

Sygn. akt: KIO/KD 10/20

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 20 lutego 2020 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z 27.01.2020 r. /wpływ 30.01.2020 r./ zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

**Gmina Jeżowe
Jeżowe 136A
37-430 Jeżowe**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 16.01.2020 r.
(znak: UZP/DKZP/WKZ5/421/55(13)/19/RB KND/55/19/DKZP)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków w Jeżowie wraz z instalacją OZE

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Ryszard Tetzlaff
Członkowie:	Agnieszka Trojanowska Renata Tubisz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w pkt 2.1) i 2.2) Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie

Uzasadnienie

Pismem z 12.02.2019 r. (znak: PI-XII.44.2.447.2018.JD) /wpływ 25.02.2019 r./ Zarząd Województwa Podkarpackiego pełniący rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Podkarpackiego, czyli Instytucji Zarządzającej zwrócił się z wnioskiem do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zwanego dalej: „Prezes UZP” o wszczęcie i przeprowadzenie kontroli doraźnej w oparciu o art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp”. Pismem z 20.03.2019 r. (pismem znak: UZP/DKZP/WKZ5/425/86(2)/19/RB dot. WK/82/19/DKZP) Prezes UZP wszczął postępowanie wyjaśniające. W dniu 28.10.2019 r. Prezes UZP (pismo znak: UZP/DKZP/WKZ5/421/58/19/RB KND/55/19/DKZP) wszczął kontrolę przedmiotowego postępowania.

Z ustaleń kontroli doraźnej - pismo z 16.01.2020 r. (informacja o wyniku kontroli doraźnej znak: UZP/DKZP/WKZ5/421/55(13)/19/RB KND/55/19/DKZP) - wynikają następujące okoliczności. W ramach pkt 2 Informacji o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku wskazał: Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w zw. z art. 165 ust. 1 Pzp, Prezes UZP na podstawie art. 166 ust. 1 pkt 2 Pzp stwierdza naruszenia:

- 1) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania odpowiedniego zasobu kadrowego, co w konsekwencji stanowi również naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu wykonawcy zamówienia publicznego;
- 2) art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących faktycznego udziału podmiotu trzeciego w realizacji wskazanej w wykazie robót roboty budowlanej, która została wykonana wspólnie przez członków Konsorcjum firm, co w konsekwencji stanowi również naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp;
- 3) art. 38 ust. 4a pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie dokonania zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu w zakresie terminu do wniesienia wadium zgodnego z terminem składania ofert, jak również ujednoczenia opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”;
- 4) art. 96 ust. 1 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez

brak zamieszczenia prawidłowej informacji na temat powołania zespołu lub wykonywaniu przez członków komisji przetargowej czynności w nadzorze nad realizacją udzielonego zamówienia w pkt 4.A.3 protokołu postępowania (druk ZP-PN).

Poniżej Izba przedstawi uzasadnienie w zakresie tylko i wyłącznie dwóch pierwszych punktów odnośnie których Zamawiający następnie wniósł zastrzeżenia.

Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący m.in. dysponowania osobą zdolną do wykonania zamówienia przewidzianą do pełnienia funkcji Kierownika Budowy z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń oraz posiadającego co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe (po uzyskaniu uprawnień budowlanych) na stanowisku kierownika budowy. W celu potwierdzenia spełniania powyższego warunku wykonawca był zobowiązany złożyć wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi sporządzony wg wzoru stanowiącego zał. nr 4 do SIWZ. W treści wykazu osób, złożonego w odpowiedzi na wezwanie wystosowane w trybie art. 26 ust. 2 Pzp przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Monterskich Budownictwa PRIMBUD Sp. z o.o., jako osoba przewidziana do pełnienia funkcji kierownika budowy został wskazany p. P. W. wraz z informacją na temat kwalifikacji zawodowych: *„Kwalifikacje upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót Upr. Nr 32/Tbg/92 w specjalności konstrukcyjno-budowlanej.”*. Z informacji zamieszczonych w treści wykazu osób nie wynika zakres posiadanych przez p. P. W. uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej tj., czy wskazane uprawnienia są uprawnieniami bez ograniczeń, czy w ograniczonym zakresie. Ww. wykonawca złożył m.in. kopię dokumentu potwierdzającego posiadane przez p. P. W. uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w postaci decyzji Nr 32/Tbg/92 z 31.03.1992 r. *„Stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie”* wydanej na podstawie § 5 ust. 2, § 6 ust. 2 i § 7 i § 13 ust. 1 pkt 2 oraz zmiany Dz. U. Nr 69, poz. 229 z 08.08.1991 r. rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska 20.02.1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46), dalej: *„rozporządzeniem w sprawie sftb z 1975 r.”*. Z treści ww. decyzji wynika, że p. P. W. legitymuje się wykształceniem średnim technicznym (technik urządzeń sanitarnych) i posiada przygotowanie zawodowe upoważniające go do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Decyzja określa, że p. P. W. jest upoważniony m.in. 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, z wyłączeniem linii, węzłów i stacji kolejowych, dróg oraz lotniskowych dróg startowych i manipulacyjnych, mostów, budowli hydrotechnicznych i wodnomelioracyjnych. W treści wydanych uprawnień brak sformułowania, czy powyżej opisane uprawnienia są uprawnieniami w ograniczonym czy też w nieograniczonym zakresie, zatem dla stwierdzenia ich faktycznego zakresu Zamawiający powinien dokonać ich oceny. Zgodnie z § 5 ust. 1 rozporządzenia w sprawie sftb z 1975 r. do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych obejmujących kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie techniczne budowy i robót wymagane było następujące przygotowanie zawodowe: 1) ukończenie wyższej szkoły technicznej, stwierdzone dyplomem, oraz co najmniej dwuletnia praktyka na budowie, 2) ukończenie średniej szkoły technicznej, stwierdzone dyplomem lub świadectwem, oraz co najmniej trzyletnia praktyka na budowie, 3) dyplom mistrza w rzemiośle budowlanym, 4) świadectwo czeladnicze lub tytuł robotnika wykwalifikowanego w rzemiośle budowlanym oraz co najmniej dwuletnia praktyka po uzyskaniu świadectwa lub tytułu. Z kolei, zgodnie z § 5 ust. 2 rozporządzenia w sprawie sftb z 1975 r. osoby ze średnim wykształceniem technicznym mogły 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. Pomimo, iż 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 30 grudnia 1994 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 1995 r. Nr 8, poz. 38) nie ulega wątpliwości, iż uprawnienia budowlane posiadane przez osoby ze średnim wykształceniem technicznym mają węższy zakres niż uprawnienie osób, które ukończyły wyższą szkołę techniczną. Zatem użycie w decyzji potwierdzającej uzyskanie uprawnień budowlanych zwrotu „*o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych*” powoduje, iż niezależnie od użytej w rozporządzeniu w sprawie sftb z 1975 r. terminologii, w niniejszym stanie faktycznym, mamy do czynienia, z uprawnieniami budowlanymi w ograniczonym zakresie. Jednocześnie zgodnie z art. 104 ustawy Prawo budowlane osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Z uwagi na powyższe nie można uznać, że p. P. W., posiadający średnie wykształcenie techniczne oraz uprawnienia, w których zostały wpisane ograniczenia do powszechnie znanych rozwiązań

konstrukcyjnych, dysponuje uprawnieniami budowlanymi w wymaganym przez zamawiającego nieograniczonym zakresie, równoznacznym nadawanym w obecnym stanie prawnym uprawnieniom bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń. Tym samym, ww. wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowaniem osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Kierownika Budowy. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez Zamawiającego wątpliwości, Zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Z dokumentacji niniejszego postępowania wynika, że Zamawiający nie wezwał w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie powyżej opisanego warunku dotyczącego posiadania odpowiedniego zasobu kadrowego w zakresie dysponowania osobą posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń. Brak dokonania przez zamawiającego powyższego wezwania stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp, a w konsekwencji również do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 b pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu wykonawcy zamówienia publicznego. Ponieważ ww. naruszenie dotyczy wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno - Monterskich Budownictwa PRIMBUD Sp. z o.o., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawców wymagając od nich wykazaniem się należytych wykonaniem, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz prawidłowym ukończeniem w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia tj.: *„wykazać się robotami budowlanymi na kwotę min. 5.000.000 zł brutto stanowiące przedmiot Zamówienia tj. co najmniej jedną referencją na wykonanie układu membranowego odpowiadającego technologii opisanej w dokumentacji projektowej (tj. wykonanie układu membranowego rurowego/tubowego) nie dopuszcza się stosowania układów pakietowych membranowych zatopionych. Zamawiający uzna referencje*

i doświadczenie jeżeli Wykonawca wykaże się wykonaniem całej instalacji wraz z układem membranowym dla branży wodno-ściekowej lub pokrewnej.” Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Monterskich Budownictwa PRIMBUD Sp. z o.o. w celu potwierdzenia spełniania powyższego warunku polegał na potencjale podmiotu trzeciego STALBUDOM Sp. z o.o. (na podstawie zobowiązania do oddania swoich zasobów wiedzy i doświadczenia z dnia 18.06.2018 r.) wskazując w wykazie robót, wykonaną na rzecz Zakładu Gospodarki Odpadami S.A. w Bielsku Białej, robotą budowlaną pn.: *„Budowa podczyszczalni odcieków ze składowiska odpadów na terenie ZGO S.A. w Bielsku Białej”* przez konsorcjum firm: STALBUDOM Sp. z o.o. (lider), „WIKAR” Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe Sp. z o.o. o całkowitej wartości 6.720.105,00 zł brutto. Z treści wykazu robót, z umowy zawartej w dniu 20.03.2013 r. (Nr 13/ZP/ZGO/2012) w celu realizacji ww. roboty budowlanej, ani z referencji z 11.01.2016 r. nie wynika zakres i wartość prac wykonanych przez każdego z członków konsorcjum podczas realizacji ww. zamówienia. Podkreślił, że warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dotyczący doświadczenia, o którym mowa w art. 22 ust. 1 b pkt 3 Pzp, odnosi się do rzeczywistego zrealizowania przez wykonawcę części lub całości zamówienia. W związku z tym, istnienie odpowiedzialności solidarnej konsorcjantów za wykonanie umowy, wynikające z art. 141 Pzp, nie pociąga za sobą konsekwencji w postaci dopuszczalności powoływania się przez jednego członka konsorcjum na doświadczenie zdobyte przez innego konsorcjanta w trakcie wykonywania wspólnego zamówienia, a więc uprawnienia do legitymowania się pełnym doświadczeniem wynikającym z wykonanego przez konsorcjum zamówienia. Tym samym, członek konsorcjum nabywa wyłącznie doświadczenie związane z zakresem prac jakie wykonywał samodzielnie albo przy pomocy podwykonawców, nie nabywa jednak doświadczenia odnośnie prac wykonanych przez innych konsorcjantów. Mając powyższe na uwadze uznał, że Zamawiający oceniając potencjał zawodowy wykonawców powinien badać jaki zakres prac został rzeczywiście wykonany przez danego wykonawcę w ramach konsorcjum, a w przypadku braku takich danych w treści referencji - ma obowiązek zwrócić się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień co do zakresu rzeczywiście wykonanych prac w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Co więcej, Zamawiający może skorzystać z uprawnienia do wystąpienia do podmiotu, który wystawił takie referencje, z wnioskiem o przekazanie mu niezbędnych informacji dotyczących realizacji umowy, odnoszących się do zakresu i rodzaju prac wykonywanych przez poszczególnych członków konsorcjum stosując tryb przewidziany w § 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126) zwanego dalej: *„rozporządzeniem”*. Prezentowane w niniejszej sprawie stanowisko znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie KIO i TSUE. Należy w tym

miejscu przywołać wyrok TSUE z 04.05.2017 r, C-131/14 Esaprojekt, w którym w pkt 62-65 wskazano, że: „(...) *gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Jak bowiem słusznie podniósł rząd polski w uwagach na piśmie, wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. W świetle powyższego odpowiedź na piąte pytanie powinna brzmieć tak, iż art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.*” W związku z tezami przywołanymi w powyższym wyroku TSUE ukształtowała się przeważająca linia orzecznicza KIO uznająca, że Zamawiający powinien poddać badaniu i ustalić realny udział wykonawcy przy realizacji zamówienia, na które powołuje się w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego potencjału technicznego i zawodowego, a które wykonała grupa wykonawców (konsorcjum firm), której był członkiem - niezależnie od tego, czy w SIWZ przyjęto zapisy regulujące powyższą kwestię. Stwierdził, iż zasada równego traktowania wykonawców wymaga, aby uznawać doświadczenie zdobyte przez wykonawcę w ramach konsorcjum jedynie w zakresie jego faktycznego wkładu w realizację przedsięwzięcia (wyrok KIO z 26.05.2017 r., sygn. akt: KIO 905/17, KIO 925/17, KIO 933/17; wyrok KIO z 22.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2571/17; wyrok KIO z 15.02.2018 r., sygn. akt: KIO 188/18, KIO 201/18). Zatem, jeżeli w treści przedłożonych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 Pzp dokumentów nie zawarto informacji o zakresie prac faktycznie wykonanych przez podmiot trzeci (na potencjale którego wykonawca polega celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu), który zamówienie realizował wspólnie z innym podmiotem w ramach konsorcjum, stwierdził, iż Zamawiający zobligowany był na podstawie art. 26 ust. 3 lub ust. 4 Pzp wezwać wykonawcę do przedstawienia informacji na temat realnego udziału tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Ponadto, w przypadku dokonania negatywnej oceny doświadczenia podmiotu trzeciego w świetle

określonego warunku udziału w postępowaniu, na Zamawiającym ciąży obowiązek wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wykazu osób z jednoczesnym wskazaniem art. 22a ust. 6 Pzp umożliwiającym wykonawcy zastąpienie tego podmiotu innym podmiotem lub zobowiązaniu się do osobistego wykonania tej części zamówienia, jeżeli wykaże się wymaganym doświadczeniem. Z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający nie zwrócił się na podstawie art. 26 ust. 3 lub ust. 4 Pzp do wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Monterskich Budownictwa PRIMBUD Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących faktycznego udziału podmiotu trzeciego STALBUDOM Sp. z o.o. przy realizacji wspólnie z „WIKAR” Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe Sp. z o.o. wskazanej w wykazie robót inwestycji. Dokumentacja postępowania nie zawiera dowodów potwierdzających, iż Zamawiający skorzystał z trybu przewidzianego w § 2 ust. 6 rozporządzenia. W trakcie przeprowadzanej kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania, Prezes UZP pismem z 25.09.2019 r. zwrócił się do Zakładu Gospodarki Odpadami S.A. w Bielsku-Białej z prośbą o udzielenie informacji dotyczących realizacji przez wykonawcę konsorcjum firm: STALBUDOM Sp. z o.o. (lider), „WIKAR” Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe Sp. z o.o. w okresie od dnia 20.03.2013 r. do dnia 03.12.2014 r. zamówienia publicznego pn.: *„Budowa podczyszczalni odcieków ze składowiska odpadów na terenie ZGO S.A. w Bielsku Białej”*, pozwalających na ustalenie faktycznego wkładu wykonawcy STALBUDOM Sp. z o.o. w realizację zamówienia ze wskazaniem, jaki był rzeczywisty udział ww. wykonawcy przy jego realizacji w ramach konsorcjum wraz z podaniem zakresu, rodzaju i wartości samodzielnie wykonanych prac. Pismem z 30.09.2019 r. Zakład Gospodarki Odpadami S.A. w Bielsku-Białej udzielił wyjaśnień: *„(...) firma Stalbudom Sp. z o.o. była liderem konsorcjum firm, które zrealizowały na naszą rzecz zadanie „Budowa podczyszczalni odcieków ze składowiska odpadów na terenie ZGO. S.A w Bielsku-Białej”. Całość inwestycji wartej 6.720.105,00 zł brutto była rozliczana przez lidera konsorcjum, któremu płaciliśmy za całość wykonanych usług. W związku z powyższym nie dysponujemy rozliczeniami z poszczególnymi podwykonawcami Stalbudom Sp. z o.o., w tym z współkonsorcjantem firmą „Wikar” PBT Sp. z o.o. Z naszych ustaleń wynika jednakże podział prac zadania był następujący: Firma „Wikar” odpowiadała (wykonywała) za część budowlano techniczną: ukształtowanie terenu, place i drogi, budowę budynku podczyszczalni, przyłączy technicznych (energia, woda, teletechnika itp.) natomiast firma Stalbudom Sp. z o. o. odpowiadała za część technologiczną od zaprojektowania, poprzez budowę, rozruch do oddania do eksploatacji instalacji oraz serwis i naprawy gwarancyjne. Z naszych rozliczeń z firmą Stalbudom Sp. z o.o. wynika, że część ogólnobudowlana to koszt ok. 3.202.305,00 zł natomiast technologia 3.517.800,00 zł. Jedyным dokumentem określającym przynajmniej zgrubnie zakres prac członków konsorcjum jest harmonogram*

realizacji inwestycji (...).”. Na podstawie przedstawionych informacji na temat realizacji powyższej roboty budowlanej, nie można stwierdzić nabycia przez podmiot trzeci STALBUDOM Sp. z o.o. wystarczającego doświadczenia do udostępnienia wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno- Monterskich Budownictwa PRIMBUD Sp. z o.o. w celu potwierdzenia spełniania określonego w treści warunku udziału w postępowaniu wymogu wykazania się robotami budowlanymi na kwotę min. 5.000.000 zł brutto stanowiących przedmiot zamówienia. Stosownie do poczynionych ustaleń, należy uznać, iż dokumenty przedłożone przez wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia podmiotu trzeciego, na potencjał którego powołał się wykonawca nie pozwalały zamawiającemu na dokonanie oceny, czy wykonawca spełnia ww. warunek w zakresie wystarczającym do należytej realizacji zamówienia. Reasumując, stwierdził, iż Zamawiający naruszył dyspozycję art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno - Monterskich Budownictwa PRIMBUD Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących faktycznego udziału podmiotu trzeciego STALBUDOM Sp. z o.o. w realizacji wskazanej w wykazie robót roboty budowlanej, która została wykonana wspólnie przez członków Konsorcjum firm: STALBUDOM Sp. z o.o. (lider), „WIKAR” Przedsiębiorstwo Budowlano- Transportowe Sp. z o.o., co w konsekwencji stanowi również naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu wykonawcy niniejszego zamówienia publicznego. Ponieważ ww. naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp dotyczy wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Monterskich Budownictwa PRIMBUD Sp. z o.o., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

Po zapoznaniu się z wynikami kontroli, Zamawiający zgłosił zastrzeżenia z 27.01.2020 r. /wpływ 30.01.2020 r./ do w pkt 2.1) i 2.2) Informacji o wyniku kontroli doraźnej, w których podniósł co następuje. Odnosnie uprawnień budowlanych. Okolicznością bezsporną jest, iż Zamawiający w dniu 6.07.2018 r. wystąpił do Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjno Montersko Budowlanych PRIMBUD Sp. z o.o. z wezwaniem do uzupełnienia dokumentacji przetargowej. Wezwanie dotyczyło zarówno okoliczności wykazania osób, które będą uczestniczyły w wykonaniu zamówienia, po stronie - Wykonawcy, jak i wykazu wykonanych robót. W odpowiedzi na wezwanie, pismem z 09.07.2018 r. Wykonawca - odnośnie pierwszej z ww. okoliczności przedłożył dokument stwierdzający przygotowanie zawodowe P. W.. Stwierdził, iż błędnymi są ustalenia Prezesa UZP w zakresie, w jaki wskazuje o uchybieniu w postaci zaniechania wezwania. Przeczy temu wprost pismo Zamawiającego z 06.07.2018 r. Do rozważenia zostaje więc wyłącznie okoliczność, czy

wybrany wykonawca spełnił warunki do dysponowania osobą zdolną do wykonania zamówienia przewidzianą do pełnienia funkcji kierownika budowy z uprawnieniami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń oraz czy osoba taka posiada co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe. Druga ze wskazanych okoliczności - jak się wydaje jest bezsporna, co potwierdzają złożone do akt zaświadczenia zawodowe. Do rozważenia pozostaje zatem okoliczność, czy uprawnienia P. W. w dniu ich złożenia do dokumentacji przetargowej były ograniczone. Jak wskazuje Prezes UZP – P. W. spełniał wymagania określone w § 5 ust. 1 rozporządzenia SFTB z 1975 r. do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych obejmujących kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie techniczne budowy i robót. Podstawą do uznania spełnienia ww. warunków było ukończenie przez P. W. średniej szkoły technicznej i trzyletniej praktyki zawodowej. Okoliczność tą, jako niezakwestionowaną przez Prezesa UZP, uznać należy za bezsporną. Do wyjaśnienia pozostaje więc okoliczność, czy zapis na dokumencie przygotowania zawodowego z 25.07.1985 r. wskazujący, iż w uprawnienia P. W. mają zastosowanie do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych jest tożsame z uznaniem, iż P. W. nie dysponował uprawnieniami bez ograniczeń, jak twierdzi Prezes UZP. Z wykładnią taką nie sposób się zgodzić. W pierwszej kolejności wskazał, iż prawidłowa interpretacja dokumentu z 25.07.1985 r. sprowadzać powinna się do konkluzji, iż uprawnienia P. W. są bez ograniczeń w zakresie rozwiązań powszechnie znanych. Uznanie, iż w przedmiotowym projekcie uprawnienia te są ograniczone wymagałoby uznania, iż przedmiot zamówienia operuje na rozwiązaniach niepowszechnych - inaczej - o dużym stopniu innowacyjności. Dodatkowo - i jedynie z ostrożności - wskazał, iż kolejne z wydanych zaświadczeń, tj. z 31.03.1992 r. już referencji do konstrukcji powszechnych nie zawiera, co niejako potwierdza ich nieograniczony zakres. Wskazane uprawnienia wydawane były w formie decyzji administracyjnej, co niejako przesądza prawidłowy sposób wykładni norm będących podstawą przedmiotowych decyzji. W zakresie wykładni prawa administracyjnego powszechne znaczenie ma wnioskowanie a contrario - a więc niestosowania przepisu w sytuacji do których przepis wprost się nie odnosi. Nie można tym samym stosować wykładni rozszerzającej. Przenosząc powyższe na analizowaną sprawę - zauważyć należy, iż Prezes UZP sam dostrzega, iż rozporządzenie z 1975 r. nie posługiwało się pojęciem uprawnień bez ograniczeń. Prowadzi to do dwóch istotnych wniosków:

- 1) Uprawnienia budowlane P. W. nie mogły być ograniczone, gdyż terminu takiego nie przewidywał ustawodawca w dacie wydania omawianych decyzji;
- 2) Nie można poprzez - jak się wydaje - zastosowaną przez Urząd wykładnię per analogiam (stosowanie tej analogii jest niedopuszczalne w prawie administracyjnym), dojść do konkluzji, iż sformułowanie o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych jest równoznaczne

z definicją uprawnień ograniczonych w rozumieniu rozporządzenia Ministra Pracy i Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z 30.12.1994 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych. Skoro ustawodawca nie wskazał wprost, iż pojęcia te są tożsame, nie można okoliczności tej wywodzić na wbrew wykładni literalnej. Dodatkowo - za wyłączenie swobodne rozważania Urzędu można uznać sformułowania odnoszące się do konkluzji, iż oczywistym jest osoba dysponująca wyższym wykształceniem ma szersze uprawnienia niż osoba z wykształceniem średnim. Teza taka pomija czynniki równoważące w postaci wymaganego dłuższego stażu budowlanego przez osobę dysponującą wykształceniem średnim. Użyte sformułowania - studia wyższe i dwuletnie doświadczenie oraz wykształcenie średnie i trzyletnie doświadczenie budowlane są równoznaczne a ustawodawca nie wskazał, iż dysponent jednych uprawnień może pełnić ograniczone funkcje. Rozważania Prezesa UZP w tym zakresie można uznać wyłącznie za hipotetyczne i nie oparte na normach obowiązującego prawa.

Odnosnie ocena doświadczenia. Zamawiający, w ramach postępowania przetargowego, dysponował Umową Nr 13/ZP/ZGO/2012 zawartą dnia 20.03.2013 r. między Zakładem Gospodarki Odpadami S.A. w Bielsku-Białej, ul. Krakowska 315 d, 43-300 Bielsko-Biała (Zamawiający), Konsorcjum Firm, w skład którego wchodzi następujące Spółki: „STALBUDOM” Sp. z o. o. (Pełnomocnik) ul. Zgoda 4, 00-018 Warszawa, oraz „WIKAR” Przedsiębiorstwo Budowlano - Transportowe Sp. z o. o. 33-314 Łososina Dolna 108 (Wykonawca). W realizację projektu objętego umową zaangażowano specjalistów z zakresu budownictwa obydwu przedsiębiorstw (co istotne, gdyż to od ich decyzji zależy przebieg całości inwestycji). Analizując przedmiot działalności obydwu przedsiębiorstw należy jednoznacznie stwierdzić, iż każde z nich profesjonalnie zajmuje się robotami budowlanymi, w tym z zakresu technologii oczyszczania ścieków i nie ma podstaw do przyjęcia, że któreś z przedsiębiorstw Konsorcjum nie miało bezpośredniego związku z robotami budowlanymi i realizacji inwestycji jako całości. W związku z powyższym nie istnieje żadna bezpośrednia przyczyna mogąca być podstawą wątpliwości, co do faktycznego udziału STALBUDOM-u w realizację projektu oczyszczalni ścieków. Na gruncie Pzp nie zostały sformułowane żadne przesłanki, która rozróżniałyby podmioty na takie, które zdobyły należyte doświadczenie przy jego realizacji od strony sztuki budowlanej, na które to doświadczenie mogą się powołać, od tych które tego faktycznego udziału nie miały. Nie ma w tym względzie wystarczających mechanizmów prawnych prowadzących do jasnego interpretowania podobnych stanów faktycznych i właśnie to zagadnienie zostało poruszone w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 02.06.2016 r. sygn. akt: C-27/15, który przytoczył Zamawiający. Wykonawca PRIMBUD, ani podwykonawca STALBUDOM na podstawie ogłoszenia o warunkach udziału z przetargu nie miał obowiązku, w przypadku spełnienia wymagań minimalnych co do doświadczenia

w ramach grupy wykonawców, do określenia zakresu udziału podmiotu trzeciego. A zarazem wskazał, że w niniejszym przypadku nie można mówić jednoznacznie, jeżeli w ogóle, o niedopełnieniu obowiązku informacyjnego. Zebrany w postępowaniu przetargowym materiał nie nasuwał wątpliwości, co do zdobytego doświadczenia, a charakter działalności członków Konsorcjum nie daje nawet pomniejszych wątpliwości, co do możliwego charakteru udziału w inwestycji, która realizuje minimalne wymagania z SIWZ. Aspektów doświadczenia przedsiębiorstwa STALBUDOM nie należy oceniać w oderwaniu od całokształtu jego doświadczeń. Przedsiębiorstwo od 15 lat prowadzi (wpis nr 1 do KRS z 03.06.2006 r.) działalność z zakresu konstrukcji metalowych, instalacji, naprawy maszyn przeznaczenia budowlanego, budowy obiektów inżynierii wodnej i innych. Przedsiębiorstwo w 2013 r. podjęło się w ramach Konsorcjum wraz z firmą WIKAR (po wygraniu przetargu) „*Budowy podczyszczalni odcieków ze składowiska odpadów na terenie ZGO S.A. w Bielsku-Białej*”. Wysoce nieprawdopodobnym jest kreowanie Konsorcjum przez przedsiębiorstwo WIKAR ze STALBUDOM, gdyby drugie miałyby nie mieć udziału bezpośrednio w budowie podczyszczalni odcieków, gdyż nie byłoby to żadnym łączeniem potencjału budowlanego (a jakiegokolwiek domniemane usługi około budowlane można by korzystniej uzyskać z innej formie) i niekorzystnym ukształtowaniem odpowiedzialności solidarnej dla STALBUDOM-u. Firma będąca podwykonawcą w projekcie pn.: „*Modernizacja oczyszczalni ścieków w Jeżowem*” posiada wymagane doświadczenie ze względu na udział w budowie podczyszczalni odcieków, wykazuje się wieloletnim doświadczeniem w branży nabytym dzięki realizacji podobnych inwestycji, a więc wymagania minimalne zostały spełnione. Orzecznictwo w zakresie wartościowania doświadczenia nabytego przez jednego z członków podczas robót realizowanych w konsorcjum i późniejsze legitymowanie się podczas ubiegania o zamówienie publiczne jest kwestią sporną i niejasną, co do dominującego stanowiska. Przytoczył wyrok KIO z 22.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 176/10, wyrok KIO z 05.10.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1187/09, wyrok z 05.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 111/09, wyrok SO we Wrocławiu z 02.12.2009 r., sygn. akt: X Ga 332/09, wyrok ZA z 08.09.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2467/05 i wyrok KIO z 27.11.2008 r. o sygn. KIO/UZP 1285/08. Zauważył, iż:

1. Nie ma wątpliwości, że Konsorcjum zrealizowało projekt budowlany o wartości minimum 5.000.000 zł.
2. Podmioty funkcjonujące w postaci konsorcjum odpowiadały solidarnie za niewykonanie, nienależyte wykonanie zobowiązania, za wyrządzone szkody przy realizacji inwestycji. Kwota odpowiedzialności nie było w żaden sposób obniżona do granicy udziału w wykonywaniu zadań.

3. Budowa podczyszczalni nie była budową np. dwóch niezwiązanych funkcjonalnie ze sobą obiektów budowlanych o jednostkowej wartości w wysokości np. 2.500.000 zł, a całościowo funkcjonalnym obiektem o wartości przynajmniej 5.000.000 zł. To był jeden duży, powiązany funkcjonalnie obiekt, więc obydwie podmioty będące członkami Konsorcjum zrealizowały inwestycje o przynajmniej 5 milionowej wartości rynkowej na czas inwestycji. Był to jeden większy projekt, nie dwa oddzielne budowane przy okazji jednej inwestycji, a co jest istotne przy ocenie zdobycia odpowiedniego doświadczenia, tożsamego z inwestycją przeprowadzaną przez Beneficjenta.

Prezes UZP w odpowiedzi z 10.02.2020 r. (znak:UZP/DKZP/WKZ5/421/55(17)/19/RB dot.: KND/55/19/DKZP) na zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej w związku z przeprowadzoną przez Prezesa UZP kontrolą doraźną wskazał, iż nie uwzględnia zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących naruszeń Pzp. Oдноśnie uprawnień budowlanych. W odpowiedzi na sformułowane na wstępie wniesionych zastrzeżeń twierdzenie o spełnieniu przez Zamawiającego obowiązku wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Monterskich Budownictwa PRIMBUD Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie, określonego w SIWZ, warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego dysponowania osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, czemu dowodzić ma pismo z 06.07.2018 r. wskazał, co następuje. Z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający wezwał w piśmie z 06.07.2018 r. ww. wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp do „uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. dokumenty wymienione w SIWZ.” Powyższe wezwanie stanowi realizację przez zamawiającego normy określonej w art. 26 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca złożył m.in. wykaz osób, gdzie jako Kierownik Budowy został wskazany p. P. W. oraz kopię dokumentu potwierdzającego posiadane przez p. P. W. uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno- budowlanej - decyzja z 31.03.1992 r. (Nr 32/Tbg/92). W Informacji o wyniku kontroli zostało stwierdzone, że z informacji zamieszczonych w treści wykazu osób nie wynika zakres posiadanych przez p. P.W. uprawnień budowlanych, tj., czy wskazane uprawnienia są uprawnieniami bez ograniczeń, czy w ograniczonym zakresie. Z treści ww. decyzji wynika, że p. P.W.legitymuje się wykształceniem średnim technicznym (technik urządzeń sanitarnych) i posiada przygotowanie zawodowe upoważniające go do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności

konstrukcyjno - budowlanej. Decyzja określa, że p. P. W. jest upoważniony m.in. 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, z wyłączeniem linii, węzłów i stacji kolejowych, dróg oraz lotniskowych dróg startowych i manipulacyjnych, mostów, budowli hydrotechnicznych i wodnomelioracyjnych. W ocenie Prezesa UZP, wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Monterskich Budownictwa PRIMBUD Sp. z o.o. nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowaniem osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Kierownika Budowy. Przemawia za tym stwierdzenie, iż p. P. W., posiadający średnie wykształcenie techniczne oraz uprawnienia, w których zostały wpisane ograniczenia do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych, nie dysponuje uprawnieniami budowlanymi w wymaganym przez zamawiającego nieograniczonym zakresie, równoznacznym nadawanym w obecnym stanie prawnym uprawnieniom w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń. Fakt, że Zamawiający nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia wykazu osób w zakresie wykazania dysponowaniem osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Kierownika Budowy posiadającej określone w SIWZ uprawnienia budowlane w nieograniczonym zakresie świadczy o tym, iż Zamawiający nie dochował obowiązku, jaki nakłada na niego art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem ustawy, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez Zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Zatem czynność Zamawiającego, polegająca jedynie na wezwaniu ww. wykonawcy pismem z 06.07.2018 r. w trybie art. 26 ust. 2 Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie czyni zadość obowiązkowi wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu (wykazu osób), którego zaniechanie zostało stwierdzone w wyniku kontroli. Tym samym, twierdzenie zamawiającego o prawidłowości wezwania wykonawcy w piśmie z 06.07.2018 r. nie znajduje odzwierciedlenia w stanie faktycznym sprawy.

Mając na uwadze przedstawione w zastrzeżeniach stanowisko Zamawiającego odnośnie zakresu uprawnień budowlanych osoby wskazanej przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno - Monterskich Budownictwa PRIMBUD Sp. z o.o. do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, w ślad za Informacją o wyniku kontroli ponownie stwierdził, że z dokumentów załączonych do oferty ww. Wykonawcy nie wynika, że wskazany na to stanowisko p. P.W. posiada wymagane przez Zamawiającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń. Z treści złożonej przez Wykonawcę decyzji Nr 32/Tbg/92 z 31.03.1992 r. o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie wydanej dla p. P. W. wynika, iż ww. osoba posiada przygotowanie zawodowe upoważniające go do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej i jest upoważniony 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. Z powyższego wynika wprost, iż zakres ww. uprawnień jest ograniczony do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych. Przedmiotowe uprawnienia zostały wydane na podstawie § 5 ust. 2, § 6 ust. 2 i § 7 i § 13 ust. 1 pkt 2 oraz zmiany Dz. U. Nr 69, poz. 229 z 8 sierpnia 1991 r. rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z 20.02.1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46), dalej: „*rozporządzeniem w sprawie sftb z 1975 r.*” Z samej decyzji wynika również, iż p. P.W. posiada wykształcenie średnie, na co wskazuje tytuł zawodowy: technik urządzeń sanitarnych. Zgodnie z treścią § 5 ust. 2 ww. rozporządzenia obowiązującą w dniu wydania powyżej przytoczonej decyzji „*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 (...)*”. Na marginesie zauważył, iż na gruncie wówczas obowiązujących przepisów treść decyzji nadającej uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej osobom posiadającym wykształcenie wyższe zawierała upoważnienie 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*” bez ograniczenia ich do powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych.

Oceniając spełnianie przez wykonawcę postawionego przez Zamawiającego wymogu posiadania uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w specjalności

konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń, przez pryzmat rozporządzenia obowiązującego dacie nadania uprawnień p. P. W. wskazano, że osobie tej nie nadano uprawnień bez ograniczeń, bowiem uprawnienia zawężono do kierowania, nadzorowania, kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie wszelkich budynków i innych budowli o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, co przy średnim technicznym wykształceniu p. P. W. i przytoczonym § 5 ust. 2 ww. rozporządzenia wskazuje na posiadane przez ww. osobę uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie, tj. niezgodnym z literalnym brzmieniem warunku udziału w postępowaniu określonym w SIWZ oraz 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 P. W. w 1992 r., a ich treść należy oceniać w odniesieniu do przepisów, na mocy których zostały nadane. W związku z powyższym, nie można uznać, iż p. P. W. dysponuje uprawnieniami budowlanymi o charakterze nieograniczonym, równoznacznym nadawanym w obecnym stanie prawnym uprawnieniom bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno - budowlanej, tj. w wymaganym przez zamawiającego zakresie. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO, 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 27.07.2015 r., sygn. akt: KIO 1320/15, 1325/15, 1330/15) orzekł: „(...) w zakresie niepotwierdzenia spełnienia 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 KIO zajęła w uchwale z 23.11.2011 r., sygn. akt: KIO/KU 86/11, wyroku z 25.03.2009 r., sygn. akt: KIO 293/09, 294/09 oraz uchwale z 28.08.2018 r., sygn. akt: KIO/KD 32/18. Mając na uwadze powyżej przytoczone stanowisko KIO, nie zgodził się z argumentacją Zamawiającego, iż „Uprawnienia budowlane P. W. nie mogły być ograniczone, gdyż terminu takiego nie przewidywał ustawodawca w dacie wydania omawianych decyzji". Nie zasługuje na aprobatę również negowanie przez Zamawiającego stanowiska, zgodnie z którym, sformułowanie o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych jest równoznaczne z definicją uprawnień ograniczonych w rozumieniu rozporządzenia Ministra Pracy i Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa

z 30.12.1994 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych. Zgodnie z powyżej przedstawionym stanowiskiem KIO, zakres uprawnień obejmujących specjalność konstrukcyjno - budowlaną dla osoby ze średnim wykształceniem technicznym wydanych na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie należy interpretować 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.

Ponadto, w odpowiedzi na argument przedstawiony przez Zamawiającego, iż z uwagi na fakt, że rozporządzenie z 1975 r. nie posługiwało się pojęciem uprawnień bez ograniczeń, tym samym przedmiotowe uprawnienia nie mogły być ograniczone, należy podnieść, że pojęcia „*uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie*” i „*uprawnienia budowlane bez ograniczeń*” wprowadzone zostały przepisami rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia 30 grudnia 1994 r. (Dz. U. z 1995 r. nr 8 poz. 38), a zakres uzyskiwanych uprawnień budowlanych został rozstrzygnięty przez KIO m.in. w uchwale z 28.11.2011 r. (sygn. akt KIO/KU 84/11: „(...) *Choć przepisy powyższego rozporządzenia nie posługują się pojęciem „uprawnienia bez ograniczeń”, wprowadzonym wraz z wejściem w życie rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia 30 grudnia 1994 r. (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. 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, wskazuje, że na gruncie analizowanej sprawy mamy do czynienia z uprawnieniami budowlanymi w ograniczonym zakresie*”. Mając na uwadze powyższe, ponownie stwierdził, iż jeżeli Zamawiający, określił w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ, że wymaga od wykonawców w zakresie potencjału kadrowego na stanowisko Kierownika Budowy wykazania dysponowaniem osobą posiadającą uprawnienia

budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, to wykonawca winien w wykazie osób wskazać osobę posiadającą uprawnienia budowlane czyniące zadość postawionemu warunkowi. Natomiast wskazany przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Monterskich Budownictwa PRIMBUD Sp. z o.o., p. P. W. - technik urządzeń sanitarnych, ze względu na przyznane uprawnienia i średnie wykształcenie techniczne, posiada uprawnienia budowlane odpowiadające obecnie wydawanym uprawnieniom w ograniczonym zakresie, tj. do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie we wskazanej w treści uprawnień specjalności z ograniczeniami. Biorąc powyższe pod uwagę wraz z faktem wezwania Wykonawcy jedynie w piśmie z 06.07.2018 r. na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu należy stwierdzić, iż Zamawiający w toku przeprowadzonego postępowania nie podjął żadnych czynności zmierzających do wezwania ww. Wykonawcy do uzupełnienia wykazu osób w zakresie wykazania dysponowaniem Kierownikiem Budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń. Reasumując, Prezes UZP podtrzymuje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli, iż Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Monterskich Budownictwa PRIMBUD Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania odpowiedniego zasobu kadrowego. W konsekwencji Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp tj. zaniechał wykluczenia Wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dodatkowo Zamawiający poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę niespełniającego ww. warunku udziału w postępowaniu i udzielenie mu zamówienia naruszył określony w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, co jednocześnie narusza jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

Odnosnie ocena doświadczenia. Wskazał, iż z samego faktu dysponowania przez zamawiającego Umową Nr 13/ZP/ZGO/2012 z 20.03.2013 r. zawartą przez Zakład Gospodarki Odpadami S.A. w Bielsku-Białej z wykonawcą konsorcjum firm „STALBUDOM” Sp. z o.o. (lider), „WIKAR” Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe Sp. z o.o. na realizację zadania pn. „Budowa podczyszczalni odcieków ze składowiska odpadów na terenie ZGO S.A. w Bielsku-Białej” nie sposób wywieść, że Zamawiający dopełnił obowiązku weryfikacji doświadczenia nabytego w realizacji ww. inwestycji przez podmiot „STALBUDOM” Sp. z o.o., na potencjale którego wykonawcą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Monterskich Budownictwa PRIMBUD Sp. z o.o. polegał w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia. Zamawiający

określił powyższy warunek wymagając od wykonawców wykazania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia. W świetle sformułowanego przez zamawiającego warunku wykonawcy musieli: *„wykazać się robotami budowlanymi na kwotę min. 5.000.000 zł brutto stanowiące przedmiot Zamówienia tj. co najmniej jedną referencją na wykonanie układu membranowego odpowiadającego technologii opisanej w dokumentacji projektowej (tj. wykonanie układu membranowego rurowego/tubowego) nie dopuszcza się stosowania układów pakietowych membranowych zatopionych. Zamawiający uzna referencje i doświadczenie jeżeli Wykonawca wykaże się wykonaniem całej instalacji wraz z układem membranowym dla branży wodno-ściekowej lub pokrewnej.”*. Mając powyższe na uwadze stwierdził, że ani z treści referencji z 11.01.2016 r., ani z umowy z 20.03.2013 r. na realizację zadania wykazanego przez wykonawcę w wykazie robót nie wynika zakres faktycznie wykonanych robót przez każdego z członków konsorcjum firm „STALBUDOM” Sp. z o.o. (lider), „WIKAR” Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe Sp. z o.o. Na określony w ww. umowie zakres zrealizowanych wspólnie przez członków konsorcjum zadań na łączną kwotę 6.720.105,00 zł brutto składały się poszczególne elementy z cenami brutto: 1) budynek podczyszczalni - 1.943.400,00 zł, 2) sieci i przyłącza - 701.100,00 zł, 3) elementy zewnętrzne - 557.805,00 zł, 4) dostawa i montaż urządzeń technologii podczyszczania - 3.259.500,00 zł, 5) projekty, instrukcje eksploatacji, pozwolenie na użytkowanie 258.300,00 zł. Nie sposób zatem stwierdzić, iż zamawiający był w stanie na podstawie powyżej przytoczonych danych poprawnie zweryfikować samodzielny udział i uznać doświadczenie podmiotu „STALBUDOM” Sp. z o.o. za wystarczające do powoływania się na nie przez Wykonawcę wykazującego spełnianie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

W dalszej kolejności wskazał, że przywołane przez Zamawiającego w treści zastrzeżeń wyroki KIO prezentują już nieaktualną linię orzeczniczą. Od momentu wydania wyroku TSUE z 04.05.2017 r., C-384/14 Esaprojekt, ugruntowała się zasada, że wykonawca może powoływać się na doświadczenie w wykonaniu zamówienia jako członek konsorcjum, ale tylko w zakresie bezpośredniego udziału w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązane jest to konsorcjum firm. Zatem, wykonawca nie może polegać, w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. Przywołana zasada znajduje zastosowanie w każdym przypadku, gdy postawiono warunek odnoszący się do potencjału technicznego lub zawodowego, a w postępowaniu ofertę złożyło konsorcjum firm - niezależnie od rodzaju przedmiotu zamówienia. Powyższe stanowisko prezentuje obecna

linia orzecznicza KIO, co można zauważyć przykładowo w: wyroku z 26.05.2017 r., sygn. akt: KIO 905/17, KIO 925/17, KIO 933/17, wyroku z 22.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2571/17, czy też w wyroku z 15.02.2018 r., sygn. akt: KIO 188/18, KIO 201/18. W następstwie wydania powyżej przytoczonego wyroku TSUE z 04.05.2017 r. nastąpił odwrót od postrzegania doświadczenia zdobywanego przez konsorcjanta przez pryzmat solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum. Zatem na gruncie obecnego orzecznictwa nie sposób powołać się na tezę, zgodnie z którą wykonawca będący członkiem konsorcjum z tytułu ciążącej na nim odpowiedzialności solidarnej jest zaangażowany w pełni przy realizacji zamówienia i nabywa wiedzę i doświadczenie co do całości prac. Tym samym, doświadczenie nabywane przez poszczególnego członka konsorcjum należy utożsamiać z faktem jego udziału w realizacji zamówienia, jak również w odniesieniu jedynie do zakresu prac faktycznie realizowanych przez konsorcjanta. Jednocześnie należy stwierdzić, że warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia jest odnoszony do rzeczywistego zrealizowania przez wykonawcę części lub całości zamówienia, a nie skutków prawnych powiązań wynikających z wcześniej zawartych przez wykonawców umów. Umowa konsorcjum określa zakres nabywanego doświadczenia przez każdego z członków poprzez zakres prac przypisany konsorcjantowi zgodnie z jej treścią. Na potwierdzenie powyższego warto przywołać wyrok KIO z 11.06.2018 r., sygn. akt: KIO 996/18: *„Wykonawca wykonujący zamówienie publiczne w konsorcjum z innymi wykonawcami nabywa doświadczenie tylko w takim zakresie, jaki leżał u podstaw jego obowiązków w ramach umowy konsorcjalnej. Wykonawca taki nie nabywa doświadczenia całej grupy wykonawców w odniesieniu do całości świadczenia. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego chodzi bowiem nie o teoretyczną potencjalną możliwość prawidłowego wykonania zamówienia, ale o wybór wykonawcy dającego największą gwarancję należytego wykonania zamówienia”*.

W odniesieniu do twierdzeń Zamawiającego, iż inwestycja, którą wykazał Wykonawca nie była budową dwóch niezwiązanych funkcjonalnie ze sobą obiektów budowlanych stanowiąc całościowo funkcjonalny obiekt o wartości przynajmniej 5.000.000 zł, co istotnie wpływa przy ocenie zdobycia odpowiedniego doświadczenia, tożsamego z inwestycją realizowaną przez Zamawiającego należy podkreślić, iż przywołane stanowiska orzecznictwa znajdują zastosowanie niezależnie od rodzaju przedmiotu zamówienia i nie mogą zostać pomijane jeżeli przedmiot zamówienia stanowi świadczenie niepodzielne.

Warto zauważyć, iż Zamawiający ma prawo, w zależności od rodzaju i charakteru świadczenia, żądać od wykonawcy wykazania konkretnego poziomu kwalifikacji i czyni to ustanawiając, bądź nie, warunki udziału w postępowaniu. Zasada przejrzystości wymaga, aby wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub

w SIWZ. Natomiast, nie ulega wątpliwości, iż zamawiający jest związany przyjętymi w tym zakresie zapisami i powinien badać złożone oferty zgodnie z przyjętymi w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ warunkami udziału w postępowaniu. W rozpoznawanym stanie faktycznym sprawy istotnym jest brak możliwości automatycznego podchodzenia do kwestii oceny możliwości powoływania się przez Wykonawcę na doświadczenie podmiotu „STALBUDOM” Sp. z o.o. uzyskane w ramach wspólnej realizacji zamówienia w ramach konsorcjum - do którego odwoływał się Wykonawca w złożonym na wezwanie Zamawiającego wykazie robót budowlanych. W takim przypadku, koniecznością staje się badanie przez Zamawiającego tego, w jakim zakresie faktycznie wykonawca realizował zadania wskazane w wykazie robót budowlanych, bowiem tylko ten zakres prac jest istotny z punktu widzenia zdobytego przez podmiot trzeci doświadczenia, będącym potencjałem na który powołuje się wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

W kontekście powyższego nie budzi żadnych wątpliwości konieczność zastosowania przez Zamawiającego względem Wykonawcy procedury, opisanej w art. 26 ust. 4 Pzp, polegającej na wyjaśnieniu wskazywanego w wykazie robót budowlanych doświadczenia w aspekcie faktycznego udziału podmiotu „STALBUDOM” Sp. z o.o. w realizacji określonych zadań związanych z wykonaniem wspólnie z podmiotem „WIKAR” Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe Sp. z o.o. zadania pn.: *„Budowa podczyszczalni odcieków ze składowiska odpadów na terenie ZGO S.A. w Bielsku-Białej”*. Brak weryfikacji doświadczenia do którego odwoływał się Wykonawca w przedstawionym wykazie robót budowlanych pod wskazywanym powyżej kątem lub bezrefleksyjne uznanie przez zamawiającego, że doświadczenie uzyskane przez podmiot „STALBUDOM” Sp. z o.o. w ramach konsorcjum może być w całości zakwalifikowane jako doświadczenie jednego z członków konsorcjum w opinii Prezesa UZP prowadzi z sposób bezpośredni do naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp. Podobne stanowisko zostało zajęte przez KIO w uchwale z 06.05.2019 r., sygn. akt: KIO/KD 33/19. Co więcej, należy dodać, że Zamawiający mógł również skorzystać z uprawnienia do wystąpienia do podmiotu, który wystawił takie referencje, z wnioskiem o przekazanie mu niezbędnych informacji dotyczących realizacji umowy, odnoszących się do zakresu i rodzaju prac wykonywanych przez poszczególnych członków konsorcjum stosując tryb przewidziany w § 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126). Mając na uwadze powyżej dokonaną analizę stanu faktycznego sprawy Prezes Urzędu informuje, że podtrzymuje stwierdzone w Informacji o wyniku naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących faktycznego udziału podmiotu trzeciego w realizacji wskazanej w wykazie robót, roboty budowlanej, która została wykonana wspólnie przez

członków konsorcjum firm: „STALBUDOM” Sp. z o.o. (lider), „WIKAR” Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe Sp. z o.o., co w konsekwencji stanowi również naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór był niezgodny z przepisami Pzp, naruszając jednocześnie nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy wraz z jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

Jednocześnie Prezes UZP, poinformował stosownie do treści art. 167 ust. 2 Pzp, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej o ich przekazaniu do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Na tym tle Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązana była na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wydać niniejszą uchwałę.

Izba ustaliła, że stan faktyczny został w toku kontroli ustalony prawidłowo i nie był kwestionowany w zastrzeżeniach. Kwestią sporną była ocena ustalonego stanu faktycznego pod kątem wykazania przez Prezesa UZP naruszeń.

W tym zakresie, Izba stwierdziła, że biorąc pod uwagę dokumenty zgromadzone w przedmiotowej sprawie oraz ustalenia faktyczne i stanowisko Prezesa UZP wyrażone w Informacji o wynikach kontroli doraźnej oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia od tych wyników zgłoszone przez Zamawiającego, uwzględniając również treść zastrzeżeń złożonych przez Zamawiającego od wyników kontroli doraźnej należy uznać, iż w przedmiotowej sprawie istniały podstawy do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przywołanych powyżej przepisów.

Izba w pełni podzieliła argumentację Prezesa UZP wyrażoną w szczególności w odpowiedzi na zastrzeżenia od wyniku kontroli, uznając ją za własną. Z tej przyczyny ograniczy się jedynie do podkreślenia pewnych zasadniczych kwestii.

W zakresie kwestionowanych uprawnień zawodowych, Izba wskazuje, że warunek dotyczył dysponowania osobą zdolną do wykonania zamówienia przewidzianą do pełnienia funkcji Kierownika Budowy z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami

budowlanymi - w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń oraz posiadającego co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe (po uzyskaniu uprawnień budowlanych) na stanowisku kierownika budowy. Celem jego potwierdzenia należało złożyć wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi sporządzony wg wzoru stanowiącego zał. nr 4 do SIWZ. W treści wykazu osób, złożonego w odpowiedzi na wezwanie wystosowane w trybie art. 26 ust. 2 Pzp przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Monterskich Budownictwa PRIMBUD Sp. z o.o., jako osoba przewidziana do pełnienia funkcji kierownika budowy został wskazany - p. P. W. wraz z informacją na temat kwalifikacji zawodowych: „*Kwalifikacje upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót Upr. Nr 32/Tbg/92* w *specjalności konstrukcyjno-budowlanej*.”. Jednocześnie wraz z wykazem osób wykonawca złożył m.in. kopię dokumentu potwierdzającego posiadane przez p. P. W. - uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w postaci decyzji Nr 32/Tbg/92 z 31.03.1992 r. „*Stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie*” wydanej na podstawie § 5 ust. 2, § 6 ust. 2 i § 7 i § 13 ust. 1 pkt 2 oraz zmiany Dz. U. Nr 69, poz. 229 z 08.08.1991 r. rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska 20.02.1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46), dalej: „*rozporządzeniem w sprawie sftb z 1975 r.*”. Z treści ww. decyzji wynika, że p. P. W. legitymuje się - wykształceniem średnim technicznym (technik urządzeń sanitarnych) i posiada przygotowanie zawodowe upoważniające go do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Określa także, że p. P. W. jest upoważniony m.in. 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, z wyłączeniem linii, węzłów i stacji kolejowych, dróg oraz lotniskowych dróg startowych i manipulacyjnych, mostów, budowli hydrotechnicznych i wodnomelioracyjnych. Brak jest też tam sformułowania, czy powyżej opisane uprawnienia są uprawnieniami w ograniczonym czy też w nieograniczonym zakresie.

Izba podzieliła w zakresie przedstawionego stanu faktycznego ocenę dokonaną przez Prezesa UZP w Informacji o wynikach kontroli oraz w Odpowiedzi na zastrzeżenia. Jednocześnie podkreślając, za orzecznictwem – wyrok KIO z 10.05.2018 r., sygn. akt: KIO 779/18, że: „(...) podział uprawnień budowlanych na uprawnienia bez ograniczeń i w ograniczonym zakresie został wprowadzony przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, które weszły w życie 1 stycznia 1995 r. Do roku 1995 przepisy prawa

budowlanego - jak podają eksperci z tej dziedziny - nie przewidywały wprost uprawnień budowlanych, których zakres byłby ograniczony podmiotowo lub przedmiotowo. Jednakże taki podział istniał, aczkolwiek różnił się sposobem stosowania ograniczeń polegającym na określaniu, w jakim zakresie osoba posiadająca uprawnienia budowlane może wykonywać samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, a w jakim podlegała wyłączeniu. Przykład taki stanowią przepisy 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 ze zm.), które jako formy ograniczenia uprawnień wprowadziły m.in. pojęcie: "powszechnie znane rozwiązania konstrukcyjne i schematy techniczne". Niewątpliwie, co podnosił na rozprawie Przystępujący - zasada nadawania uprawnień w określonym zakresie od początku wydawania uprawnień generalnie była niezmienna - 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, ale pokrewnym dla danej specjalności mogły uzyskać uprawnienia jedynie w ograniczonym zakresie. Z kolei wydawanie uprawnień budowlanych w ograniczonym zakresie przewidywał m.in. § 2 ust. 2 wskazanego rozporządzenia z 1975 r., zgodnie z którym osoby posiadające średnie wykształcenie techniczne mogły wykonywać samodzielną funkcję projektanta w specjalności techniczno-budowlanej zgodnej z posiadanym wykształceniem technicznym wyłącznie tak jak w punkcie 2 tego przepisu: "2) w innych specjalnościach techniczno-budowlanych - w zakresie obiektów budowlanych, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych i schematach technicznych". Niewątpliwie te przepisy tak jak w punkcie 2 wprowadzały ograniczenia przedmiotowo [w punkcie 1 z kolei podmiotowo: "1) "budownictwo osób fizycznych"] nie nazywając ich wprost uprawnieniami budowlanymi w ograniczonym zakresie, jak czyni to obowiązująca ustawa — Prawo budowlane. Autorzy podają, że przed 1995 r. nie występowały uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie w ujęciu formalnym, lecz ujęciu materialnym. Zatem o fakcie ograniczenia uprawnień będzie decydowała każdorazowo treść decyzji o nadaniu uprawnień budowlanych, jednakże o spełnieniu wymagania decydować będzie także opis warunku, tak jak w niniejszej sprawie. (...)". Podobne stanowisko wyraziła KIO w wyroku z 10.11.2017r., sygn. akt: KIO 2196/17, gdzie de facto przyznała że uprawnienia ograniczone do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych są uprawnieniami w ograniczonym zakresie.

Jeżeli więc Zamawiający, określił, że wymaga od wykonawców w zakresie potencjału kadrowego na stanowisko Kierownika Budowy wykazania dysponowaniem osobą posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, to wykonawca winien w wykazie osób wskazać osobę posiadającą uprawnienia

budowlane czyniące zadość postawionemu warunkowi. P. P. W. - technik urządzeń sanitarnych, ze względu na przyznane uprawnienia i średnie wykształcenie techniczne, posiada uprawnienia budowlane odpowiadające obecnie wydawanym uprawnieniom w ograniczonym zakresie, tj. do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie we wskazanej w treści uprawnień specjalności z ograniczeniami.

Zamawiający w toku przeprowadzonego postępowania nie podjął żadnych czynności zmierzających do wezwania ww. Wykonawcy do uzupełnienia wykazu osób w zakresie wykazania dysponowaniem Kierownikiem Budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń za wyjątkiem wezwania w trybie art. 26 ust. 2 Pzp. W rezultacie Izba zgadza się ze stanowiskiem Prezesa UZP, że Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Monterskich Budownictwa PRIMBUD Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania odpowiedniego zasobu kadrowego. W konsekwencji Zamawiający naruszył też art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp, tj. zaniechał wykluczenia Wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Skutkowało to w konsekwencji, tym, że Zamawiający poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę niespełniającego ww. warunku udziału w postępowaniu i udzielenie mu zamówienia naruszył określony w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp.

W zakresie kwestionowanej ocena doświadczenia. Zamawiający określił warunek dotyczący doświadczenia wymagając od wykonawców wykazania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia, tj. *„wykazać się robotami budowlanymi na kwotę min. 5.000.000 zł brutto stanowiące przedmiot Zamówienia tj. co najmniej jedną referencją na wykonanie układu membranowego odpowiadającego technologii opisanej w dokumentacji projektowej (tj. wykonanie układu membranowego rurowego/tubowego) nie dopuszcza się stosowania układów pakietowych membranowych zatopionych. Zamawiający uzna referencje i doświadczenie jeżeli Wykonawca wykaże się wykonaniem całej instalacji wraz z układem membranowym dla branży wodno-ściekowej lub pokrewnej.”*

Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Monterskich Budownictwa PRIMBUD Sp. z o.o. w celu potwierdzenia spełniania powyższego warunku polegał na potencjale podmiotu trzeciego STALBUDOM Sp. z o.o. (na podstawie zobowiązania do oddania swoich zasobów wiedzy i doświadczenia z 18.06.2018 r.) wskazując w wykazie robót, wykonaną na rzecz

Zakładu Gospodarki Odpadami S.A. w Bielsku Białej, robotą budowlaną pn.: „Budowa podczyszczalni odcieków ze składowiska odpadów na terenie ZGO S.A. w Bielsku Białej” przez konsorcjum firm: STALBUDOM Sp. z o.o. (Lider), „WIKAR” Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe Sp. z o.o. o całkowitej wartości 6.720.105,00 zł brutto. Jednocześnie, ani z treści wykazu robót, ani z umowy zawartej w dniu 20.03.2013 r. (Nr 13/ZP/ZGO/2012) w celu realizacji ww. roboty budowlanej, ani z referencji z 11.01.2016 r. nie wynika zakres i wartość prac wykonanych przez każdego z członków konsorcjum podczas realizacji ww. zamówienia, a w szczególności - STALBUDOM Sp. z o.o.

Należy zgodzić się z Prezesem UZP, że nie sposób stwierdzić, iż Zamawiający był w stanie na podstawie powyżej przytoczonych danych poprawnie zweryfikować samodzielny udział i uznać doświadczenie podmiotu „STALBUDOM” Sp. z o.o.

Izba w tym zakresie wskazuje także na wyrok KIO 11.06.2018 r., sygn. akt: KIO 996/18: „(...) Zgodnie z art. 22 ust. 1 a ustawy zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Bezsporne jest, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający takie warunki udziału w postępowaniu określił. Dodatkowo w pkt 9.3 zamawiający wskazał, że dokumenty składane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia w zakresie, w którym każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. W przedmiotowym postępowaniu warunek doświadczenia zawodowego wykazywał PBił ABT sp. z o.o. i było to doświadczenie, które nabył w innym konsorcjum niż związane na potrzeby tego postępowania. Z dorobku orzeczniczego TSUE (orzeczenie z dnia z dnia 4 maja 2017r., C-387/14) wynika, jak słusznie zauważył odwołujący, że doświadczenie zawodowe jest przypisane temu podmiotowi, który faktycznie je nabył, a więc temu, który realnie wykonywał czynności wchodzące w skład świadczenia, z którego doświadczenie wywodzi. O tym także, iż ustawodawca tak krajowy jak i unijny ściśle wiąże doświadczenie z konkretnym podmiotem, który je nabył świadczy także wprowadzenie do ustawy wymogu z art. 22a ust. 4 ustawy, a więc osobistego wykonania przez podmiot trzeciego zakresu prac, które dotyczą użyczonego doświadczenia zawodowego. Tym samym w ocenie Izby analogicznie należy uznać, że wykonawca wykonujący zamówienie publiczne w konsorcjum z innymi wykonawcami nabywa doświadczenie tylko w takim zakresie jaki leżał u podstaw jego obowiązków w ramach umowy konsorcjalnej. Wykonawca taki nie nabywa doświadczenia całej grupy wykonawców w odniesieniu do całości świadczenia. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego chodzi bowiem nie o teoretyczną potencjalną możliwość prawidłowego wykonania zamówienia, ale o wybór wykonawcy dającego największą gwarancję należytego wykonania

zamówienia. Rację zatem należy przyznać odwołującemu, że ustawodawca krajowy coraz większą wagę przykładą do oceny, czy wykonawca składający ofertę na realną możliwość wykonać zamówienie. O tym podejściu ustawodawcy świadczą nie tylko powołane przepisy dotyczące podmiotów trzecich ale także art. 22d ust. 2 ustawy pozwalający zamawiającemu nawet na ocenę bieżącego zaangażowania wykonawcy w przedsięwzięcia gospodarcze, które mogą oddziaływać na możliwość wykonania zamówienia publicznego. W konsekwencji zamawiający uzyskując informację, że wykazane doświadczenie przez jednego z konsorcjantów zostało nabyte w konsorcjum z podmiotem nie ubiegającym się wspólnie o to zamówienie, obowiązany jest zweryfikować, czy rzeczywiście całość doświadczenia wymaganego w warunku udziału w postępowaniu została nabyta w wyniku faktycznego wykonania robót przez PBił ABT sp. z o.o.. Zamawiający w takiej sytuacji może korzystać zarówno z art. 26 ust. 4 ustawy, jak i zwrócić się o informacje do zamawiającego na rzecz, którego wykonane było zamówienie. (...) Zamawiający wyraźnie określił, że wspólnie działający wykonawca składa dokumenty w takim zakresie w jakim sam wykazuje spełnianie danego warunku. Sam fakt jednak złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku nie zwalnia zamawiającego z obowiązku weryfikacji czy w rzeczywistości dane doświadczenie dowodzi spełniania warunku udziału w postępowaniu. W niniejszej sprawie zamawiający takiej czynności zaniechał nie weryfikując zakresu doświadczenia nabytego przez PBił ABT sp. z o.o. u zamawiającego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Okręgu Częstochowskiego S.A. W konsekwencji o ile nie można na obecnym etapie przesądzić, czy przystępujący spełnia warunek doświadczenia zawodowego, a tym samym nie można jednoznacznie ustalić, że przystępujący nie wykazał spełniania tego warunku, to jednak zamawiający nie zastosował art. 26 ust. 4 ustawy w celu wyjaśnienia jaki zakres robót dla Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Okręgu Częstochowskiego S.A. wykonał PBił ABT sp. z o.o. i w tym zakresie należało uznać, że zamawiający naruszył przepisy ustawy przez niezastosowanie art. 26 ust. 4 ustawy. (...)”. Podobnie wyrokach KIO, m.in. z 22.12.2017 r. sygn. akt: KIO 2571/17, z 26.05.2017 r. sygn. akt: KIO 905/17, sygn. akt: KIO 925/17, sygn. akt: KIO 933/17, z 04.10.2017 r. sygn. akt: KIO 1987/17, z 15.02.2018 sygn. akt: KIO 188/18, sygn. akt: KIO 201/18, z 21.12.2018 r. sygn. akt: KIO 2529/18, czy też z 18.04.2019 r., sygn. akt: KIO 588/19.

Jednocześnie, Izba podnosi, że z dokumentów w jakich posiadaniu był Zamawiający wynika, jedynie, że STALBUDOM Sp. z o.o. był liderem ówczesnego konsorcjum. Nie miał jakichkolwiek dodatkowych informacji np. w treści referencji, które pozwalałyby na powoływanie się pojedynczego Wykonawcy członka konsorcjum z racji jego czynnego udziału w zarządzaniu sprawami konsorcjum – na doświadczenie całego konsorcjum. W tym zakresie Izba wskazuje za wyrokiem KIO z 04.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2413/17

„Podkreślenia wymaga, że sam Trybunał Sprawiedliwości UE podnosił, że warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum (Wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji sygn. C-399/05 – za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 1854/17). Powyżej wskazane stanowisko dostrzegalne jest w orzecznictwie jak również doktrynie tematu, bowiem ma ono szczególne znaczenie, z jednej strony dające podmiotom realizującym w znacznym rozmiarze kontrakt możliwość wykazywania się nabytym doświadczeniem, z drugiej strony eliminuje możliwość posługiwania się doświadczeniem całego „konsorcjum” przez wykonawców, którzy realizowali kontrakt w marginalnym zakresie”.

Jednocześnie orzecznictwo podane przez Zamawiającego zapadło przed wydaniem orzeczenia przez TSUE, które jako *aquis communautaire* tworzą system prawa pierwotnego EU i podlegają stosowaniu wprost, bez potrzeby ich implementacji w polski porządek prawny.

W kontekście powyższego nie budzi żadnych wątpliwości konieczność zastosowania przez Zamawiającego względem Wykonawcy procedury, opisanej w art. 26 ust. 4 Pzp, co do wyjaśnienia wskazywanego w wykazie robót budowlanych doświadczenia w aspekcie faktycznego udziału podmiotu „STALBUDOM” Sp. z o.o. w realizacji określonych zadań związanych z wykonaniem wspólnie z podmiotem „WIKAR” Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe Sp. z o.o.: *„Budowa podczyszczalni odcieków ze składowiska odpadów na terenie ZGO S.A. w Bielsku-Białej”*. Brak weryfikacji doświadczenia do którego odwoływał się Wykonawca w przedstawionym wykazie robót prowadzi z sposób bezpośredni do naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp. Zasadnie Zamawiający mógł również skorzystać z uprawnienia do wystąpienia do podmiotu, który wystawił takie referencje, z wnioskiem o przekazanie mu niezbędnych informacji dotyczących realizacji umowy, odnoszących się do zakresu i rodzaju prac wykonywanych przez poszczególnych członków konsorcjum stosując tryb przewidziany w § 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126).

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 i 4 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....