

Sygn. akt: KIO 769/12

## WYROK

z dnia 30 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **Enerchan sp. z o.o. w Lublinie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. w Warszawie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TECHMADEX S.A. (lider konsorcjum) w Warszawie, Andrzeja Lisa i Joannę Winciorek, prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Andrzej Lis Joanna Wiczorek Techcom Projekt s.c. w Warszawie, GP Energia Sp. z o.o. w Białymstoku, JT Zakład Budowy Gazociągów Sp. z o.o. w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Enerchan sp. z o.o. w Lublinie**, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Enerchan sp. z o.o. w Lublinie**, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Enerchan sp. z o.o. w Lublinie**, na rzecz **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. w Warszawie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na budowę Laboratorium Wzorcowania Gazomierzy przy ciśnieniu roboczym na terenie TJE Hołowczyce w ramach realizacji projektu pn. Opracowanie i wdrożenie technologii wzorcowania gazomierzy na średnim i wysokim ciśnieniu w systemie otwarto-zamkniętym.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE poz. 2011/S 349659. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 16 kwietnia 2012 r. Enerchan Sp. z o. o. w Lublinie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez nieuzasadnione wykluczenie wykonawcy z postępowania ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, pomimo tego, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu;
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania w związku z nieuzasadnionym uznaniem, iż nie wpłynął żaden wniosek od wykonawcy nie podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący podnosił, iż Zamawiający nieprawidłowo stwierdził, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie wykazał dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, ponieważ: przedstawieni w wykazie osób specjalistów, posiadający uprawnienia holenderskie nie są wpisani na listę właściwego samorządu zawodowego w Polsce, jeden ze wskazanych specjalistów nie posiada wymaganego certyfikatu kompetencji, a trzech specjalistów nie posiada wymaganego doświadczenia zawodowego. W ocenie Odwołującego, decyzja Zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z postępowania jest wadliwa z następujących powodów:

Co do decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na tej podstawie, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w sekcji III.2.3) pkt 3 ppkt 3.1 i 3.6 Ogłoszenia

o zamówieniu, tj.: nie wykazał, iż p. Paul Stijnman (jako osoba wskazana na stanowisko Kierownika Zespołu Projektowego) oraz p. Johan van Hemert (jako osoba wskazana na stanowisko Kierownika Budowy) zostali wpisani na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego oraz nie wykazał iż p. Johan van Hemert posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w zakresie sieci gazowych, Odwołujący twierdził, co następuje:

W celu wykazania spełnienia ww. warunków Odwołujący złożył wraz z ofertą oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia. Jednocześnie wskazał, że w Holandii, kraju pochodzenia specjalistów, nie nadaje się uprawnień, ani nie dokonuje wpisu na listę zawodową inżynierów.

Pomimo to Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia ww. warunków. Swoją decyzję Zamawiający oparł na założeniu, iż obywatel państwa członkowskiego Unii Europejskiej posiadający kwalifikacje inżyniera budownictwa ma prawo do tymczasowego i okazjonalnego wykonywania tego zawodu na terenie Polski pod warunkiem, że został tymczasowo wpisany na listę członków właściwej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa. Założenie to według Odwołującego nie jest prawdziwe, ponieważ art. 6 lit. a) zd. 3 dyrektywy 2005/36 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 września 2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych stanowi, iż odpis oświadczenia przekazany właściwej organizacji lub instytucji zawodowej uznawany jest za automatyczną rejestrację tymczasową albo uzyskanie członkostwa pro forma. Wskazuje to na informacyjny i rejestracyjny charakter tymczasowego wpisu na listę. Oznacza to, że obywatel państwa członkowskiego już z chwilą złożenia oświadczenia o zamiarze świadczenia usług automatycznie nabywa uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie.

Tak więc ustawa o samorządach zawodowych interpretowana prounijnie nie wiąże z tymczasowym wpisem na listę członków izby skutku w postaci nadania lub potwierdzenia uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Wpis służy jedynie ułatwieniu stosowania obowiązujących w Polsce przepisów dyscyplinarnych.

Powyższe prowadzi do wniosku, że obywatel państwa członkowskiego Unii Europejskiej posiadający kwalifikacje inżyniera budownictwa ma prawo do tymczasowego i okazjonalnego wykonywania tego zawodu na terenie Polski pod warunkiem złożenia stosownego oświadczenia o zamiarze świadczenia usługi. Nie jest więc prawdziwe twierdzenie Zamawiającego, że prawo do tymczasowego i okazjonalnego wykonywania zawodu inżyniera budownictwa przysługuje wyłącznie osobom wpisanym na listę członków właściwej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa.

Odnosząc się do stwierdzenia Zamawiającego, iż Odwołujący nie wykazał, że p. Johan van Hemert posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w zakresie sieci gazowych, Odwołujący podnosił, co następuje: Odwołujący w wyjaśnieniach przesłanych do Zamawiającego w dniu 30.03.2012 r. opisał dlaczego należy uznać, że Pan Johan van Hemert spełnił warunek wpisu na listę członków samorządu zawodowego oraz stwierdził, iż p. Johan van Hemert posiada uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w zakresie sieci gazowych. Należy w tym miejscu podkreślić, iż to drugie stwierdzenie Odwołującego stanowi oczywistą omyłkę, gdyż w rzeczywistości Odwołujący miał w intencji poinformowanie Zamawiającego o fakcie, iż p. Johan van Hemert posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w zakresie sieci gazowych. Ta oczywista omyłka wynika z faktu przypadkowego skopiowania wcześniej wskazanego w wyjaśnieniach stwierdzenia odnoszącego się do p. Paula Stijnmana, który to właśnie posiada uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w zakresie sieci gazowych. Należy ponadto podkreślić, że Pan Johan van Hemert został wskazany przez Odwołującego w wykazie Potencjał Kadrowy pod pozycją nr 6, jako osoba właściwa do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, na ten rodzaj wykonywanej przez niego profesji wskazuje także jego doświadczenie zawodowe, wykazane przez Odwołującego tj. pełnienie funkcji Kierownika Budowy. Oczywistym jest zatem, iż Odwołujący miał na celu wskazanie, iż Pan Johan van Hemert posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w zakresie sieci gazowych, a nie uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń.

Co do decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na tej podstawie, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w sekcji III.2.3) pkt 3 ppkt 3.8 Ogłoszenia o zamówieniu, tj.: nie wykazał, iż dysponuje osobą zdolną do pełnienia funkcji Inżyniera Spawalnictwa, Odwołujący podnosił, co następuje:

Odwołujący dysponuje osobami, które spełniają warunki wskazane w sekcji III 2.3) pkt 3 ppkt.3.8 Ogłoszenia o zamówieniu. Wykonawca dysponuje Inżynierami spawalnictwa, którzy są w stanie prawidłowo wykonać przedmiot zamówienia w zakresie zgodnym z ich kompetencjami i doświadczeniem. Są to: Pan Leo Gerdes posiadający 10 letnie doświadczenie zawodowe w zakresie nadzorowania robót budowlanych w zakresie technologii spawania dla stacji regulacyjno - pomiarowej w Katarze o parametrach przepływu  $Q= 1\ 800\ 000\ m^3/h$  oraz MOP 9MPa, których to inwestorem była RasGas Company Limited oraz posiadający niezbędne certyfikaty i uprawnienia spawalnicze, które to mogą być zakwalifikowane jako równoważne w stosunku do tych wskazanych przez Zamawiającego; oraz Pan Rafał Gensty posiadający wymagany przez Zamawiającego certyfikat PL-IWE (International Welding Engineer, w tłumaczeniu na j. polski- Międzynarodowy Inżynier

Spawalnictwa), który to mieści się w kategorii dopuszczonych przez Zamawiającego certyfikatów i można go zakwalifikować do kategorii: „inny równoważny”. Obaj Inżynierowie według Odwołującego gwarantują wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

W konsekwencji Odwołujący twierdził, iż Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Odwołującego na tej podstawie, że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w sekcji III.2.3) pkt. 3 ppkt 3.1, 3.6 i 3.8 Ogłoszenia o zamówieniu, tj.: iż p. Paul Stijnman (jako osoba wskazana na stanowisko Kierownika Zespołu Projektowego) oraz p. Johan van Hemert (jako osoba wskazana na stanowisko Kierownika Budowy) zostali wpisani na listę członków właściwej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa oraz, że Pan Johan van Hemert posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w zakresie sieci gazowych, a także, że Pan Leo Gerdes spełnia warunek posiadania niezbędnych uprawnień.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający za wystarczający dowód spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w sekcji III.2.3) pkt 3 ppkt. 3.1 i 3.6 Ogłoszenia o zamówieniu powinien był uznać oświadczenie Odwołującego, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia. Jeżeli chodzi o niewykazanie posiadania niezbędnych uprawnień przez Pana Johana van Hemerta, to Zamawiający winien uznać za oczywistą omyłkę Odwołującego uprawnienia wskazane w wyjaśnieniach, i przyjąć iż Odwołującemu chodziło o uprawnienia wskazane jako wymagane w ogłoszeniu, do takiego wniosku można bowiem dojść w toku logicznej interpretacji całokształtu informacji dostarczonych przez Odwołującego. Z kolei w odniesieniu do Pana Leo Gerdesa należy stwierdzić, iż posiada on wymagane uprawnienia i doświadczenie niezbędne do wykonywania pracy na Stanowisku Inżyniera Spawalnictwa, zatem spełnia warunki wskazane w sekcji III.2.3) pkt 3 ppkt 3.8 Ogłoszenia o zamówieniu.

W związku z powyższym, nie było podstaw do stwierdzenia, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania.

Podsumowując, Zamawiający niezasadnie uznał, na podstawie dokumentów złożonych przez Odwołującego, że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu oraz niezasadnie wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Zamawiający unieważnia postępowania tylko wtedy, gdy nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu.

Odwołujący twierdził, że na skutek niezasadnego wykluczenia wykonawcy doszło do bezpodstawnego unieważnienia.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;

- 2) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- 3) przeprowadzenie ponownej czynności oceny wniosku złożonego przez Odwołującego;
- 4) zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: TECHMADEX S.A. (lider konsorcjum) w Warszawie, Andrzej Lisa i Joanna Winciorek, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Andrzej Lis Joanna Wieczorek Techcom Projekt s.c. w Warszawie, GP Energia Sp.z o.o. w Białymstoku, JT Zakład Budowy Gazociągów Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: Przystępujący).

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie wnosił o jego oddalenie. Wskazywał, że przy dokonywaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu kierował się zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy, przeprowadzając postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Wobec powyższego, każdy z Wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia musiał wykazać, iż osoby, które wskazuje na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w Sekcji III.2.3) pkt 3) ogłoszenia, posiadają żądane uprawnienia budowlane oraz są wpisane na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego. Podnosił, że nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że prounijna interpretacja przepisów ustawy z dnia 20 grudnia 2005 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów, daje obywatelom państw członkowskich UE swobodną możliwość świadczenia usług transgranicznych wyłącznie w oparciu o oświadczenia o zamiarze świadczenia takich usług. W Polsce wykonywanie usług w zakresie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie może być świadczone wyłącznie przez osobę wpisaną na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego. Z tego powodu Zamawiający wymagał dysponowania osobami posiadającymi taki wpis. Zamawiający zauważał, że nie ma żadnego powodu, dla którego osoba z zagranicy nie mogłaby złożyć oświadczenia o zamiarze świadczenia na terenie Polski usług transgranicznych o charakterze tymczasowym jeszcze przed uzyskaniem danego zamówienia przez wykonawcę posługującego się taką osobą, oraz uzyskać wpisu tymczasowego na listę. Jednakże nie może być uznane za wystarczające samo złożenie oświadczenia o zamiarze świadczenia usług transgranicznych, gdyż właściwa okręgowa izba w wyniku weryfikacji takiego oświadczenia (oraz obligatoryjnie dołączonych do niego dokumentów) może uznać, że dana osoba nie spełnia warunków

wymaganych dla wykonywania takich usług w Polsce, i odmówić wpisu na listę. Wówczas tako osoba nie ma prawa świadczyć usług transgranicznych w Polsce.

W konsekwencji Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena wniosków i Odwołujący nie zostałyby wykluczony z postępowania, wówczas Odwołujący miałby szansę w dalszym toku postępowania na uzyskanie zamówienia, ponieważ na tym etapie postępowania nie było innych wniosków o udział w postępowaniu (pozostali wykonawcy zostali skutecznie wykluczeni).

Izba uznała, że Przystępujący skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, bowiem zgłosił przystąpienie w przepisany terminie i ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, przeciwstawiając się możliwości uzyskania zamówienia przez Odwołującego.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie podlega oddaleniu.

Izba ustaliła, co następuje:

1. W ogłoszeniu Zamawiający zawarł definicję pojęcia „Uprawnienia Budowlane”, zgodnie z którą należy przez nie rozumieć uprawnienia budowlane, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 243. poz. 1623 ze zm.) oraz w Rozporządzeniu Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie Dz. U. z 2006 r. Nr 83, poz. 578 ze zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa lub odpowiednich przepisów obowiązujących na terenie kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. uznanych przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 18 marca 2008 r, o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2008 r. Nr 63, poz. 394: dalej jako „ustawa o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych”) lub zamierzający świadczyć usługi transgraniczne w rozumieniu przepisów tej ustawy oraz art. 20a ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa lub urbanistów (Dz. U, z 2001 r. Nr 5. poz. 42 ze zm.;



dalej jako „ustawa o samorządach zawodowych”), zwane dalej „Uprawnieniami Budowlanymi”.

2. Zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj.:

3-1 Kierownikiem Zespołu Projektowego (minimum 1 osoba) wpisanym na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, posiadającym:

a) Doświadczenie zawodowe polegające na udziale przy realizacji co najmniej jednego zamówienia odpowiadającego charakterem i złożonością przedmiotowi zamówienia. Za zamówienie odpowiadające charakterem i złożonością zakresowi przedmiotowego zamówienia Zamawiający uznawał zamówienie polegające na zaprojektowaniu laboratorium do wzorcowania gazomierzy o strumieniu objętości nie mniejszym niż  $Q=2000$  m<sup>3</sup>/h w warunkach poboru o MOP powyżej 1.6 MPa lub węzła / stacji regulacyjno - pomiarowej o przepustowości nie mniejszej niż  $Q=200\ 000$  m<sup>3</sup>/h w warunkach normalnych lub magazynu gazu lub tłoczni gazu zawierającym pomiar i regulację strumienia objętości.

b) Uprawnienia Budowlane do projektowania bez ograniczeń w dowolnej specjalności.

3.6) Kierownikiem budowy (minimum 1 osoba) wpisanym na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, posiadającym:

a) Uprawnienia Budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w zakresie sieci gazowych.

b) Doświadczenie w realizacji robót na stanowisku kierownika budowy przy realizacji zamówienia odpowiadającego charakterem i złożonością przedmiotowemu zamówieniu. Za zamówienie odpowiadające charakterem i złożonością zakresowi przedmiotowego zamówienia Zamawiający uznawał zamówienie polegające na wybudowaniu laboratorium do wzorcowania gazomierzy o strumieniu objętości nie mniejszym niż  $Q=2000$  m<sup>3</sup>/h w warunkach pomiaru o MOP powyżej 1,6 MPa lub węzła / stacji regulacyjno - pomiarowej o przepustowości nie mniejszej niż  $Q=200\ 000$  m<sup>3</sup>/h w warunkach normalnych lub magazynu gazu lub tłoczni gazu zawierającym pomiar i regulację strumienia objętości.

3. Do wniosku Odwołujący nie dołączył żądanego przez Zamawiającego wykazu „Potencjał Kadrowy”.

W związku z powyższym Zamawiający - działając na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych - pismem z dnia 23 grudnia 2011 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia (strony 4-7 wezwania): Wykazu osób którymi dysponuje lub będzie dysponował Wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych oraz doświadczenia zgodnie z warunkiem określonym w Sekcji III.2.3) pkt 3 ogłoszenia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami oraz oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia; ww. dokument powinien potwierdzać spełnianie warunku

udziału w postępowaniu o którym mowa w Sekcji III.2.3) pkt 3 ogłoszenia nie później, niż w dniu w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. 9 grudnia 2011 r.

W odpowiedzi na powyższe, Odwołujący wskazał odpowiednio:

- na Kierownika Zespołu Projektowego:

- Pana Paula Stijnmana (strona 14 uzupełnień) i oświadczył, iż w Holandii, kraju pochodzenia Pana Paula Stijnmana nie nadaje się numeru uprawnień. Uprawnienia do wykonywania pracy na wskazanym stanowisku Kierownika Zespołu Projektowego nabywa się poprzez praktykę zawodową. Ponadto wyjaśnił, iż w Holandii nie istnieje instytucja wpisu na listę inżynierów.

- Pana Tadeusza Lato (strona 15 uzupełnień) – co do którego Odwołujący nie wskazał doświadczenia zawodowego, o którym mowa w Sekcji III.2.3) pkt 3 ppkt 3.1 lit, a) ogłoszenia dla ww. osoby.

- na Kierownika Budowy:

- Pana Johana van Hemerta (strona 16 uzupełnień) i oświadczył, iż w Holandii, kraju pochodzenia Pana Johana van Hemerta nie nadaje się numeru uprawnień. Uprawnienia do wykonywania pracy na wskazanym stanowisku Kierownika Zespołu Projektowego nabywa się poprzez praktykę zawodową. Ponadto wyjaśnił, iż w Holandii nie istnieje instytucja wpisu na listę inżynierów.

- Pana Jerzego Kałużę (strona 16 uzupełnień; strony 22-23 informacji o wynikach - pismo z dnia 13 lutego 2012 r.) - Odwołujący nie wskazał doświadczenia zawodowego, o którym mowa w Sekcji III.2.3) pkt 3 ppkt 3.6 lit. b) ogłoszenia dla ww. osoby.

W świetle powyższego Zamawiający powziął uzasadnioną wątpliwość, że Odwołujący nie wykazał, iż wskazane wyżej osoby spełniają warunki postawione w ogłoszeniu – nie mają albo wymaganych uprawnień, albo doświadczenia, albo wpisu na listę.

W związku z tym, że Odwołujący nie miał już w przedmiotowym postępowaniu możliwości uzupełnienia potencjału kadrowego o nowe osoby (gdyż byłoby to drugie uzupełnienia co jest niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy). Zamawiający w celu dokładnego wyjaśnienia sprawy pismem z dnia 15 marca 2012r. (znak pisma: OR.260.495.2012.NZ.211.AM). działając z kolei na podstawie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień poprzez udzielenie jednoznacznych odpowiedzi na następujące pytania:

- Czy Pan Paul Stijnman został wpisany na listę członków właściwej Izby samorządu zawodowego,
- Czy Pan Paul Stijnman posiada uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący w piśmie z dnia 30 marca 2012 r. oświadczył, iż należy uznać, że Pan Paul Stijnman spełnił warunek wpisu na listę członków samorządu zawodowego, gdyż jako obywatel Unii Europejskiej może on świadczyć usługi na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Dalej Odwołujący wyjaśnił, iż podstawą prawną do takiego świadczenia usług jest dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/36 z dnia 20 grudnia 2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych oraz służąca jej wykonaniu ustawa z dnia 20 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów. Powyższe przepisy dopuszczają możliwość wykonywania zawodu Inżyniera budownictwa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, przez obywatela Państwa Członkowskiego posiadającego kwalifikacje zawodowe i prowadzącego zgodnie z prawem działalność w zakresie swojego zawodu w Państwie Członkowskim, celu świadczenia usług po raz pierwszy obywatel Państwa Członkowskiego musi jedynie złożyć oświadczenie o zamiarze świadczenia takich usług właściwej okręgowej radzie izby.

Wobec powyższego, w przywołanym piśmie Odwołujący twierdził, iż Pan Paul Stijnman posiada uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w wymaganej specjalności.

Jednocześnie w odniesieniu do drugiej osoby wskazanej przez Odwołującego na stanowisko Kierownika Zespołu Projektowego, tj. Pana Tadeusza Laty, Odwołujący w piśmie z dnia 30 marca 2012 r, (str. 12) oświadczył, że nie posiada on wymaganego doświadczenia.

Analogicznych ustaleń dokonano w odniesieniu do osób wskazanych przez Odwołującego na stanowisko Kierownika budowy, tj. Pana Johana von Hemerta (posiadającego wymagane doświadczenie, ale nie posiadającego wpisu na listę) oraz Pana Jerzego Kałuży (wpisanego na listę, ale nie posiadającego wymaganego doświadczenia)

4. Brak wykazania, że osoba wskazana na stanowisko Kierownika budowy (Pan Johan van Hemert), posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w zakresie sieci gazowych.

Odwołujący w wykazie „Potencjał kadrowy” w odniesieniu do Pana Johana von Hemerta w rubryce „Posiadane uprawnienia/certyfikaty (zgodnie z wymaganiami w Sekcji IH.2.3 pkt 3.)” oraz „Wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego” - wskazał „ND”.

Następnie Wykonawca wyjaśnił, iż w Holandii, kraju pochodzenia Pana Johana von Hemerta, nie nadaje się numeru uprawnień, uprawnienia do wykonywania pracy na wskazanym stanowisku Kierownika Budowy nabywa się poprzez praktykę zawodową, a także, że w Holandii nie istnieją Instytucje wpisu na listę inżynierów.

W świetle powyższego, Zamawiający nie był w stanie stwierdzić, czy Pan Johan van Hemert jest wpisany na listę członków właściwej Izby samorządu zawodowego oraz czy posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w zakresie sieci gazowych.

W konsekwencji pismem z dnia 15 marca 2012 r. (znak pisma: OR 260.495.2012.NZ.211.AM), Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień poprzez udzielenie jednoznacznych odpowiedzi na następujące pytania:

- Czy Pan Johan van Hemert został wpisany na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego.
- Czy Pan Johan von Hemert posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w zakresie sieci gazowych.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący oświadczył, iż należy uznać, że Pan Johan van Hemert spełnił warunek wpisu na listę członków samorządu zawodowego, gdyż jako obywatel Unii Europejskiej może on świadczyć usługi na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Odnośnie wpisu na listę złożył wyjaśnienia analogiczne, jak w stosunku do innych osób.

5. Stosownie do warunku udziału w postępowaniu określonego w Sekcji III 2.3) pkt 3 ppkt 3.6 lit. a) ogłoszenia, osoba wskazana na stanowisko Kierownika budowy miała posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w zakresie sieci gazowych. Tymczasem Odwołujący wykazał, iż Pan Johan van Hemert posiada uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w zakresie sieci gazowych.

4. Brak wykazania, że osoba wskazana na stanowisko inżyniera spawalnictwa (Pan Leo Gerdes) spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w Sekcji III.2.3) pkt 3 ppkt 3.8 ogłoszenia o zamówieniu.

Zgodnie z warunkiem określonym w Sekcji III.2.3) pkt 3 ppkt 3.8 ogłoszenia o zamówieniu, wykonawca musiał wykazać się dysponowaniem Inżynierem spawalnictwa (minimum 1 osoba), posiadającym:

- a) doświadczenie w nadzorowaniu robót budowlanych w zakresie technologii spawania dla laboratorium do wzorcownia gazomierzy o strumieniu objętości  $Q=2000$  m<sup>3</sup>/h w warunkach pomiaru MOP powyżej 1,6 MPa lub węzła/stacji regulacyjno-pomiarowej o przepustowości nie mniejszej niż  $Q=200000$  m<sup>3</sup>/h w warunkach normalnych lub magazynu gazu. tłoczni gazu zawierającym pomiar i regulację strumienia objętości,
- b) aktualny certyfikat kompetencji Międzynarodowego/Europejskiego Inżyniera Spawalnika wg normy PN-EN 719:1999 lub PN-EN ISO 14731:2006 lub PN-EN ISO 14731:2008 lub równoważny.

Odwołujący, uzupełniając swój wniosek na żądanie Zamawiającego, w wykazie „Potencjał kadrowy” dla funkcji Inżyniera spawalnictwa wskazał dwie osoby:

- Pana Leo Gerdesa - posiadającego uprawnienia spawalnicze wg normy EN 287 i EN 288 (bez informacji o posiadaniu certyfikatu kompetencji) oraz wskazane w kolumnie 6 doświadczenie.

- Pana Rafała Genstego - posiadającego uprawnienia PL-IWE-00160/2007. ale nie posiadającego wymaganego doświadczenia.

Wobec powyższego, Zamawiający nie był w stanie stwierdzić, czy Pan Leo Gerdes posiada żądany aktualny certyfikat kompetencji Międzynarodowego/Europejskiego Inżyniera Spawalnika wg normy PN-EN 719:1999 lub PN-EN ISO 14731:2006 lub PN-EN ISO 14731:2008 lub równoważny. Ponadto Zamawiający powziął również wątpliwości, czy Pan Leo Gerdes posiada wymagane doświadczenie, określone w Sekcji III.2.3) pkt 3 ppkt 3.8 lit. a) ogłoszenia tj. doświadczenie w nadzorowaniu robót budowlanych w zakresie technologii spawania dla laboratorium do wzorcowania gazomierzy o strumieniu objętości nie mniejszym niż  $Q=2000$  m<sup>3</sup>/h w warunkach pomiaru o MOP powyżej 1.6 MPa lub węzła / stacji regulacyjno - pomiarowej o przepustowości nie mniejszej niż  $Q=200\ 000$  m<sup>3</sup>/h w warunkach normalnych lub magazynu gazu lub tłoczni gazu zawierającym pomiar i regulację strumienia objętości.

Pismem z dnia 15 marca 2012 r. (znak pisma: OR.260.495.2012.NZ.211.AM) Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień poprzez udzielenie jednoznacznej odpowiedzi na następujące pytanie:

- Czy Pan Leo Gerdes posiada aktualny certyfikat kompetencji Międzynarodowego/Europejskiego Inżyniera Spawalnika wg normy PN-EN 719:1999 lub PN-EN ISO 14731:2006 lub PN-EN ISO 14731:2008 lub równoważny.

W przypadku, gdy Pan Leo Gerdes posiada aktualny certyfikat kompetencji Międzynarodowego/Europejskiego Inżyniera Spawalnika wg normy PN-EN 719:1999 lub PN-EN ISO 14731:2006 lub PN-EN ISO 14731:2008 lub równoważny, Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień poprzez udzielenie jednoznacznej odpowiedzi następujące pytanie:

- \* Czy Pan Leo Gerdes posiada doświadczenie w nadzorowaniu robót budowlanych w zakresie technologii spawania dla laboratorium do wzorcowania gazomierzy o strumieniu objętości nie mniejszym niż  $Q=2000$  m<sup>3</sup>/h w warunkach pomiaru o MOP powyżej 1,6 MPa lub węzła / stacji regulacyjno - pomiarowej o przepustowości nie mniejszej niż  $Q=200\ 000$  m<sup>3</sup>/h w warunkach normalnych lub magazynu gazu lub tłoczni gazu zawierającym pomiar i regulację strumienia objętości.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący oświadczył m.in, iż dysponuje osobami, które spełniają warunki wskazane w Sekcji III.2.3) pkt 3 ppkt 3,8 ogłoszenia i są w stanie prawidłowo wykonać przedmiot zamówienia w zakresie zgodnym z ich kompetencjami i doświadczeniem, tj.,:

- Panem Leo Gerdesem, posiadającym 10-letnie doświadczenie zawodowe w zakresie nadzorowania robót budowlanych w zakresie technologii spawania dla stacji regulacyjno-pomiarowej w Katarze o parametrach przepływu  $Q=1\ 800\ 000$  m<sup>3</sup>/h oraz MOP 9MPa, których to inwestorem była Sargas Company Limited;

- Panem Rafałem Genstym, posiadającym wymagany certyfikat PI-IWE Międzynarodowego Inżyniera Spawalnictwa, który to certyfikat mieści się w kategorii dopuszczonych przez Zamawiającego certyfikatów I można go zakwalifikować do kategorii „inny równoważny”.

Reasumując, w kierowanej do Zamawiającego korespondencji Odwołujący stwierdził, iż obaj inżynierowie gwarantują wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, ponieważ Pan Leo Gerdes posiada wymagane doświadczenie (a nie posiada żądanego certyfikaty kompetencji), a Pan Rafał Gensty posiada odpowiedni certyfikat kompetencji, lecz nie posiada żądanego doświadczenia. Podobne stanowisko Odwołujący przedstawił w odwołaniu.

W konsekwencji, Zamawiający uznał, że Pan Leo Gerdes nie posiada wymaganego certyfikatu kompetencji Międzynarodowego/Europejskiego Inżyniera Spawalnika wg normy PN-EN 719:1990 ||lub PN-EN ISO 14731:2006 lub PN-EN ISO 14731:2008 (lub równoważnego), natomiast Pan Rafał Gensty nie posiada wymaganego doświadczenia, zatem żaden z nich nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba w całości podzieliła stanowisko Zamawiającego i stwierdziła, co następuje:

Kwestią bezsporną była okoliczność, że Odwołujący nie wykazał, że Pan Paul Stijnman został wpisany na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego zgodnie z warunkiem udziału w przedmiotowym postępowaniu określonym przez Zamawiającego w ogłoszeniu. Równocześnie Odwołujący w przepisany terminie nie zakwestionował wymogów przewidzianych przez Zamawiającego, zatem podważanie ich na tym etapie postępowania nie może zasługiwać na ochronę.

Zamawiający, definiując w ogłoszeniu uprawnienia budowlane, wskazał również na możliwość świadczenia usług transgranicznych (Sekcja III.2.3) ogłoszenia: Zdolność techniczna), przywołując art. 20a ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa lub urbanistów (statuujący obowiązek wpisu na listę). Niezależnie od powyższego, w odniesieniu do pełnienia niektórych funkcji, Zamawiający wprost wymagał wpisu na listę, przywołanie ww ustawy definiowało, o jaki wpis, udzielany na jakich zasadach, Zamawiającemu chodziło w ogłoszeniu.

Izba, tak jak Zamawiający, nie kwestionuje zasady swobodnego świadczenia usług transgranicznych oraz faktu, iż Pan Paul Stijnman w świetle ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych, jak i ustawy o samorządach zawodowych posiada odpowiednie uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w dowolnej specjalności. Nie zmienia to jednak w niczym faktu, że osoba zamierzająca świadczyć usługi transgraniczne, wobec jednoznacznego wymogu, określonego w ogłoszeniu o zamówieniu, powinna posiadać wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego (w przypadku usług

„transgranicznych” - wpis tymczasowy), tak jak każda inna osoba, zamierzająca świadczyć przedmiotowe usługi w jednej z dwóch pozostałych, prawnie dopuszczalnych form ich świadczenia (tj. posiadająca polskie uprawnienia lub uprawnienia zagraniczne „uznane” w Polsce). W treści warunku, o którym mowa w Sekcji III.2.3) pkt 3 ppkt 3.1 ogłoszenia zostało w sposób wyraźny i jednoznaczny wskazane, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. Kierownikiem Zespołu Projektowego (minimum 1 osoba), który m.in. jest wpisany na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego. Poza tym, nawet gdyby zaakceptować pozostałą argumentację Odwołującego co do braku jakiegokolwiek znaczenia wpisu na listę, to sam Odwołujący w odwołaniu zauważa, że „wpis służy jedynie ułatwieniu stosowania obowiązujących w Polsce przepisów dyscyplinarnych” – w ocenie Izby, nawet jeśli powyższe stwierdzenie byłoby jedynym uzasadnieniem żądania wpisu na listę przez Zamawiającego, to takie żądanie jest w pełni uprawnione. Jak skonstruowała Izba w orzeczeniu KIO 630/10 z dnia 30 września 2010 r. „ustawodawca zwalniając z obowiązku uznawania kwalifikacji zawodowych nakłada na inżyniera budownictwa pewne minimalne wymogi, których spełnienie zabezpiecza interesy uczestników procesu budowlanego i zapobiega korzystaniu z przedmiotowego uprawnienia w sposób sprzeczny z przepisem art. 20a ustawy o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów. Nie inaczej bowiem należy odczytywać wymogi, o których mowa w ust. 2, 3, 5 i 6 art. 20a powoływanej ustawy, jak sprawowanie pewnej kontroli przez państwo, przy świadczeniu usług, z których wykonywaniem i których wykonanie, związane jest z bezpieczeństwem ludzi.”. Z powyższych przyczyn brak podstaw, aby dopatrzeć się powodów, dla których Odwołujący byłby zwolniony z wykazania się spełnieniem wszystkich warunków w postępowaniu, w tym wpisu na listę, określonych w ogłoszeniu.

Zamawiający trafnie zauważał również, że nie ma żadnego powodu, dla którego osoba z zagranicy nie mogłaby złożyć oświadczenia o zamiarze świadczenia na terenie Polski usług transgranicznych o charakterze tymczasowym jeszcze przed uzyskaniem danego zamówienia przez wykonawcę posługującego się taką osobą, oraz uzyskać wpisu tymczasowego na listę.

Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego, który twierdził w odwołaniu i na rozprawie, że z brzmienia ogłoszenia można było wywodzić, że określenie „minimum 1 osoba” dla pełnienia określonej funkcji pozwala na interpretację, że można było dla danej funkcji zaproponować 3 osoby, z których jedna dysponuje uprawnieniami, druga – doświadczeniem, a trzecia – wpisem na listę. W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że dana osoba przewidziana na określone stanowisko powinna posiadać wszystkie przymioty wymienione w ogłoszeniu – Zamawiający nie oddzielał wymogów dla danej funkcji spójnikiem „albo”,

zatem należało posiadać je wszystkie. Okoliczność, że Zamawiający w innej części ogłoszenia wskazał, że jedna osoba nie może łączyć pełnienia określonych funkcji, nie może, wbrew stanowisku Odwołującego, przemawiać za możliwością łączenia różnych właściwości przez różne osoby przy pełnieniu określonej, jednej, funkcji. W świetle powyższego należało uznać, że Odwołujący nie wykazał, Pan Paul Stijnman jest wpisany na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, stosownie do warunku, o którym mowa w Sekcja III 2.3) pkt 3 ppkt 3) ogłoszenia, a zatem Zamawiający słusznie wykluczył Odwołującego z postępowania.

W pozostałym zakresie Izba również podzieliła stanowisko Zamawiającego. Stosownie do warunku udziału w postępowaniu określonego w Sekcji III 2.3) pkt 3 ppkt 3.6 lit. a) ogłoszenia, osoba wskazana na stanowisko Kierownika budowy miała posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w zakresie sieci gazowych. Tymczasem Odwołujący wykazał, iż Pan Johan van Hemert posiada uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w zakresie sieci gazowych (w wyjaśnieniach przesłanych do Zamawiającego w dniu 30.03.2012 r.). Należy podkreślić, że powyższe wyjaśnienia (wcześniej dokonywano uzupełnienia dokumentów) odnośnie konkretnej osoby były ostatecznymi, i Odwołujący nie mógł liczyć, że w tym zakresie będzie można prowadzić jakąkolwiek dalszą procedurę wyjaśniającą. Wobec niekompletności wcześniejszych oświadczeń złożonych w postępowaniu przez Odwołującego, decyzja Zamawiającego o braku możliwości poprawienia oświadczenia zawartego w wyjaśnieniach była prawidłowa w niniejszym stanie faktycznym.

Wobec powyższego, należało stwierdzić, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w zakresie sieci gazowych nie są tożsame z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w zakresie sieci gazowych.

Ponadto żadna z osób wskazanych przez Odwołującego na stanowisko Inżyniera Spawalnika nie spełnia warunku określonego w Sekcji III.2.3) pkt 3 ppkt 3.8 ogłoszenia - Pan Leo Gerdes nie posiada bowiem wymaganego certyfikatu kompetencji Międzynarodowego/Europejskiego Inżyniera Spawalnika wg normy PN-EN 719:1990 lub PN-EN ISO 14731:2006 lub PN-EN ISO 14731:2008 (lub równoważnego), natomiast Pan Rafał Gensty nie posiada wymaganego doświadczenia. W konsekwencji Zamawiający słusznie wykluczył Odwołującego również z tego powodu; argumentacja o konieczności łącznego spełnienia warunków, przewidzianych w ogłoszeniu dla możliwości pełnienia danej funkcji pozostaje aktualna również dla Inżyniera Spawalnika.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych i w konsekwencji nie doszło do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.



O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 [rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania \(Dz. U. Nr 41, poz. 238\)](#).

**Przewodniczący:**

.....