Sygn. akt: KIO 2705/12

WYROK
z dnia 21 grudnia 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2012 roku przez wykonawcę **ASTALDI S.p.A., 00-156 Rzym, Via G.V. Bona 65 adres do doręczeń w kraju Astaldi S.p.A. Oddział w Polsce, 002-215 Warszawa, ul. Sapieżyńska 10a,**
w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Państwowe Porty Lotnicze, 00-906 Warszawa, ul. świrki i Wigury 1,**

orzeka:

1. **oddala odwołanie.**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ASTALDI S.p.A., 00-156 Rzym, Via G.V. Bona 65** i
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero gorszy) uiszczoną przez wykonawcę **ASTALDI S.p.A., 00-156 Rzym, Via G.V. Bona 65** tytułem wpisu od odwołania;

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

Przewodniczący: ……..……

KIO 2705/12

Uzasadnienie

Zamawiający Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest rozbudowa pola wzlotów w Porcie Lotniczym im. Fryderyka Chopina w Warszawie.

W dniu 23 listopada 2012 r., zamawiający przesłał do publikacji ogłoszenie o zamówieniu, które zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 listopada 2012 r.

Wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu w dniu 7 grudnia 2012 r., odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej złożył wykonawca Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 4 ustawy z dni 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej także, jako ustawa „Pzp”, naruszenie art. 7 ust. 4 dyrektywy Rady 2005/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 września 2005 r., w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych, naruszenie art. 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

Odwołujący wnosił o dokonanie zmiany ogłoszenia w sposób, który mógłby umożliwić mu złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu poprzez:

1) wyznaczenie 6 tygodniowego terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo
2) zmianę warunków udziału w postępowaniu polegającą na wyraźnym wyłączeniu obowiązku dopełnienia wymogów wynikających z powołanych przepisów prawa krajowego odnośnie uznawania kwalifikacji zawodowych zdobytych w państwach UE a tym samym przyznaniu prawa do wylegitymowania się przez takie osoby

kwalifikacjami stwierdzonymi w danym państwie UE, co w przypadku Odwołującego oznaczać ma, że włoskie uprawnienia są wystarczające do złożenia wniosku lub oferty.

W uzasadnieniu swojego stanowiska odwołujący podnosił, iż zamawiający w sposób nieuprawniony, w przypadku posługiwania się przez wykonawców obywatelami innych niż RP, państw członkowskich UE, żąda, aby wykonawcy ci wykazali, że osoby te dopełniły już na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu formalności wynikających z ustawy Prawo budowlane oraz zgodnie z ustawą z dnia 15 grudnia 2000 r., o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów (Dz. U. z 2001 r., nr 5 poz.42 ze zm.). Odwołujący wskazywał, iż spełnienie wymogów wynikających z przepisów krajowych winno być warunkiem rozpoczęcia świadczenia, nie zaś warunkiem udziału w postępowaniu i jako takie nie mogą być stosowane jako podstawa nakładania na

wykonawców zagranicznych pochodzących z krajów UE warunku udziału w postępowaniu. Dalej odwołujący podnosił, iż potwierdzeniem kwalifikacji posiadanych przez obywateli państwa członkowskiego są wydane w tym państwie odpowiednie dokumenty, które są potwierdzeniem kwalifikacji tych osób. W ocenie odwołującego „(…) inne podejście do tego zagadnienia powoduje, że wnioskodawca pochodzący z kraju Unii E Europejskiej z uwagi na konieczność dopełnienia czysto administracyjnych wymogów, dla spełnienia których konieczne jest uczestnictwo w procedurze trwającej co najmniej miesiąc, a niekiedy i dłużej zostaje pozbawiony możliwości ubiegania się o zamówienie.”. Odwołujący wskazał, iż dopełnienie obowiązku wynikającego z przepisów prawa krajowego a dotyczących świadczenia usług trans granicznych powinien stanowić warunek kontraktowy konieczny do spełnienia przed rozpoczęciem świadczenia. W innym przypadku jak już wyżej wskazano, terminy wynikające z ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich UE (30 dni i dłużej) uniemożliwiają całkowicie ubieganie się o zamówienie gdyż zamawiający wyznaczył dwutygodniowy termin na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odwołujący podnosił, iż „(…) dla skutecznego złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w pierwszym rzędzie wykonawca powinien mieć czas na skompletowanie personelu, co, w przypadkach zamówień, dla których ustalono wysokie wymogi odnośnie doświadczenia i kwalifikacji personelu, wymaga czasu. Jeśli do niego dodać konieczność przejścia procedury administracyjnej związanej z uznawaniem kwalifikacji to w konsekwencji powoduje to uniemożliwienie przystąpienia do postępowania o zamówienie publiczne przez przedsiębiorców pochodzących z krajów UE będąc poważnym naruszeniem swobody przepływu personelu i usług, czyli jednej z podstawowych swobód traktatowych.”.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie, w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest rozbudowa pola wzlotów w Porcie Lotniczym im. Fryderyka Chopina w Warszawie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 listopada 2012 r., pod numerem 2012/S 229-377610.

Zgodnie z postanowieniami sekcji III pkt 2.3) ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wymagał, aby w odniesieniu do zdolności technicznej wykonawca wykazał, iż spełnia następujące warunki:

1) Dysponuje lub będzie dysponował osobami legitymującymi się doświadczeniem

zawodowym i kwalifikacjami odpowiednimi do stanowisk, które zostaną im powierzone, tj.:

a) Kierownikiem Budowy posiadającym uprawnienia w specjalności drogowej bez ograniczeń (1 osoba) zgodnie z wymaganiami ustawy Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2010 r., nr 243, poz. 1623 z późn. zm.) i rozporządzeń wykonawczych do tej ustawy lub wcześniej obowiązujących przepisów i posiadającym minimum 3-letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy, przy co najmniej jednej

budowie, przebudowie lub remoncie: nawierzchni lotniskowych lub drogowych z betonu asfaltowego o powierzchni nie mniejszej niż 10 000 m2 oraz nawierzchni betonowych o powierzchni nie mniejszej niż 10 000 m2.

b) Kierownikiem Robót posiadającym uprawnienia bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wod.-kan., cieplnych, wentylacyjnych i gazowych zgodnie z wymaganiami ustawy Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2010 r., nr 243, poz. 1623 z późn. zm.) i rozporządzeń wykonawczych do tej ustawy lub wcześniej obowiązujących przepisów posiadającym minimum 3-letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót.

c) Kierownikiem Robót posiadającym uprawnienia bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i energetycznych zgodnie z wymaganiami ustawy Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2010 r., nr 243, poz. 1623 z późn. zm.) i rozporządzeń wykonawczych do tej ustawy lub wcześniej obowiązujących przepisów i posiadającym minimum 3-letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót. Na stanowiska wymienione w lit. od a) do c) powyżej Zamawiający uzna za wystarczające uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów w specjalnościach drogowych, instalacyjnych w zakresie sieci, linii i urządzeń cieplnych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

W przypadku, gdy któraś z osób wskazanych przez Wykonawcę posiada kwalifikacje zawodowe inżyniera budownictwa, uprawniające ją do prowadzenia, zgodnie z prawem działalności w zakresie tego zawodu w państwie członkowskim UE (poza Polską), uznaje się, że osoba ta może wykonywać na terytorium RP tymczasowo i okazjonalnie usługi w zakresie swego zawodu, po dopełnieniu formalności zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane oraz zgodnie z ustawa z dnia 15.12.2000 roku o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów (t.j. Dz. U. z 2001 r. Nr 5, poz. 42 z późn. zm.).

Sprecyzowanie w powyższy sposób treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie warunku dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym leży bezpośrednio u podstaw

przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów Izba nie podzieliła stanowiska reprezentowanego przez odwołującego. W ocenie Izby opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia związany jest z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny. Zamawiający uprawniony jest do żądania od wykonawców wykazania, że dysponują lub będą dysponować osobami o określonych uprawnieniach niezbędnych do wykonania zamówienia. Należy zwrócić uwagę, iż w treści ogłoszenia zamawiający dokonując opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu konsekwentnie odwołuje się do posiadania uprawnień w określonej specjalności np. drogowej, instalacyjnej w zakresie sieci instalacyjnej i urządzeń wod-kan, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych a nie do posiadania prawa wykonywania określonego zawodu. Słusznie stwierdza odwołujący, że dopełnienie obowiązku wynikającego z przepisów prawa krajowego a dotyczących świadczenia usług transgranicznych powinien stanowić warunek kontraktowy konieczny do spełnienia przed rozpoczęciem świadczenia a nie warunek udziału w postępowaniu. Nie sposób jednak zgodzić się z odwołującym, że samo zamieszczenie informacji o konieczności

dopełnienia formalności wymaganych od obywateli zagranicznych we wskazanej części ogłoszenia oznacza, że zamawiający uznał te formalności, jako konieczne do spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Choć być może samo umiejscowienie jest niefortunne to jednak odróżnić należy warunek dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym o określonych uprawnieniach od ewentualnej konieczności dopełnienia formalności celem uzyskania prawa do wykonywania na terytorium RP tymczasowo i okazjonalnie usługi w zakresie swego zawodu, co może być jak wskazywał sam odwołujący warunkiem rozpoczęcia świadczenia. Niewątpliwie w przedmiotowym postępowaniu zamawiający wymagał jedynie, aby wykonawca wykazał, że dysponuje lub będzie dysponował

odpowiednimi osobami o określonych uprawnieniach a dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie kadry wystarczające jest, aby wskazane osoby posiadały uprawnienia wymagane w kraju UE, w którym te uprawnienia uzyskały. Jedynie walor informacyjny (co przyznał zamawiający zarówno w odpowiedzi na odwołanie jak i na rozprawie) ma kwestionowany przez odwołującego zapis ogłoszenia o zamówieniu o konieczności dopełnienia formalności administracyjnych w sytuacji gdyby wykonawcy w toku realizacji przedmiotu zamówienia chcieli posługiwać się osobami legitymującymi się uprawnieniami właściwymi dla kraju uzyskania tych uprawnień. Niewątpliwie wymóg ten nie jest konieczny do spełnienia na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i nie stanowi warunku udziału w postępowaniu. Tym samym podniesione przez odwołującego zarzuty należało uznać za niezasadne.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodniczący: ……