa S.A. (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Wolności 191, 41-800 Zabrze**
- B. Intracom Constructions Societe Anonyme Technical and Steel Constructions Prefectura Attica, Peania, Markopoulo Avenue-19 km, 190-02 Peania Attica, Republika Grecka**
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa – Kraków S.A. (Lider Konsorcjum), Instal Kraków S.A. (Członek Konsorcjum) i Piecexport – Piecbud S.A. (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków**

i uwzględnia odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „BUDUS” S.A. (Lider Konsorcjum) i Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „DOMKAT” Sp. z o.o. (członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Barbary 21, 40-053 Katowice i nakazuje zamawiającemu,

tj. Miastu Gliwice, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu w tym zastosowanie wobec wykonawcy Polimex-Mostostal S.A. procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych

2. kosztami postępowania obciąża

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: Mostostal Zabrze Holding S.A., ul. Wolności 191, (Lider Konsorcjum) i P.A. Nowa S.A. (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Wolności 191, 41-800 Zabrze,

B. Intracom Constructions Societe Anonyme Technical and Steel Constructions Prefectura Attica, Peania, Markopoulo Avenue-19 km, 190-02 Peania Attica, Republika Grecka

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa – Kraków S.A. (Lider Konsorcjum), Instal Kraków S.A. (Członek Konsorcjum) i Piecexport – Piecbud S.A. (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków

D. Miasto Gliwice, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę: **80 000 zł 00 gr** (słownie: **osiemdziesiąt tysięcy złotych zero groszy**) uiszczoną przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: Mostostal Zabrze Holding S.A., ul. Wolności 191, (Lider Konsorcjum) i P.A. Nowa S.A. (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Wolności 191, 41-800 Zabrze,

B. Intracom Constructions Societe Anonyme Technical and Steel Constructions Prefectura Attica, Peania, Markopoulo Avenue-19 km, 190-02 Peania Attica, Republika Grecka

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa – Kraków S.A. (Lider Konsorcjum), Instal Kraków S.A. (Członek Konsorcjum) i Piecexport – Piecbud S.A. (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków

D. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego

„BUDUS” S.A. (Lider Konsorcjum) i Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „DOMKAT” Sp. z o.o. (członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Barbary 21, 40-053 Katowice

tytułem wpisów od odwołań,

- 2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: Mostostal Zabrze Holding S.A., ul. Wolności 191, (Lider Konsorcjum) i P.A. Nowa S.A. (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Wolności 191, 41-800 Zabrze na rzecz Miasta Gliwice, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.3. zasądza od **Intracom Constructions Societe Anonyme Technical and Steel Constructions Prefectura Attica, Peania, Markopoulo Avenue-19 km, 190-02 Peania Attica, Republika Grecka na rzecz Miasta Gliwice, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.4. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa – Kraków S.A. (Lider Konsorcjum), Instal Kraków S.A. (Członek Konsorcjum) i Piecexport – Piecbud S.A. (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków na rzecz Miasta Gliwice, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika
- 2.5. zasądza od **Miasta Gliwice, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „BUDUS” S.A. (Lider Konsorcjum) i Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „DOMKAT” Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Barbary 21, 40-053 Katowice kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 1605/11
KIO 1616/11
KIO 1619/11
KIO 1630/11

Uzasadnienie

Miasto Gliwice (dalej: „Zamawiający”) wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę nowoczesnej hali widowiskowo-sportowej Podium w Gliwicach”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 lutego 2011 r. pod nr 2011/S 33-054362.

W postępowaniu tym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły cztery odwołania złożone przez:

- 1) w dniu 27 lipca 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: Mostostal Zabrze Holding S.A., ul. Wolności 191, (Lider Konsorcjum) i P.A. Nowa S.A. (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Wolności 191, 41-800 Zabrze (dalej: „Konsorcjum Mostosta”) (sygn. akt: KIO 1605/11)
- 2) w dniu 29 lipca 2011 r. Intracom Constructions Societe Anonyme Technical and Steel Constructions Prefectura Attica, Peania, Markopoulo Avenue-19 km, 190-02 Peania Attica, Republika Grecka (dalej: „Intacom”) (sygn. akt: KIO 1616/11)
- 3) w dniu 29 lipca 2011 r. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa – Kraków S.A. (Lider Konsorcjum), Instal Kraków S.A. i Piecexport – Piecbud S.A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków (dalej: „Konsorcjum Chemobudowa”) (sygn. akt: KIO 1619/11)
- 4) w dniu 29 lipca 2011 r. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego "BUDUS" S.A. (Lider Konsorcjum) i Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „DOMKAT” Sp. z o.o. (członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Barbary 21, 40-053 Katowice (dalej: „Konsorcjum Budus”) (sygn. akt: KIO 1630/11).

Kopie złożonych do Prezesa Izby odwołań zostały przekazane Zamawiającemu w przypadku odwołania o sygn. akt: KIO 1605/11 - w dniu 27 lipca 2011 r., w przypadku odwołań o sygn. akt: KIO 1616/11 i KIO 1630/11 – w dniu 29 lipca 2011 r. i w przypadku odwołania o sygn. akt: KIO1619/11 w dniu 28 lipca 2011 r.

Złożone odwołania dotyczyły czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawcę Polimex-Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący” lub „Polimex Mostostal”), czynności wykluczenia niektórych odwołujących z postępowania oraz czynności zatrzymania wadium w odniesieniu do niektórych z odwołujących się wykonawców. O wskazanej czynności Zamawiający poinformował Odwołujących: Intracom, Konsorcjum Chemobudowa i Konsorcjum Budus pismem przesłanym faksem w dniu 20 lipca 2011 r., zaś Konsorcjum Mostostal - pismem przesłanym faksem w dniu 21 lipca 2011 r.,

Do wskazanych postępowań odwoławczych na skutek wezwań Zamawiającego skierowanych do wykonawców swoje przystąpienia złożyli:

- 1) wykonawca Polimex Mostostal, zgłaszający przystąpienia po stronie Zamawiającego do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1605/11, KIO 1616/11, KIO 1619/11, KIO 1630/11,
- 2) Konsorcjum Budus, zgłaszające swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1605/11, KIO 1619/11 po stronie odwołujących Konsorcjum Mostostal i Konsorcjum Chemobudowa oraz do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1616/11 po stronie Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego w poszczególnych sprawach odwoławczych:

KIO 1605/11

I. Stanowisko Odwołującego Konsorcjum Mostostal

Odwołujący złożył odwołanie od:

- 1) dokonanego przez Zamawiającego w dniu 21.07.2011 r. rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór oferty najkorzystniejszej firmy POLIMEX-MOSTOSTAL,
- 2) zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności wykluczenia POLIMEX-

- MOSTOSTAL na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp,
- 3) zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności odrzucenia oferty POLIMEX-MOSTOSTAL na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp,
 - 4) wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp,
 - 5) odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp,
 - 6) decyzji Zamawiającego o zatrzymaniu wadium Odwołującego na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Składając niniejsze odwołanie zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4, art. 46 ust. 4a i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na rozstrzygnięciu przedmiotowego postępowania poprzez wybór oferty najkorzystniejszej POLIMEX-MOSTOSTAL,
3. unieważnienie czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty,
4. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na podjęciu decyzji o zatrzymaniu wadium Odwołującego, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu zwrot wadium,
5. nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z warunkami SIWZ,
6. zasądzenie kosztów postępowania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów wskazała na następujące okoliczności:

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, a za taką uznał w tym postępowaniu ofertę firmy POLIMEX-MOSTOSTAL. W toku postępowania, pismem z dnia 15.06.2011 r., Zamawiający wezwał tegoż wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a w szczególności uzupełnienia „Wykazu osób”, o których mowa w pkt 9.1) tiret 2 SIWZ o treści załącznika nr 3 do SIWZ potwierdzającego, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w pkt 8.3 SIWZ - „Osoby zdolne do wykonania zamówienia”. W pkt 4 tego pisma Zamawiający stwierdził, że „w załączonym do oferty życiorysie zawodowym Kierownika robót niskoprądowych (p. Jan P.) nie wskazano, czy co najmniej jeden z wyszczególnionych obiektów użyteczności publicznej, którego budowa obejmowała wykonanie instalacji BMS, CCTV, ACC, DSO, SAP i RTV SAT został zakończony. W szczególności dotyczy to „Budowy stadionu piłkarskiego Wisła Kraków - Budowa trybuny wschodniej wraz z narożnikami”. W

odpowiedzi na to wezwanie POLIMEX-MOSTOSTAL w piśmie z dnia 17.06.2011 r. pkt - Ad.4 poinformował Zamawiającego, że budowa trybuny wschodniej Stadionu Wisła Kraków została zakończona oraz załączył życiorys p. Jana P. Z życiorysu p. Jana P. wynika, że ww. inwestycję zakończono i przekazano do użytkowania.

Odwołujący powołując się na swoją wiedzę, wynikającą z informacji, które nie są informacjami niejawnymi, wskazał, że dla ww. inwestycji nie wydano ostatecznego pozwolenia na użytkowanie, a jedynie warunkowo dopuszczono ją do użytkowania. Zatem inwestycja nie została zakończona. Zgodnie z treścią pkt 8.3 SIWZ oraz w pkt 9.1) SIWZ - w stosunku do osoby Kierownika robót niskoprądowych - konieczne było dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, aby inwestycja spełniająca określone przez Zamawiającego wymagania została zakończona. Zdaniem Odwołującego tego warunku nie spełnił wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający powinien był wykluczyć tego wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i odrzucić jego ofertę na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający zaniechał tych czynności, a na dodatek uznał ofertę firmy POLIMEX-MOSTOSTAL za najkorzystniejszą.

Jako podstawę wykluczenia Odwołującego Zamawiający wskazał art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a odrzucenia jego oferty art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, natomiast decyzję o zatrzymaniu wadium podjął powołując się na art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. W uzasadnieniu tych czynności Zamawiający wskazał, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu twierdząc, że „zarówno załączony do oferty, jak i uzupełniony na wezwanie zamawiającego „Wykaz osób” nie potwierdzają, że wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. osobą do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych, osobą do pełnienia funkcji kierownika robót elektrycznych, osobą do pełnienia funkcji kierownika robót niskoprądowych, spełniających warunki udziału w postępowaniu określone w pkt 8.3 SIWZ „Osoby zdolne do wykonania zamówienia”. Zamawiający następnie opisał co w tym zakresie zostało załączone do oferty oraz co na wezwanie Zamawiającego uzupełnił Odwołujący. W konsekwencji Zamawiający oświadczył, że na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zatrzymuje wadium Odwołującego, dodając, że „wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie złożył dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp i nie udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Wykonawca uzupełnił dokumenty, które nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu.”

Odwołujący nie zgodził się z takim rozstrzygnięciem i stwierdził, że czynność wykluczenia Odwołującego i co za tym idzie odrzucenie jego oferty jest bezprawne, zatem decyzja o zatrzymaniu wadium Odwołującemu również jest bezprawna.

Odnosząc się do poszczególnych kwestii Odwołujący Konsorcjum Mostostal wskazało, co następuje:

1) pkt 8.3 SIWZ co do Kierownika robót sanitarnych formułuje wymóg co do tej osoby: „posiadający co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, w tym co najmniej jednej zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej obiektu minimum 20.000 m²”. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia Załącznika nr 3 - pismo z dnia 22.06.2011 r., wskazując że w pkt 1.3 „w załączonym do oferty „wykazie osób” dla osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika robót sanitarnych (p. Piotr R.) wskazanej pod lp. 3 Wykazu, brak informacji, że osoba ta posiada co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, w tym co najmniej jednej zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej obiektu minimum 20.000 m². W szczególności dotyczy to obiektu -Galeria Focus Park w Zielonej Górze, w którym osoba wskazana pod lp. 3 Wykazu pełniła funkcję kierownika projektu, a nie kierownika robót. Dla wskazanego obiektu podano powierzchnię całkowitą obiektu, a nie powierzchnię użytkową”.

Pismem z dnia 26 czerwca 2011 r. Odwołujący przedłożył Załącznik nr 3 do SIWZ „Wykaz osób” uzupełniony o żądane przez Zamawiającego informacje, oświadczenia i dokumenty. W zawiadomieniu o wynikach postępowania Zamawiający stwierdził, że okres doświadczenia zawodowego ww. osoby określono bez podania pełnej daty, tj. dzień, miesiąc, rok, a jedynie miesiąc i rok. W tej sytuacji Zamawiający nie zaliczył do okresu doświadczenia zawodowego skrajnych miesięcy i w ten sposób wyliczył, że doświadczenie powołanej wyżej osoby wynosi 52 miesiące, a nie wymagane 60 miesięcy.

Odwołujący nie zgodził się z taką oceną Zamawiającego oraz z zastosowanymi przez niego zasadami obliczenia okresu doświadczenia. Wskazał, że po pierwsze, ani w treści SIWZ, ani w treści wezwania do uzupełnienia Zamawiający nie określił, iż oczekuje wskazania pełnych dat, tj. dzień, miesiąc, rok. Zamawiający nie określił też w treści SIWZ zasad sposobu dokonywania oceny spełniania warunku związanego z obliczaniem terminów poprzez odrzucanie skrajnych miesięcy, zastosowanego przez siebie na etapie rozstrzygnięcia przetargu. Brak było – zdaniem Odwołującego - uprawnienia Zamawiającego do stosowania takich reguł. Najistotniejszą jednak kwestią był fakt nieprecyzyjnego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, który nie może rodzić negatywnych skutków prawnych dla wykonawcy realizującego takie wezwanie. Odwołujący wskazała w tym zakresie na orzecznictwo KIO potwierdzające jego stanowisko w sprawie (m.in. wyrok KIO z dnia 16.01.2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 1530/08), czy wyrok z dnia 14.07.2010 r. sygn. akt: KIO 1359/10. W tej sytuacji zarzut Zamawiającego, iż z opisanego wyżej powodu Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu jest chybiony i nie może – zdaniem Konsorcjum

Mostostal - stanowić podstawy ani do wykluczenia Odwołującego, ani do odrzucenia jego oferty, ani do zatrzymania wadium.

2) pkt 8.3 SIWZ formułuje wymóg co do osoby Kierownik robót elektrycznych: „*posiadający uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych oraz posiadający co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, w tym co najmniej jednej zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej obiektu minimum 20.000 m²*”. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia Załącznika nr 3 - pismo z dnia 22.06.2011 r. pkt 1.4, wskazując, że w załączonym do oferty „Wykazie osób” brak informacji jakie funkcje w realizacji zamówienia będą pełniły osoby wskazane pod lp. 4 Wykazu (p. Andrzej D.) i lp. 5 Wykazu (p. Bernard U.). W załączonym do oferty „Wykazie osób” w kolumnie - informacja o doświadczeniu zawodowym okres doświadczenia zawodowego dla ww. osób określono bez podania pełnej daty, tj. dzień, miesiąc, rok, a jedynie rok. Zamawiający stwierdził, że przy obliczaniu okresu doświadczenia zawodowego taki zapis powoduje, że nie jest możliwe uwzględnienie miesięcy skrajnych, gdyż brak jest pewności, że rozpoczęcie funkcji kierownika robót miało miejsce pierwszego dnia miesiąca, a zakończenie ostatniego dnia miesiąca. W konsekwencji zsumowanie okresów nie potwierdza spełnianie warunku wymaganego doświadczenia zawodowego. Dodatkowo brak jest informacji o zakończeniu inwestycji „Focus Park Rybnik”. Zamawiający stwierdził, że dla ww. osób przedstawiono informację, że w wykazanym okresie doświadczenia zawodowego osoby te kierowały i nadzorowały robotami branży instalacji elektrycznych średniego i niskiego napięcia. Taki zapis nie pozwala określić okresu doświadczenia zawodowego tych osób w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych.

Pismem z dnia 26 czerwca Odwołujący przedłożył Załącznik nr 3 do SIWZ „Wykaz osób” uzupełniony o żądane przez Zamawiającego informacje, oświadczenia i dokumenty. W zawiadomieniu o wynikach postępowania Zamawiający stwierdził, że „uzupełnione dane nie potwierdzają, że osoba wskazana po lp. 4 (p. Andrzej D.) posiada 5-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych - wykonawca nie określił w jakim okresie ww. osoba kierowała robotami budowlanymi, a w jakim okresie nadzorowała roboty budowlane. Taki zapis nie pozwala określić okresu doświadczenia zawodowego w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych”.

Odwołujący nie zgodził się z taką oceną Zamawiającego. Z treści Załącznika nr 3 do SIWZ „Wykaz osób” wynika, że wykonawcy mają podać „opis posiadanych uprawnień (należy wpisać: nr uprawnień, zakres uprawnień)”. Pod lp. 4 (Andrzej D.) Odwołujący

wypełnił powołaną w zdaniu poprzednim rubrykę poprzez wpis „Nr uprawnień 198/91/OP Uprawnienia do pełnienia funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie instalacje elektryczne. Uprawnienia do kierowania i nadzorowania robót budowlanych w zakresie instalacji, sieci i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych". Z oświadczenia Odwołującego zawartego w „Wykazie osób” co do ww. osoby jasno wynika, że p. Andrzej D. w ciągu ostatnich 10 lat kierował i nadzorował roboty w swojej branży, a więc wykonywał pełny zakres uprawnień, które posiada. Zatem – zdaniem Odwołującego - wynika z tego, że posiada on doświadczenie zawodowe w wymaganym przez Zamawiającego okresie i to w zakresie szerszym niż oczekiwany przez Zamawiającego. Wszelkie zarzuty Zamawiającego dotyczące osoby wskazanej pod lp. 5 Wykazu (p. Bernard U.) są bez znaczenia dla tej sprawy. Po pierwsze Zamawiający wymagał wskazania jednej osoby spełniającej warunek z pkt 8.3 SIWZ - Kierownik robót elektrycznych, a po drugie w piśmie z dnia 22.06.2011 r. Odwołujący oświadczył, że ta osoba została wskazana tylko jako osoba rezerwowa.

W tej sytuacji zarzut Zamawiającego, iż z opisanego wyżej powodu Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu jest chybiony i nie może stanowić podstawy ani do wykluczenia Odwołującego, ani do odrzucenia jego oferty, ani do zatrzymania wadium.

3) pkt 8.3 SIWZ formułuje wymóg co do osoby Kierownik robót niskoprądowych *„posiadający co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, w tym co najmniej jednej zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej, której wykonanie obejmowało wykonanie instalacji BMS, CCTV, ACC, DSO, SAP i RTV SAT.”* Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia Załącznika nr 3 - pismo z dnia 22.06.2011 r. pkt 1.5 - „w załączonym do oferty „wykazie osób” dla osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika robót niskoprądowych (p. Robert K.) wskazanej pod lp. 6 Wykazu, brak informacji, że osoba ta posiada co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, w tym co najmniej jednej zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej, której wykonanie obejmowało wykonanie instalacji BMS, CCTV, ACC, DSO, SAP i RTV SAT.”

Pismem z dnia 26 czerwca Odwołujący przedłożył Załącznik nr 3 do SIWZ „Wykaz osób” uzupełniony o żądane przez Zamawiającego informacje, oświadczenia i dokumenty. W zawiadomieniu o wynikach postępowania Zamawiający stwierdził, że informacje uzyskane od Odwołującego nie potwierdzają, że ww. osoba posiada wymagane doświadczenie na co najmniej jednej zakończonej inwestycji obejmującej wykonanie instalacji BMS, CCTV, ACC, DSO, SAP i RTV SAT oraz, że żadna z inwestycji ze wskazanych pod lp. 6 „Wykazu osób”

nie obejmuje swoim zakresem wykonania instalacji BMS, CCTV, ACC, DSO, SAP i RTV SAT.

Odwołujący nie zgodził się z taką oceną Zamawiającego. Wskazana w „Wykazie osób” inwestycja pn. „Budowa systemów niskoprądowych w hotelu GRAND w Sopocie” spełnia wymagania Zamawiającego zawarte w SIWZ. W związku z faktem, że w „Wykazie osób” przy różnych pozycjach wymienianych jako zrealizowane roboty występują zarówno cytowane przez Zamawiającego w SIWZ skróty, jak i szersze opisy systemów.

Dodatkowo Odwołujący wskazał na definicję określenia telewizja przemysłowa. Zgodnie z tą definicją (CCTV, od ang. closed-circuit television - dosł. telewizja o zamkniętym obwodzie) to system przekazywania obrazu z określonych pomieszczeń lub lokalizacji obiektu w zamkniętym systemie odbiorczym. Generalnie system służy do nadzoru oraz zwiększeniu bezpieczeństwa pomieszczeń lub przestrzeni, w obrębie których zostały zainstalowane kamery. Zakładając uwzględnienie w projektowanym systemie urządzeń modulatorów - modulujących sygnał wizyjny, np. z kamer umieszczonych na terenie obiektu hotelowego (jak tereny parkingowe) i przesyłających sygnał do hotelowej sieci kablowej - konkretnie gniazd abonenckich, zlokalizowanych na obiekcie w pokojach hotelowych tak, aby umożliwić gościom hotelowym podgląd obrazu z terenu, gdzie pozostawili swój pojazd - zapewniając im dodatkowe poczucie bezpieczeństwa, system RTV/SAT (gniazda, kabel, rozdzielacza itp.) traktować i interpretować możemy jako element instalacji systemu nadzoru video CCTV.

W tej sytuacji zarzut Zamawiającego, iż z opisanego wyżej powodu Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu jest chybiony i nie może stanowić podstawy ani do wykluczenia Odwołującego, ani do odrzucenia jego oferty, ani do zatrzymania wadium. W żadnej z omawianych wyżej sytuacji Zamawiający nie miał podstawy ani faktycznej, ani prawnej do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Skoro ta czynność Zamawiającego była bezprawna, to odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz podjęcie decyzji o zatrzymaniu wadium Odwołującego na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp również – zdaniem Odwołującego - były bezprawne.

Opisane działania Zamawiającego są – w ocenie Odwołującego - traktowaniem w różny sposób różnych wykonawców. Wskazał na regulację art. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którą Zamawiający powinien przygotowywać i przeprowadzać postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a zamówienia udzielać powinien wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami powołanej wyżej ustawy. Swoim zachowaniem Zamawiający – zdaniem Odwołującego - naruszył wskazane przepisy ustawy Pzp, gdyż przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie zapewnił równego

traktowania wszystkich wykonawców, a zamówienia udzielać powinien wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Co do kwestii podjęcia przez Zamawiającego decyzji o zatrzymaniu wadium Odwołującego na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp Odwołujący Konsorcjum Mostostal wskazał, że wykonawca spełnia warunki udziału w tym postępowaniu. Podkreślił jednak, że nawet gdyby jednak Zamawiający ocenił inaczej przedłożone przez niego dokumenty (zarówno dołączone do oferty, jak i na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), to nie stanowi to przesłanki do podjęcia decyzji o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Powołał się w tym zakresie na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz oficjalną opinię prawną Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczona na stronie internetowej www.uzp.gov.pl. Podkreślił, że przepis art. 46 ust. 4a ustawy Pzp przewiduje sytuacje, kiedy wykonawca w ogóle nie odpowie na wezwanie Zamawiającego lub obiektywnie rzecz biorąc nie wykaże staranności, aby uzyskać i przedłożyć Zamawiającemu żądane dokumenty. Takie uzupełnienie musi być obiektywnie możliwe do dokonania. Tym samym, obowiązek zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp nie będzie dotyczył tych wykonawców, którzy złożyli oferty, pomimo że nie spełniali warunków udziału w postępowaniu (np. nie legitymowali się określonym doświadczeniem), jak też, pomimo że oferowane przez nich usługi, dostawy lub roboty budowlane nie spełniały wymagań określonych przez zamawiającego. Powołał się na wyrok KIO z 2010-01-26, KIO/UZP 1749/09, wyrok KIO z 2010-07-14, KIO 1311/10, KIO1312/10, KIO 1313/10, wyrok KIO z 2009-05-21, KIO/UZP 590/09 i wyrok KIO z 2010-03-31, KIO 309/10. Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę na postanowienie Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 2010-05-07, V CSK 456/09, w którym Sąd Najwyższy stwierdza, że *„Wniesienie wadium stanowi element postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, umożliwia ono branie udziału w takim postępowaniu, stanowi zatem niewątpliwie instytucję właściwą dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy w konsekwencji przyjąć, że wykonawcy przysługują środki prawne określone w ustawie z dnia 29.1.2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.).”*

II. Stanowisko Przystępującego Konsorcjum Budus

Konsorcjum Budus złożyło w tej sprawie swoje przystąpienie po stronie Odwołującego Konsorcjum Mostostal, wskazując, że ma interes w przystąpieniu do toczącego się postępowania odwoławczego, bowiem wykonawca ten złożył ofertę, która nie podlega odrzuceniu i została sklasyfikowana na drugim miejscu zgodnie z kryteriami oceny ofert. Ponadto Przystępujący wskazał, że wniósł własne odwołanie na wybór oferty Polimex

Mostostal jako najkorzystniejszej, oraz na zaniechanie wykluczenia tegoż wykonawcy i uznania jego oferty za odrzuconą. Przystępujący wykazywał swój interes w przystąpieniu do niniejszego postępowania odwoławczego i rozstrzygnięciu odwołania w zakresie zarzutów dotyczących oferty POLIMEX MOSTOSTAL na korzyść Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę wniósł o uwzględnienie odwołania Odwołującego Konsorcjum Mostostal w zakresie:

- unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty POLIMEX-MOSTOSTAL
- dokonania czynności odrzucenia oferty POLIMEX-MOSTOSTAL z postępowania
- nakazania ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z warunkami SIWZ.

III. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w piśmie z dnia 5 sierpnia 2011 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości,
- 2) obciążenie odwołującego się kosztami postępowania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał na następujące okoliczności:

1. Wskazał na brak legitymacji do wniesienia odwołania po stronie Odwołującego Konsorcjum Mostostal w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Powołał się w tym względzie na orzecznictwo KIO, wskazał, że nawet, gdyby przyjąć, iż nie istniały podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i ich oferty były brane pod uwagę, zajęliby oni na tyle odległe miejsce w rankingu ofert, że nie mieli realnej szansy na uzyskanie zamówienia (POLIMEX - MOSTOSTAL - kwota 294 285 566,19 zł; Odwołujący się kwota: 331 212 849,01 zł).

2. Replika na zarzuty podniesione w odwołaniu.

2.1. Replika na zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i ust. 4 ustawy Pzp
Z daleko posuniętej ostrożności procesowej w przypadku uznania, iż Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania Zamawiający podniósł, iż wskazane w odwołaniu rzekome uchybienia Zamawiającego skutkujące wykluczeniem Odwołującego z postępowania nie znajdują uzasadnienia.

2.1.1. Zarzut niespełnienia warunków udziału przez POLIMEX - MOSTOSTAL

a) Replika na zarzut braku uprawnień p. Jana P.

Zamawiający wskazał, iż nie posiada informacji, jakoby p. Jan P. nie miał wymaganych uprawnień budowlanych do wykonywania funkcji kierownika robót nisko-prądowych,

określonych SIWZ. Wykonawca ten złożył wymagane dokumenty w postaci oświadczeń, iż p. Jan P. spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. Zamawiający podkreślił, że nie miał podstaw, by poddawać w wątpliwość powyższe oświadczenia. Podkreślił, że w wypadku, gdy oświadczenia nie budzą wątpliwości Zamawiającego, nie ma on obowiązku występować do wykonawcy o dodatkowe dokumenty potwierdzające daną okoliczność. Zamawiający może bazować na oświadczeniach wykonawcy. W przedmiotowej sprawie wykonawca złożył oświadczenie p. Jana P., iż posiada on uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń w telekomunikacji przewodowej. Oświadczenie powyższe było jasne i precyzyjne, Zamawiający nie miał więc podstaw, by kwestionować zakres uprawnień p. Jana P.. Oświadczenie p. Jana P. wskazuje na posiadaną przez niego decyzję nr 0797/97/U, a zatem Zamawiający ustalił, iż powyższa decyzja była wydana w 1997 roku. Idąc dalej ustalono, że obowiązywało wtedy Rozporządzenie Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym. Paragraf 2 tegoż rozporządzenia wskazuje, iż powyższe uprawnienia budowlane są udzielane w specjalnościach instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń. Zamawiający nie miał więc podstaw do domniemywania, iż p. Jan P. nie posiada uprawnień w zakresie sieci.

b) W piśmie z dnia 15 czerwca 2011r., IR-3410/27/10 stwierdzono, iż w załączonym do oferty życiorysie zawodowym Kierownika robót niskoprądowych (p. Jan P.) nie wskazano, czy co najmniej jeden z wymienionych obiektów użyteczności publicznej którego budowa obejmowała wykonanie instalacji BMS, CCTV., ACC, DSO, SAP i RTV SAT został zakończony. W szczególności dotyczy to „Budowy stadionu piłkarskiego Wisła Kraków - Budowa trybuny wschodniej wraz z narożnikami”. Z treści pisma POLIMEX MOSTOSTAL z dnia 17 czerwca 2011 r. wynika, iż budowa trybuny wschodniej Stadionu Wisła Kraków została zakończona. Wynika to również z treści życiorysu p. Jana P. Odwołujący zaś nie przedstawili żadnego dowodu na okoliczność wykazania, iż okoliczności wskazane w piśmie POLIMEX - MOSTOSTAL są nieprawdziwe. Zamawiający wskazał na konieczność rozróżnienia pojęcia „zakończenie budowy” od „uzyskania pozwolenia na użytkowanie”. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem zakończenie budowy to sytuacja, w której wykonano wszelkie prace pozwalające na przyjęcie, że dany budynek lub jego część może być użytkowana nawet przed ich ostatecznym wykończeniem, to jest taki stan w którym właściwy organ nadzoru budowlanego dokonałby odbioru robót i zezwolenia na użytkowanie, to jest na zgodne z prawem wykorzystywanie (powołał się w tym zakresie na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku, I SA/Gd 10/10, publ. CBOSA). Podniósł, iż skoro według Odwołującego dopuszczono do użytkowania obiekt należy przyjąć, iż budowa zakończyła się. W związku z tym Zamawiający wskazał, że brak było zatem podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia POLIMEX - MOSTOSTAL

na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz odrzucenia oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

2.1.2. Zarzuty odnośnie prawidłowości wykazu osób złożonego przez Odwołującego.

a) doświadczenie zawodowe p. Piotra R.

Dla wykazania, iż dana osoba spełnia wymóg długości okresu doświadczenia zawodowego liczonego w latach koniecznym jest podanie pełnej daty tj. dni, miesięcy i lat lub wskazania w inny jednoznaczny sposób potwierdzający spełnienie warunku określonego w SIWZ. Podanie przez Odwołującego okresu doświadczenia zawodowego ww. osoby w miesiącach i latach powoduje, że obliczając powyższy okres nie jest możliwe wzięcie pod uwagę miesięcy skrajnych, gdyż brak jest pewności, że rozpoczęcie sprawowania przedmiotowej funkcji kierowniczej miało miejsce pierwszego dnia miesiąca a zakończenia ostatniego. Bez tego Zamawiający nie był w stanie ustalić spełnienia wymogu długości okresu doświadczenia zawodowego („co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe” - treść pkt 8.3. SIWZ). Wezwanie z dnia 22 czerwca 2011 r. zostało na tyle precyzyjnie sformułowane, iż treść żądania Zamawiającego odnośnie podania pełnej daty nie powinno – zdaniem Zamawiającego - budzić jakichkolwiek wątpliwości.

b) doświadczenie zawodowe p. Andrzeja D.

Wykazane przez Odwołującego doświadczenie zawodowe obejmuje zarówno kierowanie robotami, jak i nadzorowanie robót. Zamawiający wskazał na przepisy ustawy Prawo budowlane, która rozróżnia pojęcia kierowanie robotami wykonywane przez kierownika budowy lub robót (art. 22) od nadzorowania robot wykonywane przez inspektora nadzoru inwestorskiego (art. 25). Dodatkowo zakazuje również łączenia powyższych funkcji (art. 24). Zamawiający słusznie więc ocenił, że Odwołujący nie wykazał, w jakim okresie ww. osoba kierowała robotami budowlanymi, a w jakim okresie nadzorowała roboty budowlane, a więc przedstawione doświadczenie zawodowe p. Andrzeja D. nie potwierdzało spełnienia warunków określonych w SIWZ. Również wezwanie do uzupełnienia dokumentów – jego zdaniem - bardzo precyzyjnie określało oczekiwania Zamawiającego. Bez znaczenia jest fakt podnoszony przez Odwołującego, że ww. osoba wykonywała pełen zakres uprawnień budowlanych, gdyż Zamawiający ściśle określił warunek udziału w postępowaniu co do kierownika robót elektrycznych.

c) doświadczenie zawodowe p. Bernarda U.

Zdaniem Zamawiającego wskazana osoba nie spełnia warunków udziału w postępowaniu z uwagi na posiadane przez nią uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie. Dodatkowo podniósł, iż wymogi w stosunku do osoby rezerwowej są takie same jak do osób, które funkcje mają pełnić w pierwszej kolejności. Oczywistym jest, że zastępstwo może być wykonywane tylko przez taką osobę, która spełnia wymogi przewidziane dla osoby zastępowanej.

d) doświadczenie zawodowe p. Roberta K.

Wykazane przez Odwołującego doświadczenie zawodowe ww. osoby – według Zamawiającego - nie potwierdza, że posiada ona doświadczenie zawodowe w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień na co najmniej jednej zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej, której wykonanie obejmowało wykonanie instalacji BMS, CCTV, ACC, DSO, SAP i TV SAT, gdyż żadna ze wskazanych inwestycji swoim zakresem nie obejmuje wykonania instalacji BMS, CCTV, ACC, DSO, SAP i TV SAT. Próba Odwołującego utożsamienia instalacji CCTV z instalacją RTV SAT - zdaniem Zamawiającego - jest chybiona, gdyż instalacja CCTV służy do celów dozorowych (zgodnie z przedstawionym przez Odwołującego opisem), natomiast instalacja RTV SAT jest instalacją użytkową związaną z systemami radiowo - telewizyjnymi. Odwołujący w opisie doświadczenia zawodowego ww. osoby przy innych obiektach niż wskazany w odwołaniu obiekt („Budowa systemów niskoprądowych w hotelu GRAND w Sopocie”) rozróżnił oba systemy jako osobne instalacje, w związku z powyższym posiada wiedzę o ich odrębności. Dodatkowo Odwołujący nie przedstawił żadnego potwierdzenia, czy dowodu dla wyprowadzonej w odwołaniu tezy o tym, że system RTV SAT jest elementem systemu CCTV. Zdaniem Zamawiającego z treści samego odwołania wynika, iż Odwołujący nie wykonali w sposób prawidłowy wezwania Zamawiającego. Wyjaśnienia zawarte w odwołaniu są według Zamawiającego po pierwsze spóźnione, a po drugie niezgodne z treścią pkt. 8.3. SIWZ.

W świetle powyższego Zamawiający za oczywiście bezzasadny uznał zarzut naruszenia przez niego art. 7 ustawy Pzp.

2.2. Replika na zarzut naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp

2.2.1. Brak legitymacji do kwestionowania czynności zatrzymania wadium.

W pierwszej kolejności Zamawiający podniósł brak interesu prawnego (w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp) po stronie Odwołującego w zaskarżaniu czynności zatrzymania wadium. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone Dziale VI przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Wskazał on na definicję postępowania o udzielenie zamówienia zawartą w art. 2 pkt 7a ustawy Pzp. Podkreślił, że kolejność czynności Zamawiającego wynikała 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. Zgodnie z powołanym przepisem w pierwszej kolejności zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę (w wyniku czego zostaje zakończone postępowanie o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 2 pkt.

7a ustawy Pzp), a następnie zwraca wadium, bądź dokonuje jego zatrzymania na podstawie art. 46 ust. 4a. Zamawiający w dniu 20 lipca 2011 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, a następnie w dniu 21 lipca 2011 r., a zatem po zakończeniu postępowania zatrzymał wadia wniesione przez Odwołującego (wystąpił z żądaniem zapłaty sumy wynikające z gwarancji wadialnej). Zamawiający powołał się na orzecznictwo KIO, wskazując, iż zatrzymanie wadium nie ma charakteru samoistnego, lecz stanowi następstwo wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodów ściśle określonych, ma zatem charakter akcesoryjny, nie jest czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, lecz stanowi jej skutek - czynność związana z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie Pzp w tym zakresie nie przysługują.

2.2.2. Prawdliwość czynności zatrzymania wadium.

Niezależnie od powyższego z daleko posuniętej ostrożności prawnej, w przypadku uznania, iż Odwołujący posiada legitymację do kwestionowania czynności Zamawiającego o zatrzymaniu wadium Zamawiający wskazał na zasadność zatrzymania przez niego wadium Odwołującemu. Podniósł, że zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Podkreślił, że zarówno w piśmiennictwie, jak i w orzecznictwie sądów powszechnych przyjmuje się, iż przepis ten stanowi podstawę zatrzymania wadium także w sytuacji, gdy w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów wykonawca przedłożył takie dokumenty i oświadczenia, które nie spełniają wszystkich wymagań im postawionych przez Zamawiającego. Przywołał w tym zakresie stanowisko doktryny oraz orzecznictwo KIO i orzecznictwo sądów powszechnych.

IV. Stanowisko Przystępującego Polimex Mostostal

Polimex Mostostal zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i wniósł o odrzucenie odwołania, ewentualnie jego oddalenie i utrzymanie w mocy decyzji Zamawiającego umożliwiających POLIMEX - MOSTOSTAL zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z Zamawiającym w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że nieprawdziwy jest zarzut Odwołującego - Konsorcjum MOSTOSTAL, że POLIMEX-MOSTOSTAL podlega wykluczeniu z postępowania. Podkreślił, że wszystkie warunki udziału w postępowaniu w sposób opisany w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków zostały wykazane i jednoznacznie potwierdzone

załączonymi dokumentami. Wszystkie inwestycje wykazane na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia zarówno POLIMEX-MOSTOSTAL, jak również wykazane jako potwierdzające wiedzę i doświadczenie osób, którymi dysponuje POLIMEX-MOSTOSTAL są inwestycjami zakończonymi. Stąd też podniósł, że zgłaszane przez Odwołującego wątpliwości nie mogą być podstawą jakichkolwiek zarzutów wobec wybranego w postępowaniu POLIMEXU-MOSTOSTAL, ani wobec Zamawiającego, który wybrała ofertę Przystępującego.

Podniósł także, że bezpodstawne są zarzuty Odwołującego odnośnie decyzji m.in. wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp i decyzji Zamawiającego o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Podkreślił, że podstawą takiego stanowiska jest fakt, że:

- 1) Podstawową cechą oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest to, aby potwierdzały one spełnianie warunku udziału w postępowaniu; tymczasem złożone przez Odwołującego oświadczenia i dokumenty wymienione przez Zamawiającego w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz w zawiadomieniu o wykluczeniu wykonawców z postępowaniu i o odrzuceniu ofert nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu; Zamawiający nie może domniemywać określonych treści ze złożonych oświadczeń i dokumentów lecz powinien uzyskać jednoznaczne potwierdzenie, że wykonawca, który przedkłada określony dokument spełniania warunki udziału w postępowaniu;
- 2) Nie jest przedmiotem orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadność zatrzymania wadium, gdyż nie mieści się w zakresie jej orzekania wyznaczonym przepisami ustawy Pzp, a ponadto wskazana czynność nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania.
- 3) Jak podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie złożenie dokumentu np. wykazu wykonanych robót budowlanych lub wykazu osób, które mają uczestniczyć w realizacji zamówienia, które to dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, traktuje się jak niezłożenie dokumentów. Na potwierdzenie swojego stanowiska wskazał na orzeczenie KIO: wyrok z dnia 17 maja 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 751/2010).
- 4) Odnośnie żądania Odwołującego dotyczącego wykluczenia POLIMEX-MOSTOSTAL wyjaśnił, że brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych w tym zakresie. Potwierdzając prawdziwość i rzetelność wszystkich informacji zawartych w złożonych oświadczeniach i dokumentach wyjaśnił także, że budowa stadionu piłkarskiego Wisły Kraków - budowa trybuny wschodniej wraz z narożnikami została zakończona.

I. Stanowisko Odwołującego Intracom

Odwołujący Intracom wniósł odwołanie od następujących czynności Zamawiającego:

1. wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę POLIMEX -MOSTOSTAL
2. wykluczenia Odwołującego Intracom,
3. odrzucenia oferty Odwołującego Intracom,
4. zatrzymania wadium Odwołującego Intracom,

W tym zakresie zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 7 ustawy Pzp, poprzez przygotowanie i przeprowadzenie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to w ten sposób, iż Zamawiający w dniu 22 czerwca 2011 roku (środa), o godzinie 15:30 wystosował wezwanie do Intracom o złożenie wyjaśnień i uzupełnienie brakującej dokumentacji w jego ofercie w terminie do dnia 28 czerwca 2011 roku (do godz. 16:00 - tj. do godziny otwarcia Urzędu). Wezwanie zostało wystosowane tuż przed tzw. długim weekendem obejmującym przypadające na dzień 23 czerwca 2011 roku Święto Bożego Ciała (dzień ustawowo wolny od pracy), co utrudniło uzyskanie i przygotowanie odpowiedniej dokumentacji Odwołującemu Intracom, albowiem w wyznaczonym terminie jedynym dniem, w którym w praktyce Odwołujący mógł uzupełnić brakującą dokumentację, był poniedziałek 27 czerwca 2011 roku. Zamawiający nie wziął pod uwagę okoliczności, iż wykonawca jest podmiotem zagranicznym prowadzącym działalność międzynarodową z siedzibą w Republice Greckiej. Pomimo jednak, iż termin został wyznaczony - zdaniem Odwołującego - niezgodnie z prawem, Odwołujący Intracom uzupełnił ofertę w sposób prawidłowy oraz złożył prawidłowo niezbędne wyjaśnienia,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp na skutek bezzasadnego wykluczenia Odwołującego Intracom z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w oparciu o niemające oparcia w stanie faktycznym twierdzenia Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków w postępowaniu,
3. art. 46 ust. 4a w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, iż Intracom w odpowiedzi na wezwanie z dnia 22 czerwca 2011 roku, nie uzupełnił w sposób prawidłowy dokumentacji i nie wykazał, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie i tym samym, że zaistniały podstawy do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty i zatrzymania jego wadium,

4. art. 46 ust. 4a w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 5 Kodeksu Cywilnego, poprzez zatrzymanie wadium Odwołującego Intracom, oraz podjęcie w dniu 21 lipca 2011 roku czynności mających na celu zarówno wypłatę sumy gwarancyjnej z tytułu wadium, jak i jednoczesnego żądania wystosowanego do Odwołującego Intracom o wyrażenie zgody na dalszy okres związania ofertą o dodatkowe 60 dni, w chwili gdy zarówno nie upłynął termin Odwołującego Intracom do złożenia odwołania od czynności Zamawiającego podjętych w dniu 20 lipca 2011 roku, a także w chwili gdy okres obowiązywania wadium z uwagi na treść przedłożonej przez Odwołującego gwarancji bankowej w niniejszym przetargu obowiązywał jeszcze przez 40 dni,
5. art. 2 w zw. z art. 7 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej poprzez działanie Zamawiającego w sposób sprzeczny z zasadą państwa prawa oraz z zasadą legalizmu, a to w ten sposób, iż Zamawiający w sposób niezgodny z prawem wyznaczył termin do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentacji, a także działał w sposób rażąco niezgodny z przepisami prawa, ponieważ w szczególności nie zaistniały okoliczności faktyczne uzasadniające zatrzymanie wadium Odwołującego Intracom, w chwili gdy Intracom uzupełnił w sposób prawidłowy dokumentację przetargową, a ponadto nie upłynął jeszcze termin do wniesienia odwołania przez Intracom od czynności Zamawiającego z dnia 20 lipca 2011 roku, a ponadto nawet gdyby przyjąć, iż Intracom nie uzupełnił dokumentów w sposób prawidłowy, to i tak powyższe wyklucza po jego stronie winę.

Odwołujący Intracom biorąc pod uwagę przedstawione wyżej zarzuty wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 20 lipca 2011 roku dot. wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 3) unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 20 lipca 2011 roku dot. wykluczenia Odwołującego Intracom z postępowania o udzielenie zamówienia,
- 4) unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 20 lipca 2011 roku dot. odrzucenia oferty Odwołującego Intracom,
- 5) unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 20 lipca 2011 roku dot. zatrzymania wadium oraz w konsekwencji nakazania Zamawiającemu anulowania żądania wypłaty wadium z dnia 21 lipca 2011 roku albo w przypadku, gdy wadium zostało już wypłacone nakazania Zamawiającemu zwrotu wypłaconego wadium,
- 6) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Intracom jako najkorzystniejszej, ewentualnie o:
- 7) nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnego wezwania Intracom do uzupełnienia dokumentów, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,

8) nakazanie Zamawiającemu powtórnego dokonania czynności dot. badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty,

a nadto o:

9) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego Intracom kosztów niniejszego postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego i uczestnictwa w postępowaniu według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania Intracom wskazał na następujące okoliczności:

Odwołujący podniósł, że w toku przeprowadzania niniejszego przetargu, na etapie wezwania, wystosowanego do Intracom z dnia 22 czerwca 2011 roku do uzupełnienia dokumentów poświadczających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, doszło do naruszenia podstawowej zasady, która określa zasady organizowania oraz przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Odwołującego pomimo uzupełnienia w sposób prawidłowy brakującej dokumentacji potwierdzającej udział tego wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, powyższe wezwanie wyznaczało rażąco krótki termin do skompletowania brakującej dokumentacji. Wezwanie to zostało doręczone Odwołującemu w dniu 22 czerwca 2011 roku o godzinie 15:30 drogą elektroniczną, tuż przed Świętem Bożego Ciała, które wypadło w dniu 23 czerwca 2011 roku. Powszechnie wiadomo zaś, iż Boże Ciało (dzień ustawowo wolny od pracy) rozpoczyna zwyczajowo przyjęty w Polsce okres tzw. długiego weekendu, który w praktyce oznacza, iż bardzo duża część osób, w tym pracowników urzędów, instytucji, firm prywatnych etc. wyjeżdża w tym czasie na urlop. Wskazane okoliczności, w odniesieniu do wezwania z dnia 22 czerwca 2011 roku skutkowały tym, iż w praktyce Odwołujący miał zaledwie jeden dzień (poniedziałek) 27 czerwca 2011 roku na zdobycie całej dokumentacji, gdyż w dniu 28 czerwca 2011 roku cała dokumentacja musiała zostać skompletowana i dostarczona do Zamawiającego. Wskazane okoliczności, znacząco utrudniły Intracom wywiązanie się z obowiązku uzupełnienia dokumentów w określonym terminie. W tym zakresie Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO, wskazujące na to, że Zamawiający powinien wyznaczyć odpowiedni termin na uzupełnienie dokumentów, czyli realny dla wykonawcy zachowującego należyłą staranność

Wyznaczenie przez Zamawiającego wyżej opisanego, nieodpowiedniego terminu uzasadnia również wedle Odwołującego twierdzenie o braku jakiegokolwiek winy po jego stronie w zakresie treści uzupełnienia oferty, po stosownym wezwaniu. Odwołujący wskazał, że złożył kompletną ofertę, uzupełnioną w pewnym zakresie, po wezwaniu. Gdyby jednak Zamawiający przewidział dla niego odpowiedni termin do uzupełnienia oferty, mógłby on wykorzystać ten czas na lepsze opracowanie dokumentacji (np. wskazując w „Wykazie osób” okresy doświadczeń z podaniem dnia i miesiąca, a nie tylko roku - pomimo braku takiego

wymogu przez SIWZ), i przedstawienie jej w formie pozwalającej na uniknięcie jakichkolwiek wątpliwości. Dlatego też, wyznaczenie nieodpowiedniego terminu – zdaniem Odwołującego - jednocześnie ekskulpuje go w rozumieniu przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że wezwanie z dnia 22 czerwca 2011 roku zostało do niego wystosowane celowo tuż przed rozpoczęciem tzw. długiego weekendu, po to aby w praktyce, jeśli nie uniemożliwić, to poważnie utrudnić skompletowanie ewentualnie brakującej dokumentacji.

Dodatkowo wskazał, że inny wykonawca, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, tj. Polimex - Mostostal został wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w dniu 15 czerwca 2011 roku, a więc w okresie, w którym nie przypadało żadne ustawowe święto jak miało to miejsce w przypadku Odwołującego.

Odwołujący Intracom wskazał ponadto, że pomimo prawidłowego uzupełnienia dokumentacji, Zamawiający nie tylko nie uznał uzupełnionej dokumentacji za prawidłową, ale zatrzymał wadium Odwołującego w trybie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, a co więcej, jeszcze przed wniesieniem odwołania, zażądał wypłaty gwarancji bankowej (pomimo, że ważność gwarancji bankowej wygasła dopiero w dniu 30 sierpnia 2011 roku), choć jednocześnie wezwał Odwołującego się do wydłużenia okresu związania ofertą o kolejne 60 dni. Powyższe - według oceny Odwołującego - jest zachowaniem contra legem.

Odwołujący wskazał też, że w SIWZ Zamawiający nigdzie nie wskazał, żeby okres doświadczenia liczyć w ten sposób, iż osoba wskazana ma pełnić wymagane przez SIWZ funkcje przez łączny czas 5 lat (60 miesięcy) lub 10 lat (120 miesięcy). Odwołujący uważa, iż warunkiem wykazania spełnienia 5 letniego doświadczenia lub 10 letniego doświadczenia jest wykazanie, iż przed rozpoczęciem okresu ostatnich 5 lat lub 10 lat przed ogłoszeniem zamówienia dana osoba po raz pierwszy w zakresie swoich uprawnień pełniła określoną funkcję. Nieprecyzyjność SIWZ w tym zakresie nie może powodować skutków ujemnych dla wykonawcy.

Podobnie Odwołujący wskazał, że SIWZ nie przewidywała żadnego wymogu dotyczącego składania odrębnych oświadczeń w zakresie ukończenia obiektów budowlanych w zakresie doświadczeń specjalistów.

Według Odwołującego powyższe powinno skutkować unieważnieniem czynności Zamawiającego dokonanych w dniu 20 lipca 2011 roku zaskarżonych niniejszym odwołaniem oraz nakazaniem Zamawiającemu podjęcia czynności wnioskowanych w petitum niniejszego odwołania.

Odwołujący wskazał też na niezasadność zatrzymania jego wadium przez Zamawiającego w trybie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Powyższe jest – jego zdaniem - niezgodne z prawem, bowiem nie zostały spełnione przesłanki zatrzymania wadium. W trybie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp wadium może być zatrzymane tylko w przypadku, gdy wykonawca

na wezwanie zamawiającego nie podejmie jakichkolwiek czynności (zachowa się całkowicie biernie). Natomiast wadium nie może być zatrzymane gdy wykonawca uzupełnił dokumenty, jednakże w ocenie zamawiającego nie potwierdzają one spełnienia wymagań udziału w postępowaniu. W niniejszej sprawie Odwołujący nie tylko w całości uzupełnił wymagane przez Zamawiającego dokumenty, ale dokumenty te potwierdzają spełnienie przez Odwołującego – jego zdaniem - wszystkich wymogów SIWZ. Na potwierdzenie powyższych twierdzeń Intracom przedstawił tezy z orzecznictwa KIO dotyczące tej kwestii.

Co do oświadczenia Pana Jana S. Odwołujący zaprzeczył, iż do uzupełnionej dokumentacji dołączono kserokopię dokumentu oświadczenia Pana Jana S. Dokument ten w pierwotnej wersji został złożony w formie wydruku skanu, co Odwołujący potwierdził, jednakże po wezwaniu Odwołujący złożył oryginał tegoż dokumentu, z odręcznie naniesionym podpisem czarnym piórem przez Pana inż. Jana S. oraz podłużną pieczęcią Pana inż. Jana S. Na potwierdzenie tej okoliczności Intracom wniósł o przeprowadzenie dowodów z

- oświadczenia Jana S. złożone do akt postępowania przetargowego (w aktach postępowania)
- dowodu z opinii biegłego grafologa na okoliczność, iż dokument nie jest duplikatem w rozumieniu kopii, kserokopii, fotokopii, wydruku skanu etc, tylko zawiera oryginalnie nakreślony podpis, zaś w przypadku gdyby biegły stwierdził, iż dokument ten nie jest oryginalny, przesłuchanie świadków:
 - radcy prawnego Włodzimierza R.
 - apl. radc. Błażeja P.
 - inż. Jana S.
 - pracownika Intracom Dimitriosą B.
 - pracownika Intracom Błażeja P.

na okoliczność, iż Zamawiającemu zostało na jego wezwanie zostało przedłożone oświadczenie w oryginale

Odwołujący podkreślił także, że nawet gdyby przyjąć, iż oświadczenie Pana Jana S. zostało złożone w formie kserokopii, czynność zatrzymania wadium przez Zamawiającego została dokonana z naruszeniem przepisów prawa. Wskazał, że zgodnie z treścią art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, do którego odsyła art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Rodzaje dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane precyzują przepisy wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te

dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) (dalej: „rozporządzenie w sprawie dokumentów”). Rodzaje dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub wymagań określonych przez zamawiającego zostały wskazane w § 1- § 5 rozporządzenia w sprawie dokumentów. To do nich – według Odwołującego - odnosi się stawiany przez § 6 wymóg złożenia ich w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Tymczasem oświadczenie Pana Jana S. należy rozpatrywać w kontekście art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zobowiązanie wykonawcy, o którym mowa w tym przepisie, nie znalazło się w zamieszczonym w rozporządzeniu w sprawie dokumentów katalogu dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub wymagań określonych przez zamawiającego. Zatem w żadnym wypadku – według Odwołującego - nie mogą one być traktowane w takich kategoriach. W tym zakresie Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO. Odwołujący podkreślił w konsekwencji, że nawet gdyby przyjąć, iż w aktach postępowania nie znajdował się oryginał zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i że mimo wezwania Odwołujący nie przedstawił go Zamawiającemu, to w żadnym wypadku nie uzasadniałoby to wykluczenia go z postępowania, a już nie mogło stać się podstawą do zatrzymania wadium.

Dodatkowo Intacom wskazał, że kwestia zatrzymania wadium podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i w związku z tym może być przedmiotem odwołania. Powołał się na postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2010 r. (sygn. akt: V CSK 456/09), który stwierdził, iż wniesienie wadium stanowi element postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w związku z tym wykonawcy przysługują środki prawne w tym zakresie. Oraz na orzecznictwo KIO, które potwierdza to stanowisko.

Odwołujący podniósł także, że Zamawiający w sposób niezgodny z warunkami SIWZ przedmiotowego przetargu liczył doświadczenie specjalistów wskazanych przez Intracom w „Wykazie osób”. Zamawiający żądał podania dokładnych dat (dzień, miesiąc, rok) doświadczenia i argumentował to tym, iż w sytuacji braku podania pełnej daty tj.: dnia, miesiąca, roku nie jest możliwe wzięcie pod uwagę miesięcy lub lat skrajnych, gdyż brak jest pewności, że rozpoczęcie funkcji kierownika robót miało miejsce pierwszego dnia miesiąca roku, a zakończenie ostatniego. Podkreślił, że przepisy ustawy Pzp, jak i postanowienia SIWZ przedmiotowego przetargu nie zawierają żadnych postanowień dot. dokładnego wskazanie dat (dzień, miesiąc, rok) okresu doświadczenia wskazanego w „Wykazie osób”. Odwołujący wskazał, iż dodatkowo fakt spełniania przez poszczególne osoby okresu doświadczenia potwierdza każdy z inżynierów wskazanych w „Wykazie osób” składając stosowne oświadczenie, a ponadto iż niestosowny termin wyznaczony przez Zamawiającego uniemożliwił Odwołującemu uzupełnienie „Wykazu osób” o dokładne daty (zawierające dzień i miesiąc) pełnienia stosownych funkcji przez specjalistów (pomimo braku takiego wymogu w SIWZ).

Odwołujący wskazał, że dokumentacja wskazanych w pierwszym wykazie załączonym do oferty osób:

- pod lp. 2 pierwotnego wykazu osób - Krzysztof J. (str. 83 oferty)
- pod lp. 3 pierwotnego wykazu osób - Artur J. (str. 85 oferty)
- pod lp. 4 pierwotnego wykazu osób - Sławomir S. (str. 86 oferty)
- pod lp. 5 pierwotnego wykazu osób - Krzysztof O. (str. 87 - 90 oferty)
- pod lp. 6 pierwotnego wykazu osób - Krzysztof S. (str. 90 oferty)

nie została dołączona w związku z wyznaczeniem przez Zamawiającego w dniu 22 czerwca 2011 roku rażąco krótkiego, niezgodnego z prawem terminu, a dodatkowo w związku z okolicznością, iż w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 22 czerwca 2011 roku odwołujący Intracom przedłożył dodatkowe dokumenty odnoszące się do substytutów wskazanych wyżej specjalistów. Odwołujący wskazał na spełnianie warunków przez te dodatkowe osoby.

Co do zarzutów odnoszących się do osoby Pana Franciszka B. (kierownik budowy), Odwołujący wskazał, iż twierdzenia Zamawiającego dot. braku wymaganego doświadczenia przez wskazaną osobę nie znajdują oparcia ani w przepisach ustawy Pzp, ani w SIWZ przedmiotowego przetargu. SIWZ nie zawiera postanowień wskazujących jednoznacznie, iż doświadczenie specjalistów należy liczyć w sposób, którego żąda Zamawiający. SIWZ mówi o dziesięciu latach doświadczenia, a nie o 120 miesiącach pełnienia wymaganych funkcji czy nawet sprowadzając do absurdu wnioskowanie Zamawiającego 3650 dniach pełnienia wymaganych funkcji (przy założeniu, iż każdy rok ma 365 dni). Ponadto SIWZ nie zawiera żadnego postanowienia nakazującego liczenie wymaganego doświadczenia w zakresie posiadanych uprawnień w ten sposób, że warunkiem zaliczenia okresu wykonywania prac w zakresie posiadanych uprawnień jest posiadanie tychże uprawnień w całym okresie wykonywania prac, stąd odwołujący wskazuje, iż nie powinno to w żaden sposób wpływać na kwestionowanie posiadanego doświadczenia w zakresie pełnienia funkcji kierownika budowy w ramach inwestycji wykonywanej w ramach budowy „Spodka w Katowicach”. Odwołujący wskazał ponadto, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego wśród wykazanych przez Intracom pozycjach doświadczenia zawodowego Franciszka B., znajduje się co najmniej jedna zakończona na dzień wszczęcia postępowania, tj. dnia 17 lutego 2011 roku, inwestycja budowlana polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej obiektu minimum 20.000,00 m² i wartości całkowitej inwestycji minimum 80.000.000,00 PLN brutto. Taką inwestycją jest chociażby budowa Katowickiego Spodka, która posiada powierzchnię 33.000,00 m² i pochłonęła ponad 800.000.000,00 złotych, oraz budowa dworca kolejowego PKP w Katowicach, co zostało wykazane w dokumentach przedłożonych Zamawiającemu w ramach uzupełnienia oferty. To, że inwestycje te zostały ukończone – zdaniem Odwołującego – jest faktem powszechnie znanym, a ponadto Odwołujący wskazał

to podając, iż ww. obiekty ukończone zostały w grudniu 1971 roku. Podkreślił, że Pan Franciszek B. kierował na ww. obiektach pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych co najmniej przez 5 miesięcy (od 24.06.1971 - do grudnia 1971 roku). Inwestycje te zostały ukończone w czasie gdy posiadał on wymagane uprawnienia budowlane. Inwestycje polegały na budowie obiektów użyteczności publicznej o parametrach wymaganych w SIWZ, zaś SIWZ nie stawia wymogu co do okresu minimalnego w jakim osoba taka powinna w trakcie realizacji inwestycji posiadać wymagane uprawnienia budowlane. Odwołujący wskazywał też, iż Pan Franciszek B. posiada doświadczenie na stanowisku kierownika budowy w zakresie posiadanych uprawnień przeszło 10 letnie (liczone od 71 roku), zaś Zamawiający stoi na stanowisku, iż doświadczenie to nie spełnia wymogu 10 lat, co w świetle przedłożonej dokumentacji jest absurdalne.

Co do zarzutów odnoszących się do osoby Pana Cezarego Stępnia (kierownik robót sanitarnych) Odwołujący wskazał, iż zarzuty Zamawiającego są bezzasadne. Nie zgodził się ze sposobem liczenia przez Zamawiającego okresu wymaganego doświadczenia. Podkreślił tak jak powyżej, że Zamawiający w sposób niezgodny z warunkami SIWZ przedmiotowego przetargu liczy doświadczenie także tej osoby. Odwołujący wskazał, iż Cezary Stępień posiada 5 letnie doświadczenie w zakresie posiadanych uprawnień i pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych, albowiem pełnił funkcję kierownika robót sanitarnych zaczynając od 02.01.2004 roku. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Intracom uważa, że wykazał doświadczenie Cezarego S. w zakresie zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej obiektu minimum 20.000,00 m². Zaś zbyt krótki czas uniemożliwił mu pełne wykazanie powyższej okoliczności w wykazie doświadczeń.

Co do zarzutów odnoszących się do osoby Pana Roberta S. (kierownik robót sanitarnych) Odwołujący wskazał, iż w SIWZ Zamawiający nigdzie nie wskazał, żeby okres doświadczenia liczyć w ten sposób, iż osoba wskazana przez okres pełnych 60 miesięcy pełnić wymaganą funkcję. Odwołujący uważa, iż warunkiem wykazania spełnienia 5 letniego doświadczenia jest wykazanie, iż przed rozpoczęciem okresu ostatnich pięciu lat przed ogłoszeniem zamówienia dana osoba po raz pierwszy w zakresie swoich uprawnień pełniła określoną funkcję. Pan Robert S. pełnił wymaganą funkcję co najmniej od 2002 roku. Nieprecyzyjność SIWZ w tym zakresie nie może powodować skutków ujemnych dla wykonawcy. Powołał się w tym względzie na orzecznictwo KIO.

Co do zarzutów odnoszących się do osoby Pana Wojciecha D. (kierownik robót elektrycznych) Odwołujący wskazał, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego, osoba ta posiada doświadczenie zawodowe w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień na co najmniej jednej zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej obiektu

minimum 20.000,00 m² Obiektem takim jest Urząd Miejski w Dąbrowie Górniczej czy też Centrum Handlowe Pogoria w Dąbrowie Górniczej, co zostało – według Odwołującego wykazane w dokumentach przedłożonych Zamawiającemu w ramach uzupełnienia oferty. Oba obiekty są obiektami ukończonymi, co jest powszechnie wiadomym faktem, a co ponadto zostało wykazane w wykazie doświadczeń (datę ukończenia pierwszego z wyżej wymienionych obiektów odwołujący określił na 2004 rok, a drugiego na 31.12.2007). Wskazał także, iż doświadczenie inżyniera Wojciecha D. w zakresie posiadanych uprawnień oraz pełnienia funkcji kierownika robót elektrycznych wynosi 9 lat (liczone od 2002 roku) a nie jak wskazuje Zamawiający mniej niż pięć lat.

Co do zarzutów odnoszących się do osoby Pana Stanisława R. (kierownik robót elektrycznych) Odwołujący wskazał, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego osoba ta posiada doświadczenie zawodowe w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień na co najmniej jednej zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej obiektu minimum 20.000,00 m². Obiektem powyższym jest – jak wskazał - przywołane w pkt 4 doświadczenia kierowanie, organizowanie i nadzorowanie, rozliczanie robót w zakresie instalacji elektrycznych zasilania i oświetlenia galerii handlowej - Hipermarket Carrefour Kraków Czyżyny o powierzchni użytkowej obiektu 32.000,00 m². Powyższy obiekt jest obiektem ukończonym, co jest powszechnie wiadomym faktem, a ponadto zostało to wykazane w wykazie doświadczeń, w którym wskazano, iż obiekt ten został ukończony w roku 2000.

Co do zarzutów odnoszących się do osoby Pana Jana S. (kierownik robót drogowych) Odwołujący wskazał, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego osoba ta posiada 5 letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych. Nie zgodził się ze sposobem liczenia przez Zamawiającego okresu wymaganego doświadczenia. Zamawiający w sposób niezgodny jego zdaniem z warunkami SIWZ przedmiotowego przetargu liczy doświadczenie kierownika robót drogowych wskazanego przez Odwołującego w „Wykazie osób”. Zamawiający żąda podania dokładnych dat (dzień, miesiąc, rok) doświadczenia i argumentuje, iż w sytuacji braku podania pełnej daty tj.: dnia, miesiąca, roku nie jest możliwe wzięcie pod uwagę miesięcy lub lat skrajnych, gdyż brak jest pewności, że rozpoczęcie funkcji kierownika robót miało miejsce pierwszego dnia miesiąca roku, a zakończenie ostatniego. Wskazał, że przepisy ustawy Pzp, jak i postanowienia SIWZ przedmiotowego przetargu nie zawierają żadnych postanowień dot. obowiązku po stronie wykonawcy dokładnego wskazanie dat (dzień, miesiąc, rok) okresu doświadczenia wskazanego w „Wykazie osób”. Odwołujący wskazał, iż dodatkowo fakt spełniania przez kierownika robót drogowych Pana Jana S. potwierdza stosowne oświadczenie. Odwołujący wskazał, iż inż. Jan S. posiada doświadczenie znacznie

przekraczające 5 lat wymaganych przez SIWZ w niniejszym przetargu, bowiem funkcje Kierownika Robót Drogowych pełnił zaczynając od roku 1988.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w piśmie z dnia 5 sierpnia 2011 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. obciążenie odwołującego się kosztami postępowania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska podniósł co następuje:

1. Replika na zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp

Zamawiający podniósł, iż wskazane w odwołaniu rzekome uchybienia Zamawiającego skutkujące wykluczeniem Odwołującego Intracom z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie znajdują uzasadnienia.

2. Replika na zarzuty odnośnie prawidłowości wykazu osób złożonego przez Odwołującego.

a) doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy: p. Artura J., p. Sławomira S., p. Krzysztofa J., p. Franciszka B.

Zamawiający podniósł, że w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 22 czerwca 2011 r. szczegółowo określił, iż:

- p. Krzysztof J. - nie posiada wymaganych uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno - budowlanej (a jedynie w specjalności architektonicznej) i że Intracom nie wykazał, że posiada doświadczenie do kierowania pracami budowlanymi dla zakońzonego obiektu użyteczności publicznej na dzień wszczęcia postępowania o powierzchni użytkowej obiektu minimum 20.000 m² i wartości całkowitej inwestycji minimum 80.000.000 PLN brutto, a obiekty wyszczególnione w „wykazie osób” w kolumnie - Informacja o doświadczeniu zawodowym - nie są obiektami użyteczności publicznej lub nie zostały zakończone na dzień wszczęcia postępowania lub obejmują remont a nie budowę. Brak było również informacji o powierzchni użytkowej i wartości obiektów.

- p. Artur J. - brak informacji o posiadanych uprawnieniach i doświadczeniu zawodowym

- p. Sławomir S. - „wykaz osób” nie potwierdził, że spełnia on wymagania SIWZ, tj. obiekty wyszczególnione w „wykazie osób” w kolumnie - Informacja o doświadczeniu zawodowym - nie są obiektami użyteczności publicznej lub nie zostały zakończone na dzień wszczęcia postępowania. Brak było również informacji o powierzchni użytkowej i wartości

obiektów. Okres doświadczenia zawodowego określono bez podania pełnej daty, tj. dnia, miesiąca i roku, a jedynie miesiąca i roku. Podanie przez Odwołującego okresu doświadczenia zawodowego ww. osoby w miesiącach i latach powoduje, że obliczając powyższy okres nie jest możliwe wzięcie pod uwagę miesięcy i lat skrajnych, gdyż brak jest pewności, że rozpoczęcie sprawowania przedmiotowej funkcji miało miejsce pierwszego dnia miesiąca a zakończenia ostatniego. W konsekwencji zsumowane w ten sposób okresy doświadczenia zawodowego kierownika budowy nie potwierdziły posiadania przez ww. osobę co najmniej 10-letniego doświadczenia zawodowego w kierowaniu pracami budowlanymi zakresie posiadanych uprawnień budowlanych. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego Odwołujący nie uzupełnił dokumentacji dotyczącej doświadczenia zawodowego p. Artura J., p. Sławomira S. i p. Krzysztofa J. Przedstawił natomiast na to samo stanowisko - kierownika budowy - dokumenty dotyczące p. Franciszka B. Jednakże załączony wykaz osób nie potwierdził spełnienia przez powyższą osobę wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

- Odwołujący wskazał, że osoba powyższa pełniła funkcję kierownika budowy w okresie wcześniejszym, niż datowane są opisane w „Wykazie osób” uprawnienia budowlane. Dotyczy to również wskazanych obiektów użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej obiektu minimum 20.000 m² i wartości całkowitej inwestycji minimum 80.000.000 PLN (brutto).
- pozostały wykazany okres doświadczenia zawodowego w kierowaniu robotami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych nie potwierdził 10-letniego doświadczenia zawodowego w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych. Okres doświadczenia zawodowego określono bez podania pełnej daty t. dzień, miesiąc i rok, a jedynie miesiąc i rok lub rok. Taki zapis powoduje, że obliczając powyższy okres nie jest możliwe wzięcie pod uwagę miesięcy lub lat skrajnych, gdyż brak jest pewności, że rozpoczęcie sprawowania przedmiotowej funkcji miało miejsce pierwszego dnia miesiąca/roku a zakończenia ostatniego. W konsekwencji zsumowane w ten sposób okresy doświadczenia zawodowego kierownika budowy nie potwierdziły posiadania przez ww. osobę co najmniej 10-letniego doświadczenia zawodowego w kierowaniu pracami budowlanymi zakresie posiadanych uprawnień budowlanych. Dla wykazania, iż dana osoba spełnia wymóg długości okresu doświadczenia zawodowego liczonego w latach koniecznym jest podanie pełnej daty tj. dni, miesięcy i lat lub wskazania w inny jednoznaczny sposób potwierdzający spełnienie warunku określonego w specyfikacji istotnych warunków postępowania.

Jak podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie złożenie dokumentu np. wykazu wykonanych robót lub wykazu osób, które mają uczestniczyć w realizacji zamówienia, które

to dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, traktuje się jak niezłożenie dokumentów. Zamawiający przywołał tutaj orzecznictwo KIO.

b) doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika robót sanitarnych: p. Krzysztofa O., p. Krzysztofa S. oraz p. Roberta S., p. Cezarego S.

Zamawiający wskazał, że w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 22 czerwca 2011r. szczegółowo określił, iż:

- p. Krzysztof O. - nie posiada uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (a jedynie w specjalności instalacyjno - inżynierskiej w zakresie instalacji sanitarnych) i nie wykazano, że posiada 5-letnie doświadczenie dla zakończonej inwestycji budowlanej o powierzchni 20.000 m². Natomiast okres doświadczenia zawodowego określono bez podania pełnej daty tj. dzień, miesiąc i rok, a jedynie miesiąc i rok. Taki zapis powoduje, że obliczając powyższy okres nie jest możliwe wzięcie pod uwagę miesięcy lub lat skrajnych, gdyż brak jest pewności, że rozpoczęcie sprawowania przedmiotowej funkcji miało miejsce pierwszego dnia miesiąca/roku a zakończenia ostatniego. W konsekwencji zsumowane w ten sposób okresy doświadczenia zawodowego kierownika robót sanitarnych nie potwierdziły posiadania przez ww. osobę co najmniej 5-letniego doświadczenia zawodowego w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych. Dodatkowo obiekty wyszczególnione w „wykazie osób” - informacja o doświadczeniu zawodowym nie są obiektami użyteczności publicznej lub nie zostały zakończone na dzień wszczęcia postępowania. Brak było również informacji o powierzchni użytkowej i wartości obiektów.

- p. Krzysztof S. - w załączonym do oferty „wykazie osób” brak informacji, że powyższa osoba posiada co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, w tym co najmniej jednej zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej obiektu 20.000 m².

- p. Robert S.- w załączonym do oferty „wykazie osób” brak informacji, że powyższa osoba posiada co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, w tym co najmniej jednej zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej obiektu 20.000 m².

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego Odwołujący nie uzupełnił dokumentacji dotyczącej doświadczenia zawodowego p. Krzysztofa O. i p. Krzysztofa S. Przedstawił natomiast na to samo stanowisko - kierownika robót sanitarnych - dokumenty dotyczące p. Cezarego S. oraz uzupełnił informację dotyczącą p. Roberta S.. Jednakże

załączony wykaz osób nie potwierdził spełnienie przez ww. osoby wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

- p. Cezary S. - okres doświadczenia zawodowego w większości określono bez podania pełnej daty tj. dzień, miesiąc i rok, a jedynie lub rok. Taki zapis powoduje, że obliczając powyższy okres nie jest możliwe wzięcie pod uwagę lat skrajnych, gdyż brak jest pewności, że rozpoczęcie sprawowania przedmiotowej funkcji miało miejsce pierwszego dnia roku a zakończenia ostatniego. W konsekwencji zsumowane w ten sposób okresy doświadczenia zawodowego kierownika robót nie potwierdziły posiadania przez ww. osobę co najmniej 5-letniego doświadczenia zawodowego w kierowaniu pracami budowlanymi zakresie posiadanych uprawnień budowlanych. Ponadto dla części wskazanych obiektów ww. osoba pełniła funkcję inspektora nadzoru, koordynatora podwykonawców lub Kierownika Działu Sieci, a nie kierownika robót. Brak również informacji, że ww. osoba posiada doświadczenie zawodowe w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych na co najmniej jednej zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej obiektu minimum 20.000 m².

- p. Robert S. - zgodnie z informacją o doświadczeniu zawodowym zawartą w uzupełnionym „Wykazie osób” ww. osoba posiada 53 - miesięczne doświadczenie zawodowe a nie wymagane co najmniej 5 lat (60 miesięcy). Brak jest również informacji jaką funkcję wskazana osoba pełniła przy realizacji wymienionych obiektów. Brak również informacji, że wskazane obiekty użyteczności publicznej zostały zakończone.

Dla wykazania, iż dana osoba spełnia wymóg długości okresu doświadczenia zawodowego liczonego w latach koniecznym jest podanie pełnej daty tj. dni, miesięcy i lat lub wskazania w inny jednoznaczny sposób potwierdzający spełnienie warunku określonego w SIWZ.

c) doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika robót elektrycznych: p. Stanisława R., p. Wojciecha D.

Zamawiający wskazał, że w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 22.06.2011 r. szczegółowo określił, iż informacje zawarte w „wykazie osób” dotyczące p. Stanisława R. potwierdzają, że ww. osoba organizowała, rozliczała i nadzorowała roboty, a nie kierowała pracami budowlanymi. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego Odwołujący uzupełnił informację dotyczącą p. Stanisława R. oraz przedstawił na to samo stanowisko - kierownika robót elektrycznych - dokumenty dotyczące p. Wojciecha D. Jednakże załączony wykaz osób nie potwierdził spełnienie przez ww. osoby wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

- p. Stanisław R. - Odwołujący nie wykazał, że wskazany w „wykazie osób” - kolumna informacja o doświadczeniu zawodowym obiekt użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej obiektu minimum 20.000 m² został zakończony.

- p. Wojciech Dzikowski - Odwołujący nie wykazał, że wskazane w „wykazie osób” - kolumna informacja o doświadczeniu zawodowym obiekty użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej obiektu minimum 20.000 m² zostały zakończone.

Podkreślił, że dla wykazania, iż dana osoba spełnia wymóg długości okresu doświadczenia zawodowego liczonego w latach koniecznym jest podanie pełnej daty tj. dni, miesięcy i lat lub wskazania w inny jednoznaczny sposób potwierdzający spełnienie warunku określonego w specyfikacji istotnych warunków postępowania. Wskazał na stanowisko doktryny i orzecznictwa, że złożenie dokumentu np. wykazu wykonanych robót lub wykazu osób, które mają uczestniczyć w realizacji zamówienia, które to dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, traktuje się jak niezłożenie dokumentów. Przywołał orzecznictwo KIO w tym zakresie.

d) doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika robót drogowych: p. Jana S.

Zamawiający wskazał, że w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 22.06.201 r. szczegółowo określił, iż informacje zawarte w „wykazie osób” dotyczące p. Jana S. potwierdzają, że ww. osoba posiada 23 lat doświadczenia jako kierownik robót i inspektor nadzoru (łącznie) co nie pozwala na stwierdzenie, w jakim okresie pełniła funkcję kierownika robót. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego Odwołujący uzupełnił informację dotyczącą p. Jana S.. Jednakże załączony wykaz osób nie potwierdził – jego zdaniem - spełnienia przez ww. osobę wymagań określonych w SIWZ z uwagi na to, że okres doświadczenia zawodowego w określono bez podania pełnej daty tj. dzień, miesiąc i rok, a jedynie rok. Taki zapis powoduje, że obliczając powyższy okres nie jest możliwe wzięcie pod uwagę lat skrajnych, gdyż brak jest pewności, że rozpoczęcie sprawowania przedmiotowej funkcji miało miejsce pierwszego dnia roku a zakończenia ostatniego. W konsekwencji zsumowane w ten sposób okresy doświadczenia zawodowego kierownika robót drogowych nie potwierdziły posiadania przez ww. osobę co najmniej 5-letniego doświadczenia zawodowego w kierowaniu pracami budowlanymi zakresie posiadanych uprawnień budowlanych. Dla wykazania, iż dana osoba spełnia wymóg długości okresu doświadczenia zawodowego liczonego w latach koniecznym jest podanie pełnej daty tj. dni, miesięcy i lat lub wskazania w inny jednoznaczny sposób potwierdzający spełnienie warunku określonego w specyfikacji istotnych warunków postępowania. Wskazał na stanowisko doktryny i orzecznictwa, iż złożenie dokumentu np. wykazu wykonanych robót lub wykazu osób, które mają uczestniczyć w realizacji zamówienia, które to dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, traktuje się jak niezłożenie dokumentów. Przywołał orzecznictwo KIO w tym zakresie. Wskazał także, że z treści samego odwołania wynika, iż Odwołujący nie wykonał w sposób prawidłowy wezwania Zamawiającego. Wyjaśnienia zawarte w odwołaniu są zaś po pierwsze spóźnione, a po drugie niezgodne z treścią pkt. 8.3. SIWZ.

3. Replika na zarzut naruszenia art. 7 ustawy Pzp

Podniósł, że za oczywiście bezzasadny należy również uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ustawy Pzp. Podkreślił, że zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jego zdaniem Odwołujący nie wykazał, ażeby w niniejszej sytuacji miało dojść do przełamania przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców.

Ponadto wskazał, że Zamawiający w sposób przejrzysty prowadził postępowanie o zamówienie publiczne, brały w nim udział osoby bezstronne i obiektywne i to zarówno w czasie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania.

4. Replika na zarzut rażąco krótkiego terminu do uzupełnienia braków.

Zamawiający podkreślił, że wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia brakującej dokumentacji w dniu 22 czerwca 2011 roku, zakreślając termin do dnia 28 czerwca 2011 roku. Wskazał, że taki sam okres - 6 dni - został zakreślony także innym spółkom na uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Komisja wzywała poszczególnych wykonawców do uzupełnienia braków w kolejności zgodnej z pracą Komisji. Podkreślił też, że termin 6-dniowy nie jest rażąco krótkim terminem. Przepisy ustawy Pzp nie wskazują w jakim terminie Zamawiający może wezwać wykonawcę do uzupełnienia braków, ani też jaka powinna być długość okresu zakreślonego na uzupełnienie braków. Nie uzasadnia jego zdaniem twierdzenia, że termin wyznaczony przez Zamawiającego jest terminem rażąco krótkim fakt, iż w tym okresie przypadło święto Bożego Ciała i pracownicy firmy wyjechali do Grecji celem odwiedzenia swoich rodzin. Nawet gdyby uznać, że dzień 23 czerwca 2011 roku z uwagi na przypadające w tym dniu święto był dniem wolnym od pracy, to nie zmienia to faktu, że pozostały jeszcze 4 dni na skompletowanie dokumentacji. Zwrócił też uwagę na treść wezwania Zamawiającego z dnia 22 czerwca 2011 r. Podkreślił także, że przystępując do złożenia oferty, wykonawca powinien był liczyć się z tym, że winien spełnić warunki wskazane w SIWZ, a w razie ich niespełnienia zostanie wezwany do uzupełnienia braków. To na wykonawcy ciąży obowiązek staranności w sporządzaniu dokumentacji potwierdzającej spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W tym zakresie powołał się na orzecznictwo KIO. Podkreślił także, że okres 6 dni wydaje się okresem wystarczającym do skompletowania powyższych dokumentów. Są to dokumenty będące w posiadaniu poszczególnych osób, nie ma wymogu zwracania się do urzędów bądź instytucji o ich wydanie. Wykonawca powinien zatem nie tylko liczyć się z możliwością wymogu dostarczenia tychże dokumentów Zamawiającemu, ale też winien dochować należytej staranności celem uzyskania tych dokumentów od pracowników. Na marginesie tylko Zamawiający zwrócił także uwagę, że Odwołujący nie zwrócił się do niego

z wnioskiem o przedłużenie terminu, nie złożył też odwołania co do długości terminu, w żaden inny sposób nie zasygnalizował Zamawiającemu uzasadnionej potrzeby rozważenia wyznaczenia dłuższego terminu do uzupełnienia braków.

5. Replika na zarzut naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp

5.1. Brak legitymacji do kwestionowania czynności zatrzymania wadium.

W pierwszej kolejności Zamawiający podniósł brak interesu prawnego (w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp) po stronie Odwołującego w zaskarżaniu czynności zatrzymania wadium. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone Działem VI przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Wskazał on na definicję postępowania o udzielenie zamówienia zawartą w art. 2 pkt 7a ustawy Pzp. Podkreślił, że kolejność czynności Zamawiającego wynikała 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. Zgodnie z powołanym przepisem w pierwszej kolejności zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę (w wyniku czego zostaje zakończone postępowanie o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 2 pkt. 7a ustawy Pzp), a następnie zwraca wadium, bądź dokonuje jego zatrzymania na podstawie art. 46 ust. 4a. Zamawiający w dniu 20 lipca 2011 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, a następnie w dniu 21 lipca 2011 r., a zatem po zakończeniu postępowania zatrzymał wadia wniesione przez Odwołującego (wystąpił z żądaniem zapłaty sumy wynikające z gwarancji wadialnej). Zamawiający powołał się na orzecznictwo KIO, wskazując, iż zatrzymanie wadium nie ma charakteru samoistnego, lecz stanowi następstwo wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodów ściśle określonych, ma zatem charakter akcesoryjny, nie jest czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, lecz stanowi jej skutek - czynność związana z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie Pzp w tym zakresie nie przysługują.

5.2. Prawidłowość czynności zatrzymania wadium.

Niezależnie od powyższego z daleko posuniętej ostrożności prawnej, w przypadku uznania, iż Odwołujący posiada legitymację do kwestionowania czynności Zamawiającego o zatrzymaniu wadium Zamawiający wskazał na zasadność zatrzymania przez niego wadium Odwołującemu. Podniósł, że zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn

nieleżących po jego stronie. Podkreślił, że zarówno w piśmiennictwie, jak i w orzecznictwie sądów powszechnych przyjmuje się, iż przepis ten stanowi podstawę zatrzymania wadium także w sytuacji, gdy w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów wykonawca przedłożył takie dokumenty i oświadczenia, które nie spełniają wszystkich wymagań im postawionych przez Zamawiającego. Przywołał w tym zakresie stanowisko doktryny oraz orzecznictwo KIO i orzecznictwo sądów powszechnych.

6. Replika na zarzut dotyczący wypłaty gwarancji bankowej i związania ofertą.

Zamawiający wskazał, że w przypadku zaistnienia okoliczności tworzących podstawę do zaspokojenia się z wniesionego wadium, Zamawiający kieruje żądanie zapłaty do banku - gwaranta, co uczynił Zamawiający wobec okoliczności nie uzupełnienia przez wykonawcę braków wskazanych w piśmie z dnia 22 czerwca 2011 roku. W dniu upływu terminu na uzupełnienie braków tj. 28 czerwca 2011 roku wykonawca nie przedłożył dokumentów, których żądał Zamawiający, gdyż dokumenty przez niego przedłożone nie były tymi, o które uzupełnienie wzywał Zamawiający. Zatem słusznie, po rozstrzygnięciu przetargu przez Komisję, Zamawiający mógł skorzystać ze swego prawa skierowania żądania zapłaty do banku. Nie ma to nic wspólnego z terminem związania ofertą. Wobec upływającego terminu związania ofertą, Zamawiający starał się go przedłużyć, celem umożliwienia wykonawcy dalszego uczestnictwa w postępowaniu. Podniósł, że kierując do wykonawcy prośbę o przedłużenie terminu związania ofertą skorzystał ze swego prawa, określonego w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, pozwalającego mu na zwrócenie się do wykonawcy jeden raz w trakcie postępowania o przedłużenie tego terminu o maksymalnie 60 dni. Wskazał, że nie ma wymogu, by prośba Zamawiającego o wyrażenie zgody na wydłużenie terminu związania ofertą była uzasadniona. Prośba Zamawiającego nie powodowała też obowiązku wyrażenia przez wykonawcę takiej zgody. Nieuzasadnionym jest zatem – w jego ocenie - zarzut, jakoby działanie Zamawiającego było *contra legem*. Podkreślił, że wykonawca mógł skorzystać ze swego prawa do odmowy zgody na wydłużenie terminu, tym bardziej, że nie rodziłoby to dla niego żadnych konsekwencji.

7. Replika na zarzut dotyczący oryginału oświadczenia p. Jana S.

Zamawiający wskazał, że oświadczenie p. Jana S. zostało złożone w kserokopii. Podkreślił, że nawet pobieżne oględziny tegoż pisma prowadzą do wniosku, że mamy do czynienia z kolorową kserokopią. Odnosząc się do konieczności złożenia Zamawiającemu przez Odwołującego oryginału zobowiązania podmiotu trzeciego jakim jest p. Jan S. Zamawiający wskazał na dyspozycję art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Powołał się w tym zakresie na orzecznictwo KIO.

III. Stanowisko Przystępującego Polimex Mostostal

Polimex Mostostal zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i wniósł o odrzucenie odwołania ewentualnie oddalenie odwołania i utrzymanie w mocy decyzji Zamawiającego oraz o utrzymanie w mocy wszystkich decyzji Zamawiającego umożliwiających POLIMEX - MOSTOSTAL zawarcie umowy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał na bezpodstawność zarzutów Odwołującego odnośnie decyzji m.in. wykluczenia Odwołującego Intracom na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, odrzucenia oferty Odwołującego Intracom na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp i decyzji Zamawiającego o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Wskazał, że podstawą takiego stanowiska jest fakt, że:

- 1) Podstawową cechą oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest to, aby potwierdzały one spełnianie warunku udziału w postępowaniu; tymczasem złożone przez Odwołującego oświadczenia i dokumenty wymienione przez Zamawiającego w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz w zawiadomieniu o wykluczeniu wykonawców z postępowaniu i o odrzuceniu ofert nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu; Zamawiający nie może domniemywać określonych treści ze złożonych oświadczeń i dokumentów lecz powinien uzyskać jednoznaczne potwierdzenie, że wykonawca, który przedkłada określony dokument spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 2) Nie jest przedmiotem orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadność zatrzymania wadium, gdyż nie mieści się to, w zakresie jej orzekania, który to zakres wyznaczają przepisy ustawy Pzp, a ponadto wskazana czynność nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania.

Przystępujący podniósł także, że jak podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie złożenie dokumentu np. wykazu wykonanych robót budowlanych lub wykazu osób, które mają uczestniczyć w realizacji zamówienia, które to dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, traktuje się jak niezłożenie dokumentów. Na potwierdzenie swojej argumentacji wskazał na wyrok KIO z dnia 17 maja 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 751/2010) skład orzekający KIO stwierdził, że Ocena spełniania warunku nie może budzić wątpliwości i opierać się na przypuszczeniach domniemaniach Zamawiającego. Jeżeli więc wykonawca - tak jak to miało miejsce w przypadku Odwołującego - nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu to obowiązkiem Zamawiającego było wykluczenie Odwołującego z postępowania i w konsekwencji traktowania oferty wykluczonego Wykonawcy, jako oferty odrzuconej.

Wskazał także odnośnie zarzutu wyznaczenia zbyt krótkiego terminu na uzupełnienie wymaganych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentów, że jest to zarzut spóźniony i nie może być skutecznie podniesiony przeszło 3 tygodnie po jego wyznaczeniu. Wskazał, że

Odwołujący mógł wnieść odwołanie na czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów w terminie, o którym mowa w art. 182 ustawy Pzp. Obecnie ten zarzut i żądania z tym związane, w których żąda się umożliwienia ponownego uzupełnienia dokumentów są – jego zdaniem - niedopuszczalne.

IV. Stanowisko Przystępującego Konsorcjum Budus

Przystępujący Konsorcjum Budus złożył przystąpienie po stronie Zamawiającego wykazując swój interes w przystąpieniu do toczącego się postępowania odwoławczego, bowiem złożył ofertę, która nie podlega odrzuceniu i została sklasyfikowana na drugim miejscu zgodnie z kryteriami oceny ofert. Ponadto Przystępujący wskazał, że wniósł własne odwołanie na wybór oferty Polimex-Mostostal jako najkorzystniejszej, oraz na zaniechanie wykluczenia tegoż wykonawcy i uznania jego oferty za odrzuconą.

Biorąc pod uwagę, że oferta Odwołującego Intracom została odrzucona, uwzględnienie odwołania wniesionego przez Przystępującego, tj. wykluczenie z postępowania wykonawcy POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. oraz uznanie za odrzuconą oferty złożonej przez ww. wykonawcę, spowoduje, że oferta Przystępującego zostanie wybrana jako najkorzystniejsza i Zamawiający zawrze z Przystępującym umowę w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast uwzględnienie niniejszego odwołania Odwołującego Intracom w zakresie unieważnienia czynności wykluczenia tegoż wykonawcy z postępowania i unieważnienia odrzucenia jego oferty, oraz dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, pozbawi Odwołującego możliwości zawarcia umowy, i osiągnięcia zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji niniejszego zamówienia. Tym samym, Przystępujący wykazywał, że ma interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego i rozstrzygnięciu odwołania w zakresie oferty Intracom na korzyść Zamawiającego.

W tym przedmiocie Przystępujący Konsorcjum Budus wniósł o oddalenie odwołania Odwołującego Intracom w zakresie:

- unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego Intracom z postępowania
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Intracom
- nakazania dokonania wyboru oferty Intracom jako najkorzystniejszej.

KIO 1619/11

I. Stanowisko Odwołującego Konsorcjum Chemobudowa

Konsorcjum Chemobudowa złożyło odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty POLIMEX-MOSTOSTAL i czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania oraz czynności zatrzymania wadium Odwołującego. Zdaniem Odwołującego Zamawiający poprzez wskazane czynności naruszył:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp,
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
3. art. 46 ust 4a ustawy Pzp oraz
4. § 1 ust 2 i § 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej: „rozporządzenie w sprawie dokumentów”).

Wobec wskazanych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Polimex-Mostostal,
2. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego,
3. unieważnienie czynności zatrzymania wadium Odwołującego,
4. nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert i wykluczenie Polimex-Mostostal z postępowania
5. nakazanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert uznanych za oferty ważne.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z niniejszego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zarzucając Odwołującemu brak wykazania spełniania udziału warunków w postępowaniu, z czym Odwołujący nie zgadza się. Odwołujący również nie zgodził się z tym, że Zamawiający poinformował go, że na podstawie art. 46 ust 4a ustawy Pzp zatrzymuje wadium a następnie niezwłocznie wystąpił do gwaranta o wypłatę świadczeń z gwarancji tj. kwoty 5.500.000,00 zł.

Podkreślił, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, z przedłożonych oświadczeń wynika, że Pan Michał P. posiada 11 letnie doświadczenie zawodowe jako kierownik robót niskoprądowych, a tym samym, w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych. Okres 11 - letniego doświadczenia odnosi się również do zakresu instalacji BMS, CCTV, ACC, DSO, SAP i RTV SAT na budowach budynków użyteczności publicznej.

Odwrotnie do twierdzeń Zamawiającego, Odwołujący wskazał także, że z przedłożonych oświadczeń wynika również, że p. Krzysztof P. posiada doświadczenie zawodowe powyżej 5 lat i doświadczenia to odnosi się wyłącznie do rozliczania robót budowlanych, co wynika również z zestawienia inwestycji, które mają charakter wyłącznie

robót budowlanych. Zamawiający dokonał wadliwego przyjęcia, że z przedstawionego doświadczenia na 3 obiektach, można wyliczyć okres 5 letniego doświadczenia jedynie przy przyjęciu, że prace rozpoczęłyby się pierwszego dnia roku, a zakończyły ostatniego. Zamawiający nie wziął pod uwagę, że okresy wykonywania rozliczeń na przedstawionych budowach częściowo pokrywają się ze sobą, jak również, że ostatnia z przedstawionych inwestycji nadal trwa w roku 2011. Niezależnie od powyższego, Odwołujący oświadczył, że doświadczenie zawodowe wynosi powyżej 5 lat w zakresie przedstawionych 3 inwestycji tym samym, zgodnie z wykładnią logiczną, należy przyjąć, że zsumowane okresy przedmiotowych inwestycji potwierdzają posiadane doświadczenie.

Odwołujący wskazał także, że w zakresie dotyczącym braków dokumentu dotyczącego firmy austriackiej Bauunternehmung Rudolf Gerstl KG to firma ta przedstawiła dokumenty potwierdzające, że nie podlega ona wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w formie oświadczenia złożonego przed notariuszem pomimo, że nie była członkiem konsorcjum ubiegającego się o uzyskanie zamówienia publicznego, ani też wykonawcą jakichkolwiek robót lub czynności w ramach przedmiotowego zamówienia. Zgodnie z dokumentami udostępniła ona Odwołującemu się swoją wiedzę i doświadczenie lecz bez udziału w realizacji jakiegokolwiek części zamówienia. Zamawiający nie mógł więc – według Konsorcjum Chemobudowa - żądać od tej firmy dokumentów wymaganych od wykonawców na podstawie rozporządzenia w sprawie dokumentów. Tym bardziej Zamawiający nie mógł wykluczyć Odwołującego z postępowania, na tej podstawie, że uznał dokumenty podmiotu udostępniającego Odwołującemu swoje zasoby za niewystarczające. Powołał się w tym zakresie na orzecznictwo KIO.

Wskazał na brzmienie przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów. Podkreślił, że Zamawiający ma prawo żądać dokumentów, o których mowa w § 1 ust 2 tego rozporządzenia tylko w przypadku gdy podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji części zamówienia. Powołał się na § 2 zawartej przez Konsorcjum Chemobudowa z Bauunternehmen Rudolf GERSTL KG umowy z dnia 15.03.2011 r., zgodnie z którym to postanowieniem firma Bauunternehmen Rudolf GERSTL KG nie będzie realizować jakiegokolwiek części przedmiotowego zamówienia. W toku rozprawy przedłożył do akt sprawy wskazaną umowę. Podkreślił, że Odwołujący nigdy nie oświadczył, iż firma Bauunternehmen Rudolf GERSTL KG będzie uczestniczyć przy realizacji części zamówienia.

Konsorcjum Chemobudowa wskazało, że stosownie do brzmienia przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie złoży dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn niezależnych po jego stronie. Oznacza to, jego zdaniem, że ustawodawca wprowadził pojęcie „winy” do analizy tej instytucji, bowiem obowiązek zatrzymania wadium powstaje tylko w

przypadku zawinionego działania przez wykonawcę, który na wezwanie do złożenia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ich nie składa.

Niezłożenie przez wykonawcę żądanych przez Zamawiającego dokumentów jest wynikiem okoliczności, na które, obiektywnie rzecz ujmując, przy dochowaniu należytej staranności, wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu, nie może on ponosić negatywnych konsekwencji z tytułu zatrzymania wadium. Powołał się w tym zakresie na orzecznictwo KIO oraz stanowisko UZP.

Odwołujący wskazał również, iż wykonawca Polimex-Mostostal, którego to oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego się firma ta nie wykazała warunku w postaci posiadania kierownika robót niskoprądowych. Z informacji uzyskanych przez Odwołującego wynika, iż Pan Jan Aleksander P. nie posiada doświadczenia wymaganego w SIWZ.

II. Stanowisko Przystępującego Konsorcjum Budus

Konsorcjum Budus, składając przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wniosło o uwzględnienie odwołania Odwołującego w zakresie:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty jako najkorzystniejszej oferty POLIMEX-MOSTOSTAL
2. nakazania powtórzenia czynności oceny ofert i wykluczenia POLIMEX- MOSTOSTAL z postępowania
3. nakazania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert uznanych za oferty ważne.

III. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w piśmie z dnia 5 sierpnia 2011 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniosł o:

1. odrzucenie odwołania w całości,
a z ostrożności procesowej w przypadku nie odrzucenia odwołania w całości o:
2. oddalenie odwołania w całości,
3. obciążenie Odwołującego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska podniósł co następuje:

1. Odrzucenie odwołania w całości.

Wskazał, że Odwołujący pismem z dnia 28.07.2011 r. przekazał Zamawiającemu kopię odwołania skierowanego do Prezesa KIO. Stwierdził, że dostarczona do niego kopia odwołania nie zawiera załącznika nr 5 „kopia umowy z dnia 15.03.2011 r.” Z treści odwołania wynika, że powyższy załącznik dotyczy umowy zawartej pomiędzy Odwołującym, a Bauuntemehmen Rudolf GERSTL KG, a więc jest to dokument istotny dla uzasadnienia merytorycznego odwołania przedstawionego przez Odwołującego, który wywodzi z powyższej umowy skutki prawne, a Zamawiającemu nie zostało umożliwione zapoznanie się z zapisami ww. umowy. Powołując się na orzecznictwo KIO wskazał, że załączniki do odwołania „mimo iż formalnie wyodrębnione przez Odwołującego z zasadniczej części odwołania, stanowią element, o którym mowa w par. 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, stanowiąc „okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania oraz dowody na poparcie przytoczonych okoliczności” i niewątpliwie będąc merytoryczną treścią odwołania. Aby ewentualnie móc podzielić stanowisko Odwołującego, Zamawiający powinien mieć możliwość zapoznania się z całym odwołaniem.

2. Zarzut braku legitymacji do wniesienia odwołania.

Zamawiający wskazał, że stan faktyczny sprawy wyklucza istnienie po stronie Odwołującego interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Powołując się na orzecznictwo KIO, wskazał, że w niniejszej sprawie nawet, gdyby przyjąć, iż nie istniały podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i jego oferta byłaby brana pod uwagę, zająłby on na tyle odległe miejsce w rankingu ofert, że nie miałby realnej szansy na uzyskanie zamówienia (POLIMEX - MOSTOSTAL - kwota 294 285 566,19 zł; Odwołujący kwota: 365 912 700,00 zł brutto).

3. Replika na zarzuty podniesione w odwołaniu.

3.1. Replika na zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i ust. 4 ustawy Pzp.

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej w przypadku uznania, iż Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający podniósł, iż wskazane w odwołaniu rzekome uchybienia Zamawiającego skutkujące wykluczeniem Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie znajdują uzasadnienia.

3.1.1. Zarzut niespełnienia warunków udziału przez POLIMEX - MOSTOSTAL.

a) Replika na zarzut braku uprawnień p. Jana P.

Zamawiający wskazał, że nie posiada informacji, jakoby p. Jan P. nie miał wymaganych uprawnień budowlanych do wykonywania funkcji kierownika robót niskoprądowych, określonych SIWZ. Wykonawca złożył wymagane dokumenty w postaci oświadczeń, iż p. Jan P. spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. Zamawiający nie miał podstaw, by poddawać w wątpliwość powyższe oświadczenia. Spełniały one wymogi formalne, w

sposób wyraźny wskazywały na to, iż p. Jan P. posiada wymagane uprawnienia. Podkreślił też, że w wypadku, gdy oświadczenia nie budzą wątpliwości Zamawiającego, nie ma on obowiązku występować do wykonawcy o dodatkowe dokumenty potwierdzające daną okoliczność, gdyż może bazować na oświadczeniach wykonawcy. W przedmiotowej sprawie zostało złożone oświadczenie, że p. Jana P., posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń w telekomunikacji przewodowej. Oświadczenie powyższe było jasne i precyzyjne, Zamawiający nie miał więc podstaw, by kwestionować zakres uprawnień p. Jana P. Oświadczenie wykonawcy dotyczące p. Jana P. wskazuje na posiadaną przez niego decyzję nr 0797/97/U, a zatem Zamawiający ustalił, iż powyższa decyzja była wydana w 1997 roku. Wskazał, że obowiązywało wtedy rozporządzenie Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym. Paragraf 2 tegoż rozporządzenia wskazuje, iż powyższe uprawnienia budowlane są udzielane w specjalnościach instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń. Zamawiający nie miał więc podstaw do domniemywania, iż p. Jan P. nie posiada uprawnień w zakresie sieci.

b) W piśmie z dnia 15 czerwca 2011r., IR-3410/27/10 stwierdzono, iż: 4. W załączonym do oferty życiorysie zawodowym Kierownika robót niskoprądowych (p. Jan P.) nie wskazano, czy co najmniej jeden z wyszczególnionych obiektów użyteczności publicznej, którego budowa obejmowała wykonanie instalacji BMS, CCTV., ACC, DSO, SAP i RTV SAT został zakończony. W szczególności dotyczy to „Budowy stadionu piłkarskiego Wisła Kraków - Budowa trybuny wschodniej wraz z narożnikami”. Wskazał, że z treści pisma POLIMEX MOSTOSTAL z dnia 17 czerwca 2011 r. wynika, iż budowa trybuny wschodniej Stadionu Wisła Kraków została zakończona. Wynika to również z treści życiorysu p. Jana P. Zatem w ocenie Zamawiającego twierdzenie Odwołującego, że spółka POLIMEX MOSTOSTAL nie wykazał warunku w postaci posiadania kierownika robót niskoprądowych jest bezzasadne.

3.1.2. Zarzuty odnośnie prawidłowości wykazu osób złożonego przez Odwołującego oraz prawidłowości dokumentów złożonych przez wykonawcę dot. firmy Bauunternehmen Rudolf GERSTL KG

a) doświadczenie zawodowe p. Michała P.

Odwołujący – w ocenie Zamawiającego - nie wykonał w sposób prawidłowy wezwania Zamawiającego. Wyjaśnienia zawarte w odwołaniu są po pierwsze spóźnione, a po drugie niezgodne z treścią pkt. 8.3. SIWZ. Wykonawca co prawda wskazał, że Pan Michał P. ma doświadczenie zawodowe 11 lat, jednakże nie określił, czy w tym okresie w/w kierował pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień. Jednocześnie wykonawca nie wskazał, czy Pan Michał P. kierował pracami budowlanymi na co najmniej 1 zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej, której wykonanie obejmowało wykonanie instalacji BMS, CCTV, ACC, DSO, SAP i RTV SAT.

Wykonawca nie wskazał również, która z wymienionych inwestycji budowlanych jest zakończona. Nie wykazał również powyższego w odwołaniu. Bez tego zdaniem Zamawiającego - nie był on w stanie ustalić spełnienia wymogu doświadczenia zawodowego dla powyższej osoby. Podkreślił też, że w złożonej w dniu 27.04.2011 r. ofercie przetargowej Odwołujący nie wykazał się dysponowaniem jakiejkolwiek osoby dla sprawowania funkcji kierownika robót niskoprądowych, a dopiero na wezwanie Zamawiającego z dnia 20.06.2011 r. uzupełnił Załącznik nr 3 „Wykaz osób” wskazując p. Michała P. jako kierownika robót niskoprądowych w dyspozycji Odwołującego.

b) doświadczenie zawodowe p. Krzysztofa P.

Zamawiający podniósł, że dla wykazania, iż dana osoba spełnia wymóg długości okresu doświadczenia zawodowego liczonego w latach koniecznym jest podanie pełnej daty tj. dni, miesięcy i lat lub wskazania w inny jednoznaczny sposób potwierdzający spełnienie warunku określonego w specyfikacji istotnych warunków postępowania. Podanie przez Odwołującego okresu doświadczenia zawodowego ww. osoby w latach powoduje, że obliczając powyższy okres nie jest możliwe wzięcie pod uwagę lat skrajnych, gdyż brak jest pewności, że rozpoczęcie sprawowania przedmiotowej funkcji miało miejsce pierwszego dnia roku a zakończenia ostatniego. Bez tego Zamawiający nie był w stanie ustalić spełnienia wymogu długości okresu doświadczenia zawodowego („co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe - treść pkt 8.3. SIWZ). Dodał, że w złożonej w dniu 27.04.2011 r. ofercie przetargowej Odwołujący nie wykazał się dysponowaniem jakiejkolwiek osoby dla sprawowania funkcji specjalisty ds. rozliczeń, a dopiero na wezwanie Zamawiającego z dnia 20.06.2011 r. uzupełnił Załącznik nr 3 „Wykaz osób”, wskazując p. Krzysztofa P. jako specjalistę ds. rozliczeń w dyspozycji Odwołującego.

c) dokumenty złożone przez wykonawcę dot. firmy Bauunternehmen Rudolf GERSTL KG

Zamawiający wskazał na treść art. 26 ust. 1 pkt 2b ustawy Pzp. Podkreślił, że wykonawca nie załączył do oferty dokumentu potwierdzającego, że wobec podmiotu Bauunternehmung Rudolf Gerstl KG nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie wystawionego w kraju, w którym ma siedzibę nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedłożył jedynie oświadczenie własne przedsiębiorcy o niezawodności firmy datowane 28.04.2011 r. niezawierające informacji, że wobec podmiotu Bauunternehmung Rudolf Gerstl KG nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie, następnie w uzupełnieniu powyższego oświadczenia za pośrednictwem poczty elektronicznej dołączył skan oświadczenia firmy GERSTL dot. niekaralności tego podmiotu, które nie było podpisane. Wykonawca pomimo precyzyjnego wezwania do przedłożenia dokumentu potwierdzającego, że wobec podmiotu Bauunternehmung Rudolf Gerstl KG nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie

wystawionego w kraju, w którym ma siedzibę nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (tj. 29.04.2011), rzeczony dokumentu nie złożył. Natomiast dokumenty uzupełnione nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Podkreślił, że wykonawca przedłożył dokumenty odnoszące się do okoliczności wskazanych § 68 BVerG, jednakże nie przedłożył dokumentu (zaświadczenia) potwierdzającego, że Bauunternehmung Rudolf Gerstl KG nie podlegał odpowiedzialności na podstawie austriackiej ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych (Bestätigungsnachdem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz), który zgodnie z pismem Ambasady Austrii winien udowodnić spełnienie warunków uczestnictwa w postępowaniu Zamawiającego.

Podkreślił, że w treści odwołania wykonawca powołuje się na § 2 zawartej przez Chemobudowę - Kraków S.A. z Bauunternehmung Rudolf Gerstl KG umowy z dnia 15 marca 2011 r. Zamawiający podkreśla, że przedmiotowa umowa pomimo wyszczególnienia jej w załącznikach do oferty nie została fizycznie Zamawiającemu wraz z ofertą przez wykonawcę dostarczona. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że Odwołujący załączając do oferty dokumenty dotyczące Bauunternehmung Rudolf Gerstl KG, jak również uzupełniając dokumenty na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 czerwca 2011 r. posiadał wiedzę o konieczności przedstawienia Zamawiającemu przedmiotowego dokumentu. Powyższe potwierdza również fakt nie wniesienia na tę czynność Zamawiającego odwołania. Uzupełniając dokumenty tym samym Odwołujący potwierdził, że Bauunternehmung Rudolf Gerstl KG będzie brał udział w realizacji zamówienia, co oświadczył powyższy podmiot trzeci w zobowiązaniu zawartym w ofercie przetargowej: „zobowiązujemy się do udostępnienia Pełnomocnikowi Konsorcjum, tj. spółce Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „Chemobudowa - Kraków” Spółka Akcyjna, w ramach postępowania przetargowego na: „Budowę nowoczesnej hali widowiskowo - sportowej PODIUM w Gliwicach” zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia do wykonywania zamówienia w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu w/w zamówienia”. Zamawiający powołał się także na opinię Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie warunków dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na referencje dotyczące osób trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2b ustawy - prawo zamówień publicznych), zamieszczonej na stronie internetowej www.uzp.gov.pl. Podkreślił, że dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w sposób oczywisty świadczy, iż zamawiający miał pełne podstawy (faktyczne i prawne) uzasadniające wykluczenie odwołujących się z postępowania o udzielenie zamówienia. W świetle powyższego za oczywiście bezzasadny Zamawiający uznał także zarzut naruszenia art. 7 ustawy Pzp.

2.2. Replika na zarzut naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp

2.2.1. Brak legitymacji do kwestionowania czynności zatrzymania wadium.

W pierwszej kolejności Zamawiający podniósł brak interesu prawnego (w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp) po stronie Odwołującego w zaskarżaniu czynności zatrzymania wadium. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone Działem VI przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Wskazał on na definicję postępowania o udzielenie zamówienia zawartą w art. 2 pkt 7a ustawy Pzp. Podkreślił, że kolejność czynności Zamawiającego wynikała 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. Zgodnie z powołanym przepisem w pierwszej kolejności zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę (w wyniku czego zostaje zakończone postępowanie o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 2 pkt. 7a ustawy Pzp), a następnie zwraca wadium, bądź dokonuje jego zatrzymania na podstawie art. 46 ust. 4a. Zamawiający w dniu 20 lipca 2011 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, a następnie w dniu 21 lipca 2011 r., a zatem po zakończeniu postępowania zatrzymał wadia wniesione przez Odwołującego (wystąpił z żądaniem zapłaty sumy wynikające z gwarancji wadialnej). Zamawiający powołał się na orzecznictwo KIO, wskazując, iż zatrzymanie wadium nie ma charakteru samoistnego, lecz stanowi następstwo wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodów ściśle określonych, ma zatem charakter akcesoryjny, nie jest czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, lecz stanowi jej skutek - czynność związana z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie Pzp w tym zakresie nie przysługują.

2.2.2. Prawidłowość czynności zatrzymania wadium.

Niezależnie od powyższego z daleko posuniętej ostrożności prawnej, w przypadku uznania, iż Odwołujący posiada legitymację do kwestionowania czynności Zamawiającego o zatrzymaniu wadium Zamawiający wskazał na zasadność zatrzymania przez niego wadium Odwołującemu. Podniósł, że zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Podkreślił, że zarówno w piśmiennictwie, jak i w orzecznictwie sądów powszechnych przyjmuje się, iż przepis ten stanowi podstawę zatrzymania wadium także w sytuacji, gdy w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów wykonawca przedłożył takie dokumenty i oświadczenia, które nie spełniają wszystkich wymagań im

postawionych przez Zamawiającego. Przywołał w tym zakresie stanowisko doktryny oraz orzecznictwo KIO i orzecznictwo sądów powszechnych.

IV. Stanowisko Przystępującego Polimex Mostostal

Wykonawca Polimex Mostostal zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i wniósł o odrzucenie odwołania ewentualnie oddalenie odwołania; utrzymanie w mocy decyzji Zamawiającego i rozstrzygnięcie postępowania odwoławczego poprzez odrzucenie ewentualnie oddalenie odwołania, oraz o utrzymanie w mocy wszystkich decyzji Zamawiającego umożliwiających POLIMEX - MOSTOSTAL. zawarcie umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego

W uzasadnieniu swojego stanowiska Polimex Mostostal wskazał, że:

1. nieprawdziwy jest zarzut Odwołującego Konsorcjum Mostostal, że wykluczeniu z postępowania podlega POLIMEX-MOSTOSTAL. Podkreślił, że warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania kierownikiem robót niskoprądowych został przez niego wykazany. Pan Jan Aleksander P. posiada wymagane postanowieni SIWZ doświadczenie i spełnia wszystkie inne warunki udziału w postępowaniu.
2. bezpodstawne są zarzuty Odwołującego wobec Zamawiającego odnośnie decyzji m.in. wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i decyzji Zamawiającego o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Podstawą takiego stanowiska jest fakt, że:
 - podstawową cechą oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest to, aby potwierdzały one spełnianie warunku udziału w postępowaniu, tymczasem złożone przez Odwołującego oświadczenia i dokumenty wymienione przez Zamawiającego w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz w zawiadomieniu o wykluczeniu wykonawców z postępowaniu i o odrzuceniu ofert nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu; Zamawiający nie może domniemywać określonych treści ze złożonych oświadczeń i dokumentów lecz powinien uzyskać jednoznaczne potwierdzenie, że wykonawca, który przedkłada określony dokument spełniania warunki udziału w postępowaniu;
 - nie jest przedmiotem orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadność zatrzymania wadium, gdyż zakresem orzekania wyznaczonym przepisami ustawy PZP nie mogą być czynności zatrzymania wadium, a ponadto wskazana czynność nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania.
3. wskazując na doktrynę i orzecznictwo wskazał, że złożenie dokumentu np. wykazu wykonanych robót budowlanych lub wykazu osób, które mają uczestniczyć w realizacji zamówienia, które to dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku

udziału w postępowaniu, traktuje się jak niezłożenie dokumentów.

KIO 1630/11

I. Stanowisko Odwołującego Konsorcjum Budus

Konsorcjum Budus swoje odwołanie wniosło od następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. czynności badania i oceny ofert,
2. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy: POLIMEX-MOSTOSTAL
4. zaniechania czynności uznania za odrzuconą oferty złożonej przez wykonawcę POLIMEX-MOSTOSTAL

Odwołujący w tym zakresie postawił następujące zarzuty:

1. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy POLIMEX-MOSTOSTAL oraz zaniechanie czynności uznania za odrzuconą oferty złożonej przez ww. wykonawcę, pomimo że ww. wykonawca nie spełniając warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobą zdolną do wykonania zamówienia, złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
2. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę POLIMEX-MOSTOSTAL w sytuacji, gdy wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, i w konsekwencji dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- 1) unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej
- 2) powtórzył czynność badania i oceny ofert,
- 3) dokonał czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy POLIMEX-MOSTOSTAL oraz dokonał czynności uznania za odrzuconą oferty złożonej przez ww. wykonawcę,
- 4) dokonał czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Konsorcjum Budus wskazało na następujące okoliczności:

Zgodnie z postawionym przez Zamawiającego warunkiem udziału w postępowaniu (część 8 pkt 3 SIWZ), Zamawiający żądał dysponowania osobami zdolnymi do wykonania

zamówienia, w tym Kierownikiem robót niskoprądowych. Wskazał na opis warunku w SIWZ. Odwołujący Konsorcjum Budus także przywołał pismo Zamawiającego z dnia 19 kwietnia 2011 r., w którym udzielił odpowiedzi na zapytanie jednego z wykonawców (pytanie nr 52) na temat uprawnień Kierownika robót niskoprądowych:

Pytanie nr 52: „Czy warunek pkt 8 ppkt 3 dotyczący funkcji Kierownika robót niskoprądowych w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych zostanie uznany za spełniony, jeżeli osoba wykaże się posiadaniem uprawnień wydanych na podstawie §11 rozporządzenie Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym, tj. uprawnień budowlanych w telekomunikacji do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej i telekomunikacji przewodowej wraz z infrastruktura towarzyszącą bez ograniczeń ?”

Odpowiedz ad. 52: „Tak, podane w pytaniu kwalifikacje będą uznane za wystarczające.”

Odwołujący wskazał, że w celu wykazania spełnienia ww. warunku, zgodnie z częścią 9 pkt 1 SIWZ, wykonawcy zobowiązani byli złożyć w tym zakresie wymagane dokumenty:

- oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu o treści ZAŁĄCZNIKA NR 2 do SIWZ,
- wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami potwierdzającymi spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami o treści ZAŁĄCZNIKA NR 3 do SIWZ,
- oświadczenie zawarte w ZAŁĄCZNIKU NR 3, potwierdzające, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia,.

Wykonawca POLIMEX-MOSTOSTAL w celu potwierdzenia spełnienia warunku złożył wykaz osób, do którego załączył dokumenty CV wykazanych osób, oraz oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Na stanowisko Kierownika robót niskoprądowych wykonawca wskazał Pana Jana P. (poz. 5 wykazu osób), pracownika wykonawcy. W zakresie wskazanej osoby wykonawca POLIMEX-MOSTOSTAL złożył następujące oświadczenia:

Po pierwsze

- w wykazie osób - oświadczył, że Jan P. posiada: „uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności telekomunikacyjnej, nr 0797/97/U” oraz że posiadane uprawnienia są „bez ograniczeń w telekomunikacji przewodowej”

Po drugie

- w wykazie osób - oświadczył, że „wyżej wymienione osoby będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia i posiadają wymagane uprawnienia,

Po trzecie

- w oświadczeniu o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu - oświadczył, że: *„spełniam warunki udziału w postępowaniu opisane przez zamawiającego w zakresie: posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (...)”*

W każdym z podanych wyżej oświadczeń, wykonawca POLIMEX-MOSTOSTAL potwierdził – zdaniem Odwołującego - w pełni świadomie, że spełnia warunki Zamawiającego, w tym warunek dysponowania osobą zdolną do wykonania zamówienia tj. Kierownikiem robót niskoprądowych, który z kolei posiada wymagane uprawnienia „bez ograniczeń w telekomunikacji przewodowej”. Konsorcjum Budus wskazał, że informacje te są nieprawdziwe, i stojące w rażącej sprzeczności z faktami.

W świetle informacji posiadanych przez Odwołującego, wbrew twierdzeniom i wielokrotnym oświadczeniom o spełnieniu warunków, wykonawca POLIMEX-MOSTOSTAL w rzeczywistości nie spełnia warunku posiadania przez wskazanego Kierownika robót niskoprądowych - wymaganych uprawnień budowlanych „do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej”, lub uznanych za wystarczające uprawnień „do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą bez ograniczeń”. Podkreślił, że zgodnie z informacjami posiadаныmi przez Odwołującego wykazany Pan Jan P. posiada uprawnienia: do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie: linii, instalacji i urządzeń liniowych oraz stacyjnych. Zatem, mając na uwadze treść warunku i odpowiedzi na pytanie nr 52 (wskazane powyżej), uprawnienia Pana Jana P. nie są – zdaniem Konsorcjum Budus - wymaganymi uprawnieniami „do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej”, lub „do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą bez ograniczeń”. Uprawnienia Pana P. są – w ocenie Odwołującego - ograniczone do zakresu linii, instalacji i urządzeń liniowych oraz stacyjnych, nie posiadają zakresu sieci. Tym samym nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Złożenie nieprawdziwych informacji przez POLIMEX-MOSTOSTAL, w szczególności opisu i zakresu posiadanych uprawnień w wykazie, miało istotny wpływ na dalsze czynności Zamawiającego, a w konsekwencji na wynik postępowania. Zamawiający bowiem nie zaniechał wezwania tegoż wykonawcy do uzupełnień, nie dokonał wykluczenia wykonawcy z postępowania a w konsekwencji uznał jego ofertę za najkorzystniejszą.

Odwołujący wyjaśnił, że uprawnienia Pana Jana P. o numerze 0797/97/U zostały wydane w 1997 r., zaś podstawą ich wydania było rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie

telekomunikacyjnym. Na podstawie niniejszego rozporządzenia w stanie prawnym obowiązującym w dacie wydania uprawnień, można było uzyskać następujące uprawnienia:

§ 2. 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.

Przywołał też § 4 ust. 2 tego rozporządzenia, który wskazuje, 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 radiokomunikacyjnych.

Z treści powyższego przepisu – zdaniem Odwołującego - wynika, że uprawnienia Pana P. (będące w zakresie: linii, instalacji i urządzeń liniowych oraz stacyjnych), nie posiadają zakresu sieci dla telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Tym samym nie posiadają pełnego możliwego do uzyskania nieograniczonego zakresu dla telekomunikacji przewodowej, a zatem nie mogą być uznane za wystarczające, zgodnie z wymogiem Zamawiającego. W zakresie wymienionych specjalizacji uprawnienia mogły być wydane w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń w telekomunikacji. Uprawnienia Pana P. zostały wydane zaś w zakresie wskazanej specjalizacji w telekomunikacji przewodowej, ale jedynie w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych oraz stacyjnych. Zatem nie zawierają zakresu sieci i nie mogą być uznane za uprawnienia bez ograniczeń w telekomunikacji przewodowej. Gdyby uprawnienia te wydano bez ograniczeń w danej specjalności, to sformułowanie „bez ograniczeń” znalazłoby się – zdaniem Odwołującego - w treści wydanej decyzji, co widać na przykładach innych, wydanych w analogicznym stanie prawnym, uprawnień.

Powołał się na § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995r. wskazując na to, że o nieograniczonym zakresie uprawnień decydował fakt wydania uprawnień łącznie zarówno do kierowania robotami, jak i do projektowania. Podkreślił jednak, że jednak Zamawiający żądał wykazania uprawnień do kierowania robotami: dlatego pod takim kątem miał on obowiązek zweryfikowania wskazanych przez wykonawcę uprawnień. Zamawiający natomiast oczekiwał co najmniej uprawnień w telekomunikacji przewodowej bez ograniczeń, natomiast uprawnienia Pana P., takimi nie są. Przywołał art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. - Prawo budowlane (Dz. U. z 2003 r. Nr 207, poz. 2016 z późn. zm.), zgodnie z którym osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do

pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Powyższe oznacza, iż zakres uprawnień budowlanych należy odczytywać zgodnie z treścią decyzji o ich nadaniu i w oparciu o przepisy będące podstawą ich nadania.

Konsorcjum Budus wskazało, że także że POLIMEX-MOSTOSTAL podało nieprawdziwe informacje co do zakończenia inwestycji budowy stadionu piłkarskiego Wisła Kraków - budowa trybuny wschodniej wraz z narożnikami, w tym instalacje teleinformatyczne: telefoniczne i RTV SAT, kontrola dostępu, SAP, DSO, telewizja przemysłowa, sygnalizacja włamania i napadu, BMS; wartość kontraktu 144 217 547,14 zł brutto, 01.2009 - 09. 2010. Podkreślił, że ponieważ inwestycja ta musiała zawierać wymagane instalacje i być zakończona, a wykonawca nie podał tej informacji w CV, został wezwany do uzupełnienia w tym zakresie. W wyniku uzupełnienia potwierdzi on, że „Inwestycję zakończono i przekazano do użytkowania” Odwołujący podkreślił, że z posiadanych przez niego informacji wynika, że inwestycja ta nie została zakończona, a zatem wykonawca POLIMEX-MOSTOSTAL złożył nieprawdziwe informacje dwukrotnie: przy składaniu oferty, następnie przy złożeniu uzupełnienia. Zgodnie z wiedzą Odwołującego, pozwolenie na użytkowanie zostało wydane warunkowo, kiedy roboty budowlane nie były zakończone. Zatem wykonawca nie mógł oświadczyć, bez złożenia nieprawdziwych informacji, że inwestycja została zakończona. Zatem, wykonawca nie tylko nie potwierdził spełnienia warunku posiadania doświadczenia przez Kierownika robót niskoprądowych w wymaganym zakresie, ale też złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Zamawiający bowiem nie zaniechał wezwania tegoż wykonawcy do uzupełnień, nie dokonał wykluczenia wykonawcy z postępowania a w konsekwencji uznał jego ofertę za najkorzystniejszą.

Odwołujący Konsorcjum Budus powołał się na dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W świetle treści tego, jak i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej bez znaczenia jest okoliczność, czy podanie nieprawdziwych informacji jest zawinione przez wykonawcę czy nie. Powołał się w tym zakresie na orzecznictwo KIO.

Odwołujący podniósł także, że złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje nie podlega uzupełnieniu przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w jego miejsce innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Powołał się także na orzecznictwo KIO. Podkreślił też, że jedynie z ostrożności Odwołujący postawił zarzut zaniechania czynności wezwania wykonawcy POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego

posiadania wymaganych uprawnień przez Kierownika robót niskoprądowych i jedynie na wypadek, gdyby Izba uznała, że w istniejących okolicznościach faktycznych wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest jednak dopuszczalne. W przypadku uwzględnienia podniesionego wyłącznie z ostrożności zarzutu, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby dokonał on czynności wezwania wykonawcy POLIMEX-MOSTOSTAL do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganych uprawnień przez Kierownika robót niskoprądowych.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w piśmie z dnia 5 sierpnia 2011 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. obciążenie odwołującego się kosztami postępowania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, co następuje:

1. Replika na zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Zamawiający podniósł, iż wskazane w odwołaniu rzekome uchybienia Zamawiającego skutkujące wyborem oferty POLIMEX-MOSTOSTAL nie znajdują uzasadnienia.

1.1. Replika na zarzut braku uprawnień p. Jana P.

Zamawiający podniósł, iż nie posiada informacji, jakoby p. Jan P. nie miał wymaganych uprawnień budowlanych do wykonywania funkcji kierownika robót niskoprądowych, określonych SIWZ. Wykonawca złożył wymagane dokumenty w postaci oświadczeń, iż p. Jan P. spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. Zamawiający nie miał podstaw, by poddawać w wątpliwość powyższe oświadczenia. Spełniały one wymogi formalne, w sposób wyraźny wskazywały na to, iż p. Jan P. posiada wymagane uprawnienia. Podkreślił, że w wypadku, gdy oświadczenia nie budzą wątpliwości Zamawiającego, nie ma on obowiązku występować do wykonawcy o dodatkowe dokumenty potwierdzające daną okoliczność. Zamawiający może bazować na oświadczeniach wykonawcy. Wskazał, że w przedmiotowej sprawie wykonawca złożył oświadczenie, że p. Jana P., iż posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń w telekomunikacji przewodowej. Oświadczenie powyższe było jasne i precyzyjne, Zamawiający nie miał więc podstaw, by kwestionować zakres uprawnień p. Jana P. Stwierdził, że oświadczenie dotyczące p. Jana P. wskazuje na posiadaną przez niego

decyzję nr 0797/97/U, a zatem Zamawiający ustalił, iż powyższa decyzja była wydana w 1997 roku. Ustalił, że obowiązywało wtedy rozporządzenie Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym. Paragraf 2 tegoż rozporządzenia wskazuje, iż powyższe uprawnienia budowlane są udzielane w specjalnościach instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń. Zamawiający nie miał więc podstaw do domniemywania, iż p. Jan P. nie posiada uprawnień w zakresie sieci. Ponadto wykładnia zapisu § 4 rozporządzenia wskazuje, iż ograniczenia o jakich tam mowa dotyczą „zakresu” uprawnień do kierowania lub projektowania bądź łącznie do projektowania i kierowania, a nie „zakresu” posiadanych uprawnień wskazanych w § 2 niniejszego rozporządzenia.

Zamawiający wskazał też, że zarzuty dotyczące niezgodności uprawnień budowlanych p. Jana P. z zapisami rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym (Dz. U. z 1995 r., Nr 120, poz. 581) są nieuzasadnione. Zamawiający wskazał na uprawnienia budowlane: Decyzja nr 1440/98/U (kierowanie robotami) i Decyzja nr 1915/00/U (projektowanie) wydane przez Głównego Inspektora Państwowej Inspekcji Telekomunikacyjnej i Pocztowej dla Roberta K., załączone do oferty Konsorcjum Mostostal, potwierdzające, że zarówno były wydawane przez organy decyzje o nadaniu uprawnień budowlanych bez ograniczeń osobno dla kierowania robotami budowlanymi i osobno dla projektowania, jak i potwierdzające, że w wydawanych decyzjach możliwy jest brak zakresu uprawnień (dotyczy zarzutu o braku sieci w zakresie uprawnień), który wynika wprost z przedmiotowego rozporządzenia. Powołał się na wyrok KIO w sprawie zakresu i formy koncesji i wskazywał na różnorodną praktykę MSWiA określanie zakresu koncesji w jej tytule.

1.2. Replika na zarzut nie zakończenia inwestycji budowlanej.

Zamawiający wskazał, że w piśmie z dnia 15 czerwca 2011r., IR-3410/27/10 stwierdzono, iż: w załączonym do oferty życiorysie zawodowym Kierownika robót niskoprądowych (p. Jan P.) nie wskazano, czy co najmniej jeden z wyszczególnionych obiektów użyteczności publicznej którego budowa obejmowała wykonanie instalacji BMS, CCTV., ACC, DSO, SAP i RTV SAT został zakończony. W szczególności dotyczy to „Budowy stadionu piłkarskiego Wisła Kraków - Budowa trybuny wschodniej wraz z narożnikami”. Podkreślił, że z treści pisma POLIMEX - MOSTOSTAL z dnia 17 czerwca 2011 r. wynika, iż budowa trybuny wschodniej Stadionu Wisła Kraków została zakończona. Wynika to również z treści życiorysu p. Jana P.. Odwołujący się nie przedstawili żadnego dowodu na okoliczność wykazania, iż okoliczności wskazane w piśmie POLIMEX - MOSTOSTAL są nieprawdziwe.

Wskazał na konieczność rozróżnienia pojęcia „zakończenie budowy” od „uzyskania pozwolenia na użytkowanie”. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem zakończenie budowy to sytuacja w której wykonano wszelkie prace pozwalające na przyjęcie, że dany budynek lub jego część może być użytkowana nawet przed ich ostatecznym wykończeniem, to jest taki stan w którym właściwy organ nadzoru budowlanego dokonałby odbioru robót i zezwolenia na użytkowanie, to jest na zgodne z prawem wykorzystywanie (powołał się na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku, I SA/Gd 10/10, publ. CBOSA).

2. Replika na zarzut naruszenia art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

Zamawiający wskazał, że nie miał podstaw do wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentacji przedstawionej w ofercie dotyczącej uprawnień budowlanych p. Jana P., gdyż nie dopatrył się nieprawidłowości i błędów, które skutkowałyby wystosowaniem wezwania do uzupełnienia braków w tym zakresie. Nadto wskazał, iż przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) nie zawierają obowiązku przedstawienia decyzji dotyczącej uprawnień budowlanych, wystarczające jest zatem samo oświadczenie wykonawcy, że osoba która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiada wymagane uprawnienia.

III. Stanowisko Przystępującego Polimex Mostostal

POLIMEX-MOSTOSTAL złożył przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o odrzucenie odwołania ewentualnie oddalenie odwołania; utrzymanie w mocy decyzji Zamawiającego i rozstrzygnięcie postępowania odwoławczego poprzez jego odrzucenie ewentualnie jego oddalenie, jak też wnosząc o utrzymanie w mocy wszystkich decyzji Zamawiającego umożliwiających POLIMEX - MOSTOSTAL zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska podniósł co następuje:

1. nieprawdziwy jest zarzut Odwołującego - Konsorcjum Budus, że wykluczeniu z postępowania podlega POLIMEX-MOSTOSTAL. Wszystkie warunki udziału w postępowaniu w sposób opisany w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków zostały wykazane i jednoznacznie potwierdzone załączonymi dokumentami. Wszystkie inwestycje wykazane na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia zarówno POLIMEX-MOSTOSTAL, jak również wykazane jako potwierdzające wiedzę i doświadczenie osób którymi dysponuje POLIMEX-MOSTOSTAL są inwestycjami zakończonymi. Stąd też zgłaszane przez

Odwołującego wątpliwości nie mogą być podstawą jakichkolwiek zarzutów wobec wybranego w postępowaniu POLIMEX-MOSTOSTAL ani wobec Zamawiającego.

2. bezpodstawne są zarzuty Odwołującego wobec Zamawiającego odnośnie decyzji m.in. dotyczącej oceny warunków spełniania przez Polimex-Mostostal w zakresie warunków udziału dotyczących wiedzy i doświadczenia Polimex-Mostostal S.A oraz warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia. Inwestycja p.n.: „Budowa stadionu piłkarskiego Wisła Kraków - budowa trybuny wschodniej wraz z narożnikami, rozbiórka istniejącej trybuny zachodniej, wykonanie ścianki szczelinowej przy trybunie zachodniej" została zakończona. W rozumieniu paragrafu 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, inwestycja mogła być wykazana jako wykonana w okresie ostatnich 5 lat zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i poprawnie ukończona. Wątpliwości Odwołującego w tym zakresie nie mogą być traktowane jako podanie przez Polimex-Mostostal nieprawdziwych informacji.
3. bezpodstawne są zarzuty Odwołującego co do posiadanych uprawnień telekomunikacyjnych do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Oświadczenie złożone przez Polimex-Mostostal w zakresie posiadania przez Jana P. w/w uprawnień jest prawdziwe i zgodne z obowiązującymi przepisami prawa w szczególności rozporządzeniem Ministra Łączności z dnia 10.10.1995 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym. Otrzymane przez p Jana P. uprawnienia obejmują pełny możliwy zakres według wymaganymi przepisami prawa rozporządzenia oraz przedmiotem zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie skierowane przez Prezesa Izby do łącznego rozpoznania cztery złożone odwołania i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz stanowiska stron i uczestników postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek ze złożonych odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba oddaliła w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i Przystępującego Polimex Mostostal wnioski o odrzucenie odwołań:

- Konsorcjum Chemobudowa z powodu nie przekazania Zamawiającemu pełnej kopii odwołania oraz

- Konsorcjum Mostostal, wykonawcy Intracom i Konsorcjum Chemobudowa z tego powodu, że istota tych odwołań i podniesionych w nich zarzutów sprowadza się do odzyskania wadium przez wskazanych wykonawców, zaś rozpoznanie zarzutów dotyczących zatrzymania wadium nie leży w kognicji Izby.

Izba stwierdziła, że odwołanie Konsorcjum Chemobudowa, które zostało złożone do Izby nie zawiera jednego z przywoływanych w jego treści załączników. Jednocześnie tej samej treści odwołanie co do Izby w kopii zostało przekazane Zamawiającemu. Stwierdzony brak jednego z załączników złożonego odwołania dotyczył zatem zarówno odwołania złożonego do Prezesa Izby, jak i kopii odwołania przekazanej Zamawiającemu, stąd też dyspozycja art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp w tym zakresie nie znajduje zastosowania. Izba nie znalazła także podstaw do dorzucenia odwołań o sygn. akt: KIO 1605/11, KIO 1616/11 i KIO 1619/11 stwierdzając, iż w odwołaniach tych podnoszono szereg zarzutów, oprócz zarzutu zatrzymania wadium. Izba stwierdziła także, że podniesienie zarzutu zatrzymania wadium nie stanowi samoistnej podstawy do odrzucenia odwołania w świetle art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że wszyscy wykonawcy zgłaszający swoje przystąpienia w poszczególnych sprawach odwoławczych uzyskali przymiot uczestników tych postępowań, tj.:

- 1) wykonawca Polimex Mostostal, zgłaszający przystąpienia po stronie Zamawiającego do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1605/11, KIO 1616/11, KIO 1619/11, KIO 1630/11 i
- 2) Konsorcjum Budus, zgłaszające swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1605/11, KIO 1619/11 po stronie odwołujących Konsorcjum Mostostal i Konsorcjum Chemobudowa oraz do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1616/11 po stronie Zamawiającego.

We wszystkich czterech sprawach odwoławczych Izba ustaliła, że wszyscy wykonawcy wnoszący odwołania legitymują się interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Wykonawcy Konsorcjum Mostostal, wykonawca Intracom i Konsorcjum Chemobudowa zostali wykluczeni przez Zamawiającego z udziału w postępowaniu, a ich oferty zostały odrzucone. W związku z tymi czynnościami Zamawiający podjął decyzję wobec tych wykonawców o zatrzymaniu im wadium. Czynności te z jednej strony pozbawiają tych wykonawców szans na uzyskanie zamówienia z drugiej strony narażają ich na wymierny uszczerbek finansowy. Zaskarżenie tych czynności z jednoczesnym podniesieniem przez

tych wykonawców zarzutów wobec oferty najkorzystniejszej wskazuje na wypełnienie przesłanki interesu uzasadniającego wniesienie odwołania.

Odwołujący Konsorcjum Budus także legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania stosownie do dyspozycji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Jego oferta w postępowaniu pozostała ważną i została sklasyfikowana na drugiej pozycji tuż za ofertą uznaną przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Konsorcjum Budus w swoim odwołaniu podnosi zarzuty wobec wykonawcy Polimex Mostostal, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, stąd też wykazuje swój bezpośredni uszczerbek w pozbawieniu go - poprzez czynność Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej - szans na uzyskanie niniejszego zamówienia publicznego i naraża na szkodę.

KIO 1605/11

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne.

W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje:

(1)

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Polimex Mostostal z powodu braku wymaganego doświadczenia od osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robót niskoprądowych (pkt 8.3 SIWZ) Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Podstawą podnoszonego zarzutu było niespełnienie wymogu wykazania co do doświadczenia osoby na wskazane stanowisko co najmniej jednej zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na budowie budynku użyteczności publicznej, którego budowa obejmowała wykonanie instalacji BMS, CCTV, ACC, DSO, SAP i RTV SAT. Odwołujący Mostostal wykazywał, że przywoływane przez Polimex – Mostostal doświadczenie na inwestycji: „*Budowa stadionu piłkarskiego Wisła – Kraków – Budowa trybuny wschodniej wraz z narożnikami*” nie może potwierdzać spełniania wymaganego warunku, ponieważ inwestycja ta nie została zakończona. Powyższe wynika z tego, że dla ww. inwestycji nie wydano ostatecznego pozwolenia na użytkowanie, a jedynie dopuszczono warunkowo ją do użytkowania. Odwołujący podnosił, że Polimex – Mostostal został w tym zakresie wezwany do uzupełniania dokumentów przez Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba ustaliła, że Polimex Mostostal pismem

Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2011 r. faktycznie został wezwany do uzupełniania dokumentów w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że w odniesieniu do Pana Jana P. w załączonym do oferty życiorysie zawodowym nie wskazano, czy co najmniej jeden z wyszczególnionych obiektów użyteczności publicznej, którego budowa obejmowała wykonanie instalacji BMS, CCTV, ACC, DSC, SAP i RTV SAT został zakończony, w szczególności dotyczy to inwestycji związanej z budową trybuny wschodniej stadionu piłkarskiego. Polimex Mostostal przy piśmie z dnia 17 czerwca 2011 r. załączył nowy życiorys zawodowy Pana Jana P., gdzie przy wskazanej inwestycji dotyczącej budowy trybuny wschodniej stadionu Wisła Kraków wyraźnie zaznaczono, że przedmiotem tej umowy było wykonanie jednej trybuny wraz z instalacjami i boiskami jako samodzielnego obiektu, zaś inwestycję zakończono i przekazano do użytkowania. Jako czas pełnienia funkcji kierownika robót elektrycznych i teletechnicznych co do wskazanej osoby przywołano okres: 01.2009 – 09.2010.

Izba stwierdziła, że udzielone w tym zakresie wyjaśnienia poprzez oświadczenie wykonawcy Polimex Mostostal są wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego dysponowania osobą na stanowisko Kierownika robót niskoprądowych i wymaganego wobec tej osoby doświadczenia. Wykonawca na żądanie Zamawiającego potwierdził bowiem okoliczność zakończenia wskazanej inwestycji niezbędnej dla potwierdzenia spełnienia opisanego przez Zamawiającego warunku podmiotowego. Okoliczności podnoszone przez Odwołującego w samym odwołaniu oraz w toku rozprawy, że wskazana inwestycja nie została wykonana nie były potwierdzone żadnymi dowodami.

Co do dowodów w tym zakresie przedstawionych w toku rozprawy przez Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego – Konsorcjum Budus, tj. odpowiedzi na zapytanie nr 5 do SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie (pismo z dnia 5 grudnia 2008 r.) oraz Sprawozdanie z działalności Qumak – Sekom SA w 2010 r. podwykonawcy Polimex Mostostal na inwestycji: *„Budowie stadionu piłkarskiego Wisła – Kraków – Budowa trybuny wschodniej wraz z narożnikami”*, Izba uznała, że nie potwierdzają one, że wskazana inwestycja nie została zakończona.

Z odpowiedzi na zapytanie do SIWZ przy realizacji wskazanej inwestycji Przystępujący - Konsorcjum Budus wywodziło, że przedmiot tego zamówienia nie obejmował instalacji BMS, wymaganej w ramach koniecznego w tym zakresie doświadczenia dla Kierownika robót niskoprądowych. Izba nie uznała wskazanego dowodu za miarodajny dla wykazania przywołanej powyżej okoliczności. Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, udzielając odpowiedzi na konkretnie zadane pytanie do SIWZ (pytanie: czy w związku z tym, że zamówienie nie obejmuje instalacji BMS, z kosztorysu ofertowego należy wykreślić poz. 137 – montaż modułów BMS w tablicach rozdzielczych), wskazał na

konieczność opracowania kosztorysu ofertowego w oparciu o przedmiar robót, który pozostaje bez zmian. Powyższe – zdaniem Izby - jedynie wskazuje na wiążący charakter przedmiaru robót, który nie wiadomo, jaki zakres prac obejmował; co nie wyklucza sytuacji, iż przedmiar robót obejmował właśnie wykonanie instalacji BMS, na pewno zaś obejmował montaż modułów BMS w poz. 137. Powyższe jednak postanowienie przedmiaru robót pozostawało bez zmian. Poza tym Izba zwraca uwagę, że jedna udzielona odpowiedź na jedno z zadanych pytań, przywołane przez Przystępującego Konsorcjum Budus jest bez znaczenia dla całościowej oceny sytuacji, która miała miejsce w postępowaniu na wykonanie inwestycji: „*Budowa stadionu piłkarskiego Wisła – Kraków – Budowa trybuny wschodniej wraz z narożnikami*”, w tym w szczególności co do zakresu przedmiotu zamówienia. Na podstawie przedłożonej jednej odpowiedzi na pytania do SIWZ zgłoszone w tym postępowaniu nie można wywodzić konkretnych ostatecznych zapisów postanowień SIWZ w tym postępowaniu oraz zawartej w tym przedmiocie umowy o realizację zamówienia. Zatem Przystępujący Konsorcjum Budus wiarygodnego dowodu na tę okoliczność nie przedstawił.

Co do drugiego dowodu – Sprawozdania firmy Qumak-Secom Izba stwierdziła, że z przedłożonej 23 i 24 str. tego sprawozdania wynika, że wskazana firma była podwykonawcą na inwestycji budowy trybuny wschodniej stadionu piłkarskiego Wisły Kraków i w ramach wykonywanych na tej inwestycji prac został zawarty aneks nr 1 z dnia 9 sierpnia 2010 r., który przewidywał rozszerzenie prac na wskazanej inwestycji o wykonanie określonych instalacji, gdzie termin wykonania prac określono na dzień 1 października 2010 r. Powyższe okoliczności w żadnej mierze nie podważają spełniania warunku doświadczenia na zakończonej inwestycji przez Pana Jana P. Data przywołana w życiorysie Pana Jana P. wskazuje na wykonywanie funkcji kierownika robót elektrycznych i teletechnicznych przez wskazaną osobę na przywołanej inwestycji (do końca września 2010 r.). Opisany w SIWZ warunek zaś nie odnosił się do konieczności uczestnictwa przy pełnieniu określonej funkcji na inwestycji przez daną osobę do momentu zakończenia prac na inwestycji włącznie. Warunek wskazywał na konieczność posiadania doświadczenia na co najmniej jednej zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na budowie budynku użyteczności publicznej, której wykonanie obejmowało wykonanie określonego rodzaju instalacji. Istotne w tym zatem zakresie było, aby inwestycja była zakończona, a nie, aby dana osoba wykonywała na tej inwestycji określone funkcje do końca trwania tej inwestycji. Nawet jeśli przyjmiemy, że inwestycja zakończyła się formalnie w dniu 1 października 2010 r., co potwierdzałyby dokumenty przedłożone przez Przystępującego Konsorcjum Budus, to samo wskazanie przez Polimex Mostostal, że Pan Jan P. pełnił określoną funkcję na wskazanej inwestycji do końca września 2010 r. nie może potwierdzać niespełniania warunku opisanego przez Zamawiającego w SIWZ.

Odnosząc się do argumentacji Przystępującego Konsorcjum Budus prezentowanej na

rozprawie odnośnie braku uzyskania co do wskazanej inwestycji pozwolenia na użytkowanie obiektu, co miałyby świadczyć o tym, że inwestycja : „*Budowa stadionu piłkarskiego Wisła – Kraków – Budowa trybuny wschodniej wraz z narożnikami*” nie została ukończona, Izba uznała ją za niewystarczającą dla uwzględnienia tego zarzutu odwołania. Izba uwzględniła w tym zakresie dowód przedstawiony przez Zamawiającego w toku rozprawy, tj. decyzję administracyjną nr 419/10 z dnia 26 sierpnia 2010 r., wydaną przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Krakowie Powiat Grodzki dla przedmiotowej inwestycji, z której wynika, że postępowanie w sprawie wniosku o wydanie pozwolenia na użytkowanie obiektu pn.: „*Trybuna wschodnia wraz z narożnikami ptn-wsch i pld-wsch w ramach inwestycji: „Przebudowa i modernizacja stadionu piłkarskiego Wisła Kraków*” zostało umorzone. Z uzasadnienia tej decyzji wynika, że dla przedmiotowej inwestycji inwestor nie był zobowiązany do uzyskania decyzji organu nadzoru budowlanego o pozwoleniu na użytkowanie wydane w trybie art. 59 ustawy Prawo budowlane. Tym samym zatem argument Przystępującego Konsorcjum Budus, że powoływana w ramach doświadczenia Pana Jana P. inwestycja nie została wykonana, bowiem nie uzyskano wobec niej pozwolenia na użytkowanie, wobec faktu, iż takie pozwolenie w ogóle w tym przypadku nie było dla tej inwestycji wymagane, nie ma żadnego znaczenia dla oceny postawionego w odwołaniu Konsorcjum Mostostal zarzutu.

(2)

Co do zarzutu dotyczącego bezzasadnego wykluczenia Odwołującego Konsorcjum Mostostal z postępowania z powodu niewykazania spełniania warunku co do osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robót sanitarnych (pkt 8.3 SIWZ), tj. Pana Piotra R., wymienionego w poz. 3 Wykazu osób Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się. Zdaniem Izby bezpodstawne było wykluczenie Odwołującego Konsorcjum Mostostal z postępowania z tego powodu.

Potwierdzenie się tego zarzutu nie było jednak podstawą do uwzględnienia odwołania przez Izbę z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z tym, że stwierdzone w tym zakresie naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz na okoliczność ewentualnego przywrócenia Odwołującego Konsorcjum Mostostal do udziału w tym postępowaniu jako formalnego wykonawcy. Izba stwierdziła bowiem, że Odwołujący z innych przesłanek podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, oceniając w tym zakresie pozostałe zarzuty odwołania, co znalazło odzwierciedlenie w dalszej części uzasadnienia niniejszego orzeczenia (pkt (3) i (4) poniżej).

Podstawą decyzji Zamawiającego o uznaniu, że warunek dotyczący osoby wskazanej

na stanowisko Kierownika robót sanitarnych nie został spełniony i w efekcie wykluczeniu z tego powodu Odwołującego Konsorcjum Mostostal z postępowania było uznanie, że wskazana na to stanowisko osoba Pana Piotra R. nie posiada wymaganego w tym zakresie co najmniej 5 letniego doświadczenia zawodowego w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, w tym co najmniej jednej zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej obiektu minimum 20 000 m². Zamawiający pismem z dnia 22 czerwca 2011 r. wezwał Odwołującego Konsorcjum Mostostal do uzupełniania dokumentów w tym zakresie, wskazując z jednej strony na niespełnienie wskazanego wymogu, z drugiej strony zaś precyzując, że powyższe niespełnienie warunku w szczególności dotyczy obiektu – Galeria Focus Park w Zielonej Górze, w którym wskazana osoba pełniła funkcję kierownika projektu, a nie kierownika robót, a poza tym dla tego obiektu podano powierzchnię całkowitą obiektu, a nie powierzchnię użytkową. Odwołujący Konsorcjum Mostostal, uzupełniając dokumenty na żądanie Zamawiającego pismem z dnia 28 czerwca 2011 r., uzupełnił wykaz osób, w którym oświadczył wyraźnie, iż Pan Piotr R. na wskazanej inwestycji pełnił funkcję kierownika robót. Jednocześnie podano tam, że powierzchnia użytkowa wskazanej inwestycji wynosi powyżej 30 000 m². W informacji o wynikach postępowania Zamawiający podał natomiast, że okres doświadczenia w odniesieniu do wskazanej osoby nie został przez tego wykonawcę podany z przywołaniem konkretnych dat, tj. dnia, miesiąca i roku, a jedynie miesiąca i roku, co dawało Zamawiającemu prawo do odliczenia z okresu doświadczenia zawodowego wskazanej osoby skrajnych miesięcy. Powyższe z kolei skutkowało uznaniem przez Zamawiającego, że doświadczenie przywołanej osoby wynosi 52 miesiące, a nie wymagane minimum 60 miesięcy (5 lat).

Zdaniem Izby taki sposób działania Zamawiającego był nieuprawniony. Z jednej bowiem strony żadne zapisy SIWZ – ani też wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów - nie wskazywały na konieczność zaprezentowania doświadczenia wymaganego od osoby na stanowisko kierownika robót sanitarnych z dokładnym określeniem konkretnych dat. Z drugiej zaś strony Odwołujący w tym zakresie złożył w wykazie osób swoje oświadczenie o tym, że wskazana osoba na poszczególnych inwestycjach pełniła określoną funkcję od konkretnego miesiąca w danym roku do konkretnego miesiąca danego roku, czego nie można interpretować w inny sposób jak tylko poprzez uznanie, że wskazana osoba wykonywała na określonych inwestycjach wskazaną funkcję od początku konkretnego miesiąca danego roku go końca konkretnego miesiąca danego roku, według oświadczenia wykonawcy złożonego w tym przedmiocie. Jeśli Zamawiający w tym zakresie miałby jakieś wątpliwości mógł, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zwrócić się do tego wykonawcy o wyjaśnienie treści przedłożonego dokumentu. Dopiero gdyby ewentualne wyjaśnienia wykonawcy wskazywały na inny okres pełnienia

określonych funkcji na inwestycji – pełnienie funkcji nie od początku wskazanego miesiąca, czy też nie do końca wskazanego miesiąca - możliwa byłaby ocena tego doświadczenia w oparciu o konkretny wskazany w tym zakresie okres przez wykonawcę. Wezwanie do uzupełniania dokumentów w tym zakresie, na konieczność wskazania konkretnych dat przez wykonawcę w ogóle nie wskazywało, a nawet gdyby zostało w tym zakresie skierowane (wyłącznie z podanego powodu) byłoby uznane za nadmierne żądanie, skoro Odwołujący złożył w ofercie swoje wyraźne oświadczenie co do okresów pełnienia określonej funkcji na poszczególnych inwestycjach przez Pana Piotra R.

Dokonując obliczenia wymaganego doświadczenia zawodowego co do osoby kierownika robót sanitarnych – Pana Piotra R. na podstawie uzupełnionego przez Odwołującego Konsorcjum Mostostal wykazu osób, wliczając w ten okres – wbrew stanowisku Zamawiającego – również skrajne, wykazywane w ramach doświadczenia wskazanej osoby, miesiące, Izba ustaliła, że co do wskazanej osoby przekroczone zostało nawet spełnianie wymogu minimum 5 letniego (co stanowi w przeliczeniu 60 miesięcy) doświadczenia zawodowego. Zamiast stwierdzonego przez Zamawiającego doświadczenia 52 miesięcy, Izba stwierdziła 64 miesiące wskazanego przez Odwołującego doświadczenia zawodowego. Tym samym zatem w tym zakresie brak było podstaw do wykluczenia ze wskazanego powodu Odwołującego Konsorcjum Mostostal z udziału z postępowaniu.

(3)

Co do zarzutu dotyczącego bezzasadnego wykluczenia Odwołującego Konsorcjum Mostostal z postępowania z powodu niewykazania spełniania warunku co do osób wskazanych na stanowisko Kierownika robót elektrycznych (pkt 8.3 SIWZ), tj. Panów Andrzeja D. i Pana Bernarda U., Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Podstawą decyzji Zamawiającego o uznaniu, że wskazane przez Odwołującego do pełnienia określonej funkcji osoby (podstawowa - Pan Andrzej D. i rezerwowa – Pan Bernard U.) nie spełniają wymogów SIWZ było zasadniczo to, że wykonawca nie określił, w jakim okresie Pan Andrzej D., wskazany do pełnienia tej funkcji, kierował robotami budowlanymi, a w jakim okresie nadzorował je.

Izba ustaliła, że do pełnienia wskazanej funkcji, zgodnie z warunkiem 5 – letniego doświadczenia zawodowego w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych (do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych), w tym co najmniej jednej zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej obiektu minimum 20 000 m², wystarczyło wskazanie jednej osoby. W swojej ofercie Konsorcjum Mostostal wskazało do pełnienia tej funkcji dwie osoby – Pana Andrzeja D. (poz. 4 Wykazu

osób) i Pana Bernarda U. (poz. 5 Wykazu osób). Zamawiający pismem z dnia 22 czerwca 2011 r. wezwał Odwołującego Konsorcjum Mostostal do uzupełniania wykazu osób, wskazując, że brak w nim informacji, jakie funkcje w realizacji zamówienia będą pełniły wskazane osoby. Podano tam także, że okres doświadczenia zawodowego dla wskazanych w wykazie osób został określony bez podania pełnej daty, tj. dzień, miesiąc, rok, a jedynie rok. W tym zakresie Zamawiający uznał, że brak jest podstaw do uwzględniania w okresie wymaganego doświadczenia zawodowego skrajnych miesięcy. Dodatkowo Zamawiający podniósł, że w wykazie brak jest informacji o zakończeniu inwestycji Fokus Park Rybnik. Zamawiający wskazał także, że dla w/w osób podano, że kierowały one i nadzorowały robotami branży instalacji elektrycznej średniego i niskiego napięcia, co nie pozwala określić wymaganego 5-letniego doświadczenia zawodowego tych osób w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych. Odwołujący Konsorcjum Mostostal pismem z dnia 28 czerwca 2011 r. uzupełniło wykaz osób, w którym wskazano do pełnienia w/w funkcji te same osoby z nowym zmodyfikowanym doświadczeniem zawodowym. Dołączono do tego wykazu także oświadczenie firmy PRE Elektromontaż Południe Sp. z o.o. o zrealizowaniu inwestycji Fokus Park w Rybniku. Przy wykazywanym doświadczeniu zawodowym Pana Andrzeja D. wskazano już konkretne daty pełnienia przez niego określonych funkcji na wskazanych tam inwestycjach. Co do Pana Andrzeja D. wskazano także na pełnienie przez niego w przedmiotowym postępowaniu funkcji kierownika robót elektrycznych, zaś w odniesieniu do wykazywanego dla niego doświadczenia wskazano na: *„Kierowanie i nadzorowanie robót branży instalacji elektrycznych średniego i niskiego napięcia”*. Co do Pana Barnarda U. podano podobnie, a dodatkowo wskazano na jego ograniczone uprawnienia.

Izba, rozpoznając przedmiotowy zarzut, dokonała oceny spełniania przywołanego warunku udziału w postępowaniu w oparciu o uzupełniony przez Odwołującego wykaz osób i wskazane tam informacje oraz oświadczenia wykonawcy. Skoro Odwołujący Konsorcjum Mostostal, wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, złożył nowe oświadczenie w tym zakresie, dokonując jednocześnie wymiany doświadczenia zawodowego wskazanych w wykazie osób należało uznać, że Odwołujący zaakceptował stanowisko Zamawiającego o uznaniu poprzedniego oświadczenia tego wykonawcy za obarczone błędem (podstawa prawa skierowania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp). Jednocześnie Izba dodatkowo wskazuje, że w samym odwołaniu Odwołujący Konsorcjum Mostostal nie powołuje się w żadnej mierze jako wiążące na informacje zawarte wyłącznie w wykazie załączonym do oferty. Ocena nowego przedłożonego wykazu osób i wskazanych tam prac wykonywanych na poszczególnych inwestycjach przez Pana Andrzeja D. wskazuje na to, że uzyskał on tam doświadczenie przy kierowaniu i nadzorowaniu robót branży instalacji elektrycznych średniego i niskiego

napięcia. Zgodnie natomiast z opisem warunku wymagane 5 – letnie doświadczenia należało uzyskać w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, które oczekiwane były przez Zamawiającego w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Odwołujący natomiast – tak w wykazie załączonym do oferty, jak i uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego – pomimo wyraźnego w tym zakresie wskazania przez Zamawiającego, co do braku wskazania wymogu doświadczenia w kierowaniu pracami - nie określił, na których inwestycjach wskazana osoba pełniła zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu funkcje kierownika robot w określonym zakresie. Wątpliwości może także budzić zakres uzyskanego doświadczenia przez wskazaną osobę w kontekście wymaganego w warunku zakresu uprawnień budowlanych. Zgodnie z przywołanym warunkiem udziału w postępowaniu osoby do pełnienia określonych funkcji miały wykazać się doświadczeniem zawodowym w zakresie posiadanych uprawnień. Wykazywane doświadczenie zawodowe, które można było uwzględnić w ramach oceny spełniania tego warunku, powinno stanowić wypełnienie zakresu wymaganych przez Zamawiającego uprawnień (do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych), a nie mogło to być dowolne doświadczenie zawodowe, czy też w zakresie niższym niż wymagany zakres uprawnień (nadzorowanie robót branży instalacji elektrycznych średniego i niskiego napięcia).

Izba dodatkowo odniosła się w tym przedmiocie także do kwestii wymaganego przez Zamawiającego w tym przypadku – w wezwaniu do uzupełniania dokumentów – wskazania konkretnych dat doświadczenia zawodowego. Izba w tym zakresie podziela w pełni swoją argumentację przedstawioną powyżej w odniesieniu do zarzutu oznaczonego w pkt (2) niniejszego uzasadnienia orzeczenia. Izba także stwierdza, że wezwanie do uzupełniania dokumentów przez Zamawiającego również w tym przypadku było nadmierne. Jednakże, skoro na wezwanie to Odwołujący wykonawca przedłożył nowy wykaz osób, w którym złożył odrębne, w tym przypadku szczegółowe oświadczenie o pełnieniu określonych funkcji przez Pana Andrzeja D. w konkretnych datach dziennych – ten skonkretyzowany okres doświadczenia należało uwzględnić przy ocenie spełniania warunku doświadczenia zawodowego danej osoby wedle oświadczenia wykonawcy. Powyższe jednak pozostaje bez znaczenia wobec niespełnienia innego ze szczegółowych wymogów co do wymaganego doświadczenia zawodowego osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robot elektrycznych, jak wskazano powyżej.

Jeśli chodzi o osobę Pana Bernarda U., z racji złożonego w tym zakresie oświadczenia przez Konsorcjum Mostostal, że owa osoba posiada uprawnienia ograniczone, zatem nie spełnia jednego z wymagań w odniesieniu do osoby wskazywanej na stanowisko Kierownika robót elektrycznych, wykazywane jego doświadczenie w ogóle nie podlegało

badaniu przez Izbę.

Tym samym zatem Izba uznała, że co do wymogu wskazania osoby na stanowisko Kierownika robót elektrycznych Odwołujący nie wykazał – wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi dowodowemu – spełniania tego warunku udziału w postępowaniu, co kwalifikowało tego wykonawcę do wykluczenia z udziału w postępowaniu w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i w efekcie skutkowało koniecznością odrzucenia jego oferty.

(4)

Co do zarzutu dotyczącego bezzasadnego wykluczenia Odwołującego Konsorcjum Mostostal z postępowania z powodu nie wykazania spełniania warunku co do osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robót niskoprądowych (pkt 8. 3 SIWZ), tj. Pana Roberta K., Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Podstawą decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z tego powodu z postępowania było to, że informacje przedstawione przez Konsorcjum Mostostal nie potwierdzają, iż osoba wskazana do pełnienia przywołanej funkcji posiada wymagane doświadczenie na co najmniej jednej zakończonej inwestycji, obejmującej wykonanie instalacji BMS, CCTV, ACC, DSO, SAP i RTV SAT oraz, że żadna ze wskazanych w wykazie osób inwestycji nie obejmuje wykonania wskazanych instalacji.

Zamawiający w wymaganiach SIWZ dotyczących wskazania jednej osoby do pełnienia funkcji Kierownika robót niskoprądowych także wymagał 5 – letniego doświadczenia zawodowego w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych (do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej), w tym co najmniej jednej zakończonej inwestycji budowlanej, polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej, której wykonanie obejmowało wykonanie instalacji: BMS, CCTV, ACC, DSO, SAP i RTV SAT. W swojej ofercie w poz. nr 6 wykazu osób Konsorcjum Mostostal wskazało do spełniania tej funkcji Pana Roberta K. Zamawiający pismem z dnia 22 czerwca 2011 r. wezwał Odwołującego Konsorcjum Mostostal w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu osób, wskazując, że wymieniona w tym dokumencie osoba nie spełnia przywołanego warunku udziału w postępowaniu. W piśmie z dnia 28 czerwca 2011 r. Odwołujący Konsorcjum Mostostal uzupełniało nowy wykaz osób, wskazując w nim tę samą osobę – Pana Roberta K. i uzupełniając co do tej osoby nowe inwestycje w ramach wykazywanego doświadczenia oraz konkretyzując czas, w którym dana osoba wykonywała określone funkcje na wykazywanych co do niej inwestycjach. Dodatkowo przedłożono dla tej osoby odrębny życiorys zawodowy. Odwołujący Konsorcjum Mostostal w złożonym odwołaniu dla potwierdzenia, że osoba Pana K. spełnia warunek SIWZ w zakresie doświadczenia zawodowego, odnosząc się do spełniania szczegółowego warunku w tym zakresie, tj.

wykazania co najmniej jednej zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej, której wykonanie obejmowało wykonanie instalacji: BMS, CCTV, ACC, DSO, SAP i RTV SAT, wskazał, że warunek ten w pełnym zakresie wypełnia inwestycja realizowana na rzecz w Hotelu Grand w Sopcio („*Budowa systemów niskoprądowych w hotelu Grand w Sopcio*”).

Izba, dokonując oceny spełniania wskazanego warunku podmiotowego SIWZ również, podobnie jak powyżej, odnosząc się do oceny zarzutu w pkt (3) niniejszego uzasadnienia orzeczenia, oparła się na uzupełnionym przez Konsorcjum Mostostal wykazie osób oraz życiorysie zawodowym Pana Roberta K. Rozpoznając odwołanie w granicach jego zaskarżenia, Izba oparła się na - wykazywanym przez Konsorcjum Mostostal dla celów spełniania wskazanego szczegółowego wymogu SIWZ w tym zakresie - doświadczeniu pozyskanym przy inwestycji w Hotelu Grand w Sopcio. Odwołujący wskazywał w odwołaniu, że inwestycja ta obejmowała także wykonanie systemu RTV / SAT, co oznacza że tę instalację należy traktować jako element instalacji systemu nadzoru wideo CCTV, powołując się także na definicję telewizji przemysłowej (CCTV), która stanowi – wedle Odwołującego - system przekazywania obrazu z określonych pomieszczeń lub lokalizacji budynku w zamkniętym systemie odbiorczym. Izba nie stwierdziła, aby przy wskazanej inwestycji w wykazie osób, czy w przedłożonym życiorysie zawodowym Pana K. przywołano wprost wykonanie przez Konsorcjum Mostostal przy tej inwestycji instalacji RTV SAT. Na tę okoliczność nie wskazywał także sam Odwołujący. Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że wykonywanie w ramach wskazanej inwestycji instalacji CCTV nie może oznaczać jednocześnie spełnianie wymogu wykonania instalacji RTV SAT. Zamawiający w SIWZ określił wskazane instalacje niezależnie, jako odrębne od siebie instalacje, których wykazaniem w ramach doświadczenia zawodowego na jednej zakończonej inwestycji miała wykazać się określona osoba. Choćby z tego względu należy wywodzić, że mamy do czynienia z dwoma odrębnymi od siebie instalacjami. Niezależnie jednak od powyższego Izba stwierdziła, dzielając w tym zakresie w pełni stanowisko Zamawiającego, że instalacja CCTV jest rodzajowo odmienną instalacją od instalacji Systemu RTV SAT. Z tych też względów – zdaniem Izby – Konsorcjum Mostostal nie wykazało spełniania przywołanego warunku udziału w postępowaniu i w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp podlegało wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a oferta tego wykonawcy w efekcie podlegała odrzuceniu.

(5)

Co do zarzutu bezzasadności decyzji Zamawiającego o zatrzymaniu wadium Odwołującemu Konsorcjum Mostostal Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

Potwierdzenie się tego zarzutu nie było jednak podstawą do uwzględnienia odwołania przez Izbę z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z tym, że stwierdzone w tym zakresie naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz na okoliczność ewentualnego przywrócenia Odwołującego Konsorcjum Mostostal do udziału w tym postępowaniu jako formalnego wykonawcy. Izba stwierdziła, że stwierdzenie bezzasadności decyzji Zamawiającego o zatrzymaniu wadium Odwołującemu Konsorcjum Mostostal nie ma żadnego znaczenia dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, do którego to pojęcia odwołuje się przywołany przepis ustawy Pzp. Za wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego można zaś traktować jedynie wpływ czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i ewentualne decyzje Zamawiającego wiążące się z tą czynnością Zamawiającego w postępowaniu, tj. ewentualnie czynność, bądź zaniechanie dokonania czynności wykluczenia danego wykonawcy z postępowania, czy też odrzucenia jego oferty. Za wynik postępowania należałoby także traktować czynność, czy też zaniechanie dokonania czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Sama czynność faktycznego zatrzymania wykonawcy wadium przez Zamawiającego podjęta w trybie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, czy też jedynie decyzja Zamawiającego podjęta w tym przedmiocie nie ma żadnego wpływu na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, czynność odrzucenia oferty, wykluczenia wykonawcy z postępowania, czy też czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stąd też okoliczność ta nie może stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

Zdaniem składu orzekającego Izby, Izba może dokonywać oceny zasadności czynności zatrzymania wadium, czy zapowiedzi jego zatrzymania, jedynie w kontekście zaistnienia podstaw formalnoprawnych w świetle przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp do zatrzymania wadium, uznając w danym przypadku, że dyspozycja wskazanego przepisu znajduje w konkretnym przypadku zastosowanie, bądź takiego zastosowania nie znajduje. Taki zakres rozstrzygnięcia Izby pozwala – zdaniem Izby – na ewentualne skuteczne ubieganie się przez wykonawcę zwrotu niezasadnie zatrzymanego wadium przez Zamawiającego na drodze cywilnoprawnego roszczenia.

Biorąc powyższe pod uwagę w przedmiotowej sprawie Izba stwierdziła, że Zamawiający, podejmując decyzję o zatrzymaniu wadium Konsorcjum Mostostal z powodu nie przedłożenia dokumentów podmiotowych, które potwierdzałyby spełnianie warunku udziału w postępowaniu, przekroczył swoje uprawnienia i dopuścił się naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do uzupełniania dokumentów,

skierowane do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw. Zatrzymanie w takiej sytuacji wadium zgodnie z cytowanym przepisem, nie jest także możliwe, jeśli wykonawca udowodni, że wynika to (niezłożenie wskazanych dokumentów) z przyczyn leżących po jego stronie. Uwzględniając literalną wykładnię wskazanego przepisu ustawy Pzp zatrzymanie wadium jest możliwe w sytuacji nie złożenia przez wykonawcę wymaganych dokumentów. Wykładnia literalna art. 46 ust. 4a ustawy Pzp pozwala zatem na stosowanie dyspozycji tego przepisu jedynie w sytuacji fizycznego braku przedłożenia przez wykonawcę dokumentów, których uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, żądał Zamawiający. Przepis ten mógłby mieć także zastosowanie, gdyby wykonawca, ewidentnie w celu ominięcia negatywnego dla niego skutku przywołanego przepisu ustawy Pzp, przedłożył jakiś dokument zamawiającemu jedynie dla pozorów. Zdaniem Izby dyspozycja art. 46 ust. 4a ustawy Pzp nie znajduje zastosowania w sytuacji, gdy wykonawca w celu wykonania wezwania zamawiającego, a także w celu wykazania spełniania określonych warunków podmiotowych udziału w postępowaniu (tak jak miało to miejsce w przedmiotowej sprawie) przedkłada stosowne dokumenty, w tym w szczególności dotyczące spełniania warunków doświadczenia wykonawcy, czy też doświadczenia osób żądanych w ramach opisanego warunku dotyczącego potencjału osobowego wykonawcy. Ocena tych składanych przez wykonawców dokumentów dokonywana jest i powinna być przez zamawiającego pod kątem spełniania bądź nie przez wykonawcę podmiotowych warunków udziału w postępowaniu. Brak potwierdzenia spełniania tych warunków skutkuje dla wykonawcy negatywnie w postępowaniu w postaci wykluczenia go z udziału w tym postępowaniu. Skutek w postaci zatrzymania wadium opisany w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zarezerwowany jest jedynie do ewidentnej sytuacji, w której wykonawca celowo, nie dochowując należytej staranności wymaganej w stosunkach tego rodzaju, nie przedkłada określonego, wymaganego w postępowaniu dokumentu. Jak wskazano powyżej, co najwyżej można kwalifikować pod taką sytuacją związaną z zatrzymaniem wadium także złożenie przez wykonawcę niewłaściwego, nieprawidłowego dokumentu złożonego zamawiającemu w sposób ewidentny jedynie dla pozorów.

Jak wskazano powyżej literalna wykładnia wskazanego przepisu nie pozwala na zatrzymanie przez Zamawiającego wykonawcy wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, każdorazowo i niejako automatycznie w sytuacji braku potwierdzenia spełniania warunków podmiotowych udziału w postępowaniu przez wykonawcę na podstawie przedłożonych przez niego w wyniku uzupełniania dokumentów w oparciu o wezwanie skierowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W tym miejscu dodatkowo Izba zwraca uwagę na cel, dla którego przywołany przepis ustawy nowelizacją z 2008 r. (ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo

zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw Dz. U. Nr 171, poz. 1058) został wprowadzony do przepisów ustawy Pzp. Celem tym było zapobieżenie sytuacjom, w którym wykonawcy dla osiągnięcia określonych skutków w samym postępowaniu, działając na zasadzie zmyślenia cenowej, nie załączali określonych dokumentów do swoich ofert, a następnie - oceniając swoje pozycje w rankingu ofert oraz możliwość pozyskania zamówienia za najwyższą z ustalonych przez kilku wykonawców cen ofertowych – część z nich nie uzupełniała na żądanie zamawiającego określonych dokumentów. Z taką sytuacją w ocenianym przez Izbę stanie faktycznym również nie mamy do czynienia. Zatem powyższy cel powołania do życia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp przez ustawodawcę również nie mógł zostać pominięty przez Izbę przy ocenie niniejszego zarzutu odwołania. Nie bez znaczenia dla stosowanej wykładni przywołanego przepisu ustawy Pzp pozostaje także wysoka restrykcyjność tego przepisu dla wykonawcy oraz dość powszechna krytyka tego przepisu prawa pod kątem jego skuteczności dla celu, któremu miał ten przepis służyć prezentowana w stanowiskach eksperckich i doktrynie.

Reasumując należy stwierdzić, że w przedmiotowej sprawie Konsorcjum Mostostal przedłożyło na wezwanie Zamawiającego określone dokumenty podmiotowe w celu wykazania spełnienia określonych warunków udziału w postępowaniu, stąd też zastosowanie dyspozycji art. 46 ust. 4a ustawy Pzp w tym przypadku nie powinno mieć miejsca. Wykonawca ten na wezwanie Zamawiającego przedłożył podstawowy wymagany dla potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego potencjału kadrowego wykonawcy dokument, tj. wykaz osób z określonymi oświadczeniami wykonawcy, a także inne, dodatkowe dokumenty (oświadczenie innej firmy o zrealizowaniu danej inwestycji, życiorys zawodowy konkretnej osoby), które miały w jego najlepszej woli i wiedzy potwierdzać spełnienie warunku dotyczącego potencjału osobowego wykonawcy. Negatywna ocena przedłożonych przez tego wykonawcę dokumentów pod kątem opisanego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu nie może prowadzić do podjęcia przez Zamawiającego decyzji o zatrzymaniu wykonawcy wadium wraz z odsetkami, a jedynie do decyzji o konieczności wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu z powodu nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Stwierdzone w tym zakresie przez Izbę naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp – jak wskazano powyżej - z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp pozostaje bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stąd też naruszenie to nie stało się podstawą uwzględnienia złożonego odwołania.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne.

W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje:

(1)

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu nierównego traktowania Odwołującego Intracom w postępowaniu z uwagi na wystosowanie przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia dokumentów do tego wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w okresie obejmującym tzw. długi weekend i wyznaczenie mu w tym zakresie zbyt krótkiego terminu na uzupełnienie dokumentów Izba stwierdziła, że zarzut ten z uwagi na upływ terminu do jego podniesienia nie podlega merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba ustaliła, że podstawą opisanego w *petitem* odwołania zarzutu, jak również jego uzasadnienia przywołanego na str. 5-7 odwołania, są okoliczności związane ze skierowaniem wskazanego wezwania do uzupełniania dokumentów właśnie do Odwołującego. Wskazano tam, że wezwanie Odwołującego nastąpiło w okresie tzw. długiego weekendu związanego z dniem ustawowo wolnym od pracy, tj. 23 czerwca 2011 r., w którym to dniu przypadało święto Bożego Ciała, a Zamawiający nie wziął pod uwagę okoliczności, że Odwołujący jest podmiotem zagranicznym prowadzącym działalność międzynarodową w Republice Greckiej, co stawiało go w niekorzystnej sytuacji wobec podmiotów polskich. Dla porównania jedynie w uzasadnieniu odwołania wskazano, że wykonawca Polimex Mostostal został wezwany do uzupełnienia dokumentów w dniu 15 czerwca 2011 r., tj. w okresie, w którym nie przypadało żadne ustawowe święto jak w przypadku Odwołującego Intracom. Izba ustaliła zatem, że zakresem zarzutu, który wyznaczają okoliczności w których określone – w ocenie Odwołującego działanie Zamawiającego naruszające regulacje ustawowe zostało podjęte, objęte są okoliczności wiążące się bezpośrednio z sytuacją samego Odwołującego Intracom, o których to okolicznościach wykonawca ten powziął wiedzę w dniu 22 czerwca 2011 r., kiedy to Zamawiający skierował do niego wezwanie do uzupełniania dokumentów, wyznaczając mu jednocześnie termin do dnia 28 czerwca 2011 r. na uzupełnienie brakujących dokumentów.

Biorąc pod uwagę dyspozycję art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (zamówienie o wartości kwot powyżej równowartości progów unijnych) 10 - dniowy termin na złożenie odwołania od tej czynności Zamawiającego upłynął Odwołującemu Intracom w dniu 2 lipca 2011 r., zaś odwołanie, w którym wskazany zarzut został podniesiony złożono do Izby 29 lipca 2011 r. Tym samym merytoryczne rozpoznanie wskazanego zarzutu - stosownie do dyspozycji art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – było niemożliwe. Zarzut taki Izba pozostawia bez rozpoznania uznając zasadność zastosowania *per analogiam* do późniejszego zarzutu

odwołania przesłanki do odrzucenia odwołania opisanej we wskazanym przepisie ustawy Pzp.

(2)

Co do zarzutu dotyczącego bezzasadnego wykluczenia Odwołującego Intracom z postępowania z powodu nie przedłożenia przez tego wykonawcę oryginału oświadczenia stanowiącego zobowiązanie Pana Jana S. do oddania do dyspozycji Odwołującego potencjału podmiotu trzeciego zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 2b ustawy Pzp., Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się.

Potwierdzenie się tego zarzutu nie było jednak podstawą do uwzględnienia odwołania przez Izbę z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z tym, że stwierdzone w tym zakresie naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz na okoliczność ewentualnego przywrócenia Odwołującego Intracom do udziału w tym postępowaniu jako formalnego wykonawcy. Izba stwierdziła bowiem, że Odwołujący z innych przesłanek podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, oceniając w tym zakresie pozostałe zarzuty odwołania, co znalazło odzwierciedlenie w dalszej części uzasadnienia niniejszego orzeczenia (pkt (4) - (5) poniżej).

Izba ustaliła w tym zakresie, że w wykazie osób w ofercie Odwołującego Intracom w poz. 10 wskazano Pana Jana S. do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych (str. 95 oferty), wskazując jednocześnie w rubryce, gdzie należało określić podstawę dysponowania określoną osobą, „zobowiązanie do współpracy (pisemne oświadczenie)”. Jednocześnie też na str. 156 oferty zamieszczone zostało oświadczenie wskazanej osoby z dnia 27 kwietnia 2011 r. o posiadaniu przez wskazaną osobę wiedzy, uprawnień i doświadczenia wymaganych w niniejszym postępowaniu i zobowiązanie jej do współpracy z Intracom w toku realizacji zamówienia i wyrażenie zgody na powoływanie się przez Intracom na jej wiedzę i doświadczenie w swojej ofercie. Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający pismem z dnia 22 czerwca 2011 r. wezwał Odwołującego Intracom do uzupełniania dokumentów – pisemnego zobowiązania Pana Jana S. do udostępniania zasobów w postaci własnej osoby do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych, wskazując, że załączone do oferty oświadczenie zostało złożone w formie kserokopii a winno być złożone w formie pisemnej (oryginał lub notarialnie poświadczona kopia). Wezwanie do uzupełniania dokumentów należało wykonać do dnia 28 czerwca 2011 r. Wykonawca Intracom udzielając pisemnych wyjaśnień w tym zakresie (pismo z dnia 27 czerwca 2011 r. – wpływ do Zamawiającego w dniu 28 czerwca 2011 r.) wskazał, że załącza do pisma oryginalne zobowiązanie do pisemnej współpracy także dla Pana S. Do pisma załączono identyczne co do treści

oświadczenie Pana S., które zostało załączone do oferty tego wykonawcy. Zamawiający uznał, że Intracom nie przedłożył oryginału dokumentu – zobowiązania Pana Jana S. tylko jego kserokopię, dlatego też wykluczył tego wykonawcę z udziału w postępowaniu.

W odwołaniu jak i w toku rozprawy Odwołujący Intracom wykazywał, wnosząc także o przeprowadzenie w tym zakresie określonych dowodów zeznań świadków powołania biegłego grafologa, jak również dowodu z oświadczenia złożonego Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że przedłożone przez niego w wyniku wezwania do uzupełniania dokumentów oświadczenie Pana Jana S. jest oryginalnym dokumentem. Izba w tym zakresie uznała za wystarczające przeprowadzenie dowodu z oględzin oryginalnego dokumentu, który został przedłożony przez Intracom przy piśmie z dnia 27 czerwca 2011 r. Izba oddaliła pozostałe wnioski dowodowe, działając na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp i uznając jednocześnie, że fakty będące przedmiotem tych dowodów, zostały stwierdzone innymi dowodami oraz zostały powołane jedynie dla zwłoki. Przeprowadzony przez Izbę dowód z oględzin przedłożonego dokumentu wskazywał na to, że na okazanym Izbie dokumencie widniała czerwona pieczęć Pana Jana S. oraz graficzne odzwierciedlenie podpisu w kolorze czarnym oraz okoliczność, iż na drugiej stronie tego pisma brak wyraźnych śladów odbicia wskazanego podpisu.

Izba dokonując oceny materiału dowodowego w sprawie i podejmując rozstrzygnięcie w przedmiocie tego zarzutu uznała, że przeprowadzenie tego dowodu w sprawie - z oględzin dokumentu – i ustalenie, czy mamy do czynienia z oryginalnym dokumentem oświadczenia opatrzonym własnoręcznym podpisem Pana Jana S., czy też z wykonaną technicznie kserokopią tego dokumentu, pozostaje bez wpływu na decyzję Izby co do uwzględniania, bądź oddalenia przywołanego na wstępie zarzutu odwołania. Izba uznała bowiem, że w tym przypadku Zamawiający nie miał prawa w oparciu o obowiązujące przepisy prawa, w tym w szczególności art. 26 ust. 2b ustawy Pzp do żądania uzupełnienia pisemnego zobowiązania od Pana Jana S. o udostępnieniu potencjału tej osoby na okres realizacji zamówienia. Izba generalnie podziela stanowisko Zamawiającego, że w przypadku korzystania przez danego wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z potencjału podmiotu trzeciego konieczne jest przedłożenie Zamawiającemu pisemnego zobowiązania tego podmiotu do udostępniania potencjału podmiotu trzeciego, a nie kopii takiego dokumentu. Powyższe – zdaniem Izby – wprost wynika z dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, który jako przepis szczególny wyklucza w tym zakresie zastosowanie generalnej normy przewidzianej w § 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów, która daje wykonawcom możliwość przedkładania Zamawiającemu w postępowaniu dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w formie kopii odpowiednio poświadczonej. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przewiduje, że dla szczególnego dokumentu, jakim jest zobowiązanie podmiotu trzeciego, przedkładanego także na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych w

postępowaniu, ale odnoszącego się do możliwości wykazania spełniania tych warunków przy pomocy podmiotu trzeciego, wymagana jest forma pisemna.

Z tym poglądem Izba zgadza się jednakże w przedmiotowej sprawie powyższe w ogóle nie powinno znaleźć zastosowania. Jak wynika z treści wykazu osób przedłożonego przez odwołującego Intracom wraz z ofertą oraz uzupełnionych przez niego w tym zakresie dokumentów oraz oświadczenia Pana Jana S. nie mamy w tym przypadku do czynienia z udostępnieniem wykonawcy Intracom określonej osoby przez jakiś podmiot trzeci, tylko z faktycznym dysponowaniem wskazaną osobą i jej potencjałem w postaci doświadczenia. W takiej sytuacji nie dochodzi bowiem do udostępnienia potencjału osobowego przez jeden podmiot innemu podmiotowi, tylko mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca wykazuje na samodzielnie spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp – dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a konkretnie tą jedną osobą fizyczną. Z treści oferty i dokumentów podmiotowych uzupełnionych przez odwołującego Intracom nie wynika, okoliczność braku możliwości dysponowania fizycznie (niekoniecznie na podstawie umowy o pracę) przez Intracom Panem Janem S. Treść oświadczenia tej osoby także wskazuje na to, że to fizyczne dysponowanie wskazaną osobą nie jest w żaden sposób ograniczone (np. jakimś stosunkiem pracy, z którego wynikałby zakaz podejmowania jakiegokolwiek dodatkowej pracy przez określoną osobę). Stąd też brak było podstaw do skierowania w tym zakresie wezwania przez Zamawiającego do Odwołującego Intracom do uzupełniania dokumentu – zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Przedłożone przez wykonawcę samodzielnie zobowiązanie w ofercie w kopii stanowi wyłącznie potwierdzenie okoliczności, że Intracom w momencie składania oferty dysponował Panem Janem S., tj. wymaganym potencjałem osobowym w świetle art. 22 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. Podobne stanowisko w analogicznej sprawie przedstawił Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 20 października 2010 r. w sprawie o sygn. akt: XII Ga 451/10.

Z tych też względów Izba uznała, że decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego Intracom udziału w postępowaniu ze wskazanego powyżej powody była nieuprawniona, jednak – jak wskazano powyżej – z uwagi na brak wpływu tego naruszenia na wynik postępowania odwołanie nie zostało uwzględnione z tego powodu.

(3)

Co do zarzutu dotyczącego bezzasadnego wykluczenia Odwołującego Intracom z postępowania z powodu nie wykazania spełniania warunku co do osoby wskazanej na stanowisko Kierownika budowy (pkt 8. 3 SIWZ), tj. Pana Franciszka B., Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się.

Potwierdzenie się tego zarzutu nie było jednak podstawą do uwzględnienia odwołania

przez Izbę z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z tym, że stwierdzone w tym zakresie naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz na okoliczność ewentualnego przywrócenia Odwołującego Intracom do udziału w tym postępowaniu jako formalnego wykonawcy. Izba stwierdziła bowiem, że Odwołujący z innych przesłanek podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, oceniając w tym zakresie pozostałe zarzuty odwołania, co znalazło odzwierciedlenie w dalszej części uzasadnienia niniejszego orzeczenia (pkt (4) - (5) poniżej).

Izba ustaliła, że Zamawiający na stanowisko Kierownika budowy – zgodnie z postanowieniami SIWZ – oczekiwał wskazania osoby, która posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno – budowlanej i posiada co najmniej 10 – letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie uprawnień budowlanych, w tym co najmniej jednej zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej obiektu minimum 20 000 m² i wartości całkowitej inwestycji minimum 80 000 000,00 PLN brutto. Wykonawca Intracom w swojej ofercie w wykazie osób na stanowisko Kierownika budowy wskazał trzy osoby: Pana Krzysztofa J. (poz. 2 wykazu, str. 83 oferty), Pana Artura J. (poz. 3 wykazu, str. 85 oferty) i Pana Sławomira S. (poz. 4 wykazu, str. 86 oferty). Zamawiający pismem z dnia 22 czerwca 2011 r. wezwał Odwołującego Intracom do uzupełniania – w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – dokumentów dotyczących spełniania przez wykonawcę warunku dotyczącego Kierownika robót, wskazując jednocześnie, że wskazane przez wykonawcę w ofercie osoby nie spełniają wymogów określonych w tym zakresie w SIWZ. Odwołujący przy piśmie z dnia 27 czerwca 2011 r. dokonał wymiany wykazu osób, wskazując jednocześnie na to stanowisko Pana Franciszka B.. Biorąc pod uwagę powyższe, a więc okoliczność, że wykonawca samodzielnie dokonał zmiany swojego oświadczenia w przedmiocie wykazania właściwej osoby do pełnienia funkcji Kierownika budowy w stosunku do oświadczenia złożonego w ofercie, uznając za Zamawiającym, że wykaz przedłożony w ofercie obarczony jest błędem (podstawa formalno-prawna do skierowania wezwania do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) podstawa oceny spełniania wskazanego warunku udziału w postępowaniu dla Izby była ocena dokumentu wykazu osób przedłożonego przez Intracom Zamawiającemu w wyniku uzupełniania dokumentów. Zauważyć ponadto należy, że Odwołujący Intracom w swoim odwołaniu także nie kwestionował, że pierwotnie wskazane przez niego osoby do pełnienia funkcji Kierownik budowy (Pan Krzysztof J., Pan Artur J. i Pan Sławomir S.) nie spełniają warunków opisanych w SIWZ.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że podstawą decyzji Zamawiającego o

uznaniu, że warunek dotyczący dysponowania osobą Kierownika budowy, tj. Panem Franciszkiem B., nie jest przez Intracom spełniony, było to, że w wykazanej w ramach doświadczenia inwestycji osoba ta pełniła funkcję kierownika budowy w okresie wcześniejszym niż datowane są uprawnienia budowlane wskazanej osoby (24 czerwca 1971 r.). Podano również, że wskazane informacje nie potwierdzają 10 – letniego okresu doświadczenia zawodowego wskazanej osoby ponieważ okres ten podano bez określenia pełnej daty, tj. dzień miesiąc, rok, a wskazując jedynie miesiąc i rok lub tylko rok, co uniemożliwiło Zamawiającemu wzięcie pod uwagę przy obliczeniu okresu doświadczenia miesięcy lub lat skrajnych.

Powyższy sposób oceny okresu doświadczenia zawodowego Pana Franciszka B. był - w ocenie Izby – nieuzasadniony. Izba podtrzymuje w tym zakresie swoją argumentację zawartą w odniesieniu się do zarzutów podniesionych w sprawie o sygn. akt KIO 1605/11, ujętych w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia tamtej sprawie w pkt (1) i (2). Izba uznała, że nie było zasadne odliczanie miesięcy, czy lat skrajnych z okresu wykazywanego doświadczenia Pana B. Zamawiający powinien oprzeć się w tym zakresie na oświadczeniu złożonym przez wykonawcę, ponieważ brak było uzasadnionych podstaw do jego kwestionowania, tym bardziej, że w dokumentach przetargowych nie wprowadził nigdzie wymogu określania okresu doświadczenia konkretnymi datami. Jeśli Zamawiający miałby uzasadnione wątpliwości w tym zakresie powinien był poprosić tego wykonawcę o wyjaśnienie treści dokumentu. Przy ocenie okresu doświadczenia faktycznie Zamawiający powinien uwzględnić okres od którego wskazana osoba posiadała wymagane uprawnienia budowlane – zgodnie z treścią opisanego w SIWZ warunku, a więc od dnia 24 czerwca 1971 r. Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że wymagany okres 10-letniego doświadczenia jest w tym przypadku wykazy poprzez inwestycje: budynek Dworca Kolejowego PKP w Katowicach i Hali Widowiskowo Sportowej Spodek w Katowicach (licząc od dnia 24 czerwca 1971 r. – 6 miesięcy i 6 dni), budownictwo mieszkaniowe Osiedle Cegielnia (8 lat), Fabryka samochodów w Tychach (2 lata), sieć hipermarketów Auchan Częstochowa, Mikołów (3 lata). Suma choćby tych wykazywanych przez Odwołującego Intracom realizacji inwestycji i uzyskanego tam doświadczenia zawodowego przekracza wymóg 10 lat doświadczenia zawodowego. Także pozostałe warunki dotyczące wykonania jednej zakończonej inwestycji o określonej wartości i powierzchni są wypełnione przez inwestycje Dworca Kolejowego PKP w Katowicach i Hali Widowiskowo Sportowej Spodek w Katowicach.

Izba nie przychyliła się do argumentacji Odwołującego prezentowanej w odwołaniu oraz w toku rozprawy, że dla spełniania wymogu 10-letniego doświadczenia wystarczy jakiegokolwiek, nawet krótkotrwałe podjęcie czynności kierownika budowy na jakiejś inwestycji w okresie 10 letnim posiadania uprawnień przez daną osobę. W ocenie Izby zapisy SIWZ

dotyczące warunków udziału dotyczących potencjału osobowego wykonawcy, oprócz wymaganego wymogu posiadania określonych uprawnień, określają dodatkowo wymóg posiadanego doświadczenia zawodowego, wykonywanego oczywiście w ramach posiadanych uprawnień budowlanych, jednak okres doświadczenia zawodowego powinien być obliczany według faktycznego czasu wykonywania przez określoną osobę konkretnych funkcji, w tym przypadku Kierownika budowy, na określonych inwestycjach.

Niezależnie jednak od argumentacji Odwołującego Izba uznała – jak wskazano powyżej – że osoba Pana Franciszka B. z zaprezentowanym jego doświadczeniem zawodowym była wystarczająca dla potwierdzenia spełniania wymogów SIWZ co do stanowiska Kierownika budowy, stąd też decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego Intracom z postępowania z tego powodu nie była uprawniona.

(4)

Co do zarzutu dotyczącego bezzasadnego wykluczenia Odwołującego Intracom z postępowania z powodu nie wykazania spełniania warunku co do osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robót sanitarnych (pkt 8.3 SIWZ), tj. Panów - Cezarego Stępnia i Pana Roberta Stępnia, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba ustaliła, że Zamawiający na stanowisko Kierownika robót sanitarnych – zgodnie z postanowieniami SIWZ – oczekiwał wskazania osoby, która posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych i posiada co najmniej 5 – letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie uprawnień budowlanych, w tym co najmniej jednej zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej obiektu minimum 20 000 m². Wykonawca Intracom w swojej ofercie w wykazie osób na stanowisko Kierownika robót sanitarnych wskazał osoby: Pana Krzysztofa O. (poz. 5 wykazu, str. 87 oferty), Pana Krzysztofa S. (poz. 6 wykazu, str. 90 oferty) i Pana Roberta Stępnia (poz. 7 wykazu, str. 90-91 oferty). Zamawiający pismem z dnia 22 czerwca 2011 r. wezwał Odwołującego Intracom do uzupełniania – w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – dokumentów dotyczących spełniania przez wykonawcę warunku dotyczącego Kierownika robót sanitarnych, wskazując jednocześnie, że wskazane przez wykonawcę w ofercie osoby nie spełniają wymogów określonych w tym zakresie w SIWZ. Odwołujący przy piśmie z dnia 27 czerwca 2011 r. dokonał wymiany wykazu osób, wskazując jednocześnie na to stanowisko dwie osoby Pana Cezarego Stępnia i Pana Roberta Stępnia. Podstawą oceny spełniania wskazanego warunku udziału w postępowaniu dla Izby była ocena dokumentu wykazu osób przedłożonego przez Intracom Zamawiającemu w wyniku uzupełniania dokumentów. Argumentację w tym zakresie przedstawiono przy

ocenie zarzutu dotyczącego spełniania warunku co do osoby Kierownika Budowy w przedmiotowej sprawie (pkt (3) niniejszego uzasadnienia orzeczenia).

Podstawą decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z tego powodu z postępowania było to, że informacje przedstawione przez Intracom nie potwierdzają, iż osoba Pana Cezarego Stępnia spełnia wskazany warunek – wykonawca bowiem nie podał konkretnych dat uzyskiwanego doświadczenia zawodowego, co uniemożliwia wzięcie pod uwagę przy ocenie doświadczenia lat skrajnych, a ponadto dla części wskazanych inwestycji osoba ta pełniła funkcję inspektora nadzoru, koordynatora podwykonawców lub kierownika działu sieci, a nie kierownika robót. Co do Pana Roberta Stępnia wskazano, że posiada on tylko 53 miesięczne doświadczenie zawodowe zamiast wymaganego 60 miesięcznego (5 lat) oraz, że w przedłożonych dokumentach nie wskazano jaką funkcję wskazana osoba pełniła przy realizacji wymienionych obiektów; brak jest także informacji o tym, czy wskazane w wykazie obiekty użyteczności publicznej zostały zakończone.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zasadnym była decyzja Zamawiającego o nieuwzględnieniu wykazywanego przez wskazane osoby doświadczenia zawodowego, a w efekcie uznanie, że wykonawca Intracom nie wykazał spełniania warunku dysponowania osobą Kierownika robót sanitarnych w postępowaniu. Izba podtrzymuje swoją argumentację odnośnie braku podstaw do odrzucenia przy ocenie doświadczenia konkretnych osób dat skrajnych prezentowaną powyżej w odniesieniu do zarzutu opisanego w przedmiotowej sprawie w pkt (3) niniejszego uzasadnienia orzeczenia, a także argumentację zawartą w odniesieniu się do zarzutów podniesionych w sprawie o sygn. akt KIO 1605/11, ujętych w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia w tamtej sprawie w pkt (1) i (2).

Niezależnie jednak od powyższego Izba stwierdziła, że wykazywane doświadczenie zawodowe zarówno co do osoby Pana Cezarego Stępnia, jak i Pana Roberta Stępnia nie jest wystarczającego dla potwierdzenia spełniania wymogów SIWZ.

Co do Pana Cezarego Stępnia wskazano bowiem inwestycje:

- Sosnowice Balgaz 2008 r., gdzie pełnił on funkcję Kierownika budowy zamiast Kierownika robót sanitarnych
- Osiedla domków jednorodzinnych Sosnowiec, Ruda Śląska 2011 r. – do nadal, gdzie pełnił on wyłącznie funkcję Kierownika Budów Sieci zamiast Kierownika robót sanitarnych
- Budynek biurowo-produkcyjny 2011 do nadal gdzie pełnił on wyłącznie funkcję Kierownika robót inst. wod.-kan., zamiast Kierownika robót sanitarnych
- Obiekt handlowy LIDL Rybnik – 2011 – do nadal, gdzie pełnił on funkcję wyłącznie Kierownika robót inst. wod.-kan. i grzewczo-chłodzących zamiast Kierownika robót sanitarnych;
- Obiekt handlowy ALDI Świętochłowice 2011 – do nadal, gdzie pełnił on funkcję

wyłącznie inspektora nadzoru zamiast Kierownika robót sanitarnych;

- Obiekt handlowy OBI - Zabrze Fazbud 2010 - 2011, gdzie pełnił on funkcję wyłącznie koordynatora podwykonawców sieci, inst. wod.-kan., zamiast Kierownika robót sanitarnych;
- Havre Hotel Katowice 2010 – 2010,
- Szpital w Katowicach Mavit Sp. z o.o. 2009 – 2010 i
- Budynek wielofunkcyjny Katowice Rainhold Sp. z o.o. 2008-2010, gdzie pełnił on funkcję wyłącznie inspektora nadzoru zamiast Kierownika robót sanitarnych
- Budowa gazociągu i stacji red. Zasilającego Zakład Produkcyjny Sosnowiec Balgaz 2008-2008, gdzie pełnił on funkcję wyłącznie Kierownika budowy zamiast Kierownika robót sanitarnych
- Centrum Logisty – Czeladź 2006-2008 Alliance Silesia Sp. z o.o. i
- Oczyszczalnia ścieków Zakładu Sosnowiec, Ferroli 2007-2008, gdzie pełnił on funkcję wyłącznie inspektora nadzoru zamiast Kierownika robót sanitarnych
- Zakład Inżynierii Komunalnej Czeladź, 2005-2006, gdzie pełnił on funkcję wyłącznie Kierownika Działu Sieci (wod. – kan.) zamiast Kierownika robót sanitarnych;
- ŚUM Katowice obiekty dydaktyczne i szpitalne 2005 – do nadal, gdzie pełnił on funkcję wyłącznie inspektora nadzoru zamiast Kierownika robót sanitarnych;
- Centrum Developer Sp. z o.o. Sosnowiec – Osiedla domków jednorodzinnych, 02.01.2004 – 30.11.2005, gdzie pełnił on funkcję Kierownika robót sanitarnych, ale wskazana praca nie była wykonywana na obiekcie użyteczności publicznej, nie wskazano, aby była zakończona, nie wskazano wymaganej powierzchni budynku, a okres doświadczenia obejmuje tylko 1 rok i 11 miesięcy zamiast wymaganych 5 lat.

Co do Pana Cezarego Stępnia wskazano natomiast na 5 inwestycji, w których nie podano jaką funkcję tam wskazana osoba pełniła. W wykazie robót wskazano tylko funkcję Kierownika robót sanitarnych jaką wskazana osoba miałaby pełnić przy niniejszym zamówieniu, jednak nie wskazano jakie funkcje pełniła na poszczególnych wykazywanych inwestycjach jak to zostało uczynione w odniesieniu do innych osób, przykładowo wskazanego powyżej Pana Cezarego Stępnia. Tej okoliczności nie można domniemywać z treści przedłożonego wykazu osób, wykonawca w tym przypadku zobowiązany był wykazać Zamawiającemu spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w SIWZ. Nie dochował on w tym względzie należytej staranności tak w wykazie osób załączonym do oferty, gdzie w odniesieniu do Pana Roberta Stępnia nie wskazano żadnego doświadczenia zawodowego, jak i w uzupełnionym w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykazie osób, gdzie nie określono istotnej w opisie warunku udziału w postępowaniu kwestii uzyskanego doświadczenia zawodowego Pana Roberta Stępnia w zakresie wymaganych i posiadanych

przez tę osobę uprawnień.

Tym samym Izba uznała, oceniając zarówno doświadczenie zawodowe Pana Cezarego Stępnia, jak i Pana Roberta Stępnia, że w tym przypadku zachodziła przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp do wykluczenia Odwołującego Intracom z postępowania.

(5)

Co do zarzutu dotyczącego bezzasadnego wykluczenia Odwołującego Intracom z postępowania z powodu nie wykazania spełniania warunku co do osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robót elektrycznych (pkt 8. 3 SIWZ), tj. Panów – Wojciecha D. i Pana Stanisława R., Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba ustaliła, że Zamawiający na stanowisko Kierownika robót elektrycznych – zgodnie z postanowieniami SIWZ – oczekiwał wskazania osoby, która posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych i posiada co najmniej 5 – letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami budowlanymi w zakresie uprawnień budowlanych, w tym co najmniej jednej zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej obiektu minimum 20 000 m². Wykonawca Intracom w swojej ofercie w wykazie osób na stanowisko Kierownika robót elektrycznych wskazał osobę Pana Stanisława R. (poz. 8 wykazu, str. 91-92 oferty). Zamawiający pismem z dnia 22 czerwca 2011 r. wezwał Odwołującego Intracom do uzupełniania – w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – dokumentów dotyczących spełniania przez wykonawcę warunku dotyczącego Kierownika robót elektrycznych, wskazując jednocześnie, że zawarte w wykazie informacje potwierdzają, że wskazana osoba organizowała, rozliczała i nadzorowała roboty, a nie kierowała pracami budowlanymi. Odwołujący przy piśmie z dnia 27 czerwca 2011 r. dokonał wymiany wykazu osób, wskazując jednocześnie na to stanowisko dwie osoby Pana Stanisława R., dla którego przy wykazywanym doświadczeniu wskazano już, że także kierował on robotami elektrycznymi oraz Pana Wojciecha D.

Podstawą decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z tego powodu z postępowania było to, że informacje przedstawione przez wykonawcę Intracom nie potwierdzają, iż osoby wskazane do pełnienia przywołanej funkcji posiadają wymagane doświadczenie na co najmniej jednej zakończonej inwestycji o określonych wymaganiach. Z przedłożonych wykazów osób – ani załączonego do oferty, ani uzupełnionego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie wynika, że przywołane tam prace (inwestycje) zostały wykonane. Przy żadnej z inwestycji tego Odwołujący Intracom nie określił – tak jak np. było to uczynione w odniesieniu do inwestycji wykazywanej dla Pana Jana P. przez Polimex Mostostal, gdzie wykonawca złożył w tym zakresie wyraźne oświadczenie. W przypadku doświadczenia Pana

Wojciecha D. oraz Pana Stanisława R. tego elementu brak, zaś treść sformułowanego oświadczenia Intracom w treści wykazów osób wskazuje na określenie tam konkretnych dat, w których wskazane osoby pełniły określone funkcje na tych inwestycjach nie zaś wskazania dat, w których inwestycje byłyby prowadzone, a istotne – z punktu widzenia opisu warunku w SIWZ – w których inwestycje te, a przynajmniej jedna, byłyby zakończone.

Również tej istotnej, z punktu widzenia opisu warunku udziału w postępowaniu, okoliczności nie można domniemywać z treści przedłożonego wykazu osób. Wykonawca w tym przypadku zobowiązany był wykazać Zamawiającemu spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w SIWZ. Nie dochował on w tym względzie należytej staranności tak w wykazie osób załączonym do oferty, jak i w uzupełnionym w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykazie osób.

Tym samym Izba uznała, oceniając zarówno doświadczenie zawodowe Pana Stanisława R., jak i Pana Wojciecha D., że w tym przypadku zachodziła przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp do wykluczenia Odwołującego Intracom z postępowania.

(6)

Co do zarzutu dotyczącego bezzasadnego wykluczenia Odwołującego Intracom z postępowania z powodu nie wykazania spełniania warunku co do osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robót drogowych (pkt 8. 3 SIWZ), tj. Pana Jana S., Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się.

Potwierdzenie się tego zarzutu nie było jednak podstawą do uwzględnienia odwołania przez Izbę z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z tym, że stwierdzone w tym zakresie naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz na okoliczność ewentualnego przywrócenia Odwołującego Intracom do udziału w tym postępowaniu jako formalnego wykonawcy. Izba, oceniając w tym zakresie pozostałe zarzuty odwołania, stwierdziła bowiem, że Odwołujący z innych przesłanek podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, co znalazło odzwierciedlenie powyżej w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia w przedmiotowej sprawie odwoławczej (pkt (4) - (5) powyżej).

Podstawą decyzji Zamawiającego o uznaniu, że warunek dotyczący wskazania jednej osoby na stanowisko Kierownika robót drogowych, która to osoba posiada co najmniej 5 – letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych (do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej), nie został spełniony przez wykonawcę Intracom, było uznanie, że zawarte w wykazie osób informacje potwierdzają, że osoba Pana Jana S. posiada 23 letnie doświadczenie zawodowe jako kierownik robót i inspektor nadzoru łącznie co nie pozwala na

stwierdzenie, w jakim okresie osoba ta pełniła funkcję kierownika robót. Wskazano tam także, że w uzupełnionym wykazie osób co do Pana Jana S. określono okres doświadczenia zawodowego bez podania pełnej daty, tj. dzień, miesiąc rok, a wskazano jedynie rok, co uniemożliwia Zamawiającemu wzięcie pod uwagę przy ocenie doświadczenia zawodowego wskazanej osoby skrajnych lat, powyższe nie pozwoliło na stwierdzenie, że Pan Jan S. posiada wymagane 5 – letnie doświadczenie zawodowe.

Izba ustaliła, że w ofercie Intracom w wykazie osób (poz. 10, str. 95 oferty) wskazano do pełnienia tej funkcji Pana Jana S. Pismem z dnia 22 czerwca 2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego Intracom do uzupełniania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentów w tym zakresie, wskazując, że osoba ta posiada 23 letnie doświadczenie zawodowe jako kierownik robót i inspektor nadzoru łącznie, co nie pozwala na stwierdzenie, w jakim okresie osoba ta pełniła funkcję kierownika robót. Odwołujący Intracom w piśmie z dnia 27 czerwca 2011 r. uzupełnił nowy dokument wykazu osób, ze wskazaniem do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych Pana Jana S., co do którego doprecyzowano wymagane doświadczenie.

W ocenie Izby przedstawione informacje w uzupełnionym wykazie osób pozwalają na ustalenie, że wskazana osoba dysponuje wymaganym 5 letnim doświadczeniem zawodowym. Nieuprawnione w tym zakresie jest działanie Zamawiającego polegające na odstępieniu od zaliczenia w poczet doświadczenia zawodowego wskazanej osoby skrajnych lat z uwagi na brak określenia w wykazie osób pełnych dat, czego – jak wskazano wcześniej – Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie oczekiwał. W pełnym zakresie podtrzymywana jest przez Izbę argumentacja dotycząca tych kwestii, a podniesiona w odniesieniu się do zarzutów odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 1605/11, która została opisana w pkt (2) uzasadnienia niniejszego orzeczenia w sprawie: KIO 1605/11. Dodać tylko należy, że Pana Jan S. tylko przy dwóch inwestycjach (a w wykazie wskazano jeszcze dodatkowe inwestycje), tj. Przebudowa Alei Trzech Wieszców w Krakowie, Przebudowa wiaduktu kolejowego w ciągu drogi kolejowej Mszana Dolna – Zabrzeż w latach 1988 – 2003 na stanowisku Kierownika robót drogowych wykazał się wymaganym doświadczeniem, przyjmując za wiarygodne oświadczenie złożone w tym przedmiocie przez wykonawcę. Treść samego oświadczenia wykonawcy Intracom nie może jednak prowadzić do wywodzenia innej treści oświadczenia wykonawcy i uznania, że w tych latach osoba Pana Jana S. jednak nie pełniła wskazanej funkcji na przywołanych inwestycjach w określonym czasie, czyli przeciwnego rozumienia złożonego oświadczenia. Jeśli jednak Zamawiający miał w tym zakresie jakieś wątpliwości mógł powyższe wyjaśnić z wykonawcą w trybie dopuszczonym przez przepisy ustawy Pzp.

Tym samym Izba uznała, że w tym przypadku nie zachodziła przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp do wykluczenia Odwołującego Intracom z postępowania, co jednak – jak

wskazano powyżej – pozostaje bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

(7)

Co do zarzutu bezzasadności decyzji Zamawiającego o zatrzymaniu wadium Odwołującemu Intracom Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

Potwierdzenie się tego zarzutu nie było jednak podstawą do uwzględnienia odwołania przez Izbę z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z tym, że stwierdzone w tym zakresie naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba podtrzymuje w tym zakresie w pełni argumentację podniesioną przy rozpoznaniu analogicznego zarzutu odwołania złożonego w sprawie o sygn. akt: KIO 1605/11, zawartą w odniesieniu do zarzutów tego odwołania w pkt (4) uzasadnienia niniejszego orzeczenia.

Dodatkowo w tej sprawie należy podkreślić, że Odwołujący Intracom przedłożył na wezwanie Zamawiającego określone dokumenty podmiotowe w celu wykazania spełniania określonych warunków udziału w postępowaniu, stąd też zastosowanie dyspozycji art. 46 ust. 4a ustawy Pzp w tym przypadku nie powinno mieć miejsca. Wykonawca ten na wezwanie Zamawiającego przedłożył podstawowy wymagany dla potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego potencjału kadrowego wykonawcy dokument, tj. wykaz osób z określonymi oświadczeniami wykonawcy, a także dodatkowo oświadczenia samych osób wskazanych do realizacji zamówienia oraz oświadczenie Pana Jana S. jako podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał, jak również inne, dodatkowe dokumenty, w tym uprawnienia budowlane określonych osób, które to dokumenty miały w jego najlepszej woli i wiedzy potwierdzać spełnianie warunku dotyczącego potencjału osobowego wykonawcy. Negatywna ocena przedłożonych przez tego wykonawcę dokumentów pod kątem opisanego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu nie może prowadzić do podjęcia przez Zamawiającego decyzji o zatrzymaniu wykonawcy wadium wraz z odsetkami, a jedynie do decyzji o konieczności wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Stwierdzone w tym zakresie przez Izbę naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp – jak wskazano powyżej - z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, pozostaje bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stąd też naruszenie to nie stało się podstawą uwzględniania złożonego odwołania.

Zauważyć także należało, że zarzut zatrzymania wadium został podniesiony przez Odwołującego Intracom także w kontekście naruszenia przez Zamawiającego przepisów Konstytucji RP (art. 2 w zw. z art. 7 Konstytucji RP). Izba zwraca uwagę, że w tym kontekście nie rozpoznawała podniesionego zarzutu z uwagi na ograniczony zakres kognicji

Krajowej Izby Odwoławczej, która – stosownie do dyspozycji art. 172 ust. 1 i art. 188 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 180 ust. 1 ustawy Pzp – powołana została do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp. Uwzględniając przywołane przepisy ustawy w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała, że Odwołujący Intracom nie posiada interesu w podnoszeniu wskazanego zarzutu odwołania w zakresie naruszenia przepisów Konstytucji RP.

KIO 1619/11

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne.

W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje:

(1)

Co do zarzutu dotyczącego bezzasadnego wykluczenia Odwołującego Konsorcjum Chemobudowa z postępowania z powodu braku wykazania, że Pan Michał P. wskazany jako osoba do pełnienia funkcji Kierownika robót niskoprądowych (pkt 8.3 SIWZ) spełnia określony w SIWZ warunek dotyczący wymaganego doświadczenia zawodowego, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ określił wymóg dotyczący wskazania jednej osoby na stanowisko kierownika robót niskoprądowych, która to osoba miała posiadać co najmniej 5 – letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych (do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej), w tym co najmniej jednej zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej, której wykonanie obejmowało wykonanie instalacji BMS, CCTV, ACC, DSO, SAP i RTV SAT. Odwołujący w swojej ofercie w wykazie osób w ogóle nie przedstawił żadnej osoby do pełnienia tej funkcji. W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 20 czerwca 2011 r. wezwał Odwołującego Konsorcjum Chemobudowa do uzupełniania dokumentów w tym zakresie, wyznaczając wykonawcy czas na dokonanie tych czynności do dnia 27 czerwca 2011 r. Konsorcjum Chemobudowa w piśmie z dnia 24 czerwca 2011 r., które wpłynęło do Zamawiającego w dniu 27 czerwca 2011 r. uzupełnił nowy wykaz osób, w którym w poz. 5 wpisano Pana Michała P. Zamawiający, uzasadniając decyzję o wykluczeniu Konsorcjum Chemobudowa z postępowania, podał, że co do Pana P, wykazując jego 11 letnie

doświadczenie zawodowe, nie określono, czy w tym okresie kierował on pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień. Nie wykazano także, czy wskazana osoba kierowała pracami budowlanymi na budowie obiektu użyteczności publicznej, zgodnie z opisanym warunkiem. Zamawiający wskazał także, że Konsorcjum Chemobudowa nie wykazała, która z wymienionych inwestycji budowlanych jest zakończona.

Oceniając przedłożony przez Konsorcjum Chemobudowa w wyniku wezwania do uzupełniania dokumentów wykaz osób Izba stwierdziła, że wykonawca ten z jednej strony przy osobie Pana Michała P. wskazał funkcję jaką osoba ta miałaby pełnić na niniejszej inwestycji – Kierownik robót niskoprądowych. Z drugiej strony wykonawca ten wskazał doświadczenie zawodowe tej osoby, wskazując: „11 lat, w tym, m.in. w zakresie instalacji BMS, CCTV, ACC, DSO, SAP, RTV SAT

- *Lofty Kraków 2009/2010*
- *Budowa hipermarketu Carrefour w Siemianowicach Śl. 2007*
- *Stacja Paliw Orlen w Miasteczku Śl. 2007/2008*
- *Budowa supermarketu Kaufland w Tarnowskich Górach 2007/2008*
- *Siedziba Urzędu Skarbowego w Zakopanem (2005-2006).”*

Powyższe wykazywane doświadczenie wskazuje co prawda na okres 5 lat doświadczenia zawodowego Pana P., jednakowoż w żadnej mierze nie można wywodzić z tego oświadczenia, że wskazana osoba pełniła na wymienionych inwestycjach funkcję kierownika robót niskoprądowych. Nie wskazano też co najmniej jednej zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej, której wykonanie obejmowałoby wykonanie określonego rodzaju instalacji. W tym zakresie wykonawca nie złożył w trybie wezwania do uzupełniania dokumentów żadnego oświadczenia w treści uzupełnionego dokumentu, stąd też tych okoliczności nie sposób domniemywać z treści przedłożonego wykazu osób. Konsorcjum Chemobudowa w tym przypadku zobowiązane było wykazać Zamawiającemu spełnianie warunku udziału w postępowaniu, opisanego w SIWZ. Wykonawca ten nie dochował w tym względzie należytej staranności, tak w wykazie osób załączonym do oferty, gdzie w ogóle wymogu SIWZ co do osoby na stanowisko Kierownika robót niskoprądowych nie spełniono (nie wskazana żadnej osoby), jak i w uzupełnionym w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykazie osób, gdzie nie określono istotnej w opisie warunku udziału w postępowaniu kwestii uzyskanego doświadczenia zawodowego co do Pana Michała P. w zakresie wymaganego od tej osoby doświadczenia zawodowego.

Uwzględniając powyższe, zdaniem Izby, Zamawiający zasadnie z powyższego powodu wykluczył Odwołującego Konsorcjum Chemobudowa z udziału w postępowaniu w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tj. z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu co do osoby Kierownika robót niskoprądowych.

(2)

Co do zarzutu dotyczącego bezzasadnego wykluczenia Odwołującego Konsorcjum Chemobudowa z postępowania z powodu nie wykazania spełniania warunku co do osoby wskazanej na stanowisko Specjalisty ds. rozliczeń, tj. Pana Krzysztofa P., Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się.

Potwierdzenie się tego zarzutu nie było jednak podstawą do uwzględnienia odwołania przez Izbę z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z tym, że stwierdzone w tym zakresie naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz na okoliczność ewentualnego przywrócenia Odwołującego Konsorcjum Chemobudowa do udziału w tym postępowaniu jako formalnego wykonawcy. Izba stwierdziła bowiem, że Odwołujący z innych przesłanek podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, oceniając w tym zakresie pozostałe zarzuty odwołania, co znalazło odzwierciedlenie powyżej w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia w pkt (1) oraz poniżej w pkt (3).

Izba ustaliła w tym względzie, że Zamawiający w SIWZ określił wymóg dotyczący wskazania jednej osoby na stanowisko Specjalisty ds. rozliczeń, która to osoba miała posiadać co najmniej 5 – letnie doświadczenie zawodowe w rozliczaniu robot budowlanych, w tym co najmniej jednej zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej o wartości co najmniej 80 000.000 PLN brutto. Odwołujący w swojej ofercie w wykazie osób w ogóle nie przedstawił żadnej osoby do pełnienia tej funkcji. W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 20 czerwca 2011 r. wezwał Odwołującego Konsorcjum Chemobudowa do uzupełniania dokumentów w tym zakresie, wyznaczając wykonawcy czas na dokonanie tych czynności do dnia 27 czerwca 2011 r. Konsorcjum Chemobudowa w piśmie z dnia 24 czerwca 2011 r., które wpłynęło do Zamawiającego w dniu 27 czerwca 2011 r. uzupełniło nowy wykaz osób, w którym w poz. 7 wpisano Pana Krzysztofa P.

Zamawiający, uzasadniając decyzję o wykluczeniu Konsorcjum Chemobudowa z postępowania podał, że co do Pana P., wykazując jego powyżej 5 letnie doświadczenie zawodowe, nie określono, czy doświadczenie to obejmuje rozliczanie robót budowlanych. Zamawiający wskazał dodatkowo, że na 3 obiektach nie wskazano konkretnej daty uzyskanego doświadczenia z podaniem dni, miesiąca i roku, co uniemożliwiało załączenie skrajnych lat wykazywanego doświadczenia.

Izba, dokonując oceny przedstawionych w uzupełnionym wykazie osób informacji stwierdziła, że jedna z podanych tam inwestycji kwalifikuje wypełnianie wszystkich wymogów SIWZ określonych co do doświadczenia zawodowego wymaganego od osoby wskazanej na

stanowisko Specjalista ds. rozliczeń. Jest to inwestycja Atlas Arena Łódź, co do której wskazano adekwatną wartość inwestycji (250 000 000 zł), zawarto informację, że wskazana osoba pełniła funkcję specjalisty ds. rozliczeń na tej inwestycji, a także wskazano oczekiwany przez Zamawiającego okres doświadczenia (5 lat). Co do ostatniej kwestii Izba podtrzymuje wcześniej wyrażone w tym zakresie stanowisko, co do braku podstaw odliczania z okresu doświadczenia skrajnych lat wykazywanych przez wykonawców skoro wymogów w tym zakresie Zamawiający nie określił w SIWZ. W pełni zatem adekwatna jest w tym przedmiocie argumentacja Izby przedstawiona w odniesieniu się do zarzutów odwołania o sygn. akt: KIO 1605/11 w pkt (2) uzasadnienia niniejszego orzeczenia w sprawie KIO 1605/11.

Tym samym – w ocenie Izby – w tym zakresie nie było podstaw do uznania, że Odwołujący Konsorcjum Chemobudowa, nie spełnia wskazanego warunku udziału w postępowaniu, jednak z uwagi na brak wpływu stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego na wynik postępowania, odwołanie w tym zakresie nie podlegało uwzględnieniu.

(3)

Co do zarzutu dotyczącego bezzasadnego wykluczenia Odwołującego Konsorcjum Chemobudowa z postępowania z powodu braku dostarczenia przez tego wykonawcę dokumentu potwierdzającego, że wobec podmiotu trzeciego, na którego potencjał Konsorcjum Chemobudowa powoływało się, tj. firmy Bauunternehmung Rudolf Gerstl KG z siedzibą w Austrii, nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie wystawionego w kraju, w którym podmiot ten ma siedzibę, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba ustaliła, że podstawą decyzji Zamawiającego o wykluczeniu z postępowania Odwołującego Konsorcjum Chemobudowa była okoliczność, iż wskazany dokument urzędowy nie został przez wykonawcę w odniesieniu do wskazanej firmy załączony ani do oferty tego wykonawcy, ani też w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów. W ofercie Konsorcjum Chemobudowa znalazło się oświadczenie – zobowiązanie wskazanej firmy Bauunternehmung Rudolf Gerstl KG z siedzibą w Austrii z dnia 25 marca 2011 r. o oddaniu do dyspozycji Konsorcjum Chemobudowa niezbędnej wiedzy i doświadczenia w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Do oferty Odwołującego dołączono także inne dokumenty podmiotowe, odnoszące się do wskazanej austriackiej firmy (np. dokument z Austriackiej Kasy Chorych, potwierdzający brak zaległości składek na ubezpieczenia społeczne wobec tej firmy). Zamawiający pismem z dnia 20 czerwca 2011 r. wezwał Konsorcjum Chemobudowa do uzupełniania brakującego dokumentu potwierdzającego, że wobec wskazanej austriackiej firmy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne wystawionego w kraju, w którym firma ta ma siedzibę. W odpowiedzi na to wezwanie Zamawiającego Konsorcjum

Chemobudowa przy piśmie z dnia 24 czerwca 2011 r., złożonym do Zamawiającego w dniu 27 czerwca 2011 r. przedłożyło oświadczenie własne złożone przed notariuszem przez Pana Ferdinanda S. uprawnionego do reprezentacji tej firmy m.in. o braku takiego zakazu. Dołączono także dokument z Urzędu Gminy Thalheim koło Wels, tj. zaświadczenie o niekaralności osoby Pana Ferdinanda S. W tej samej dacie (27 czerwca 2011 r.) do Zamawiającego wpłynęło także korespondencją mailową uzupełnienie dokumentu w postaci oświadczenia firmy GERSTL z dnia 27 czerwca 2011 r. o tym, że nie orzeczono wobec tej firmy zakazu ubiegania się o zamówienie. Dokument ten nie został podpisany.

Dokonując oceny przedłożonych w tym zakresie dokumentów Izba uznała w pierwszej kolejności, że brak jest wątpliwości co do tego, że firma GERSTL udostępniła Konsorcjum Chemobudowa swój potencjał w postaci wiedzy i doświadczenia. Okoliczności tej zresztą nie kwestionował sam Odwołujący. Z drugiej strony Izba w oparciu o treść oferty Konsorcjum Chemobudowa i załączonych do niej dokumentów nie miała także wątpliwości, że wskazana firma GERSTL będzie uczestniczyć jako podwykonawca przy realizacji zamówienia. Na powyższe wskazują oświadczenie Konsorcjum Chemobudowa o powierzeniu części prac podwykonawcy zamieszczone na stronie drugiej formularza ofertowego oraz karta wstępna w ofercie tego wykonawcy odnosząca się do dokumentów firmy Bauunternehmung Rudolf Gerstl KG z siedzibą w Austrii, gdzie wyraźnie wskazano, że jest to podwykonawca. Na powyższe (to, że firma austriacka będzie uczestniczyć fizycznie w realizacji zamówienia) dodatkowo wskazuje także taka okoliczność, że Konsorcjum Chemobudowa do swojej oferty dołączyło szereg dokumentów podmiotowych odnoszących się do wskazanego podmiotu (Bauunternehmung Rudolf Gerstl KG z siedzibą w Austrii). Dla wykazania, że wskazana austriacka firma nie będzie podwykonawcą na niniejszej inwestycji, nie ma – zdaniem Izby – żadnego znaczenia przedłożona przez Odwołującego Konsorcjum Chemobudowa umowa z dnia 15 marca 2011 r. zawarta z firmą Bauunternehmung Rudolf Gerstl KG, w której to umowie wskazuje się, że firma ta nie będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia. Umowa ta nie może podważać oświadczeń zawartych w tym zakresie w ofercie Odwołującego – jak wskazano powyżej. Dodatkowo zwrócić należy uwagę, że umowa ta została zawarta w dniu 15 marca 2011 r. zaś upływ terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu przypadał na dzień 29 kwietnia 2011 r. zatem pomiędzy momentem podpisania wskazanej treści zobowiązania pomiędzy podmiotami mogło dojść do zmiany sytuacji, skoro w swojej ofercie Konsorcjum Chemobudowa posłużyło się wskazaną firmą jako podwykonawca części inwestycji. Tym samym zatem – wbrew twierdzeniom Odwołującego Konsorcjum Chemobudowa – całość oferty tego wykonawcy wskazuje na to, że firma austriacka, na której potencjał Odwołujący powoływał się będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia. W takiej sytuacji – zgodnie z § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów - wykonawca ma bezwzględny obowiązek dołączyć do oferty także dokumenty

podmiotowe, odnoszące się do sytuacji tego podmiotu trzeciego, o których mowa w § 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, na podstawie których Zamawiający będzie mógł także zweryfikować ten podmiot pod kątem spełniania podstawowych warunków podmiotowych dopuszczalności uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez taki podmiot. Bez wątplenia także taki formalny dokument urzędowy potwierdzający, że wobec tej austriackiej firmy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie, nie został złożony. Zamawiający w tym zakresie dochował należytej staranności występując do Ambasady Austrii, która w oficjalnym piśmie (w aktach sprawy – pismo z dnia 31 maja 2011 r.) potwierdziła, że w Austrii wystawiane jest zaświadczenie o niekaralności wystawiane przez właściwy organ potwierdzające, że wobec wskazanego podmiotu (firmy austriackiej) nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie. Odwołujący skutecznie nie podważył tego stanowiska. Przedłożone zatem przez Konsorcjum Chemobudowa oświadczenie złożone przed notariuszem nie może być miarodajne w tym zakresie, skoro w kraju pochodzenia firmy dokument urzędowy w tym przedmiocie jest wystawiany i możliwy do uzyskania. Także oświadczenie o niekaralności osoby upoważnionej do reprezentacji tej firmy nie może potwierdzać okoliczności, że wobec firmy (podmiotu) nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. Podobnie niedostatecznym dokumentem jest samo oświadczenie złożone przez firmę Gerstl, choć to dodatkowo przedstawione na papierze firmowym tej firmy z określoną treścią, pieczęciami, zostało przedstawione bez podpisu zatem również z tego względu nie może być w ogóle brane pod uwagę.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że niespełnienie powyższego wymogu – złożenia wszystkich dokumentów podmiotowych, o których mowa w § 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, co do podmiotu trzeciego, na którego potencjał Konsorcjum Chemobudowa powołuje się, a który to podmiot będzie uczestniczył w realizacji zamówienia – skutkuje koniecznością wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu.

(4)

Co do zarzutu bezzasadności decyzji Zamawiającego o zatrzymaniu wadium Odwołującemu Konsorcjum Chemobudowa Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

Potwierdzenie się tego zarzutu nie było jednak podstawą do uwzględnienia odwołania przez Izbę z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z tym, że stwierdzone w tym zakresie naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba podtrzymuje w tym zakresie w pełni argumentację podniesioną przy rozpoznaniu analogicznego zarzutu odwołania złożonego w sprawie o sygn. akt: KIO 1605/11, zawartą w odniesieniu do zarzutów tego odwołania w pkt (4) uzasadnienia niniejszego orzeczenia.

Dodatkowo w tej sprawie należy podkreślić, że Odwołujący Konsorcjum

Chemobudowa przedłożyło na wezwanie Zamawiającego określone dokumenty podmiotowe w celu wykazania spełniania określonych warunków udziału w postępowaniu, stąd też zastosowanie dyspozycji art. 46 ust. 4a ustawy Pzp w tym przypadku nie powinno mieć miejsca. Wykonawca ten na wezwanie Zamawiającego przedłożył podstawowy wymagany dla potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego potencjału kadrowego wykonawcy dokument, tj. wykaz osób z określonymi oświadczeniami wykonawcy, a także dokumenty przedkładane na potwierdzenie braku istnienia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne przez firmę – podmiot trzeci, na którego potencjał Konsorcjum powoływało się. Dokumenty te miały w najlepszej woli i wiedzy Konsorcjum Chemobudowa potwierdzać spełnianie warunku dotyczącego potencjału osobowego wykonawcy, a także potwierdzenie, że podmiot trzeci spełnia podstawowe warunki podmiotowe dla podmiotów uczestniczących w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Negatywna ocena przedłożonych przez tego wykonawcę dokumentów pod kątem opisanego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu nie może prowadzić do podjęcia przez Zamawiającego decyzji o zatrzymaniu wykonawcy wadium wraz z odsetkami, a jedynie do decyzji o konieczności wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Stwierdzone w tym zakresie przez Izbę naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp – jak wskazano powyżej - z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp pozostaje bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stąd też naruszenie to nie stało się podstawą uwzględnienia złożonego odwołania.

KIO 1630/11

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za zasadne.

W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje:

Podstawą podnoszonych w odwołaniu zarzutów są okoliczności związane ze wskazaniem do pełnienia funkcji Kierownika robót niskoprądowych Pana Jana P. w ofercie Polimex Mostostal. Odwołujący Konsorcjum Budus w swoim odwołaniu, w złożonym do akt sprawy piśmie procesowym oraz składając ustnie do protokołu rozprawy oświadczenia, wykazywał, że Polimex Mostostal podał nieprawdziwe informacje w ofercie, co do wymaganych i posiadanych przez wskazaną osobę uprawnień budowlanych, co powinno skutkować ze strony Zamawiającego koniecznością wykluczenia tego wykonawcy z udziału

w postępowaniu w trybie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a także w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż wykonawca ten nie wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wykazywał także, że w tym zakresie co do osoby Pana P. Zamawiający nie powinien być korzystać z procedury wezwania do uzupełnienia dokumentów przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający w tym zakresie w SIWZ (pkt 8.3) określił jako wymagane dla osoby wskazywanej do pełnienia funkcji Kierownika robót niskoprądowych uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej. W ofercie Polimex Mostostal w wykazie osób w poz. 5 wpisano Pana Jana P., wskazując, że posiada on uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności telekomunikacyjnej nr 0797/97/U. Jednocześnie też wskazano, że są to uprawnienia bez ograniczeń w telekomunikacji przewodowej. Skierowane przez Zamawiającego do Polimex Mostostal w piśmie z dnia 16 czerwca 2011 r. wezwanie do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wskazywało na braki w wykazywanym co do Pana Jana P. doświadczeniu, jeśli chodzi o wskazanie zakończonej inwestycji zgodnie z wymogiem SIWZ. Wezwanie to nie dotyczyło kwestii prawidłowości uprawnień budowlanych wskazanej osoby. Zamawiający w toku rozprawy wyjaśnił, że na etapie badania i oceny ofert nie powziął w tym zakresie żadnych wątpliwości. Zamawiający dokonał wyboru w postępowaniu jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Polimex Mostostal.

W toku rozprawy Odwołujący Konsorcjum Budus przedłożył do akt sprawy przywołane w ofercie Polimex Mostostal uprawnienia budowlane dla Pana Jana P. Z ich treści wynika, że zostały wydane w dniu 24 września 1997 r. w związku z § 11 rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym (Dz. U. Nr 120, poz. 581 ze zm.) i są to: *„uprawnienia budowlane w telekomunikacji do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń linowych oraz stacyjnych”*. Odwołujący przedłożył dodatkowo przykładowe uprawnienia budowlane w telekomunikacji wydane dla określonej osoby w porównywalnym czasie (3 lipca 1997 r.), w oparciu o tę samą podstawę prawną, które zostały wydane do *„kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą bez ograniczeń”*. Odwołujący Konsorcjum Budus wykazywał przez to, że w tym samym czasie istniała możliwość uzyskania uprawnień w telekomunikacji bez ograniczeń. Odwołujący Konsorcjum Budus przedłożyło także do akt decyzję Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierskiej Budownictwa z 15 grudnia 2005 r., dotyczącą wydania Panu Janowi Puce uprawnień budowlanych w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych

i elektroenergetycznych, na okoliczność wykazania braku odpowiedniego wykształcenia przez wskazaną osobę do uzyskania uprawnień telekomunikacyjnych bez ograniczeń, stosownie do dyspozycji § 3 rozporządzenia Ministra Łączności z października 1995 roku.

Odwołujący dodatkowo przedłożył wzory decyzji dotyczące uprawnień budowlanych w telekomunikacji, wydawanych w oparciu o przepisy wskazanego rozporządzenia Ministra Łączności z 10 października 1995 r. – wzór nr 4.18b-03 dotyczący uprawnień budowlanych w telekomunikacji do „*kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń linowych oraz stacyjnych*” oraz wzór 4.18b-06 dotyczący uprawnień budowlanych w telekomunikacji do „*kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą bez ograniczeń.*”

Odwołujący dodatkowo przedłożył jako dowody w sprawie korespondencję mailową z pracownikiem Urzędu Komunikacji Elektronicznej oraz pismo Prezesa tego Urzędu z dnia 27 października 2010 r. stanowiące odpowiedź na pytanie zadane konkretnie w związku z inną sprawą, ale przedmiotowo odnoszącą się do kwestii wydawania uprawnień bez ograniczeń i z ograniczeniami w zakresie telekomunikacji w oparciu o wskazane przepisy rozporządzenia Ministra Łączności z 1995 r. Odwołujący Konsorcjum Budus przedstawił te dokumenty na okoliczność wskazania, że uprawnienia udzielone dla Pana Jana P. nie są uprawnieniami bez ograniczeń.

Odwołujący w toku rozprawy także powoływał się na orzeczenie KIO wydane w sprawach o sygn. akt: KIO 1361/11 i KIO 1369/11, odnoszące się do uprawnień budowlanych w telekomunikacji wydanych dla Pana Jana P.. Konsorcjum Budus wykazywało, że Izba w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dokonując oceny wskazanych uprawnień dla Pana Jana P. uznała, że nie są to uprawnienia bez ograniczeń.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, że uprawnienia budowlane dla Pana Jana P., na które w swojej ofercie powoływał się Polimex Mostostal nie są uprawnieniami – zgodnie z wymogiem SIWZ - do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej. Przedłożone w tym zakresie dokumenty, tj. wykaz osób i złożone tam oświadczenie wykonawcy – zdaniem Izby – nie potwierdzają, że Polimex Mostostal spełnia wymagany warunek udziału w postępowaniu. Powyższe jednak nie powinno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z udziału w postępowaniu. Ta okoliczność – zdaniem Izby – warunkuje konieczność wystąpienia przez Zamawiającego do Polimex Mostostal w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z wezwaniem do uzupełniania dokumentów. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą procedura przewidziana w tym przepisie nakazuje Zamawiającemu zwrócić się do wykonawcy z wezwaniem do uzupełniania

dokumentu, w sytuacji gdy dany dokument w ogóle nie został złożony, ale także w sytuacji gdy dokument taki został złożony, ale zawiera błędy. Za błędne dokumenty powszechnie w wykładni tego przepisu ustawy Pzp, utrwalonej przez doktrynę i orzecznictwo, uznaje się dokumenty, które nie potwierdzają spełniania określonego warunku udziału w postępowaniu. Z taką właśnie sytuacją w niniejszej sprawie – w ocenie Izby – mamy w tym przypadku do czynienia.

W tym zakresie spełniony jest także wymóg jednorazowego wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie danego warunku udziału w postępowaniu, który to wymóg wynika także z utrwalonej przez orzecznictwo i stanowisko doktryny wykładni art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który to przepis jako przepis szczególny, stanowiący wyjątek od zasady może być stosowany ściśle. Zdaniem Izby skierowane przez Zamawiającego do Polimex Mostostal w piśmie z dnia 16 czerwca 2011 r. wezwanie do uzupełniania dokumentów zostało skierowane w ograniczonym zakresie. Wskazywało ono na braki w wykazywanym co do Pana Jana P. doświadczeniu zawodowym (brak wskazania zakończonej inwestycji). Wezwanie to w żadnym przypadku nie dotyczyło drugiego z wymogów SIWZ odnoszących się do pełnienia przez tę osobę funkcji Kierownika robot niskoprądowych - nie dotyczyło kwestii prawidłowości uprawnień budowlanych wskazanej osoby. Stąd też, skoro Zamawiający, kierując wezwanie do uzupełnienia dokumentów uszczegółowił je, wskazując na konkretny brak i konkretny warunek i pośrednio dokument (wymagane doświadczenie zawodowe, a nie wymagane uprawnienia budowlane), należało stwierdzić, że w zakresie wymogu co do uprawnień, konieczne jest skierowanie przez Zamawiającego odrębnego wezwania do uzupełnienia dokumentów. Należy podkreślić, że w zakresie wymogu co do uprawnień, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 7) rozporządzenia w sprawie dokumentów, wymagany jest do złożenia przez wykonawcę odrębny dokument - oświadczenie wykonawcy o posiadaniu przez określone osoby wskazane do realizacji zamówienia wymaganych uprawnień, niezależnie od dokumentu, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 6 tego rozporządzenia, tj. wykazu osób. Tym samym skoro Zamawiający już raz wzywał do uzupełniania *de facto* wykazu osób, a nie oświadczenia o uprawnieniach, zasadnym jest skierowanie wezwania również w tym zakresie. Oczywistym także jest, że wobec konstrukcji opisu warunku dotyczącego Kierownika robót niskoprądowych w SIWZ uzupełnienie dokumentu oświadczenia o uprawnieniach będzie skutkowało koniecznością także wykazania się przez wykonawcę Polimex Mostostal doświadczeniem ewentualnie nowej wykazywanej osoby, która będzie dysponowała wymaganymi uprawnieniami budowlanymi.

Podjęwając powyższe rozstrzygnięcie Izba działała na podstawie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, który to przepis wskazuje na związanie Izby zakresem zarzutów zawartych odwołaniu. Wskazany przepis ustawy Pzp, jak i inne przepisy tej ustawy, nie wskazują natomiast na związanie Izby żądaniai składającego odwołanie. Z tych też względów Izba

nie nakazała Zamawiającemu – zgodnie z żądaniami Odwołującego Konsorcjum Budus – wykluczenia z postępowania wykonawcy Polimex Mostostal, tylko nakazała skierowanie do tego wykonawcy wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutów odwołania – bezpodstawności wystąpienia przez Zamawiającego do Polimex Mostostal ze skierowanym już wezwaniem do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i zaniechaniem wykluczenia tego wykonawcy z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji w treści oferty Polimex Mostostal, Izba uznała niezasadność tych zarzutów. Podstawą do oddalenia tych zarzutów była okoliczność, iż Izba nie stwierdziła, aby zawarte w ofercie Polimex Mostostal informacje o posiadaniu określonych uprawnień budowlanych dla Pana Jana P. można było traktować jako nieprawdziwe informacje, o których stanowi art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Polimex Mostostal w swojej ofercie złożył oświadczenie wiedzy o posiadaniu przez Pana Jana P. uprawnień budowlanych do kierowania robotami w specjalności telekomunikacyjnej, wskazując jednocześnie numer tych uprawnień. Treść uprawnień dla Pana Jana P. przedłożonych przez Odwołującego Konsorcjum Budus wskazuje, że są to uprawnienia w specjalności telekomunikacyjnej. Dalej wykonawca w ofercie wskazał, że są to uprawnienia bez ograniczeń w telekomunikacji przewodowej. W związku z tym, że przepisy rozporządzenia z 1995 r., na podstawie których wydane zostały uprawnienia budowlane dla Pana Jana P., wskazywały na dwie odrębne specjalizacje: przewodową wraz z infrastrukturą towarzyszącą, dotyczącą urządzeń liniowych i stacyjnych oraz specjalizację radiową, dotyczącą obiektów nadawczych radiofonii i telewizji naziemnej oraz nadawczych i odbiorczych obiektów radiokomunikacyjnych (§ 4 ust. 2 rozporządzenia Ministra Łączności z 1995 r.), a jednocześnie przepisy te nie wykluczały z zakresu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie wykonywanych bez ograniczeń kierowania robotami instalacyjnymi w zakresie sieci, linii instalacji i urządzeń w telekomunikacji w zakresie obydwu specjalizacji, można było przyjąć, że osoba, która posiada uprawnienia w określonej specjalizacji (przewodową wraz z infrastrukturą towarzyszącą, dotyczącą urządzeń liniowych i stacyjnych) posiada także uprawnienia bez ograniczeń. Obecnie obowiązujące przepisy (rozporządzenie z dnia 28 kwietnia 2006 r.) połączyły te dwie specjalizacje w jedną specjalność telekomunikacyjną.

Z powyższych względów sytuacja, w której Polimex Mostostal wskazuje na uprawnienia bez ograniczeń w telekomunikacji przewodowej, które mogły być udzielane w oparciu o wskazane przepisy, nie może być kwalifikowana jako podanie przez wykonawcę nieprawdziwej informacji, która miała wprost Zamawiającego wprowadzić w błąd i, która to informacja miała wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe także uzasadnia odpowiedź na pytanie do SIWZ (pyt. nr 52 w piśmie Zamawiającego z dnia 19 kwietnia 2011 r.), gdzie Zamawiający udzielając odpowiedzi na

pytanie dotyczące uprawnień budowlanych wydawanych w oparciu o rozporządzenie z 1995 r. – wbrew stanowisku prezentowanemu w tym przedmiocie przez Odwołującego – nie doprecyzował czytelnie, jakie uprawnienia w tym zakresie wydane odpowiadają aktualnym regulacjom rozporządzenia w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie.

Charakter uprawnień budowlanych nadawanych w zakresie telekomunikacji podlegał szeregu zmianom na przestrzeni lat, także po wejściu w życie przepisów Prawa budowlanego z 1994 r. Mogą w tym zakresie pojawiać się istotne wątpliwości, czy określonej treści uprawnienia budowlane wydane w poprzednich latach w oparciu o ówczesnie obowiązujące przepisy, mają adekwatny zakres, biorąc pod uwagę aktualnie obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa. Z tych też względów przy ocenie tego rodzaju dokumentów w przedmiotowej sprawie Izba nie stwierdziła, że mamy do czynienia z nieprawdziwymi informacjami. Podstawą uwzględnienia odwołania Konsorcjum Budus jest natomiast ustalenie podjęte w oparciu o analizę obowiązujących w roku 1995 oraz aktualnie przepisów dotyczących samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie i wydawanych w tym przedmiocie uprawnień w specjalności telekomunikacyjnej, że uprawnienia, które zostały przedstawione dla Pana Jana P. nie są uprawnieniami do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej. Uprawnienia takie – aktualnie, zgodnie z § 22 ust. 1 rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 83, poz. 58 ze zm.) – uprawniają do kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Uprawnienia Pana Jana P., wydane w 1997 r. w oparciu o przepisy rozporządzenia Ministra Łączności z 1995 r. nie odpowiadają aktualnemu zakresowi wymaganych w tym przedmiocie uprawnień (dotyczą tylko, linii, instalacji i urządzeń w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, a nie obejmują telekomunikacji radiowej). Ponadto wydane uprawnienia dla Pana Jana P. nie obejmują zakresu sieci, który to zakres był także wskazywany w rozporządzeniu z 1995 r., co wskazuje na ich ograniczony zakres. Powyższe potwierdza także przedłożone przez Konsorcjum Budus pismo Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

Izba, wydając rozstrzygnięcie w tym zakresie posiłkowała się także ustaleniami poczynionymi przez KIO w przywołanym przez Odwołującego wyroku wydanym w sprawie KIO 1361/11 i KIO 1369/11, gdzie Izba także wyraźnie stwierdziła, że uprawnienia w specjalności telekomunikacyjnej wydane dla Pana Jana P. nie są uprawnieniami bez ograniczeń. Izba w tej sprawie także stwierdziła, że powyższe nie może stanowić podstawy do uznania, że mamy do czynienia z podaniem przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w postępowaniu i stwierdziła zasadność wezwania do uzupełniania dokumentów.

Izba odnosząc się do kwestii podniesionej w uzasadnieniu odwołania Konsorcjum Budus, że wykonawca Polimex Mostostal podał nieprawdziwe informacje co do zakończenia inwestycji budowy trybuny na stadionie Wisły Kraków, nie znalazła podstaw do uznania, że w tym przypadku doszło do podania nieprawdziwych informacji. Odwołujący tej okoliczności w wystarczający sposób nie dowiódł. Izba w tym zakresie podtrzymuje swoją argumentację odnoszącą się do zarzutu niespełniania warunku udziału w postępowaniu co do doświadczenia zawodowego Pana P., w szczególności uzyskanego na wskazanej inwestycji, która to argumentacja została zawarta w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia w odniesieniu się przez Izbę do zarzutu opisanego w odwołaniu Konsorcjum Mostostal (sygn. akt: KIO 1605/11) w pkt (1).

Z tych też względów należało przedmiotowe odwołanie uwzględnić.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, a w odniesieniu do odwołania oznaczonego sygn. akt: KIO 1630/11 działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp i ust. 2 ustawy Pzp, uznając, że w tym przypadku stwierdzone naruszenie ma wpływ na wynik postępowania, orzeczono jak w sentencji.

Izba w przedmiotowej sprawie, w związku ze skierowaniem przez Prezesa Izby czterech odwołań do łącznego rozpoznania i działając na podstawie art. 192 ust. 8 ustawy Pzp postanowiła wydać orzeczenie łączne.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, obciążając nimi odwołujących się w sprawach o sygn. akt: KIO 1605/11, KIO 1616/11 i KIO 1619/11 (Konsorcjum Mostostal, Intracom i Konsorcjum Chemobudowa) oraz Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 1630/11, tj. stosownie do wyniku poszczególnych postępowań odwoławczych.

Do kosztów postępowania odwoławczego zaś w przedmiotowej sprawie Izba zaliczyła - stosownie do § 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):

- koszty wpisów uiszczonych w należnej wysokości od złożonych odwołań, tj. po 20 000 zł oraz
- koszty, o których mowa w § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia, tj. koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego po 3 600 zł w każdej ze spraw odwoławczych o sygn. akt: KIO 1605/11, KIO 1616/11 i KIO 1619/11 na podstawie przedłożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy rachunku oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego Konsorcjum Budus w sprawie o sygn. akt: KIO 1630/11, ograniczając kwotę wnioskowanych kosztów do kwoty 3 600 zł, wynikającej z przepisów wskazanego rozporządzenia, na podstawie przedłożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy rachunku.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....