

Sygn. akt: KIO/UZP 451/08

WYROK
z dnia 26 maja 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Małgorzata Rakowska
Barbara Bettman

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 maja 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **REKORD A.W. Sp. z o. o., 02-119 Warszawa, ul. Pruszkowska 17/110** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miejska Legionowo Urząd Miasta Legionowo, 05-120 Legionowo, ul. Marsz. J. Piłsudskiego 3** protestu z dnia 5 maja 2008r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża REKORD A.W. Sp. z o. o., 02-119 Warszawa, ul. Pruszkowska 17/110

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **REKORD A.W. Sp. z o. o., 02-119 Warszawa, ul. Pruszkowska 17/110,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **REKORD A.W. Sp. z o. o., 02-119 Warszawa, ul. Pruszkowska 17/110.**

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

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 04.03.2008r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 44020-2008r przez Gminę Miejską Legionowo Urząd Miasta Legionowo, ul. Marsz. J. Piłsudskiego 3, 05-120 Legionowo zwany dalej „Zamawiającym”.

Przedmiotem zamówienia udzielanego w trybie przetargu nieograniczonego jest „Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego wraz z infrastrukturą towarzyszącą przy ul. POW w Legionowie” znak sprawy: Rz.341-18/08.

Protest został złożony w dniu 05.05.2008r. przez Rekord A.W. Sp. z o.o. ul. Pruszkowska 17/110, 02-119 Warszawa zwany dalej „Odwołującym” w związku z zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty Pana Jarosława Klareckiego prowadzącego firmę pod nazwą JAR-BUD JAROSŁAW KLARECKI ul. Warszawska 17 A, 05-119 Michałów -Reginów zwany dalej „Jar – Bud”.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem następujących przepisów ustawy z dnia 19.01.2004r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. 2007r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej ustawą Pzp i zażądał :

1. unieważnienia czynności wyboru oferty na podstawie art. 24 ust. 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
2. wykluczenia Jar-Bud z postępowania na podstawie art.24 ust. 2 pkt 10 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy,
3. odrzucenie oferty Jar-Bud na podstawie art. 24 ust.4 w związku z art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

Interes prawny Odwołującego w złożeniu protestu wynika z faktu, że odrzucenie oferty wybranej spowoduje wybór jako najkorzystniejszej jego oferty.

Żądanie unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołujący opiera na zarzucie skierowanym do uprawnienia Pana Mirosława B., technika budowlanego o numerze ST 717/88, które w jego ocenie nie jest wystarczającym do pełnienia funkcji kierownika budowy na obiekcie stanowiącym przedmiot zamówienia. Zgodnie z § 5 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska 20 lutego 1975r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie technik budowlany jest uprawniony do kierowania budową budynków o kubaturze do 1 000 m³ o typowych rozwiązaniach technicznych. Na podstawie tak sformułowanego zarzutu odwołujący domaga się unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

Pismem z dnia 08.05.2008r. Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie. W uzasadnieniu Zamawiający podał, że Rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska 20 lutego 1975r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zwane dalej „Rozporządzeniem z dnia 20 lutego 1975r.” jest nieaktualne.

Obowiązujące Rozporządzenie Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. nr 83, poz. 578) zwane dalej „Rozporządzeniem z 28 kwietnia 2006r.” w § 17 ust. 1 nie przewiduje ograniczeń uprawniających do kierowania robotami budowlanymi. Przygotowanie zawodowe technika budowlanego Pana Mirosława B. uprawnia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń.

Pismem z dnia 12.05.2008r. Odwołujący wniósł odwołanie wnosząc i wywodząc jak w proteście.

W odwołaniu, odnosząc się do uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu Odwołujący nie podziela poglądu Zamawiającego, że w związku z nieobowiązaniem Rozporządzenia z 20 lutego 1975r., a wejściem w życie Rozporządzenia z dnia 28 kwietnia 2006r. uprawnienia technika budowlanego stały się nieograniczone.

Aktualnie obowiązujące Rozporządzenie z dnia 28 kwietnia 2006r. przewiduje, że do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie wymagane jest wyższe wykształcenie techniczne.

Skutkiem tego jest, że żadnej osobie ze średnim wykształceniem technicznym nie wydaje się uprawnień. Wynika to wprost z § 7 ust.1 pkt 1 aktualnie obowiązującego Rozporządzenia.

Błędnym jest pogląd Zamawiającego, że wszystkie uprawnienia mają charakter nieograniczony. Nadal Rozporządzenie z dnia 28 kwietnia 2006r. przewiduje uprawnienia ograniczone chociażby w - § 16 ust. 2, § 17 ust. 2, § 18 ust. 2, § 19 ust. 2, § 20 ust. 2, § 22 ust. 2, § 23 ust. 2, § 24 ust. 2.

W odniesieniu do uprawnień uprzednio nabytych obowiązuje zasada sformułowana w art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (j. t. Dz. U. 2006r. Nr 156, poz. 1118) zgodnie z którą, osoby, które przed wejściem w życie prawa budowlanego uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający oceniając uprawnienia budowlane powinien brać pod uwagę przepisy obowiązujące w chwili nadania uprawnień.

Konsekwencją tego jest, że uprawnienia Pana Mirosława B. – technika budowlanego uprawniają go do kierowania budową budynków o kubaturze nie przekraczającej 1000 m³, podczas gdy kubatura budynku zamówionego jest wielokrotnie większa.

Zamawiający określił w warunkach udziału w postępowaniu obowiązek dysponowania osobą posiadającą odpowiednie uprawnienia do kierowania budową, tak jak to określił, to profesjonalny wykonawca zgodnie z art. 355 § 2 kodeksu cywilnego powinien znać prawo budowlane i załączyć odpowiednie uprawnienia w wymaganym dla przedmiotu zamówienia zakresie .

Podobnie Zamawiający powinien w imię dobrze pojętego interesu nie dopuszczać do realizacji zamówienia przez osobę nie posiadającą prawem wymaganych uprawnień kierownika budowy.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający ustalił.

W ogłoszeniu o zamówieniu w części III. 2) warunki udziału zawarto zapis:

“O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują kierownikiem budowy, który posiada uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej uprawniające do kierowania budową i jest członkiem Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa. Ocena spełnienia powyższych warunków zostanie przeprowadzona przez komisję przetargową na podstawie wymaganych w SIWZ dokumentów”. Następnie w tejże części zawarto zapis o treści: ”Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniach: 3) kserokopia uprawnień osoby przewidzianej do pełnienia samodzielnej funkcji kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej wraz z kserokopią dokumentu stwierdzającego przynależność do izby samorządu zawodowego inżynierów budownictwa.”

W § 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanych dalej SIWZ pt. Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków w pkt 1. zawarto zapis o następującej treści: o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy pkt 1.3.: dysponują kierownikiem budowy, który posiada uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej uprawniające do kierowania budową i jest członkiem Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa. pkt 2 wykonawca musi wykazać spełnienie każdego z warunków. pkt 3 niespełnienie któregośkolwiek warunku spowoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania.

W § 6 SIWZ pt. Informacja o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” zamieszczono następujący zapis: 2 w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający żąda: 1) kserokopii uprawnień osoby przewidzianej do pełnienia samodzielnej funkcji kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej wraz z kserokopią dokumentu stwierdzającego przynależność do izby samorządu zawodowego inżynierów budownictwa”.

W § 3 SIWZ dokonano opisu przedmiotu zamówienia: budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego wraz z infrastrukturą towarzyszącą przy ul. POW w Legionowie dane charakterystyczne budynku; powierzchnia zabudowy – 611 m² powierzchnia całkowita – 2.633 m², powierzchnia użytkowa mieszkań – 1567,8 m², kubatura całkowita 7 804 m³. Przedmiotem inwestycji jest budynek wielorodzinny, III kondygnacyjny z poddaszem użytkowym wraz z otaczającymi go drogami dojazdowymi i chodnikami komunikacji pieszej oraz pochylnie umożliwiające wjazd niepełnosprawnym. Budynek jest podpiwniczony, w piwnicy zlokalizowano pomieszczenia techniczne i komórki lokatorskie. Ściany budynku murowane z cegły, stropy żelbetowe wylewane, więźba dachowa drewniana. Funkcją podstawową budynku jest funkcja mieszkalna. Zaprojektowano 41 mieszkań (mieszkania -1 pokojowe, 2 –pokojowe)....”.

W ofercie Jar-Bud znajduje się kserokopia dokumentu pn. stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie dla Ob. Mirosława B. technika budowlanego o specjalności budownictwo ogólne urodzonego dnia 13 stycznia 1955r. Otmuchów wydane w dniu 08 października 1988r. nr ewidencyjny ST-717/88 przez Urząd Miasta Stołecznego Warszawy Wydział Planowania Przestrzennego Urbanistyki, Architektury i Nadzoru Budowlanego.

Z treści dokumentu wynika, że decyzja została wydana na podstawie art. 18 ust. 5 i art. 57 ust.3 ustawy z dnia 24 października 1974r. – Prawo budowlane (Dz. U. Nr 38, poz. 229) oraz § 5 ust. 1 pkt 2, § 5 ust. 2, § 6 ust. 3, § 7, § 13 ust.1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46). Niniejszą decyzją stwierdzono przygotowania zawodowe do pełnienia samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno – budowlanej do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie wszelkich budynków i innych budowli o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, z wyłączeniem linii, węzłów i stacji kolejowych, dróg oraz lotniskowych dróg startowych i manipulacyjnych, mostów , budowli hydrotechnicznych i wodnomelioracyjnych. W pkt 2 do sporządzania w budownictwie osób fizycznych projektów w zakresie rozwiązań architektonicznych: a/ budynków inwentarskich i gospodarczych, adaptacji projektów typowych i powtarzalnych innych budynków oraz sporządzania planów zagospodarowania działki związanych z realizacją tych budynków, b/ budowli nie będących budynkami.

Skład orzekający Izby zważył co następuje:

Przedmiotowe uprawnienia budowlane Panu Mirosławowi B. wydane były pod rządami nie obowiązujących aktualnie :

1. ustawy z dnia 24 października 1974r. Prawo budowlane (Dz. U. nr 38, poz. 229 z późn. zm.),
2. Rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46 z późn. zm.).

Aktualnie obowiązującymi w zakresie uprawnień budowlanych są:

1. ustawa z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (j. t. Dz. U. 2006r. Nr 156, poz. 1118),
2. Rozporządzenie Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. nr 83, poz. 578).

Zmieniane kolejno w tym zakresie przepisy przewidują inne zasady przyznawania uprawnień według odmiennych wymagań co do wykształcenia oraz zdobytego doświadczenia, a także wyodrębniają nowe specjalności.

Nadawanie uprawnień do samodzielnych funkcji w budownictwie odbywa się na podstawie decyzji administracyjnych, w wyniku których Państwo poprzez swoich funkcjonariuszy

publicznych nadaje poszczególnym obywatelom prawa – uprawnienie do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Skoro poszczególne decyzje są ostateczne to trudno pomimo zmieniających się wymagań do uzyskania tych funkcji, pozbawiać obywateli skutecznie nabytych uprawnień. Ten problem prawny rozwiązywały regulacje poszczególnych ustaw odnoszących się do Prawa budowlanego (1961, 1974r.), a także mająca zastosowanie do uprawnień Mirosława B. ustawa z 7 lipca 1994r. – Prawo budowlane, która w art. 104 zawiera następującą regulację: „Osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie.

Na tym tle został wydany wyrok NSA IV SA 693/96, LEX nr 43314, w którym stwierdzono, że „To w jakim zakresie dana osoba zachowała uprawnienia budowlane w rozumieniu przepisów art. 67 Prawa budowlanego z 1974r. oraz art. 104 Prawa budowlanego z 1994r., decyduje treść orzeczenia stwierdzającego nabycie tych uprawnień.

Czyli w przedmiotowej sprawie decydujące znaczenie ma treść orzeczenia – decyzji wydanej w dniu 08 października 1988r. nr ewidencyjny ST-717/88 przez Urząd Miasta Stołecznego Warszawy Wydział Planowania Przestrzennego Urbanistyki, Architektury i Nadzoru Budowlanego.

Z decyzji tej wynika, że Mirosław B. ma prawo do:

1. kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót,
2. kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych,
3. oceniania i badania stanu technicznego w zakresie wszelkich budynków i budowli o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych.

Wbrew zarzutom Odwołującego, w tejże decyzji nie ma żadnych zapisów, które ograniczają Mirosława B. do kierowania budową budynku do kubatury 1000 m³ przy uwzględnieniu, że w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z kubaturą budynku około 8.000 m³. Jedyne ograniczeniem są powszechnie znane rozwiązania konstrukcyjne.

W zakresie użytych w Rozporządzeniu Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46) szeregu niezdefiniowanych pojęć wypowiedział się Minister Administracji Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska (pisma: z dnia 02.06.1975r. L. Dz. UAN3-881-21/75 i z dnia 15.11.1976r. L. Dz. UAN 6-661-72.76).

W zakresie „kierowania budową” – obejmowało kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie budowy, kierowanie i kontrolowanie wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz ocenianie i badanie stanu technicznego. Przy czym w tym zakresie nie ma żadnych

wątpliwości, ponieważ powyższe sformułowania w dosłownym brzmieniu znalazły się w treści decyzji wydanej na rzecz Pana Mirosława B.

Natomiast dla rozstrzygnięcia sporu istotne jest zdefiniowanie pojęcia:

„powszechnie znane rozwiązania konstrukcyjne”, które tak zostały określone - stanowiły odpowiednio rozwiązania konstrukcyjno-budowlane budynków i innych budowli oraz systemy rozwiązań instalacyjnych, których sposób i warunki techniczne wykonania (montażu) określały jednoznacznie polskie lub branżowe normy przepisy techniczno – budowlane, decyzje wydane na podstawie art. 12 Prawa budowlanego lub ogólnie znane opracowania jednostek i placówek naukowych, naukowo-badawczych lub badawczo rozwojowych” (za wydawnictwem Zbigniewa Dzierżewicza, Rudolfa Mokrosza – uprawnienia budowlane wynikające z prawa budowlanego i przepisów wykonawczych w latach 1928 -2003r.- stan prawny 31.12.2003 r. -Warszawa 2004).

Dokonane zmiany rozporządzenia z dnia 20 lutego 1975r. również po dacie wydania decyzji Panu Mirosławowi B. (w szczególności zmiana z 18.07.1991r. Dz. .U. z 1991r. Nr 69, poz. 299) nie wprowadziły przywoływanego przez Odwołującego progu 1000 m³, a przepis § 5 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 z uwzględnieniem wszystkich kolejnych zmian rozporządzenia brzmi: „1. Do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych obejmujących kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie techniczne budowy i robót jest wymagane następujące przygotowanie zawodowe; 2) ukończenie średniej szkoły technicznej, stwierdzone dyplomem lub świadectwem, oraz co najmniej trzy lata praktyka na budowie. 2. Osoby ze średnim wykształceniem technicznym mogą pełnić funkcje techniczne, o których mowa w ust. 1 wyłącznie przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością techniczno-budowlaną,…”.

Tak więc zarzuty, że Mirosław B. może być kierownikiem budowy w budynku o kubaturze tylko i wyłącznie do 1000 m³ nie zostały udowodnione przez Odwołującego oraz nie potwierdzają się w myśl obowiązującego prawa.

Również nietrafny okazał się zarzut, że Mirosław B. nie może być kierownikiem budowy, gdzie stropy i klatki schodowe będą wylewane z żelazobetonu, a nie z materiałów gotowych prefabrykowanych, skoro Mirosław B. ma prawo takimi robotami kierować, co wynika wprost z jego uprawnień (wytwarzanie konstrukcyjnych elementów budowlanych).

Składu orzekającego Izby również nie przekonał dowód Odwołującego na okoliczność, iż budynek będzie posadowiony na skomplikowanej strukturze geologicznej, na co przywoływał zapisy w projekcie branży konstrukcyjnej str 4 pkt 5 warunki geologiczne – inżynierskie i wodne (dołączono do akt sprawy). Bowiem z wyjaśnień Zamawiającego wynika, że wybranie ziemi związane jest z faktem budowy piwnicy, a załaganie wody jest

poniżej od - 3,6 do - 4,4 m przy założeniu, że piwnice osiągną poziom maksymalnie: - 3,17 m.

W tym stanie rzeczy, w ocenie składu orzekającego Izby, Odwołujący nie wykazał, że w budynku objętym przedmiotowym postępowaniem zastosowano inne niż powszechnie stosowane rozwiązania konstrukcyjne. Dlatego też nie stwierdza się naruszenia przepisów artykułów ustawy Pzp wskazanych w proteście i odwołaniu (art. 24 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 10 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5).

Skład orzekający Izby nie stwierdził, aby zachodziły przesłanki do unieważnienia postępowania z urzędu w związku z protestem Odwołującego na nieudostępnienie dokumentacji przetargowej na wezwanie w tym samym dniu. Tym bardziej, że Odwołujący nie złożył w tym zakresie odwołania, a poprzestał na proteście.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawa –Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*