

WYROK
z dnia 19 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: A Sp. z o. o. z siedzibą w G. (lider Konsorcjum), D. P. d.o.o. z siedzibą w Z, adres dla lidera Konsorcjum: (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S. A, (...)**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i unieważnienie czynności wykluczenia **Konsorcjum: A Sp. z o. o. z siedzibą w G. (lider Konsorcjum), D. P. d.o.o. z siedzibą w Z** z postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z uwzględnieniem wniosku złożonego przez ww. Wykonawcę.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S. A, (...)**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: A Sp. z o. o. z siedzibą w G. (lider Konsorcjum), D. P. d.o.o. z siedzibą w Z**, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A, (...)** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

1

Konsorcjum: A Sp. z o. o. z siedzibą w G. (lider Konsorcjum), D. P. d.o.o. z siedzibą w Z kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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:

2

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie negocjacji z ogłoszeniem, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*opracowanie dokumentacji wykonawczej standardowych konstrukcji dwutorowych słupów dla elektroenergetycznych linii napowietrznych 400 kV*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 stycznia 2017 r. pod numerem 2017/S 005-007392.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 25 ust. 1 w zw. z art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności wykluczenia w oparciu o zarzut niewskazania przez Odwołującego (i) posiadania uprawnień budowlanych nadanych przez odpowiedni organ samorządu zawodowego na terenie Polski lub (ii) posiadania decyzji o uznaniu kwalifikacji zawodowych wydanej przez Krajową Radę Polskiej Izby Inżynierów w Rzeczypospolitej Polskiej lub (iii) posiadania wpisu tymczasowego na listę członków okręgowej izby inżynierów budownictwa, rozumianą jako wpis dokonany w Rzeczypospolitej Polskiej, podczas gdy ani z opublikowanego przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu ani z dokumentu pn. „Szczegółowe informacje i wymagania nt. prowadzonego postępowania”, dalej: „Warunki i Wymagania” nie wynikał i nie wynika (i) ani obowiązek ani (ii) dokumentu, na oświadczenia obowiązek przedstawienia okoliczność postulowanego przez Zamawiającego rozumienia treści warunku udziału zastrzeżonego w sekcji III.1.3. ppkt 2 ogłoszenia, tj. poprzez dopuszczenie w odniesieniu do usług transgranicznych jedynie łącznego spełnienia warunków posiadania (i) uprawnień budowlanych i (ii) wpisu tymczasowego na listę członków okręgowej izby inżynierów budownictwa, co wprost jest sprzeczne z wnioskowaniem logicznym, zgodnie z którym warunek „lub” spełniony jest już przy prawdziwości jednego z warunków częściowych;
- 2) art 22b ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie - polegające na przyjęciu przez Zamawiającego jako podstawy wykluczenia Odwołującego - braku przedstawienia dowodu (i) posiadania uprawnień budowlanych nadanych przez odpowiedni organ samorządu zawodowego na terenie Polski lub (ii) posiadania decyzji o uznaniu kwalifikacji zawodowych wydanej przez Krajową Radę Polskiej Izby

3

Inżynierów lub (iii) posiadania wpisu tymczasowego na listę członków okręgowej izby inżynierów budownictwa, rozumiane jako wpis dokonany w Rzeczypospolitej Polskiej, co oznacza wprost zastosowanie przez Zamawiającego żądania przedstawienia dowodu wpisu obywatela innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej na listę właściwej organizacji zawodowej w Rzeczypospolitej Polskiej, podczas gdy wystarczającym dla weryfikacji spełnienia zastrzeżonego przez Zamawiającego warunku powinno być w świetle art. 22b ustawy Pzp co najwyżej zaświadczenie o stosownym wpisie w kraju pochodzenia obywatela innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, o ile musi on w państwie pochodzenia posiadać określone zezwolenie lub musi być członkiem określonej organizacji, by w swoim kraju pochodzenia świadczyć zamawiane przez Zamawiającego usługi;

- 3) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i dokonanie wykluczenia Odwołującego na podstawie niewykazania warunku niewskazanego ani w ogłoszeniu ani w Warunkach i Wymaganiach, tj. na podstawie okoliczności, których Zamawiający ani nie wyartykułował ani nie oczekiwał zgodnie z ogłoszeniem oraz Warunkami i Wymaganiami, pomimo prawnego obowiązku Zamawiającego do stosowania się do samo limitującego go brzmienia ogłoszenia oraz Warunków i Wymagań;
- 4) art. 26 ust. 2f ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez - implikowanie z pisma Zamawiającego z dnia 28 kwietnia 2017 r. Informacja o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, dalej: „Pismo Wykluczające” - uzasadnienia faktycznego i prawnego - części - zawiadomienie o wykluczeniu wykonawców z postępowania - wzywaniu do złożenia dokumentów, które miałyby poświadczyć okoliczności, które nie były warunkiem udziału w postępowaniu, co narusza tym samym zasadę przejrzystości oraz proporcjonalności postępowania;
- 5) art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 oraz ust. 3 ustawy Pzp poprzez przyjęcie za podstawę wykluczenia, niezaspokojonego, w rozumieniu Zamawiającego, żądania od osób posiadających stosowne uprawnienia budowlane, a będących obywatelami państw członkowskich innych niż Rzeczpospolita Polska, poza uprawnieniami budowlanymi, w rozumieniu przepisów kraju pochodzenia, dysponowania dodatkowo decyzją o uznaniu kwalifikacji

zawodowych wydanej przez Krajową Radę Polskiej Izby Inżynierów lub decyzją o wpisie tymczasowym na listę członków okręgowej izby inżynierów budownictwa w Rzeczypospolitej Polskiej, co stanowi nieproporcjonalność oczekiwań Zamawiającego w przedmiocie przedstawianych dowodów, jak i zastosowanie kryterium niezastrzeżonego ani w ani w i merytorycznego ogłoszeniu Warunkach Wymaganiach, a w konsekwencji bezpodstawnego zawężenia liczby podmiotów dopuszczonych do udziału w postępowaniu, a przez to ograniczenia konkurencji

4

między wykonawcami;

- 6) art. 57 ust. 2 ustawy Pzp poprzez brak skierowania zaproszenia dla Odwołującego do złożenia oferty wstępnej w postępowaniu, pomimo spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, a także art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez poinformowanie o wykluczeniu, pomimo braku uzasadnionych podstaw do takiego zachowania;
 - 7) art. 56 oraz art. 57 Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej [w. skonsolidowane] poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie wymogu niezastrzeżonego w ogłoszeniu ani w Warunkach i Wymaganiach, powodującego nieuzasadnione ograniczenie możliwości świadczenia przez obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej usług transgranicznych i naruszające tym samym przyznaną im swobodę przepływu usług.
- Odwołujący wniósł o:
1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności, polegającej na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu,
 2. nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.
 3. nakazanie Zamawiającemu, po dokonaniu powtórnej oceny wniosku Odwołującego, zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty wstępnej.
 4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów niniejszego postępowania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że przedmiotem niniejszego postępowania jest „*Opracowanie dokumentacji wykonawczej standardowych konstrukcji słupów dla elektroenergetycznych linii napowietrznych 400 kV*”. W sekcji 11.2.4) ogłoszenia, jak podał Odwołujący, Zamawiający dokonał bardziej szczegółowego opisu zamówienia w następujący sposób:

„Zakres pracy obejmuje:

- 1) *Opracowanie koncepcji rozwiązań projektowych wraz z ustaleniem założeń projektowych i zakresu projektowanych słupów tj. typów słupów przeznaczonych dla poszczególnych kombinacji stref obciążenia wiatrem i oblodzeniem oraz typów słupów wspólnych dla różnych kombinacji stref obciążenia wiatrem i oblodzeniem.*
- 2) *Przeprowadzenie badań laboratoryjnych wraz z analizą wyników w celu weryfikacji prawidłowości metod wyznaczania nośności na rozciąganie i rozzerwanie blokowe kątowników połączonych jednym ramieniem, opisanych w normie PN-EN 50341-2-22.*
- 3) *Opracowanie projektów wykonawczo-montażowych słupów dwutorowych dla*

5

kombinacji stref obciążenia wiatrem i oblodzeniem (...), (...) oraz (...) (oznaczenie stref wg normy PN-EN 50341-2- 22).

- 4) *Badania obciążeniowe 1 słupa przelotowego i 1 słupa mocnego na stacji badawczej.*
- 5) *Opracowanie projektów wykonawczo-montażowych słupów trzytorowych dla kombinacji stref wiatrem i wskazanych przez obciążenia oblodzeniem Zamawiającego.*
- 6) *Opracowanie informacji zbiorczej o zaprojektowanej serii słupów zawierającej co najmniej założenia do projektowania, karty informacyjne wszystkich słupów, parametry elektryczne linii wybudowanych na zaprojektowanych słupach, rysunki łańcuchów izolatorów przyjętych do wymiarowania gabarytów słupów.”; dalej:*

„Zakres prac”.

Jednocześnie, zgodnie z sekcją III.1.3) ppkt 2 ogłoszenia, jak wskazał Odwołujący, Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o realizację przedmiotowego zamówienia dysponowali osobami posiadającymi następujące uprawnienia/doświadczenie:

„2.1 Projektant branży elektrycznej - co najmniej 3 osoby

Uprawnienia budowlane: Wymagane uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych W tym 2 osoby posiadają:

Doświadczenie zawodowe tj.: w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania wniosków, wykonał co najmniej jedną dokumentację projektową dla elektroenergetycznej linii napowietrznej prądu przemiennego, zrealizowaną lub odebraną, o napięciu: 400 kV lub 220 kV.

2.2 Projektant branży konstrukcyjno-budowlanej - co najmniej 3 osoby

Uprawnienia budowlane: Wymagane uprawnienia do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej W tym 2 osoby: Doświadczenie zawodowe tj.: w okresie ostatnich 7 lat

przed upływem terminu

składania wniosków wykonał co najmniej 1 dokumentację projektową słupa przelotowego oraz 1 dokumentację projektową słupa mocnego dla elektroenergetycznej linii napowietrznej prądu przemiennego 220 kV lub 400 kV w oparciu o polską normę PN-EN 50341-1 lub normę europejską EN-50341-1 (lub równoważną) oraz słupy te zostały przebadane z wynikiem pozytywnym na stacji badawczej.”

Ponadto, zgodnie z sekcją II.2.3) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał, że głównym miejscem lub lokalizacją realizacji usługi będzie Polska.

Tak określony Zakres prac, zdaniem Odwołującego, jednoznacznie wskazuje, że realizacja przedmiotu zamówienia sprowadza się wyłącznie do projektu wyrobu budowlanego. Precyzyjnie określony przez Zamawiającego Zakres prac w żaden sposób nie

6

wskazuje, w ocenie Odwołującego, jakoby wykonawcy mieli przygotować projekt budowlany, czy też projekt architektoniczno- budowlany. Tym samym, w opinii Odwołującego, w celu należytej realizacji przedmiotu zamówienia, nie ma potrzeby by personel wykonawcy legitymował się posiadaniem samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, w art. 12 ust. 1 pkt. 1-5 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2016 r., poz. 290 ze zm.), dalej: „Prawo budowlane”.

Jeżeli więc przedmiot zamówienia - kierując się wytycznymi Zamawiającego wskazanymi w Zakresie prac - sprowadza się tylko i aż do projektu wyrobu budowlanego, to, w ocenie Odwołującego, w rachubę wchodzić mógłby wyłącznie art. 20 ust. 3a Prawa budowlanego, odnoszący się do sporządzania lub uzgadniania indywidualnej dokumentacji technicznej, o której mowa w art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz.U. z 2016 r., poz. 1570, ze zm.), dalej: „Ustawa o wyrobach”. Tyle tylko, jak zauważył Odwołujący, że art. 10 ust. 1 ustawy o wyrobach odnosi się do opracowania dokumentacji projektowej wyrobu do jednostkowego zastosowania w obiekcie budowlanym. Zamawiający natomiast, jak wyjaśnił Odwołujący, zamawia coś zupełnie innego - a mianowicie standardowe projekty konstrukcji słupów energetycznych, w oparciu o normy zharmonizowane, które sam w ogłoszeniu podaje.

Powyższe rozróżnienie, zdaniem Odwołującego, wpływa także na kwestię pozyskania ewentualnego pozwolenia na budowę. Uzyskanie takiego pozwolenia, jak podał Odwołujący, byłoby niezbędne w przypadku, gdyby Zamawiający w treści ogłoszenia wskazał, że w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia należy także opracować projekt budowlany konstrukcji słupów lub części składowej projektu budowlanego wraz ze wskazaniem terminu i zakresu realizacji takiej usługi. W żadnym miejscu opisu przedmiotu zamówienia, jak wyjaśnił Odwołujący, nie ma odniesienia do konieczności wykonania opracowania projektowego, odpowiadającego wymaganiom Prawa budowlanego, a w szczególności projektu budowlanego, którego zakres i formę określa szczegółowo rozporządzenie Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (Dz.U. z 2012 r., poz. 462).

Dodatkowo Odwołujący wyjaśnił, że słupy elektroenergetyczne jako takie są

konstrukcjami i do czasu wbudowania w linię elektroenergetyczną, tzn. trwałego połączenia z gruntem, nie są obiektem budowlanym (nie są budynkiem, budowlą ani obiektem małej architektury), w związku z czym nie podlegają przepisom Prawa budowlanego. Oczywiście, jak zauważył Odwołujący, Prawo budowlane reguluje kwestie budowlane, w tym obiektów liniowych, przy czym, aby konstrukcja mogła zostać uznana za budowę musi spełniać wymóg trwałego połączenia z gruntem. W ramach realizacji przedmiotu zamówienia - zgodnie z Zakresem prac - na żadnym etapie, jak wyjaśnił Odwołujący, konstrukcja słupa nie

7

będzie jednak funkcjonowała jako budowa w rozumieniu Prawa budowlanego.

Zamawiający wskazując Zakres prac, zdaniem Odwołującego, w sposób jednoznaczny wykluczył z czynności objętych przedmiotem zamówienia takie obowiązki wykonawców, które nakładałyby na nich konieczność uruchomienia procedury lub występowania w trwającym lub przyszłym postępowaniu o wydanie pozwolenia na budowę. Tym samym, w ocenie Odwołującego, przedmiot zamówienia nie jest objęty zamkniętym katalogiem czynności, do realizacji których uprawniony jest wyłącznie projektant posiadający uprawnienia budowlane. Oznacza to, w opinii Odwołującego, że skoro projekty będą tworzone w oparciu o normy zharmonizowane, to nie jest wymagane, aby dany projektant posiadał uprawnienia budowlane. Natomiast wymóg posiadania takich uprawnień byłby niezbędny, zdaniem Odwołującego, w przypadku, gdyby projekt miał być jednostkowym, projektem indywidualnej dokumentacji technicznej.

Dalej Odwołujący zauważył, że ustawa Pzp przyznaje zamawiającym szerokie uprawnienia w zakresie możliwości kształtowania kryteriów wyboru wykonawców pod warunkiem, że kryteria te są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nie mają charakteru dyskryminującego a jednocześnie są konkurencyjne oraz przejrzyste. W ramach postępowania, Zamawiający w sekcji III.1.3) ppkt 2 ogłoszenia, jak wyjaśnił Odwołujący, przedstawił, jakich warunki w zakresie doświadczenia oraz posiadanych uprawnień (budowlanych) oczekuje od wykonawcy. Odwołujący podkreślił, że akceptując warunki wprost i jednoznacznie wyartykułowane w ogłoszeniu złożył Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dalej: „Wniosek”, licząc, że ocena spełniania warunków postępowania zostanie przeprowadzona w sposób rzetelny, niedyskryminacyjny oraz w sposób proporcjonalny do wymogów wynikających z przedmiotu zamówienia.

Na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnie z ogłoszeniem oraz zgodnie z Prawem budowlanym oraz przepisami ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (Dz. U. z 2016 r., poz. 1725, t.j.), dalej: „Ustawa o samorządach”, przez spełnienie wymogu posiadania „uprawnień budowlanych”, zdaniem Odwołującego, wystarczające jest spełnienie warunku (i) odpowiedniego wykształcenia, praktyki budowlanej oraz złożenia egzaminu przed właściwą komisją izby samorządu zawodowego w Rzeczypospolitej Polskiej lub (ii) posiadania w kraju pochodzenia kwalifikacji do wykonywania zawodu, w zakresie określonym w pkt III.1.3) ppkt 2 ogłoszenia.

We Wniosku Odwołujący, jak podał, wskazał osoby będące obywatelami (i) Republiki Chorwacji - w związku z tym, że jest to zawód regulowany w kraju pochodzenia, personel wskazany do realizacji zamówienia posiada nadane przez właściwą miejscowo komisję kwalifikacyjną uprawnienia analogiczne do wydawanych przez polski samorząd zawodowy architektów i inżynierów budownictwa oraz (ii) Rumunii - w związku z tym, że jest

8

to zawód nieregulowany w kraju pochodzenia, personel wskazany do realizacji zamówienia świadczy usługi na podstawie nadanego tytułu zawodowego inżyniera. Na tej podstawie należy stwierdzić, w ocenie Odwołującego, że Odwołujący wykazał posiadanie uprawnień budowlanych przez zgłoszony we Wniosku personel, zgodnie z wymaganiami zawartymi w ogłoszeniu.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z Ustawą o samorządach oraz *Wytycznymi dotyczącymi postępowania w sprawie świadczenia usług transgranicznych*, dalej: „Wytyczne”, stanowiącymi załącznik do uchwały Krajowej Rady Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa w sprawie przyjęcia wytycznych dotyczących postępowania w sprawie świadczenia usług transgranicznych z dnia 28 stycznia 2009 r. (zmienione uchwałą nr

23/R/14 z dnia 10 grudnia 2014 r.), uzyskanie tymczasowego wpisu na listę, w celu świadczenia usługi transgranicznej, następuje po przeprowadzeniu oceny, która nie ma charakteru dowolnego i uznaniowego, a oparta jest wyłącznie o analizę spełniania przez wnioskodawcę warunków określonych przepisami prawa. Tym samym, zdaniem Odwołującego, spełnienie warunków formalnych niejako automatycznie przesądza o uzyskaniu stosownego wpisu. Na marginesie Odwołujący zaznaczył, że procedura uznawania kwalifikacji w celu świadczenia usług transgranicznych nie może powodować opóźnień w możliwości ich wykonywania.

Mając na uwadze informacje wskazane powyżej, z nieukrywaniem zaskoczeniem Odwołujący, jak podał, w dniu 28 kwietnia 2017 r., w godzinach popołudniowych, otrzymał od Zamawiającego w formie maila informację o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wraz ze skanem pisma z dnia 28 kwietnia 2017 r., tj. Pisma Wykluczającego.

W Piśmie Wykluczającym, jak podał Odwołujący, Zamawiający wskazał, że warunki udziału w postępowaniu spełniają następujący wykonawcy: (i) Konsorcjum firm B. S. i P. E. E.-K. S.A., E.- P. W. Sp. z o.o., B. S. i P. E. E.-P. S.A., oraz (ii) Konsorcjum firm E. S.A., I. P. I. P. B. P. E. Sp. z o.o., B. E. S. S.A. oraz Z. W. S. E. R. Sp. z. o.o., zapraszając wyłącznie te podmioty do składania ofert wstępnych.

Pismo Wykluczające, jak wyjaśnił Odwołujący, zawierało także zawiadomienie o wykluczeniu następujących wykonawców: (i) Konsorcjum A. E. ehf, I. E. Sp. z o.o. oraz (ii) Odwołującego.

W związku z powyższym, Odwołujący wskazywał, że wykluczenie Odwołującego, o którym stanowi Pismo Wykluczające, nie znajduje oparcia ani w przepisach ustawy Pzp ani w sporządzonym przez Zamawiającego ogłoszeniu ani w Warunkach i Wymaganiach.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 25 ust. 1 w zw. z art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący podał, że Zamawiający w ogłoszeniu w sekcji III.1.3) ppkt 2 tak sformułował warunek dostępu:

9

„2. Wykonawca dysponuje następującymi osobami, skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji zamówienia:

2.1. Projektant branży elektrycznej - co najmniej 3 osoby

Uprawnienia budowlane: Wymagane uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych W tym 2 osoby posiadają: Doświadczenie zawodowe tj.: w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania wniosków, wykonał co najmniej jedną dokumentację projektową dla elektroenergetycznej linii napowietrznej prądu przemiennego, zrealizowaną lub odebraną, o napięciu: 400 kV lub 220 k.

2.2. Projektant branży konstrukcyjno - budowlanej - co najmniej 3 osoby

Uprawnienia budowlane: Wymagane uprawnienia do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej W tym 2 osoby: Doświadczenie zawodowe tj.: w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania wniosków wykonał co najmniej 1 dokumentację projektową słupa przelotowego oraz 1 dokumentację projektową słupa mocnego dla elektroenergetycznej linii napowietrznej prądu przemiennego 220 kV lub 400 kV w oparciu o polską normę PNEN 50341-1 lub normę europejską EN-50341-1 (lub równoważną) oraz słupy te zostały przebadane z wynikiem pozytywnym na stacji badawczej.”

Z tak sformułowanego warunku dostępu można i należało wywieść, zdaniem Odwołującego, że Zamawiający wymagał - tylko i aż - by osoby wskazane do dyspozycji przez wykonawcę we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - miały kwalifikacje formalne do wykonywania zawodu, zgodnie z przepisami właściwymi dla kraju UE, w jakim nabyły one uprawnienie do wykonywania danego zawodu, co też koresponduje z zasadą przejrzystości, jaką winien kierować się Zamawiający, zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i w zaufaniu, do której Odwołujący przystąpił do postępowania.

Nigdzie, jak podkreślił Odwołujący, w treści ogłoszenia ani w treści Warunków i Wymagań: (i) nie ma żadnego odwołania ani do przepisów Ustawy o samorządach, ani (ii) nie ma wskazania oczekiwania dowodu, na potwierdzenie, że wykazane do realizacji

zamówienia osoby są członkami samorządu zawodowego oraz posiadają aktualne zaświadczenie właściwej izby inżynierów, potwierdzając dysponowanie wpisem na liście tudzież uznaniem uprawnień, o jakich stanowi art. 6 ust 1 i 2 Ustawy o samorządach.

Jednocześnie, jak podał Odwołujący, Zamawiający, na stronie [www.Zamawiającego](http://www.pse.pl/index.php?dzid=14&did=3248) w zakładce <http://www.pse.pl/index.php?dzid=14&did=3248> właściwej dla ogłoszenia, opublikował dokument Warunki i Wymagania. Niezwykle ważnym jest okoliczność, zdaniem Odwołującego, że w pkt 3) - 5) oraz w pkt 7) przedmiotowego dokumentu, str. 1,

10

Zamawiający zaniechał wskazania dokumentu, który stanowić miałby dowód sformułowanych warunków jw., wskazując wyłącznie:

„Pkt 3

Wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu może polegać na zdolności technicznej lub zawodowej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Wykonawca może polegać na zdolności technicznej lub zawodowej innych podmiotów (wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie) jeśli podmioty te zrealizują usługi do realizacji których te zdolności są wymagane.

Pkt 4

Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów.

Pkt 5

W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców, jednolity dokument składa każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Jednolity dokument potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji oraz brak podstaw wykluczenia w zakresie, w którym każdy z Wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji oraz brak podstaw wykluczenia.

Pkt 7

W przypadku, gdy Wykonawca polega na sytuacji finansowej, zdolnościach technicznych lub zawodowych, innych podmiotów, Wykonawca składa wraz z wnioskiem dowód, że Wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Dowód określa w szczególności:

(1) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu, (2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, (3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, (4) czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą. Dowodem takim jest w szczególności pisemne zobowiązanie innych podmiotów do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia sporządzone zgodnie ze Wzorem nr 3 do niniejszej Informacji. Zamawiający informuje, że dokumenty te mogą być przedmiotem wyjaśnień w celu uzyskania wymaganych informacji

11

Niezmiernie ważnym, jak podkreślił Odwołujący, jest pkt 3 oraz 7 Warunków i Wymagań, ponieważ z jego treści niezbicie wynika, że Zamawiający pozostawił jako otwarty obszar tzw. dowodu, jakim wykonawca ma wykazać okoliczności dla Zamawiającego istotne - gdzie centralną okolicznością jest fakt, że dowód taki w szczególności może polegać na pisemnym zobowiązaniu innego podmiotu do oddania zasobów na okres korzystania z nich przy zamówieniu, a zatem takie wykazanie i wyjaśnienie wraz z dowodem jest wystarczające dla Zamawiającego.

Innymi słowy, zdaniem Odwołującego, decyzję, czy wykonawca przedstawi jedynie oświadczenie, czy też dodatkowo przedstawi dowód inny niż oświadczenie, a jeśli takowy dowód przedstawi, to w jakim kształcie, Zamawiający pozostawił swobodnemu uznaniu

każdego z wykonawców składających wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, uznać należy, że Zamawiający pozostawił wykonawcom dowolność w zakresie dowodów, jakimi mają być zaofiarowane, celem weryfikacji kryteriów wskazanych w sekcji III.1.3) ppkt 2 ogłoszenia, dopuszczając także dowód w postaci samego oświadczenia.

Stosownie do ogłoszenia oraz Warunków i Wymagań, Odwołujący, jak wyjaśnił, przedłożył wraz z Wnioskiem odpowiednie dokumenty JEDZ, jak i wszelkie wymagane ogłoszeniem i Warunkami i Wymaganiami oświadczenia wraz z właściwymi dowodami na ich potwierdzenie, działając w zaufaniu do dokumentacji wytworzonej przez Zamawiającego, w ramach swobody zakreślonej przez Zamawiającego w tejże dokumentacji.

Zamawiający, jak zauważył Odwołujący, nie wskazał przecież w ogłoszeniu ani w Warunkach i Wymaganiach, by przedstawiony dla realizacji zamówienia personel miał mieć uprawnienia budowlane czynne, tj. by na dzień złożenia Wniosku, przedstawiony przez Odwołującego personel prócz uprawnień budowlanych, jakimi legitymuje się w państwie członkowskim UE innym niż Polska, co Odwołujący należycie wykazał, zgodnie z kryterium jakie zastrzegł Zamawiający, miał dodatkowo dysponować (i) uprawnieniami budowlanymi nadanymi przez odpowiedni organ samorządu zawodowego Rzeczypospolitej Polskiej lub (ii) posiadania decyzji o uznaniu kwalifikacji zawodowych wydanej przez Krajową Radę Polskiej Izby Inżynierów w Rzeczypospolitej Polskiej lub (iii) posiadania wpisu tymczasowego na listę członków okręgowej izby inżynierów budownictwa w Rzeczypospolitej Polskiej.

Działanie Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, może stanowić również przejaw dyskryminacji, w zakresie wymagania „wykazania”, jak można zrozumieć z Pisma Wykluczającego, spełniania „rozbudowywanego” w trakcie postępowania warunku ze względu na kraj pochodzenia personelu wskazanego we Wniosku. Zamawiający, w trakcie wymiany korespondencji z Odwołującym mającej na celu wyjaśnienie i/lub uzupełnienie złożonego Wniosku ani razu, jak zauważył Odwołujący, nie zwrócił się o wykazanie wpisu do właściwej okręgowej izby inżynierów ani też nie poprosił o przedstawienie aktualnego na

12

dzień składania Wniosku ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w stosunku do obywateli Rzeczypospolitej Polskiej. Jest to, w ocenie Odwołującego, istny dualizm zachowania Zamawiającego, przejawiający się w tym, że w stosunku do obywateli RP poprzestaje na otrzymanym oświadczeniu, podczas gdy w odniesieniu do obywateli UE spoza RP wymaga, jak można rozumieć z Pisma Wykluczającego, dodatkowo zaświadczenia o dokonaniu wpisu na listę właściwej okręgowej izby inżynierów budownictwa.

Zamawiający ponadto nie wskazał, co podkreślił Odwołujący - pomimo takowego zastrzeżenia w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp obowiązku - ani w ogłoszeniu ani w Warunkach i Wymaganiach, elementów i cech statuujących - docelowo i bezpodstawnie oczekiwany, jak można odczytać z Pisma Wykluczającego - kształt dowodu, jaki rzekomo miał być mu zaoferowany na potwierdzenie kryterium warunku udziału wskazanego w sekcji III.1.3) ppkt 2 ogłoszenia.

Zamawiający ma zatem, zdaniem Odwołującego, prawny zakaz dokonania wykluczenia Odwołującego, na podstawie rzekomego „niewykazania” okoliczności w kształcie niesprecyzowanym przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania, a zatem w niezastrzeżonej w postaci, w jakiej następnie wyobraził ją sobie zupełnie dowolnie i zawężająco, wobec własnych sformułowań Zamawiającego.

Przyznać należy, zdaniem Odwołującego, że zgodnie z art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający w tym postępowaniu, jako właściwym dla zamówienia sektorowego, miał prawo zażądać także innych dokumentów niż wskazane w treści rozporządzenia, do którego odwołuje się art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. Nie oznaczało to jednak, zdaniem Odwołującego, w żaden sposób zwolnienia Zamawiającego z prawnego obowiązku wynikającego z ust. 1 art. 25 ustawy Pzp, polegającego na tym, że wykaz oczekiwanych dokumentów ma on obowiązek wskazać - i to albo w ogłoszeniu o zamówieniu - albo w SIWZ - albo w zaproszeniu do składania ofert, a więc w dokumencie inicjującym postępowanie w sprawie zamówienia.

Przywołać należy też, zdaniem Odwołującego, brzmienie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp: „Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu (...), - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji

istotnych elementów zamówienia lub w zaproszeniu do składania ofert”.

Art. 25 ust 1 ustawy Pzp jest, jak podkreślił Odwołujący, przepisem statującym dla Zamawiającego prawny obowiązek określony w czasie, wyznaczając czasowe granice, w jakich Zamawiający ma obowiązek jasnego i przejrzystego wskazania dokumentów potwierdzających spełnianie tzw. warunków udziału w postępowaniu, stanowiąc dla wykonawców prawną gwarancję tego, czego mogą i powinni spodziewać się w ramach postępowania w obszarze tzw. dokumentacyjnym, a na jakie okoliczności wystarczającym

13

będzie tzw. oświadczenie.

Historycznie śledząc postępowanie Zamawiającego, wskazać należy, zdaniem Odwołującego, ogłoszenie, a następnie trzy kolejne pisma Zamawiającego:

Pismem z dnia 1 marca 2017 r., nr 399 DU-PK-WU.230.5.2017.5, pn. „Wezwanie do złożenia dokumentów i wyjaśnień treści złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”, dalej „Pismo 1”, Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia wniosku m. in. w zakresie:

„Wyjaśnienia, czy: (...) 2) Przedstawione przez Państwa osoby, nie potwierdzają spełnienia warunku wskazanego w pkt. 111.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu ppkt. 2.2.tj. „Zamawiający wymagał, aby Wykonawca dysponował osobami skierowanymi do realizacji zamówienia takimi jak m.in.: Projektantem branży konstrukcyjno-budowlanej - co najmniej 3 osoby. Posiadającymi uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. W tym 2 osobami posiadającymi doświadczenie zawodowe tj. w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania wniosków wykonał co najmniej 1 dokumentację projektową słupa przelotowego oraz 1 dokumentację projektową słupa mocnego dla elektroenergetycznej linii napowietrznej prądu przemiennego 220 kV lub 400 kV w oparciu o polską normę PN-EN 50341-1 lub normę europejską EN-50341-1 (lub równoważną) oraz słupy te zostały przebadane z wynikiem pozytywnym na stacji badawczej. W przypadku, gdy ww. osoby nie spełniają warunku udziału w postępowaniu wskazanego w III.1.3) ppkt 2) Ogłoszenia o zamówieniu, wzywam na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia wykazu zgodnie z powyższym warunkiem.”

W odpowiedzi na Pismo 1, Odwołujący, jak podał, pismem z dnia 7 marca 2017 r., znak. ARNT/SP/OF.PSE/0142/2014, dalej: „Pismo RE1”, złożył stosowne wyjaśnienia w odniesieniu do wszystkich wskazanych w piśmie z dnia 1 marca 2017 r. wątpliwości Zamawiającego - w tym - w zakresie spełniania przez osoby wskazane we Wniosku wymogów określonych w ogłoszeniu. Posiadanie, jak wyjaśnił Odwołujący, przez wskazane we Wniosku osoby wymaganych uprawnień budowlanych zostało wykazane poprzez przedstawienie informacji poświadczających posiadanie przez te osoby uprawnień budowlanych zgodnie z prawem obowiązującym w kraju ich pochodzenia, natomiast wymagane do realizacji przedmiotu zamówienia doświadczenie zostało wykazane w następujący sposób:

- a) projektant branży konstrukcyjno-budowlanej Pan P. D. spełnia warunki określone w ogłoszeniu, gdyż pełnił obowiązki głównego projektanta słupów (...) oraz (...), na dowód czego Konsorcjum przedstawiło informacje dotyczące projektu linii 400kV K. – A;
- b) projektant branży konstrukcyjno-budowlanej Pan S. G. spełnia warunki określone w ogłoszeniu, gdyż pełnił obowiązki projektanta sprawdzającego słupów typu (...) oraz

14

(...), a także słupów typu (...) oraz (...), na dowód czego Konsorcjum przedstawiło informacje dotyczące projektu 400/220kV (...);

- c) projektant branży konstrukcyjno-budowlanej Pan P. V.-I. spełnia warunki określone w ogłoszeniu, gdyż pełnił obowiązki projektanta słupów typu (...) oraz (...), a także słupów typu (...) oraz (...), na dowód czego Konsorcjum przedstawiło informacje dotyczące projektu 400/220kV (...).

Nie bez znaczenia, zdaniem Odwołującego, pozostaje fakt, że przedmiotowe wezwanie dotyczyło wyłącznie wskazanych we Wniosku Odwołującego projektantów branży konstrukcyjno-budowlanej.

Kolejnym pismem z dnia 14 kwietnia 2017 r., nr 695 DU-PK-WU.230.5.2017.7 (JBL

pn. „Wezwanie do wyjaśnień treści złożonego Wniosku”, dalej, „Pismo 2”, Zamawiający, jak podał Odwołujący, poprosił o wyjaśnienie, w związku z wątpliwościami w zakresie spełnienia wymaganych warunków udziału w postępowaniu wskazanych w III 1.3 pkt 2 ogłoszenia, „(...) *na jakiej podstawie przedstawione przez Państwa dokumenty i oświadczenia potwierdzają posiadanie wymaganych uprawnień do realizacji zamówienia, zgodnie z 11.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu*, zakreślając termin do złożenia wyjaśnień na dzień 20 kwietnia 2017 r. na godzinę 15:00.

Kolejnym pismem z dnia 19 kwietnia 2017 r., nr 704 DU-PK-WU.230.5.2017.8 (JB), pn. „Wyjaśnienia treści wniosku oraz zmiana terminu”, dalej: „Pismo 3”, jak podał Odwołujący, Zamawiający wskazał nowy termin złożenia wyjaśnień na dzień 21 kwietnia 2017 r., na godz. 15:00, „niewiele wyjaśniając” swoje Pismo 2, nowym Pismem 3.

W Piśmie 3, jak zauważył Odwołujący, Zamawiający dokonał z pozoru niewinnego zabiegu lingwistycznego, formułując swoje pytanie w zakresie kryterium III.1.3) pkt 2 w nowy, trójcłonowy, i wykraczający poza kryteria zastrzeżone w Ogłoszeniu, sposób: „(...) *na jakiej podstawie przedstawione przez Konsorcjum dokumenty i oświadczenia (1) potwierdzają posiadanie uprawnień, a tym samym stanowią podstawę do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie, (2) o których mowa w art. 12 ust. 7, art. 12a oraz art. 33 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2016 r., poz. 290 ze zm.), przypis aut., (3) wymaganych do realizacji na terenie Polski.*”

Odwołujący pismem z dnia 20 kwietnia 2017 r. pod sygn. ARNT/SP/OF.PSE/0197/2017, dalej: Pismo RE2/3, jak podał, ustosunkowując się do Pisma 2 oraz Pisma 3, rzetelnie i w sposób wyczerpujący wyjaśnił okoliczności, na podstawie których osoby wskazane we Wniosku Odwołującego spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w ogłoszeniu.

Odwołujący wyjaśnił, że osoby, które zgodnie z ogłoszeniem zobowiązane były wykazać stosowne uprawnienia budowlane to obywatele Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Chorwacji oraz Rumunii.

15

Odwołujący, jak twierdzi, wyczerpująco przedstawił w Piśmie RE2/3 informacje i dokumenty oraz odniósł się do obowiązujących regulacji prawnych, wskazując jednoznacznie, że wszystkie osoby wskazane we Wniosku posiadają stosowne uprawnienia budowlane do realizacji przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo, jak zauważył, zostały przedstawione wyczerpujące wyjaśnienia w zakresie możliwości świadczenia przez te osoby usług w zakresie zawodu inżyniera budownictwa w Polsce w przypadku wyboru Konsorcjum do realizacji zamówienia.

Zgodnie bowiem z obowiązującymi przepisami, jak wyjaśnił Odwołujący, personel Odwołującego, wskazany we Wniosku, spełnia wszystkie niezbędne przesłanki określone w ustawie o samorządach oraz wydanych na jej podstawie uchwałach Krajowej Rady Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa w zakresie świadczenia usług transgranicznych.

Odwołujący wskazał, że mając na uwadze etap prowadzonego postępowania, nie zostały dokonane stosowne zgłoszenia do właściwej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z uwagi na brak możliwości dołączenia do wniosku „kopii *kontraktu lub jego części, która pozwoli radzie okręgowej na dokonanie oceny przedmiotu działalności, okresu oraz miejsca świadczenia usługi transgranicznej*” (wymagane jako załącznik nr 6 Wniosku o tymczasowy wpis na listę członków Mazowieckiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, dalej: MOIIB, w związku z zamiarem świadczenia usługi transgranicznej). Odwołujący, decyzję o planowanym złożeniu wniosku o wpis na listę MOIIB podjął mając na uwadze przedmiot zamówienia, który *de facto* nie będzie realizowany w jednym, określonym miejscu (jak by można to określić w przypadku, np. prowadzenia budowy), oraz z uwagi na siedzibę Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, najkorzystniejsze z punktu widzenia Zamawiającego jest posiadanie wpisów na listę członków okręgowej izby inżynierów budownictwa, właściwej ze względu na siedzibę Zamawiającego. Jednocześnie, dla Odwołującego także najwłaściwszą izbą jest MOIIB, gdyż MOIIB nie miałaby wątpliwości w zakresie oceny dopuszczalności wpisu na listę, w związku z zamiarem świadczenia usługi transgranicznej, ponieważ z dołączonej do wniosku o wpis na listę części kontraktu wynikałoby, że przedmiot zamówienia będzie realizowany na potrzeby podmiotu mającego siedzibę w obszarze MOIIB.

Odwołujący jednocześnie przypomniał, że zgodnie z Wytycznymi brak wpisu

tymczasowego na etapie składania Wniosku nie będzie miał negatywnego wpływu na możliwość terminowej realizacji przedmiotu zamówienia, gdyż zarówno ocena spełniania warunków niezbędnych do dokonania wpisu, jak i sam wpis mają być realizowane bez zbędnej zwłoki i w sposób nie powodujący opóźnienia w możliwości świadczenia usługi transgranicznej.

Pomimo złożonych wyjaśnień, jak zauważył Odwołujący, w Piśmie Wykluczającym - w sposób całkowicie dowolny, stojący w sprzeczności zarówno z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp,

16

jak i treścią ogłoszenia i treścią Warunków i Wymagań - Zamawiający bezprawnie i dowolnie rozbudował treść warunku dostępu określonego w sekcji III.1.3) pkt 2 poprzez dodatkowe, bezprawne „dopisanie” *ex post* obowiązku „wykazania” wymogu dysponowania przez personel Odwołującego, (i) uprawnieniami budowlanymi nadanymi przez odpowiedni organ samorządu zawodowego na terenie Rzeczypospolitej Polskiej lub (ii) decyzjami o uznaniu kwalifikacji zawodowych wydanymi przez Krajową Radę Polskiej Izby Inżynierów w Rzeczypospolitej Polskiej lub (iii) dysponowania wpisem tymczasowym na listę członków okręgowej izby inżynierów budownictwa, rozumianą jako wpis dokonany w Rzeczypospolitej Polskiej, a więc dokonał zawężenia treści znaczeniowej kryterium w taki sposób, by *de facto* eliminowało podmioty świadczące usługę transgraniczną.

Godzi się podnieść, zdaniem Odwołującego, że w świetle art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, brak ustalenia w chwili publikacji ogłoszenia oraz Warunków i Wymagań przez Zamawiającego precyzyjnych i zawężających kryteriów i ewentualnie korespondujących z nimi dokumentów, jakich *ex post*, już w toku postępowania - co wynikło dopiero z Pisma Wykluczającego - oczekiwał, nie mogło i nie może *ex post* dawać Zamawiającemu prawnej podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Ponadto, jak zauważył Odwołujący, tzw. logika dla prawników wskazuje, że zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp można było zastrzec w ogłoszeniu wymaganie:

- a) oświadczenia, jako samoistnego i wystarczającego dowodu spełniania warunku udziału w postępowaniu albo
- b) oświadczenia oraz przedstawienia relewantnego dokumentu potwierdzającego treść tego oświadczenia, jako dowodu spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Tymczasem, jak zauważył Odwołujący, Zamawiający w miejsce tych elementów posługuje się „oczekiwaniem wykazania”. Tyle tylko, że w postępowaniu, jak zauważył Odwołujący, Zamawiający niejako modyfikuje treść warunku udziału, wprowadzając, jak można wyczytać z Pisma Wykluczającego, potrzebę tzw. wpisu/uznania kwalifikacji, niezastrzeżoną ani w ogłoszeniu ani w Warunkach i Wymaganiach, i zarzucając „brak wykazania”. Taka praktyka, zdaniem Odwołującego, nie ma nic wspólnego z przejrzystością postępowania.

Wszystkie dokumenty, jakie były oczekiwane przez Zamawiającego, zgodnie z ogłoszeniem, jak i zgodnie z Warunkami i Wymaganiach, Odwołujący, w jego ocenie, dostarczył Zamawiającemu, a wyjaśnienia w kontekście postulowanych wątpliwości, przedstawił zgodnie z ogłoszeniem, jak i Warunkami i Wymaganiach oraz obowiązującymi przepisami prawa polskiego.

Zdaniem Odwołującego, zachowanie Zamawiającego wobec Odwołującego godzi wprost w zasadę przejrzystości oraz zasadę proporcjonalności. Sam Zamawiający, jak zauważył Odwołujący, w Piśmie 1, Piśmie 2, oraz Piśmie 3 wyjaśniał swoje wątpliwości

17

wokół sformułowanych przez siebie warunków, mnożył, sumował, odejmował, lawirował dowolnie zakresem znaczeniowym, bezprawnie modyfikując - w sposób dowolny - warunek dostępu w sekcji III.1.3) pkt 2 ogłoszenia, by na podstawie swoich działań dokonać bezprawnej czynności wykluczenia.

Dla porządku Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniem KIO o sygn. akt: KIO 2240/16, żądanie od osób posiadających uprawnienia budowlane, a będących obywatelami państw Szwajcarskiej oraz państw członkowskich EFTA - stron umowy o EOG, poza legitymowaniem się posiadaniem uprawnień, dodatkowo bądź dysponowaniem odpowiednią decyzją o uznaniu kwalifikacji zawodowych lub w przypadku jej braku - by spełniły wymagania, o których mowa w art. 20a ust. 2-6 ustawy o samorządach, dotyczące

świadczenia usług transgranicznych, tj. aby uzyskały one tymczasowy wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego wprost wykracza poza zasadę proporcjonalności. Tak właśnie sytuacja, zdaniem Odwołującego, ma miejsce w tym postępowaniu.

Konkluzja postępowania Zamawiającego jest taka, w ocenie Odwołującego, że narusza on m.in. wymogi proporcjonalności i przejrzystości, i takowe warunkowanie nie powinno się ostać przy formułowaniu dokumentacji otwierającej postępowanie w sprawie zamówienia publicznego. Zauważyć przy tym należy, zdaniem Odwołującego, że wymóg ten nie został wskazany w ogłoszeniu, natomiast *de facto* i *ex post* z naruszeniem art. 25 ust. 1 ustawy Pzp został użyty jako podstawa dyskryminująca Odwołującego jako beneficjenta swobody świadczenia usług transgranicznych i wykluczająca go z postępowania.

Dalej Odwołujący podniósł, że art. 22b ust. 1 i 2 ustawy Pzp wprost statuuje normę ochronną (semiimperatywną) dla uczestników postępowań w sprawie zamówień publicznych, realizowanych przy udziale wykonawców, których kraj pochodzenia jest inny niżli kraj świadczenia usługi, a więc także i przede wszystkim przez wykonawców świadczących, tzw. usługi transgraniczne.

W art. 22b oraz w Zał. XI do dyrektywy 2014/24/UE, jak i w Zał. VII do dyrektywy PE i Rady 2009/81/WE z 13 lipca 2009 r., jak podał Odwołujący, nie ma ani słowa na temat wymogu wpisu do określonego rejestru zawodowego bądź handlowego w państwie przyjmującym, a funkcją i celem tych norm jest gwarancja i ochrona dla słabszych stron stosunków zamówieniowych, czyli przedsiębiorców, by mogli świadczyć usługi transgraniczne zgodnie z prawem wspólnotowym Unii Europejskiej.

Podstawa wykluczenia Odwołującego, jak zauważył Odwołujący, została zaś tak skonstruowana, że skoro Odwołujący nie wykazał jakoby dysponował w zakresie, tzw. personelu z państw członkowskich Unii Europejskiej (i) posiadaniem przez nich uprawnień budowlanych nadanych przez odpowiedni organ samorządu zawodowego na terenie RP lub (ii) posiadaniem decyzji o uznaniu kwalifikacji zawodowych wydanej przez Krajową Radę

18

Polskiej Izby Inżynierów lub (iii) posiadaniem wpisu tymczasowego na listę członków okręgowej izby inżynierów budownictwa, rozumianą jako wpis dokonany w Rzeczypospolitej Polskiej, na moment złożenia Wniosku, to jest automatycznie wykluczony z udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego, stoi to w sprzeczności z brzmieniem i celem art. 22b ustawy Pzp.

Mając dodatkowo na uwadze, że zgodnie z art. 20a ust. 8 ustawy o samorządach, właściwa okręgowa rada izby inżynierów budownictwa ma prawny obowiązek tymczasowego wpisu nieodpłatnie po złożeniu oświadczenia, wskazanego w ust. 4 tegoż przepisu oraz ma prawny zakaz powodowania utrudnień lub opóźnień w świadczeniu usługi transgranicznej, zupełnie bezprawnym jest, zdaniem Odwołującego, twierdzenie Zamawiającego zawarte w Piśmie Wykluczającym: „(...) świadczenie *usługi transgranicznej podlega indywidualnej ocenie dokonywanej przez właściwą okręgową radę izby, przy uwzględnieniu w szczególności długości, częstotliwości, regularności oraz ciągłości świadczenia tej usługi (art. 20a ust. 8 U.s.j.). Oznacza to, że złożenie wniosku o wpis tymczasowy nie gwarantuje jego otrzymania. Jednocześnie, co również istotne, wpis taki może zostać zrealizowany w związku z zamiarem podjęcia świadczenia usługi, jeszcze przed podpisaniem określonego kontraktu. Wskazuje na to jednoznacznie treść art. 20a ust. 4 U.s.j. Tym samym Wykonawca już na tym etapie winien legitymować się odpowiednim wpisem tymczasowym.*”

Z jednej bowiem strony Zamawiający, jak można rozumieć (zresztą dopiero z uzasadnienia wykluczenia Odwołującego), zdaniem Odwołującego, oczekuje wykazania wpisu tymczasowego przed zawarciem z Zamawiającym kontraktu, jak i przed sprecyzowaniem treści stosunku prawnego, jaki chce dopiero negocjować w ramach postępowania (brak chociażby *essentialia negotii* umowy pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą mającym być wybranym w postępowaniu), z drugiej zaś zupełnie pomija praktykę oczekiwania przez okręgowe rady izby inżynierów budownictwa, by wskazać kontrakt, tudzież istotną treść kontaktu, którego wykonywanie w ramach usługi transgranicznej ma być realizowane. Oczekiwanie to, jak zauważył Odwołujący, zupełnie rozmija się też z powszechnie dostępnymi informacjami prawnymi pochodzącymi od organów władzy publicznej Rzeczypospolitej Polskiej.

Sięgając chociażby do pojedynczego punktu kontaktowego utworzonego na

podstawie art. 22a ust. 1 i ust. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz. U. z 2016, poz. 1829, ze zm.) i nadzorowanego przez Ministerstwo Rozwoju, który ma za zadanie dostęp do informacji oraz załatwianie spraw dotyczących zakładania i prowadzenia działalności na terytorium RP, w tym m.in. udzielanie informacji z zakresu świadczenia usług transgranicznych 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 2016 r. poz. 65), można przeczytać, jak podał Odwołujący, że jednym z

19

dokumentów wymaganych do prawidłowego złożenia wniosku o wpis tymczasowy na listę członków okręgowej izby inżynierów budownictwa w celu świadczenia usług transgranicznych jest kontrakt.

Dywagacje Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, są więc kontrowersyjne, a jednocześnie niezasadne i niejako *post factum* zarzucają nieprzedstawienie nieoczekiwanego uprzednio rozwiązania, które w linii czasu byłoby po prostu przedwcześnie, a jednocześnie ingerujące w swobodę wyboru przez personel wykonawcy terminu właściwego dla złożenia danego wniosku o wpis tymczasowy - który to termin dla usługodawcy jest semiimperatywny - ma on obowiązek zgłosić wniosek o wpis „przed rozpoczęciem świadczenia usługi transgranicznej” - nie zaś „w chwili powzięcia zamiaru jej świadczenia”. Ma on tym samym prawo wybrać, jak zauważył Odwołujący, taki termin, który pozwoli mu złożyć wniosek formalnie zupełny i niebudzący wątpliwości, a przepisy prawa gwarantują mu, że działanie organów samorządu nie spowoduje ani utrudnień ani opóźnień dla świadczenia usługi transgranicznej.

Skoro Zamawiający, jak podał Odwołujący, w ogłoszeniu nie podał nawet definitywnie *essentia* umowy dotyczącej zamówienia, to nie może w sposób nieskorelowany ze swoim postępowaniem i przygotowaną przez siebie dokumentacją oczekiwać przedwczesnego działania po stronie personelu wykonawcy, a na pewno nie ma prawa do wykluczenia Odwołującego na podstawie braku takowego działania przy swojej pasywności w tym zakresie.

Tego typu praktyki są, zdaniem Odwołującego, nie dość, że nieproporcjonalne i niezasadne, to stanowią wprost dyskryminację osób, których państwem pochodzenia jest inne państwo Unii Europejskiej niż Rzeczpospolita Polska, a jednocześnie chcące świadczyć usługę transgraniczną, a ponadto naruszają zasadę uczciwej konkurencji oraz naczelną swobodę świadczenia usług w Unii Europejskiej, będącą elementem prawa pierwotnego UE, stosowanego wprost oraz przed ustawami, a zatem moderującego treść przepisów niższego stopnia, w tym ustawy Pzp.

Zamawiający, jak zauważył Odwołujący, dokonał wykluczenia Odwołującego na podstawie rzekomego niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tyle tylko, zdaniem Odwołującego, że niezasadnie i bezpodstawnie, albowiem nie sformułował w postępowaniu warunku udziału w sposób korespondujący z tym, na co powołał się przy uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego.

Argumentując i uzasadniając dokonane wykluczenie Odwołującego w Piśmie Wykluczającym, Zamawiający stwierdza, jak podał Odwołujący, że:

- a) „Zauważyć należy, że przedmiotowa usługa może zostać zrealizowana na terenie Polski wyłącznie przez osoby posiadające odpowiednie uprawnienia budowlane

20

wymagane na tym terenie”.

- b) „Z powyżej zaprezentowanych przepisów, obowiązujących na terenie Polski, wynika jednoznacznie, że przedmiotowa usługa polegająca na zaprojektowaniu konstrukcji słupów elektroenergetycznych, może zostać wykonana przez osoby posiadające wymagane uprawnienia budowlane nadane przez odpowiedni organ samorządu zawodowego albo decyzję o uznaniu kwalifikacji zawodowych, wydaną przez Krajową Radę Polskiej Izby inżynierów Budownictwa albo wpis tymczasowy na listę członków izby odpowiedniej okręgowej izby inżynierów budownictwa”.
- c) „Powyższy obowiązek (patrz: lit b) powyżej) jest istotny w aspekcie realizacji przedmiotowej usługi ze względu również na treść art. 33 ust 2 pkt 1) P.b., zgodnie z

którym do wniosku o pozwolenie na budowę należy dołączyć cztery egzemplarze projektu budowlanego m.in. wraz z zaświadczeniem o wpisie na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego. Obowiązek ten powtórzony został w art. 35 ust 1 pkt 3) P.b.”;

- d) „Powyższe oznacza, że wykonanie przedmiotowego zamówienia w przypadku braku opisanych powyżej decyzji lub wpisu tymczasowego, a w konsekwencji wpisu na listę członków izby odpowiedniej okręgowej izby inżynierów budownictwa może stać się niemożliwe.

Ad. a) - argument prezentowany przez Zmawiającego jest, zdaniem Odwołującego, fałszywy, albowiem usługa zdefiniowana przez Zamawiającego w ogłoszeniu jest projektem konstrukcji, nie zaś budowli, co wyraźnie wynika z sekcji II.2.4) ogłoszenia - Zakresu prac.

Skoro opis przedmiotu zamówienia, w świetle art. 55a. ust. 2 ustawy Pzp, jest, jak zauważył Odwołujący, zamknięty, precyzyjny, a jednocześnie pozwala ustalić charakter i zakres zamówienia i w żadnym miejscu nie wzmiankuje w żaden sposób, by przedmiot zamówienia miał znamiona projektu budowlanego ani by zamawiana usługa polegała dodatkowo na występowaniu przez projektantów jako strony w postępowaniu o udzielenie pozwolenia na budowę, to twierdzenie Zamawiającego jest po prostu fałszywe, opierając się o wzbogacające zakres zamówienia z sekcji II.2.4) ogłoszenia dodatkowe świadczenia, nie wskazane w żaden sposób w ogłoszeniu, ani w Warunkach i Wymaganiach.

Ad. b) - kolejny argument prezentowany przez Zmawiającego jest fałszywy, w ocenie Odwołującego, albowiem w żaden sposób ze wzmiankowanych przez Zamawiającego przepisów prawa nie wynika, by usługa stanowiąca przedmiot zamówienia, zdefiniowana przez Zamawiającego w Zakresie prac, miałaby być wykonana przez osoby posiadające wymagane uprawnienia budowlane nadane przez odpowiedni organ samorządu zawodowego albo decyzję o uznaniu kwalifikacji zawodowych, wydaną przez Krajową Radę Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa albo wpis tymczasowy na listę członków izby odpowiedniej okręgowej izby inżynierów budownictwa.

21

Argument ten zatem uznać należy, zdaniem Odwołującego, jako pozorny i odnoszący się do przepisów prawa, które Zamawiający zechciał zasignalizować, jako mające mieć rzekomo zastosowanie w dniu 19 kwietnia 2017 r.

W żadnym uprzednim dokumencie, jak zauważył Odwołujący, w tym ani w ogłoszeniu ani w Warunkach i Wymaganiach, nie ma mowy o takowych wymogach prawnych, które w dniu 19 kwietnia 2017 r., w Piśmie 3, zechciał zawzmiankować po raz pierwszy Zamawiający.

Ad. c) - kolejny argument prezentowany przez Zmawiającego jest fałszywy, zdaniem Odwołującego, albowiem usługa zdefiniowana przez Zamawiającego w ogłoszeniu jest projektem konstrukcji, nie zaś budowli, co wyraźnie wynika z Zakresu prac.

W opinii Odwołującego, nieuprawnione jest twierdzenie jakoby przedmiot zamawianej usługi miałby stanowić projekt budowlany, projekt architektoniczno-budowlany czy też wyrób budowlany i tym samym brak jest podstaw do wymagania legitymowania się samodzielnymi funkcjami technicznymi w budownictwie jako niezbędnymi do należytej realizacji przedmiotu zamówienia.

W ramach badań konstrukcji, jak wyjaśnił Odwołujący, nastąpi co prawda czasowe utwierdzenie konstrukcji w celu wykonania badań obciążeniowych, przy czym należy podkreślić, że na terenie Polski nie istnieje żadna stacja badawcza wykonująca takie badania, nie jest również możliwe czasowe funkcjonowanie takiego obiektu na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. Koszt wybudowania i wyposażenia stacji badawczej wielokrotnie bowiem przewyższa wartość zamówienia. Na marginesie Odwołujący podniósł, że posiada do dyspozycji certyfikowaną stację badawczą będącą własnością wskazanego we wniosku podwykonawcy tj. E. S.A., przeprowadzającą pełnoskalowe badania obciążeniowe słupów, zlokalizowaną w B. Wskazana lokalizacja wyklucza zatem, jak wyjaśnił Odwołujący, możliwość stosowania podczas wznoszenia konstrukcji i łączenia jej z gruntem, wymagań polskich przepisów Prawa budowlanego.

Ad. d) - konstatacja Zamawiającego, jakoby w oparciu o merytoryczne argumenty Zamawiającego, zaprezentowane pod lit. a) - c) powyżej, wykonanie zamówienia „może stać się niemożliwe”, jest po prostu, zdaniem Odwołującego, błędne i nie mające pokrycia w treściach, na jakie Zamawiający się powołuje. Jest błędne, jak zauważył Odwołujący,

zarówno w aspekcie merytorycznego rozumienia parametrów i właściwości przedmiotu zamówienia, które sam określił w ogłoszeniu, jak i w aspekcie prawnej kwalifikacji przedmiotu zamówienia pod określone przepisy Prawa budowlanego, które przytacza w Piśmie Wykluczającym. Z samej treści stwierdzenia Zamawiającego w lit. d) wynika, jak podał Odwołujący, że nie jest on pewny rzekomej niemożliwości, wskazując na „możliwą niemożliwość”.

Dla porządku Odwołujący wskazał, że w Piśmie 1 Zamawiający „wyjaśniał”

22

uprawnienia wyłącznie odnośnie projektantów branży konstrukcyjno-budowlanej, pominąwszy projektantów branży elektrycznej. W Piśmie 2, a także w Piśmie 3 Zamawiający nawiązywał do niewystarczającego wyjaśnienia Pisma 1.

Podsumowując, Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie może dowolnie wykluczyć Odwołującego, ponieważ nie ma w ogłoszeniu wyraźnego wskazania warunku udziału w postępowaniu, na który próbuje się powołać Zamawiający w Piśmie Wykluczającym, stosując argumenty nie przystające ani do opisu zamówienia ani do treści warunku, jaki zaproponował w ogłoszeniu Zamawiający.

Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2017 r., pod sygn. akt: KIO 2444/16, którego przesłanie brzmi: *„Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy wykluczyć wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, sformułowanych przez zamawiającego. Zatem, ocena możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia następuje w oparciu o warunki udziału w postępowaniu, które przez zamawiającego zostały wyartykułowane. Spełniać bowiem można tylko taki warunek, który został opisany, skonkretyzowany. W przypadku zaś niesformułowania warunku udziału w postępowaniu niemożliwa jest ocena jego spełniania, a w konsekwencji stwierdzenie, że wykonawcę należy wykluczyć z postępowania z powodu niespełniania warunku udziału w nim.”*

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający wykluczając Odwołującego, naruszył obowiązek do złożenia poprzez do wezwania dokumentów, wezwanie wykazania/poświadczenia okoliczności, które nie były zastrzeżone jako warunek udziału w postępowaniu ani w ogłoszeniu ani w Warunkach i Wymaganiach. Tym zachowaniem, w ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył zasadę przejrzystości oraz proporcjonalności.

W żadnym miejscu ogłoszenia i w żadnym miejscu Warunków i Wymagań, jak podkreślił Odwołujący, nie ma wymogu legitymowania się w chwili składania Wniosku o udział w postępowaniu przez personel dedykowany do wykonania zamówienia, decyzją o uznaniu kwalifikacji zawodowych nadaną na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz wpisem na listę właściwej okręgowej izby samorządu zawodowego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, albo dysponowaniem wpisem tymczasowym na listę właściwej okręgowej izby samorządu zawodowego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ani wreszcie decyzją wydaną przez organ samorządu zawodowego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w przedmiocie uprawnień budowlanych.

Pomimo to, jak podniósł Odwołujący, taki warunek i takie oczekiwanie miał Zamawiający, czyniąc *de facto* z braku przedstawienia tych dokumentów przez Odwołującego, podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Takie zachowanie Zamawiającego podjęte wbrew ogłoszeniu oraz wbrew Warunkom

23

i Wymaganiom było, zdaniem Odwołującego, bezprawne, a konsekwencje tegoż zachowania nie mogą obciążać Odwołującego, który w pełni honorował i honoruje to, co Zamawiający zaproponował jako warunki w ogłoszeniu.

Takie zachowanie Zamawiającego, jak podkreślił Odwołujący, jako sprzeczne z zasadą przejrzystości i proporcjonalności, nie może być przesłanką ani uzasadnieniem bezprawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Żądanie od osób posiadających uprawnienia budowlane, które zostały przedstawione przez Odwołującego we Wniosku, a będących obywatelami państw członkowskich Unii Europejskiej, poza legitymowaniem się posiadaniem uprawnień budowlanych, dodatkowo

dysponowaniem odpowiednią decyzją o uznaniu kwalifikacji zawodowych bądź wpisem tymczasowym, powoduje, zdaniem Odwołującego, nieproporcjonalność oczekiwań Zamawiającego w przedmiocie przedstawianych przez wykonawców dowodów spełniania warunków jak zauważył Odwołujący, postępowania. Zachowanie Zamawiającego, doprowadziło do dokonania przez Zamawiającego oceny spełniania warunków postępowania poprzez kryteria merytoryczne niezastrzeżone w jego dokumentacji. Konsekwencją takiego działania stało się wykluczenie Odwołującego oraz bezpodstawne zawężenie liczby podmiotów dopuszczonych do udziału w postępowaniu. Doprowadziło to także, zdaniem Odwołującego, do ograniczenia konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Odwołujący, jak wyjaśnił, spełniał przecież wymagania określone w ogłoszeniu, a dokonanie samych wpisów do stosownych rejestrów krajowych kraju wykonywania usługi transgranicznej może nastąpić nawet po rozstrzygnięciu postępowania. Stawianie takowego oczekiwania przez Zamawiającego niejako wstecznie/przedwcześnie, ale i niezgodnie z ogłoszeniem powoduje, zdaniem Odwołującego, przypadek nieproporcjonalności, gdyż posiadanie rzeczowego wpisu nie jest nadto wymagany warunkiem do należytej realizacji przedmiotu zamówienia.

Konsekwencją dokonanych przez Zamawiającego naruszeń zasad prowadzenia postępowania jest, jak zauważył Odwołujący, naruszenie art. 57 ust. 2 ustawy Pzp poprzez brak skierowania zaproszenia dla Odwołującego do złożenia oferty wstępnej w postępowaniu, pomimo spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie, zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył także art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp informując Odwołującego o wykluczeniu, pomimo braku uzasadnionych podstaw do takiego zachowania.

Praktyka Zamawiającego, polegająca na bezpodstawnym wykluczeniu Odwołującego, w oparciu o brak spełnienia wymogu legitymowania się przez personel

24

dedykowany do wykonania zamówienia u Odwołującego decyzją o uznaniu kwalifikacji zawodowych nadaną na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz wpisem na listę właściwej okręgowej izby samorządu zawodowego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej albo dysponowaniem wpisem tymczasowym na listę właściwej okręgowej izby samorządu zawodowego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej albo decyzją wydaną przez organ samorządu zawodowego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w przedmiocie uprawnień budowlanych, narusza, w ocenie Odwołującego, swobodę świadczenia usług, której bezpośredniego źródła upatrywać należy w art. 56 oraz w art. 57 traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Wymóg taki, zdaniem Odwołującego, jako niezastrzeżony ani w ogłoszeniu ani w Warunkach i Wymaganiach, stanowiący bazę do wykluczenia Odwołującego, a w konsekwencji i D. P. d.o.o., stanowi naruszenie podstawowych swobód gwarantowanych przez przepisy traktatowe, w szczególności naruszenie swobody świadczenia usług.

Mając na uwadze, że w skład Konsorcjum wchodzi przedsiębiorca z innego kraju członkowskiego Unii Europejskiej, praktyka stosowana przy wykluczeniu Odwołującego narusza, w opinii Odwołującego, prawo podmiotowe do świadczenia usług przez przedsiębiorcę z innego kraju członkowskiego, w ramach usług transgranicznych. Taka praktyka, wprost i bezpośrednio narusza zatem, jak zauważył Odwołujący, zastrzeżone i bezpośrednio bezwzględnie stosowane pierwotne prawo podmiotowe przysługujące D. P. d.o.o., wynikające z aktu prawnego wyższego rzędu niż ustawa, a zatem jako bezwzględnie nieważna, nie powinna utrzymywać się w obrocie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający wskazał, że głównym miejscem lub lokalizacją realizacji usługi będzie Polska (sekcja II podsekcja II.2.3) ogłoszenia o zamówieniu).

Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował określonym zespołem osób, które będą realizować przedmiotowe zamówienie. W skład tego zespołu wchodzić mieli: „projektant branży elektrycznej – co najmniej trzy osoby; Uprawnienia budowlane: Wymagane uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (...) projektant branży konstrukcyjno – budowlanej – co najmniej 3 osoby; Uprawnienia budowlane: Wymagane uprawnienia do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno –

budowlanej” (sekcja III podsekcja III.1.3) pkt 2 ppkt 2.1 i 2.2 ogłoszenia o zamówieniu).

W celu potwierdzenia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu należało przedłożyć w szczególności Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia – Wzór nr 5. W rzeczonym Wykazie w zakresie uprawnień budowlanych należało podać ich zakres i numer.

25

Wraz z Wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołujący przedłożył Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia – Załącznik 3 (wg wzoru nr 5 do specyfikacji), w którym wskazano następujące osoby:

Projektanci branży elektrycznej:

1) G. K.

Uprawnienia budowlane:

- zakres: do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych
- nr uprawnień: (...)

2) J. Z.

Uprawnienia budowlane:

- zakres: do sporządzania projektów wszelkiego rodzaju instalacji i urządzeń elektrycznych wchodzących do zakresu budownictwa powszechnego
- nr uprawnień: (...)

3) A. M.

Uprawnienia budowlane:

- zakres: do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych
- nr uprawnień: (...)

4) G. K. (2)

Uprawnienia budowlane:

- zakres: do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych
- nr uprawnień: (...)

5) A. O.

Uprawnienia budowlane:

- zakres: projektant branży elektrycznej, sieci NN
- nr uprawnień: (...)

6) S. I.

Uprawnienia budowlane:

nie dotyczy (wykonywanie zawodu na podstawie posiadanego tytułu zawodowego)

Projektanci branży konstrukcyjno – budowlanej:

7) P. D.

Uprawnienia budowlane:

- zakres: projektant branży konstrukcyjnej, sieci NN
- nr uprawnień: (...)

26

8) S. G.

Uprawnienia budowlane:

nie dotyczy (wykonywanie zawodu na podstawie posiadanego tytułu zawodowego)

9) P. V.-I.

Uprawnienia budowlane:

nie dotyczy (wykonywanie zawodu na podstawie posiadanego tytułu zawodowego)

10) J. H.

Uprawnienia budowlane:

- zakres: do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń
- nr uprawnień: (...)

Pismem z dnia 1 marca 2017 r., Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego „do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia wniosku w

poniższym zakresie tj.: (...)

- 2) Przedstawione przez Państwa osoby, nie potwierdzają spełnienia warunku wskazanego w pkt. III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu ppkt. 2.2. tj. Zamawiający wymagał, aby Wykonawca dysponował osobami, skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji zamówienia takimi jak m.in.: Projektantem branży konstrukcyjno-budowlanej - co najmniej 3 osoby. Posiadającymi uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. W tym 2 osobami posiadającymi doświadczenie zawodowe tj.: w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania wniosków wykonał co najmniej 1 dokumentację projektową słupa przelotowego oraz 1 dokumentację projektową słupa mocnego dla elektroenergetycznej linii napowietrznej prądu przemiennego 220kV lub 400kV w oparciu o polską normę PN-EN 50341-1 lub normę europejską EN-50341-1 (lub równoważną) oraz słupy te zostały przebadane z wynikiem pozytywnym na stacji badawczej. W przypadku, gdy ww. osoby nie spełniają warunku udziału w postępowaniu wskazanego w III.1.3) ppkt. 2) Ogłoszenia o zamówieniu, wzywam na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełniania wykazu zgodnie z powyższym warunkiem”.

W odpowiedzi, pismem z dnia 7 marca 2017 r. Odwołujący wskazał, że: „ w odpowiedzi na wezwanie do potwierdzenia spełnienia warunku wskazanego w pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu ppkt 2.2 tj. informuję, że:

- a) Projektant branży konstrukcyjno-budowlanej (osoba nr 1) z wymaganym doświadczeniem zawodowym wg pkt. III.1.3) 2.2 specyfikacji Pan P. D. (lp. 7, załącznik nr 3 (wg wzoru nr 5 do specyfikacji) - WYKAZ OSÓB KTÓRE BĘDĄ

27

UCZESTNICZYĆ W WYKONANIU ZAMÓWIENIA) spełnia wskazany warunek, ponieważ pełnił obowiązki głównego projektanta słupów typu (...) (słup przelotowy) oraz (...) (słup mocny) na dowód czego przedstawiamy kopie stron tytułowych projektu linia 400kV K. – A. (Border) nr (...), tom G2 i G3, stanowiące załączniki nr 3 i nr 4 do niniejszego pisma wraz z informacją o pozytywnym wyniku testów w załącznikach nr 1 i nr 2 wskazanych w odpowiedzi do pytania nr 1.

Załączniki:

3. Strona tytułowa projektu:

OHTL 400kV K.-A. (Border), Project nr (...), Book G2, STRUCTURAL ANALYSIS - TOWER (...) - wraz z tłumaczeniem uwierzytelnionym;

4. Strona tytułowa projektu:

OHTL 400kV K.-A. (Border), Project nr (...), Book G3, STRUCTURAL ANALYSIS - TOWER (...) - wraz z tłumaczeniem uwierzytelnionym;

(osoba nr 2) z wymaganym b) Projektant branży

konstrukcyjno-budowlanej

doświadczeniem zawodowym wg pkt. III.1.3) 2.2 specyfikacji Pan S. G. (lp. 8, załącznik nr 3 (wg wzoru nr 5 do specyfikacji) - WYKAZ OSÓB KTÓRE BĘDĄ UCZESTNICZYĆ W WYKONANIU ZAMÓWIENIA) spełnia wskazany warunek, ponieważ pełnił obowiązki:

- projektanta sprawdzającego słupów typu (...) (słup przelotowy) oraz (...) (słup mocny) na dowód czego przedstawiamy kopie stron tytułowych części obliczeniowej dla projektu 400/220kV (...) nr (...) (Tower Type (...)) oraz (...) (Tower Type (...)), stanowiące załączniki nr 6 i nr 8 do niniejszego pisma wraz z raportami badań słupów (...) i (...): „Preliminary Test Report for Tower Type (...)”+6” oraz „Preliminary Test Report for Tower Type (...)”+6” zawierających informacje o pozytywnych wynikach testów.

- projektanta sprawdzającego słupów typu (...) (słup przelotowy) oraz (...) (słup mocny) na dowód czego przedstawiamy kopie stron tytułowych części obliczeniowej dla projektu 400/220kV (...) nr (...) (Tower Type (...)) oraz (...) (Tower Type (...)), stanowiące załączniki nr 10 i nr 12 do niniejszego pisma wraz z raportami badań słupów (...) i (...): „Preliminary Test Report for Tower Type (...)”+6” oraz „Preliminary Test Report for Tower Type (...)”+6” zawierających informacje o pozytywnych wynikach testów.

- c) Projektant branży konstrukcyjno-budowlanej (osoba nr 3) z wymaganym doświadczeniem zawodowym wg pkt. III.1.3) 2.2 specyfikacji Pan P. V.-I. (lp. 9, załącznika nr 3 (wg wzoru nr 5 do specyfikacji) - WYKAZ OSÓB KTÓRE BĘDĄ UCZESTNICZYĆ W WYKONANIU ZAMÓWIENIA) spełnia wskazany warunek, ponieważ pełnił obowiązki:

28

projektanta słupów typu (...) (słup przelotowy) oraz (...) (słup mocny) na dowód - czego przedstawiamy kopie stron tytułowych części obliczeniowej dla projektu 400/220kV (...) nr (...) (Tower Type (...)) oraz (...) (Tower Type (...)), stanowiące załączniki nr 10 i nr 12 do niniejszego pisma wraz z raportami badań słupów (...) i (...): „Preliminary Test Report for Tower Type (...) +6” oraz „Preliminary Test Report for Tower Type (...) +6” zawierających informacje o pozytywnych wynikach testów. - projektanta słupów typu (...) (słup przelotowy) oraz (...) (słup mocny) na dowód czego przedstawiamy kopie stron tytułowych części obliczeniowej dla projektu 400/220kV (...) nr (...) (Tower Type (...)) oraz (...) (Tower Type (...)), stanowiące załączniki nr 6 i nr 8 do niniejszego pisma wraz z raportami badań słupów (...) i (...): „Preliminary Test Report for Tower Type (...) +6” oraz „Preliminary Test Report for Tower Type (...) +6” zawierających informacje o pozytywnych wynikach testów.

Załączniki:

5. Preliminary Test Report for Tower Type (...) +6 wraz z tłumaczeniem uwierzytelnionym;
6. Strona tytułowa tomu obliczeniowego projektu:
Tower Type (...) - Design Calculation (...);
7. Preliminary Test Report for Tower Type (...) +6 wraz z tłumaczeniem uwierzytelnionym;
8. Strona tytułowa tomu obliczeniowego projektu:
Tower Type (...) - Design Calculation (...);
9. Preliminary Test Report for Tower Type (...) +6 wraz z tłumaczeniem uwierzytelnionym;
10. Strona tytułowa tomu obliczeniowego projektu
Tower Type (...) - Design Calculation (...);
11. Preliminary Test Report for Tower Type (...) +6 wraz z tłumaczeniem uwierzytelnionym;
12. Strona tytułowa tomu obliczeniowego projektu
Tower Type (...) - Design Calculation (...);

Pismem pt.: Wezwanie do wyjaśnień treści złożonego Wniosku z dnia 14 kwietnia 2017 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, „w związku z wątpliwościami w zakresie spełnienia wymaganych warunków udziału w postępowaniu wskazanych w III. 1.3) pkt. 2 Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie uprawnień budowlanych, na jakiej podstawie przedstawione przez Państwa dokumenty i oświadczenia potwierdzają posiadanie wymaganych uprawnień do realizacji zamówienia, zgodnie z II.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu”.

Pismem pt.: Wyjaśnienia treści wniosków oraz zmiana terminu z dnia 19 kwietnia 2017 r. Zamawiający wskazał: „Zamawiający wyjaśnia, że z uwagi na wskazaną w punkcie II.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu, okoliczność realizacji zamówienia na terenie Polski, Zamawiający zwraca się z prośbą o wyjaśnienie w związku z wątpliwościami w zakresie

29

spełnienia wymaganych warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w III.1.3) pkt. 2 Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie uprawnień budowlanych, na jakiej podstawie przedstawione przez Państwa dokumenty i oświadczenia potwierdzają posiadanie uprawnień, a tym samym stanowią podstawę do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie, o których mowa w art. 12 ust. 7, art. 12a oraz art. 33 ust 2 pkt 1) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2016r., poz. 290 ze zm.), wymaganych do realizacji zamówienia na terenie Polski”.

Pismem z dnia 20 kwietnia 2017 r. Odwołujący udzielił następującej odpowiedzi: „W odpowiedzi na wezwanie z dnia 14 kwietnia 2017r. (znak 695 DU-PK-WU.230.5.2017.7) oraz w nawiązaniu do późniejszego wyjaśnienia treści wniosku z dnia 19 kwietnia 2017 r. (znak 704 DU-PK-WU.230.5.2017.8) w sprawie obowiązku złożenia wyjaśnień w zakresie

spełnienia wymaganych warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w III.1.3) pkt. 2 Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie uprawnień budowlanych, tj. na jakiej podstawie przedstawione przez Konsorcjum A. Sp. z o.o. i D. - P. d.o.o. dokumenty i oświadczenia potwierdzają posiadanie uprawnień, a tym samym stanowią podstawę do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie, o których mowa w art. 12 ust. 7, art. 12a oraz art. 33 ust. 2 pkt. 1) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2016 r., poz. 290 zezm.), wymaganych do realizacji zamówienia na terenie Polski uprzejmie wyjaśniam, że działając w zaufaniu do treści ogłoszenia o zamówieniu na „Opracowanie dokumentacji wykonawczej standardowych konstrukcji słupów dla elektroenergetycznych linii napowietrznych 400kV”, na podstawie Pełnomocnictwa udzielonego przez Członków Konsorcjum oświadczam, że Projektanci wskazani do realizacji zadania spełniają kryteria zastrzeżone w przywołanych pismach. Złożenie powyższego oświadczenia jest możliwe ze względu na następujące warunki prawne: I. Stwierdzenie kwalifikacji zawodowych Projektanci spełniają warunki wskazane w III.1.3) pkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu. W myśl definicji pojęcia zawodu regulowanego podanej w Art. 5 pkt. 5 ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 65) wykonywanie zawodu inżyniera w poszczególnych państwach podlega odmiennym regulacjom, w tym np.:

- a) w Polsce - zawód inżyniera budownictwa jest zawodem regulowanym;
- b) w Chorwacji - zawód inżyniera budownictwa jest zawodem regulowanym;
- c) w Rumunii - zawód inżyniera budownictwa nie jest zawodem regulowanym.

W związku z powyższym osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (zgodnie z Wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Załącznik 3 wg wzoru nr 5 do specyfikacji Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia),

30

spełniając warunki wykonywania zawodu, są uprawnione do projektowania zgodnie z prawem państwa na terenie którego prowadzą działalność.

Dla poszczególnych osób wskazanych do realizacji przedmiotu zamówienia mają zastosowanie następujące podstawy prawne:

- G. K. (Projektant branży elektrycznej, osoba 1): Zgodnie z Polskim Ustawodawstwem Krajowym (por. Tabela 1 poz. 1) posiada pełne kwalifikacje do wykonywania zawodu inżyniera budownictwa i prowadzi zgodnie z prawem działalność w (uprawnienia do projektowania i kierowania zakresie tego zawodu w Polsce robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych nr (...));
- J. Z. branży elektrycznej, 2): Zgodnie z Polskim (Projektant osoba Krajowym (por. Tabela poz. 1) pełne 1 posiada Ustawodawstwem kwalifikacje do wykonywania zawodu inżyniera budownictwa i prowadzi zgodnie z prawem działalność w zakresie tego zawodu w Polsce (uprawnienia do sporządzania projektów wszelkiego rodzaju instalacji i urządzeń elektrycznych wchodzących do zakresu budownictwa powszechnego nr (...));
- A. M. (Projektant branży elektrycznej, osoba 3): Zgodnie z Polskim Ustawodawstwem Krajowym (por. Tabela 1 poz. 1) posiada pełne kwalifikacje do wykonywania zawodu inżyniera budownictwa i prowadzi zgodnie z prawem działalność w zakresie tego zawodu w Polsce (uprawnienia do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych nr (...));
- G. K.(2) (Projektant branży elektrycznej, osoba 4): Zgodnie z Polskim Ustawodawstwem Krajowym (por. Tabela 1 poz. 1) posiada pełne kwalifikacje do wykonywania zawodu inżyniera budownictwa i prowadzi zgodnie z prawem działalność w zakresie tego zawodu w Polsce (uprawnienia do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych nr (...));
- A. O. (Projektant branży elektrycznej, osoba 5): Zgodnie z Chorwackim Ustawodawstwem Krajowym (por. Tabela 1 poz. 2) posiada pełne kwalifikacje do wykonywania zawodu inżyniera budownictwa i prowadzi zgodnie z prawem działalność w zakresie tego zawodu w Chorwacji (projektant branży elektrycznej sieci NN nr uprawnień (...));

- L. S. (Projektant branży elektrycznej, osoba 6): Zgodnie z Rumuńskim Ustawodawstwem Krajowym (por. Tabela 1 poz. 3) posiada pełne kwalifikacje do wykonywania zawodu inżyniera budownictwa i prowadzi zgodnie z prawem działalność w zakresie tego zawodu w Rumunii (wykonywanie zawodu na podstawie

31

posiadanego tytułu zawodowego: dyplom Inżyniera Elektryka Uniwersytetu Iasi w Rumunii, Electrical Engineer Diploma M.S.E.E. Polytechnic University Iasi Romania);

- P. D. (Projektant branży konstrukcyjno - budowlanej, osoba 1): Zgodnie z Chorwackim Ustawodawstwem Krajowym (por. Tabela 1 poz. 2) posiada pełne kwalifikacje do wykonywania zawodu inżyniera budownictwa i prowadzi zgodnie z prawem działalność w zakresie tego zawodu w Chorwacji (projektant branży konstrukcyjnej sieci NN nr uprawnień (...));
- S. G. (Projektant branży konstrukcyjno - budowlanej, osoba 2): Zgodnie z Rumuńskim Ustawodawstwem Krajowym (por. Tabela 1 poz. 3) posiada pełne kwalifikacje do wykonywania zawodu inżyniera budownictwa i prowadzi zgodnie z prawem działalność w zakresie tego zawodu w Rumunii (wykonywanie zawodu na podstawie posiadanego tytułu zawodowego: dyplom Inżyniera Budownictwa Instytutu Budownictwa Lądowego w Bukareszcie w Rumunii, Constructii Civile Industriale Diploma Institutul de Constructii Bucuresti Romania);
- P. V. – I. (Projektant branży konstrukcyjno - budowlanej, osoba 3): Zgodnie z Rumuńskim Ustawodawstwem Krajowym (por. Tabela 1 poz. 3) posiada pełne kwalifikacje do wykonywania zawodu inżyniera budownictwa i prowadzi zgodnie z prawem działalność w zakresie tego zawodu w Rumunii (wykonywanie zawodu na podstawie posiadanego tytułu zawodowego: dyplom Inżyniera geotechnika Uniwersytet Techniczny Budownictwa w Bukareszcie w Rumunii, Geotechnical Engineering Diploma Technical Univeristy of Civil Engineering Bucharest Romania);
- J. H. (Projektant branży konstrukcyjno - budowlanej, osoba 4): Zgodnie z Polskim Ustawodawstwem Krajowym (por. Tabela 1 poz. 1) posiada pełne kwalifikacje do wykonywania zawodu inżyniera budownictwa i prowadzi zgodnie z prawem działalność w zakresie tego zawodu w Polsce (uprawnienia do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno - budowlanej nr (...)).

Uprzejmie informuję, że baza informacji Komisji Europejskiej dot. zawodów regulowanych w poszczególnych państwach Unii Europejskiej wraz z podstawą prawną i wymaganymi kwalifikacjami dostępna jest na stronie:

<http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/regprof/index.cfm?action=homepage>

32

Tabela 1 Podstawa prawna krajowego ustawodawstwa w zakresie zawodów regulowanych w państwach pochodzenia projektantów

Lp. Kraj Krajowe ustawodawstwo dot. regulacji zawodu inżyniera budownictwa

1. Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2013 r. poz. 1409, z późn. zm.) 1 Polska
2. Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (Dz. U. z 2013 r. poz. 932, z późn. zm.)
3. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2014 r. poz. 1278)

Źródło:

http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/regprof/index.cfm?action=regprof&id_regprof=7355

http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/regprof/index.cfm?action=regprof&id_regprof=15007

1. Zakon o gradnji (NN 153/13) 2 Chorwacja

2. Zakon o poslovanju i djelatnostima prostornog uređenja i gradnje (NN 78/15)

Źródło:

http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/regprof/index.cfm?action=regprof&id_regprof=31194

http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/regprof/index.cfm?action=regprof&id_regprof=40052

Zawód nieregulowany krajowym ustawodawstwem 3 Rumunia

Źródło:

<http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/regprof/index.cfm?action=homepage>

II. Określenie miejsca świadczenia usług w ramach realizacji przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z 11.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu jako główne miejsce realizacji Zamawiający wskazał Polskę. Uprzejmie informujemy, że ww. projektanci mają pełne prawo świadczenia usług w zakresie zawodu inżyniera budownictwa na terenie Polski.

W związku z dbałością o pełne wyjaśnienie wątpliwości Zamawiającego oświadczam, że miejscem świadczenia usług w ramach realizacji przedmiotu zamówienia będzie Polska, w szczególności:

- a) siedziba Lidera Konsorcjum, tj. biuro A. Sp. z o.o. w G.;
- b) siedziba Zamawiającego, w tym biura terenowe i placówki PSE S.A.;
- c) wytwórnia konstrukcji stalowych - miejsce produkcji konstrukcji do testów poligonowych;
- d) inne lokalizacje ustalone pomiędzy Konsorcjum a Zamawiającym znajdujące się na terenie Polski umożliwiające prowadzenie prac projektowych, konsultingowych, wytwórczych, badawczych o ile istnieją i spełniają wymagania techniczne i formalne określone przez Zamawiającego i zaakceptowane przez Konsorcjum.

Zgodnie z art. 20a pkt. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów (Dz. U. z 2001 r., Nr 5, poz. 42 z późn.

33

zm.) oraz ustawą - Prawo Budowlane (Dz. U. Nr 210, poz. 1321) należy stwierdzić co następuje:

- a) 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 tymczasowego i okazjonalnego wykonywania zawodu odpowiednio architekta lub inżyniera budownictwa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zwanego dalej „świadczeniem usług transgranicznych”, bez konieczności uznawania kwalifikacji zawodowych.
- b) Projektanci firmy E. S.A. tj. I. S., S. G. i P. V. – I. oraz Partnera Konsorcjum D. - P. d.o.o. A. O. i P. D. będą świadczyć usługi w Polsce na rzecz Zamawiającego przez określony czas, ich działalność nie będzie miała charakteru stałego. Zatem usługa będzie spełniała niezbędne wskazane założenia Ustawy, tj.: będzie jednorazowa, będzie ograniczona pod względem zakresu rzeczowego oraz będzie ograniczona pod względem czasu.

W związku z obecnym etapem postępowania o udzielenie Zamówienia nie jest możliwe dopełnienie formalności wskazanych w punkcie 2a punkty 1 - 6 Załącznika do Uchwały Nr3/R/09 Krajowej Rady Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 28 stycznia 2009 r. w sprawie przyjęcia wytycznych dotyczących postępowania w sprawie świadczenia usług transgranicznych. Jednocześnie działając z upoważnienia członków Konsorcjum oświadczam, że z chwilą spełnienia warunku wskazanego w przywołanym akcie prawnym, tj. zawarcia umowy na realizację przedmiotowego zamówienia pomiędzy PSE SA a Konsorcjum A. Sp. z o.o. i D. - P. d.o.o. tj. z chwilą zaistnienia stanu faktycznego umożliwiającego uzyskanie wpisu do właściwej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa zostanie dopełniona procedura - tzn. zostaną złożone dokumenty zgodnie z punktem 2a.1) oraz 5) do 6) Załącznika Uchwały Nr 3/R/09.

Zgodnie z treścią przywołanej podstawy prawnej (tj. Załącznik do Uchwały Nr3/R/09 punkt 2d i 2e) właściwa rada izby dokonuje tymczasowego wpisu Projektantów na listę członków izby, a postępowanie jest prowadzone bez zbędnej zwłoki, zatem procedura nie spowoduje opóźnień w wykonywaniu zlecenia.

Zgodnie z dotychczasowym doświadczeniem, w celu potwierdzenia stosowania wskazanej przez Konsorcjum praktyki oraz zgodnie z przywołanym opisem procedury zamieszczonej w Załączniku 1, dołączam do wyjaśnienia wzór Wniosku o tymczasowy wpis na listę członków MOIIB w związku z zamiarem świadczenia usługi transgranicznej stosowany w Mazowieckiej Okręgowej Izbie Inżynierów Budownictwa oraz w Załączniku 2 zamieszczam Zaświadczenie uzyskania przez obywatela Chorwacji Pana Z. R. tymczasowego wpisu na listę MOIIB w związku z budową dwutorowej linii 400kV K. - O. oraz modernizacji

34

istniejących i instalacji nowych przewodów odgromowych OPGW na wybranych liniach 220kV i 400kV (4 relacje). Zadania były realizowane na podstawie umowy zawartej pomiędzy Polskimi Sieciami Elektroenergetycznymi S.A. a Z. S.A. i D. P. S.A. Należy nadmienić, że w odmiennym od rozpatrywanego przypadku, tj. w sytuacji stałego świadczenia usług na terenie Polski, ma zastosowanie inna procedura, tj. uznanie kwalifikacji zawodowych Projektantów na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. Dyrektywa 2005/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 września 2005 w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych wraz z nowelizacją 2013/55/UE (znowelizowana wersja dyrektywy wdrożona do polskiego prawa: Ustawa z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej) umożliwia obywatelom państw członkowskich UE uznanie kwalifikacji do wykonywania zawodu regulowanego w państwie członkowskim innym niż to, w którym uzyskał kwalifikacje zawodowe. Procedura uznania kwalifikacji zawodowych do podejmowania lub wykonywania działalności regulowanej w Rzeczypospolitej Polskiej wykonywana jest zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 16 listopada 2016 r. w sprawie dokumentów w postępowaniu w sprawie uznania kwalifikacji zawodowych do wykonywania zawodu regulowanego albo podejmowania lub wykonywania działalności regulowanej w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. poz. 2006).

Po wykonaniu procedury uznania kwalifikacji zawodowych Projektanci firmy E. S.A. oraz D. - P. d.o.o. mogliby świadczyć usługi w Polsce na czas nieokreślony, a prowadzona działalność miałaby charakter stały.

Jednak w świetle przepisów zawartych w Dyrektywie 2005/36/WE Konsorcjum, mając na celu dobro własne oraz Zamawiającego, stoi na stanowisku, że procedura stałego uznania kwalifikacji nie jest właściwą do zastosowania w prowadzonym postępowaniu ze względu na skutki wykraczające poza zakres przedmiotu zamówienia. III. Podsumowanie.

Zamawiający winien w swoim postępowaniu zapewniać zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz działać w taki sposób, by gwarantować, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji.

Chcąc podkreślić możliwość świadczenia usług przez Partnera

Konsorcjum oraz Podwykonawców wskazanych we „Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu” na zlecenie Zamawiającego, Konsorcjum powołuje się na Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, który reguluje podstawowe wolności dotyczące funkcjonowania rynku wewnętrznego dotyczące swobody przepływu osób, towarów, usług i kapitału. Zgodnie z Dyrektywą państw którzy 2005/36/WE obywatele członkowskich, wykonują zawód w jednym państwie UE zgodnie z przepisami tego państwa, mają prawo

świadczyć usługi na obszarze innego państwa członkowskiego w zakresie tego samego zawodu”.

Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, stwierdzając, że nie wykazał on warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał: „Zgodnie z pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu ppkt 2., Zamawiający wymagał, aby Wykonawca dysponował następującymi osobami, skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji zamówienia (m.in.):

- Projektantem branży elektrycznej - budowlanej - co najmniej 3 osoby, posiadające wymagane uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych;
- Projektantami branży konstrukcyjno-budowlanej - co najmniej 3 osoby, posiadającymi wymagane uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, w tym 2 osoby posiadające doświadczenie zawodowe tj.: w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania wniosków wykonał co najmniej 1 dokumentację projektową słupa przelotowego oraz 1 dokumentację projektową słupa mocnego dla elektroenergetycznej linii napowietrznej prądu przemiennego 220 kV lub 400 kV w oparciu o polską normę PN-EN 50341-1 lub normę europejską EN-50341-1 (lub równoważną) oraz słupy te zostały przebadane z wynikiem pozytywnym na stacji

badawczej.

Zamawiający uznał, iż istnieją wątpliwości, czy przedstawieni przez Wykonawcę projektanci branży konstrukcyjno-budowlanej potwierdzają spełnienie ww. warunku. W związku z powyższym, w dniu 01.03.2017 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę m.in. do złożenia wyjaśnień lub w przypadku, gdy projekty nie spełniają warunku udziału w postępowaniu wskazanego w III.1.3) ppkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu, wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 P.z.p., do uzupełniania wykazu.

W odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca złożył wyjaśnienia wyłącznie w zakresie posiadanego doświadczenia zawodowego w wykonaniu dokumentacji projektowej słupów.

Następnie w dniu 14.04.2017 r. (oraz 19.04.2017 r. doprecyzowanie) Zamawiający, w związku z wątpliwościami w zakresie spełnienia wymaganych warunków udziału w postępowaniu wskazanych w pkt. III. 1.3.) ppkt. 2 Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie uprawnień budowlanych, wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia na jakiej podstawie przedstawione przez Wykonawcę dokumenty i oświadczenia potwierdzają posiadanie wymaganych uprawnień do realizacji zamówienia, a tym samym stanowią podstawę do

36

wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie, o których mowa w art. 12 ust. 7, art. 12a oraz art. 33 ust. 2 pkt 1) P.b., wymaganych do realizacji zamówienia na terenie Polski.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca złożył wyjaśnienia z dnia 20.04.2017 r., które nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu. Z wyjaśnień tych nie wynika bowiem, że wszystkie przedstawione osoby posiadają uprawnienia budowlane pozwalające na realizację przedmiotowego zamówienia na terenie Polski.

W szczególności Wykonawca nie wskazał, czy wszystkie zaprezentowane osoby posiadają wymagane uprawnienia budowlane nadane przez odpowiedni organ samorządu zawodowego na terenie Polski albo posiadają decyzję o uznaniu kwalifikacji zawodowych, wydaną przez Krajową Radę Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa albo wpis tymczasowy na listę członków izby odpowiedniej okręgowej izby inżynierów budownictwa.

Zauważyć należy, że przedmiotowa usługa może zostać zrealizowana na terenie Polski wyłącznie przez osoby posiadające odpowiednie uprawnienia budowlane wymagane na tym terenie. Zgodnie z art. 12 ust. 2 P.b. samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, określone w art. 12 ust. 1 pkt 1-5 P.b., 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 wydaną przez organ samorządu zawodowego (uprawnienia budowlane). Jednocześnie w myśl art. 12a P.b. samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, określone w art. 12 ust. 1, mogą również wykonywać osoby, których odpowiednie kwalifikacje zawodowe uznane zostały na zasadach określonych w przepisach odrębnych.

Z analizy przepisów odrębnych, zawartych w ustawie z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów i inżynierów budownictwa (Dz.U. z 2016 r. poz. 1725, zwana dalej „U.S.”) wynika, że samodzielne funkcje techniczne w budownictwie na terenie Rzeczypospolitej Polskiej mogą wykonywać również osoby, które są obywatelami państw członkowskich Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej, państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym oraz legitymują się decyzją o uznaniu kwalifikacji zawodowych oraz wpisem na listę właściwej okręgowej izby samorządu zawodowego, albo świadczą usługę transgraniczną i posiadają wpis tymczasowy na listę właściwej okręgowej izby samorządu zawodowego (art. 33 oraz 20a U.S.).

Z powyżej zaprezentowanych przepisów, obowiązujących na terenie Polski, wynika jednoznacznie, że przedmiotowa usługa polegająca na zaprojektowaniu konstrukcji słupów elektroenergetycznych, może zostać wykonana przez osoby posiadające wymagane uprawnienia budowlane nadane przez odpowiedni organ samorządu zawodowego albo decyzję o uznaniu kwalifikacji zawodowych, wydaną przez Krajową Radę Polskiej Izby

37

Inżynierów Budownictwa albo wpis tymczasowy na listę członków izby odpowiedniej okręgowej izby inżynierów budownictwa.

Powyższy obowiązek jest istotny w aspekcie realizacji przedmiotowej usługi ze względu również na treść art. 33 ust. 2 pkt 1) P.b., zgodnie z którym do wniosku o pozwolenie na budowę należy dołączyć cztery egzemplarze projektu budowlanego m.in. wraz z zaświadczeniem o wpisie na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego. Obowiązek ten powtórzony został w art. 35 ust. 1 pkt 3) P.b.

Powyższe oznacza, że wykonanie przedmiotowego zamówienia w przypadku braku opisanych powyżej decyzji lub wpisu tymczasowego, a w konsekwencji wpisu na listę członków izby odpowiedniej okręgowej izby inżynierów budownictwa może stać się niemożliwe.

Wyjaśnić również należy, że zapewnienie Wykonawcy o uzyskaniu wpisu tymczasowego w przyszłości jest niewystarczające. Zauważyć bowiem trzeba, że świadczenie usługi transgranicznej podlega indywidualnej ocenie dokonywanej przez właściwą okręgową radę izby, przy uwzględnieniu w szczególności długości, częstotliwości, regularności oraz ciągłości świadczenia tej usługi (art. 20a ust. 8 U.S.). Oznacza to, że złożenie wniosku o wpis tymczasowy nie gwarantuje jego otrzymania. Jednocześnie co również istotne, wpis taki może zostać zrealizowany w związku z zamiarem podjęcia świadczenia usługi, jeszcze przed podpisaniem określonego kontraktu. Wskazuje na to jednoznacznie treść (art. 20a ust. 4 U.S.). Tym samym Wykonawca już na tym etapie winien legitymować się odpowiednim wpisem tymczasowym.

Należy zwrócić uwagę, że w ogłoszeniu o zamówieniu wskazano, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy dysponują osobami posiadającymi wymagane uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, a także osobami posiadającymi wymagane uprawnienia do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Jednocześnie wskazano, że przedmiotowa usługa realizowana będzie na terenie Polski.

Powyższy wymóg określony został stosownie do treści art. 22 ust. 1b pkt 1) P.z.p., zgodnie z którym warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów.

Izba oddaliła wnioski dowodowe zgłoszone przez strony uznając, że zaofiarowane dowody nie zmierzają do ustalenia okoliczności, które miałyby istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Badanie, czy wpis tymczasowy na obecnym etapie postępowania jest możliwy do uzyskania jest bezcelowe, gdyż Izba stoi na stanowisku, że z treści spornego warunku udziału w postępowaniu nie można wywieść obowiązku posiadania

38

wpisu na etapie składania wniosku. Natomiast stanowisko Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa w zakresie, w jakim stanowi wykładnię obowiązujących przepisów prawa, nie jest dla Izby wiążące.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego powołanej we wstępnej części uzasadnienia odwołania wskazać należy, że zdaniem Izby, gdyby potraktować ją jako uzasadnienie faktyczne zarzutu, którego podstawy prawnej Odwołujący nie wskazał, to nie może być ona przedmiotem rozważań Izby.

Odwołujący wywodzi bowiem z opisu zakresu prac, zawartego w treści odwołania, o braku podstaw do żądania spornych uprawnień budowlanych, gdyż w jego ocenie, przedmiotem zamówienia jest projekt wyrobu budowlanego, a nie projekt budowlany czy też projekt architektoniczno-budowlany. Zdaniem Odwołującego, określenie zakresu zamówienia, w sensie przedmiotowym, przez Zamawiającego, determinuje wymagania odnośnie kwalifikacji personelu, który będzie to zamówienie realizował.

Powyższe wskazuje, że Odwołujący dążąc do wykazania braku podstaw do wykluczenia go z postępowania posługuje się argumentacją, która zmierza do zakwestionowania warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby, zabieg ten nie może okazać się skuteczny, bowiem termin na kwestionowanie treści ogłoszenia upłynął, a ma on charakter zawity i jako taki jest nieprzywracalny (art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp). Odwołujący, jeśli uważał, że kwestionowane warunki udziału w postępowaniu są

nadmiarowe, czy też nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, mógł skorzystać ze środka ochrony prawnej i dowodzić swoich racji (art. 22 ust. 1a w zw. z art. 182 pkt ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp). Zaniechanie powyższego powoduje, że na tym etapie postępowania formułowanie zarzutów wobec treści ogłoszenia o zamówieniu musi spotkać się z uznaniem, że zarzut ten jest spóźniony.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że Odwołujący przedstawiając swoją argumentację w tym przedmiocie podkreślał, że „ustawa przyznaje zamawiającym szerokie uprawnienia w zakresie możliwości kształtowania kryteriów wyboru wykonawców pod warunkiem, że kryteria te są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nie mają charakteru dyskryminującego a jednocześnie są konkurencyjne oraz przejrzyste”. Powyższe wprost wskazuje, że Odwołujący zmierzał do zakwestionowania warunku udziału w postępowaniu, a czynność wykluczenia go z udziału w postępowaniu stanowiła jedynie punkt wyjścia do rozważań, które w istocie stanowiły zarzut wobec treści ogłoszenia o zamówieniu.

Potwierdzeniem powyższego wydaje się i ta okoliczność, że Odwołujący, w przeciwieństwie do zarzutów sformułowanych w dalszej części odwołania, w tym

39

przedmiocie przedstawił jedynie uzasadnienie faktyczne, natomiast brak jest uzasadnienia prawnego. Wydaje się, że jest to zabieg, który miał na celu uniknięcia podania naruszenia właściwego przepisu, który wprost by wskazywał na niedopuszczalność tego zarzutu, z uwagi na upływ terminu do jego zgłoszenia.

Reasumując, twierdzenia Odwołującego na temat braku podstaw do sformułowania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych uprawnień budowlanych pozostają poza oceną Izby, gdyż ocena czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania następuje przez pryzmat sformułowanych warunków udziału w postępowaniu, bez weryfikacji ich zasadności. Ta mogłaby bowiem nastąpić na etapie ich formułowania, no co już jest za późno, ze względu na upływ zawitego terminu do ich kwestionowania (art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp).

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że zamawiający uprawniony jest do sformułowania warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1a ustawy Pzp). Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć w szczególności zdolności zawodowej (art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp). Zamawiający jednocześnie w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert wskazuje oświadczenia lub dokumenty, które stanowią potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Z mocy art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający może żądać przedstawienia także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków.

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Zaś z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp).

Analiza powołanych wyżej przepisów skłania do konstatacji, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy wykluczyć wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, sformułowanych przez zamawiającego. Zatem, ocena możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wykonawcę następuje w oparciu o warunki udziału w postępowaniu, które przez zamawiającego zostały wyartykułowane. Spełniać bowiem można tylko taki warunek, który został opisany, skonkretyzowany. Zarówno ogłoszenie o zamówieniu, jak i SIWZ w przedmiotowym zakresie są wiążące i z tych przyczyn ocena wykonawcy może następować wyłącznie w oparciu o okoliczności tam wskazane. W przypadku zaś niesformułowania warunku udziału w

40

postępowaniu niemożliwa jest ocena jego spełniania, a w konsekwencji stwierdzenie, że wykonawcę należy wykluczyć z postępowania z powodu niespełniania warunku udziału w

nim.

Podkreślenia wymaga, że „przedmiot zamówienia” i „warunki udziału w postępowaniu” stanowią odrębne instytucje prawa. Ustawodawca dał temu wyraz, w szczególności na gruncie powołanych przepisów, a także w przepisach art. 36 ust. 1 pkt 3, 5 i 6 ustawy Pzp, art. 41 pkt 4, 7, 7a ustawy Pzp, w których określono odpowiednio zawartość SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, wskazując (co więcej w odrębnych jednostkach redakcyjnych) na obowiązek opisanego przedmiotu zamówienia, sformułowania warunków udziału w postępowaniu (jeśli zamawiający zdecyduje się na ich określenie) i podania wykazu oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Reasumując, wyodrębnienie tych instytucji powoduje, że nie jest możliwe dokonywanie oceny jednej instytucji, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej drugiej. Stoi temu na przeszkodzie nie tylko rzeczona odrębność obu instytucji, ale także odrębnie określony wynik tej oceny. Nie można bowiem pomijać, że niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp), zaś zaoferowanie świadczenia niezgodnego z wymaganiami zamawiającego, określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, aktualizuje obowiązek odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Na kanwie powyższego warto zwrócić uwagę, że jedyny związek pomiędzy warunkami udziału w postępowaniu a przedmiotem zamówienia został przez ustawodawcę określony w przepisie art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Powyższe oznacza, że warunki udziału w postępowaniu winny mieć zakotwiczenie w przedmiocie zamówienia w taki sposób, aby z jednej strony pozwalały na weryfikację zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, z drugiej zaś strony, aby dawały możliwość zachowania uczciwej konkurencji. Jednocześnie warto zauważyć, że wskazany przepis tylko potwierdza wcześniejsze rozważania, że „warunki udziału w postępowaniu” i „opis przedmiotu zamówienia” to dwie odrębne instytucje, a zatem nie jest możliwe wnioskowanie o jednej na podstawie drugiej, czy też odkodowywanie treści jednej w oparciu o treść tej drugiej.

W konsekwencji oznacza to, że warunków udziału w postępowaniu nie można rekonstruować na podstawie całokształtu postanowień zawartych w SIWZ i treści ogłoszenia

o zamówieniu. Zamawiający, jeśli skorzysta z uprawnienia do sformułowania warunków udziału w postępowaniu ma obowiązek ich opisanie w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) oraz wskazania dokumentów, które służą potwierdzeniu ich spełniania (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Wykonawca nie ma zatem obowiązku ich domniemywania na podstawie innych postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, a tym samym Zamawiający nie jest uprawniony do konkretyzowania spornego warunku udziału w postępowaniu w świetle wszelkich postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które mogłyby mieć znaczenie z punktu widzenia warunków udziału w postępowaniu.

Podkreślić należy, że to Zamawiający decyduje o treści warunku udziału w postępowaniu, bowiem przysługuje mu uprawnienie do jego sformułowania (oczywiście uprawnienie to podlega kontroli w trybie środków ochrony prawnej). Uprawnienie to służy zabezpieczeniu interesów Zamawiającego, który poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu uzyskuje narzędzie do weryfikacji wykonawców pod kątem zdolności do realizacji zamówienia. Wadliwe, czy też niedostateczne skorzystanie z tego instrumentu nie powoduje, że Zamawiający ma możliwość naprawienia powyższego na etapie oceny ofert czy wniosków, poprzez odwołanie się do treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w zakresie, który nie normuje rzeczowej materii. Ustawodawca bowiem wyraźnie odróżnił „warunki udziału w postępowaniu” od innych instytucji Prawa zamówień publicznych, o czym była mowa wyżej, po to, aby wykonawca i zamawiający mieli pewność co do podstaw oceny wykonawcy i jego wniosku (oferty), a w konsekwencji, żeby zapewniona była transparentność postępowania i realizacja zasad wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zaprezentowane stanowisko stanowi utrwaloną linię orzeczniczą Izby i Sądów

Okręgowych. W tym miejscu można przywołać wyrok KIO z dnia 17 marca 2016 r., sygn. akt: 299/16, w którym wskazano: „*Warunki udziału w postępowaniu wyznaczone przez zamawiającego i podane poprzez ogłoszenie do wiadomości wykonawców zainteresowanych przetargiem, muszą być sformułowane w sposób jednoznaczny i rozumiane literalnie zgodnie z dosłowną treścią. Nie mogą być dowolnie interpretowane na etapie rozpatrywania wniosków, ani przez zamawiającego, ani przez wykonawców.*”

Warto również przytoczyć stanowisko Izby zawarte w wyroku z dnia z 5 lutego 2016 r., sygn. akt: KIO 94/16, gdzie zwrócono uwagę, że: „*Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podobnie jak opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania, nie mogą być poddawane wykładni rozszerzającej. Oznacza to, że zamawiający może w tym zakresie brać pod uwagę jedynie te intencje i zamierzenia, które wynikają explicite z treści stawianych wykonawcom warunków. Jakiegokolwiek odstępstwo od tak rozumianej oceny skutkowałoby nieuchronnie całkowitą dowolnością działań zamawiającego, która byłaby nie do pogodzenia z koniecznością poszanowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Pamiętać należy, że warunki udziału w postępowaniu o*

42

udzielenie zamówienia publicznego, podobnie jak i inne elementy dokumentacji, powinny być sformułowane w sposób jasny i precyzyjny, zaś zamawiający, który powinności tej uchybi, nie może z nieprecyzyjnych i niejednoznacznych postanowień SIWZ wyciągać negatywnych dla wykonawców konsekwencji.”

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że Zamawiający w sekcji III podsekcja III.1.3) ogłoszenia o zamówieniu sformułował warunki udziału w postępowaniu dotyczące kwalifikacji zawodowych wskazując, że wykonawca spełni przedmiotowy warunek, jeśli wykaże, że projektant branży elektrycznej (co najmniej 3 osoby) posiada wymagane uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, zaś projektant branży konstrukcyjno-budowlanej (co najmniej 3 osoby) legitymuje się wymaganymi uprawnieniami do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł (sekcja III.1.4) pkt 1 ppkt 1.1 ogłoszenia o zamówieniu), jakie dokumenty należy przedłożyć w celu potwierdzenia spełniania niniejszego warunku udziału w postępowaniu. Biorąc powyższe pod uwagę oraz fakt, że Wzór nr 5 do *Szczegółowych informacji i wymagań nt. prowadzonego postępowania* stanowi *Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia*, należy przyjąć, że jest to dokument właściwy do potwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Dodać należy, że w przedmiotowym Wykazie wykonawca było zobowiązany wskazać m.in. zakres i numer uprawnień budowlanych każdej z osób ujętych w tym Wykazie.

W tym miejscu dostrzec należy, że wskazując na wymagane uprawnienia budowlane Zamawiający posłużył się nomenklaturą właściwą dla prawa polskiego, wynikającą z konkretnych aktów prawnych, a mianowicie ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 290 ze zm.), gdzie w art. 14 ust. 2 pkt 2, pkt 4 lit. c mowa o wyżej powołanych specjalnościach oraz rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2014 r., poz. 1278), w którym w § 12 ust. 1 i w § 14 ust. 5 jest mowa o ww. specjalnościach bez ograniczeń i w ograniczonym zakresie, w istocie jest tam zawarta definicja powołanych specjalności w tym kontekście.

Natomiast Zamawiający formułując sporny warunek udziału w postępowaniu pominął problematykę uprawnień budowlanych równoważnych. Dotyczy to obywateli polskich, którzy na gruncie przepisów polskich uzyskali równoważne uprawnienia, choć w oparciu o inne regulacje prawne. Należy bowiem pamiętać, że mimo wielokrotnych zmian przepisów prawa budowlanego, dotyczących nazewnictwa i zakresu uprawnień budowlanych, z mocy art. 104 ustawy Prawo budowlane osoby, które, przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały

43

uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do

pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Oznacza to, że na rynku funkcjonują osoby, które nie legitymują się uprawnieniami, opisanymi (nazwanymi), w taki sposób, jak uczynił to Zamawiający, niemniej jednak nie oznacza to, że nie mogą wziąć udziału w przedmiotowym postępowaniu, na co mogłaby wskazywać treść spornego warunku udziału, bowiem zakres tych uprawnień może odpowiadać tym wymagany przez Zamawiającego.

Kontynuując rozważania w tym przedmiocie podkreślenia wymaga również, że Zamawiający nie odniósł się w ogóle w treści kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu do obywateli spoza Polski, którzy posiadają uprawnienia budowlane uzyskane w kraju pochodzenia, odpowiadające tym, wymagany przez Zamawiającego.

Widać więc, że przedmiotowy warunek, gdyby go literalnie odczytać, nie dawałby możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie innym osobom niż te, które uzyskały uprawnienia budowlane na gruncie obowiązujących przepisów prawa i to tylko polskich. Jednakże ograniczenie interpretacji rzeczowego warunku do podanego wyżej wyniku nie może się ostać z uwagi na powołane przeszkody, które wprost godzą w zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Należy więc przeprowadzić taką wykładnię, która usunie podaną wadliwość, mając na uwadze poszanowanie praw nabytych, ale która jednocześnie nie będzie stanowiła wykładni rozszerzającej.

W tych okolicznościach należy więc odpowiedzieć na pytanie, co jest desygnatem pojęć „uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych” oraz „uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej”.

W ocenie Izby, pod przywołanymi pojęciami kryją się uprawnienia budowlane, odpowiadające swoim zakresem uprawnieniom, na które wskazał w treści ogłoszenia Zamawiający, niezależnie od tego, czy zostały uzyskane w Polsce, czy też w innym kraju. Dostrzeżenia wymaga bowiem, że wykonawca miał potwierdzić posiadanie przez swój zespół wymaganych kwalifikacji. Na próżno zaś w treści rzeczowego warunku poszukiwać zastrzeżenia, że rzeczono kwalifikacje mają uprawniać do wykonywania zawodu w Polsce.

Jedynie na marginesie wskazać należy, że wobec podanych wyżej okoliczności, nie ulega wątpliwości, że sporny warunek jest niejednoznaczny i niedookreślony, przez co utrudnia i ogranicza uczciwą konkurencję i jako taki, gdyby został sformułowany wniosek o unieważnienie przedmiotowego postępowania, był on rozstrzygnięty pozytywnie.

Jednocześnie Izba dostrzega regulacje ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2016 r., poz. 65), gdzie w art. 3 wskazano, że do uznawania kwalifikacji zawodowych do wykonywania zawodów regulowanych oraz do podejmowania lub wykonywania działalności regulowanych, nabytych w państwach członkowskich, stosuje się przepisy ustawy, o ile przepisy odrębne nie stanowią inaczej.

Organem właściwym w sprawach uznawania kwalifikacji zawodowych do wykonywania zawodów regulowanych oraz do podejmowania lub wykonywania działalności regulowanych jest organ:

- 1) o którym mowa w art. 4a ust. 1 ustawy z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej (Dz. U. z 2015 r. poz. 812, z późn. zm.), albo
 - 2) wskazany w przepisach wydanych na podstawie art. 4a ust. 3 albo art. 33a ust. 4-6 ustawy, o której mowa w pkt 1, albo
 - 3) wskazany w przepisach regulacyjnych
- zwany dalej „właściwym organem” (art. 6 ust. 1 ww. ustawy).

Organem uprawnionym do wydawania 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, jest organ wskazany w przepisach regulacyjnych, wydający takie decyzje w stosunku do osób, które uzyskały kwalifikacje zawodowe do wykonywania tych zawodów albo podjęcia lub wykonywania tych działalności w Rzeczypospolitej Polskiej, zwany dalej „uprawnionym organem” (art. 7 ww. ustawy).

Na tym tle nie można również pominąć regulacji zawartych w ustawie z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (t.j.: Dz. U. z 2016 r., poz. 1725), zgodnie z którymi 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 2016 r. poz. 65) w zawodzie odpowiednio architekta lub inżyniera budownictwa (art. 20a ust. 1 powołanej ustawy).

Przed rozpoczęciem świadczenia usługi transgranicznej po raz pierwszy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej obywatel państwa członkowskiego posiadający

45

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 (art. 20a ust. 4 powołanej ustawy).

Świadczenie usługi transgranicznej podlega indywidualnej ocenie dokonywanej przez właściwą okręgową radę izby, przy uwzględnieniu w szczególności długości, częstotliwości, regularności oraz ciągłości świadczenia tej usługi (art. 20a ust. 7 powołanej ustawy).

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 (art. 20a ust. 8 powołanej ustawy).

Prawo wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie przysługuje wyłącznie osobom wpisanym na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego (art. 6 ust. 1 powołanej ustawy).

Analiza przytoczonych regulacji prowadzi do wniosku, że należy oddzielić posiadanie właściwych kwalifikacji zawodowych od prawa do wykonywania zawodu w Polsce. O posiadaniu uprawnień budowlanych nie stanowi zatem wpis tymczasowy na właściwą listę członków samorządu zawodowego, lecz fakt posiadania odpowiednich uprawnień w kraju pochodzenia i wykonywanie w nim zawodu inżyniera budownictwa (usługa transgraniczna).

Stanowisko to zyskało aprobatę w orzecznictwie. Wystarczy wskazać na wyrok KIO z dnia 30 września 2011 r., sygn. akt: KIO 2019/11, a także wyrok z dnia 30 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2866, KIO 2869, KIO 2873. Warto również zwrócić uwagę na stanowisko, które zajęła Izba w wyroku z dnia 24 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2396/13: „*Nie sposób również pominąć, iż ustawodawca, wskazując na konieczność złożenia przez obywatela państwa członkowskiego oświadczenia o zamiarze świadczenia usługi transgranicznej, określił moment złożenia takiego oświadczenia, tj. „przed rozpoczęcia*

46

świadczenia usług transgranicznych po raz pierwszy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”. Tym samym nie sposób również uznać, iż już w dniu, w którym upływał termin składania ofert osoba wskazana na stanowisko projektanta branży mostowej winna była uzyskać tymczasowy wpis na listę członków izby właściwej miejscowo dla miejsca świadczenia usługi. W ocenie Izby fakt wpisu na listę 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 wyraźnie wskazuje na konieczność rozdzielenia posiadania stosownych uprawnień od samej możliwości świadczenia usługi w oparciu o posiadane uprawnienia w danym kraju. Tym samym najpóźniej na dzień, w którym upływał termin składania ofert wykonawca zobowiązany był wykazać, iż osoba wskazana na stanowisko projektanta branży mostowej posiada opisane w SIWZ uprawnienia a dopiero przed rozpoczęciem świadczenia usługi osoba wskazana na to stanowisko winna złożyć wymagane przywołanymi powyżej przepisami prawa oświadczenie o zamiarze świadczenia usługi transgranicznej i uzyskać wpis do właściwej miejscowo izby samorządu zawodowego”.

Z powyższego wynika nie tylko dostrzeżenie, że wpis tymczasowy nie stanowi o posiadaniu uprawnień budowlanych, bo te związane są z odpowiednim wykształceniem i praktyką zawodową, ale także, że wymaganie rzeczzonego wpisu na etapie oceny warunków udziału w postępowaniu byłoby przedwczesne.

Zdaniem Izby, treść spornego warunku udziału w postępowaniu, który referuje wyłącznie do uprawnień i w żaden sposób nie kreuje wymogu posiadania decyzji o uznaniu kwalifikacji czy też wpisu tymczasowego, w przypadku usługi transgranicznej, nie może być interpretowana w taki sposób, by wynik wykładni prowadził do rozszerzenia zakresu rzeczzonego warunku.

Powyższej oceny nie zmienia fakt, że Zamawiający posługuje się zwrotem „wymagane uprawnienia”. Zamawiający bowiem nie poprzestał na tym stwierdzeniu, ale określił, jakie to są te wymagane uprawnienia. Po drugie, w dalszym ciągu mowa o uprawnieniach, a nie o wpisie na listę członków właściwej izby.

Za absolutnie nieuzasadnione należy uznać twierdzenia Zamawiającego, że skoro obowiązek wpisu na listę warunkuje możliwość wykonywania zawodu w Polsce i powyższe wynika z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, to wykonawca zobowiązany był to wziąć pod uwagę i wymóg ten spełnić. W tym miejscu raz jeszcze należy podkreślić, że to zamawiający jest uprawniony do sformułowania warunków udziału w postępowaniu i ma obowiązek ich wyartykułowania w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ i tego uprawnienia, a jednocześnie obowiązku regulacje przepisów *iuris cogens* w określonym przedmiocie nie znoszą.

47

Oczywiście Izba dostrzega niebezpieczeństwo, na które wskazywał Odwołujący, że wpis na listę członków właściwej izby stanowi o legalności działalności wykonywanej w Polsce, a jego brak na obecnym etapie powoduje, że Zamawiający nie ma możliwości zweryfikowania tej okoliczności. Niemniej jednak raz jeszcze należy podkreślić, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i to on powinien w toku tego postępowania zabezpieczyć własne interesy. Skoro tego nie uczynił, aczkolwiek to dostrzegł, to jednakowoż nie stanowi to podstawy do rozszerzania warunku udziału w postępowaniu.

Izba jednak zwraca uwagę, że Zamawiający ma możliwość zabezpieczenia tych interesów na późniejszym etapie postępowania. Zamawiający jest uprawniony do zawarcia w SIWZ wymogu, że przed podpisaniem umowy wykonawca zobowiązany będzie taki wpis uzyskać i przedłożyć na tę okoliczność stosowny dokument.

Na kanwie powyższej sprawy zwraca również uwagę fakt, że Zamawiający dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie zapewnił uczciwej konkurencji. Zamawiający bowiem w stosunku do obywateli polskich nie oczekiwał wpisu na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, choć wpis ten jest niezbędny do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (art. 12 ust. 7 ustawy Prawo budowlane), natomiast w stosunku do obywateli spoza RP uznał, że wpis ten, choćby tymczasowy, jest konieczny. Powyższe pokazuje, że i z tej przyczyny interpretacja spornego warunku udziału w postępowaniu zaproponowana przez Zamawiającego nie może się ostać.

Powoływanie się przez Zamawiającego na wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2010 r., sygn. akt: KIO/UPZ 630/10 jest nietrafne, bowiem Zamawiający pominął, że brzmienie warunku w przywołanej sprawie było następujące: „uprawnienia *budowlane w specjalności konstrukcyjno- budowlanej bez ograniczeń bądź odpowiadające im równoważne uprawnienia w specjalności, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów – zgodnie z Polskim prawem budowlanym i opłaconą składkę za dany rok*

potwierdzającą przynależność do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa.” Powyższe wprost wskazuje, że ówczesny Zamawiający konstruując warunek udziału w postępowaniu w przedmiocie uprawnień nie tylko odwołał się do uprawnień równoważnych, ale również wprost wskazał na konieczność przynależności do właściwej izby.

Natomiast nie ma racji Odwołujący stojąc na stanowisku, że Zamawiający żądał od Odwołującego dowodów w postaci spornych dokumentów. Lektura wezwań kierowanych do Odwołującego powyższego nie potwierdza. Zamawiający żądał jedynie wyjaśnień i w przypadku, gdyby okazało się, że wskazanych dokumentów nie posiada (nie ma tam mowy o konieczności ich przedłożenia), to Odwołujący winien przedłożyć nowy Wykaz osób. Z tych przyczyn zarzut naruszenia przepisu art. 22b ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 2f ustawy

48

Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp okazał się nieuzasadniony.

Izba nie znalazła również podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisów art. 25 ust. 1 w zw. z art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 22b ust. 1 ustawy Pzp, art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, gdyż na obecnym etapie postępowania nie podlega ocenie treść ogłoszenia o zamówieniu pod kątem dokumentów żądanych celem potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu. Przedmiotem oceny jest czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania, a okoliczności, na które wskazuje Odwołujący, związane z brakiem podstaw do rozszerzenia warunku udziału w postępowaniu mogą być rozpatrywane wyłącznie w kontekście legalności czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Reasumując, za całkowicie nieuzasadnione należy uznać stanowisko Zamawiającego, który warunek udziału w postępowaniu w tym przedmiocie odkodowuje nie tylko w oparciu o treść ogłoszenia o zamówieniu w rzeczonym zakresie, ale czyni to również przez pryzmat innych postanowień ogłoszenia o zamówieniu i bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Za absolutnie niedopuszczalne należy uznać działanie Zamawiającego, który na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonuje ich konkretyzacji.

Skoro Zamawiający zdecydował się na sformułowanie warunków udziału w postępowaniu i określił je w ogłoszeniu o zamówieniu, a także wskazał dokumenty, które służą potwierdzeniu ich spełniania, to powyższe jest dla Zamawiającego wiążące. Zamawiający nie ma zatem możliwości uzupełniania treści wyartykułowanego w ogłoszeniu o zamówieniu warunku udziału w postępowaniu o okoliczności, które związane są z przedmiotowym zamówieniem. Stanowisko to znajduje normatywną podstawę w przepisach powołanych wyżej i wielokrotnie było potwierdzane w doktrynie i orzecznictwie.

Po to ustawodawca odróżnił warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia od opisu przedmiotu zamówienia i wskazał na obowiązek odrębnego ich określenia, aby nie było wątpliwości, jakie okoliczności stanowią podstawę weryfikacji wykonawcy w zakresie zdolności do wykonania zamówienia, a które dotyczą przedmiotu świadczenia, tym bardziej, że skutki oceny w obu kwestiach są odmienne. Nie ulega żadnej wątpliwości, że wykonawca musi mieć pewność co do tego, jakie są i w jaki sposób może spełnić warunki udziału w postępowaniu, a co ma być przedmiotem świadczenia (oferty). Okoliczności te absolutnie nie mogą być domniemywane. Stąd też za nietrafne należy uznać stanowisko Zamawiającego, że nie ma znaczenia, w jakiej części ogłoszenia o zamówieniu zawarto warunki udziału w postępowaniu, bowiem inne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu są komplementarne względem warunków udziału w postępowaniu.

49

Z całą mocą należy podkreślić, że treść warunku udziału w postępowaniu musi być zawarta w tej części ogłoszenia o zamówieniu, która je opisuje, z wyraźnym wskazaniem, że są to warunki udziału w postępowaniu. Natomiast w żadnym razie wykonawca nie ma obowiązku poszukiwać czy też odkodowywać treść warunku udziału w postępowaniu w oparciu o opis przedmiotu zamówienia czy też przepisy prawa, choćby były bezwzględnie obowiązujące. Wykonawca nie ma obowiązku domyślać się, czy i ewentualnie, jaka część innych postanowień ogłoszenia o zamówieniu, a także, które regulacje prawne stanowią

treść warunku udziału w postępowaniu, a to ze względu na obowiązek zamawiającego sformułowania warunków udziału w postępowaniu niezależnie od opisu przedmiotu zamówienia i wskazania ich odrębnie, w sposób niebudzący wątpliwości w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 22 ust. 1b ustawy Pzp, art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

Jednocześnie wart dostrzeżenia jest fakt, że gdyby dopuścić do oceny, jakiej domaga się Zamawiający, oznaczałoby to akceptację możliwości konkretyzacji warunków udziału w postępowaniu w oparciu o opis przedmiotu zamówienia na etapie oceny kwalifikacji zawodowych personelu wykonawcy, co stoi w sprzeczności po pierwsze, z uprawnieniem Zamawiającego do formułowania warunków udziału w postępowaniu, po drugie, z obowiązkiem wyartykułowania rzeczonych warunków w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, po trzecie, z możliwością oceny spełniania przedmiotowych warunków jedynie w okolicznościach ich sformułowania i w konsekwencji, co prowadziłoby do naruszenia przepisów art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 1b ustawy Pzp. Stąd też czynności Zamawiającego nie zasługują na ochronę.

Wreszcie, powyższe należy uznać za niedopuszczalne mając na uwadze przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem wykonawcy muszą mieć wiedzę w oparciu, o jakie okoliczności i dokumenty oferta będzie oceniana i informacja ta musi pochodzić od zamawiającego, który ją upublicznia na określonym etapie postępowania.

„Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podobnie jak opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania, nie mogą być poddawane wykładni rozszerzającej. Oznacza to, że zamawiający może w tym zakresie brać pod uwagę jedynie te intencje i zamierzenia, które wynikają explicite z treści stawianych wykonawcom warunków. Jakiegokolwiek odstępstwo od tak rozumianej oceny skutkowałoby nieuchronnie całkowitą dowolnością działań zamawiającego, która byłaby nie do pogodzenia z koniecznością poszanowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Pamiętać należy, że warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podobnie jak i inne elementy dokumentacji, powinny być sformułowane w

50

sposób jasny i precyzyjny, zaś zamawiający, który powinien tej uchybić, nie może z nieprecyzyjnych i niejednoznacznych postanowień SIWZ wyciągać negatywnych dla wykonawców konsekwencji” (wyrok KIO z dnia 5 lutego 2016 r., sygn. akt: KIO 94/16).

W tym miejscu należy również podkreślić, że całkowicie nieuprawione było uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący nie spełnia spornego warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do projektantów branży elektrycznej, skoro uprawnienia przynajmniej trzech z nich nie budziły wątpliwości Zamawiającego.

Z powołanych przyczyn zarzut naruszenia przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 57 ust. 2 ustawy Pzp należało uznać za uzasadniony.

Izba nie dostrzega natomiast podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający w sposób prawidłowy wywiązał się z nałożonego obowiązku poinformowania o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania, zaś okoliczność, że nie zaktualizowały się przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania pozostaje bez wpływu na ocenę przedmiotowego obowiązku informacyjnego.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 56 oraz w art. 57 traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej poprzez ograniczenie Odwołującemu prawa do swobodnego świadczenia usług. Wadliwa interpretacja przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu i w konsekwencji podjęcie nieuzasadnionej czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, zdaniem Izby, nie świadczy o ograniczeniu jego prawa podmiotowego, wyrażonego w akcie prawa pierwotnego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz

rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: