

Sygn. akt: KIO 2860/20

**WYROK**  
**z dnia 30 listopada 2020 roku**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Irmina Pawlik**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2020 r. przez wykonawcę ETP Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia STRABAG Infrastruktura Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i STRABAG International GmbH z siedzibą w öln, Niemcy zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę ETP Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt: KIO 2860/20

**Uzasadnienie**

Zamawiający Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dokończenie modernizacji wałów w ramach zadania „Fragmentaryczna modernizacja wałów przeciwpowodziowych rz. Odry w km 270+400 – 281+600, wał cofkowy stopnia Brzeg Dolny” (nr ref. WR.ROZ.2810.20.2020). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 maja 2020 r. pod numerem 205835-2020. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 2 listopada 2020 r. wykonawca ETP Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej o niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego polegającej na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm Lider: STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Partner: STRABAG International GmbH z siedzibą w öln, Niemcy (dalej „Konsorcjum Strabag” lub „wykonawca”) pomimo, że ww. wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna być zostać odrzucona, bowiem:
  - nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu zgodnie z pkt. 10.4.3. SIWZ dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, o których mowa w pkt. 7.2.3.ppkt. 2 oraz 7.7 SIWZ, tj. nie wykazał, że dysponuje odpowiednim potencjałem zawodowym do realizacji zamówienia;
  - wprowadził w błąd Zamawiającego w ten sposób, że udzielając wyjaśnień Zamawiającemu w zakresie złożonych przez Wykonawcę oświadczeń i dokumentów wskazał niezgodne ze stanem faktycznym informacje w celu wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu
2. zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, ponieważ nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu zgodnie z pkt. 10.4.3. SIWZ dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, o których mowa w pkt. 7.2.3.ppkt. 2 oraz 7.7. SIWZ tj. nie wykazał, że dysponuje odpowiednim potencjałem zawodowym do realizacji zamówienia, a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy;
3. zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa ewentualnie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził w błąd Zamawiającego, w ten sposób, że udzielając wyjaśnień Zamawiającemu w zakresie złożonych przez Wykonawcę oświadczeń i dokumentów wskazał niezgodne ze stanem faktycznym informacje w celu wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt. 12 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu zgodnie z pkt. 10.4.3. SIWZ dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt. 7.2.3.ppkt. 2 7.7 SIWZ tj. nie wykazał, że dysponuje odpowiednim potencjałem zawodowym do realizacji zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, która została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
2. art. 24 ust. 1 pkt. 16 lub 17 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa ewentualnie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził w błąd Zamawiającego, w ten sposób, że udzielając wyjaśnień Zamawiającemu w zakresie złożonych przez Wykonawcę oświadczeń i dokumentów wskazał niezgodne ze stanem faktycznym informacje w celu wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu,

a a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, która została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

3.art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezgodny z przepisami ustawy wybór oferty Wykonawcy pomimo faktu, że powinna ona zostać odrzucona przez co Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i nie zapewnił równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Strabag jako najkorzystniejszej i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu wykluczenie Konsorcjum Strabag z postępowania i w konsekwencji odrzucenie oferty Konsorcjum Strabag oraz nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa.

W uzasadnieniu Odwołujący zreferował szczegółowo stan faktyczny. W oparciu o niego podniósł, iż w wraz z wyjaśnieniami Konsorcjum Strabag nie złożyło żadnych dokumentów, z których wynikałby zarówno zakres posiadanych uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zgodnie z warunkami opisanymi w pkt. 10.4.3. SIWZ przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji kierownika budowy, jak również nie wskazało podstawy do pełnienia przez ta osobę samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum Strabag w treści wyjaśnień bezzasadnie zakwestionowało podstawę, w oparciu o którą Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień (art. 26 ust 4 ustawy Pzp). Odwołujący zwrócił także uwagę na istniejące w treści wyjaśnień błędy co do treści obowiązujących przepisów prawa, pomieszczenie numeracji, a nadto błędy logiczne dotyczące wykładni znaczenia. słowa „zakres”. Odwołujący zauważył, że w powołanej w wyjaśnieniach ustawie o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa, w art. 20a ust. 1, nie ma stwierdzenia „bez konieczności uznawania kwalifikacji zawodowych z zastrzeżeniem wymogów określonych w ust. 2-11” oraz nie ma w nim mowy o urbanistach. Odwołujący przywołał także brzmienie art. 20a ust. 2 i ust. 4 tej ustawy, wskazując, że to w ust. 4 (a nie w ust. 2 jak twierdziło Konsorcjum Strabag) zawarte są regulacje dotyczące oświadczenia o zamiarze świadczenia usług transgranicznych. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum Strabag powołało się na ustawę o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów, która wygasła 30.12.2004 r. Ponadto samo słowo urbanista, które powołało błędnie w nazwie ustawy Konsorcjum Strabag, zostało skreślone zarówno z nazwy ustawy, jak i jej przedmiotu (ustawą z dnia 9 maja 2014 r. o ułatwieniu dostępu do wykonywania niektórych zawodów regulowanych).

Odwołujący wskazał ponadto, że w treści wyjaśnień Konsorcjum Strabag podało imię i nazwisko T. W. podczas, gdy w wykazie osób wskazano: T. W., a ponadto w ww. piśmie podano, iż pan W. ukończył studia wyższe na Politechnice w Moguncji, podczas gdy w wykazie osób w pozycji 5 wpisano, że T. W. ukończył Wyższą Szkołę Techniczną w Mainz: Fachhochschule Mainz - University of Applied Sciences (Uniwersytet Nauk Stosowanych) Zdaniem Odwołującego oświadczenia dotyczące Pana W. w wyjaśnieniach tworzą rozbieżności i dotyczą de facto innej osoby niż kierownika robót wskazanego w Wykazie osób. Odwołujący wskazał także na definicję i znaczenie słowa „zakres”, podnosząc, że Konsorcjum Strabag używa tego słowa niezgodnie z zasadami logiki. Zdaniem Odwołującego można nabyć uprawnienia, ale nie nabywa się „zakresu uprawnień” - bowiem zakres uprawnień wynika z samej treści dokumentu, który potwierdza te uprawnienia. Przykładowo w stosunku do kierowników budowy, którzy swoje kompetencje uzyskują w RP - ich zakres wynika zawsze jednoznacznie z decyzji stwierdzającej przygotowanie zawodowe do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, gdzie stwierdza się przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji, w danej specjalności i wpisuje się zakres uprawnień. W przypadku Pana T. W. (czy też Pana T. W.) wykonawca pomimo wezwania Zamawiającego nie przedłożył żadnych dokumentów, które pozwoliłyby ustalić Zamawiającemu zakres posiadanych uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zgodnie z warunkami opisanymi w pkt. 10.4.3. SIWZ przez ww. osobę, jak również nie przedłożył i nie wskazał podstawy do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na terenie Rzeczypospolitej Polskiej przez ww. osobę.

Odnosząc się do oświadczenia Konsorcjum Strabag na 3 stronie wyjaśnień Odwołujący wskazał, iż rozdzielanie posiadania uprawnień od przystąpienia do realizacji funkcji kierownika budowy przez Konsorcjum Strabag również jest nieuprawnione i niezgodne z SIWZ. Odwołujący zauważył także, że Konsorcjum Strabag powołało się na art. 29 ust 1 ustawy „o uznawaniu kwalifikacji”, w którym rzekomo mowa jest o nie wszczynaniu postępowania w sprawie uznania kwalifikacji przez właściwy organ lub o umorzeniu wszczętego postępowania wobec usługodawcy w sprawie uznania kwalifikacji, a następnie na art. 31 i 30 te same ustawy (której nazwa nie została precyzyjnie podana - zdaniem Odwołującego w sposób zamierzony). Odwołujący zarzucił, że Konsorcjum Strabag celowo i świadomie wprowadziło w błąd Zamawiającego, bowiem powołało się na uchyloną ustawę z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 394, z 2013 r. poz. 1650 oraz z 2014 r.), która straciła moc z dniem 18 stycznia 2016 r.

Zdaniem Odwołującego, skoro Konsorcjum Strabag wskazało jako kierownika budowy obywatela państwa członkowskiego Unii Europejskiej tj. Niemiec, to zgodnie z postanowieniami SIWZ wskazany kierownik budowy powinien posiadać potwierdzenie spełnienia wszystkich wymogów określonych przez Zamawiającego w dokumentach przetargowych. Odwołujący wskazał w tym zakresie na punkt 7.2.3 pkt 2 oraz 7.7 SIWZ. Spełnienie warunków przez Konsorcjum Strabag miało polegać na wykazaniu dysponowania osobą, która spełnia warunki zawarte w art. 12a ustawy Prawo budowlane, na podstawie ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej oraz ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa. Odwołujący wskazał także, iż świadczenie usługi transgranicznej podlega indywidualnej ocenie dokonywanej przez właściwą Okręgową Radę Izby, przy uwzględnieniu w szczególności długości, częstotliwości, regularności oraz ciągłości świadczenia tej usługi - dlatego spełnienie wymogu przewidzianego w art. 22 ust. 4 ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa nie tylko umożliwia dokonanie tej oceny, ale ponadto w oparciu o wskazane w ust. 4 oświadczenie osoby mającej pełnić funkcję kierownika robót oraz pozostałe wymienione dokumenty - właściwa ze względu na miejsce świadczenia usługi izba dokonuje tymczasowego wpisu na listę członków izby. Odwołujący dodał, że Konsorcjum Strabag nie wyjaśniło jaki jest zakres uprawnień posiadanych przez wskazanego przez nie kierownika budowy, a zakres ten nie wynikał jednoznacznie z Wykazu osób.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum Strabag nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu

dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zgodnie z pkt. 10.4.3 oraz 7.2.3 pkt.2 oraz 7.7 SIWZ - tzn. nie wykazało, że dysponuje odpowiednim potencjałem zawodowym kierownika budowy. Nie wykazało, że kierownik budowy posiada uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, ani nie wskazało podstawy do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na terenie RP. Ponadto nie wykazało, że kierownik robót posiada odpowiednią decyzję o uznaniu kwalifikacji zawodowych lub alternatywnie w przypadku braku decyzji o uznaniu kwalifikacji zawodowych - nie wykazało, że w stosunku do kierownika budowy zostały spełnione wymagania, o których mowa w art. 20a ust. 2-6 ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa, dotyczące świadczenia usług transgranicznych. Nie wykazało także dysponowania osobą, która spełnia warunki zawarte w art. 12a ustawy Prawo budowlane. Odwołujący zauważył, że Konsorcjum Strabag pomija w swoich wyjaśnieniach całkowicie informację na temat celu oraz skutków złożenia oświadczenia przed rozpoczęciem świadczenia usług transgranicznych, o których mówi art. 20a ust. 4 ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa oraz art. 33 ust. 4 ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej, który jest skorelowany bezpośrednio z art. 20a ust. 4 ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa. Ponadto pomija istnienie art. 34 ust. 2 z ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych, który wskazuje jakie są konsekwencje złożenia oświadczenia (właściwy organ wydaje decyzję w sprawie uznania kwalifikacji usługodawcy albo wydaje decyzję w sprawie odstąpienia od uznania kwalifikacji usługodawcy albo zobowiązuje usługodawcę do przystąpienia do testu umiejętności). Zdaniem Odwołującego wydanie takiej decyzji stanowi podstawę do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na terenie Rzeczypospolitej Polskiej.

Odwołujący wskazał także, że Polska Izba Inżynierów Budownictwa oraz Okręgowe Izby Inżynierów Budownictwa prowadzą rejestry osób wpisanych tymczasowo na listę i świadczących usługi transgraniczne. Jeśli dana osobałoży oświadczenie to jeśli zostanie wydana decyzja w sprawie uznania kwalifikacji wówczas taka osoba widnieje w rejestrze osób świadczących usługi transgraniczne zarówno w Polskiej Izbie, jak również w Izbach Okręgowych i po wpisaniu do rejestru imienia i nazwiska można sprawdzić czy dana osoba została wpisana. W ocenie Odwołującego nie można pełnić samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na terenie Rzeczypospolitej Polskiej bez złożenia oświadczenia o którym mowa w ust. 4 ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa, a w konsekwencji bez wydania decyzji w sprawie uznania kwalifikacji usługodawcy. Skoro Konsorcjum Strabag nie wykazało, że taka decyzja została wydana lub co najmniej takie oświadczenie zostało złożone, to Zamawiający powinien wykluczyć Konsorcjum Strabag z postępowania.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż Konsorcjum Strabag w wyniku zamierzonego działania wprowadziło Zamawiającego w błąd, że nie podlega wykluczeniu i że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższego Odwołujący upatrywał w fakcie wskazania w treści wyjaśnień przez Konsorcjum Strabag przepisów nieobowiązujących już ustaw o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów oraz o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej. W ocenie Odwołującego celem Konsorcjum Strabag było pozostawienie Zamawiającego w przekonaniu, że wbrew obowiązującym przepisom oraz SIWZ nie ma konieczności uznawania kwalifikacji zawodowych kierownika budowy, a ponadto podjęło ono próbę wykazania, że w tym konkretnym postępowaniu właściwy organ nie wszczyna postępowania, a wszczęte umarza w przypadku osoby usługodawcy, który wykonuje ten sam zawód lub działalność w innym państwie członkowskim będącym państwem siedziby usługodawcy. Odwołujący zarzucił także, że wykonawca w sposób zamierzony wprowadził Zamawiającego w błąd dlatego, że złożył oświadczenie w dokumencie JEDZ w części IV, że w odniesieniu do kryteriów kwalifikacji wykonawca oświadcza, że spełnia wszystkie wymagane kryteria kwalifikacji, pomimo, że na dzień składania przedmiotowego oświadczenia nie spełniał kryteriów i wymogów udziału w postępowaniu. Ponadto Wykonawca złożył w części VI pod nazwą: Oświadczenia końcowe oświadczenie, że informacje podane powyżej w częściach II-V są dokładne i prawidłowe oraz że zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji poważnego wprowadzenia w błąd. Odwołujący wskazał ponadto, iż analizując stronę internetową Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa w Warszawie oraz właściwej ze względu na miejsce wykonywania robót Dolnośląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa we Wrocławiu, które prowadzą rejestry osób wpisanych tymczasowo na listę i świadczących usługi transgraniczne, podał zarówno jedno i drugie imię i nazwisko kierownika budowy celem sprawdzenia czy taka osoba została wpisana do stosownego rejestru i ustalił, że taka osoba nie została wpisana do rejestru. Ponadto ustalił w Dolnośląskiej Okręgowej Izbie Inżynierów Budownictwa we Wrocławiu, że oświadczenie takiej osoby wraz z wymaganymi dokumentami nie wpłynęło do tej Izby, która powinna być właściwa do złożenia oświadczenia z uwagi na miejsce wykonywania robót.

Zamawiający nie zajął stanowiska pisemnego w sprawie, a na posiedzeniu i rozprawie nie stawiał się.

Konsorcjum Strabag (dalej także jako „Przystępujący”) na posiedzeniu złożyło pismo procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 14 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Przystępujący podniósł m.in., iż należy odróżnić warunek dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym o określonych uprawnieniach od ewentualnej konieczności dopełnienia formalności celem uzyskania prawa do wykonywania na terytorium RP tymczasowo i okazjonalnie, jako usługi w zakresie wykonywanego zawodu, przez delegowanego do wykonywania tych obowiązków p. T. W. przez Konsorcjum Strabag. Przystępujący wyjaśnił, iż w zakresie dysponowania kadrą uzupełnił formularzy Wykazu osób, według wzoru opracowanego przez Zamawiającego zgodnie z pkt 10.4.3 SIWZ, wskazując pracownika spółki Strabag International GmbH tj. Pana T. W., jako osobę skierowaną do realizacji zamówienia publicznego odpowiedzialnego za kontrolę jakości, kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat posiadanych przez niego kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonywania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez niego czynności oraz informacją o podstawie dysponowania. Konsorcjum Strabag podniosło, iż nie istnieje wymóg składania dokumentów w postępowaniu z pkt 7.7.2 pkt 2 SIWZ, w sposób, w jaki interpretuje postanowienia SIWZ Odwołujący. W szczególności z żadnego postanowienia SIWZ ani przepisu ustawy Pzp nie wynika, że do oferty i dokumentów złożonych na wezwanie Zamawiającego miały zostać załączone dokumenty zgodnie z art. 20a ust. 2 - 6 ustawy o samorządach zawodowych architektów i inżynierów budownictwa dotyczące świadczenia usług transgranicznych.

Przystępujący powołując się na obowiązujące przepisy wskazał, iż w przypadku świadczenia usługi transgranicznej, wykonywanej po raz pierwszy w Polsce, jak to ma miejsce w realiach przedmiotowej sprawy, należy odróżnić posiadanie kwalifikacji zawodowych, od prawa do wykonywania zawodu inżyniera w Polsce przez obywatela

państwa członkowskiego UE. Zamawiający w stosunku do osób, które posiadają właściwe kwalifikacje zawodowe, oczekiwał podania ich w Wykazie osób (pkt 10.4.3. SIWZ), stanowiącym oświadczenie wykonawcy i zastrzegł również, że w określonych przypadkach muszą być spełnione wymagania, o których mowa w odrębnych przepisach. W przepisie art. 20a ust. 1 ustawy o samorządach zawodowych architektów i inżynierów budownictwa obywateli państwa członkowskiego posiadających kwalifikacje zawodowe architekta lub inżyniera budownictwa, który prowadzi zgodnie z prawem działalność w zakresie tego zawodu w innym niż Rzeczpospolita Polska państwie członkowskim, ma prawo do świadczenia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej usługi transgranicznej w rozumieniu art. 5 pkt 10 ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2018 r. poz. 2272 oraz z 2019 r. poz. 534 i 577) w zawodzie odpowiednio architekta lub inżyniera budownictwa. W przypadku tych osób o posiadaniu uprawnień budowlanych nie stanowi wpis tymczasowy na listę członków samorządu zawodowego, ani decyzja administracyjna, lecz to, że osoby te posiadają odpowiednie uprawnienia w kraju pochodzenia i wykonywania w nim zawodu inżyniera budownictwa. Takie też informacje wymagane były do przedstawienia w Wykazie osób, jaki przygotował Zamawiający zgodnie z SIWZ.

W ocenie Konsorcjum Strabag stanowisko Odwołującego dotyczące konieczności przedstawienia oświadczenia o zamiarze świadczenia usługi transgranicznej, składane do Izby lub wpis na listę członków izby ze wskazaniem zaświadczenia o wpisie, które dotyczy jej wykonywania, jako wymogu SIWZ nie jest zasadne. Takie działanie nakładałoby na wykonawcę zagranicznego inne, dodatkowe wymagania, które nie wynikają z analizy postanowień SIWZ. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie wynika z SIWZ, że tymczasowy wpis na listę członków izby właściwej miejscowo dla miejsca świadczenia usługi ma być dokonany na dzień składania ofert. Zamawiający określił wymagania, jakie mają zostać spełnione w stosunku do tych osób, jednakże Odwołujący nie wykazał, że osoba wskazana przez Konsorcjum Strabag wymagań tych nie spełnia. Odwołujący nie wykazał, że osoba wskazana w wykazie nie posiada uprawnień budowlanych, które uniemożliwiłyby uzyskanie tymczasowego wpisu na listę członków samorządu zawodowego. Zdaniem Przystępującego Odwołujący dokonał nadinterpretacji postanowień SIWZ, bowiem Zamawiający wymagał, aby w stosunku do osób podanych w Wykazie osób spełnione były wymagania z ustawy o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa, nie wymagał natomiast na etapie składania ofert oświadczeń i złożenia dowodu z wpisu od obywateli Państw Członkowskich na potwierdzenie posiadania uprawnień do kierowania robotami budowlanymi. Jest to o tyle istotne, że zgodnie z prawem niemieckim takie decyzje nie są wydawane, a w przypadku świadczenia usługi transgranicznej oświadczenie o zamiarze wykonywania usługi transgranicznej w Polsce składa się „przed rozpoczęciem jej świadczenia” (verba legis), a nie w dniu złożenia oferty. Także z definicji ustawowych wynika, że świadczenie usługi transgranicznej oznacza tymczasowe i okazjonalne wykonywanie zawodu w innym Państwie Członkowskim, z tzw. tymczasowości i okazjonalności wynika też zobowiązanie do corocznego aktualizowania oświadczenia. Zdaniem Konsorcjum Strabag gdyby Zamawiający wymagał na moment składania ofert wypełnienia warunków wskazanych przez Odwołującego, to podałby to jednoznacznie w treści SIWZ. Stanowisku Odwołującego przeczy także treść postanowienia § 1 ust. 14b umowy, z którego wynika, że dopiero po podpisaniu umowy i przy przejściu placu budowy Konsorcjum Strabag zobowiązane jest przedłożyć kopię uprawnień wraz z oświadczeniem kierownika budowy o rozpoczęciu pełnienia funkcji kierownika budowy, a zatem nie na dzień złożenia oferty, a z chwilą rozpoczęcia świadczenia usługi. Powyższe postanowienie odpowiada treści przepisów powołanych w SIWZ, które odsyłają wyłącznie do art. 20a ust. 2-6 ustawy o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa, dotyczące świadczenia usług transgranicznych.

Dalej Przystępujący zauważył, że fakt wpisu na listę inżynierów nie stanowi, w przypadku świadczenia usług transgranicznych, elementu obligatoryjnego do stwierdzenia, czy dana osoba posiada wymagane przez Zamawiającego uprawnienia. Obowiązek złożenia stosownego oświadczenia przed rozpoczęciem świadczenia usługi transgranicznej po raz pierwszy na terytorium RP wskazuje na konieczność rozdzielenia posiadania stosownych uprawnień od samej możliwości świadczenia usługi w oparciu o posiadane uprawnienia w danym kraju (wskazał na wyrok Izby z dnia 24 października 2013 o sygn. akt KIO 2396/13). Ustawodawca, wskazując na konieczność złożenia przez obywatela państwa członkowskiego oświadczenia o zamiarze świadczenia usługi transgranicznej, określił moment złożenia takiego oświadczenia „przed rozpoczęciem świadczenia usług transgranicznych po raz pierwszy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”. Tym samym nie sposób również uznać, że już w dniu, w którym upływał termin składania ofert osoba wskazana w wykazie osób, jak wywodzi Odwołujący, winna była uzyskać tymczasowy wpis na listę członków izby właściwej miejscowo dla miejsca świadczenia usług. Fakt wpisu na listę nie stanowi w przypadku świadczenia usług transgranicznych elementu obligatoryjnego do stwierdzenia, czy dana osoba posiada wymagane przez Zamawiającego uprawnienia. Dlatego też cała argumentacja Odwołującego, oparta jest na błędnie przyjętych założeniach. Zdaniem Przystępującego Odwołujący dokonał w swoim stanowisku wykładni rozszerzającej postanowień SIWZ, które nie mogą zostać uznane za prawidłowe. Podkreślił że Konsorcjum Strabag złożyło wszystkie wymagane dokumenty, a Zamawiający nie przewidywał w SIWZ jakichkolwiek odmienności co do sposobu wykazania spełnienia warunku w stosunku do obywateli państw członkowskich, inaczej niż z odesłaniem do ogólnych przepisów prawa. Przystępujący zauważył także, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp nie znajduje zastosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego. Ponadto wskazał, iż p. T. W. posiada tytuł Bachelor of Engineering. W jego ocenie Odwołujący kwestionuje formalnoprawny brak udokumentowania i uznania uprawnień Pana T. W. uzyskanych w Niemczech przez właściwy organ - izbę inżynierów budownictwa właściwą ze względu na miejsce świadczenia usługi transgranicznej na warunkach tożsamyh z wymogami, jakie obowiązują obywateli w Polsce oraz brak wpisu na listę członków izby inżynierów budownictwa przez odpowiedni organ samorządu zawodowego w Polsce, podczas gdy z treści SIWZ nie wynika, że w przypadku osób legitymujących się uprawnieniami uzyskanymi w innym państwie członkowskim, obowiązek uznania ich przez właściwy organ w Polsce, względnie obowiązek spełnienia ustawowych wymagań dla osób zamierzających świadczyć usługi transgraniczne ma nastąpić inaczej niż przed rozpoczęciem świadczenia usługi, jak wynika to z przepisów.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Przystępujący powołał się na stanowisko przedstawione w zakresie poprzedniego zarzutu. Dodał, że Konsorcjum Strabag nie mogło wbrew oczekiwaniom Odwołującego złożyć dodatkowych dokumentów na potwierdzenie uprawnień p. T. W., których zgodnie z prawem niemieckim w Niemczech się nie wydaje, a nadto nie mogło uzupełniać oferty, o dokumenty, których Zamawiający nie wymagał i nie opisał w SIWZ. Wskazał, iż przedstawione przez Konsorcjum Strabag do oferty oświadczenia potwierdzają posiadanie uprawnień budowlanych przez p. T. W., dowodzą, że posiada kwalifikacje i doświadczenie na stanowisku Kierownika budowy i wskazują, że ww. osoba posiada wymagane kwalifikacje zawodowe zdobyte w Niemczech z wykształceniem kierunkowym jako inżynier budownictwa, a posiadając nabyte kwalifikacje

zawodowe posiada na ich podstawie także uprawnienia do pełnienia funkcji Kierownika budowy. Przystępujący zauważył również, że Zamawiający nie wskazał na treść art. 20a ust. 8 ustawy o samorządach zawodowych architektów i inżynierów budownictwa, który odnosi się do tymczasowego wpisu na listę. Dodał, że zgodnie z prawem niemieckim dowodem posiadania kwalifikacji do pracy w charakterze inżyniera budowy jest ukończenie studiów na kierunku technicznym, a do nabycia uprawnień i pełnienia funkcji kierownika budowy nie jest konieczne uzyskanie jakiegokolwiek dodatkowej decyzji administracyjnej, nie jest konieczna przynależność do izb samorządu inżynierów lub architektów, bądź wpis na listy inżynierów budownictwa. Odwołujący stawia Konsorcjum Strabag wymogi, których wykonanie jest niemożliwe w odniesieniu do obywatela Niemiec w sposób zbieżny z warunkami obowiązującymi na gruncie przepisów obowiązujących w Polsce. Przystępujący zauważył także, że czynienie z błędów pisarskich i omyłkowo powołanych i przekopiowanych ustępów z przepisów zamiaru wprowadzenia w błąd Zamawiającego nie uzasadnia zarzutów odwołania. Argumentacja ta służy jedynie budowaniu uzasadnienia na potrzeby odmiennej interpretacji SIWZ.

Zdaniem Przystępującego Odwołujący nie udowodnił swoich twierdzeń, nie wskazał jakich konkretnie dokumentów na wezwanie Zamawiającego, a wymaganych i wyartykułowanych wprost w SIWZ nie złożyło Konsorcjum Strabag ani z jakiego postanowienia SIWZ wynika obowiązek złożenia dla p. W. dokumentów poza oświadczeniem wykonawcy, którego jest pracownikiem, tj. że posiada wykształcenie wyższe i ukończył studia z tytułem inżyniera, które zgodnie z prawem niemieckim są wystarczające do wykonywania zawodu inżyniera budownictwa i pełnienia funkcji kierownika budowy. Argumentacja Odwołującego, poza przytoczeniem wątpliwości i własnej interpretacji SIWZ nie wskazuje jakie informacje przedstawione w Wykazie osób w odniesieniu do Pana T. W. wskazują, że nie legitymuje się uprawnieniami inżyniera budownictwa i nie posiada uprawnień do kierowania robotami budowlanymi nabytymi w Niemczech w sposób wymagany i opisanymi w SIWZ. Odwołujący nie podał przyczyn i argumentów, które wskazywałyby na to, że Przystępujący doświadczeniem Pana T. W. posłużyć się nie ma prawa. Dodał, że uwzględniając rodzaj inwestycji realizowanych przez wykonawcę oczywistym wydaje się, że udział podmiotów zagranicznych w postępowaniu, legitymujących się kadrą spoza Polski oraz uprawnieniami kadry pozyskaną poza granicami Polski jest rzeczą normalną i oczywistą i nie można stawiać znaku równości od strony formalnoprawnej pomiędzy dokumentowaniem uprawnień pana T. W., z tymi które dotyczą ustawodawstwa polskiego. Przystępujący wskazał ponadto, że nieprawdziwe są twierdzenia Odwołującego, że wobec ww. osoby nie toczy się postępowanie w sprawie dotyczącej jego oświadczenia o zamiarze świadczenia usługi transgranicznej, bowiem przed Dolnośląską Okręgową Izbą Inżynierów Budownictwa we Wrocławiu toczy się postępowanie w związku z zamówieniem publicznym pn. „Dokończenie modernizacji wałów w ramach zadania „Fragmentaryczna modernizacja wałów przeciwpowodziowych rz. Odry w km 270+400 -281+600, wał cofkowy stopnia Brzeg Dolny” w przedmiocie oświadczenia o zamiarze świadczenia usługi transgranicznej przez Pana T. W., który delegowany jest na stanowisko Kierownika budowy na ww. zadaniu. Twierdzenia, że takie postępowanie się nie toczy Odwołujący nie wykazał.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia STRABAG Infrastruktura Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i STRABAG International GmbH z siedzibą w öln, Niemcy zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego ofertę sklasyfikowano jako drugą w rankingu ofert i mający szansę uzyskania zamówienia w przypadku wyeliminowania z postępowania Konsorcjum Strabag, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, wykazał interes w uzyskaniu tego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Tym samym spełnione zostały materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności treści SIWZ, oferty Przystępującego, złożonych przez niego w toku postępowania oświadczeń i dokumentów oraz wyjaśnień oraz zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 25 listopada 2020 roku. Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów załączonych przez Przystępującego do pisma procesowego, tj. opinii CML Construction Services GmbH wraz z tłumaczeniem oraz Bachelorurkunde (świadectwo licencjata) dotyczące p. T. W. wraz z tłumaczeniem.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia jest dokończenie modernizacji wałów w ramach zadania „Fragmentaryczna modernizacja wałów przeciwpowodziowych rz. Odry w km 270+400 – 281+600, wał cofkowy stopnia Brzeg Dolny”. W pkt 7.2.3 SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, wymagając m.in. dysponowania odpowiednim potencjałem zawodowym: „kierownik budowy z minimum 5-letnim doświadczeniem zawodowym w bezpośrednim wykonawstwie hydrotechnicznym (na stanowisku kier. budowy bądź kier. robót) z uprawnieniami do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, tj. do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynierii hydrotechnicznej o specjalizacji śródlądowe lub morskie budowle hydrotechniczne lub melioracje wodne, wydanymi na podstawie Rozporządzenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2019 r. poz. 831) lub odpowiadających im ważnych uprawnień do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, w zakresie odpowiadającym powyższym wymaganiom (bez warunku dotyczącego specjalizacji), wydanych na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Zrzeszony we właściwej izbie samorządu zawodowego – ustawa o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (Dz. U. z 2001 r. nr 5 poz. 42 z późn. zm.) lub wykonawca winien wykazać dysponowanie osobą, która spełnia warunki zawarte w art. 12a ustawy z dnia 07.07.1994 r. Prawo budowlane.”

Zgodnie z pkt 7.6 SIWZ w przypadku warunku zdolności technicznej lub zawodowej, w zakresie dysponowania osobami skierowanymi przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, zamawiający uznaje wymagane uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi określone w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2014 r., poz. 1278) oraz uprawnienia obowiązujące wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawnych, a także zgodnie z art. 12a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U. z 2016 r., poz. 290, z późn. zm.), zamawiający uznaje również wymagane uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi nabyte w innych niż Rzeczpospolita Polska państwach członkowskich Unii Europejskiej, państwach członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) stronach umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, Konfederacji Szwajcarskiej, na zasadach określonych w ustawie z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2016 r., poz. 65).

Zgodnie z pkt 7.7. SIWZ w przypadku osób, które są obywatelami państw członkowskich Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej oraz państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym (w rozumieniu art. 4a ust. 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (Dz. U. z 2014 r. poz. 1946, z późn. zm.), osoby wyznaczone do realizacji zamówienia posiadają uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi, jeżeli: 1) nabyły kwalifikacje zawodowe do wykonywania działalności w budownictwie, równoznacznej wykonywaniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, odpowiadające posiadaniu uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi, oraz 2) posiadają odpowiednią decyzję o uznaniu kwalifikacji zawodowych lub w przypadku braku decyzji o uznaniu kwalifikacji zawodowych - zostały spełnione w stosunku do tych osób wymagania, o których mowa w art. 20a ust. 2-6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa, dotyczące świadczenia usług transgranicznych.

Zgodnie z pkt 10.4.3 SIWZ Zamawiający celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wymagał m.in. złożenia wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat posiadanych kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia, wykształcenia, niezbędnych do dysponowania tymi osobami, sporządzonego według wzoru, w którym wskazano kolumny tabeli: imię i nazwisko, zakres wykonywanych czynności, wykształcenie, kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie (daty od – do), podstawa do dysponowania.

W postępowaniu ofertę złożyli m.in. Odwołujący i Przystępujący. Przystępujący, którego oferta była najwyższą ocenioną w ustalonych kryteriach oceny ofert, w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, złożył wykaz osób, w którym wskazał osobę p. T. W. na stanowisko Kierownika budowy. Wskazał, iż osoba ta posiada wykształcenie wyższe techniczne, uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi nabyte w innych niż RP państwach członkowskich UE, tj. Niemcy. Ukończona Wyższa Szkoła Techniczna w Mainz: Fachhochschule Mainz – University of Applied Sciences (Uniwersytet Nauk Stosowanych), kierunek studiów: Zarządzanie obiektem, uzyskany tytuł: inżynier. W zakresie doświadczenia wskazano: 7-letnie doświadczenie zawodowe w bezpośrednim wykonawstwie hydrotechnicznym (na stanowisku kierownika budowy bądź kierownika robót): 1) 02.2015-01.2018 – Kierownik budowy – projekt ochrony przeciwpowodziowej w Wilayat Sur – budowa wału przeciwpowodziowego Fulaji oraz drenażu na Wadi Rafsah; 2) 02.2013-01.2015 – kierownik budowy – wał Al Amerat Wadi Aday Dam, Sułtanat Omanu; 3) 02.2010-05.2012 – kierownik robót – wał Al. Amerat Flood Protection Dam, Sultanate of Oman. Jako podstawę dysponowania wskazano umowę o pracę.

Zamawiający w dniu 30 września 2020 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień co do zakresu posiadanych uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zgodnie z warunkami opisanymi w pkt 10.4.3 SIWZ przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji kierownika budowy w Wykazie osób. Zamawiający dodał, iż wyjaśnienia powinny wskazywać także podstawę do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na terenie RP.

W odpowiedzi na powyższe Przystępujący w dniu 2 grudnia 2020 r. złożył wyjaśnienia, czyniąc na wstępie uwagę, iż obowiązek wynikający z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez użycie przez ustawodawcę w ustawie Pzp sformułowania (zwrotu) „wyjaśnić” ma czynić przedmiotem wyjaśnień rzecz niezrozumiałą; usprawiedliwiać coś, zwracać umotywowanie czegoś) oraz „wyjaśnić» (tj. uczynić coś więcej zrozumiałym; podać powody lub motywy). Przystępujący wskazał, iż stosownie do treści przepisu art. 12 ust. 7 ustawy Prawo budowlane, podstawę do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie stanowi m.in. wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego potwierdzony zaświadczeniem wydanym przez tę izbę. Z kolei zgodnie z treścią art. 12 a ww. ustawy, samodzielne funkcje techniczne w budownictwie mogą również wykonywać osoby, których odpowiednie kwalifikacje zawodowe zostały uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych. W ww. rzeczonym zakresie należy odwołać się regulacji wynikającej z przepisu art. 20a ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r., o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów (Dz. U. z 2013 r., poz. 932). Z treści ust. 1 art. 20a ww. ustawy, wprost wynika, że obywatel państwa członkowskiego posiadający kwalifikacje zawodowe architekta, inżyniera budownictwa lub urbanisty, który prowadzi zgodnie z prawem działalność w zakresie tego zawodu w innym niż Rzeczpospolita Polska państwie członkowskim ma prawo do tymczasowego i okazjonalnego wykonywania zawodu odpowiednio architekta, inżyniera budownictwa lub urbanisty na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zwanego dalej „świadczeniem usług transgranicznych”, bez konieczności uznawania kwalifikacji zawodowych, z zastrzeżeniem wymogów określonych w ust. 2-11. Zgodnie z ust. 2 przywołanego przepisu przed rozpoczęciem świadczenia usług transgranicznych po raz pierwszy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej architekt, inżynier budownictwa lub urbanista przedkłada właściwej okręgowej radzie izby, właściwej ze względu na miejsce zamierzonego wykonywania czynności, pisemne oświadczenie o zamiarze świadczenia danej usługi(...). Uwzględniając przytoczone powyżej regulacje prawne, zasady świadczenia usługi transgranicznej, należy wyjaśnić, iż Wykonawca wskazując na stanowisko osobę Kierownika budowy wskazał obywatela państwa członkowskiego (w tym przypadku Niemiec) posiadającego stosowne uprawnienia na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nabyte w kraju będącym członkiem UE. Zakres uprawnień do kierowania robotami budowlanymi Pan T. W. nabył zgodnie z przepisami prawa niemieckiego, po ukończeniu studiów wyższych na Politechnice w Moguncji, Niemcy oraz w realizacji inwestycji wskazanych i opisanych w Formularzu oferty w „Wykazie osób” oraz posiada 7 letnie doświadczenie zawodowe w bezpośrednim wykonawstwie robót hydrotechnicznych w okresie od 02.2010 do 01.2018 roku związanych z pełnieniem funkcji Kierownika budowy bądź

kierownika robót.

Wykonawca wyjaśnił dalej, że w pkt 7.2.3 ppkt 1 SIWZ Zamawiający wymagał podania na stanowisko Kierownika budowy osoby z minimum 5 letnim doświadczeniem zawodowym w bezpośrednim wykonawstwie hydrotechnicznym (na stanowisku kierownik budowy bądź kierownik robót z uprawnieniami do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, tj. do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynierii hydrotechnicznej o specjalizacji śródlądowe lub morskie budowle hydrotechniczne lub melioracje wodne, wydanymi na podstawie Rozporządzenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. z 2019r., poz. 831) lub odpowiadających im ważnych uprawnień do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, w zakresie odpowiadającym powyższym wymaganiom (bez warunku dotyczącego specjalizacji), wydanych na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów zrzeszonych we właściwej izbie samorządu zawodowego – ustawa o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (Dz.U. z 2001r., nr 5, poz. 42) lub Wykonawca winien wykazać dysponowanie osobą, która spełnia warunki zawarte w art. 12a ustawy z dnia 07.07.1994r. Prawo budowlane, na co już wskazano. Z kolei w pkt 7.7 SIWZ Zamawiający opisał, że w przypadku osób, które są obywatelami państw członkowskich Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej oraz państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) oraz zostały wyznaczone do realizacji zamówienia, to posiadają wymagane przez Zamawiającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi, jeżeli nabyły kwalifikacje zawodowe do wykonywania działalności w budownictwie, równoznacznej wykonywaniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej odpowiadające posiadaniu uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi, a w przypadku gdy nie posiadają odpowiedniej decyzji o uznaniu kwalifikacji zawodowych, to Zamawiający wskazał, aby spełnione zostały w stosunku do tych osób wymagania, o których mowa w art. 20a ust. 2-6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa, dotyczące świadczenia usług transgranicznych. Przystępujący wyjaśnił, że w określonych przez Zamawiającego wymaganiach na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, spełnił wszystkie opisane przez Zamawiającego warunki udziału w złożonej ofercie, jest przygotowany do realizacji przedmiotowego zamówienia, a wskazana osoba w Wykazie osób posiada uprawnienia do pełnienia funkcji Kierownika budowy i przystąpienie do realizacji funkcji Kierownika budowy nastąpi zgodnie i na zasadach opisanych przez Zamawiającego w SIWZ, zgodnie z obowiązującym w ww. zakresie przepisami prawa.

W celu uchylenia ewentualnych wątpliwości Zamawiającego, Przystępujący wskazał także, że zgodnie z treścią przepisu art. 29 ust. 1 ustawy o uznawaniu kwalifikacji właściwy organ, z zastrzeżeniem art. 31, nie wszczyna postępowania w sprawie uznania kwalifikacji, a wszczęte postępowanie umarza w przypadku osoby Usługodawcy, który: 1) wykonuje ten sam zawód lub działalność w innym państwie członkowskim będącym państwem siedziby usługodawcy lub 2) przez dwa lata w czasie odpowiadającym pełnemu wymiarowi czasu pracy lub odpowiednio dłużej w przypadku wykonywania zawodu lub działalności w niepełnym wymiarze czasu pracy, w okresie ostatnich dziesięciu lat, wykonywał zawód lub działalność, które w państwie siedziby usługodawcy nie są regulowane, lub 3) odbył kształcenie regulowane. Zgodnie z treścią przepisu ust. 2 art. 29 ww. ustawy w ramach świadczenia usługi transgranicznej od Usługodawcy nie wymaga się uzyskania pozwolenia na dopuszczenie do wykonywania zawodu regulowanego lub działalności, wydawanego przez organizację zawodową lub właściwy organ, członkostwa w organizacji zawodowej, rejestracji w organizacji zawodowej lub wpisu do rejestru zawodowego prowadzonego przez właściwy organ. Ponadto zgodnie z art. 30 ustawy o uznawaniu kwalifikacji zawodowych, przed rozpoczęciem świadczenia usług transgranicznych po raz pierwszy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej Usługodawca przedkłada właściwemu organowi pisemne oświadczenie o zamiarze świadczenia danej usługi transgranicznej, zawierające informacje o posiadanej polisie ubezpieczeniowej lub innych środkach indywidualnego lub zbiorowego ubezpieczenia w związku z wykonywaniem danego zawodu, obowiązujących na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Przystępujący w kontekście żądania przez Zamawiającego wskazania podstawy do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w Rzeczypospolitej Polskiej i uprawnień osoby mającej uczestniczyć w realizacji zamówienia wyjaśnił, że takie osoby posiadają prawo wykonywania danej działalności zawodowej, a ich kwalifikacje często nie ustępują kwalifikacjom osób, które uzyskały odpowiednie uprawnienia w Rzeczypospolitej Polskiej i zostały wpisane na listę członków właściwej jednostki samorządu zawodowego. Dlatego ograniczenie możliwości uczestnictwa przez takie osoby w realizacji zamówienia nie powinno ograniczać konkurencji i dyskryminować niektórych wykonawców w celu zachowania zgodności z art. 43 i 49 TWE określających fundamentalne zasady wspólnotowe: swobodę przedsiębiorczości oraz swobodę świadczenia usług.

Zamawiający w dniu 21 października 2020 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą uznał ofertę Konsorcjum Strabag. Drugą ofertą w kolejności ustalonej na podstawie przyjętych kryteriów oceny ofert była oferta Odwołującego ETP S.A.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba oddaliła odwołanie w całości.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2.3 ppkt 2 i 7.7 SIWZ, nie znalazł potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy.

Mając na uwadze, że Konsorcjum Strabag, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w zakresie dysponowania potencjałem zawodowym opisanego w pkt 7.2.3 ppkt 2 SIWZ, w przedstawionym wykazie osób wskazało osobę legitymującą się uprawnieniami nabytymi w innym państwie członkowskim UE (tj. w Niemczech), Izba za zasadne uznaje w pierwszej kolejności przywołanie regulacji odnoszących się do możliwości świadczenia na podstawie takich uprawnień usługi transgranicznej na terytorium Polski.

Zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1333 ze zm., dalej jako „PrBud”) za samodzielną funkcję techniczną w budownictwie uważa się działalność związaną z koniecznością fachowej oceny zjawisk technicznych lub samodzielnego rozwiązania zagadnień architektonicznych i technicznych oraz techniczno-organizacyjnych, a w szczególności działalność obejmującą: 1) projektowanie, sprawdzanie projektów architektoniczno-budowlanych i technicznych oraz sprawowanie nadzoru autorskiego; 2) kierowanie budową lub innymi robotami budowlanymi; 3) kierowanie wytwarzaniem konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz nadzór i kontrolę techniczną wytwarzania tych elementów; 4) wykonywanie nadzoru inwestorskiego; 5) sprawowanie kontroli technicznej utrzymania



objektów budowlanych. W myśl ust. 2 tego przepisu samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, określone w ust. 1 pkt 1-5, mogą wykonywać wyłącznie osoby posiadające odpowiednie wykształcenie techniczne i praktykę zawodową, dostosowane do rodzaju, stopnia skomplikowania działalności i innych wymagań związanych z wykonywaną funkcją, stwierdzone decyzją, zwaną dalej „uprawnieniami budowlanymi”, wydaną przez organ samorządu zawodowego. Jak zaś stanowi ust. 7 podstawę do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie stanowi wpis, w drodze decyzji, do centralnego rejestru, o którym mowa w art. 88a ust. 1 pkt 3 lit. a, oraz - zgodnie z odrębnymi przepisami - wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, potwierdzony zaświadczeniem wydanym przez tę izbę, z określonym w nim terminem ważności. Zgodnie z art. 12a PrBud samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, określone w art. 12 ust. 1, mogą również wykonywać osoby, których odpowiednie kwalifikacje zawodowe zostały uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych.

Wspomnianymi przepisami odrębnymi są przepisy ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (t.j.: Dz.U. z 2020 r. poz. 220, dalej jako „ustawa o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych”). Zgodnie z definicją wskazaną w art. 5 pkt 10 tej ustawy świadczenie usługi transgranicznej oznacza tymczasowe i okazjonalne wykonywanie zawodu regulowanego albo działalności regulowanej. Wykonywaniu zawodu oznacza wykonywanie zawodu na własny rachunek, na podstawie umowy o pracę albo w innej formie dozwolonej przez przepisy obowiązujące w państwie członkowskim, w którym zawód był, jest lub ma być wykonywany (pkt 6). Z kolei zawód regulowany oznacza zespół czynności zawodowych, których wykonywanie jest uzależnione od posiadania określonych w przepisach regulacyjnych formalnych kwalifikacji niezbędnych do wykonywania tych czynności zawodowych oraz, o ile jest to wymagane, od spełnienia innych warunków określonych w tych przepisach (pkt 4). Zgodnie z art. 31 ust. 1 i 2 ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych usługę transgraniczną w zawodzie regulowanym albo działalności regulowanej może świadczyć usługodawca, który posiada kwalifikacje zawodowe do wykonywania danego zawodu albo do podejmowania lub wykonywania danej działalności w państwie usługodawcy, jeżeli zawód albo działalność: 1) są regulowane w państwie usługodawcy albo 2) nie są regulowane w państwie usługodawcy, a usługodawca: a) wykonywał ten zawód albo tę działalność w co najmniej jednym państwie członkowskim przez co najmniej rok w okresie ostatnich dziesięciu lat albo b) ukończył kształcenie regulowane. Od usługodawcy nie wymaga się: 1) posiadania prawa wykonywania zawodu regulowanego albo działalności regulowanej przyznanego na podstawie decyzji, o której mowa w art. 7 (tj. decyzji w sprawie prawa wykonywania w Rzeczypospolitej Polskiej zawodów regulowanych albo działalności regulowanych w stosunku do osób, którym zostały uznane kwalifikacje zawodowe do wykonywania zawodu regulowanego albo podjęcia lub wykonywania działalności regulowanej); 2) członkostwa w organizacji zawodowej; 3) rejestracji w organizacji zawodowej albo wpisu do rejestru zawodowego prowadzonego przez uprawniony organ; 4) rejestracji działalności w systemie ubezpieczeń społecznych w celu dokonywania rozliczeń związanych ze świadczeniem usługi transgranicznej na rzecz osób ubezpieczonych - przy czym usługodawca jest obowiązany poinformować Zakład Ubezpieczeń Społecznych o zamiarze świadczenia usługi transgranicznej przed jego rozpoczęciem, a w nagłych przypadkach o świadczeniu usługi transgranicznej po jego zakończeniu. W myśl art. 32 ww. ustawy właściwy organ może kontrolować tymczasowy i okazjonalny charakter świadczenia usługi transgranicznej, biorąc pod uwagę jego długość, częstotliwość, regularność i ciągłość.

Zgodnie z art. 33 ust. 1 ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych przed rozpoczęciem świadczenia usługi transgranicznej po raz pierwszy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej usługodawca przedkłada właściwemu organowi oświadczenie o zamiarze świadczenia danej usługi transgranicznej zawierające informacje o posiadanej polisie ubezpieczeniowej lub innych środkach indywidualnego albo zbiorowego ubezpieczenia w związku z wykonywaniem danego zawodu albo danej działalności, wymaganych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie z ust. 3 usługodawca przedkłada oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, ponownie w każdym roku, w którym zamierza świadczyć usługę transgraniczną. Z kolei w myśl ust. 4 w przypadku świadczenia usługi transgranicznej po raz pierwszy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej właściwy organ może wymagać od usługodawcy dołączenia do oświadczenia, o którym mowa w ust. 1 m.in. zaświadczenia, że usługodawca wykonuje zawód albo działalność zgodnie z prawem w państwie usługodawcy oraz że nie obowiązuje go zakaz - nawet czasowy - wykonywania tego zawodu albo tej działalności, dokumentów potwierdzających kwalifikacje zawodowe usługodawcy, dokumentu potwierdzającego wykonywanie przez usługodawcę danego zawodu albo danej działalności przez co najmniej rok w okresie ostatnich dziesięciu lat albo ukończenie kształcenia regulowanego. Zgodnie zaś z art. 34 ust. 1 omawianej ustawy w przypadku zawodów regulowanych i działalności regulowanych związanych ze zdrowiem lub bezpieczeństwem publicznym, których wykonywanie przez usługodawców nieposiadających odpowiednich kwalifikacji zawodowych mogłoby narażać usługobiorców na poważne niebezpieczeństwo lub powstanie poważnej szkody dla zdrowia, właściwy organ, o ile jest to niezbędne, może wszcząć postępowanie w sprawie uznania kwalifikacji, jeżeli usługodawca zamierza świadczyć daną usługę transgraniczną po raz pierwszy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Jak stanowi ust. 2 właściwy organ, w terminie miesiąca od dnia otrzymania oświadczenia, o którym mowa w art. 33 ust. 1, wraz z załączonymi dokumentami: 1) wydaje decyzję w sprawie uznania kwalifikacji usługodawcy albo 2) wydaje decyzję w sprawie odstąpienia od uznania kwalifikacji usługodawcy, albo 3) zobowiązuje usługodawcę do przystąpienia do testu umiejętności.

Przywołać także należy postanowienia art. 20a ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa z dnia 15 grudnia 2000 r. (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1117), do którego referował pkt 7.7 SIWZ. Zgodnie z tym przepisem (ust. 1-8) obywatel państwa członkowskiego posiadający kwalifikacje zawodowe architekta lub inżyniera budownictwa, który prowadzi zgodnie z prawem działalność w zakresie tego zawodu w innym niż Rzeczpospolita Polska państwie członkowskim, ma prawo do świadczenia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej usługi transgranicznej w rozumieniu art. 5 pkt 10 ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. z 2018 r. poz. 2272 oraz z 2019 r. poz. 534 i 577) w zawodzie odpowiednio architekta lub inżyniera budownictwa (ust. 1). W przypadkach, o których mowa w art. 34 ust. 1 ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej, właściwy organ może wszcząć postępowanie w sprawie uznania kwalifikacji zawodowych wobec obywatela państwa członkowskiego posiadającego kwalifikacje zawodowe architekta lub inżyniera budownictwa zamierzającego świadczyć na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej usługę transgraniczną po raz pierwszy (ust. 2). Postępowania w sprawie uznania kwalifikacji zawodowych nie wszczyna się wobec obywatela państwa członkowskiego posiadającego kwalifikacje zawodowe architekta potwierdzone dokumentami wymienionymi w obwieszczeniu wydanym na podstawie art. 5 ust. 5 (ust. 3). Przed rozpoczęciem świadczenia usługi transgranicznej po raz pierwszy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej obywatel państwa członkowskiego posiadający kwalifikacje zawodowe architekta lub inżyniera



budownictwa przedkłada okręgowej radzie izby właściwej ze względu na miejsce zamierzonego świadczenia usługi: 1) oświadczenie o zamiarze jej świadczenia zawierające informacje o: a) rodzaju czynności zawodowych, jakie zamierza wykonywać, jeżeli ich określenie jest możliwe, b) posiadanym ubezpieczeniu lub innych środkach indywidualnego albo zbiorowego zabezpieczenia w odniesieniu do odpowiedzialności zawodowej; 2) dokument potwierdzający obywatelstwo; 3) zaświadczenie wydane przez właściwy organ państwa członkowskiego, że obywatel państwa członkowskiego posiadający kwalifikacje zawodowe architekta lub inżyniera budownictwa wykonuje faktycznie i zgodnie z prawem zawód lub działalność w tym państwie członkowskim oraz że w momencie składania zaświadczenia nie obowiązuje go zakaz, nawet tymczasowy, wykonywania zawodu lub działalności; 4) dokumenty potwierdzające kwalifikacje zawodowe. (ust. 4). W przypadku istotnej zmiany stanu faktycznego potwierdzonego dokumentami, o których mowa w ust. 4 pkt 2-4, obywatel państwa członkowskiego posiadający kwalifikacje zawodowe architekta lub inżyniera budownictwa jest obowiązany ponownie przedłożyć te dokumenty okręgowej radzie izby właściwej ze względu na miejsce świadczenia usługi transgranicznej (ust. 5). Obywatel państwa członkowskiego posiadający kwalifikacje zawodowe architekta lub inżyniera budownictwa przedkłada oświadczenie, o którym mowa w ust. 4 pkt 1, ponownie w każdym roku, w którym zamierza świadczyć usługę transgraniczną (ust. 6). Świadczenie usługi transgranicznej podlega indywidualnej ocenie dokonywanej przez właściwą okręgową radę izby, przy uwzględnieniu w szczególności długości, częstotliwości, regularności oraz ciągłości świadczenia tej usługi (ust. 7). Właściwa okręgowa rada izby dokonuje tymczasowego wpisu na listę członków izby osób, o których mowa w ust. 1. Wpis jest dokonywany nieodpłatnie po złożeniu oświadczenia, o którym mowa w ust. 4 pkt 1, i nie może powodować utrudnień lub opóźnień w świadczeniu usługi transgranicznej (ust. 8).

Analiza powyższych regulacji prowadzi do wniosku, iż obywatel państwa członkowskiego, który posiada kwalifikacje zawodowe inżyniera budownictwa i prowadzi zgodnie z prawem działalność w zakresie tego zawodu w innym niż Polska państwie członkowskim, ma prawo do świadczenia na terenie Rzeczypospolitej Polskiej usługi transgranicznej (czyli usługi o charakterze tymczasowym, okazjonalnym), jeżeli dany zawód jest regulowany w państwie usługodawcy, a w przypadku gdy nie jest regulowany - jeżeli usługodawca wykonywał ten zawód w co najmniej jednym państwie członkowskim przez co najmniej rok w okresie ostatnich dziesięciu lat (por. art. 31 ust. 1 ustawy o uznawaniu kwalifikacji zawodowych oraz art. 20a ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa, przy czym w tym miejscu wskazać należy, że kwestia prowadzenia przez p. T. W. działalności w zakresie wykonywania zawodu inżyniera budownictwa w innym państwie członkowskim nie była objęta zakresem odwołania). Zasadą jest zatem prawo obywatela państwa członkowskiego do tymczasowego, okazjonalnego świadczenia usług w zakresie zawodu wykonywanego w kraju pochodzenia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie z założeniami, jakie przyświecają świadczeniu usług transgranicznych w państwach członkowskich UE przez obywateli innych państw członkowskich, osoby takie co do zasady powinny być zwolnione z obowiązku uzyskiwania zezwoleń, rejestracji czy członkostwa w organizacji lub instytucji zawodowej, aczkolwiek państwa członkowskie mogą w tym zakresie wprowadzić uproszczoną tymczasową rejestrację, która jednak nie może powodować dodatkowych kosztów, opóźnień czy utrudnień w świadczeniu usługi.

Obowiązujące w Polsce regulacje nakładają na takie osoby pewne formalnoprawne obowiązki, które muszą one dopełnić przed rozpoczęciem świadczenia usługi transgranicznej na terytorium Polski, a przede wszystkim wskazywany w odwołaniu obowiązek złożenia oświadczenia o zamiarze świadczenia usługi. Złożenie takiego oświadczenia służy m.in. dokonaniu tymczasowego wpisu na listę członków danej izby samorządu zawodowego, ale także umożliwieniu właściwym organom dokonania oceny czy w danym przypadku niezbędne jest wszczęcie ewentualnego postępowania w sprawie uznania kwalifikacji zawodowych. Wszczęcie takiego postępowania jest w świetle przepisów fakultatywne (na co wskazuje zarówno treść art. 20a ust. 2 ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa, jak i art. 34 ust. 1 ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych) i może mieć miejsce jeżeli usługodawca zamierza świadczyć daną usługę transgraniczną po raz pierwszy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ale tylko o ile jest to niezbędne i tylko w przypadku wykonywania zawodu regulowanego/działalności regulowanej związanych ze zdrowiem lub bezpieczeństwem publicznym, których wykonywanie przez usługodawców nieposiadających odpowiednich kwalifikacji zawodowych mogłoby narażać usługobiorców na poważne niebezpieczeństwo lub powstanie poważnej szkody dla zdrowia. Również z tytułu i treści rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 lutego 2017 r. w sprawie wykazu zawodów regulowanych i działalności regulowanych, przy wykonywaniu których usługodawca posiada bezpośredni wpływ na zdrowie lub bezpieczeństwo, w przypadku których można wszcząć postępowanie w sprawie uznania kwalifikacji (Dz. U. z 2017 r. poz. 468), wynika fakultatywność wszczęcia tego rodzaju postępowania.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należy zwrócić uwagę na treść warunku udziału w postępowaniu, do którego odnosili się zarzuty odwołania. Warunek ten dotyczył dysponowania kierownikiem budowy, który posiada min. 5-letnie doświadczenie zawodowe w bezpośrednim wykonawstwie hydrotechnicznym (na stanowisku kierownika budowy bądź kierownika robót) i posiada uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, tj. do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń inżynierii hydrotechnicznej o specjalizacji śródlądowe lub morskie budowle hydrotechniczne lub melioracje wodne. Bezsporny w sprawie był fakt, iż p. T. W., który został wskazany przez Konsorcjum Strabag w Wykazie osób, posiadał 7-letnie doświadczenie zawodowe w bezpośrednim wykonawstwie hydrotechnicznym na wymaganych stanowiskach (kierownik budowy, kierownik robót), Odwołujący doświadczenia ww. osoby opisanego w Wykazie osób nie kwestionował. Nie było także co do zasady sporne, że p. W. posiada uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi nabyte w innym państwie członkowskim (w Niemczech). Sporna była natomiast okoliczność czy Konsorcjum Strabag wykazało fakt posiadania przez p. W. wymaganych uprawnień w sposób, jaki wynikał z treści SIWZ, w tym zakres tych uprawnień oraz podstawę do pełnienia funkcji kierownika budowy w oparciu o te uprawnienia na terytorium Polski.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający w pkt 7.6 SIWZ wskazał, iż uznaje wymagane uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi nabyte w innych niż Rzeczypospolita Polska państwach członkowskich Unii Europejskiej, na zasadach określonych w ustawie o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych. Precyzując powyższe, w pkt 7.7. SIWZ Zamawiający wyjaśnił, iż w przypadku obywateli państwa członkowskich UE, uznaje, że osoby te posiadają uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi, jeżeli po pierwsze - nabyły kwalifikacje zawodowe do wykonywania działalności w budownictwie, równoznaczne wykonywaniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, odpowiadające posiadaniu uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi (pkt 1), a ponadto posiadają odpowiednią decyzję o uznaniu kwalifikacji zawodowych lub w przypadku braku decyzji o uznaniu kwalifikacji zawodowych - zostały spełnione w stosunku do tych osób wymagania, o których mowa w art. 20a ust. 2-6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o samorządach

zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa, dotyczące świadczenia usług transgranicznych (pkt 2).

Odwołujący nie przedstawił argumentacji ani dowodów mających wskazywać, że nie doszło do spełnienia wymogu wskazanego w pkt 7.7 ppkt 1 SIWZ, tj., że p. T. W. nie nabył kwalifikacji zawodowych do wykonywania działalności w budownictwie, równoznacznych wykonywaniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, odpowiadających posiadaniu uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi. Przy czym podkreślić należy, że treść tego punktu SIWZ nie referowała do uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi określonej specjalności. Odwołujący nie kwestionował podnoszonej przez Przystępującego opinii prawnej, że uzyskanie przez p. W. tytułu inżyniera na uczelni wskazanej w Wykazie osób świadczy o nabyciu kwalifikacji zawodowych do kierowania robotami budowlanymi, które odpowiadałyby wykonywaniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na terytorium RP, nie przeczył treści przedstawionej przez Przystępującego opinii prawnej, z której wynika, iż w świetle prawa niemieckiego już na podstawie kwalifikacji zawodowych dyplomowani inżynierowie/licencjaci (jak p. W.) mogą pełnić funkcję kierownika budowy. Co więcej, Odwołujący nie kwestionował w ogóle doświadczenia p. W. w bezpośrednim wykonawstwie hydrotechnicznym na stanowisku kierownika budowy i kierownika robót, w sytuacji gdy fakt posiadania takiego doświadczenia siłą rzeczy uprawdopodobnia okoliczność posiadania kwalifikacji wymaganych do sprawowania funkcji kierownika budowy/robót obejmujących budowę wałów przeciwpowodziowych. Z kolei podnoszone podczas rozprawy twierdzenia, że dane wskazane w Wykazie osób, w tym informacje o ukończonym kierunku studiów „Zarządzanie obiektem”, nie odnoszą się do robót hydrotechnicznych, nie były objęte zakresem odwołania, a jako takie pozostają bez wpływu na rozstrzygnięcie Izby. Podobnie nie została w odwołaniu podniesiona okoliczność wskazywana podczas rozprawy, że w przypadku ukończenia kierunku studiów podanego w Wykazie osób, p. W. musiałaby złożyć stosowne wyjaśnienia do właściwej rady, tłumacząc dlaczego na podstawie takiego dyplomu może pełnić funkcję inżyniera hydrotechnicznego. A nawet gdyby teza ta była prawdziwa, to sam fakt konieczności złożenia wyjaśnień nie świadczy o braku posiadania wymaganych kwalifikacji. Tym samym zdaniem Izby nie ma podstaw, aby w stosunku do osoby p. T. W. kwestionować spełnienie wymogu wskazanego w pkt 7.7 ppkt 1 SIWZ.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał także, aby w przypadku p. T. W. nie zachodziły okoliczności wskazane w pkt 7.7 ppkt 2 SIWZ. Nie było sporne, że osoba ta nie posiada decyzji o uznaniu kwalifikacji zawodowych, a przynajmniej Przystępujący na fakt posiadania takiej decyzji nie wskazywał. Posiadanie takiej decyzji nie było jednak obligatoryjne dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż Zamawiający wskazał, iż w przypadku braku decyzji o uznaniu kwalifikacji zawodowych w stosunku do osoby wskazanej w Wykazie mają zostać spełnione wymagania, o których mowa w art. 20a ust. 2-6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa, dotyczące świadczenia usług transgranicznych. Na gruncie tak postawionego w treści SIWZ wymogu powstaje pytanie, czego tak naprawdę oczekiwał Zamawiający od wykonawcy powołującego się na dysponowanie kierownikiem budowy będącym obywatelem innego państwa członkowskiego UE, nieposiadającym decyzji o uznaniu kwalifikacji zawodowych i mającemu świadczyć usługę transgraniczną, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w szczególności czy i jakich czynności powinien był dopełnić wykonawca (lub osoba wskazana w Wykazie osób) na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Zamawiający czynności tych w SIWZ wprost nie wskazał, poprzestając na odesłaniu do wymogów z art. 20a ust. 2-6 ww. ustawy. Tymczasem w ocenie Izby żaden z powyższych przepisów nie nakłada na wykonawców - nawet pośrednio poprzez odesłanie zawarte w SIWZ - obowiązku, jakie powinni oni dopełnić już na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia. Art. 20a ust. 2 ww. ustawy mówi jedynie o fakultatywnej możliwości wszczęcia postępowania w sprawie uznania kwalifikacji zawodowych wobec obywatela państwa członkowskiego zamierzającego świadczyć usługę transgraniczną po raz pierwszy – nie sposób więc uznać, aby Zamawiający wymagał od wykonawców, by takie postępowanie wobec osoby wskazanej w wykazie zostało wszczęte już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, skoro z treści ustawy wynika, że nie jest ono obligatoryjne (co potwierdzają regulacje ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych). Art. 20a ust. 3 odnosi się wyłącznie do uznania kwalifikacji zawodowych architekta, a zatem w ogóle nie znajduje zastosowania w omawianym przypadku, który dotyczy inżyniera budownictwa (kierownika budowy). Ust. 4 tego przepisu mówi o konieczności złożenia oświadczenia o zamiarze świadczenia usługi transgranicznej po raz pierwszy przed rozpoczęciem świadczenia tej usługi, co nie może być jednak w ocenie Izby utożsamiane z obowiązkiem złożenia takiego oświadczenia już w momencie deklarowania, że dysponuje się osobą posiadającą dane uprawnienia na potrzeby wykazania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Art. 20a ust. 5 mówi jedynie o obowiązku informacyjnym i konieczności ponownego złożenia części dokumentów w przypadku istotnej zmiany stanu faktycznego. Z kolei ust. 6 mówi o obowiązku składania oświadczenia o zamiarze świadczenia usługi transgranicznej, o którym mowa w ust. 4 pkt 1 ponownie w każdym roku, w którym dana osoba zamierza świadczyć usługę.

W świetle przywołanych regulacji nie ma wątpliwości, że osoba zamierzająca świadczyć usługę transgraniczną ma obowiązek złożenia oświadczenia o takim zamiarze przed rozpoczęciem świadczenia tej usługi, niemniej powyższego obowiązku nie można przenosić bezpośrednio na płaszczyznę wykazywania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób, w jaki czyni to Odwołujący - tj., że już w chwili składania oferty oświadczenie takie powinno zostać złożone. Przepis art. 22a ust. 4, do którego odesłał Zamawiający w treści warunku w kwestii terminu złożenia oświadczenia mówi tylko tyle, że ma to mieć miejsce przed rozpoczęciem świadczenia usługi, a Zamawiający wymagał wynikających z omawianej ustawy w zakresie terminu nie doprecyzował w SIWZ. W orzecznictwie Izby zwraca się uwagę na okoliczność, iż wynikający z obowiązujących przepisów obowiązek złożenia stosownego oświadczenia przed rozpoczęciem świadczenia usługi transgranicznej po raz pierwszy na terytorium RP wyraźnie wskazuje na konieczność rozdzielenia kwestii posiadania stosownych uprawnień od samej możliwości świadczenia usługi w oparciu o posiadane uprawnienia w danym kraju. O posiadaniu uprawnień budowlanych stanowi co do zasady fakt posiadania odpowiednich uprawnień w kraju pochodzenia i wykonywanie w nim zawodu inżyniera budownictwa (wynika to wprost z treści art. 20a ust. 1 ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa). Podobnie odróżnić należy warunek dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym o określonych uprawnieniach na potrzeby ubiegania się o udzielenie zamówienia od ewentualnej konieczności dopełnienia formalnoprawnych obowiązków przed rozpoczęciem wykonywania na terytorium RP tymczasowo i okazjonalnie usługi w zakresie wykonywanego zawodu (por. m.in. wyrok z dnia 25 października 2018 r., sygn. akt KIO 2039/18, wyrok z dnia 19 maja 2017 r., sygn. akt KIO 901/17, wyrok z dnia 24 października 2013 r. sygn. akt KIO 2396/20). Na powyższe zwracał uwagę także Przystępujący, natomiast w odwołaniu, poza lakonicznym zdaniem, że z takim rozróżnieniem nie można się zgodzić, nie sposób znaleźć dalszej argumentacji

w tym zakresie.

W ocenie składu orzekającego, jeżeli Zamawiający wymagałby, aby w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oświadczenie, o którym mowa w art. 22a ust. 4 ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa, miało już na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia zostać złożone we właściwym organie, to powinien to wyartykułować w treści SIWZ w sposób precyzyjny, ponieważ przepisy, do których odesłał mówią jedynie o złożeniu oświadczenia przed rozpoczęciem świadczenia usługi. Interpretacja prezentowana przez Odwołującego prowadzi do sytuacji, w której na wykonawcę powołującego się na doświadczenie obywatela innego państwa członkowskiego UE nakładałoby się na etapie ubiegania się o zamówienie dodatkowe wymaganie, którego obowiązek spełnienia na gruncie obowiązujących przepisów istnieje, ale może być ono spełnione w późniejszym terminie. Jakkolwiek zatem oczekiwana od wykonawców ubiegających się o zamówienie należyta staranność mogłaby uzasadniać złożenie oświadczenia o zamiarze świadczenia usługi transgranicznej jak najszybciej, aby uzyskać stosowny wpis tymczasowy przed terminem zawarcia umowy i rozpoczęcia świadczenia usług, to kwestia ta pozostaje bez wpływu na ocenę wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Dlatego też, mimo że fakt złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 22a ust. 4 ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa ma znaczenie z perspektywy dopełnienia formalnoprawnych obowiązków w celu świadczenia usługi transgranicznej na terytorium RP, to Odwołujący błędnie przenosi ten obowiązek na grunt postępowania o udzielenie zamówienia, wprowadzając wymóg złożenia tego oświadczenia w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby powyższe stanowi nadinterpretację postanowień SIWZ, których wykładni nie sposób dokonywać w oderwaniu od funkcjonujących regulacji prawnych, do których SIWZ odsyła.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, iż Odwołujący tak naprawdę nawet nie wykazał, że w stosunku do podanego w Wykazie osób przez Przystępującego p. W. nie zostały spełnione wymagania określone w art. 22a ust. 2-6 ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa, w tym, że nie posiada on kwalifikacji zawodowych, które umożliwiłyby mu świadczenie usługi transgranicznej w zakresie wymaganym zamówieniem i uzyskanie tymczasowego wpisu na listę członków samorządu zawodowego. W postępowaniu odwoławczym nie został uprawdopodobniony nawet fakt, że stosowne oświadczenie, o którym mowa w art. 22a ust. 4 ww. ustawy nie zostało złożone - Odwołujący poprzestał w tym zakresie na ogólnych twierdzeniach, że takie informacje uzyskał kontaktując się z właściwą izbą inżynierów budownictwa, nie przedstawiając na tę okoliczność żadnych dowodów. Mając na uwadze, że Izba dysponuje w tym zakresie wyłącznie przeciwnymi oświadczeniami Odwołującego i Przystępującego, nie sposób uznać twierdzeń Odwołującego za wykazane, a to na Odwołującym spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu, to Odwołujący wywodził bowiem z okoliczności niezłożenia takiego oświadczenia skutek w postaci konieczności eliminacji Konsorcjum Strabag z postępowania. Błędne jest także powoływanie się przez Odwołującego na okoliczność, że p. T. W. nie został wpisany tymczasowo na listę członków właściwej izby. Po pierwsze, art. 22a ust. 8 ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa, który reguluje kwestię dokonania tymczasowego wpisu na listę osoby świadczącej usługę transgraniczną, nie był objęty zakresem pkt 7.7. ppkt 2 SIWZ. Po drugie zaś tymczasowy wpis na listę członków izby potwierdza jedynie, że dana osoba może świadczyć usługi zgodnie z posiadanymi uprawnieniami, a o posiadaniu uprawnień budowlanych przesądza to, że dana osoba posiada odpowiednie uprawnienia w kraju pochodzenia i wykonuje w nim zawód inżyniera budownictwa (co – jak wskazano już powyżej - wynika z art. 20a ust. 1 ww. ustawy). Wpis taki dokonywany jest nieodpłatnie już po złożeniu oświadczenia i nie może powodować utrudnień lub opóźnień w świadczeniu usługi transgranicznej.

Podkreślić trzeba, że jeżeli Odwołujący kwestionował fakt wykazania przez Przystępującego spełnienia warunku odnoszącego się do dysponowania potencjałem zawodowym (osobą mającą pełnić funkcję kierownika budowy posiadającą wymagane uprawnienia i doświadczenie), to jego zadaniem – jako podmiotu, który z tego faktu wywodził skutek prawny w postaci naruszenia przepisów ustawy Pzp i konieczności wyeliminowania z postępowania Przystępującego – było wykazać, że osoba wskazana w Wykazie osób (p. T. W.), wbrew informacjom przedstawionym w tym wykazie oraz złożonych wyjaśnieniach, nie posiada wymaganych uprawnień, kwalifikacji czy doświadczenia, ewentualnie że Przystępujący nie wykazał, aby osoba ta spełniała warunek udziału w postępowaniu w sposób, w jaki należało to wykazać zgodnie z SIWZ. W ocenie Izby Odwołujący nie sprostował spoczywającemu na nim w tym zakresie ciężarowi dowodowemu. Odwołujący nie podważył skutecznie ani faktu, że osoba, która zdobyła tytuł licencjata inżyniera na niemieckiej uczelni technicznej posiada w świetle prawa niemieckiego uprawnienia do pełnienia funkcji kierownika budowy, ani nie kwestionował licznych doświadczenia p. T. W. na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót w dziedzinie hydrotechniki. Odwołujący nie przedstawił także żadnych dowodów mających chociażby uprawdopodobniać stawiane tezy ani nie wykazał, że kwalifikacje i doświadczenie p. W. uniemożliwiłyby mu uzyskanie tymczasowego wpisu na listę członków samorządu zawodowego.

W ocenie Izby argumentacja przedstawiona w odwołaniu, zamiast odnosić się do meritum problemu i faktycznego podważenia kwalifikacji p. W. i możliwości pełnienia na ich podstawie samodzielnych funkcji technicznych na terytorium Polski, została skoncentrowana na uchybieniach formalnych w treści wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego w toku postępowania, takich jak błędne wskazanie przepisów, nieścisłości w nazwie uczelni czy wreszcie literówki w nazwisku, które to okoliczności - zdaniem Izby - pozostawały zasadniczo bez wpływu na kwestię oceny spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu. Jakkolwiek zgodzić należy się z tym, że wyjaśnienia Konsorcjum Strabag były dalekie od ideału, to jednak – pomimo wskazania częściowo nieaktualnych regulacji - wynikało z nich, że podstawę do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na terenie Polski Przystępujący wywodził z przepisów regulujących problematykę świadczenia usług transgranicznych, znanych Zamawiającemu i wskazanych w pkt 7.2.3, 7.6 i 7.7 SIWZ, do których to postanowień SIWZ Przystępujący również odwoływał się w wyjaśnieniach. Przystępujący wskazał w szczególności na art. 12a PrBud, z którego wynika możliwość wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie przez osoby, których kwalifikacje zostały uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych. Na gruncie wyjaśnień jasnym było także, że podstawą taką były przepisy regulujące zasady uznawania kwalifikacji zawodowych oraz art. 20a ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa. Przystępujący w wyjaśnieniach wprost wskazał także na konieczność złożenia (będącego główną ośią sporu w postępowaniu odwoławczym) oświadczenia o zamiarze świadczenia usługi transgranicznej przed rozpoczęciem świadczenia tej usługi po raz pierwszy, a okoliczność, że wcześniej wymóg taki wynikał z art. 20a ust. 2 ww. ustawy, a nie jak obecnie z art. 20a ust. 4, jest irrelewantna dla dokonywanej oceny. Podobnie nie ma większego znaczenia fakt, że art. 20a ust. 1 ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa we wcześniejszym brzmieniu wskazywał na brak konieczności uznawania

kwalifikacji zawodowych w przypadku osoby, która wykonuje ten sam zawód w innym państwie członkowskim, a obecnie literalnie na to nie wskazuje. Już bowiem z ust. 2 omawianego przepisu w jego aktualnym brzmieniu wynika, że wszczęcie postępowania w sprawie uznania kwalifikacji zawodowych, jakkolwiek może mieć miejsce, jeśli jest to niezbędne, to ma charakter fakultatywny. Odwołujący nie wskazywał, aby wykładni tego przepisu należało dokonywać odmiennie niż wynika to z jego literalnego brzmienia, a podniesione w odwołaniu twierdzenie, że decyzja w sprawie uznania kwalifikacji musi zostać wydana w przedmiotowym przypadku, nie zostało niczym poparte. Również Zamawiający rozróżniał kwestię legitymowania się decyzją o uznaniu kwalifikacji zawodowych od spełnienia wymagań z art. 22a ust. 2-6 ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa, czemu dał wyraz w pkt 7.7 ppkt 2 SIWZ.

Ponadto za całkowicie nieuzasadnione Izba uznała twierdzenia Odwołującego o tym, że informacje wskazane w Wykazie osób złożonym przez Konsorcjum Strabag miałyby dotyczyć innej osoby niż wskazana w treści wyjaśnień. Rozbieżność pomiędzy nazwiskiem osoby wskazanej w Wykazie osób (W.), a nazwiskiem wskazanym w wyjaśnieniach (W.) stanowi nic innego jak oczywistą omyłkę pisarską (brak jednej litery w nazwisku), z kolei rozbieżność co do nazwy uczelni (Politechnika w Moguncji – Uniwersytet Nauk Stosowanych w Mainz) w istocie nie zachodzi, jest kwestią tłumaczenia nazwy Fachhochschule Mainz – University of Applied Sciences, a miejscowość Mainz w języku polskim to Moguncja. Odnosząc się zaś do kwestii dotyczącej zakresu uprawnień p. W. należy wskazać, iż słusznie podnosił Przystępujący, że Odwołujący interpretuje pojęcie zakresu uprawnień przez pryzmat regulacji prawa polskiego, które wyodrębnia w ramach uprawnień specjalności wskazywane w decyzji stwierdzającej przygotowanie zawodowe. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnił, że zakres uprawnień w przypadku p. W. wynika z faktu ukończenia studiów wyższych oraz realizacji inwestycji wskazanych w Wykazie osób, obejmujących 7-letnie doświadczenie zawodowe w bezpośrednim wykonawstwie hydrotechnicznym. Odwołujący powyższych okoliczności nie podważał, a jedynie poprzestał na lakonicznym stwierdzeniu, że takiego zakresu uprawnień nie wskazano. Odwołujący nie zakwestionował także ani stanowiska Przystępującego wskazującego, że w świetle prawa niemieckiego nie wydaje się w tym zakresie analogicznych do prawa polskiego decyzji stwierdzających fakt posiadania uprawnień w danym zakresie (specjalności), ani nie podważał przedstawionej przez Konsorcjum Strabag w postępowaniu odwoławczym opinii prawnej. Odwołujący zdaniem Izby nie przedstawił argumentacji mającej potwierdzić, że opis przedstawiony w treści Wykazu osób w zestawieniu z treścią udzielonych wyjaśnień, nie dawała podstaw do zweryfikowania przez Zamawiającego czy p. T. W. posiada wymagane uprawnienia. Chybione są także twierdzenia Odwołującego, że Przystępujący nie złożył wraz z wyjaśnieniami żadnych dokumentów, z których wynikałby zakres uprawnień p. W., gdyż ani treść SIWZ, ani treść wezwania, nie nakładała na Przystępującego takiego obowiązku. Tymczasem, jak wynika z treści odwołania, to właśnie na okoliczności braku przedstawienia dokumentów, które pozwoliłyby ustalić Zamawiającemu zakres posiadanych uprawnień p. W. do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zgodnie z warunkami opisanymi w pkt. 10.4.3. SIWZ, Odwołujący co do zasady opierał swoje stanowisko.

Mając na uwadze wszystko powyższe, zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp nie sposób uznać za udowodniony. Na marginesie należy zauważyć, iż nawet gdyby uznać, że informacje zawarte w złożonym przez Przystępującego Wykazie osób oraz wyjaśnieniach udzielonych na wezwanie oparte o art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, nie były wystarczające do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, obowiązkiem Zamawiającego byłoby wezwanie Konsorcjum Strabag do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów w tym zakresie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a zatem wykluczenie Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, czego domagał się Odwołujący, byłoby przedwczesne.

W ocenie Izby nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, oparty na wskazaniu przez Przystępującego w treści wyjaśnień i w JEDZ informacji niezgodnych ze stanem faktycznym. Odwołujący tej niezgodności bowiem nie wykazał. Mając na względzie, że podstawy faktyczne ww. zarzutu były zbieżne z podstawami faktycznymi zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, Izba w całości podtrzymuje powyżej przedstawione rozważania, uznając za zbędne ich ponowne przywoływanie w tym miejscu. Ponadto zauważyć należy, iż dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp muszą zostać spełnione następujące przesłanki: a) przedstawienie przez wykonawcę nierzetelnych informacji w zakresie niepodlegania wykluczeniu, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji (ewentualnie zatajenie tych informacji lub nieprzedstawienie wymaganych dokumentów); b) wprowadzenie zamawiającego w błąd przy przedstawianiu ww. informacji; c) przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, natomiast art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wymaga łącznego zaistnienia następujących przesłanek: a) przedstawienie informacji wprowadzającej zamawiającego w błąd; b) przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa; c) informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. To obowiązkiem Odwołującego było wykazać, że doszło do kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek określonych w tych przepisach, a obowiązkiem temu, zdaniem Izby, Odwołujący nie sprostał. Odwołujący wywodził celowy zamiar wprowadzenia Zamawiającego w błąd z faktu powołania się przez Konsorcjum Strabag na nieaktualne regulacje prawne, podczas gdy - jak wskazano już we wcześniejszej części uzasadnienia - okoliczność ta pozostawała zasadniczo bez wpływu na kwestię oceny spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu na gruncie postanowień SIWZ. Nie sposób uznać także, aby Przystępujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd składając deklaracje dotyczące spełnienia kryteriów kwalifikacji w JEDZ, skoro Odwołujący nie podważył skutecznie w postępowaniu odwoławczym wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Jedynie uzupełniając należy wskazać, iż - jak słusznie zauważył Przystępujący – wskazany jako podstawa obu zarzutów art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania w przedmiotowej sytuacji. Przepis ten kreśla skutki prawne złożenia oferty przez wykonawcę uprzednio wykluczonego z postępowania, co ma miejsce, przykładowo, w przetargu ograniczonym, którego pierwszym etapem jest wyłonienie wykonawców, którzy zostaną następnie zaproszeni do składania ofert. W trybie jednoetapowym, jakim jest przetarg nieograniczony, w przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania właściwym jest przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp – z treści tego przepisu wynika, iż ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą *ex lege*.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:.....**