

Sygn. akt: KIO/KD 7/17

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 17 lutego 2017 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 17 stycznia 2017 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych od wyniku kontroli doraźnej następczej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, polegających na montażu kompletnych instalacji solarnych w ramach projektu: Wykorzystanie odnawialnych źródeł energii szansą na poprawę jakości środowiska naturalnego w Gminie Chełm”.

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Kisiel**  
**Sylwester Kuchnio**  
**Emil Kawa**

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zamawiającego do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej:**

- 1) są zasadne w zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp – opisanych w rozdz. 2 pkt 1 Informacji o wyniku kontroli,**
- 2) nie są zasadne w pozostałym zakresie.**

## Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej, przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zwanego dalej: "kontrolującym", „Prezesem UZP” lub „Prezesem Urzędu”, wynikły na tle następującego stanu faktycznego.

### Stanowisko kontrolującego:

Gmina Chełm, Pokrówka, ul. Gminna 18, 22 – 100 Chełm (dalej: „zamawiający”), działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie aukcji elektronicznej pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, polegających na montażu kompletnych instalacji solarnych w ramach projektu: Wykorzystanie odnawialnych źródeł energii szansą na poprawę jakości środowiska naturalnego w Gminie Chełm”.

Kontrolujący w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 9 stycznia 2017 r., przekazanej wraz z pismem UZP/DKUE/W3/421/103(13)/16/SD stwierdził, że:

„(...) 1. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wymagał m.in., aby wykonawca wykazał dysponowanie przynajmniej dwoma osobami posiadającymi uprawnienia do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Ponadto zamawiający wskazał, iż osoby wskazane do pełnienia określonych funkcji powinny posiadać uprawnienia bez ograniczeń.

Z analizy dokumentacji postępowania wynika, iż wykonawca konsorcjum firm EcoExperts s.c. w wykazie osób na ww. stanowisko przedstawił m.in. p. A. D. Wykonawca załączył jednocześnie dokument na potwierdzenie spełnienia ww. warunku pn.: „Stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie” wydany na podstawie art. 18 ust. 5 i art. 57 ust. 3 ustawy z dnia 24 października 1974 r. – prawo budowlane oraz § 2 ust. 1 p. 2 i ust. 2 p. 2, § 5 ust. 1 p.2 i ust.

2, § 6 ust. 3, § 7, § 13 ust. 1 p.2 rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20.02.1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. nr 8, poz. 46 ze zm.). Z treści decyzji wynika, iż p. A. D. posiada przygotowanie zawodowe do pełnienia samodzielnej funkcji projektanta oraz kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno – budowlanej:

- „do sporządzania projektów w zakresie rozwiązań konstrukcyjno – budowlanych budynków i innych budowli – o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych i schematach technicznych (...)”.

Z powyższego wynika wprost, iż zakres ww. uprawnień jest ograniczony do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych. Powyższe ograniczenie znajduje swoje uzasadnienie 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, zgodnie z art. 104 ustawy Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. 2016 poz. 290) 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. Zatem nie można uznać, że p. A. D. – technik budowlany w zakresie specjalności budownictwo ogólne posiadający 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, wymaganym przez zamawiającego.

W wyjaśnieniach z dnia 07.12.2016 r. zamawiający wskazał, iż „O fakcie i zakresie ograniczenia uprawnień będzie decydowała, zatem każdorazowo treść decyzji o nadaniu uprawnień budowlanych, a nie jej nazwa. (...) w przedmiotowej sprawie decydujące znaczenie ma treść orzeczenia - decyzji wydanej wobec p. A. D. Pan A. D. posiada kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie odpowiednie do funkcji, jakie zostały mu powierzone. Zgodnie z art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - 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.” Powyższy przepis deklaruje poszanowanie praw słusznie

nabytych. Oznacza to, że uprawnienia budowlane uzyskane pod rządami poprzednio obowiązujących przepisów pozostają w mocy, a zakres ich nie ulega zmianie. Pan A. D. uprawnienia budowlane uzyskał w oparciu o przepisy ustawy Prawo budowlane oraz rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (...). Błędym stanowiskiem jest tłumaczenie pojęcia „bez ograniczeń” przez pryzmat rozporządzenia z 1975 r., które takiego pojęcia nie zawierało. W decyzji o nadaniu uprawnień dla p. A. D. nie ma w niej żadnych zapisów, które ograniczają mu prawo projektowania i kierowania robotami takimi jak objęte przedmiotem zamówienia. Przedmiotem zamówienia nie były roboty budowlane o charakterze pionierskim, czy też trudnym lub złożonym (proste systemy montażu instalacji, które zgodnie z zasadami wiedzy technicznej - należałoby uznać, że bazują one na powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych i schematach technicznych - montaż instalacji solarnych nie wymaga uzyskania decyzji pozwolenia na budowę ani też nie wymaga zgłoszenia zamiaru rozpoczęcia robót budowlanych zgodnie z ustawą Prawo budowlane). Mając na uwadze wykładnię przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku KIO z dnia 8 lipca 2011 r. (sygn. akt. KIO 1332/11; KIO 1333/11) „Niecelowe jest hipotetyczne i teoretyczne porównywanie nadawanych niegdyś i obecnie uprawnień. Przy wszystkich różnicach terminologicznych i historycznych dotyczących ich regulacji wymaganie równości i absolutnej odpowiedniości uprawnień prowadziłoby jedynie do ograniczenia konkurencji w opisach warunków udziału w postępowaniu i w trakcie prowadzenia postępowań przez dyskryminację wykonawców dysponujących osobami zdolnymi do wykonania danego przedmiotu zamówienia, a posiadającymi uprawnienia wydane na podstawie uchylonych przepisów.” oraz dalej „Jedynym sensownym sposobem interpretacji spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego osób sprawujących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie i wymaganej w warunkach odpowiedniości uprawnień wydawanych niegdyś i obecnie, jest stwierdzenie czy uprawnienia te umożliwiają wykonywanie danych robót” wskazujemy, że - zgodnie z powszechnymi zasadami wiedzy technicznej - A. D. posiadał uprawnienia umożliwiające wykonywanie konkretnych robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia, ze względu na ich charakter - Zamawiający pozostaje na stanowisku, że spełniony został warunek przedstawiony w ogłoszeniu o zamówieniu.”

Nie ulega wątpliwości, że zakres uprawnień, jakie posiada p. A. D. jest ograniczony do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych, a fakt posiadania przez ww. osobę wykształcenia technicznego – technik budowlany w chwili wydania uprawnień jest bezsporny. Ponadto, jeżeli w ocenie zamawiającego wykonanie przedmiotu zamówienia obejmowało roboty o prostym charakterze, bazujące na powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych i schematach technicznych i tym samym nie wymagało

posiadania uprawnień do projektowania w specjalności konstrukcyjno – budowlanej bez ograniczeń, zamawiający przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do licytacji mógł dokonać modyfikacji ogłoszenia w tym zakresie. W przedmiotowej sprawie do takiej zmiany ogłoszenia nie doszło, zatem zamawiający zobligowany był do badania spełnienia warunku zgodnie z jego brzmieniem w treści ogłoszenia. Niedopuszczalne jest bowiem interpretowanie przez zamawiającego postawionych wymagań po złożeniu wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji i odpowiednie dostosowanie przyjętej interpretacji do konkretnego wykonawcy.

W tym miejscu warto wskazać na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23.11.2011 r. sygn. akt KIO 86/11, w której Izba wskazała, iż „(...) 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, a osoby, o których mowa w ust. 1 pkt 3 i 4 - wyłącznie przy wykonywaniu robót budowlanych objętych danym rzemiosłem. Choć powyższe rozporządzenie nie posługuje się pojęciem "uprawnienia bez ograniczeń", wprowadzonym do obrotu prawnego 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. 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. Zatem 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, iż niezależnie od użytej w rozporządzeniu Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie terminologii mamy do czynienia, w niniejszym stanie faktycznym, z uprawnieniami budowlanymi w ograniczonym zakresie. (...).”

Stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego 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 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.

Zaniechanie powyższego obowiązku, tj. niewezwanie przez zamawiającego wykonawcy konsorcjum EcoExperts s.c. do uzupełnienia wykazu kadry w zakresie osoby do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Biorąc ponadto pod uwagę fakt niewykazania przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, tj. Konsorcjum EcoExperts s.c, że będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, należy wskazać na mające także zastosowanie w sprawie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

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. Należy przy tym podkreślić, że spełnianie ww. warunków służy potwierdzeniu, że wykonawca posiada zdolność do należytego wykonania zamówienia, zaś a contrario stwierdzić należy, że wykonawca nie spełniający warunków, takiej zdolności nie posiada i zamówienie nie może zostać mu udzielone. Przy czym w świetle dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zauważyć należy, że ciężar wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy. Tym samym niedopuszczalne jest, aby zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków i nie został pod tym kątem zweryfikowany przez zamawiającego. Zamawiający może udzielić zamówienia wyłącznie takiemu wykonawcy, co do którego nie zachodzą wątpliwości, że warunki udziału w postępowaniu spełnia.

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.

Jak stwierdzono powyżej, w przedmiotowej sprawie wykonawca Konsorcjum EcoExperts s.c. nie wykazał, że dysponuje osobami spełniającymi wymogi opisane w ww. warunku. Tym samym wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Jednocześnie 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 wykazu kadry w zakresie osoby do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń. Tym samym zamawiający zaniechał dokonania obowiązku weryfikacji wykonawcy pod kątem spełniania warunku, w żaden sposób nie usunąwszy wadliwości złożonego przez niego wniosku o dopuszczenie do udziału w licytacji, a następnie udzielił mu zamówienia.

Powyższe oznacza, 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 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 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 o niedopuszczalności wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum EcoExperts s.c. i stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Naruszenia mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

2. Jak wynika z dokumentacji niniejszego postępowania, zamawiający w punkcie III. 3.2) ogłoszenia o zamówieniu dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazując, że wykonawca zobowiązany był wykazać się m.in. wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na wykonaniu min. 400 instalacji solarnych o min. powierzchni czynnej 2000 m<sup>2</sup> dla każdej roboty budowlanej. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawcy mieli przedłożyć wykaz wykonanych robót budowlanych, określony w § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej: „rozporządzenie”).

Wykonawca Elektro – Bud P. G. celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu wskazał obok własnej inwestycji także robotę budowlaną pn.: „Wykorzystanie energii słonecznej szansą na poprawę jakości środowiska w gminie Łysomice”, zrealizowaną na rzecz zamawiającego Gminę Łysomice przez wykonawcę GPEC Serwis Sp. z o.o. Do wniosku wykonawca załączył zobowiązanie ww. podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia na okres realizacji zamówienia. Ponadto w oświadczeniu z dnia 25.02.2015 r. firma GPEC Serwis Sp. z o.o. oświadczyła, iż „udostępniam firmie Elektro – Bud P. G. swoją referencję na Dostawę i montaż indywidualnych instalacji solarnych dla Gminy Łysomice.”

Z treści ww. zobowiązania i oświadczenia nie wynika, w jaki sposób i w jakim zakresie podmiot trzeci udostępni zasoby. W związku z powyższym pismem z dnia 23.11.2016 r. Prezes Urzędu zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, na jakiej podstawie uznał, iż udostępnienie ww. zasobów będzie miało charakter realny.

W odpowiedzi na powyższe pismem z dnia 07.12.2016 r. zamawiający wskazał, iż „Art. 26 ust. 2b Pzp statuuje otwarty katalog środków dowodowych. Wykonawca może przedstawić przykładowo, w zależności od rodzaju zasobu podlegającego udostępnieniu i relacji istniejących między wykonawcą i podmiotem trzecim umowę stypizowaną w przepisach kodeksu cywilnego (umowę nazwaną), umowę nienazwaną lub oświadczenie podmiotu. Skoro przepis podaje przykładowo pisemne zobowiązanie podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, to za wystarczające, na etapie składania oferty może być uznane samo oświadczenie złożone przez podmiot udostępniający zasób. Zobowiązanie takie może stanowić zatem dowód jedyne, a zarazem wystarczający dla wypełnienia normy art. 26 ust



2b Pzp, wespół z innymi złożonymi oświadczeniami i dokumentami ma umożliwić wykonawcy wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Mocą oświadczenia podmiot trzeci zaciąga zobowiązanie do udostępnienia zasobów nie wobec zamawiającego, a jedynie względem wykonawcy, który zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest do dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zatem jego obowiązkiem jest również ocena treści zobowiązania podmiotu trzeciego, które wykonawca składa w celu wykazania spełniania tych warunków (tak wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 2 grudnia 1999 r. Sprawa C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari, przy udziale Ruhrwasser AG International Water Management LexPolonica nr 379275; wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 24 marca 2011 r. XIX Ga 92/2011 Informator Urzędu Zamówień Publicznych 2011/11). Istotne znaczenie w kwestii oceny mocy dowodowej takiego zobowiązania na etapie badania ofert ma użycie w art. 26 ust. 2b Pzp czasu przyszłego „będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia”. Ustawodawca przesądził, że do faktycznej możliwości rozporządzania udostępnianymi przez inny podmiot zasobami ma dojść dopiero na etapie wykonania zamówienia. Na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia, poza wiążącym zobowiązaniem oddania do dyspozycji zasobów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, brak jest konieczności wskazywania przez wykonawcę - z mocy samego przepisu - formy i zakresu przyszłego udostępnienia zasobów. W szczególności z samej normy art. 26 ust. 2b Pzp nie wynika konieczność wskazywania w treści zobowiązania essentialia negotii porozumienia między wykonawcą a podmiotem trzecim, ani też konkretyzacji ponad zakres wynikający ze zdania pierwszego art. 26 ust. 2b, udostępnianych zasobów, sposobu korzystania z niego przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia (vide: m.in.: wyrok KIO 162/12, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lipca 2010 r. KIO/UZP 1452/10, KIO/UZP 1453/10, KIO/UZP 1454/10 Lex Polonica nr 2367323; z dnia 10 września 2010 r. KIO 1844/10 Lex Polonica nr 2396808; z dnia 12 stycznia 2012 r. KIO 2704/11, KIO 2707111 ). Pogląd ten jest uprawniony niezależnie od tego, który z zasobów podlegać będzie udostępnieniu, gdyż stosowne wyłączenie lub zróżnicowanie nie zostało przewidziane przez ustawodawcę. Ustawa wyznacza granice stosowania prawa i nie można uzupełniać jej treści nie narażając się na zarzut dowolności stosowania przepisów wykraczającego poza granice dopuszczalnej swobody interpretacyjnej. W państwie prawnym interpretator musi brać pod uwagę przede wszystkim językowe znaczenie tekstu prawnego (vide: uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 28 czerwca 2000 r. K. 25/99 OTK 200015 poz. 141, uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z 18 września 1998 r. III CZP 32/98 OSNC 1999/I poz. 2).

Odnosząc się do poglądu, co do konieczności uczestnictwa podmiotu udostępniającego swoje zasoby w wykonywaniu zamówienia Izba popiera pogląd, iż oddanie

do dyspozycji przez podmiot trzeci zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, musi łączyć się co do zasady z koniecznością uczestniczenia tego podmiotu w realizacji zamówienia. Brak jest jednak podstaw prawnych do przyjęcia, że miałyby to nastąpić w charakterze podwykonawcy.” W dalszej części zamawiający wskazał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądu Okręgowego w Gdańsku.

„(...) W efekcie uważamy, że wykonawca wykazał w sposób dopuszczalny przez cytowane orzecznictwo KIO spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Nie można obciążać negatywnymi skutkami rozbieżności w orzecznictwie KIO zamawiającego. Gmina Chełm przyjęła sposób interpretacji wskazany w zacytowanych orzeczeniach KIO i uznała że wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu. Na marginesie należy zauważyć, że dopiero nowela wprowadzona w roku 2016 zmieniła zasady powoływania się na zasoby podmiotów trzecich. Cytowane orzecznictwo KIO (dotyczące analogicznych jak nasze stanów faktycznych) opierało się na tych samych przepisach art. 26 ust. 2b na jakich opiera się podczas kontroli Urząd Zamówień Publicznych.”

Stosownie do treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, aktualnej w dniu wszczęciu postępowania, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Z powyższego wynika, że przedłożone przez wykonawcę dokumenty muszą określać, jakie zasoby, w jakim zakresie i na jakich zasadach będą przez podmiot trzeci udostępnione. Nie jest wystarczające złożenie wyłącznie zobowiązania o przekazaniu wiedzy i doświadczenia, jeżeli ani z tego zobowiązania, ani z innych dokumentów nie wynika zakres i sposób udostępnienia zasobów. Podkreślić należy, iż istotą udostępnienia zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest udowodnienie zamawiającemu realnego dysponowania udostępnionym zasobem podmiotu trzeciego w stopniu niezbędnym do realizacji zamówienia, tj. wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Jeżeli zakres lub sposób udostępnienia zasobów nie jest wystarczający i nie gwarantuje właściwego wykonania zamówienia, zamawiający ma obowiązek żądać uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że zasoby będą udostępnione w wystarczającym zakresie i w wystarczający sposób, a także wykluczyć wykonawcę z postępowania.

W niniejszej sprawie ze złożonego przez wykonawcę zobowiązania podmiotu trzeciego nie wynika sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę. W

szczegółności ze złożonych dokumentów nie wynika, że podmiot trzeci będzie w ogóle uczestniczył w realizacji zamówienia. Tymczasem w przypadku robót budowlanych w zasadzie jedynie udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w roli podwykonawcy jest jedynym realnym sposobem udostępnienia wiedzy i doświadczenia.

Reasumując w przedmiotowej sprawie nie można uznać, że wykonawca wykazał, że będzie realnie dysponował zasobami podmiotu trzeciego, a co za tym idzie – że spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego 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.

Mając na uwadze powyższe oraz treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, należy stwierdzić, iż wobec okoliczności, że przedstawione przez wykonawcę Elektro – Bud P. G. zobowiązanie podmiotu trzeciego nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zamawiający zobowiązany był wezwać wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, iż udostępnienie zasobów wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci będzie miało charakter realny w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania.

**3.** Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego braku podstaw do wykluczenia zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu żądał od wykonawców przedłożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, tj. dokumentu

wskazanego w § 3 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, a w odniesieniu do wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej - dokumentów określonych w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a tiret 1 – 3 rozporządzenia.

Zamawiający w ogłoszeniu nie wskazał, iż w odniesieniu do wykonawców krajowych żąda analogicznych dokumentów.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający m.in. równe traktowanie wykonawców. Zatem zamawiający został zobowiązany do zapewnienia, aby wszystkie podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia publicznego, w tym także podmioty, które mają miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej miały możliwość ubiegania się o zamówienie na takich samych zasadach.

W konsekwencji wskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu szerszego zakresu dokumentów wymaganych od wykonawców zagranicznych niż od wykonawców posiadających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) tiret 1 - 3 ww. rozporządzenia.

Powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

**4.** W ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja III.5) zamawiający wskazał, iż wymaga, aby wykonawcy do wniosku o dopuszczenie do udziału w licytacji załączyli m.in. certyfikat Solar Keymark. Wykonawca NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Solarnej S. M. załączył na stronie 77 – 82 wniosku tłumaczenie ww. certyfikatu.

Pismem z dnia 23.11.2016 r. zamawiający został poproszony o wskazanie, na której stronie ww. wniosku znajduje się certyfikat Solar Keymark w oryginalnej wersji językowej. W przypadku, gdyby powyższy dokument nie został dołączony do dokumentacji zamawiający został poproszony o jego przesłanie.

Pismem z dnia 07.12.2016 r. zamawiający udzielił wyjaśnień, iż „Wykonawca NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Solarnej S. M. załączył uwierzytelnione tłumaczenie z języka angielskiego certyfikatu Solar Keymark, wystawiony dla firmy SUNEX S.A. z siedzibą w Raciborzu, ul. Piaskowa 7, produkującej kolektory słoneczne. Identyczne tłumaczenie wraz z oryginałem certyfikatu przedłożył wykonawca Konsorcjum: EcoEksperts s.c. Z. i FLEKSIPOWER GROUP Sp. z o.o. Sp.k. Pabianice. Oceniając wniosek o dopuszczenie do udziału w licytacji firmy NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Solarnej S. M. komisja

przetargowa uznała, że ma możliwość zapoznania się z dokumentem certyfikatu w języku angielskim i z jego tłumaczeniem, a zatem treść oferty była zgodna z treścią PFU i Specyfikacji Technicznej. Zaznaczamy, że obaj wykonawcy przedłożyli ten sam certyfikat wystawiony na tego samego producenta, którego produkty miały być przez nich wykorzystane. Żądanie uzupełnienia oryginału certyfikatu od jednego z wykonawców, w sytuacji gdy został on złożony w danym postępowaniu było w tym przypadku nieuzasadnione i byłoby przejawem nadmiernego formalizmu. (...)”.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż w § 7 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów uregulowana została forma składanych dokumentów. W szczególności w § 7 ust. 4 ww. rozporządzenia wskazano, że dokumenty sporządzone w języku obcym składane są wraz z tłumaczeniem na język polski. Zatem podstawowe znaczenie dla zamawiającego ma dokument sporządzony w języku obcym, a jego tłumaczenie stanowi niejako konsekwencję przedłożenia dokumentu w oryginalnej wersji językowej.

Stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, 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.

W świetle powyższego fakt, iż w postępowaniu wykonawca EcoEksperts s.c. Z. i FLEKSIPOWER GROUP Sp. z o.o. Sp.k. złożył „identyczny” certyfikat wraz z tłumaczeniem, nie stanowiło podstawy do odstąpienia od wezwania wykonawcy NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Solarnej S. M. do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu. Przede wszystkim należy wskazać, iż zamawiający nie mógł ocenić, czy ww. wykonawca posiadał przedmiotowy certyfikat na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji, czy rzeczywiście jest on identyczny z certyfikatem złożonym przez konsorcjum EcoExperts.c. oraz czy złożone tłumaczenie dotyczyło właściwego dokumentu.

W związku z powyższym zaniechanie powyższego obowiązku, tj. niewezwanie przez zamawiającego wykonawcy NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Solarnej S. M. do uzupełnienia certyfikatu Solar Keymark sporządzonego w języku obcym, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

5. Umowa w sprawie udzielenia przedmiotowego zamówienia zawarta została pomiędzy wykonawcą Konsorcjum EcoExperts s.c. a zamawiającym w dniu 08.05.2015 r. Natomiast ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało przekazane i opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21.08.2015 r. pod numerem 73633 – 2015.

Zgodnie z treścią art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia albo umowy ramowej jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Powyższe oznacza, iż zamieszczenie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych powinno nastąpić niezwłocznie (bez zbędnej zwłoki) po zawarciu umowy. Opublikowanie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia ponad trzy miesiące po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie stanowi niezwłocznego wykonania powyższej czynności przez zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, iż zamawiający dokonał publikacji przedmiotowego ogłoszenia z naruszeniem art. 95 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania (...)."

#### **Stanowisko zamawiającego:**

Pismem z dnia 17 stycznia 2017 r. (prezentata „Wpłynęło 21 stycznia 2017 r.”) zamawiający złożył zastrzeżenia dotyczące wyników przeprowadzonej kontroli doraźnej.

Zamawiający w złożonych zastrzeżeniach wskazał, że:

„ (...) Naruszenie Nr 1

Składamy zastrzeżenia w związku z dokonaniem niewłaściwej interpretacji przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przepisów rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 stycznia 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji

technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46 z późn. zm.) oraz art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W naszej ocenie bezpodstawne jest twierdzenie o braku wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawców Flexipower Group sp. z o.o. Sp. k. i Eco-Experts s.c.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu zawarł warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobami posiadającymi uprawnienia do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń. Wykonawcy Flexipower Group sp. z o.o. Sp. k. i EcoExperts s.c. wykazali dysponowanie osobą (p. A. D.) posiadającą uprawnienia do pełnienia samodzielnej funkcji projektanta oraz kierowania budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej do sporządzania projektów w zakresie rozwiązań konstrukcyjno-budowlanych budynków i innych budowli – o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych i schematach technicznych. (Zamawiający oraz Prezes Urzędu Zamówień Publicznej odmiennie interpretują zapisy zamieszczone w decyzji o przyznaniu uprawnień p. A. D. W ocenie zamawiającego potwierdzają one posiadanie uprawnień odpowiadających uprawnieniom do projektowania w branży w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń (w odniesieniu do przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu. Na wcześniejszych etapach postępowania kontrolnego wskazywaliśmy, że podział uprawnień budowlanych na uprawnienia bez ograniczeń i 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. Uprawnienia A. D. zostały przyznane na podstawie przepisów wcześniejszych. W okresie wydawania decyzji o jego uprawnieniach nie występowały uprawnienia budowlane w ograniczonym lub nieograniczonym zakresie w ujęciu formalnym. O fakcie i zakresie ograniczenia uprawnień będzie decydować każdorazowo treść decyzji o nadaniu uprawnień budowlanych. NSA w wyroku z dnia 11 lutego 1998 r. (IV SA 693/96] stwierdził cyt.: „to w jakim zakresie dana osoba zachowała uprawnienia budowlane w rozumieniu przepisów art. 67 Prawa budowlanego z 1974r oraz art. 104 Prawa budowlanego z 1994r., decyduje treść orzeczenia stwierdzającego nabycie tych uprawnień" (podobnie KIO w orzeczeniu KIO/UZP 451/08), Zgodnie z art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U. z 2003 r., Nr 207, poz. 2016 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." Powyższy przepis deklaruje poszanowanie praw słusznie nabytych. Oznacza to, że uprawnienia budowlane uzyskane pod rządami poprzednio obowiązujących przepisów pozostają w mocy, a zakres ich nie ulega zmianie. Pan A. D. uprawnienia budowlane uzyskał w oparciu o przepisy ustawy z dnia 24 października 1974 r.

Prawo budowlane (Dz. U. z 1974, Nr 38, poz. 229 z późn. zm.) oraz rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. (Dz. U. z 1975 Nr 8, poz. 46). Błędym stanowiskiem jest tłumaczenie pojęcia „bez ograniczeń” przez pryzmat rozporządzenia z 1975 r., które takiego pojęcia nie zawierało. W decyzji o nadaniu uprawnień dla p. A. D. nie ma żadnych zapisów, które ograniczają mu prawo projektowania i kierowania robotami takimi jak objęte przedmiotem zamówienia 'Mając na uwadze wykładnię przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku KIO z dnia 8 lipca 2011 r. (sygn. akt. KIO 1332/11; KIO 1333/11) cyt. „Niecelowe jest hipotetyczne i teoretyczne porównywanie nadawanych niegdyś i obecnie uprawnień. Przy wszystkich różnicach terminologicznych i historycznych dotyczących ich regulacji wymaganie równości i absolutnej odpowiedniości uprawnień prowadziłyby jedynie do ograniczenia konkurencji w opisach warunków udziału w postępowaniu i w trakcie prowadzenia postępowań przez dyskryminację wykonawców dysponujących osobami zdolnymi do wykonania danego przedmiotu zamówienia, a posiadającymi uprawnienia wydane na podstawie uchylonych przepisów.” oraz dalej „Jedynym sensownym sposobem interpretacji spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego osób sprawujących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie i wymaganej w warunkach odpowiedniości uprawnień wydawanych niegdyś i obecnie, jest stwierdzenie czy uprawnienia te umożliwiają wykonywanie danych robót.” wskazujemy, że - zgodnie z powszechnymi zasadami wiedzy technicznej - A. D. posiadał uprawnienia umożliwiające wykonywanie konkretnych robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia, ze względu na ich charakter (bez ograniczeń). Zamawiający pozostaje na stanowisku, że spełniony został warunek przedstawiony w ogłoszeniu o zamówieniu.

Nasze argumenty zostały w informacji pokontrolnej skwitowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych twierdzeniem, że zamawiający mógł wymagać uprawnień w ograniczonym zakresie wówczas uprawnienia p. A. D. byłyby wystarczające. Przypominamy że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, nie kwestionował naruszenia przepisów art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przy konstrukcji warunku udziału w postępowaniu, stąd uwagę tą uznajemy za całkowicie zbędną. Dodatkowo Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w odpowiedzi na nasze argumenty wskazał tezę jednego orzeczenia KIO 23.11.2011 r. KIO 86/11 w żaden sposób nie ustosunkowując się do tez przeciwnych w przywołanych przez nas wyrokach NSA z dnia 11 lutego 1998 r. (IV SA 693/96) i KIO (KIO/UZP 451/08, KIO 1332/11; KIO 1333/11). Przytoczony przez nas wyrok Izby KIO 1332/11; KIO 1333/11 podkreśla konieczność interpretacji treści warunku przez jego związek z przedmiotem zamówienia (wynikający z ówczesnego brzmienia art. 22 ust. 4 p.z.p.). KIO w przytoczonym wyroku słusznie zauważa, że za spełniające warunek zamawiającego winny



być uznane osoby posiadające uprawnienia budowlane we wskazanym przez zamawiającego zakresie umożliwiające wykonanie prac objętych przedmiotem zamówienia. Zdaniem KIO uprawnienia wydane pod rządami aktualnie obowiązujących przepisów winny być "bez ograniczeń" w zakresie przez te przepisy określonym, natomiast uprawnienia wydane uprzednio mogą zawierać jakiegokolwiek ograniczenia występujące ówczasie w porządku prawno - administracyjnym pod warunkiem, że nie są to ograniczenia odpowiadające dokładnie ograniczeniom obecnym (kubaturowym), lub ograniczenia te nie są ograniczeniami uniemożliwiającymi posiadającej je osobie sprawowanie funkcji technicznych w budownictwie w zakresie wymaganym na danym przedmiocie zamówienia, czyli wykonywania prac, do których warunek powinien referować. Prezes UZP w wystąpieniu pokontrolnym nie odniósł się w żaden sposób do tego czy decyzja wydana wobec p. A. D. nie uprawnia go do projektowania w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Wybiórcza analiza treści orzecznictwa KIO przez Prezesa UZP jest w naszej ocenie niewystarczająca do stwierdzenia wystąpienia naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych o tak poważnym charakterze i skutkach jak w postępowaniu będącym przedmiotem kontroli.

Chcemy podkreślić, że przedmiotem sporu jest ocena, czy decyzja nadająca uprawnienia o treści „uprawnienia do pełnienia samodzielnej funkcji projektanta oraz kierowania budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej do sporządzania projektów w zakresie rozwiązań konstrukcyjno-budowlanych budynków i innych budowli - o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych i schematach technicznych" powinna być uznana za dokument potwierdzający posiadanie uprawnień odpowiadających uprawnieniom do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w świetle przedmiotu zamówienia (mocowanie konstrukcji stalowych pod kolektory na ciachach lub ścianach]. Pozwalamy sobie zauważyć, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w swoich ocenach zakresu uprawnień p. A. D. nie posłużył się wiedzą specjalistyczną w tym zakresie (brak opinii biegłego). Uważamy, że ocena zakresu uprawnień do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie jest materią niezwykle złożoną. Nie można w naszej ocenie dokonywać arbitralnych osądów decyzji zamawiającego na podstawie ocen dokonanych przez osoby nieposiadające odpowiedniej wiedzy technicznej. W załączeniu przedstawiamy pisemną opinię biegłego sądowego z zakresu prawa budowlanego i rzeczoznawcy budowlanego potwierdzającą, że uprawnienia p. A. D. odpowiadają uprawnieniom bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w odniesieniu do przedmiotu zamówienia i potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu. Jednocześnie przypominamy że informowaliśmy p. Prezesa o tym, że jednym z członków komisji przetargowej była osoba posiadająca wpis na listę członków samorządu zawodowego osób pełniących samodzielne funkcje w budownictwie, która także oceniła, że zakres posiadanych przez p. A. D. uprawnień jest

zgodny z treścią warunku udziału w postępowaniu. Poza tym przedstawiamy pismo wykonawcy wskazujące na to, że także on w podobny sposób zinterpretował zapisy ogłoszenia o zamówieniu i bez żadnych wątpliwości uznał, że uprawnienia p. A. D. odpowiadają uprawnieniom wskazanym w warunku udziału w postępowaniu, pomimo że dysponował w dacie złożenia oferty także wieloma innymi osobami posiadającymi uprawnienia do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, które mógł wskazać w wykazie osób w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu. Uważamy że stanowisko Prezesa UZP (przygotowane przez pracowników UZP, co do których nie mamy informacji o posiadaniu przez nich odpowiedniej wiedzy branżowej) jest nieprawidłowe w świetle oceny dokonanej przez członków komisji przetargowej posiadających stosowne uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie, biegłego sporządzającego opinię na potrzeby postępowania kontrolnego oraz wykonawcy, który zrealizował wiele podobnych inwestycji przy wykorzystaniu wykwalifikowanej kadry technicznej w tym p. A. D., Uważamy, że zawężające interpretowanie zapisów ogłoszenia o zamówieniu dotyczących warunku udziału w postępowaniu, prowadzące do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu stałyby w sprzeczności z zapisami art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dodatkowo uznajemy za całkowicie bezpodstawne twierdzenie Prezesa UZP o tym, że hipotetyczna nieprawidłowość polegająca na niewzwaniu wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego potencjał kadrowy mogła mieć wpływ na wynik postępowania. Oświadczenie wykonawcy Flexipower Group załączone do niniejszego pisma ewidentnie wskazuje, że nawet w sytuacji gdyby został wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających dysponowanie potencjałem kadrowym nie miałby żadnego problemu z jego uzupełnieniem, gdyż dysponował wieloma osobami posiadającymi uprawnienia zgodne z ogłoszeniem o zamówieniu. Wnioskujemy o wykreślenie tego stwierdzenia z informacji pokontrolnej, gdyż nie zostało ono i potwierdzone żadnymi argumentami, a z załączonego pisma wykonawcy wynika, że jest całkowicie bezpodstawne. „Na marginesie niezależnie od argumentów wskazanych wyżej) chcemy także zauważyć, że ocenę spełniania warunku udziału w..postępowaniu Prezes UZP oparł o decyzję o nadaniu uprawnień załączoną do oferty, tj. o dokument, którego zamawiający..nie żądał w. ogłoszeniu o zamówieniu (przepisy wówczas obowiązujące nie przewidywały możliwości jego żądania). Wykonawca złożył także - wymagane w ogłoszeniu o zamówieniu obok wykazu osób - oświadczenie o tym, że osoby wskazane w wykazie posiadają odpowiednie uprawnienia, które zgodnie z decyzją ustawodawcy ma dla zamawiającego zasadnicze znaczenie przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Informujemy że: zgodnie z przepisami § 1 ust. 1 pkt 8 obowiązującego w czasie prowadzenia postępowania rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te

dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. nr 226, poz. 1817) - w wykazie wykonawca powinien wskazać informacje dotyczące kwalifikacji, doświadczenia i wykształcenia; zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 9 obowiązującego w czasie prowadzenia postępowania rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. nr 226, poz. 1817) zamawiający może żądać oświadczenia wykonawcy o tym, że wskazane w wykazie osoby posiadają stosowne (wymagane) uprawnienia.

Ustawodawca nie pozwolił wstanie prawnym obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania zamawiającemu na szczegółowe badanie zakresu posiadanych uprawnień potencjału kadrowego za pośrednictwem innych dokumentów, zakładając w tym zakresie, że wystarczającym dla zamawiającego dowodem ma być oświadczenie wykonawcy o tym, że dana osoba uprawnienia posiada. Jest to wyraz działania ustawodawcy, które ma zapewnić łatwiejszy dostęp do zamówień publicznych wykonawcom i oprzeć ocenę przedmiotowego warunku na ich oświadczeniu (wykonawca podlega przecież odpowiedzialności karnej za składanie nieprawdziwych informacji w celu uzyskania zamówienia publicznego). Wykonawca złożył oświadczenie, że osoby wymienione w wykazie osób, które będą realizować zamówienie posiadają wymagane uprawnienia. Wniosek Prezesa UZP opiera się na konieczności wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu (wykazu osób), z którego treści wynika jednoznacznie, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. Na koniec chcielibyśmy zauważyć, że przedmiotowe postępowanie było objęte kontrolą Urzędu Kontroli Skarbowej także w zakresie prawidłowości prowadzenia postępowania w celu wyboru wykonawcy zamówienia publicznego. Kontrola nie stwierdziła żadnych nieprawidłowości, także w zakresie badania i oceny ofert (wystąpienie pokontrolne w załączeniu).

Reasumując - uważamy, że podane przez nas wyżej argumenty oraz fakt, że nasze stanowisko prezentowane podczas oceny i badania ofert (o wykazaniu przez wybranych wykonawców warunków udziału w postępowaniu) zostało potwierdzone przez biegłego sądowego oraz kontrolę Urzędu Kontroli Skarbowej uzasadniają odstąpienie od stwierdzenia naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W razie podtrzymania przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych decyzji o zasadności stwierdzonej nieprawidłowości podejmiemy wszelkie możliwe kroki prawne, aby wykazać prawidłowość naszego działania, Na uwagę zasługuje fakt, że zrealizowana przez nas inwestycja (przy udziale p. A. D., którego uprawnienia są kwestionowane przez kontrolę Urzędu Zamówień Publicznych) otrzymała nagrodę specjalną (Kryształową Cegłę) w konkursie „Dom 2016” na najlepszą inwestycję budowlaną po obu stronach wschodniej granicy UE (za wdrażanie Inwestycji przyjaznych środowisku).

Naruszenie Nr 2

Składamy zastrzeżenia w związku z dokonaniem niewłaściwej interpretacji przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przepisów art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie zgadzamy się z tezą o tym, że zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w zakresie warunku udziału w postępowaniu musiało - w okresie, kiedy toczyło się postępowanie - posiadać konkretne zapisy wskazujące na sposób transferu zasobów. Przepis art. 26 ust. 2b PZP stanowił, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany był udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Wykonawcy pozostawiona była dowolność, co do sposobu udowodnienia faktycznego "dysponowania zasobami innego podmiotu ((zwyczajowo określanego, jako „podmiot trzeci”). Art, 26 ust. 2b Pzp statuował "otwarty katalog środków dowodowych. ^Wykonawca mógł przedstawić przykładowo, w zależności od rodzaju zasobu podlegającego udostępnieniu i relacji istniejących między wykonawcą i podmiotem trzecim umowę stypizowaną w przepisach kodeksu cywilnego (umowę nazwaną), umowę nienazwaną lub oświadczenie podmiotu. Skoro przepis podawał przykładowo pisemne zobowiązanie podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, to za wystarczające, na etapie składania oferty może być uznane samo oświadczenie złożone przez podmiot udostępniający zasób. Zobowiązanie takie mogło stanowić zatem dowód jedyny, a zarazem wystarczający dla wypełnienia normy art. 26 ust. 2b Pzp, wespół z innymi złożonymi oświadczeniami i dokumentami ma umożliwić wykonawcy wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Na etapie prowadzonego postępowania nie zarysowało się jeszcze bardzo wyraźne orzecznictwo KIO wskazujące na konieczność szczegółowego określenia sposobu, transferu zasobów (orzeczenia KIO zawierały często tezy wzajemnie się wykluczające w podobnych stanach faktycznych). Myślimy, że zarówno Prezesowi UZP jak i KIO znana jest ewolucja orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Możemy przytoczyć tu bogate orzecznictwo KIO akceptujące zobowiązania o identycznej treści jak te będące przedmiotem oceny UZP cyt. „z samej normy art. 26 ust. 2b Pzp nie wynika konieczność wskazywania w treści zobowiązania essentialia negotii porozumienia między wykonawcą a podmiotem trzecim, ani też konkretyzacji ponad zakres wynikający ze zdania pierwszego art. 26 ust. 2b, udostępnianych

zasobów, sposobu korzystania z niego przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia" (vide: m.in.: wyrok KIO 162/12, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lipca 2010 r. KIO/UZP 1452/10, KIO/UZP 1453/10, KIO/UZP 1454/10 Lex Polonica nr 2367323; z dnia 10 września 2010 r. KIO 1844/10 Lex Polonica nr 2396808; z dnia 12 stycznia 2012 r. KIO 2704/11, KIO 2707/11). Odnosząc się do poglądu, co do konieczności uczestnictwa podmiotu udostępniającego swoje zasoby w wykonywaniu zamówienia KIO popierało pogląd, iż oddanie do dyspozycji przez podmiot trzeci zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, musi łączyć się co do zasady z koniecznością uczestniczenia tego podmiotu w realizacji zamówienia. Brak jest jednak podstaw prawnych do przyjęcia, że miałyby to nastąpić w charakterze podwykonawcy (tak też m.in. wyroki Izby z 6 lipca 2010 r. KIO/UZP 1245/10 LexPolonica nr 2357649; z dnia 26 lipca 2010 r. KIO/UZP 1452/10, KIO/UZP 1453/10, KIO/UZP 1454/10 LexPolonica nr 2367323; z 18 sierpnia 2010 r. KIO/UZP 1671/10 LexPolonica nr 2384964; z 10 stycznia 2011 r. KIO 2790/10 Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie Zeszyt nr 8 poz. 54; wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 lipca 2011 r. XII Ga 315/2011). W efekcie uważamy, że wykonawca wykazał w sposób dopuszczalny przez cytowane orzecznictwo KIO spełnianie warunków udziału w postępowaniu. (Nie można obciążać negatywnymi skutkami rozbieżności w orzecznictwie KIO zamawiającego. Gmina Chełm przyjęła sposób interpretacji wskazany w zacytowanych orzeczeniach KIO i uznała, że wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu. W tym miejscu przypominamy, że KIO potrafiło często traktować zmieniające się orzecznictwo, jako argument pozwalający zaakceptować działania zamawiających podejmowane w sytuacji rozbieżności orzeczniczych, (np. uchwała KIO/KD 55/14 traktująca ze zrozumieniem działania zamawiających postawionych przed problemem częstej zmiany linii orzeczniczych i interpretacyjnych dotyczących art. 26 ust. 2 b PZP). Na koniec chcemy zauważyć, że/stwierdzona hipoteczna nieprawidłowość dotyczy wykonawcy którego oferta nie była najkorzystniejsza. W obecnym stanie prawnym sytuacja podmiotowa tego wykonawcy w ogóle nie podlegałaby ocenie, przy zastosowaniu tzw. procedury odwróconej.

### Naruszenie Nr 3

Składamy zastrzeżenia w związku z dokonaniem niewłaściwej interpretacji przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przepisów art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niezgodność pomiędzy rodzajem dokumentów, jakie mieli dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wynika z omyłkowego zaznaczenia przez zamawiającego w portalu BZP przy ogłoszeniu o zamówienie opcji dotyczącej dokumentów podmiotów zagranicznych. Zgadza się generalnie z tym, że żądanie przez zamawiającego dokumentów, które nadmiernie

utrudniają lub uniemożliwiają wykonawcy udział w postępowaniu w sposób nieuzasadniony jest zachowaniem niewłaściwym. Jednak należy zwrócić uwagę na stan faktyczny będący przedmiotem oceny UZP. Wnioskujemy o uznanie tej omyłki za uchybienie o charakterze formalnym i odstąpienie od stwierdzenia naruszenia zasady generalnej wskazanej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Każdy wnioskujący logicznie wykonawca mógł ustalić na podstawie treści formularz wniosku o dopuszczenie do udziału w licytacji, że nie występuje okoliczność zobowiązująca go do składania dokumentów od podmiotów zagranicznych omyłkowo wskazanych w ogłoszeniu. Nie bez znaczenia jest bowiem fakt, że dokumentów wymaganych od wykonawców zagranicznych nie wpisano do formularzu wniosku o dopuszczenie do udziału w licytacji. Z tych względów okoliczność ta nie miała wpływu na przebieg postępowania. Omyłki przy żądaniu w ogłoszeniu o zamówieniu dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia zdarzają się często ze względu na niejasne sformułowanie zasad ich żądania przez ustawodawcę. Postępowanie nie było przedmiotem zainteresowania podmiotów mających siedzibę poza terytorium RP ze względu na wartość zamówienia. Podczas kontroli realizacji projektów UE uchybienia takie jak nasze nie są traktowane, jako naruszenie polityk wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych (jako przykład w załączeniu podajemy wyniki kontroli Władzy Wdrażającej Programy Europejskie w Ministerstwie Finansów). Uważamy, że poszczególne przepisy o zamówieniach publicznych powinny być jednolicie interpretowane przez wszystkie organy zajmujące się kontrolą postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Leży to u podstaw zaufania do organów administracji publicznej.

#### Naruszenie Nr 4

Składamy zastrzeżenia w związku z dokonaniem niewłaściwej interpretacji przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przepisów art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Solarnej S. M. załączył uwierzytelnione tłumaczenie z języka angielskiego certyfikatu Solar Keymark, wystawiony dla firmy SUNEX S.A., produkującej kolektory słoneczne. Identyczne tłumaczenie wraz z oryginałem tego samego certyfikatu przedłożył wykonawca Konsorcjum: EcoExperts s.c. Z. i FLEXIPOWER GROUP Sp. z o.o. Sp.k. Pabianice. Oceniając wniosek o dopuszczenie do udziału w licytacji firmy NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Solarnej S. M. komisja przetargowa uznała, że ma możliwość zapoznania się z dokumentem certyfikatu w języku angielskim i z jego tłumaczeniem, a zatem treść oferty była zgodna z treścią ogłoszenia o zamówieniu. Zaznaczamy, że obaj wykonawcy przedłożyli ten sam certyfikat wystawiony na tego samego producenta, którego produkty miały być przez nich wykorzystane (data wydania, adresat, układ treści, numery). Żądanie uzupełnienia oryginału certyfikatu od

jednego z wykonawców, w sytuacji gdy został on złożony w danym postępowaniu przez innego wykonawcę było w tym przypadku nieuzasadnione i byłoby przejawem nadmiernego formalizmu. Zgadzamy się z tym, że tzw. „dokumenty przedmiotowe” podlegają uzupełnieniu w trybie przepisów art. 26 ust. 3 pzp - jednak należy zauważyć, że pzp wymaga innego sposobu postępowania zamawiającego przy stosowaniu przesłanek wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu (dokumenty podmiotowe) a inaczej przy stosowaniu przesłanek odrzucenia ofert (dokumenty przedmiotowe). Zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę, gdy nie wykaże spełniania warunków lub braku podstaw wykluczenia (np. nie złoży wymaganego dokumentu podmiotowego), jednak odrzucenie oferty wymaga wykazania i udowodnienia, że jest ona niezgodna z treścią SIWZ. W opisanej sytuacji nie budziło żadnych wątpliwości zamawiającego, że treść oferty jest zgodna z ogłoszeniem o zamówieniu. Podczas prac komisji ocenialiśmy tą sytuację przez pryzmat ewentualnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia tego dokumentu i sytuacji hipotetycznego nie uzupełnienia dokumentu oryginału certyfikatu przez wykonawcę. Doszliśmy do wniosku, że przy jego nie uzupełnieniu moglibyśmy odrzucić jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp bowiem byłibyśmy w pełni przekonani o jej zgodności z treścią ogłoszenia o zamówieniu. Odrzucenie oferty za brak uzupełnienia oryginał certyfikaty byłoby w tym stanie faktycznym działaniem formalnym, bezpodstawnym i całkowicie niezgodnym z intencją ustawodawcy. Przypominamy że celem postępowania jest wybór oferty najkorzystniejszej a nie wykorzystywanie literalnej wykładni przepisów ustawy w celu odrzucenia oferty, co do której nie ma żadnych wątpliwości, że jest zgodna z treścią ogłoszenia o zamówieniu. Nie rozumiemy, na jakiej podstawie Prezes UZP twierdzi, że zamawiający nie był w stanie ocenić czy dokument złożony przez obu wykonawców jest dokumentem identycznym. Prezes UZP podczas czynności kontrolnych powinien wykazać, że nie były dwa identyczne dokumenty i na tej podstawie oprzeć zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych - czego nie uczynił i z tego powodu poddajemy w wątpliwość zasadność wniosku pokontrolnego. Nie możemy zgodzić się na formułowanie wniosków pokontrolnych w oparciu o ogólne, subiektywne i niepodparte żadnymi argumentami twierdzenia, że zamawiający nie jest w stanie ocenić identyczności obu dokumentów. Z treści wystąpienia pokontrolnego Prezesa UZP pośrednio wynika bowiem, że gdyby zamawiający wykazał w sposób zaakceptowany przez Prezesa UZP (którego niestety nie wskazał) identyczność obu dokumentów, nie stwierdzono by naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jesteśmy zatem zmuszeni potraktować stanowisko Prezesa UZP, jako wyraz nadmiernego formalizmu i nieuwzględnienia przy interpretacji art. 26 ust. 3 ustawy PZP okoliczności danego stanu faktycznego. Prosimy o informację, czy uprawnionym zachowaniem zamawiającego byłoby - przy założeniu wezwania wykonawcy do uzupełnienia tego dokumentu i jego nieuzupełnieniu przez wykonawcę - odrzucenie jego oferty na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP w opisanej sytuacji [do takich wniosków prowadzi analiza treści wystąpienia pokontrolnego w świetle skutków nieuzupełnienia dokumentu na wezwanie zamawiającego. W naszej ocenie było by to rażące naruszenie przepisów ustawy.

### **Stanowisko kontrolującego wobec wniesionych zastrzeżeń:**

W odpowiedzi na zgłoszone zastrzeżenia pismem z dnia 1 lutego 2017 r. Prezes UZP poinformował, że podtrzymuję stanowisko wyrażone w pkt 2.1. – 2.3. Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 09.01.2017 r., przekazanej przy piśmie UZP/DKUE/W3/421/103(13)/16/SD w zakresie wskazanych naruszeń przepisów ustawy oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Jednocześnie poinformowano, że Prezes UZP uwzględnił zastrzeżenia Zamawiającego odnośnie naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, polegającego na zaniechaniu wezwania wykonawcy NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Solarnej S. M. do uzupełnienia certyfikatu Solar Keymark sporządzonego w języku obcym (wskazanego w pkt 2.4 Informacji o wyniku kontroli).

Uzasadniając powyższe rozstrzygnięcie Prezes Urzędu wskazywał:

„(...) Prezes Urzędu, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy Pzp, przeprowadził kontrolę doraźną ww. postępowania, w wyniku której zostały stwierdzone następujące naruszenia ustawy Pzp oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.:

- 1) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy konsorcjum EcoExperts s.c. (lider) oraz Flexipower Group Sp. z o. o. Sp. k. do uzupełnienia wykazu kadry w zakresie osoby do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu oraz udzielenia zamówienia wykonawcy, którego wybór był niezgodny z przepisami ustawy Pzp;
- 2) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Elektro – Bud P. G. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, iż udostępnienie zasobów wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci będzie miało charakter realny w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp;
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) tiret 1 - 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów poprzez wskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu szerszego zakresu dokumentów wymaganych od wykonawców zagranicznych niż od wykonawców



posiadających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;

- 4) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Solarnej S. M. do uzupełnienia certyfikatu Solar Keymark sporządzonego w języku obcym;
- 5) art. 95 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zamieszczenie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych ponad trzy miesiące po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do naruszeń wskazanych w pkt 1 - 4 powyżej, w których stwierdził odpowiednio, co następuje.

Prezes Urzędu odnosząc się do powyższych zastrzeżeń stwierdził:

„(...) **Ad. 1).** W Informacji o wyniku kontroli wskazano, że z dokumentów załączonych do wniosku wykonawcy konsorcjum EcoExperts s.c. (lider) nie wynika, że Pan A. D. - osoba proponowana do pełnienia funkcji projektanta w specjalności konstrukcyjno - budowlanej posiada wymagane przez Zamawiającego zgodnie z pkt III.3.4 ogłoszenia o zamówieniu uprawnienia, tj. do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń.

Z treści decyzji o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie wydanej dla Pana A. D. wynika, iż ww. osoba posiada przygotowanie zawodowe do pełnienia samodzielnej funkcji projektanta oraz kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno – budowlanej:

- „do sporządzania projektów w zakresie rozwiązań konstrukcyjno – budowlanych budynków i innych budowli – o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych i schematach technicznych (...)”. Z powyższego wynika wprost, iż zakres ww. uprawnień jest ograniczony do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych. Uprawnienia budowlane dla Pana A. D. zostały wydane w dniu 16.12.1975 r. na podstawie art. 18 ust. 5 i art. 57 ust. 3 ustawy z dnia 24 października 1974 r. – Prawo budowlane oraz § 2 ust. 1 p. 2 i ust. 2 p. 2, § 5 ust. 1 p. 2 i ust. 2, § 6 ust. 3, § 7, § 13 ust. 1 p. 2 Rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20.02.1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. nr 8, poz. 46 ze zm.). Z samej decyzji wynika również, iż Pan A. D. posiada wykształcenie średnie, na co wskazuje tytuł zawodowy: technik budowlany w zakresie specjalności budownictwo ogólne. Zgodnie z § 5 ust. 2 ww. rozporządzenia, osoby ze średnim wykształceniem technicznym (jak Pan A. D.) mogą pełnić funkcje techniczne (...), wyłącznie przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością techniczno-budowlaną.

Oceniając spełnianie przez wykonawcę postawionego przez Zamawiającego wymogu posiadania uprawnień do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń przez pryzmat obowiązującego w dacie nadania uprawnień Panu A. D. rozporządzenia wskazać należy, że osobie tej nie nadano uprawnień bez ograniczeń, bowiem zawężono je do sporządzania projektów w zakresie rozwiązań konstrukcyjno – budowlanych budynków i innych budowli o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych i schematach technicznych, co przy średnim technicznym wykształceniu Pana A. D. i przytoczonym § 5 ust. 2 ww. rozporządzenia wskazuje na posiadane przez Pana A. D. uprawnień budowlanych w ograniczonym zakresie, tj. niezgodnym z literalnym brzmieniem warunku udziału w postępowaniu określonym w ogłoszeniu o zamówieniu. Ponadto zgodnie z dyspozycją art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity: Dz. U. z 2016, poz. 290), osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy, tj. przed dniem 01.01.1995 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 niedopuszczalna jest rozszerzająca interpretacja zakresu uprawnień uzyskanych przez Pana A. D. w 1975 r., a ich treść należy oceniać w odniesieniu do przepisów, na mocy których zostały nadane.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która analizując uprawnienia budowlane przyznawane na podstawie ww. rozporządzenia - interpretując użyte w decyzjach o stwierdzeniu przygotowania zawodowego – sformułowanie „o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych”, w wyroku z dnia 27.07.2015 r. sygn. akt KIO 1320/15, 1325/15, 1330/15 orzekła w sposób następujący: „(...) w zakresie niepotwierdzenia spełniania warunku z sekcji III.2.3 pkt 2.2) lit. a) i e) Ogłoszenia o zamówieniu, co do wymaganych uprawnień dla: (1) kierownika budowy - do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń; oraz (2) kierownika robót drogowych - do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej. Wskazani bowiem we wniosku kandydaci, a mianowicie p. Z. D. i p. J. P. nie posiadają w wymaganej specjalności uprawnień bez ograniczeń. Tak jak podał Odwołujący, z załączonego do wniosku dokumentu – „Stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego” z dnia 27 marca 1985 r. p. Z. D. posiada wykształcenie technika budowlanego, a jego uprawnienia obejmują specjalność konstrukcyjno-budowlaną „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.” Analogiczną treść uprawnień w specjalności drogowej

posiada p. J. P. - z dokumentu we wniosku wynika, że osoba ta posiada wykształcenie technika budowlanego oraz uprawnienia „do sporządzania projektów budowli dróg, lotniskowych dróg startowych, typowych przepustów i mostów o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych.” Tak sformułowany zakres uprawnień wydanych na podstawie 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) nie można, zdaniem Izby, interpretować inaczej aniżeli, jako uprawnienia w ograniczonym zakresie, albowiem w stanie prawnym, w którym zostały one wydane, tylko osoby z wyższym wykształceniem technicznym odpowiednim dla danej specjalności mogły uzyskać uprawnienia budowlane bez ograniczeń, natomiast osoby ze średnim wykształceniem technicznym lub z wyższym wykształceniem, pokrewnym dla danej specjalności mogły uzyskać uprawnienia jedynie w ograniczonym zakresie. Zasada ta obowiązywała zarówno na gruncie wskazanego rozporządzenia z dnia 20 lutego 1975 r., jak i rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18.05.2005 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2005 r., Nr 96, poz. 817). Izba podzieliła, w tej sprawie, pogląd wykonawcy, że uprawnienia do realizacji rozwiązań o powszechnie stosowanych rozwiązaniach konstrukcyjnych (wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów) nie są równoważne uprawnieniom w nieograniczonym zakresie, wymaganym przez Zamawiającego w tym postępowaniu. Izba zwraca także uwagę na stanowisko sądów, wskazywane przez Odwołującego, min. Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, w sprawie sygn. akt VII SA/Wa 690/09, który badając uprawnienia o treści podobnej jak zakwestionowane, stwierdził, że w ocenie sądu, jeżeli uprawnienia budowlane ograniczone są jedynie do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych, to nie obejmują całego zakresu specjalności drogowej, a więc są uprawnieniami ograniczonymi.” Podobne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza zajęła w uchwale z dnia 23.11.2011 r. sygn. akt KIO/KU/86/11 oraz wyroku z dnia 25.03.2009 r. sygn. akt KIO 293/09, 294/09.

W toku kontroli doraźnej jak również w zastrzeżeniach Zamawiający stanął na stanowisku, iż w decyzji o nadaniu uprawnień dla Pana A. D. nie ma żadnych zapisów, które ograniczają mu prawo projektowania i kierowania robotami takimi jak objęte przedmiotem zamówienia. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający do zastrzeżeń dołączył opinię biegłego z dnia 12.01.2017 r. oraz pismo wykonawcy z dnia 11.01.2017 r. Z powyższą argumentacją Zamawiającego, jak również z opinią biegłego nie można się zgodzić. Na wstępie należy zauważyć, iż uprawnienia nadaje, a zatem określa ich treść Okręgowa Izba Inżynierów Budownictwa. W przypadku powstania wątpliwości dotyczących treści posiadanej decyzji o nadaniu uprawnień budowlanych lub stwierdzenia posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, organem

właściwym do udzielenia interpretacji jest okręgowa komisja kwalifikacyjna właściwej miejscowo Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa. Tym samym opinie wyrażane przez biegłych powoływanych przez zamawiających na potrzeby konkretnego postępowania kontrolnego nie mogą stanowić interpretacji wiążącej dla Prezesa Urzędu. Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że opinia biegłego, na którą powołuje się Zamawiający opiera się na ustaleniu, że decyzja o nadaniu uprawnień budowlanych dla Pana A. D. nie zawiera żadnych zapisów, które ograniczają wskazanej osobie prawo do projektowania i kierowania robotami takimi jak objęte przedmiotem zamówienia. Z powyższego biegły wywodzi, że są to uprawnienia bez ograniczeń w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Wskazana teza opiera się na szerszym wywodzie biegłego, który dokonuje oceny zakresu uprawnień przedstawionych dla Pana A. D. z konkretnym przedmiotem zamówienia. Tymczasem opis warunku udziału w postępowaniu wprowadzony przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu wskazywał na wymóg posiadania konkretnych uprawnień budowlanych i zmiana tego wymogu – jak wskazano poniżej – na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji jest nieuprawniona. Tym samym zatem opinia biegłego nie odnosi się do oceny formalno – prawnej adekwatności uprawnień budowlanych projektanta w specjalności konstrukcyjno – budowlanej zgodnie z treścią decyzji administracyjnej wydanej 16.12.1975 r. w oparciu o przepisy ustawy z dnia 24.10.1974 r. Prawo budowlane i Rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20.02.1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w stosunku do wymaganych w niniejszym postępowaniu uprawnień budowlanych w specjalności konstrukcyjno – budowlanej bez ograniczeń wydanych w oparciu o przepisy ustawy Prawo Budowlane z dnia 7 lipca 1994 r. (t. j. Dz. U. z 2013 r. poz. 1409 ze zm.) i Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2014 r. poz. 1278).

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający wymagał posiadania przez osobę, która będzie pełnić funkcję projektanta legitymowania się uprawnieniami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń. Należy podkreślić, że to Zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań, uwzględniając wszelkie istotne informacje, w tym specyfikę zamówienia objętego prowadzonym postępowaniem. Wskazane warunki oraz wymagania są wiążące dla Zamawiającego i wykonawców w toku postępowania i tylko wobec jasno sprecyzowanych warunków i wymagań wprost wyrażonych w ogłoszeniu o zamówieniu można dokonać prawidłowej oceny ich spełniania. Oznacza to, że Zamawiający miał obowiązek zweryfikować wykonawców pod kątem spełniania opisanego przez siebie warunku. Zamawiający nie jest uprawniony do interpretowania postawionych przez siebie warunków na etapie złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji elektronicznej i odpowiednie dostosowanie przyjętej interpretacji względem

konkretnego wykonawcy. Podkreślić należy, iż dla stwierdzenia naruszenia bez znaczenia pozostaje ocena, czy uprawnienia Pana A. D. były wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia. Istotne natomiast jest, że uprawnienia przedłożone przez wykonawcę Konsorcjum EcoExperts s.c. (lider) wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w licytacji nie odpowiadały wymaganiom Zamawiającego opisanym w ogłoszeniu o zamówieniu kierowanym na równych zasadach do nieograniczonego kręgu wykonawców. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17.02.2011 r. (sygn. akt KIO 254/11): „(...) Na tym etapie bowiem nie można oceniać złożonych uprawnień w kontekście przedmiotu zamówienia - granice badania określa zakres wymagań opisanych przez Zamawiającego w ogłoszeniu i SIWZ, choćby na tym etapie okazało się, że były to wymogi wygórowane. Zaakceptowanie przeciwnego stanowiska oznaczałoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.” Podobne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza zajęła w wyroku z dnia 25.03.2009 r. (sygn. akt KIO 293/09, 294/09), w którym stwierdziła, iż „(...) Na etapie oceny ofert, pod kątem spełnienia wymogów formalnych (ocena podmiotowa), Zamawiający nie ma możliwości zmiany, czy też korygowania na korzyść wykonawcy postawionych wcześniej warunków udziału w postępowaniu. Taka zmiana jest niedopuszczalna. „Dopasowywanie” warunków udziału w postępowaniu do dokumentów, jakie złoży wykonawca, na potwierdzenie ich spełniania stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zwłaszcza naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (...). Takie zachowanie prowadzi bowiem do sytuacji, gdy wykonawca, który zamierza wziąć udział w danym postępowaniu stwierdza, zapoznając się z warunkami udziału w postępowaniu, że nie jest ich w stanie spełnić - wobec czego nie składa oferty, po czym Zamawiający na etapie oceny ofert „łagodzi” jeden z warunków, który akurat po tej modyfikacji wykonawca mógłby spełnić i mógłby złożyć ważną ofertę, być może zwycięską. Dlatego też Izba uznała działanie Zamawiającego za niedopuszczalne w myśl obowiązujących przepisów. (...)”. W związku z powyższym, twierdzenia Zamawiającego o wystarczalności ww. uprawnień do wykonania przedmiotu zamówienia nie są trafnym argumentem obalającym zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Akceptacja stanowiska Zamawiającego prowadziłaby de facto do zróżnicowania sytuacji podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Ponadto nie sposób zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, iż Ustawodawca nie pozwolił mu w stanie prawnym obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania na szczegółowe badanie zakresu uprawnień posiadanych przez osoby stanowiące potencjał kadrowy za pośrednictwem innych dokumentów niż określone w rozporządzeniu w sprawie dokumentów. Istotnie zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu jedynymi dokumentami obligatoryjnymi dołączonymi do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, potwierdzającymi spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału

kadrowego były dokumenty wskazane w § 1 ust. 1 pkt 7 i 8 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Takim dokumentem niewątpliwie było oświadczenie wykonawcy o posiadanych przez określoną osobę uprawnieniach. Tym samym wykonawcy nie byli zobligowani do przedstawienia innych dokumentów w powyższym zakresie, tj. np. decyzji o przyznaniu uprawnień osób wskazanych do pełnienia określonych funkcji. Jednak w sytuacji, gdy takie dowody zostały przez wykonawcę dołączone z własnej inicjatywy, Zamawiający oceniając złożone przez wykonawcę oświadczenie co do posiadanych przez konkretną osobę uprawnień nie może zaniechać badania spełnienia warunku w zakresie objętym dodatkowym dokumentem dołączonym przez wykonawcę, a odnoszącym się do wymaganych uprawnień. Dodatkowo w niniejszej sprawie nie sposób pominąć okoliczności, iż z treści wykazu osób nie sposób wywieść, iż Pan A. D. posiada wymagane przez Zamawiającego uprawnienia. Tym samym w przedmiotowej sprawie samo złożenie przez wykonawcę dokumentu uprawnień stanowiło de facto jego oświadczenie o posiadaniu przez Pana A. D. konkretnych uprawnień budowlanych. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27.07.2015 r. (sygn. akt KIO 1320/15, 1325/15, 1330/15): „(...) Izba stwierdza również, że opisu sposobu spełnienia warunku nie można dokonywać tylko w oparciu o dane z Wykazu i oświadczenia z art. 22 ustawy Pzp oraz oświadczenia, że osoby wskazane posiadają wymagane uprawnienia w sytuacji, gdy wykonawca przedkłada do wniosku dokumenty przeczące wymaganiom warunku. Izba nie zgodziła się z twierdzeniami Zamawiającego, że nie mógł badać dokumentów, które zostały załączone do wniosku, a których nie wymagał od wykonawców, bo wówczas naruszyłby zasadę równego traktowania, albowiem to wykonawca dla potwierdzenia warunku dobrowolnie - z jemu znanych powodów - taki dokument załączył, który przeczył oświadczeniu wykonawcy, co do spełniania w całości warunków z art. 22 ust.1 ustawy Pzp, w tej sprawie, co do punktu 3 tego przepisu. (...)”.

Odnosząc się natomiast do treści pisma wykonawcy z dnia 11.01.2017 r. zauważyć należy, iż Zamawiający w toku postępowania nie podjął żadnych czynności zmierzających do wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu kadry o osobę, która posiada uprawnienia wymagane przez Zamawiającego. Tym samym na obecnym etapie (tj. po zawarciu umowy, a nawet po zakończeniu realizacji inwestycji) nie można ocenić, iż ww. wykonawca na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji rzeczywiście dysponował osobami spełniającymi wymagania Zamawiającego opisane w ogłoszeniu o zamówieniu i uzupełniłby dokumenty na wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym terminie. Stwierdzić należy, że postępowanie kontrolne prowadzone przez Prezesa Urzędu ma charakter formalny i Prezes Urzędu dokonuje oceny zgodności czynności Zamawiającego dokonywanych w konkretnych okolicznościach faktycznych, w określonym czasie z przepisami ustawy Pzp i aktami wykonawczymi wydanymi na jej podstawie. Kontrola ta odbywa się w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie w oparciu o

ewentualne domniemanie określonych zachowań wykonawcy w sytuacji, gdyby Zamawiający nie dopuścił się określonego rodzaju naruszeń.

Odnosząc się natomiast do wyniku audytu gospodarowania środkami pochodzącymi z budżetu Unii Europejskiej w zakresie projektu „Wykorzystanie odnawialnych źródeł energii szansą na poprawę jakości środowiska naturalnego w Gminie Chełm”, przeprowadzonego przez Urząd Kontroli Skarbowej, który Zamawiający załączył do przedmiotowych zastrzeżeń, w ślad za Informacją o wyniku kontroli wskazać należy, iż Prezes Urzędu jako centralny organ właściwy w sprawach zamówień publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z ustawą Prawo zamówień publicznych. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa. Tym samym wszelkie ustalenia i wnioski zawarte w wynikach kontroli innych instytucji nie są wiążące dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Dokonując zatem 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 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 Zamawiający naruszył nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i naruszył jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień.

**Ad. 2).** W odniesieniu do zastrzeżeń Zamawiającego odnośnie naruszenia wymienionego w pkt 2.2 Informacji o wyniku kontroli, należy ponownie wskazać na treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Zatem zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, że będzie dysponował udostępnionymi mu przez podmiot trzeci zasobami. Udowodnienie określonych faktów jest pojęciem szerszym niż oświadczenie co do istnienia tych faktów i polega na wykazaniu, że określone zasoby zostaną wykonawcy faktycznie udostępnione na etapie realizacji zamówienia. Przy czym, aby zamawiający mógł ocenić, czy udostępnione zasoby zapewnią należyte wykonanie zamówienia przez wykonawcę, który samodzielnie nie spełnia warunków

udziału w postępowaniu, podmiot trzeci w zobowiązaniu musi wskazać konkretny zakres i sposób udostępnienia tych zasobów.

Jak już zostało podkreślone w Informacji o wyniku kontroli, z treści zobowiązania podmiotu, na którego zasobach polegał wykonawca Elektro – Bud P. G., nie wynika zakres udostępnionych wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego oraz sposób wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia. Ww. elementy powinny wynikać ze zobowiązania podmiotu, na którego zasoby powołuje się wykonawca lub z innych dokumentów potwierdzających takie zobowiązanie. Jak wskazano w Informacji o wyniku kontroli, żaden z dokumentów dołączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w licytacji nie określał charakteru udziału podmiotu trzeciego, w szczególności ze złożonych dokumentów nie wynikało, że podmiot trzeci będzie w ogóle uczestniczył w realizacji zamówienia. Z powyższego należy wywodzić, iż całokształt dokumentów wskazuje na brak realnego udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego.

Twierdzenie Zamawiającego, że ww. wykonawca wykazał w sposób dopuszczalny spełnienie warunków udziału w postępowaniu, bowiem Zamawiający opierał się na analizie rozbieżności orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i zastosował się do jednego z pojawiających się poglądów w zakresie zobowiązań podmiotów trzecich, nie prowadzi do uznania trafności jego stanowiska. Należy przy tym zaznaczyć, że konieczność wykazania realnego korzystania z zasobów podmiotu trzeciego, w tym pełnienia przez podmiot trzeci funkcji podwykonawcy wynika ze stanowiska Prezesa Urzędu i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, istniejących także w momencie wszczęcia niniejszego postępowania. Powyższe stanowisko potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. wyrok KIO z dnia 12.06.2013 r. (sygn. akt KIO 1247/13), gdzie skład orzekający wskazał, iż „wymagane w art. 26 ust. 2b ustawy udowodnienie udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci winno służyć wykazaniu realności takiego udostępnienia, tj. udowodnieniu faktu, iż przez cały okres realizacji zamówienia wykonawca będzie udostępnionym potencjałem i zasobami rzeczywiście dysponował i mógł je wykorzystać (fakt, czy wykonawca zobowiązany będzie owe zasoby koniecznie w trakcie realizacji zamówienia wykorzystać pozostaje odrębnym zagadnieniem wykraczającym poza ramy rozpatrywanej tu kwestii). Powyższe wykonawca może wykazać Zamawiającemu przy użyciu dowolnych środków dowodowych, w tym przy pomocy wskazanego przykładowo w treści ww. przepisu („w szczególności”) pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego. Wykonawca winien więc dowodzić wszelkich okoliczności świadczących o tym, iż sam fakt udostępnienia miał miejsce, a także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. Tym samym wykazywane w takim przypadku winny



być np.: zakres, sposób, warunki/charakter czy inne możliwości i podstawy takiego udostępnienia. Zwłaszcza w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, przyjąć można, iż niemożliwe jest uznanie realności takiego udostępnienia bez zagwarantowania jakiejś formy udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia (ocena czy ewentualnie winna być wymagana i egzekwowana niejako kwalifikowana forma takiego udziału jaką jest podwykonawstwo – rozumiane jako oddanie do wykonania całości czy części zamówienia przez wykonawcę innemu podmiotowi – zależy od oceny konkretnych okoliczności faktycznych danej sprawy, głównie specyfiki zamówienia i udostępnianych zasobów). Powyższe nie wynika wcale z mających rzekomo wynikać bezpośrednio z ustawy konkretnych zobowiązań cywilnoprawnych, ale z samej istoty dzielenia się wiedzą i doświadczeniem – doświadczeniem nie można podzielić się tylko w sferze abstrakcyjnego zobowiązania bez jego zastosowania w praktyce. Bez zagwarantowania stosownych form zaangażowania przy realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający w tym zakresie swój potencjał, możliwość dysponowania wiedzą i doświadczeniem, w większości przypadków należało będzie uznać za iluzoryczną i fikcyjną, a więc sprowadzającą się jedynie do „dysponowania referencjami” danego podmiotu”. Podobne stanowisko zostało przedstawione w uchwale KIO z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt KIO/KU 65/14).

Jak wynika z powyższego, przy udostępnieniu potencjału podmiotu trzeciego, w szczególności w zakresie wiedzy i doświadczenia, niezwykle istotne jest wykazanie zamawiającemu realności udostępnienia tego potencjału w taki sposób, aby mógł on być faktycznie wykorzystany przy realizacji zamówienia. Obowiązek wykazania powyższego spoczywa na wykonawcy, który po wyborze jego oferty będzie odpowiadał za realizację zamówienia. Należy także podkreślić, że korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego stanowi wyjątek od zasady, zgodnie z którą to wykonawca ma wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu i należycie wykonać zamówienie. Korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego ma więc miejsce w sytuacji, w której wykonawca samodzielnie opisanych przez zamawiającego warunków nie spełnia i tym samym nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia. Aby zamówienie to mogło być jednak wykonane należyście, wykonawca musi korzystać realnie z zasobów podmiotu trzeciego, co w przypadku zamówienia na roboty budowlane powinno polegać na udziale podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w roli podwykonawcy. Tylko taki bowiem udział podmiotu trzeciego zapewnia rzeczywiste udostępnienie wiedzy i doświadczenia wykonawcy, który sam ich nie posiada.

Z powyższego wynika, że na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia zamawiającemu, że dysponuje zasobami podmiotu trzeciego w sposób realny, co w przypadku warunku wiedzy i doświadczenia sprowadza się do wykazania, że podmiot trzeci używający tych zasobów będzie podwykonawcą w trakcie realizacji zamówienia w zakresie

robót, których warunków wiedzy i doświadczenia dotyczy. Jako sposób wykazania powyższego ustawa Pzp wymienia w szczególności zobowiązanie podmiotu trzeciego, w którym w związku z tym musi być zawarta konkretna informacja, co i w jakim zakresie podmiot trzeci będzie robił w trakcie realizacji zamówienia w celu przekazania wykonawcy wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji – w celu należytego wykonania tego zamówienia. Zobowiązanie podmiotu trzeciego jest jednak tylko przykładowym dokumentem, który może udowadniać realne udostępnienie zasobów, gdyż informacja ta może także wynikać z innych oświadczeń bądź dokumentów.

W niniejszej sprawie zobowiązanie podmiotu trzeciego nie zawiera żadnych szczegółowych informacji co do rodzaju i zakresu udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, jak też z żadnych innych dokumentów dołączonych do wniosku nie wynika, aby podmiot trzeci miał pełnić rolę podwykonawcy w realizacji przedmiotowego zamówienia.

Warto podkreślić, że powoływanie się przez Zamawiającego na rozbieżności orzecznictwa w tym temacie, zwłaszcza w odniesieniu do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w 2015 r., jest nieuzasadnione. Przepisami Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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), mającymi zastosowanie do przedmiotowego zamówienia, w szczególności sposób zwrócono uwagę na aspekt badania przez Zamawiającego realności dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego. Na powyższe wskazuje regulacja § 1 ust. 6 pkt 2 przywołanego rozporządzenia. Na wskazaną zmianę w obowiązujących przepisach prawa od 2013 r. zwróciło również uwagę orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej ujednolicając w tym zakresie linię orzeczniczą dotyczącą interpretacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do argumentu Zamawiającego, iż „hipotetyczna nieprawidłowość dotyczy wykonawcy, którego oferta nie była najkorzystniejsza”, wskazać należy, iż nie wpływa on na ocenę stwierdzonego przez Prezesa Urzędu naruszenia przepisów ustawy Pzp. Jak wskazano powyżej kontrola Prezesa Urzędu ma charakter formalny i legalny – opiera się na stwierdzeniu naruszeń przepisów ustawy Pzp – niezależnie od tego, czy naruszenie ma wpływ na wynik postępowania, czy też nie ma takiego wpływu. W Informacji o wyniku kontroli w odniesieniu do wskazanego naruszenia poinformowano jednocześnie Zamawiającego o braku wpływu wskazanego naruszenia na wynik postępowania, co wynika z okoliczności, że naruszenie dotyczy niewłaściwej oceny przez Zamawiającego spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wykonawcy Elektro – Bud P. G., którego oferta nie została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Takie ustalenie kontrolne może mieć znaczenie dla ewentualnych dalszych skutków kontroli Prezesa Urzędu – w przypadku takiego naruszenia łagodniejszym

np. dla oceny ważności umowy w sprawie zamówienia publicznego. Obowiązkiem Prezesa Urzędu jest zwrócenie uwagi Zamawiającego na powstałe naruszenie choćby ze względu na to, by w przyszłych postępowaniach Zamawiający tego typu uchybień mógł uniknąć. Ponadto kontrola Prezesa Urzędu prowadzona jest w oparciu o przepisy obowiązujące w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia, tym samym argument Zamawiającego, iż „w obecnym stanie prawnym sytuacja podmiotowa tego wykonawcy w ogóle nie podlegałaby ocenie, przy zastosowaniu tzw. procedury odwróconej”, uznać należy za bezzasadny.

W konsekwencji podtrzymuję stanowisko odnośnie naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do ww. wniosku o dopuszczenie do udziału w licytacji.

**Ad. 3).** Odnosząc się do zastrzeżeń wniesionych wobec trzeciego naruszenia stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej należy zauważyć, że zawarty w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wymóg równego traktowania wykonawców oznacza konieczność stawiania wszystkim potencjalnym uczestnikom postępowania takich samych warunków udziału w postępowaniu oraz ocenę spełniania stawianych warunków według tych samych wcześniej upublicznionych zasad. Żądanie więc przez Zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu (sekcja III.4.3), aby wykonawcy mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, tzw. „podmioty zagraniczne”, złożyli dokumenty wskazane w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) tiret 1 – 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, przy jednoczesnym braku żądania odpowiedników tych dokumentów od wykonawców krajowych (czyli dokumentów wymienionych w § 3 ust. 1 pkt 2 – 4 oraz 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów), stanowi o nierównym traktowaniu wykonawców, ze względu na ich siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Argument Zamawiającego, zgodnie z którym wykonawca mógł ustalić na podstawie treści formularza wniosku o dopuszczenie do udziału w licytacji, że nie występuje okoliczność zobowiązująca go do składania dokumentów od podmiotów zagranicznych omyłkowo wskazanych w ogłoszeniu, nie ma żadnego wpływu na stwierdzenie, że Zamawiający z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców, żądając od „podmiotów zagranicznych” aktualnych dokumentów określonych w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) tiret 1 – 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, ma obowiązek żądać analogicznych dokumentów również od wykonawców krajowych. Zauważyć należy, iż w trybie licytacji elektronicznej ogłoszenie o zamówieniu stanowi w zasadzie jedyny dokument (z uwagi na brak SIWZ), z którego wykonawcy czerpią niezbędne informacje umożliwiające im wzięcie udziału w postępowaniu. Ogłoszenie o zamówieniu ma za zadanie poinformować

potencjalnych wykonawców o tym, co jest przedmiotem zamówienia publicznego i jakie są możliwości ubiegania się o jego udzielenie, w tym, jakie dokumenty winni złożyć wykonawcy w postępowaniu (art. 75 ust. 2 pkt 10 ustawy Pzp). Tym samym istotne jest, aby informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu nie budziły wątpliwości wykonawców, którzy ewentualną decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu opierają jedynie na ww. dokumencie.

Odnosząc się natomiast do pisma Władzy Wdrażającej Programy Europejskie z dnia 17.10.2014 r., które Zamawiający załączył do przedmiotowych zastrzeżeń należy zauważyć, jak już zostało wskazane w Ad. 1). przedmiotowego pisma, że wszelkie ustalenia i wnioski zawarte w wynikach kontroli innych instytucji nie są wiążące dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który podejmuje czynności kontrolne w oparciu o obowiązujące przepisy prawa, niezależnie od innych organów kontrolnych. Na marginesie należy zauważyć, że ustalenia Władzy Wdrażającej dotyczą innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez innego Zamawiającego, a co najistotniejsze dokonują oceny konkretnego naruszenia w kontekście braku konieczności nałożenia korekt finansowych i uznania niekwalifikowalności wydatków z budżetu UE w konkretnych okolicznościach faktycznych.

W konsekwencji stwierdzić należy, że Zamawiający żądając w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego szerszego zakresu dokumentów od podmiotów zagranicznych niż od wykonawców posiadających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) tiret 1 – 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów”.

Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 Pzp, w zw. Z art. 167 ust. 1 Pzp związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń do wyniku kontroli uprzedniej, Prezes Urzędu przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

**Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze zgromadzoną dokumentacją oceniając zastrzeżenie kontrolowanego w odniesieniu do wskazanych naruszeń wykazywanych w informacji o wynikach kontroli doraźnej następczej Prezesa UZP ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie przedłożonej dokumentacji postępowania, m. in. Protokołu kontroli

i Informacji o wyniku kontroli, Izba stwierdziła, iż w trakcie kontroli właściwie zrekonstruowano i przedstawiono stan faktyczny sprawy – ustalenia kontrolujących w tym zakresie Izba przyjmuje za własne.

W zakresie naruszeń stwierdzonych w rozdz. 2 pkt 1 Informacji o wyniku kontroli, zastrzeżenia Zamawiającego uznano za zasadne.

W rozpatrywanym przypadku, w pkt III.3.4 ogłoszenia o zamówieniu, w celu weryfikacji potencjału niezbędnego do wykonania zamówienia, wymagano od wykonawców m.in. wskazania osoby posiadającej uprawnienia do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń. Wybrany wykonawca przedstawił p. A. D., legitymującego się uprawnieniami budowlanymi wydanymi na podstawie art. 18 ust. 5 i art. 57 ust. 3 ustawy z dnia 24 października 1974 r. – prawo budowlane oraz § 2 ust. 1 p. 2 i ust. 2 p. 2, § 5 ust. 1 p.2 i ust. 2, § 6 ust. 3, § 7, § 13 ust. 1 p.2 rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20.02.1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. nr 8, poz. 46 ze zm.). W świetle rzeczonych uprawnień, wyżej wymieniony posiada przygotowanie zawodowe do pełnienia samodzielnej funkcji projektanta oraz kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno - budowlanej uprawniające go do sporządzania projektów w zakresie rozwiązań konstrukcyjno - budowlanych budynków i innych budowli – o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych i schematach technicznych.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych dokonując subsumpcji przedstawionych uprawnień budowlanych do treści warunku udziału w postępowaniu sformułowanego w SIWZ, stwierdził, iż uprawnienia te nie mogą być uznane za wypełniające postawione wymagania. Zamawiający wymagał uprawnień „bez ograniczeń”. Uprawnienia przedstawione przez Wykonawcę są uprawnieniami „z ograniczeniami” ponieważ uprawniają jedynie do projektowania budynków i budowli o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych. Tym samym ze względu na tak zdefiniowany zakres uprawnień przedstawionych przez Wykonawcę, Prezes UZP zakwalifikował je jako uprawnienia „z ograniczeniami”, wykluczające się na zasadzie sprzeczności z uprawnieniami „bez ograniczeń”, które opisał Zamawiający.

Przy czym podkreślenia wymaga tu okoliczność, iż zarzuty Prezesa UZP zasadzały się w tym przypadku na samym podnoszeniu sprzeczności treści uprawnień p. A. D. z treścią warunku udziału w postępowaniu sformułowanym w SIWZ. Natomiast w wynikach kontroli i odpowiedzi na zastrzeżenia do wyniku kontroli, nie kwestionowano stanowiska Zamawiającego, że uprawnienia tego typu umożliwiały i umożliwiają wykonywanie zastanego

przedmiotu zamówienia zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami budowlanymi. Okoliczność tego typu należy więc właściwie uznać za przyznaną przez Kontrolę, a jedynie, w jej ocenie, za irrelevantną przy ocenie spełniania warunku.

Na wstępie rozważań dotyczących oceny spełniania warunków dokonanych w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia oraz postępowania kontrolnego, Izba ogólnie wskazuje, iż w świetle przepisów ustawy, warunki udziału w postępowaniu stawiane oraz oceniane są w dwóch podstawowych, dialektycznie powiązanych, aspektach: (1) celu ich stawiania, polegającego na zwiększeniu prawdopodobieństwa prawidłowego wykonania zamówienia przez ograniczenie dostępu do zamówienia jedynie dla wykonawców podmiotowo wiarygodnych i zdolnych do wykonania zamówienia oraz (2) zachowania jak najszerszej konkurencji w postępowaniu polegającego na zakazie nadmiernego ograniczania kręgu wykonawców dopuszczonych do zamówienia, a zdolnych do jego wykonania.

Postawione przez zamawiającego w dokumencie przetargowym warunki udziału w postępowaniu winny więc być interpretowane przez pryzmat powyższych postulatów – zarówno dopuszczenia do zamówienia wykonawców zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia, jak i rozszerzania konkurencji w postępowaniu. Przy czym powyższe nie przekreśla prymatu językowej (logicznej) wykładni treści dokumentów przetargowej, która gwarantuje pewność i przejrzystość prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia oraz jest warunkiem *sine qua non* zachowania zasady równego traktowania wykonawców.

Przy czym Izba podkreśla, że wszelkie logiczne zabiegi interpretacyjne na tekście normatywnym, jakim niewątpliwie jest treści dokumentu przetargowego, winny uwzględniać wskazane postulaty celowościowe, a nie być dokonywane w sposób od nich oderwany i abstrakcyjny. Zwłaszcza biorąc pod uwagę notoryjny fakt, że przeważnie możliwa jest różna logiczna interpretacja zmiennych językowych w trakcie transpozycji tekstu interpretowanego (wyrażanego w języku potocznym) w ściśle wyrażenie sformalizowane. Innymi słowy: zazwyczaj formalizacje tekstów prawnych, które dawałyby pewne rezultaty logiczne, są po prostu niemożliwe, m.in. ze względu na brak pewności do co do logicznej interpretacji zmiennych wyrażonych w języku naturalnym. Stąd wynika m.in. waga i znaczenie innych metod wykładni odwołujących się do celu i kontekstu interpretowanych tekstów normatywnych.

Odnosząc powyższe uwagi ogólne do interpretacji zastanych postanowień ogłoszenia o zamówieniu, w których wymagano uprawnień do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, Izba stwierdza, co następuje.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 18 lutego 2015 r. Tym samym treść interpretowanych dokumentów przetargowych, a zwłaszcza warunków dotyczących uprawnień budowlanych, formułowano pod rządami obowiązujących aktualnie przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (Dz. U. z 2013 r. poz. 1409 ze zm.) oraz rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2014 r. poz. 1278). I właśnie przepisy tych aktów prawnych regulują materię uprawnień budowlanych oraz są normatywnym punktem odniesienia dla interpretacji treści uprawnień oraz warunków, które ich dotyczą.

W myśl zawartej w art. 16 Prawa budowlanego delegacji ustawowej, zakres uprawnień budowlanych i jego ograniczenia określono przepisami rozporządzenia z 11 września 2014 r.

Zgodnie z § 12 ust. 1 ww. rozporządzenia z uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń uprawniają do projektowania konstrukcji obiektu lub kierowania robotami budowlanymi w odniesieniu do konstrukcji oraz architektury obiektu.

W § 12 ust. 2 wskazano, iż uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w ograniczonym zakresie uprawniają do projektowania konstrukcji obiektu lub kierowania robotami budowlanymi w odniesieniu do konstrukcji obiektu, o kubaturze do 1000 m<sup>3</sup> oraz:

- 1) o wysokości do 12 m nad poziomem terenu, do 3 kondygnacji nadziemnych i o wysokości kondygnacji do 4,8 m;
- 2) posadowionego na głębokości do 3 m poniżej poziomu terenu, bezpośrednio na stabilnym gruncie nośnym;
- 3) przy rozpiętości elementów konstrukcyjnych do 6 m i wysięgu wsporników do 2 m;
- 4) niezawierającego elementów wstępnie sprężanych na budowie;
- 5) niewymagającego uwzględniania wpływu eksploatacji górniczej.

Tym samym uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w ograniczonym zakresie, uprawniają do projektowania konstrukcji obiektów opisanych w § 12 ust. 2 rozporządzenia, a uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń uprawniają do projektowania konstrukcji obiektów bez rzeczowych ograniczeń opisanych w przepisach w odniesieniu do uprawnień w ograniczonym zakresie. Innymi słowy: przepisy prawa określają i definiują obecnie tylko dwa rodzaje uprawnień w ww. specjalności: uprawnienia w ograniczonym zakresie i uprawnienia bez ograniczeń.

W ocenie Izby sformułowania dokumentów przetargowych ustanawiających warunki

udziału w postępowaniu odnoszące się do zagadnień ściśle regulowanych przepisami prawa oraz posługujące się terminologią wprost zaczerpniętą z tych przepisów, należy odczytywać w taki sposób jakim posłużył się nimi ustawodawca, a nie projektować dla nich jakieś inne znaczenie. We wskazanych przepisach zdefiniowano znaczenie pojęć „uprawnienia bez ograniczeń” i „uprawnienia w ograniczonym zakresie”. Definicje te są wzajemnie powiązane oraz razem wyczerpują całość rodzajów uprawnień budowlanych nadawanych pod rządami ww. przepisów. Jako specyficzne definicje legalne określające zakres danych typów uprawnień, nie odnoszą się do żadnych innych uprawnień, które występowały i występują w obrocie, wydawanych na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów. Aktualne uprawnienia bez ograniczeń i z ograniczeniami, nie są ani tymi samymi, ani takimi samymi, uprawnieniami, jak uprawnienia wydawane niegdyś. Również uprzednie i aktualne ograniczenia uprawnień, to nie te same ograniczenia, ale różne instytucje prawne.

Stanowisko Izby sprowadza się w tym zakresie do konkluzji, że Zamawiający nie referował w ogłoszeniu o zamówieniu do jakichkolwiek ograniczeń uprawnień lub ich braku, ale do ograniczeń wynikających z aktualnie obowiązujących przepisów.

W przypadku, gdy Zamawiający chciałby przyjąć jakieś inne znaczenie terminów odnoszących się do danej instytucji prawnej, niż zastane w obowiązujących w tym zakresie przepisach, to winien to wyraźnie zastrzec i zdefiniować powyższe w swoim dokumencie przetargowym. W rozpatrywanym przypadku Zamawiający nic takiego nie uczynił, należy więc trzymać się znaczenia prawnego danych pojęć i przyjmować, że w tym znaczeniu Zamawiający się nimi posługiwał.

Jak już wskazano, przy zdefiniowanych legalnie pojęciach uprawnień z ograniczeniami i bez ograniczeń, którymi posługiwało się przedmiotowe ogłoszenie o zamówieniu, nie można nadawać im projektująco innego, zwłaszcza rozszerzającego znaczenia. Właśnie rozszerzającym rozumieniem pojęcia jest w tym przypadku przypisywanie użytemu w SIWZ terminowi „bez ograniczeń” zamiast znaczenia ustawowego, treści, którą można zrekonstruować następująco: „bez jakichkolwiek i występujących kiedykolwiek, formalnych lub faktycznych ograniczeń” – gdy pojęcie ograniczeń lub ich braku jest zdefiniowane w aktualnie obowiązujących przepisach i odnosi się do ściśle określonych instytucji prawnych. W szczególności nieuprawnione jest rozszerzanie tego pojęcia na instytucje, które nie posługują się nawet takim terminem, i przesądzenie, że delimitacyjne określenia zakresów uprawnień stosowane w uprzednio obowiązujących przepisach, mają „charakter” ograniczeń, o których mowa w SIWZ.

Izba jeszcze raz podkreśla, że w przedmiotowej SIWZ, interpretowanej przez logiczne podstawienie pod użyte terminy/zmienne ich prawnego znaczenia, wykluczono ograniczenia uprawnień, o których mowa w § 12 ust. 2 ww. rozporządzenia, a nie jakiegokolwiek ograniczenia uprawnień definiowane w uprzednio obowiązujących przepisach, a tym bardziej



inne stosowane uprzednio sposoby określania zakresu uprawnień, które kwalifikowane są jako mające charakter ograniczeń. Tym samym również określenie, iż p. A. D. posiada uprawnienia do sporządzania projektów w zakresie rozwiązań konstrukcyjno – budowlanych budynków i innych budowli – o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych i schematach technicznych, nie jest ograniczeniem uprawnień, którego zakazuje Zamawiający (*a contrario* do „bez ograniczeń”, o których mowa w powoływanych przepisach i treści ogłoszenia).

Tego typu interpretacja ocenianego warunku udziału w postępowaniu, abstrahująca od prawnego znaczenia pojęcia „bez ograniczeń”, którym Zamawiający się posługiwał, jest więc nieprawidłowa logicznie. Ponadto prowadzi do znacznego ograniczenia konkurencji w postępowaniu przez eliminację wykonawców dysponujących potencjałem osobowym zdolnym do jego wykonania.

Zamawiający żądał w tym przypadku uprawnień bez ograniczeń w rozumieniu § 12 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Infrastruktury, nie dopuszczając tym samym uprawnień z ograniczeniami, o których mowa w § 12 ust. 2 rozporządzenia – ponieważ, jak można założyć, było to związane ze specyfiką jego przedmiotu zamówienia, do którego wykonania uprawnienia w ograniczonym zakresie są niewystarczające. Natomiast brak jest uzasadnienia dla niedopuszczania w ramach warunku, uprawnień wydanych na podstawie przepisów rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20.02.1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. nr 8, poz. 46 ze zm.), którymi posługuje się p. A. D., a które na zasadzie art. 104 Prawa budowlanego oraz które w związku ze swoim zakresem, umożliwiają projektowanie obiektów zamawianych w ramach przedmiotowego postępowania.

Za niedopuszczalną więc należy uznać taką interpretację warunków udziału w postępowaniu, która eliminuje szereg podmiotów obecnych na rynku i zdolnych do wykonania zamówienia. Zwłaszcza w związku z niedookreślonym i nieostрым, a postulowanym przez Kontrolę, rozszerzonym znaczeniem zwrotu „bez ograniczeń”, mogłoby dojść do eliminacji bardzo znacznego kręgu takich podmiotów. Nie jest bowiem jasne czy rzeczony brak jakichkolwiek ograniczeń miałby dotyczyć i być określany względem wymaganego, współczesnego zakresu uprawnień w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, czy też to zakresy uprawnień wydawanych na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów miałyby być oceniane jako ograniczone, względem jakichś najszerszych uprawnień wtedy przewidywanych. Najlogiczniej należałoby postulować oba powyższe warianty, w myśl *dictum*, że wszelkie ograniczenia, to ograniczenia, a w dokumencie przetargowym nie dopuszczono przecież żadnych ograniczeń wskazanych uprawnień konstrukcyjno-budowlanych.

Zamawiając opisał w tym przypadku warunek udziału w postępowaniu właściwie jedynie w odniesieniu do aktualnie wydawanych uprawnień budowlanych. Powyższe oczywiście nie mogło prowadzić do eliminacji wszystkich uprawnień wydawanych na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów, z których żadne nie są przecież współczesnymi uprawnieniami bez ograniczeń. Konieczne stało się więc poszukiwanie adekwatnych kryteriów kwalifikacji „starych” uprawnień jako odpowiadających uprawnieniom opisanym i wymaganym przez Zamawiającego.

Na marginesie Izba wskazuje, że to brak pomieszczenia w warunkach postępowania formuły dotyczącej kwalifikacji „starych” uprawnień budowlanych jako dopuszczanych przez Zamawiającego, mógł prowadzić (i jak wynika z Informacji o wyniku kontroli – doprowadził) do prób abstrakcyjnego porównywania poszczególnych uprawnień i kwalifikowania ich jako odpowiadających sobie wzajemnie jedynie w warstwie terminologicznej (np. w odniesieniu do ograniczeń, przez kwalifikację danego sposobu określenia zakresu uprawnień, jako mającego „charakter ograniczeń”).

Tymczasem, w ocenie Izby, najbardziej adekwatną do celów oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, formułą porównywania i kwalifikowania „starych” uprawnień względem „nowych”, jest formuła wskazana w wyroku Izby z dnia 8 lipca 2011 r. (sygn. akt. KIO 1332/11; KIO 1333/11), powoływanym przez Zamawiającego. Uprawnienia budowlane wydawane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów odpowiadające współczesnym uprawnieniom w danej specjalności bez ograniczeń, to uprawnienia, które nie mają zakresowo-rzeczowych ograniczeń definiowanych przez obowiązujące aktualnie przepisy (jako wyłączonych przez takie sformułowanie warunku) oraz są uprawnieniami umożliwiającymi wykonanie zamawianego zakresu robót, w związku z którym warunki były stawiane.

Również na marginesie można dodać, iż badanie zakresu uprawnień budowlanych względem możliwości ich wykorzystywania do wykonywania konkretnego zakresu czynności w procesie budowlanym w zdefiniowanej inwestycji jest niepomernie łatwiejsze i w kontekście warunków udziału w postępowaniu bardziej celowe, niż abstrakcyjne ustalanie „odpowiadania” uprawnień dokonywane na podstawie porównywania rzeczowych zakresów „starych” i „nowych” uprawnień, które przeważnie pozostają w stosunku krzyżowania, a różnice terminologiczne w określaniu tych zakresów, a nawet nazywaniu specjalności i branż, dodatkowo komplikują powyższe. W ocenie Izby wskazane byłoby zepchnięcie tego typu porównań i sporów jedynie na niwę akademicką. Natomiast ocena czy dane uprawnienia umożliwiają projektowanie, nadzorowanie czy kierowanie konkretnymi robotami budowlanymi w większości przypadków nie jest nawet sporna, a wystarczającą poszlaką do

stwierdzenia powyższego jest często doświadczenie danej osoby, która wykonywała szereg czynności budowlanych w podobnym zakresie robót, które zostały zatwierdzone przez organy nadzoru budowlanego. Tym samym zbędne może być tu nawet zasięgnięcie opinii właściwej izby budowlanej lub organu nadzoru budowlanego w tym przedmiocie.

Reasumując, interpretację postanowień ogłoszenia o zamówieniu przedstawioną w pismach Kontroli należy uznać za nieprawidłową, a w konsekwencji, dokonana w jej kontekście ocena przedstawionych uprawnień budowlanych również jest błędna.

Uprawnienia A. D. nie posiadają ograniczeń, o których mowa w z § 12 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, ale umożliwiają pełnienie funkcji projektanta na tym zamówieniu, tak jak uprawnienia bez ograniczeń, o których mowa w 12 ust. 1 ww. rozporządzenia, i w tym znaczeniu odpowiadają tym uprawnieniom.

Tym samym Zamawiający prawidłowo uznał, iż wykonawca Konsorcjum EcoExperts s.c., spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie osoby projektanta.

W zakresie pozostałych naruszeń opisanych powyżej Izba prezentuje stanowisko tożsame ze stanowiskiem Prezesa Urzędu wyrażonym w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 9 stycznia 2017 r. oraz w piśmie z dnia 1 lutego 2017 r. i uznaje je za własne. W związku z tym Izba odstępuje od prezentowania własnej argumentacji, uznając powtarzanie stanowiska uprzednio wyrażonego przez Prezesa Urzędu za niecelowe i zbędne.

Z powyższych względów Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....  
.....  
.....