

WYROK
z dnia 30 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Mota – Engil Central Europe S.A w Krakowie oraz Mota – Engil Engenharia e Construção S.A w Casa da Calçada, Largo do Paco 6 - Cepelos** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Kwidziński Park Przemysłowo – Techniczny sp. z o.o. w Górkach**

przy udziale uczestnika postępowania **Aldesa Construcciones S.A w Madrycie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Aldesa Construcciones S.A. w Madrycie do uzupełnienia wykazu wykonanych robót budowlanych (załącznik nr 1 do oferty), bowiem z powołanego wykazu nie wynika wykonanie co najmniej jednej roboty odpowiadającej wymaganiom opisanym w pkt. 6 b ppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. kosztami postępowania obciąża **Kwidziński Park Przemysłowo – Techniczny sp. z o.o. w Górkach** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Mota – Engil Central Europe S.A w Krakowie oraz Mota – Engil Engenharia e Construção S.A w Casa da Calçada, Largo do Paco 6 - Cepelos** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Kwidzińskiego Parku Przemysłowo – Techniczny sp. z o.o. w Górkach** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Mota – Engil Central Europe S.A w Krakowie oraz Mota – Engil Engenharia e Construção S.A w Casa da Calçada, Largo do Paco 6 - Cepelos** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Kwidziński Park Przemysłowo – Techniczny sp. z o.o. w Górkach zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo

zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na utworzenie Kwidzyńskiego Parku Przemysłowo - Technologicznego z centrum energii odnawialnej - wykonanie robót rozbiórkowych i robót budowlanych: Podzadanie A - obiekty kubaturowe centrum KPPT, w tym obiekty szkoleniowo - wystawowe (bud. B i C), Centrum Energii Odnawialnej (bud. D), Inkubator Przedsiębiorczości (bud. E), ekspozycyjny dom pasywny (bud. F); Podzadanie B - infrastruktura drogowa i techniczna terenu KPPT.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
z dnia 28 czerwca 2011 r. pod numerem 2011/S 121 – 200575.

W dniu 9 września 2011 r. pismem z tego samego dnia zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu m.in. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Mota – Engil Central Europe S.A. w Krakowie oraz Mota – Engil Engenharia e Construcao S.A. w Casa da Calçada, Largo do Paco 6 - Cepelos (dalej „odwołujący”) o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Aldesa Construcciones S.A. w Madrycie.

Dnia 19 września 2011 r. odwołujący wniósł odwołanie, kopię odwołania przekazując za pośrednictwem faksu tego samego dnia zamawiającemu.

Odwołujący zakwestionował wybór oferty najkorzystniejszej dokonany przez zamawiającego oraz zaniechanie udzielenia zamówienia odwołującemu czynnościom zamawiającego zarzucając naruszenie:

- I. art.24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Aldesa Construcciones S.A. w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
- II. art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Aldesa Construcciones S.A. w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci posiadania wiedzy i doświadczenia,
- III. art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Aldesa Construcciones S.A., mimo iż wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania.

Uwzględniając powyższe odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów zostało wskazane, co następuje:

Ad. I i III

Zdaniem odwołującego Aldesa Construcciones S.A. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp i części 6c specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”). Zamawiający wymagał, ażeby wykonawca dysponował osobami odpowiedzialnymi za kierowanie robotami budowlanymi, posiadającymi uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń (wymagane przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane tj.: Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 ze zm., dalej „prawo budowlane”), w następujących specjalnościach:

1) 1 osoba z uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej - pełniąca funkcję kierownika budowy, która posiada co najmniej 3 lata udokumentowanej praktyki na stanowisku kierownika budowy i w tym okresie pełniła funkcję kierownika budowy dla co najmniej jednego obiektu budowlanego o parametrach nie mniejszych niż określone w pkt. 6 ppkt b1 lub b2 siwz,

- 2) 1 osoba z uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej - pełniąca funkcję kierownika robót na budowie, która posiada co najmniej 3 lata udokumentowanej praktyki na stanowisku kierownika budowy lub robót na budowie i w tym okresie pełniła funkcję kierownika budowy lub robót na budowie dla co najmniej jednego obiektu budowlanego, o parametrach dróg nie mniejszych niż określone w pkt. 6 ppkt b2 siwz,
- 3) 1 osoba z uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń o specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych - pełniąca funkcję kierownika robót na budowie, która posiada co najmniej 3 lata udokumentowanej praktyki na stanowisku kierownika budowy lub robót na budowie i w tym okresie pełniła funkcję kierownika budowy lub robót na budowie dla co najmniej jednego obiektu budowlanego o parametrach nie mniejszych niż określone w pkt. 6 ppkt b lub b2 siwz,
- 4) 1 osoba z uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń o specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych - pełniąca funkcję kierownika budowy lub robót na budowie, która posiada co najmniej 3 lata udokumentowanej praktyki na stanowisku kierownika robót na budowie i w tym okresie pełniła funkcję kierownika budowy lub robót na budowie dla co najmniej jednego obiektu budowlanego o parametrach nie mniejszych niż określone w pkt. 6 ppkt b1 lub b2 siwz,
- 5) 1 osoba posiadająca uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną, pełniąca funkcję kierownika budowy lub robót na budowie, która posiada co najmniej 3 lata udokumentowanej praktyki na stanowisku kierownika budowy lub robót na budowie,
- 6) 1 osoba z uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń o specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, która kierowała robotami związanymi z realizacją BMS (zintegrowany system zarządzania budynkiem) sterującym i kontrolującym wszelkimi elementami przynajmniej na 1 obiekcie.

Wykonawca Aldesa Construcciones S.A., w celu wykazania spełniania warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp i części 6c siwz, tj. dysponowania osobami odpowiedzialnymi za kierowanie robotami budowlanymi, posiadającymi uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń, oświadczył, iż będzie korzystać z siedmiu osób wskazanych w załączniku nr 2 do oferty oraz przedłożył zaświadczenia o członkostwie tych osób w izbach zawodowych inżynierów w Hiszpanii zaświadczające o prawie wykonywania zawodu na terenie Hiszpanii oraz życiorysy tych osób. W złożonych na żądanie zamawiającego wyjaśnieniach, wykonawca Aldesa Construcciones S.A. wskazał, iż

ww. osoby będą wykonywać funkcję kierowników robót w formie „świadczenia usług transgranicznych”.

Zdaniem odwołującego przedmiotowe oświadczenia oraz zaświadczenia nie wykazują jednak uprawnienia ww. osób do wykonywania funkcji kierowników robót na terenie Rzeczypospolitej Polskiej.

Odwołujący argumentował, iż obywatel państwa członkowskiego, tj. obywatel jednego z państw członkowskich Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej oraz państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, może na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wykonywać samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, pod warunkiem spełnienia określonych wymagań, które będą różne w zależności od wybranej procedury. W obecnym stanie prawnym istnieją trzy możliwości uzyskania upoważnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na terytorium RP. Może to nastąpić przez zdanie egzaminu na uprawnienia budowlane, uznanie kwalifikacji zawodowych, dopuszczenie do świadczenia usług transgranicznych. W każdym z powołanych przypadków obywatel państwa członkowskiego, aby wykonywać samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, musi być członkiem właściwej izby samorządu zawodowego w Rzeczypospolitej Polskiej, na co – zdaniem odwołującego - wskazuje przepis art. 20a ustawy z 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów (Dz. U. z 2001 r., Nr 5, poz. 42 ze zm., dalej „ustawa o samorządach zawodowych”). Zgodnie z art. 20a ust. 2 powołanej ustawy, przed rozpoczęciem świadczenia

usług transgranicznych po raz pierwszy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej architekt, inżynier budownictwa lub urbanista przedkłada właściwej okręgowej radzie izby, właściwej ze względu na miejsce zamierzonego wykonywania czynności, pisemne oświadczenie o zamiarze świadczenia danej usługi, o treści określonej w dalszej części ustępu. Odwołujący podkreślił, iż sama notyfikacja rozpoczęcia świadczenia usług transgranicznych nie jest wystarczająca do podjęcia tych czynności. Jak stanowi bowiem ust. 5 art. 20a przedmiotowej ustawy „Świadczenie usług transgranicznych podlega każdorazowo indywidualnej ocenie dokonywanej przez właściwą okręgową radę izby, przy uwzględnieniu w szczególności długości, częstotliwości, regularności oraz ciągłości usługi”. Pomyślnie przejście tej oceny stanowi podstawę do tymczasowego wpisu przez właściwą izbę na listę osób świadczących usługę transgraniczną (art. 20a ust. 6 o samorządach zawodowych). Wpis ten ma charakter konstytutywny, tj. dopiero po jego dokonaniu dana osoba może wykonywać samodzielne funkcje techniczne na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. Podjęcie takich funkcji bez przedmiotowego wpisu stanowi nie tylko naruszenie administracyjnych przepisów ustawy prawo

budowlane, ale również stanowi przestępstwo stypizowane w art. 91 ust. 1 pkt 2 prawa budowlanego.

Odwołujący podniósł, iż rozwiązanie zastosowane przez polskiego ustawodawcę odpowiada w pełni przepisom dyrektywy 2005/36/WE Parlamentu i Rady z 7 września 2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych (Dz. U. UE L 255 z 30 września 2005 r.), w szczególności art. 7 tej dyrektywy.

Dla potwierdzenia powyższych tez odwołujący przytoczył opinię głównego specjalisty Krajowego Biura Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa, zgodnie z którą „każda osoba wykonująca samodzielne funkcje techniczne musi być członkiem izby samorządu zawodowego” (źródło: <http://uprawnieniabudowlane.pl/uprawnienia-budowlane-z-unii-europejskiej/>).

Odwołujący stwierdził dalej, iż analogiczne do niniejszej sprawy były przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą wskazując, iż osoby pochodzące z krajów członkowskich UE (i obszaru EOG) kierujące robotami budowlanymi na terenie RP w ramach tzw. „usługi transgranicznej”, muszą uprzednio (przed rozpoczęciem wykonywania zamówienia i przed złożeniem oferty) uzyskać wpis na listę prowadzoną przez polski samorząd zawodowy inżynierów. Wykonawca, który posługuje się takimi osobami w celu spełnienia wymogu określonego w art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, musi przy tym wykazać tę okoliczność, przedkładając stosowne zaświadczenie. Dodał dalej odwołujący, iż skoro zamawiający wymagał w części 6c siwz, ażeby wykonawcy wykazali, iż dysponują osobami posiadającymi polskie uprawnienia budowlane, lub odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów prawa budowlanego oraz ustawy z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2008 r., Nr 63, poz. 394, dalej „ustawa o uznawaniu kwalifikacji zawodowych”), wykonawca Aldesa Construcciones S.A. - wykazując dysponowanie kierownikami posiadającymi hiszpańskie uprawnienia - powinien dołączyć do oferty zaświadczenia o wpisie tych osób na listę członków polskiej izby inżynierów budownictwa, czego nie uczynił.

Z daleko idącej ostrożności procesowej odwołujący zarzucił, iż wykonywanie samodzielnych funkcji kierowniczych w ramach robót budowlanych stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia nie będzie stanowiło „usługi transgranicznej”, o której mowa w art. 20a cytowanej wyżej ustawy. Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu, ażeby usługa miała charakter „transgraniczny” musi posiadać cechę jednorazową (musi być wykonywana niejako ad hoc), nie może mieć charakteru stałego ani trwać przez dłuższy czas. Tymczasem przedmiotem niniejszego zamówienia jest wykonanie

dużej inwestycji - wybudowaniu kilku dużych budynków, wartych kilkadziesiąt milionów złotych, w długim okresie czasu - prawie dwóch lat. Z tego względu odwołujący podniósł, iż z uwagi na brak tych cech inżynierowie wskazani przez Aldesa Construcciones S.A. nie będą wykonywali usługi transgranicznej, co oznacza, iż wykonawca Aldesa Construcciones S.A. w celu wykazania, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu w postaci dysponowania kierownikami robót, powinien przedłożyć zaświadczenia tych osób o zdaniu w Polsce

egzaminu w celu uzyskania uprawnień budowlanych bądź zaświadczenia o uznaniu (nostryfikacji) ich kwalifikacji zawodowych przez polski samorząd inżynierów budownictwa. Mając na uwadze, iż takie dokumenty nie znalazły się ani w treści oferty Aldesa Construcciones S.A., ani w uzupełnieniach do tej oferty, wykonawca Aldesa Construcciones S.A. winien zostać wykluczony z postępowania.

Niezależnie od powyższego odwołujący zarzucił, iż wskazany przez Aldesa Construcciones S.A. w Madrycie jako kierownik robót instalacji sanitarnej Eduardo L. G. nie posiada żadnych uprawnień do sprawowania funkcji kierownika w branży instalacji sanitarnych, bowiem posiada tytuł inżyniera przemysłowego, którego zakres uprawnień jest nieznany.

Zdaniem odwołującego wykonawca Aldesa Construcciones S.A. nie wykazał również, iż podany jako kierownik robót elektrycznych i elektroenergetycznych oraz systemu BMS Miguel Angel R. J. oraz wykazany jako kierownik robót elektrycznych, elektroenergetycznych Emilio M. M., posiadają uprawnienia do sprawowania funkcji kierowników w tych branżach, bowiem dysponują tytułem inżyniera przemysłowego, którego zakres uprawnień jest nieznany.

Zatem zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, zaniechawszy wykluczenia Aldesa Construcciones S.A. z postępowania, uznając, że wykonawca ten dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - osobami odpowiedzialnymi za kierowanie robotami budowlanymi, posiadającymi uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń

Ad. II i III

W opinii odwołującego wykonawca Aldesa Construcciones S.A. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp i części 6b pkt 2 siwz. Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną obejmującą co najmniej następujący zakres rzeczowy:

Branża drogowa:

- długość wybudowanych dróg z nawierzchnią asfaltową: min. 1000 m,

Branża elektryczna:

- długość sieci zasilania energetycznego Sn: min. 1500 m,
- długość sieci kanalizacji teletechnicznej: min 1500 m,

Branża sanitarna:

- długość sieci kanalizacji deszczowej lub sanitarnej: min 1500 m,
- długość sieci wodociągowej: min 1000 m,
- długość sieci ciepłowniczej: min 1000 m.

Wykonawca Aldesa Construcciones S.A. nie wykazał, iż:

- a) wykonał drogi z nawierzchnią asfaltową o długości co najmniej 1000 m,
- b) wykonał linie energetyczne o długości co najmniej 1500 m,
- c) wykonał sieci kanalizacyjne, deszczowe lub sanitarne o długości co najmniej 1500 m,
- d) wykonał sieci wodociągowe o długości co najmniej 1000 m,
- e) wykonał sieci ciepłownicze o długości co najmniej 1000 m.

W konsekwencji odwołujący podniósł, iż zamawiający naruszył art.24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, zaniechawszy wykluczenia Aldesa Construcciones S.A. z postępowania, uznając, że wykonawca ten dysponuje należytą wiedzą i doświadczeniem niezbędnym do wykonania zamówienia.

Zamawiający dnia 19 września 2011 r. zawiadomił Aldesa Construcciones S.A. w Madrycie o odwołaniu wzywając do przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz przesyłając kopię odwołania.

Pismem z dnia 20 września 2011 r. do Prezesa Izby (wpływ bezpośredni w dniu 22 września 2011 r. potwierdzony prezentatą) zostało zgłoszone przez Aldesa Construcciones S.A. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Na rozprawie w dniu 30 września 2011 r. strony oraz Aldesa Construcciones S.A. podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz Aldesa Construcciones S.A. złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Odwołujący w zreferowanym powyżej odwołaniu w sposób zgodny z rzeczywistością przytoczył postanowienia siwz w zakresie dotyczącym opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia (pkt 6b ppkt 2 siwz)

oraz dysponowania przez wykonawców odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (pkt 6c ppkt 1 – 6 siwz).

W uzupełnieniu przytoczyć należy postanowienia siwz dotyczące wymaganych dokumentów mających wykazać potwierdzenie spełnianie warunków opisanych odpowiednio w pkt. 6b ppkt 2 siwz oraz 6c ppkt 1-6 siwz. Wykonawcy zobowiązani byli załączyć do oferty:

- wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia (...) oraz dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone – zgodnie z punktem 6b – przedstawiony w formie zgodnej z załącznikiem nr 1 do formularza ofertowego (pkt 7b siwz)
- wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami wraz z oświadczeniem, że osoby które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia – zgodnie z punktem 6c – przedstawiony w formie zgodnej z załącznikiem nr 2 do formularza ofertowego (pkt 7c siwz).

Ponadto w pkt. 6c siwz zamawiający postanowił, iż określając wymogi dla każdej osoby w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych dopuszcza odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów oraz odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów prawa budowlanego oraz ustawy o uznawaniu kwalifikacji zawodowych.

Do oferty Aldesa Construcciones S.A. załączono m.in.:

- załącznik nr 1 – wykaz wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat (k. 167 – 168 oferty);
- referencje (k. 167 – 216 oferty);
- załącznik nr 2 - wykazu osób wraz z oświadczeniem, że osoby wymienione w tabeli, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia zgodnie z pkt. 6c siwz, w którym wymieniono m.in. pana Mariano L. D. posiadającego tytuł inżyniera dróg, kanałów i portów (poz. 1 wykazu), panów Eduardo L. G. (poz. 3 wykazu, wskazany na funkcję kierownika robót w branży instalacji sanitarnych), Miguela Angel R. J. (poz. 5 wykazu, wskazany na funkcję kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych oraz

systemu BMS) oraz Emilio M. M. (poz. 6 wykazu, wskazany na funkcję kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych) posiadających tytuł inżyniera przemysłowego (k. 218 oferty).

Ponadto zasadnym jest wskazanie, iż zamawiający pismem z dnia 2 września 2011 r. wzywał Aldesa Construcciones S.A. do wyjaśnienia, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, czy uprawnienia pana Mariano L. D. wskazanego w załączniku nr 2 do oferty posiadającego tytuł inżyniera dróg, kanałów i portów, odpowiadają polskim kwalifikacjom zawodowym w zakresie uprawnień budowlanych bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno – budowlanej.

W odpowiedzi pismem z dnia 5 września 2011 r. zostało stwierdzone m.in., iż pan Mariano L. D. posiada kwalifikacje zawodowe równoważne polskim kwalifikacjom zawodowym w zakresie uprawnień budowlanych bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno – budowlanej. W uzasadnieniu Aldesa Construcciones S.A. przywołała art. 20a ustawy o samorządach zawodowych odnoszący się do świadczenia usług transgranicznych.

Zamawiający w spornym zakresie nie wzywał Aldesa Construcciones S.A. w Madrycie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Uwzględnwszy tak ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Przymiot uczestnika postępowania uzyskał wykonawca Aldesa Construcciones S.A. w Madrycie (dalej „przystępujący”) zgłaszając skutecznie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron oraz przystępującego, Izba uwzględniła odwołanie.

Osią sporu pomiędzy zamawiającym a odwołującym jest ocena, czy zamawiający prawidłowo postąpił uznając, iż przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Przechodząc do rozpatrzenia poszczególnych zarzutów odwołania wskazać należy, co następuje:

Ad. I i III – zarzuty naruszenia art.24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty przystępującego, mimo iż wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania.

Kluczowe dla rozstrzygnięcia, czy na gruncie rozpatrywanej sprawy powołane wyżej zarzuty odwołującego były zasadne, jest (poza treścią dokumentów załączonych do oferty przystępującego tj. załącznika nr 2 i wyjaśnień z dnia 5 września 2011 r.) ustalenie wymagań zamawiającego wyartykułowanych w siwz w kwestionowanym zakresie.

Dla oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów istotne jest podkreślenie, iż siwz jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne – z jednej strony wyznacza wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymagania, które ma spełniać oferta, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, jak również opisuje sposób oceny warunków udziału w postępowaniu, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert oraz analizując spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Trzeba wskazać na zasadnicze reguły, którymi zobowiązany jest kierować się zamawiający dokonując badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przede wszystkim nie wolno mu dokonywać oceny w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że ocena, czy spełniają warunki udziału w postępowaniu, zostanie dokonana wyłącznie w odniesieniu do wyartykułowanych w siwz wymagań zamawiającego (podobnie przykładowo w wyroku KIO z dnia 16 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2623/10 oraz w wyroku z dnia 29 lipca 2011, sygn. akt KIO 1514/11).

Przyjmując za podstawę dalszych rozważań podkreślone przez Izbę znaczenie siwz dla należytego zbadania, czy przystępujący spełnia opisane w siwz warunki udziału w postępowaniu w kwestionowanym przez odwołującego zakresie, trzeba odnieść się do treści tego dokumentu sporządzonego przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu w zakresie adekwatnym do podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Analiza treści siwz (w szczególności postanowień pkt. 6c ppkt 1 - 6 oraz pkt. 7c siwz) jednoznacznie prowadzi do wniosku, iż zamawiający – wbrew twierdzeniom odwołującego - nie wymagał w siwz przedłożenia wraz z ofertą zaświadczenia o wpisie osób wskazanych w załączniku nr 2 do oferty na listę członków polskiej izby inżynierów budownictwa.

Zamawiający wymagał, ażeby wykonawca dysponował osobami odpowiedzialnymi za kierowanie robotami budowlanymi, posiadającymi uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń (pkt 6c siwz). Jednocześnie oczekiwał złożenia przez wykonawców oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia. W tym zakresie przystępujący uczynił zadość wyartykułowanym w siwz wymaganiom zamawiającego przedkładając wraz z ofertą załącznik nr 2 wraz ze stosownym oświadczeniem (k. 218 oferty).

Zamawiający konsekwentnie w siwz odwołuje się do uprawnień budowlanych, nie wspominając o wpisie na listę członków polskiej izby inżynierów budownictwa. Prawo budowlane, jak słusznie podnosił przystępujący, odróżnia kategorię uprawnień budowlanych, do których odnosi się przepis art. 12 ust. 2 prawa budowlanego, od wskazanej w przepisie art. 12 ust. 7 tej ustawy podstawy do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, którą stanowi decyzja o wpisie na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego (podobnie: wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2011 r. w spr. o sygn. akt KIO 1731/11 oraz KIO 1757/11).

Tym samym stwierdzić trzeba, iż wystarczającym było w okolicznościach sprawy złożenie przez przystępującego oświadczenia, iż osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia.

Rację ma także przystępujący podnosząc na rozprawie, iż art. 20a ust. 1 ustawy o samorządach zawodowych określa, kto może świadczyć usługi transgraniczne. Zgodnie z powołanym przepisem prawo do tymczasowego i okazjonalnego wykonywania zawodu inżyniera budownictwa (bez konieczności uznawania kwalifikacji zawodowych) ma obywatel

państwa członkowskiego posiadający kwalifikacje zawodowe inżyniera budownictwa oraz prowadzący zgodnie z prawem działalności w zakresie tego zawodu w innym niż Rzeczpospolita Polska państwie członkowskim. Zatem osoba mająca kwalifikację i wykonująca zawód inżyniera, np. w Hiszpanii ma też prawo do wykonywania tego rodzaju działalności w Polsce. O posiadaniu uprawnień budowlanych nie stanowi zatem wpis na właściwą listę członków samorządu zawodowego, lecz fakt posiadania odpowiednich uprawnień w kraju pochodzenia i wykonywanie w nim zawodu inżyniera budownictwa.

Postawiony na rozprawie przez odwołującego zarzut złożenia przez przystępującego nieprawdziwych informacji, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jako spóźniony, nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę.

Odnosząc się do twierdzeń odwołującego, iż panowie Eduardo Landin G., Miguela Angel R. J. oraz Emilio M. M. posiadając tytuł inżyniera przemysłowego nie są uprawnieni do pełnienia funkcji kierowników robót w specjalnościach wskazanych w załączniku nr 2 do oferty przystępującego stwierdzić trzeba, iż stanowisko odwołującego w tej kwestii jest gołosłowne, nie poparte żadnymi dowodami.

Zważywszy powyższe zarzuty uchybienia przez zamawiającego art.24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty przystępującego, mimo iż wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania, nie potwierdziły się.

Ad. II i III – zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci posiadania wiedzy i doświadczenia oraz art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty przystępującego,

mimo iż wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania.

Nie jest okolicznością sporną treść siwz w zakresie odnoszącym się do wymagań zamawiającego dotyczących wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w

zakresie obejmującym wiedzę i doświadczenie (pkt 6b ppkt 2 oraz 7b siwz).

Nie jest także sporne, iż w załączniku nr 1 do oferty przystępującego nie zostało wskazane, iż podane w nim roboty obejmowały wykonanie:

- drogi z nawierzchnią asfaltową o długości co najmniej 1000 m,
- linie energetyczne o długości co najmniej 1500 m,
- sieci kanalizacyjne, deszczowe lub sanitarne o długości co najmniej 1500 m,
- sieci wodociągowe o długości co najmniej 1000 m,
- sieci ciepłownicze o długości co najmniej 1000 m.

Powyższe nie wynika także z załączonych do oferty przystępującego referencji.

Uwzględnivszy zatem, iż zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp to wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu (wykazać), iż spełnia warunki udziału w postępowaniu trzeba stwierdzić, iż zamawiający oceniając zarówno referencje, jak i załącznik nr 1 do oferty przystępującego, dokonał w sposób arbitralny ustalenia, iż wykazane zostało przez przystępującego spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 6b ppkt 2 siwz. Zamawiający – jak przyznał na rozprawie – przyjął, iż skoro inwestycje opisane w załączonych do oferty przystępującego dokumentach obejmują duże, wieloobektowe inwestycje, musiały one obejmować także swoim zakresem wykonanie drogi z nawierzchnią asfaltową o długości co najmniej 1000 m, linii energetycznych o długości co najmniej 1500 m, sieci kanalizacyjnych, deszczowych lub sanitarnych o długości co najmniej 1500 m, sieci wodociągowej o długości co najmniej 1000 m, sieci ciepłowniczej o długości co najmniej 1000 m. Takie twierdzenie zamawiającego jednak nie znajduje potwierdzenia w załączonych do oferty dokumentach.

Zważywszy powyższe potwierdziły się w tym zakresie zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust 1 pkt 2 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, bowiem przystępujący nie wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia w zakresie opisanym w pkt 6b ppkt 2 siwz.

Jednocześnie Izba wyraża pogląd, iż wobec nie skorzystania przez zamawiającego w kwestionowanym zakresie z instytucji opisanej w art. 26 ust. 3 Pzp (wezwanie do uzupełnienia dokumentów), zamawiający zobowiązany jest w adekwatnym zakresie wezwać przystępującego do uzupełnienia wykazu wykonanych robót budowlanych o brakujące informacje dotyczące wykonania drogi z nawierzchnią asfaltową o długości co najmniej 1000 m, linii energetycznych o długości co najmniej 1500 m, sieci kanalizacyjnych, deszczowych

lub sanitarnych o długości co najmniej 1500 m, sieci wodociągowej o długości co najmniej 1000 m, sieci ciepłowniczej o długości co najmniej 1000 m. Następnie zamawiający, w wyniku dokonania oceny treści uzupełnionych dokumentów, dokona w postępowaniu stosownych czynności.

Dodać należy, iż na rozprawie przystępujący z ostrożności przedłożył referencje z dnia 23 lipca 2011 r. (wraz z tłumaczeniem) dotyczące pozycji nr 10 załącznika nr 1 do oferty. Zważywszy jednak, iż to w pierwszej kolejności zamawiający jest podmiotem dokonującym weryfikacji, czy wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu składając odpowiednie dokumenty wraz z ofertą oraz uwzględnivszy treść ewentualnych wyjaśnień czy uzupełnień i to czynność zamawiającego dokonana na podstawie tychże dokumentów (wyjaśnień, uzupełnień) podlega ocenie Izby w zakresie postawionych w odwołaniu zarzutów, Izba – rozstrzygając o zarzutach odwołania - nie uwzględniła przedłożonych na rozprawie referencji.

W tym stanie rzeczy Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....
