

Sygn. akt: KIO/KD 32/18

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 28 sierpnia 2018 r.

Po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

„Uzdrowisko Horyniec” Sp. z o.o.

Ul. Sanatoryjna 3

37-620 Horyniec-Zdrój

dotyczących „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” (znak: KND/3/17/DKZP) z dnia 20 lipca 2018 r. w przedmiocie zamówienia pn. „Modernizacja oraz rozbudowa obiektu sanatoryjnego Jawor przeznaczonego dla celów zamieszkiwania czasowego oraz termomodernizacja budynku administracji, oraz obiektów: Modrzew i Jawor w ramach projektu pn. Zwiększenie efektywności energetycznej Uzdrowiska Horyniec w ramach programu PL04 Oszczędzanie energii i promowanie odnawialnych źródeł energii realizowanego przez NFOŚiGW - etap trzeci.”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Luiza Łamejko
Członkowie:	Anna Kuszel-Kowalczyk
	Emil Kuriata

wyraża następującą opinię:

zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia z dnia 30 lipca 2018 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) kontrolą doraźną w przedmiocie zamówienia pn. „Modernizacja oraz rozbudowa obiektu sanatoryjnego Jawor przeznaczonego dla celów zamieszkiwania czasowego oraz termomodernizacja budynku administracji, oraz obiektów: Modrzew i Jawor w ramach projektu pn. Zwiększenie efektywności energetycznej Uzdrowiska Horyniec w ramach programu PL04 Oszczędzanie energii i promowanie odnawialnych źródeł energii realizowanego przez NFOŚiGW - etap trzeci.”. O wynikach przeprowadzonej kontroli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował zamawiającego, tj. „Uzdrowisko Horyniec” Sp. z o.o. pismem z dnia 20 lipca 2018 r., przesyłając Informację o wyniku kontroli.

W przesłanej zamawiającemu Informacji o wyniku kontroli stwierdzono, naruszenie:

1) art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 3 poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania wykonawcy XX do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego w zakresie uprawnień budowlanych posiadanych przez kierownika budowy i kierownika robót ogólnobudowlanych oraz wybór oferty wykonawcy XX, niespełniającego warunku udziału w postępowaniu w ww. zakresie;

2) art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zamieszczenia w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) informacji o wymaganym dokumencie na potwierdzenie braku istnienia przesłanek wykluczenia, który wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć, wskazanym w § 4 ust. 1 pkt 1a tiret 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231);

3) art. 29 ust. 4 pkt 4 w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 9 lit. d) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wskazania w opisie przedmiotu zamówienia czynności, które polegały na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks Pracy (tj. Dz.U. z 2014 r. poz. 1502 ze zm.), obowiązującej w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania w związku z zawarciem wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę co najmniej 15 osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia;

4) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy XX do uzupełnienia wykazu osób w zakresie informacji dotyczących potwierdzenia co najmniej 3 letniego doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika robót elektrycznych oraz kierownika robót sanitarnych przez wskazanych kierowników.

W uzasadnieniu ww. decyzji Prezes Urzędu zwrócił uwagę na następujące okoliczności:

1) Zamawiający w dokumentacji postępowania wskazał, iż wykonawca musiał dysponować m.in. następującą osobą zdolną do wykonania niniejszego zamówienia, tj. min. jedną osobą pełniącą funkcję kierownika budowy i kierownika robót ogólnobudowlanych - wskazana osoba ma posiadać, co najmniej następujące kwalifikacje:

- łącznie, co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót ogólnobudowlanych, z czego co najmniej jedno na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót ogólnobudowlanych na inwestycji, której przedmiotem była budowa, rozbudowa lub przebudowa z wyłączeniem nadbudowy budynku zamieszkania zbiorowego w rozumieniu § 3 pkt 5 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (t. j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1422) o wartości brutto minimum 1 000 000, 00 zł,
- posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń przez okres nie krótszy niż 5 lat,
- przynależność do właściwej izby samorządu zawodowego potwierdzoną stosownym zaświadczeniem wydanym przez tę jednostkę.

W celu wykazania spełniania powyższego warunku zamawiający żądał przedłożenia dokumentu określonego w § 1 ust. 1 pkt 7 i 8 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Ponadto, zamawiający w rozdziale 2 pkt 1 ppk 3 SIWZ zawarł następujący zapis: „1. Uprawnienia, o których mowa powyżej powinny być zgodne z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2016 r., poz. 290) oraz rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2014 r. poz. 1278) lub ważne odpowiadające im kwalifikacje, nadane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów upoważniające odpowiednio do kierowania robotami budowlanymi w zakresie objętym niniejszym zamówieniem. (...) 4. Wybrany wykonawca zobowiązany jest dostarczyć zamawiającemu przed podpisaniem umowy: a) kopie dokumentów potwierdzających

uprawnienia osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, b) kopię dokumentów potwierdzających przynależność do właściwej izby samorządu zawodowego osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. (...).”

Prezes Urzędu ustalił, że wykonawca XX w wykazie osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia, stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ w ofercie wskazał następującą osobę wraz z opisem posiadanych uprawnień, tj.: Pan XA kierownik budowy/kierownika robót ogólnobudowlanych posiadający uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności bez ograniczeń o numerze (...), który przynależy do (...) z 34 letnim stażem zawodowym. Jednocześnie, wykonawca XX załączył do oferty oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, że wskazane osoby mające realizować przedmiot zamówienia, wymienione w załączniku nr 6 SIWZ, posiadają wymagane uprawnienia zawodowe określone w rozdz. 2 pkt 1.2 SIWZ, kwalifikacje i doświadczenia oraz należą do właściwej izby samorządu zawodowego. Ponadto, jak ustalił Kontrolujący, wykonawca załączył decyzję o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia (...), w której wskazano, iż p. XA posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w zakresie budownictwa ogólnego. W ww. decyzji zawarto zakres upoważnienia, tj. kierowania, nadzorowania, kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie wszelkich budynków i innych budowli o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych z wyłączeniem linii, węzłów, stacji kolejowych, dróg, lotniskowych dróg startowych i manipulacyjnych, mostów, budowli hydrotechnicznych i wodnomelioracyjnych. W ww. decyzji wskazano, iż p. XA na dzień wydania przedmiotowej decyzji posiadał tytuł zawodowy: technik budowlany.

Jak zauważył Prezes Urzędu, wykonawca XX przedstawił na stanowisko kierownika budowy i kierownika robót ogólnobudowlanych p. XA posiadającego uprawnienia budowlane wydane 13.01.1982 r. uprawniające do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno — budowlanej w zakresie budownictwa ogólnego. Ww. uprawnienia upoważniają do kierowania nadzorowania, kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie wszelkich budynków i innych budowli o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych z wyłączeniem linii, węzłów, stacji kolejowych, dróg, lotniskowych dróg startowych i manipulacyjnych, mostów, budowli hydrotechnicznych i wodnomelioracyjnych. Z powyższego wynika wprost, jak

stwierdził Kontrolujący, iż zakres ww. uprawnień jest ograniczony do powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych.

Powyższe ograniczenie znajduje swoje uzasadnienie, jak podał Prezes Urzędu, także w treści rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. nr 8, poz. 46 ze zm.), na podstawie którego ww. osoba uzyskała uprawnienia budowlane. Zgodnie z § 5 ust. 2 ww. rozporządzenia, osoby ze średnim wykształceniem technicznym mogą pełnić funkcje techniczne (...), wyłącznie przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością techniczno-budowlaną, co oznacza, że osoby te posiadają uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie. Dodatkowo, jak stwierdził Prezes Urzędu, zgodnie z art. 104 ustawy Prawo budowlane osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie.

Kontrolujący wskazał również, że obowiązujące w dniu 13 stycznia 1982 r. rozporządzenie Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 1975 r. Nr 8, poz. 46 z późn. zm.) w § 5 ust. 2 stanowi, że osoby ze średnim wykształceniem technicznym mogą pełnić funkcje techniczne, o których mowa w ust. 1, wyłącznie przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością techniczno-budowlaną. Jak wskazał Kontrolujący, choć przepisy powyższego rozporządzenia nie posługują się pojęciem „uprawnienia bez ograniczeń”, wprowadzonym wraz z wejściem w życie rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 30 grudnia 1994 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 1995 r. Nr 8, poz. 38), nie ulega wątpliwości, iż tego rodzaju pojęcie funkcjonowało w nomenklaturze branżowej. Kontrolujący zwrócił uwagę, że tego rodzaju rozróżnienie funkcjonowało już w rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 16 lutego 1928 r. o prawie budowlanym i zabudowaniu osiedli (Dz. U. z 1928 r. Nr 23, poz. 202), które wprowadzało ograniczenia w pełnieniu technicznych funkcji w zakresie budownictwa dla osób posiadających wykształcenie średnie techniczne. Użycie, zarówno w decyzji potwierdzającej uzyskanie uprawnień budowlanych, jak również w treści przepisów, które zostały przywołane w powyższej decyzji zwrotu „o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych powoduje, w ocenie Kontrolującego, że na gruncie analizowanej sprawy mamy do czynienia z uprawnieniami budowlanymi w ograniczonym zakresie.

Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu stwierdził, że nie można uznać, że p. XA, posiadający średnie wykształcenie techniczne oraz uprawnienia, w których zostały wpisane ograniczenia do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych, dysponuje uprawnieniami budowlanymi o charakterze nieograniczonym, równoznacznym nadawanym w obecnym stanie prawnym uprawnieniom bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w zakresie budownictwa ogólnego, wymaganym przez zamawiającego.

Kontrolujący wskazał, że w toku kontroli doraźnej pismem z dnia 21 lutego 2018 r. wezwano zamawiającego do uzupełnienia dokumentów oraz udzielenia wyjaśnień w następującym zakresie, tj. wyjaśnienie:

- a) w jaki sposób zamawiający oceniał spełnianie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, określonymi w rozdziale 2 pkt 1.3 ppkt 1 SIWZ, przez osobę wskazaną przez wykonawcę XX do pełnienia stanowiska Kierownika budowy i Kierownika robót ogólnobudowlanych,
- b) na jakiej podstawie zamawiający uznał, iż uprawnienia budowlane posiadane przez osobę ww. wskazaną do pełnienia stanowiska Kierownika budowy i Kierownika robót ogólnobudowlanych dawały gwarancję należytego wykonania przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający przy piśmie z dnia 23 lutego 2018 r. uzupełnił dokumenty oraz udzielił następujących wyjaśnień, tj. „(...) informujemy, że stosownie do treści załącznika nr 4 „Wykaz specjalizacji techniczno-budowlanych wyodrębnionych w specjalnościach budowlanych” obowiązującego w okresie ogłoszenia i rozstrzygnięcia (a także obecnie) postępowania o udzielenie zamówienia o nazwie j.w. do rozporządzenia z dnia 11 września 2014 r. Ministra Infrastruktury i Rozwoju w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2014 r. poz. 1278) w „specjalności uprawnień budowlanych konstrukcyjno-budowlanych” jedną ze „specjalizacji techniczno-budowlanej do kierowania robotami budowlanymi” są obiekty budowlane budownictwa ogólnego”. Zamawiający w treści warunku wymagał posiadania uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno - budowlanej, nie wymagał specjalizacji powyżej określonej jakim jest zakres budownictwa ogólnego. Stosownie do § 5 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie znowelizowanego rozporządzeniem z dnia 18 lipca 1991 r. Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych obejmujących kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie techniczne budowy i robót jest wymagane ukończenie średniej szkoły technicznej, stwierdzone dyplomem lub świadectwem oraz co najmniej trzyletnia praktyka na budowie. Stosownie natomiast do treści oświadczenia zawartego w przedłożonym przez wykonawcę

wykazie osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia kierownik robót ogólnobudowlanych/kierownik budowy posiada 34 letni staż zawodowy na ww. stanowisku. Wykonawca tj. XX (...), którego oferta została wybrana ofertą najkorzystniejszą dołączył do oferty wymagane przez zamawiającego dokumenty tzn. samodzielnie uzupełniony załącznik nr 6 do SIWZ tj. wykaz osób oraz sygnowany załącznik nr 7 do SIWZ tj. oświadczenie wykonawcy. Warty podkreślenia, w tym miejscu, jest treść załącznika nr 7 do SIWZ cyt.: „Oświadczam, że wskazane osoby mające realizować przedmiot zamówienia, wymienione w załączniku nr 6 SIWZ, posiadają wymagane uprawnienia zawodowe określone w rozdz. 2 pkt 1.3. SIWZ, kwalifikacje i doświadczenie oraz należą do właściwej izby samorządu zawodowego.”. Ustawodawca przewidział, że w sprawach nie uregulowanych ustawą Pzp stosownie do treści art. 14 ustawy Pzp, należy posiłkować się K.c. W art. 60 § 1 K.c. zawarta jest definicja oświadczenia woli. Wskazany przepis jednoznacznie określa, że wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej. Z przytoczonego powyżej przepisu jednoznacznie wynika, że oświadczenie woli mówiąc wprost, to zewnętrzny objaw decyzji podmiotu prawnego. (...) Natomiast zgodnie z przepisem art. 65 S 1 i 2 k.c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje (wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 18 czerwca 2014r., sygn. akt. I ACa 315/14). Przenosząc treść wskazanych powyżej przepisów oraz orzeczenia sądowego na grunt złożonego przez wykonawcę, którego oferta została wybrana ofertą najkorzystniejszą, oświadczenia (załącznik nr 7 do SIWZ) oraz samodzielnie uzupełnionego wykazu osób (załącznik nr 6 do SIWE) bezsprzecznym jest, że wykonawca dokonał ujawnienia w sposób dostateczny czynności prawnej. (...) Podkreślenia wymaga fakt, że zamawiający nie ma możliwości żądania od wykonawcy innych dokumentów poza przewidzianymi w przepisie § 1 ust. 1 pkt 7 i 8 ówczesnie obowiązującego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Innymi słowy przedmiotowe rozporządzenie zawiera zamknięty katalog dokumentów w omawianej kwestii. (...) Stosownie natomiast do art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1332 z późn. zm.) w brzmieniu obowiązującym także w okresie postępowania o udzielenie zamówienia o nazwie j.w. osoby, które, przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Wskazany podział uprawnień budowlanych na uprawnienia „bez ograniczeń”, w „ograniczonym zakresie” został wprowadzony przepisami obowiązującej ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo Budowlane

(Dz.U. z 2006 r. nr 156. Poz. 1118 z późn. zm.), które weszły w życie 1 stycznia 1995 r. Powyższe oznacza, że w okresie od 1928 do 1995 r. ustawodawca nie przewidywał uprawnień budowlanych, których zakres byłby ograniczony przedmiotowo lub podmiotowo. Sposób ograniczenia polegał na określeniu w jakim zakresie osoba posiadająca uprawnienia budowlane może wykonać samodzielnie funkcje techniczne w budownictwie, a w jakim podlega wyłączeniu. Reasumując w omawianym okresie nie występowały uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie w ujęciu formalnym lecz w ujęciu materialnym, o fakcie ograniczenia uprawnień decydowała zatem każdorazowo treść decyzji o nadaniu uprawnień budowlanych, a nie jej nazwa. Wyjaśniając zakres uprawnień, że osoba posiadająca uprawnienia budowlane nie zawierających żadnych ograniczeń, może wykonywać funkcję z nich wynikające w zakresie całej specjalności, czyli posiadania uprawnień odpowiadającym uprawnieniom bez ograniczeń. Czym innym są natomiast wyłączenia. Wyłączenia linii, węzłów i stacji kolejowych, dróg oraz lotniskowych dróg startowych i manipulacyjnych, mostów, budowli hydrotechnicznych i melioracji wodnych nie stanowią o ograniczeniu uprawnień w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, lecz zawierają wykaz obiektów, które mieściły się wówczas w ramach innych specjalności. Powyższe wynika z § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z 1975 r., zgodnie z którym specjalność konstrukcyjnobudowlana obejmowała budynki i budowle niewymienione w specjalności konstrukcyjnoinżynierskiej oraz wodno-melioracyjnej. Sięgając do § 13 ust. 1 pkt 3, który określa zakresy specjalności konstrukcyjno-inżynierskiej, czytamy, że są to właśnie linie, węzły i stacje kolejowe, drogi i nawierzchnie lotniskowe, mosty i budowle hydrotechniczne. Z kolei melioracje wodne obejmujące również ujęcia wód były wówczas oddzielną specjalnością uprawnień budowlanych. A zatem wyłączenia stosowane w uprawnieniach budowlanych w specjalności konstrukcyjno-budowlanej nie ograniczają zakresu uprawnień, lecz określają zakres, który nie jest objęty tą specjalnością, ponieważ był on objęty zakresem dwóch innych specjalności uprawnień budowlanych. Powyższe potwierdza część sentencji wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2382/12, cyt.: „Oceniając zakres uprawnień wydanych na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U Nr R poz. 46 ze zm.) należy mieć na uwadze postanowienie art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz.U. z 2006 r. Nr 156, poz. 118 z późn. zm.), zgodnie z którym osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Ustawodawca z zachowaniem zasady praw nabytych, wykluczył rozszerzającą interpretację co do zakresu uprawnień nabytych przed dniem wejścia w życie ustawy. (...)”. Reasumując zamawiający

dokonał oceny spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na podstawie dołączonego do złożonej oferty załącznika nr 6 do SIWZ tj. wykazu osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia, załącznika nr 7 tj. oświadczenia wykonawcy, że wskazane osoby mające realizować przedmiot zamówienia, wymienione w załączniku nr 6 SIWZ, posiadają wymagane uprawnienia zawodowe oraz obowiązujących przepisów prawa. (...)

Prezes Urzędu stwierdził, że w niniejszej sytuacji, biorąc pod uwagę wyjaśnienia zamawiającego, jak również fakt, iż wykonawca, mimo braku takiego żądania ze strony zamawiającego i obowiązku, przedstawił kopię uprawnień budowlanych posiadanych przez p. XA, z których wynika wprost, jak wskazano wyżej, że nie odpowiadają wymaganym uprawnieniom bez ograniczeń, nie można uznać, że wykonawca jednoznacznie wykazał, że dysponuje osobą na stanowisko kierownika budowy i kierownika robót ogólnobudowlanych, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11.09.2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2014 r. poz. 1278), obowiązującego na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

Jak zauważył Kontrolujący, stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Kontrolujący stwierdził, że zaniechanie przez zamawiającego wezwania wykonawcy XA do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień kierownika budowy i kierownika robót ogólnobudowlanych stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Biorąc ponadto pod uwagę fakt niewykazania przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, tj. XX, że będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Prezes Urzędu wskazał na mające także zastosowanie w sprawie przepisy ustawy Pzp, tj. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Jak podał Kontrolujący, zgodnie z pierwszym z ww. przepisów z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przepis ma na celu zobowiązanie zamawiającego do eliminowania z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności poprzez przedłożenie wymaganych przez zamawiającego i wystarczających dla udowodnienia spełniania konkretnego warunku, dokumentów. Prezes Urzędu podkreślił przy tym, że spełnianie ww. warunków służy potwierdzeniu, że wykonawca posiada zdolność do należytego wykonania zamówienia, zatem *a contrario*, wykonawca nie spełniający warunków, takiej zdolności nie posiada i zamówienie nie może zostać mu udzielone. W świetle dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, Kontrolujący zauważył, że ciężar wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy. Tym samym, jak podkreślił Prezes Urzędu, niedopuszczalne jest, aby zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków i nie został pod tym kątem zweryfikowany przez zamawiającego. Kontrolujący zaznaczył, że zamawiający może udzielić zamówienia wyłącznie takiemu wykonawcy, co do którego nie zachodzą wątpliwości, że warunki udziału w postępowaniu spełnia.

Prezes Urzędu stwierdził ponadto, że brak weryfikacji wykonawcy w sposób przewidziany w przepisach ustawy Pzp pod kątem spełniania warunków jest także sprzeczny z dyspozycją drugiego z wymienionych przepisów, tj. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Art. 7 ust. 3 odsyła zatem do innych przepisów ustawy Pzp, jednocześnie wyraźnie wskazując, że niezgodność procedury udzielenia zamówienia z jakimkolwiek przepisem dotyczącym procesu wyboru wykonawcy, skutkuje zakazem udzielenia zamówienia temu wykonawcy. Dowodzi tego zwłaszcza użycie w przepisie słowa „wyłącznie”, które zawęża możliwość wyboru wykonawcy jedynie do takiego, który został wybrany zgodnie z przepisami ustawy, tym samym wyłączając możliwość udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z jakimkolwiek przepisem ustawy mającym wpływ na wybór oferty.

Kontrolujący zwrócił uwagę, że w przedmiotowej sprawie wykonawca XX nie wykazał, że dysponuje osobą spełniającą wymogi opisane w ww. warunku. Tym samym, wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Jednocześnie, jak

podał Kontrolujący, w toku kontroli zostało stwierdzone, że zamawiający nie podjął czynności weryfikacji dokumentów złożonych przez wykonawcę w celu potwierdzenia, że spełnia on ww. warunek, tj. nie podjął czynności wezwania wykonawcy do uzupełnienia osoby pełniącej funkcję kierownika budowy i kierownika robót ogólnobudowlanych posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń. Tym samym, jak stwierdził Kontrolujący, zamawiający zaniechał dokonania obowiązku weryfikacji wykonawcy pod kątem spełniania warunku, w żaden sposób nie usunąwszy wadliwości złożonej przez niego oferty a następnie udzielił mu zamówienia.

Powyższe oznacza, w ocenie Prezesa Urzędu, że dokonując wyboru oferty wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tj. wybrał ofertę wykonawcy nie dającego gwarancji należytego wykonania zamówienia. Dodatkowo, jak stwierdził Kontrolujący, zamawiający naruszył art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór był niezgodny z przepisami ustawy Pzp, tj. z art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Tym samym, zgodnie ze stanowiskiem Prezesa Urzędu, zamawiający naruszył nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i naruszył jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień. Nakaz ten bowiem sformułowany został w dziale I rozdziale 2 ustawy Pzp, który zawiera zasady udzielania zamówień, tj. podstawowe i zasadnicze reguły, które stanowią wytyczne co do interpretacji pozostałych przepisów ustawy Pzp i muszą być przestrzegane w procesie udzielenia zamówienia. Naruszenie ww. nakazu świadczy, jak podał Kontrolujący, o niedopuszczalności wyboru oferty wykonawcy XX i stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Kontrolujący zaznaczył, że naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

2) Jak wynika z dokumentacji przekazanej do kontroli doraźnej, wykonawcy na potwierdzenie braku istnienia przesłanek ich wykluczenia, zobowiązani byli przedłożyć m.in. dokumenty o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 2 - 4, § 4 ust. 1 pkt 1a tiret 1 - 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), dalej: „rozporządzenie”, jak wynika z ogłoszenia o zamówieniu, w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej: „SIWZ”, zamawiający wskazał § 3 ust. 1 pkt 2-4, § 4 ust. 1 pkt 1a tiret 1 - 2 rozporządzenia.

Prezes Urzędu zaznaczył, że opisana powyżej niezgodność opisu sposobu spełniania warunku dotyczącego ww. dokumentów pomiędzy zapisami SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu istniała od początku trwania przedmiotowego postępowania, aż do jego zakończenia.

Kontrolujący podał, że w toku kontroli doraźnej, pismem z dnia 30 marca 2018 r. poproszono zamawiającego o udzielenie wyjaśnień w zakresie ww. rozbieżności, tj. wskazanie zakresu dokumentów, które były obowiązujące (określone w ogłoszeniu o zamówieniu, czy w SIWZ) oraz wyjaśnienie, czy zamawiający dokonał zmiany ogłoszenia w tym zakresie w celu ujednoczenia zapisów.

Zamawiający przy piśmie z dnia 9 kwietnia 2018 r. udzielił następujących wyjaśnień: „Wykonawcy postanowieniami rozdz. III pkt 2 ppkt 1 - 4 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...) oraz pkt III. 4.2) Ogłoszenia o zamówieniu (...) biorący udział w postępowaniu na potwierdzenie braku istnienia przesłanek ich wykluczenia zobowiązani byli przedłożyć m.in. dokumenty, o których mowa w 3 ust. 1 pkt 2 - 4 ówczesnego obowiązującego rozporządzenia (...) Postanowieniami rozdz. III pkt 2 ppkt 7 SIWZ w przypadku, jeżeli wykonawcy mieli siedzibę lub miejsca zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zamiast dokumentów o których mowa w pkt 2 ppkt 2 - 4 SIWZ zobowiązani byli przedłożyć dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania potwierdzające odpowiednio, że: „1) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, 2) nie zalega z uiszczaniem podatków; opłat składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu”, czyli wymienione w § 4 ust. 1 pkt 1a tiret 1 - 2 rozporządzenia, natomiast treścią pkt III.4.3 1) ogłoszenia oprócz ww. dokumentów wymagał dołączenia do oferty dokumentu potwierdzającego, że „nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie - wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert”. Literalna treść § 4 ust. 1 pkt 1) ppkt a) rozporządzenia zobowiązuje wykonawcę mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej do złożenia dokumentów wymienionych w tirecie 1 - 3. Przepis § 4 ust. 1 pkt 1) ppkt a) rozporządzenia brzmi: „Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zamiast dokumentów o których mowa w 3 ust. 1 pkt 2 4 i 6 - składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania (...)”. Przedmiotową wykładnię językową potwierdza użycie przez ustawodawcę w treści powyższego przepisu rozporządzenia słowa „składa”, który wprost zobowiązuje ewentualnych wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i biorącym udział

w postępowaniu do złożenia dokumentów wymienionych w § 4 ust 1 pkt 1) ppkt a) rozporządzenia. W tym miejscu wskazać należy za treścią wyroku KIO z dnia 12 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1127/15, iż „SIWZ, która stanowi element obligacyjnego porozumienia przetargowego zawiązywanego między zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie, nie może kształtować wymagań kierowanych do wykonawców sprzecznie z przepisami Prawa zamówień publicznych i z obowiązującymi przepisami właściwymi ze względu na dany przedmiot zamówienia. Pogląd przeciwny sankcjonowałby naruszenie prawa przez zamawiającego i w dalszej perspektywie mógłby negatywnie oddziaływać na uczciwe konkutowanie wykonawców o zamówienie (...)”. Nadto w treści tego samego wyroku KIO jednoznacznie stwierdziła, że: „SIWZ jest oświadczeniem zamawiającego o charakterze cywilnoprawnym, zatem postanowienie SIWZ sprzeczne z przepisem o charakterze bezwzględnie obowiązującym nie może być prawnie skuteczne, gdyż jest dotknięte sankcją nieważności (art. 58 § 1 *in initio* k.c. w zw. z art. 14 p.z.p.)”. Wynika z powyższego, że postanowienia SIWZ sprzeczne z przepisami bezwzględnie obowiązującymi, są nieważne. W konsekwencji czego wykonawca nie może brać ich pod uwagę przy sporządzaniu swojej oferty. Wobec powyższej jednoznacznej treści ówczesnie obowiązującego przepisu § 4 ust. 1 pkt 1) ppkt a) rozporządzenia w korelacji z jednolitym orzecznictwem KIO obowiązującym zakresem dokumentów w przypadku podmiotów zagranicznych na potwierdzenie braku istnienia przesłanek ich wykluczenia był zakres dokumentów enumeratywnie wymieniony przez ustawodawcę w ówczesnie obowiązującym akcie wykonawczym do ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. (...)”.

Kontrolujący podkreślił, że jak wynika z dokumentacji, zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wskazał, iż wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć dokumenty określone w § 4 ust. 1 pkt 1a tiret 1 - 3 rozporządzenia, natomiast w SIWZ zamawiający wskazał tylko § 4 ust. 1 pkt 1a tiret 1 - 2 rozporządzenia.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia oraz ww. wyjaśnienia zamawiającego Prezes Urzędu stwierdził, że na etapie postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zobligowany był do zachowania spójności pomiędzy SIWZ a ogłoszeniem o zamówieniu, w zakresie wymaganych dokumentów na potwierdzenie braku istnienia przesłanek wykluczenia, poprzez zamieszczenie także w treści SIWZ pełnego zakresu żądanych dokumentów, w tym również dokumentu wskazanego w § 4 ust. 1 pkt 1a tiret 3 rozporządzenia.

Kontrolujący przywołał art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Brak wskazania ww. dokumentu w SIWZ przy jednoczesnym wskazaniu w ogłoszeniu o zamówieniu, stanowi, w ocenie Kontrolującego, naruszenie art. 36 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W konsekwencji, jak stwierdził Prezes Urzędu, zaniechanie zamieszczenia w treści SIWZ informacji o wymaganym dokumencie na potwierdzenie braku istnienia przesłanek wykluczenia, który wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć wskazanym w § 4 ust. 1 pkt 1a tiret 3 rozporządzenia, stanowi naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Jednocześnie Prezes Urzędu zaznaczył, że powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

3) Zamawiający w rozdziale 1 pkt 1 ppkt 1.4 SIWZ oraz w pkt 1.4. ogłoszenia o zamówieniu zawarł zapis, tj. „Wymóg dotyczący zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisu art. 22 § 1 ustawy Kodeks pracy. Na podstawie art. 29 ust 4 oraz w związku z art. 36 ust. 2 pkt 9 lit. d ustawy Pzp, zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisu art. 22 § 1 ustawy Kodeks pracy (t. j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1502 z późn. zm.) przez wykonawcę, co najmniej 15 osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia. Wymagania w zakresie zatrudnienia nie dotyczą faktu zatrudnienia określonych grup pracowników w ogóle, ale zatrudnienia ich do realizacji zamówienia. Nie może stanowić spełnienie warunku określonego w rozdz. 2 pkt 1.3. SIWZ samo tylko zatrudnienie pracowników, które następnie nie będą uczestniczyli w wykonywaniu zamówienia. Na żądanie zamawiającego wykonawca przedłoży dowody zatrudnienia osób na umowy o pracę wskazanych w załączniku do umowy (stanowiącym załącznik nr 11 do SIWZ) oraz czynności, które będą wykonywane przez te osoby w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia. W sytuacji, gdy dana osoba w okresie realizacji zamówienia rozwiąże umowę lub gdy uczyni to wykonawca, zobowiązany jest on do zatrudnienia w miejsce tej osoby, innej osoby. Z tytułu niespełnienia wymagań w zakresie zatrudnienia pracowników na umowę o pracę wykonawca zapłaci kary umowne, o których mowa w projekcie umowy (załącznik nr 10 do SIWZ).”.

Kontrolujący ustalił, że w treści załącznika nr 11 do SIWZ, tj. „Wykaz osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę”, zamawiający zawarł zapis „Oświadczamy, że niżej wymienione osoby są zatrudnione na podstawie umowy o pracę (...) oraz będą wykonywać niżej określone czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane, o których mowa w rozdz. 1 SIWZ oraz w projekcie umowy (załącznik nr 10 do SIWZ)”.

Ponadto w tabeli w ww. załączniku nr 11, wykonawca był zobowiązany do wskazania „zakresu czynności wykonywanych przez daną osobę”. Jak wynika z przekazanej dokumentacji, rozdział 1 SIWZ zawiera ogólny opis przedmiotu zamówienia, natomiast w projekcie umowy zamawiający nie określił rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia.

Prezes Urzędu wskazał, że w toku postępowania, pismem z dnia 7 czerwca 2016 r. zamawiający wezwał wykonawcę XY m.in. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień dot. wykazu osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę - wykonawca wskazał 14 pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę zamiast wymaganych 15. Przy piśmie z dnia 10 czerwca 2017 r. ww. wykonawca wyjaśnił, iż „(...) liczba pracowników nie stanowi o tym, że pracownicy w liczbie 15 są efektywniejsi w swojej pracy niż 14 pracowników, którzy posiadają doświadczenie oraz wysokie kwalifikacje (...). W SIWZ nie jest określona liczba wymaganych pracowników, a jedynie na zestawieniu w formie załącznika jest 15 pozycji, mogących jedynie sugerować, iż wymagane jest wymienienie 15 pracowników. Skoro tego wymogu nie podają zapisy SIWZ (...) jest chybionym wskazanie jakichkolwiek uchybień w tym zakresie.”

Kontrolujący ustalił, że pismem z dnia 20 czerwca 2016 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę XX. Ponadto, zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy XY na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp oraz o wykluczeniu wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż wykonawca mimo wezwań na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie spełnił warunku wiedzy i doświadczenia (spełnianie warunku nie wynikało z uzupełnionego wykazu ani referencji) oraz zmienił treść złożonej oferty (w załączniku nr 11) na skutek wezwania z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W toku kontroli doraźnej, pismem z dnia 30 marca 2018 r. poproszono zamawiającego o udzielenie wyjaśnień, tj. dlaczego zamawiający wskazał, iż 15 osób miało być zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę, w tym poproszono o wskazanie, z czego wyżej wymieniony wymóg wynika oraz czy było to uzasadnione charakterem zamówienia. Ponadto, poproszono o wskazanie, w których zapisach SIWZ zamawiający określił wymagania z art. 36 ust. 2 pkt 9 lit. d ustawy Pzp, oraz które prace niezbędne do realizacji zamówienia dotyczyły wymagania zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę, w tym poproszono o wskazanie ww. zapisów w dokumentacji.

Przy piśmie z dnia 9 kwietnia 2018 r. zamawiający udzielił następujących wyjaśnień: „Zawarta w ówczesnym brzmieniu art. 29 ust. 4 pkt 4 Pzp, możliwość dopuszczała stawiania przez zamawiających wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawców i podwykonawców osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności (por. wyrok KIO z dnia 20 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 685/15). Wymóg zamawiającego postawiony treścią rozdz. I pkt 1 ppkt 1.4. SIWZ oraz pkt 1.4 ogłoszenia dotyczący zatrudnienia, „co najmniej 15 osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia” (zapis z treści ppkt 1.4.) wynikał z zakresu przedmiotu oraz terminu realizacji zamówienia. Nadto postanowieniem § 6 ust. 13 załącznika nr 10 do SIWZ, tj. projektu umowy wykonawca zobowiązany był przez cały okres realizacji zakresu rzeczowego umowy zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisu art. 22 § 1 ustawy Kodeks co najmniej 15 osób wykonujących czynności w trakcie realizacji przedmiotu umowy. Ponadto w treści załącznika nr 11 do SIWZ, który postanowieniami rozdz. III pkt 4 ppkt 6 SIWZ oraz pkt III.6 ogłoszenia, wykonawcy biorący udział w postępowaniu zobowiązani byli (...) dołączyć do oferty oświadczenie, że wymienieni przez nich pracownicy „są zatrudnieni na podstawie umowy o pracę (w rozumieniu przepisu art. 22 § 1 Kodeksu pracy - tj. Dz. U. z 2014 r., poz. 1502 z późn. zm.) oraz będą wykonywali niżej określone czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane, o których mowa w rozdz. 1 SIWZ oraz w projekcie umowy (załącznik nr 10 do SIWZ)”. Podkreślenia także wymaga, że szczegółowa interpretacja na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych (link: <https://www.uzp.gov.pl/bazawiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinia-dotyczaca-art.-29-ust.-3a-ustawy-pzp>) dotycząca stosowania (wytyczne w zakresie opisu) i zakresu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów art. 22 § 1 ustawy Kodeks pracy (ówczesny tj. Dz. U. z 2015 r., poz. 1502 z późn. zm.) pojawiła się po wprowadzeniu uchwalonej w dniu 22 czerwca 2016 r. ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (tj. Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).”.

Prezes Urzędu zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp obowiązującej w dniu wszczęcia przedmiotowego zamówienia, zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności.

Jak zauważył Kontrolujący, ściśle z art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp koreluje brzmienie art. 36 ust. 2 pkt 9 lit. d) ustawy Pzp, zgodnie z którym, gdy zamawiający w opisie

przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty określi wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób, które będą wykonywały po stronie wykonawcy czynności wskazane przez zamawiającego, wówczas zamawiający jest zobowiązany w świetle art. 36 ust. 2 pkt 9 lit. d) ustawy Pzp do wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia.

Prezes Urzędu stwierdził, że z analizy dokumentacji nie wynika, żeby zamawiający określił rodzaj czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia. Ponadto, jak ustalił Kontrolujący, zamawiający nie udzielił wyjaśnień, poproszony o wskazanie, w których zapisach SIWZ określił wymagania z art. 36 ust. 2 pkt 9 lit. d) ustawy Pzp, oraz które prace niezbędne do realizacji zamówienia dotyczyły wymagania zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę.

Kontrolujący wskazał, że zamawiający ograniczając się jedynie do wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę co najmniej 15 osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia, bez określenia w SIWZ rodzaju czynności, których wykonywanie w trakcie realizacji umowy musi być powierzone osobom zatrudnionym na podstawie umowy o pracę, naruszył art. 29 ust. 4 pkt 4 w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 9 lit. d) ustawy Pzp obowiązującej w dniu wszczęcia postępowania.

Kontrolujący stwierdził, że powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

4) Zamawiający w dokumentacji postępowania wskazał, iż wykonawca musiał dysponować m.in. następującymi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. min.

1) jedną osobą pełniącą funkcję kierownika robót elektrycznych - wskazana osoba miała posiadać, co najmniej następujące kwalifikacje

- łącznie, co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika robót elektrycznych,

- uprawnienia budowlane specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń przez okres nie krótszy niż 5 lata,

- przynależność do właściwej izby samorządu zawodowego potwierdzoną stosownym zaświadczeniem wydanym przez tę jednostkę.

2) jedną osobą pełniącą funkcję kierownika robót sanitarnych - wskazana osoba miała posiadać, co najmniej następujące kwalifikacje:

- łącznie, co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika robót sanitarnych,
- uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń przez okres nie krótszy niż 5 lat,
- przynależność do właściwej izby samorządu zawodowego potwierdzoną stosownym zaświadczeniem wydanym przez tę jednostkę.

Kontrolujący ustalił, że w celu wykazania spełnienia powyższego warunku zamawiający żądał przedłożenia dokumentu określonego w § 1 ust 1 pkt 7 i 8 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Jak ustalił Prezes Urzędu, na potwierdzenie powyższego warunku wykonawca XX załączył do oferty wykaz osób, w którym na stanowisko kierownika robót elektrycznych wskazał p. XB, natomiast na stanowisko kierownika robót sanitarnych wskazał p. XC. Jak wynika z załącznika nr 6 do SIWZ stanowiącego wykaz osób, wykonawca był zobowiązany uzupełnienia rubryki w kolumnie nr 4 wiersz nr 2 „staż zawodowy na stanowisku robót elektrycznych...” oraz wiersz nr 3 „staż zawodowy na stanowisku robót sanitarnych...”. Wykonawca XX w załączonym do oferty wykazie osób nie wskazał powyższych informacji, podając wyłącznie numer uprawnień oraz nazwę izby samorządu zawodowego ww. kierowników. Ponadto, wykonawca XX załączył do oferty oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, że wskazane osoby mające realizować przedmiot zamówienia, wymienione w załączniku nr 6 SIWZ, posiadają wymagane uprawnienia zawodowe określone w rozdz. 2 pkt 1.2 SIWZ, kwalifikacje i doświadczenia oraz należą do właściwej izby samorządu zawodowego.

Kontrolujący podał, że pismem z dnia 30 marca 2018 r., w toku kontroli doraźnej, poproszono o udzielenie wyjaśnień, na jakiej podstawie zamawiający uznał, iż osoba wskazana przez wykonawcę XX, do pełnienia funkcji:

- kierownika robót elektrycznych - posiada łącznie, co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika robót elektrycznych,
- kierownika robót sanitarnych - posiada łącznie, co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika robót sanitarnych.

Przy piśmie z dnia 9 kwietnia 2018 r. zamawiający uzupełnił dokumentację oraz udzielił następujących wyjaśnień: „Treścią rozdz. 2 pkt 1.3. tiret 2) i 3) SIWZ Zamawiający oraz pkt III.3.4) ogłoszenia wymagał od wykonawców biorących udział w postępowaniu dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu tj. dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co najmniej jedną osobą pełniącą funkcję kierowników robót elektrycznych i sanitarnych, posiadających min. co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika robót odpowiednio elektrycznych i sanitarnych. W tym miejscu wspomnieć należy, że ówczesnie obowiązujące rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w celu oceny spełniania przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust 1 Pzp przewidywał zamknięty katalog dokumentów, jakich może żądać zamawiający, w celu udowodnienia dysponowania przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, innymi słowy przepis § 1 ust. 1 pkt 7 i 8 wskazanego rozporządzenia jednoznacznie określał, jakich dokumentów może żądać Zamawiający od Wykonawcy, w celu oceny spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do zrealizowania zamówienia określonego przez zamawiającego postanowieniami rozdz. 2 pkt 1 ppkt 1.3. tiret 2) i 3) SIWZ oraz pkt III.3.4) ogłoszenia. Na potwierdzenie spełnienia powyżej przytoczonego warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wykonawcy zobowiązani byli załączyć do oferty uzupełniony wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami - załącznik nr 6 do SIWZ (rozdz. 3 pkt 1 ppkt 3 SIWZ), a także podpisane oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w rozdz. 2 pkt 1 3. SIWZ - załącznik nr 7 do SIWZ, wymagane dołączenia do oferty postanowieniami rozdz. 3 pkt 1 ppkt 4 SIWZ oraz III. 4.1 ogłoszenia. Podkreślenia wymaga fakt, że zamawiający nie wymagał załączenia przez Wykonawców biorących udział w postępowaniu kopii dokumentów potwierdzających uprawnienia osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, oraz kopii dokumentów potwierdzających przynależność do właściwej izby samorządu zawodowego osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Zamawiający wymagał przedłożenia wskazanych powyżej dokumentów jedynie przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza (rozdz. 1 pkt 1.8 ppkt b i c SIWZ oraz pkt II. 1.4) ogłoszenia). Ponadto zamawiający nie wymagał uzupełnienia przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, aby wykazywali w treści załączników nr 6 i 7 do SIWZ wszystkich wymogów postawionych zapisami warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, o których mowa w rozdz. 2

pkt 1.3. tiret 2) i 3) SIWZ Zamawiający oraz pkt III. 3.4) ogłoszenia. Jak słusznie zauważyła KIO w wyroku z dnia 15 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1588/13 cyt.: „Nie wszystkie aspekty warunku udziału w postępowaniu muszą znaleźć odbicie w opisie sposobu spełnienia tego warunku i dokumentach (bądź oświadczeniach), jakie należy złożyć na jego potwierdzenie; jeżeli Zamawiający nabierze jakichkolwiek wątpliwości, ma prawo sprawdzić (m.in. za pomocą procedury opisanej w art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp), czy Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu we wszelkich jego aspektach.”. Wykonawca, którego oferta została wybrana przez zamawiającego ofertą najkorzystniejszą, tj. XX (...), dołączył do oferty wymagane przez Zamawiającego dokumenty tzn. samodzielnie uzupełniony załącznik nr 6 do SIWZ tj. wykaz osób oraz sygnowany załącznik nr 7 do SIWZ tj. oświadczenie Wykonawcy. Warta podkreślenia, w tym miejscu, jest treść załącznika nr 7 do SIWZ cyt.: „Oświadczam, że wskazane osoby mające realizować przedmiot zamówienia, wymienione w załączniku nr 6 SIWZ, posiadają wymagane uprawnienia zawodowe określone w rozdz. 2 pkt 1.3. SIWZ, kwalifikacje i doświadczenie oraz należą do właściwej izby samorządu zawodowego”. Ustawodawca przewidział, że w sprawach nie uregulowanych Pzp stosownie do treści art. 14 ustawy Pzp, należy posilkować się Kodeksem cywilnym W art. 60 § 1 Kodeksu cywilnego zawarta jest definicja oświadczenia woli. Wskazany przepis jednoznacznie określa, że wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej. Z przytoczonego powyżej przepisu jednoznacznie wynika, że oświadczenie woli wprost mówiąc to zewnętrzny objaw decyzji podmiotu prawnego. (...) Innymi słowy Wykonawca dołączając do złożonej oferty załącznik nr 7 do SIWZ oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, które indywidualnie wskazał w wykazie osób, załączniku nr 6 do SIWZ, posiadają wymagane uprawnienia na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w rozdz. 2 pkt 1.3 SIWZ jednoznacznie potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w celu wywołania czynności prawnej, w postaci zawarcia umowy z zamawiającym na realizację przedmiotowego zamówienia. (...).”.

Kontrolujący przywołał art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania, zgodnie z którym zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia

oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Prezes Urzędu stwierdził, że zaniechanie przez zamawiającego polegające na braku wezwania wykonawcy XX do uzupełnienia wykazu osób w zakresie wymaganego doświadczenia, tj. informacji dotyczących potwierdzenia co najmniej 3 letniego doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika robót elektrycznych oraz kierownika robót sanitarnych przez wskazanych kierowników, stanowi naruszenie art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

Kontrolujący uznał, że powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Prezes Urzędu poinformował zamawiającego, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia Informacji o wyniku kontroli.

Od wyniku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu zamawiający zgłosił zastrzeżenia w dniu 30 lipca 2018 r. (pismem z dnia 26 lipca 2018 r.). Odnosząc się w kolejności do stwierdzonych przez Prezesa Urzędu naruszeń zamawiający zajął stanowisko, jak następuje.

Ad. 1.

Zamawiający stwierdził, że całość uzasadnienia przedmiotowego naruszenia przez Prezesa Urzędu opiera się wyłącznie na nieuprawnionej i błędnej wykładani decyzji administracyjnej, jaką bezsprzecznie jest decyzja o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia (...) wydana przez (...), której uwierzytelnioną kserokopię wraz z ofertą, samodzielnie dołączył wykonawca, tj.: XX.

Zamawiający podniósł, że nie żądał dołączenia przedmiotowego dokumentu do złożonej oferty, gdyż nie pozwalał na powyższe zamknięty katalog dokumentów jakich zamawiający mógł żądać od wykonawców na potwierdzenie spełnienia powyżej przytoczonego warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia

ówcześnie obowiązującego rozporządzenia z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Na potwierdzenie spełnienia warunku w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego w zakresie uprawnień budowlanych posiadanych przez kierownika budowy i kierownika robót ogólnobudowlanych zamawiający wymagał dokumentów, których złożenie wraz z ofertą dopuszczało ówcześnie obowiązujące rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, czyli uzupełniony wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami (załącznik nr 6 do SIWZ) oraz podpisane oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w rozdz. 2 pkt 1.3. SIWZ (załącznik nr 7 do SIWZ).

Zamawiający stwierdził, że nie mógł wymagać, aby w dokumentach dołączonych do oferty wykonawcy załączali odpisy uprawnień budowlanych osób, które wykonawcy wskazali w wykazie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, co jednoznacznie podkreśla utrwalone i jednolite orzecznictwo KIO (dla przykładu wyrok z dnia 13 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2382/12). Zamawiający przytoczył wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2015 r., sygn. KIO 1029/15, który, jak uznał, w pełni potwierdza stanowisko zamawiającego, cyt.: „1. Skoro oświadczenie woli Wykonawcy wyrażone poprzez złożenie oferty, daje się ocenić (wyłożyć, tłumaczyć) w sposób, który potwierdza określone, ustalone okoliczności, w których zostało złożone, w oparciu o dokumenty, z których taka wola zostaje jednoznacznie uzewnętrzniona, to nie sposób rozumieć takiego oświadczenia w sposób odmienny. 2. Ocenie i badaniu podlega cała treść oferty, a nie wybrane jej elementy (...)”.

Jak zauważył zamawiający, wykonawca składając ofertę w niniejszym postępowaniu, którą w dalszej kolejności została wybrana ofertą najkorzystniejszą, samodzielnie dołączył do oferty uwierzytelnioną kserokopię decyzji (...) o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia (...) dla technika budowlanego XA.

Zamawiający zwrócił uwagę na stanowisko doktryny poparte orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wprost stwierdzające, że samodzielne dołączane lub uzupełnienie przez wykonawców dokumentów lub oświadczeń, o których stanowi art. 25 ust.

1 ustawy Pzp nie może rodzić żadnych skutków i jest nieskuteczne. Oznacza to, wprost, że nawet, jeżeli wykonawca z własnej inicjatywy dołączy wraz z ofertą lub dokona uzupełnienia to czynność ta nie będzie traktowana, jako równoważna uzupełnieniu, o którym stanowi art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tak jednoznaczne stanowisko znajduje swoje uzasadnienie w treści art. 26 ust. 3 Pzp, w którym ustawodawca posłużył się klauzulami bezwzględnie obowiązującymi, że to zamawiający wzywa wykonawców oraz, że dokumenty składane są na wezwanie zamawiającego (por. wyrok KIO z 28 lipca 2011 r., sygn. KIO 1521/11).

Wobec powyższego, zdaniem zamawiającego, inicjatywa w materii uzupełniania dokumentów czy też wymagania na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu znajduje się całkowicie w rękach zamawiającego i tak też uznaje KIO w jednolitym i utrwalony orzecznictwie, dla przykładu KIO w wyroku z 27 października 2011 r., sygn. KIO 2209/11, stwierdziła, że „(...) zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp uzupełnienie dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp może nastąpić wyłącznie na wezwanie zamawiającego w terminie przez niego wyznaczonym.”.

Reasumując, zamawiający stwierdził: „Skoro przedmiotowy dokument nie był żądany postanowieniami ani SIWZ, ani ogłoszenia o zamówieniu, a został samodzielnie dołączony do oferty przez wykonawcę, zasadnym wydaje się być pytanie, na jakiej podstawie stanowił podstawę stwierdzenia uzasadniającego naruszenie przepisów ustawy Pzp przez Prezesa UZP?”.

Ponadto, jak zauważył zamawiający, słusznie wskazał Prezes Urzędu, że treść przedmiotowej decyzji (...) o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia (...), która stosownie do jej treści, stwierdza przygotowanie zawodowe upoważniające do samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, w zakresie budownictwo ogólne. Ponadto, jak wskazuje treść przedmiotowej decyzji Pan XA jest upoważniony do kierowania, nadzorowania, kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie wszelkich budynków i innych budowli o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych z wyłączeniem linii, węzłów, stacji kolejowych, dróg, lotniskowych dróg startowych i manipulacyjnych, mostów, budowli hydrotechnicznych i wodnomelioracyjnych. Zamawiający wskazał również, że podstawą prawną decyzji o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia (...) jest, cyt.: „§ 5 ust. 1 lit. 2, ust. 2, § 7 i § 13 ust. 1 pkt 2 i ust. 5 ówczesnie obowiązującego rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. nr 8 poz. 46)”.

Zamawiający stwierdził ponadto, że uzasadnienie przedmiotowego naruszenia podane przez Prezesa Urzędu sprowadza się do jednego wniosku, a mianowicie, że uprawnienia budowlane osoby, która ukończyła średnią szkołę techniczną, stwierdzoną dyplomem lub świadectwem, oraz co najmniej trzyletnią praktykę na budowie uprawniają do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w zakresie budownictwa ogólnego i upoważniają do kierowania, nadzorowania, kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie wszelkich budynków i innych budowli o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych z wyłączeniem linii, węzłów, stacji kolejowych, dróg, lotniskowych dróg startowych i manipulacyjnych, mostów, budowli hydrotechnicznych i wodnomelioracyjnych, co oznacza, że osoby te posiadają uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie.

W opinii zamawiającego, Prezes Urzędu *de facto* dokonał wykładni decyzji administracyjnej, nie tylko nie będąc do powyższej czynności uprawnionym podmiotem, ale także bez zasięgnięcia opinii prawodawcy czy organu upoważnionego przez prawodawcę ewentualnie a nawet choćby przez Izbę Architektów Rzeczypospolitej Polskiej. Jednocześnie kontrolujący powołując się na § 5 ust. 2 już nieobowiązującego rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, samodzielnie i indywidualnie dla potrzeb wyników kontroli zdecydował, iż osoby posiadające ww. uprawnienia budowlane mogą pełnić funkcje techniczne, o których mowa w ust. 1, przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością techniczno-budowlaną.

Zamawiający zwrócił uwagę, że § 5 ust. 1 przedmiotowego rozporządzenia określa, że do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych obejmujących kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie techniczne budowy i robót jest wymagane następujące przygotowanie zawodowe:

- 1) ukończenie wyższej szkoły technicznej, stwierdzone dyplomem, oraz co najmniej dwuletnia praktyka na budowie,
- 2) ukończenie średniej szkoły technicznej, stwierdzone dyplomem lub świadectwem, oraz co najmniej trzyletnia praktyka na budowie,
- 3) dyplom mistrza w rzemiośle budowlanym.

Wobec powyższego, mając na względzie powyższe ustalenie Prezesa Urzędu przedstawione w uzasadnieniu do „Informacji o wyniku kontroli doraźnej”, uprawnionym, zdaniem zamawiającego, wydaje się postawienie hipotezy, że na podstawie przepisu § 5 ust.

2 nieobowiązującego rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie także osoby, które ukończyły wyższą szkołę techniczną, stwierdzone dyplomem, oraz co najmniej dwuletnia praktyka na budowie uprawniają do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w zakresie budownictwa ogólnego i upoważniają do kierowania, nadzorowania, kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie wszelkich budynków i innych budowli o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych z wyłączeniem linii, węzłów, stacji kolejowych, dróg, lotniskowych dróg startowych i manipulacyjnych, mostów, budowli hydrotechnicznych i wodnomelioracyjnych, co oznacza, że osoby te posiadają także uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie.

Jak zauważył zamawiający, pojęcia: „uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie” i „uprawnienia budowlane bez ograniczeń” wprowadzone zostały w życie przepisami rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia 30 grudnia 1994 r. (Dz. U. 1995, Nr 8, poz. 38). Bezsprzeczne jest, w ocenie zamawiającego, że jak wprost wynika z treści decyzji (...) o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia (...) dla Pana XA (tj.: osoby przedstawionej przez wykonawcę dla pełnienia stanowiska kierownika budowy i kierownika robót ogólnobudowlanych), ww. osoba jest upoważniona do kierowania, nadzorowania, kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie wszelkich budynków i innych budowli, ale z zastrzeżeniem do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych z wyłączeniem linii, węzłów, stacji kolejowych, dróg, lotniskowych dróg startowych i manipulacyjnych, mostów, budowli hydrotechnicznych i wodnomelioracyjnych.

Jednakże, jak stwierdził zamawiający, organicznie do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych w żadnym przepisie nieobowiązującego rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie nawet po nowelizacji z dnia 18 lipca 1991 r. rozporządzeniem Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa zmieniającym rozporządzenie w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 69, poz. 299) absolutnie nie oznacza, wbrew twierdzeniom Prezesa UZP „(...) że osoby te posiadają uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie. (...)”. Zamawiający wskazał, że przedmiotowe stwierdzenie jest pozbawione jakichkolwiek podstaw prawnych tym bardziej, że, stosownie do art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1202

z późn. zm.) osoby, które, przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie (por. wyrok KIO z dnia 13 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2382/12).

Zdaniem zamawiającego, wykonawca wykazał, że dysponuje osobą na stanowisko kierownika budowy i kierownika robót ogólnobudowlanych, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno - budowlanej ograniczeń zgodne rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2014 r., poz. 1278) obowiązującego w trakcie przeprowadzenia przedmiotowego postępowania przetargowego lub ważne odpowiadające im kwalifikacje, nadane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów upoważniające odpowiednio do kierowania robotami budowlanymi w zakresie objętym niniejszym zamówieniem. Zamawiający w całości podtrzymał argumentację podaną w wyjaśnieniach udzielonych Prezesowi UZP, które, jak stwierdził, pozostały bez jakiegokolwiek merytorycznego rozpatrzenia.

Ad. 3.

Zamawiający wskazał, że szczegółowej wykładni legalnej dotyczącej wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a w brzmieniu ustawy Pzp obecnie obowiązującym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (link: https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie_archiwalne/opiniadotyczaca-art.-29-ust.-3a-ustawy-pzp) dokonał po wprowadzeniu uchwalonej w dniu 22 czerwca 2016 r. ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1020) i obowiązującej od 28 lipca 2016 r.

Ad. 4.

Zamawiający stwierdził, że całość uzasadnienia wskazanego naruszenia przez Prezesa UZP opiera się wyłącznie na zarzucie braku szczegółowego (dokładnego) uzupełnienia dołączonego do oferty przez wykonawcę, tj.: XX, wykazu osób (załącznik nr 6 do SIWZ) w zakresie stażu zawodowego na stanowisku odpowiednio kierownika robót elektrycznych w przypadku Pana XB oraz kierownika robót sanitarnych w przypadku Pana XC. W konsekwencji, brak szczegółowego uzupełnienia wykazu osób uniemożliwił - zdaniem Prezesa UZP - weryfikację spełnienia warunku potencjału kadrowego przez wykonawcę. Zamawiający, zauważył, że uzasadnienie naruszenia Prezesa UZP *de facto* odnosi się tylko i wyłącznie do załącznika nr 6 do SIWZ, czyli wykazu osób. Zamawiający

podał, że Prezes UZP w treści uzasadnienia naruszenia całkowicie pominął treść załącznika nr 7 do SIWZ, tj.: oświadczenia wykonawcy dotyczące osób uczestniczących w wykonywaniu zamówienia. Zadaniem zamawiającego, przeprowadzając kontrolę doraźną Prezes UZP dokonał weryfikacji oferty złożonej przez wykonawcę fragmentarycznie, kategorycznie podkreślając, że z treści tylko i wyłącznie jednego dokumentu lub oświadczenia, a nie z treści wszystkich dokumentów złożonych wraz z ofertą, musi wynikać fakt spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę.

Powyższe, w ocenie zamawiającego, nie znajduje swojego uzasadnienia w doktrynie oraz utrwalonym orzecznictwie KIO, wedle którego spełnienie warunków udziału w postępowaniu zamawiający weryfikuje na podstawie wszystkich dokumentów i oświadczeń złożonych wraz z ofertą przez wykonawcę, co dla przykładu potwierdza wyrok z dnia 25 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1741/15, cyt.: „To z treści dokumentów złożonych wraz z ofertą (bądź uzupełnionych na wezwanie zamawiającego) ma wynikać spełnienie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (...)”. Zamawiający zwrócił uwagę, że w przytoczonym orzeczeniu KIO jednoznacznie wskazuje, iż to z treści dokumentów, a nie z treści dokumentu ma wynikać spełnienie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Nie bez znaczenia, w opinii zamawiającego, pozostaje także fakt dopuszczenia możliwości wymagania przez zamawiającego złożenia przez wykonawcę wraz z ofertą oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, przepisem pkt 8 ust. 1 § 1 ówczesnego obowiązującego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Bezspornie celem prawodawcy, który dopuścił możliwość żądania powyższego oświadczenia wykonawcy przepisem rozporządzenia wykonawczego do ustawy Pzp, była możliwość ułatwienia weryfikacji wykonawcy spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający uznał, że skoro przedmiotowe podpisane oświadczenie wykonawca dołączył do oferty, tym samym w pełni zgadzając się z jego treścią, co wprost można wywnioskować z brzmienia przepisów art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 60 § 1 i 65 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1025 z późn. zm.), całkowicie niezrozumiałe jest uzasadnienie naruszenia przez Prezesa Urzędu, który całkowicie pominął treść oraz złożenie przez wykonawcę wraz z ofertą przedmiotowego oświadczenia woli. Oświadczenia woli, czyli zewnętrznego objawu decyzji podmiotu

prawnego, które należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało.

Zamawiający postawił pytanie, na jakiej podstawie Prezes Urzędu odmawia możliwości weryfikacji przedmiotowego oświadczenia przez zamawiającego pod kątem spełnienia warunku potencjału kadrowego przez wykonawcę, skoro wykonawca wraz z ofertą złożył podpisane oświadczenie, które w treści wprost mówiło, że przedstawione do realizacji zamówienia osoby posiadają min. kwalifikacje i doświadczenie zawodowe wymagane przez zamawiającego.

Konkludując, zamawiający stwierdził, że wezwanie do uzupełnienia przez wykonawcę wykazu osób w zakresie wymaganego postanowieniami SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu doświadczenia, biorąc pod uwagę orzecznictwo KIO jednoznacznie wskazujące, że spełnienie warunków udziału w postępowaniu zamawiający weryfikuje na podstawie wszystkich dokumentów i oświadczeń złożonych wraz z ofertą przez wykonawcę, a nie tylko częściowo na podstawie jednego oświadczenia, a także mając na względzie zasady właściwej wykładni oświadczenia woli, byłoby ze strony zamawiającego naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (w brzmieniu ówczesnie obowiązującym), poprzez niewłaściwe zastosowanie. Zamawiający w całości podtrzymał argumentację przedstawioną w wyjaśnieniach udzielonych Prezesowi Urzędu, które, jak zauważył, pozostały bez jakiegokolwiek merytorycznego rozpatrzenia.

Pismem z dnia 13 sierpnia 2018 r. Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego, iż podtrzymuje stanowisko wyrażone w pkt 2.1 oraz 2.3 – 2.4 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 20 lipca 2018 r.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu przekazał je w dniu 13 sierpnia 2018 r. do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

W ocenie Izby, zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie zasługują na uwzględnienie. Analiza akt postępowania potwierdziła, że Prezes Urzędu prawidłowo ustalił stan faktyczny przedmiotowej kontroli.

Izba przychyliła się do stanowiska Prezesa Urzędu, że z dokumentów załączonych do oferty wykonawcy XX nie wynika, że osoba proponowana do pełnienia funkcji kierownika budowy i kierownika robót ogólnobudowlanych posiada wymagane przez zamawiającego

zgodnie z rozdz. 2 pkt 1.3 ppkt 1) b) SIWZ oraz pkt III.3.4 ogłoszenia o zamówieniu uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń.

Prezes Urzędu słusznie stwierdził, że z treści decyzji o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie wydanej dla osoby proponowanej do pełnienia funkcji kierownika budowy i kierownika robót ogólnobudowlanych wynika, iż ww. osoba posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w zakresie budownictwa ogólnego.

Prezes Urzędu, oceniając spełnianie przez wykonawcę postawionego przez zamawiającego wymogu posiadania uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń przez pryzmat obowiązującego w dacie nadania uprawnień Panu XA rozporządzenia zasadnie wskazał, że osobie tej nie nadano uprawnień bez ograniczeń, bowiem uprawnienia zawężono do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie wszelkich budynków i innych budowli o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, co przy średnim technicznym wykształceniu Pana XA i przytoczonym § 5 ust. 2 ww. rozporządzenia wskazuje na posiadane przez ww. osobę uprawnień budowlanych w ograniczonym zakresie, tj. niezgodnym z literalnym brzmieniem warunku udziału w postępowaniu określonym w SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu. Ponadto, jak słusznie zauważył Prezes Urzędu, zgodnie z dyspozycją art. 104 ustawy Prawo budowlane, osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy, tj. przed dniem 1 stycznia 1995 r., uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. W związku z powyższym, brak było podstaw do uznania, że Pan XA dysponuje uprawnieniami budowlanymi o charakterze nieograniczonym, równoznacznym nadawanym w obecnym stanie prawnym uprawnieniom bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, wymaganym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ. Izba przychyliła się w przedmiotowym zakresie do przywołanego przez Prezesa Urzędu stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonego w wyroku z dnia 27 lipca 2015 r. o sygn. akt KIO 1320/15, KIO 1325/15, KIO 1330/15 oraz stanowiska Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie w sprawie o sygn. akt VII SA/Wa 690/09.

Izba zgodziła się również z Prezesem Urzędu, że w sytuacji, gdy wykonawca XX z własnej inicjatywy przedłożył zamawiającemu dokument w postaci Stwierdzenia przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zamawiający nie mógł pominąć wynikających z tego dokumentu informacji przy ocenie spełniania warunku.

Wobec powyższego, zgodzić się należało również ze stwierdzonym przez Prezesa Urzędu naruszeniem przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez wybór oferty wykonawcy nie dającego gwarancji należytego wykonania zamówienia, a także naruszeniem art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór był niezgodny z przepisami ustawy Pzp, tj. z art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Na uwzględnienie nie zasługiwało również stanowisko zamawiającego w zakresie stwierdzonego przez Prezesa Urzędu naruszenia art. 29 ust. 4 pkt 4 w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 9 lit. d) ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania. Izba miała przy tym na uwadze, że zamawiający nie zgłosił w tym przedmiocie umotywowanych zastrzeżeń. Zamawiający ograniczył się jedynie do krótkiej uwagi, że Prezes Urzędu dokonał szczegółowej wykładni legalnej dotyczącej wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a w brzmieniu ustawy obecnie obowiązującym po wprowadzeniu nowelizacji ustawy Pzp. Zasadnie Prezes Urzędu wskazał, że art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp obowiązujący od dnia 19 października 2014 r., przed ww. nowelizacją, umożliwiał zamawiającemu zamieszczanie w opisie przedmiotu zamówienia wymagań w aspekcie społecznym, związanych z realizacją umowy, a dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia były czynności niezbędne do realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, których wykonywanie odpowiada warunkom wykonywania pracy, określonym w przepisach kodeksu pracy. Zamawiający, stosując art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, zobligowany był określić w SIWZ, zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 9 lit. d) ustawy Pzp, rodzaje czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia. W konsekwencji, stanowisko zamawiającego w przedmiotowym zakresie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odnosząc się do zgłoszonych przez zamawiającego zastrzeżeń w zakresie wyników kontroli stwierdzających naruszenie przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy XX do uzupełnienia wykazu osób w zakresie informacji dotyczących potwierdzenia co najmniej 3-letniego doświadczenia zawodowego na

stanowisku kierownika robót elektrycznych oraz kierownika robót sanitarnych przez wskazanych kierowników Izba stwierdziła, że opisanie przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego miało charakter szczegółowy. Zamawiający określił wymagania odnoszące się do osób posiadających konkretne uprawnienia budowlane, tym podkreślił, iż wskazane osoby powinny posiadać łącznie, co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego. Nieuprawnione było zatem stwierdzenie, że wykazane zostało spełnianie przedmiotowego warunku przez ww. wykonawcę poprzez złożenie samego oświadczenia, iż dana osoba ma określić ilość lat doświadczenia bez wykazania jego spełniania w sposób oczekiwany przez zamawiającego, tj. „opis posiadanych uprawnień, kwalifikacji zawodowych (z podaniem nr uprawnień oraz stażem zawodowym)” w załączniku nr 6 do SIWZ. Izba zgodziła się z Prezesem Urzędu, że ogólne oświadczenia wykonawcy nie zastępują wymogu podania szczegółowych danych, celem umożliwienia zamawiającemu ich weryfikacji.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....