

WYROK
z dnia 11 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Kuciak**
Lubomira Matczuk-Mazuś
Agata Mikołajczyk

Protokolant: **Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 marca 2014 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2014 r. przez **Odwołującego** - Konsorcjum: Hydrobudowa Gdańsk S.A., Metrostav a.s, ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna, ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów, przy udziale **Wykonawców** –

- a) Molewski Sp. z o.o., ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek
- b) Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o.o., ul. Młodych Energetyków 3, 59-916 Bogatynia

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Konsorcjum: Hydrobudowa Gdańsk S.A., Metrostav a.s, ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Konsorcjum: Hydrobudowa Gdańsk S.A., Metrostav a.s, ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*odbudowa zapory na rzece Witka w Niedowie.*” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 sierpnia 2013 r. pod numerem 2013/S 149-259868.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej „MOLEWSKI” Sp. z o.o. (dalej zwany „Molewski”) i zaniechania wykluczenia wykonawcy: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Spółka z o.o. z siedzibą w Bogatyni (zwane dalej Egbud). Pełnomocnik Odwołującego na rozprawie oświadczył, iż w związku z wykluczeniem wykonawcy M....., podtrzymuje odwołanie w zakresie dotyczącym Egbud. Stąd też prezentację stanowiska Odwołującego Izba ogranicza do zarzutów skierowanych wobec Egbud.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania firmy Egbud, a finalnie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, pomimo niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia oraz poprzez niedopełnienie przez firmę Egbud zobowiązania w zakresie uzupełnienia brakujących dokumentów pomimo wezwania Zamawiającego;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Egbud pomimo, że treść oferty tego Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ i nie zachodzą podstawy do zastosowania dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w związku z wadliwą treścią załącznika nr 11 do SIWZ *Wykaz przedmiotów odbioru i płatności* i sprzeczności pomiędzy załącznikiem nr 7 do oferty (po zmianach) a załącznikiem nr 8 (który nie został zmieniony);
- art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty firmy Egbud pomimo, iż jej treść nie odpowiada SIWZ oraz jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a wykonawca ten, wezwany przez Zamawiającego, poprzez wadliwe uzupełnienie brakujących dokumentów, nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, która jest najkorzystniejszą ofertą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;
- art. 7 ust. 1, 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający

zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Egbud.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
2. wykluczenia z postępowania wykonawcy Egbud w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp,
3. odrzucenia oferty wykonawcy Egbud w oparciu o art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
4. uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, iż wykonawca Egbud wskazał na stanowisko Kierownika budowy D..... N....., w stosunku do którego nie wykazał, by posiadał wymagane przez Zamawiającego doświadczenie. Zdaniem Odwołującego, żadna z wykazanych w załączniku nr 6 robót nie potwierdza, iż D..... N..... ma doświadczenie w realizacji zapory zbiornika wodnego o pojemności całkowitej min. 5 mln m³ lub jazu na rzece o przepływie kontrolnym min. 300 m³/s.

W ocenie Odwołującego, warunek powyższy w kontekście doświadczenia osoby na stanowisko Kierownika budowy w odniesieniu do realizacji co najmniej dwóch inwestycji hydrotechnicznych, należy odnosić do wykonania (synonim słowa realizacja), a więc budowy (odbudowy, rozbudowy, nadbudowy) wskazanych obiektów hydrotechnicznych, nie zaś remontu, który wykazał w ramach doświadczenia Kierownika budowy wykonawca Egbud. Pojęcie „realizacja” jest bowiem równoznaczne z „wykonaniem”, „dokonaniem”. Tym samym należało uznać, że zgodnie z opisem warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający wymagał by do realizacji zamówienia Wykonawca dysponował kadrą, która ma doświadczenie w wykonaniu zapory lub jazu, tj. określonego obiektu hydrotechnicznego, a więc zgodnie z definicją legalną wynikającą z art. 3 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo budowlane - w budowie, odbudowie, rozbudowie lub nadbudowie takiego obiektu hydrotechnicznego.

Zdaniem Odwołującego, nie ma jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że w ramach pojęcia „realizacji” inwestycji hydrotechnicznej mieścił się jej remont. Odwołujący zwrócił uwagę, że w przepisach Prawa budowlanego pojęcie „remont” ma całkowicie niezależny, odrębny zakres od pojęcia „budowa”. Zgodnie z definicją ustawową art. 3 pkt. 8 ustawy Prawo budowlane, „remont” oznacza wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym. Z kolei definicja ustawowa pojęcia „budowy” zawarta jest w art. 3 pkt 6

ustawy Prawo budowlane, zgodnie z którą budową jest wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowa, rozbudowa, nadbudowa obiektu budowlanego. Tym samym remont nie stanowi realizacji zadania inwestycyjnego, a w konsekwencji nie odpowiada temu, w jaki sposób został przez Zamawiającego sformułowany warunek udziału w postępowaniu,

Odwołujący stwierdza, że skoro warunek udziału w postępowaniu został opisany w ten sposób, iż Zamawiający wymagał doświadczenia przy realizacji inwestycji hydrotechnicznych, nie zaś doświadczenia przy realizacji w ramach istniejących obiektów hydrotechnicznych robót budowlanych, interpretacja jw. jest właściwa i prowadzi do spójnego i logicznego wniosku, iż Zamawiający wymagał, aby w realizacji przedmiotowego zamówienia - skomplikowanej roboty hydrotechnicznej - jako Kierownik budowy brała udział osoba, która ma doświadczenie w wykonaniu obiektu stanowiącego przedmiot zamówienia, a więc w jego budowie, odbudowie, nadbudowie czy rozbudowie.

Odwołujący zwrócił uwagę, że powyższy warunek został zinterpretowany w powyższy sposób przez wszystkich Wykonawców biorących udział w postępowaniu, z wyjątkiem wykonawcy Egbud.

Jednocześnie, jak wskazuje Odwołujący, wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest bezprzedmiotowe wobec zaistnienia podstaw do odrzucenia oferty z innej przyczyny.

Dalej Odwołujący podniósł, że R..... W....., zaproponowany przez Egbud na stanowisko Kierownika robót hydrotechnicznych nie posiada wymaganej przez Zamawiającego specjalizacji. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający nie oczekiwał potwierdzenia uprawnień do wykonywania obiektów hydrotechnicznych, ale legitymowania się specjalizacją w tym zakresie. Odwołujący wskazał, że przedmiotowe uprawnienia nie są równoznaczne, czym innym jest bowiem uprawnienie do wykonywania obiektów hydrotechnicznych a czym innym posiadanie specjalizacji w tym zakresie.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w treści interpretacji Dolnośląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, przedłożonej przez Odwołującego wskazano, że uprawnienia R..... W..... wydane zostały na mocy rozporządzenia MGPIB z dnia 30 grudnia 1994 r. w sprawie samodzielnych technicznych funkcji w budownictwie. Z postanowienia §18 (rozdział 5) ww. rozporządzenia wynika, że w ramach opisywanego aktu prawnego funkcjonuje specjalizacja techniczno-budowlana w specjalnościach budowlanych, w tym w specjalizacji morskie budowle hydrotechniczne oraz obiekty budowlane gospodarki wodnej (załącznik nr 3 do rozporządzenia, stanowiący wykaz specjalizacji techniczno-budowlanych wyodrębnionych w ramach poszczególnych specjalności). Ze wskazanego wykazu wynikało, że obiekty hydrotechniczne mieściły się w ramach specjalności konstrukcyjno-budowlanej,

zaś uzyskanie specjalizacji wymagało spełnienia dodatkowych, istotnych warunków, między innymi zdania egzaminu specjalizacyjnego.

W ocenie Odwołującego, w świetle ustalonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia nie można uznać, iż wykonawca Egbud go spełnił, skoro dysponuje osobą do pełnienia funkcji Kierownika robót hydrotechnicznych, która posiada jedynie uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez uzyskanej specjalizacji techniczno-budowlanej w zakresie budowli hydrotechnicznych w sytuacji, gdy uprawnienia budowlane zostały przez nią nabyte na gruncie rozporządzenia MGPIB z dnia 30 grudnia 1994 r. w sprawie samodzielnych technicznych funkcji w budownictwie.

Odwołujący wyjaśnił, iż powyższy wymóg nie dotyczy osób, które pozyskały uprawnienia budowlane zgodnie z Zarządzeniem Prezesa Centralnego Urzędu Gospodarki Wodnej i Ministrów Żeglugi oraz Rolnictwa z dnia 1 września 1964 r. w sprawie uprawnień budowlanych w budownictwie specjalnym w zakresie gospodarki wodnej, żeglugi i rolnictwa lub rozporządzeniem Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie albo w okresie od dnia 16 października 2003 r. do dnia wejścia w życie rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2005 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 83, poz. 578 z późn. zm.).

Zdaniem Odwołującego, specjalizacja nie może rozszerzać ani ograniczać zakresu uprawnień budowlanych. Uzyskanie specjalizacji wskazuje natomiast, że dana osoba, oprócz posiadania przygotowania ogólnego w danej specjalności, uzyskała wiedzę specjalistyczną i doświadczenie w specjalizacji wskazanej w uprawnieniach. Stanowi to swego rodzaju gwarancję posiadania specjalistycznej wiedzy w ramach określonej specjalności, specjalizacja techniczno-budowlana świadczy bowiem o fakcie posiadania szczególnej wiedzy w określonej dziedzinie budownictwa. Zgodnie z przepisami obowiązującymi wcześniej, tj. rozporządzeniem Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 30 grudnia 1994 r. w sprawie samodzielnych technicznych funkcji w budownictwie, w oparciu o które uprawnienia budowlane otrzymał R..... W....., wykaz specjalizacji techniczno-budowlanych wyodrębnionych w specjalnościach budowlanych określał załącznik nr 3 do rozporządzenia. O określenie w uprawnieniach budowlanych specjalizacji na mocy nieobowiązującego rozporządzenia mogły ubiegać się osoby spełniające warunki do uzyskania uprawnień budowlanych bez ograniczeń w specjalności, w której wyodrębniono daną specjalizację, po przedstawieniu określonych dokumentów, odbyciu praktyki oraz zdaniu egzaminu.

Rozporządzenie wskazuje również, iż o określenie w uprawnieniach budowlanych specjalizacji mogą ubiegać się osoby spełniające warunki do uzyskania uprawnień budowlanych bez ograniczeń w specjalności, w której wyodrębniono daną specjalizację, zaś osoba ubiegająca się o nadanie specjalizacji już po uzyskaniu uprawnień budowlanych zobowiązana jest złożyć wniosek o określenie specjalizacji do wojewody właściwego według miejsca zamieszkania wraz z odpisem posiadanych uprawnień budowlanych, książkę praktyki.

Zarówno z przedstawionych przez wykonawcę Egbud dokumentów na okoliczność posiadanych uprawnień przez R..... W....., jak i późniejszych wyjaśnień w tym zakresie, zdaniem Odwołującego wynika, że wskazana osoba do pełnienia funkcji Kierownika robót hydrotechnicznych nie spełniła powyższych wymogów co do specjalizacji w zakresie budowli hydrotechnicznych ani nie posiada uprawnień równoważnych. Fakt posiadania jedynie ogólnych uprawnień budowlanych bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej nie jest bowiem równoznaczny z posiadaniem specjalizacji w zakresie budowli hydrotechnicznych.

Odwołujący stoi na stanowisku, że Egbud, wbrew wymogom sformułowanym przez Zamawiającego, w treści załącznika nr 11 wyszczególnił ceny netto. Odwołujący zwrócił uwagę na znaczenie przedmiotowego załącznika oraz postanowienia wzoru umowy, w szczególności § 8.1, 17.1, 17.2, 17.3.

Odwołujący podkreślił, iż brak wyraźnego zapisu w SIWZ, że słowo „wartość” oznacza cenę netto, skutkuje tym, że obowiązującą interpretacją wskazanego słowa jest „cena brutto”, co wynika z definicji ceny zawartej w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach (Dz. U. z 2001 r. Nr 97, poz. 1050 ze zm.). Powyższe stanowisko potwierdził Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 7 czerwca 2006 r. UZP/ZO/O-1607/06.

Dalej Odwołujący podniósł, że nie ulega wątpliwości, iż ceną, której oceny dokonuje w ramach postępowania Zamawiający jest cena brutto, która jednocześnie stanowi w ramach wzoru umowy całkowitą kwotę należnego wynagrodzenia ryczałtowego, tj. kwotę, jaka musi w ramach przedmiotowej umowy rozliczyć Zamawiający.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający będzie dokonywał płatności zgodnie z przywołanym załącznikiem nr 11. Nie ma przy tym jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że do kwot, które mają być przez Zamawiającego płacone zgodnie z tym załącznikiem ma być doliczony dodatkowo podatek VAT w wysokości 23%. Tym samym prawidłowa i zgodna z dokumentami przetargowymi zapłata kwoty nominalnej, wynikająca z załącznika nr 11, nie będzie odpowiadała kwocie nominalnej do zapłaty zgodnie z umową. Tego rodzaju sprzeczność w złożonej przez wykonawcę Egbud ofercie powoduje, że nie odpowiada treści SIWZ i wymaganiom Zamawiającego co do treści składanej oferty.

Ponadto w kontekście założeń dla obliczenia ceny ofertowej oraz sposobu jej rozliczania, a także postanowień wzoru umowy wskazujących na cenę netto, kwotę podatku VAT i wartość brutto wskazanych i potwierdzonych przez Zamawiającego w dokumentach źródłowych oraz w ramach wyjaśnień udzielonych w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, a także modyfikacjach SIWZ, Odwołujący podniósł, iż treść postanowienia § 24.6 w zw. z § 24.4.5 wzoru umowy należy interpretować w ten sposób, iż zmiana stawki podatku VAT nie stanowi istotnej zmiany umowy i w związku z tym pozostaje irrelevantna wobec normowania art. 144 ustawy Pzp, lecz przedmiotowy aneks do umowy (w opisanej sytuacji) winien zostać zawarty w związku z koniecznością zmiany danych w § 16.1 umowy oraz w świetle zapisu postanowienia § 24.3, iż: *Zmiany muszą być uwzględnione przez Wykonawcę w uaktualnionym Wykazie przedmiotów odbioru i płatności* - co uwidoczni zmianę w opisywanej sytuacji i zakresie w załączniku nr 11. Z powyższych zapisów w sposób jednoznaczny, w ocenie Odwołującego wynika, że w załączniku nr 11 winna być wyszczególniona kwota brutto, albowiem w sytuacji, gdyby miałyby być to kwota netto, zmiana załącznika nr 11 przy zmianie stawki VAT nie byłaby konieczna.

W ocenie Odwołującego, opisana sytuacja nie może zostać uznana za omyłkę i nie może w związku z tym podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co więcej nawet gdyby uznać, iż przedmiotowa niezgodność stanowi omyłkę to i tak nie podlega ona poprawieniu w kontekście brzmienia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem wprowadzenie do ofert *de facto* nowych treści załącznika nr 11 stanowi niedopuszczalne negocjacje prowadzące do zmiany treści oferty.

Odwołujący wyjaśnił, że wykonawca Egbud do oferty złączył załączniki nr 7 i 8, przy czym w załączniku nr 7 wyszczególnione zostały wykonane określone roboty, a w załączniku nr 8 w ramach udostępnienia zasobów, wymieniono m. in. te same roboty z powtórzeniem treści wskazanej w załączniku nr 7. Z uwagi na nieścisłości i sprzeczności, zarówno co do zakresu robót, odbiorcy, terminów, Zamawiający pismem z dnia 9 grudnia 2013 r. wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, m. in. w powyższym zakresie.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Egbud pismem z dnia 20 grudnia 2013 r. złożył wyjaśnienia do treści załącznika nr 7 i potwierdził, że prace, jakie wykonano w ramach referencji z pozycji nr 1 faktycznie polegały na budowie a nie odbudowie oraz, że termin zakończenia prac z referencji nr 2 to data 21 września 2006 r. i wskazał, że inwestorem w tym przypadku było PSA „UkroGidroEnergo” S.A. Wykonawca Egbud w ramach przedmiotowych wyjaśnień i uzupełnień przedłożył zmieniony załącznik nr 7, nie dokonując jednocześnie zmian załącznika nr 8, w którym pozostały błędnie opisane prace stanowiące przedmiot udostępnienia zasobów.

Pomijając fakt co do dalszej rozbieżności w dacie zakończenia prac, jaka widnieje w

przedłożonej referencji oraz dacie jaką wymienia firma Egbud w ww. piśmie, Odwołujący podniósł, że brak zmiany w załączniku nr 8 *Oświadczenie o udostępnieniu zasobów* skutkuje wadliwością złożonej oferty. Załącznik ten jest w sposób bezpośredni powiązany treścią z załącznikiem nr 7. W celu poprawnego złożenia wyjaśnień uzupełnienia oferty należało tak, jak to miało miejsce w przypadku firmy M..... Sp.z o.o. oraz Odwołującego - którzy również dokonywali wyjaśnień i uzupełnień w tym zakresie, załączyć nie tylko poprawiony załącznik nr 7, ale również załącznik nr 8, stanowiący element oferty, jaki był wymagany na etapie składania ofert przez Zamawiającego zgodnie z SIWZ.

Z powyższego wynika, że oferta Wykonawcy Egbud również w tym zakresie jest niezgodna z SIWZ, zawiera wewnętrzne sprzeczności i jako taka winna podlegać obligatoryjnemu odrzuceniu.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że Wykonawca, który skorzystał z możliwości naprawienia błędów w złożonej ofercie, będąc wezwanym do uzupełnienia dokumentu i uzupełnił niewłaściwy dokument, nie może skorzystać z ponownej możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów (wyrok KIO z dnia 21 maja 2013 r.). Tym samym Egbud nie ma możliwości kolejnego poprawienia przedmiotowego wadliwego załącznika.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, również z tego powodu oferta Egbud winna podlegać odrzuceniu, albowiem jej treść nie odpowiada SIWZ oraz jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a Wykonawca ten, pomimo wezwania Zamawiającego, poprzez wadliwe uzupełnienie brakujących dokumentów nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W rozdziale IX SIWZ Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu stanowiąc m.in., że *„o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: (...) posiadają wiedzę i doświadczenie, a także dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia. W szczególności Wykonawcy muszą spełniać następujące warunki: (...)*

Wykażą, że dysponują odpowiednio przygotowanym zawodowo potencjałem osobowym, który będzie brał udział w wykonaniu zamówienia, w tym:

- *Kierownikiem budowy*
 - *Kwalifikacje i umiejętności: uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, specjalizacja techniczno-budowlana budowie hydrotechniczne określone w art. 12 ust. 1 ustawy Prawo budowlane lub uprawnienia równoważne do podanych powyżej wg rozporządzeń w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie obowiązujących przed rokiem 2006 lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane*

obywatelom Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, w tym w trybie uznawania kwalifikacji zawodowych cudzoziemców oraz przynależność do właściwej izby samorządu zawodowego

- Doświadczenie zawodowe: co najmniej 10-letnie doświadczenie w pracy na stanowisku kierownika budowy przy realizacji co najmniej dwóch inwestycji hydrotechnicznych, w tym zaporę zbiornika wodnego o pojemności całkowitej min. 5 mln m³ lub jazu na rzece o przepływie kontrolnym min. 300 m³/s,

- Dwoma Kierownikami Robót Hydrotechnicznych

- Kwalifikacje i umiejętności: uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej z nadaną specjalizacją techniczno-budowlaną w zakresie budowli hydrotechnicznych określone w art. 12 ust. 1 ustawy Prawo budowlane lub uprawnienia równoważne do podanych powyżej wg rozporządzeń w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie obowiązujących przed rokiem 2006 lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane obywatelom Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, w tym w trybie uznawania kwalifikacji zawodowych cudzoziemców oraz przynależność do właściwej izby samorządu zawodowego

- Doświadczenie zawodowe: co najmniej 5-letnie doświadczenie w pracy na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót w robotach hydrotechnicznych” (pkt 1 ppkt 2 lit. b);

W celu potwierdzenia spełniania warunku opisanego w rozdziale IX pkt 1 ppkt 2 SIWZ wykonawcy winni złożyć „Wykaz osób na kluczowe stanowiska (zgodnie z Rozdziałem IX.1.2) b), które będą wykonywać niniejsze Zamówienie wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania Zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, z załączeniem oświadczeń, że osoby od których wymaga się posiadania uprawnień, posiadają wymagane uprawnienia (stosowne wzory stanowią Załączniki nr 4, 5 i 6 do SIWZ).”

Zamawiający wskazał, iż ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana w oparciu o dokumenty opisane w rozdziale X na zasadzie: „spełnia - nie spełnia”. Niespełnienie nawet jednego warunku będzie skutkowało wykluczeniem Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzuceniem oferty.

Wykonawca Egbud przedłożył wraz z ofertą Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (załącznik nr 4), w którym zaproponował D..... N..... na stanowisko Kierownika budowy, a R..... W..... na stanowisko Kierownika robót hydrotechnicznych. Ponadto, złożył oświadczenie, że w charakterze Kluczowych

Specjalistów, zgodnie z rozdziałem IX pkt 1 ppkt 2 lit. b SIWZ, w wykonywaniu zamówienia uczestniczyć będą osoby posiadające wymagane uprawnienia, określone w powołanych postanowieniach SIWZ (załącznik nr 5). Z ofertą zostały przedłożone również Informacje o osobach, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (załącznik nr 6), dotyczące m.in. D..... N..... i R..... W..... . Z treści przedłożonych Informacji wynika, że D..... N..... posiada doświadczenie zawodowe, obejmujące w szczególności:

- 1) „*Remont jazu EW Wrocław II na rzece Odrze*” (przepływ kontrolny jazu powyżej 300 m³/s), prowadzony w latach 1998 do 2000 r.
- 2) „*Remont lewego przęsła jazu Janowice na rzece Odrze*” (przepływ kontrolny jazu powyżej 300 m³/s), prowadzony w latach 1997 -1998 r.
- 3) „*Remont korpusu zapory zbiornika wodnego Pilchowice I*” (pojemność zbiornika zapory ok. 50 mln m³, prowadzony w latach 1996-1997
- 4) „*Remont jazu EW Bobrowice I na rzece Bóbr*” w zakresie m.in. wymiany zamknięć eksploatacyjnych, remont konstrukcji betonowych i betonowo-kamiennych (przepływ kontrolny jazu ok. 540 m³/s), prowadzony w latach 1995 - 1997.

W Informacji dotyczącej R..... W..... wskazano, że posiada „*uprawnienia budowlane nr 107/00/DUW do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej wydane przez Wojewodę Dolnośląskiego.*” Jednocześnie w powołanym dokumencie zawarta jest następująca informacja: „*Zgodnie ze stanem prawnym obowiązującym na dzień wydania wyżej wymienionych uprawnień nr 107/00/2007 specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń obejmowały działalność zawodową w zakresie budownictwa ogólnego, dróg, mostów, obiektów budowlanych melioracji wodnych i budowli hydrotechnicznych. Kolejna zmiana przepisów prawa budowlanego dokonała podziału specjalności konstrukcyjno-budowlanej na trzy odrębne specjalności tj. konstrukcyjno-budowlaną, drogową i mostową. W związku z powyższym uprawnienia nr 107/00/2007 do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej upoważniają do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w zakresie – m.in. kierowania budową i innymi robotami budowlanymi – przy realizacji obiektów budowlanych budownictwa ogólnego, dróg, mostów, obiektów budowlanych melioracji wodnych i budowli hydrotechnicznych.*”

Pismem z dnia 9 grudnia 2013 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Egbud, w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień „*czy Pan R..... W..... posiada specjalizację do kierowania robotami w zakresie budowli hydrotechnicznych zgodnie z załącznikiem nr 2 do rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (...).*”

W odpowiedzi (pismo z dnia 20 grudnia 2013 r.) wykonawca Egbud wyjaśnił, że Robert Wróblewski posiada „uprawnienia budowlane nr 107/00/DUW do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej wydane przez Wojewodę Dolnośląskiego dnia 07.06.2000 r., które zgodnie z obowiązującym stanem prawnym w momencie ich wydania uprawniały do działalności zawodowej w zakresie budownictwa ogólnego, dróg, mostów, obiektów melioracji wodnych i budowli hydrotechnicznych. W załączeniu przesyłamy wykładnię Dolnośląskiej Izby Inżynierów Budownictwa we Wrocławiu potwierdzającą zgodność uprawnień Pana R..... W..... z wymogami określonymi w SIWZ’

Pismo z dnia 7 marca 2011 r. Dolnośląskiej Izby Inżynierów Budownictwa we Wrocławiu zawiera następującą treść: „Odpowiadając na Pana prośbę w sprawie wykładni dotyczącej zakresu posiadanych przez Pana uprawnień budowlanych Numer ewidencyjny 107/00/UW z dnia 07.06.2000 r., a w szczególności wyjaśnienia, czy w/w uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej upoważniają do nadzoru przy realizacji budowli hydrotechnicznych lub obiektów budowlanych melioracji wodnych, wyjaśniam, co następuje.

1. Posiadane przez Pana uprawnienia budowlane zostały nadane na podstawie art. 12 ust. 3, art. 13 ust. 1 pkt 2 i art. 14 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 07.07.1994 r. Prawo budowlane (...) i obejmują zakres, jaki obowiązywał w dniu ich nadania.
2. W/w uprawnienia upoważniają do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, a w szczególności upoważniają – zgodnie z art. 12 ust. 1 pkt 2 oraz art. 13 ust. 3 i 4 w/w ustawy Prawo budowlane – do:
 - kierowania budową i innymi robotami budowlanymi,
 - kierowania wytwarzaniem konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz nadzoru i kontroli technicznej wytwarzania tych elementów,
 - wykonywania nadzoru inwestorskiego,
 - sprawowania kontroli technicznej utrzymania obiektów budowlanych.
3. Uprawnienia Numer ewidencyjny 107/00/DUW z dnia 07.06.2000 r. zostały wydane w dacie obowiązywania rozporządzenia MGPIB z dnia 30.12.1994 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (...) i zgodnie z § 2 tego rozporządzenia nie obejmują działalności zawodowej w zakresie budowy:
 - 1) instalacji urządzeń technicznych służących do utrzymania ruchu i transportu kolejowego,
 - 2) stałych i tymczasowych budynków służących do celów technicznych w komunikacji kolejowej, z wyłączeniem budynków przeznaczonych w całości lub w części do użytku publicznego,

- 3) *urządzeń transportowych liniowych i liniowo-terenowych służących do publicznego przewozu osób w celach turystyczno-sportowych.*
4. *Zgodnie ze stanem prawnym obowiązującym od dnia 01.01.1995 r., tj. od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 07.07.1994 r. Prawo budowlane do dnia 10.07.2003 r., tj. przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o zmianie ustawy – Prawo budowlane oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz. U. Nr 80, poz. 718), specjalność konstrukcyjno-budowlana bez ograniczeń obejmowała działalność zawodową w zakresie budownictwa ogólnego, dróg, mostów, obiektów budowlanych melioracji wodnych i budowli hydrotechnicznych – w zakresie konstrukcji tych obiektów. Dopiero w/w ustawą z dnia 27 marca 2003 r. dokonano podziału specjalności konstrukcyjno-budowlanej na trzy odrębne specjalności, tj. konstrukcyjno-budowlaną, drogową i mostową.*

Reasumując, posiadane przez Pana uprawnienia budowlane (...) upoważniają do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych wymienionych w punkcie drugim niniejszego pisma, przy realizacji obiektów budowlanych budownictwa ogólnego, dróg, mostów, obiektów budowlanych melioracji wodnych i budowli hydrotechnicznych."

Zgodnie z rozdziałem XIII pkt 14 ppkt 17 SIWZ kompletna oferta winna zawierać wypełniony *Wykaz przedmiotów odbioru i płatności*, którego wzór stanowił załącznik nr 11 do SIWZ. W treści wzoru załącznika nr 11 Zamawiający wyspecyfikował konkretne roboty oraz opisał prace do wykonania w ramach tychże robót, ustalając limit procentowej wartości tych robót.

Jednocześnie w ramach wyjaśnień udzielonych wykonawcom, w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp (pytanie i odpowiedź nr 84), Zamawiający wskazał, że: *„Załącznik nr 11 - Wykaz przedmiotów odbioru i płatności jest dokumentem określającym sposób rozliczenia przedmiotu umowy między Zamawiającym a Wykonawcą. Dokument ten określa, jakich robót będą dotyczyć poszczególne odbiory, na podstawie których będzie następowało rozliczenie umowy, jakie wartości (jaką część całkowitego wynagrodzenia) Zamawiający zapłaci po odbiorze poszczególnych robót wymienionych w niniejszym załączniku oraz wskazuje terminy dla poszczególnych odbiorów”*. Nadto, Zamawiający na mocy dokonanej w dniu 23 października 2013 r. modyfikacji załącznika nr 11 wskazał, iż pod tabelą *Wykazu przedmiotów odbioru i płatności* wprowadza zastrzeżenie, iż *„Oferta będzie podlegała odrzuceniu w przypadku, gdy którakolwiek kwota w kolumnie „Wartość” nie będzie zgodna z ustalonym przez Zamawiającego limitem*.

W § 8 ust. 8.1 projektu umowy zawarte jest następujące postanowienie: *„Przedmiot Umowy będzie realizowany zgodnie z Wykazem przedmiotów odbioru i płatności’*,

stanowiącym załącznik nr 2 do Umowy”. Zaś w myśl § 17 ust. 17. 1 i 17.2, „Rozliczenie przedmiotu Umowy następować będzie: 17.1.1. fakturami częściowymi, zgodnie z etapowymi przedmiotami odbioru określonymi Wykazem przedmiotów odbioru i płatności, 17.1.2. fakturą końcową. Płatność Wynagrodzenia dokonywana będzie zgodnie z Wykazem przedmiotów odbioru i płatności”. „ Poszczególne transze wynagrodzenia Wykonawcy będą płatne na podstawie faktury VAT wystawionej przez Wykonawcę, po sprawdzeniu przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego, Kierownika Projektu oraz zatwierdzeniu przez Zamawiającego zestawienia wykonanych Robót zgodnie z Wykazem przedmiarów odbioru i płatności” (§ 17 ust. 17.3 wzoru umowy).

W § 16 ust. 16.1. wzoru umowy postanowiono: „Wynagrodzenie za wykonanie Przedmiotu Umowy strony ustalają na kwotę netto (...) powiększone o podatek VAT (...)” „Wynagrodzenie, o którym mowa w 16.1., stanowi równowartość ceny oferty złożonej przez Wykonawcę w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego” (§ 16 ust. 16.3. wzoru umowy).

Odnośnie postanowień dotyczących zmiany umowy Zamawiający wskazał, że: „Zmiany muszą być uwzględnione przez Wykonawcę w uaktualnionym Wykazie przedmiotów i odbioru płatności” (§ 24 ust. 24.3. wzoru umowy). „Nie stanowi istotnej zmiany umowy zmiana stawki podatku VAT” (§ 24 ust. 24.4.5. wzoru umowy). „Zmiany Umowy, o których mowa w 24.4., nie wymagają aneksu do Umowy, ale będą sporządzone i potwierdzone przez Strony na piśmie” (§ 24 ust. 24.7. wzoru umowy).

Zgodnie z rozdziałem XIII pkt 14 SIWZ kompletna oferta winna zawierać: Wykaz wykonanych we wskazanym okresie robót budowlanych sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do oferty wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone oraz oświadczenie o udostępnieniu zasobów (wzór oświadczenia stanowi załącznik nr 8).

Wykonawca Egbud przedłożył wraz z ofertą Wykaz wykonanych robót (str. 28-29) oraz Oświadczenie o udostępnieniu zasobów (str. 76-78).

Pismem z dnia 9 grudnia 2013 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Egbud do uzupełnienia oświadczenia o udostępnieniu zasobów o informacje dotyczące zakresu dostępnych wykonawcy zasobów, sposobu ich wykorzystania przy realizacji zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem oraz zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Nadto, Zamawiający wezwał wykonawcę Egbud do wyjaśnienia sprzeczności pomiędzy treścią Wykazu wykonanych robót a listem polecającym w zakresie inwestycji dla Talszyckiej Elektrowni Hydroakumulującej oraz treścią wspomnianego Wykazu a opinią dotyczącą Dniestrowskiej Hydroakumulującej Stacji Elektrycznej.

W odpowiedzi (pismo z dnia 20 grudnia 2013 r.) wykonawca Egbud złożył przedmiotowe wyjaśnienia oraz poprawiony Wykaz wykonanych robót. Jednocześnie przedstawiono *Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (uzupełnienie)*.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Wyjaśnienia wymaga, że Odwołujący podtrzymał odwołanie w zakresie zarzutów zgłoszonych wobec wykonawcy Egbud co skutkuje podjęciem rozstrzygnięcia w tym przedmiocie.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż doświadczenie zawodowe D..... N....., zaproponowanego na stanowisko Kierownika budowy, polegające na wykonaniu remontów jazu i zapory zbiornika o parametrach określonych przez Zamawiającego, jest niewystarczające, w świetle sformułowanego warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego, doświadczenie w realizacji inwestycji hydrotechnicznych oznacza wykonanie przedmiotowych inwestycji, zaś termin „wykonanie” należy definiować w oparciu o przepisy ustawy Prawo budowlane, co prowadzi do wniosku, iż w zakresie spornego pojęcia mieści się budowa, odbudowa, rozbudowa i nadbudowa.

W ocenie Izby, interpretacja przedstawiona przez Odwołującego nie jest uzasadniona. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że „realizacja” definiowana jest w *Słowniku współczesnego języka polskiego pod redakcją A. Sikorskiej-Michalak i O. Wojniłko* jako wprowadzenie w życie, urzeczywistnienie czegoś zaplanowanego. Jednocześnie Zamawiający wiąże rzeczoną realizację z inwestycją hydrotechniczną, którą jest zapora zbiornika wodnego lub jaz. Wykładnia gramatyczna spornego warunku prowadzi więc do wniosku, że chodziło o realizację inwestycji budowlanej, której przedmiotem była zapora lub jaz, jednakże zakres tej inwestycji nie został przez Zamawiającego określony. Zamawiający nie wskazał, czy inwestycja budowlana ma polegać na budowie, odbudowie, nadbudowie czy też może remoncie określonych obiektów hydrotechnicznych. W tych okolicznościach za nieuprawnione należy uznać objęcie zakresem terminu „realizacja” pojęć właściwych i definiowanych na gruncie Prawa budowlanego.

Ponadto, należy zauważyć, że „wykonanie” oznacza zrobienie czegoś, ale zrobić, czyli wykonać można zarówno budowę, nadbudowę, jak i remont. Nie można również pomijać, że Zamawiający nie posługuje się, wskazując na realizację inwestycji, pojęciami właściwymi Prawu budowlanemu. Stąd też nie ma żadnych podstaw, aby realizację ograniczać do budowy, odbudowy, rozbudowy i nadbudowy. Tym bardziej, że Zamawiający tam, gdzie oczekiwał doświadczenia w budowie określonego obiektu budowlanego wyraźnie

na to wskazywał, jak w przypadku doświadczenia wykonawcy (rozdział IX pkt 1 ppkt 2 SIWZ).

Reasumując stwierdzić należy, że wykładnia spornego warunku, przy uwzględnieniu dyrektyw wykładni językowej oświadczeń woli nie prowadzi do wniosków wyartykułowanych przez Odwołującego. Przede wszystkim należy mieć na względzie, że ustalając znaczenie poszczególnych słów czy zwrotów należy dać pierwszeństwo powszechnie przyjętemu znaczeniu, w przypadku braku, jak w niniejszej sprawie, definicji ustalonych przez Zamawiającego i odwołania się do pojęć określonych w ustawie.

Odwołujący definiuje sporny warunek przez pryzmat przedmiotu zamówienia i doświadczenia pożądanego, w jego opinii, od Kierownika budowy. Jednakże prowadzenie wykładni celowościowej nie mieści się w regułach wykładni językowej oświadczeń woli i z tych przyczyn zabieg ten jest nieuprawniony. Wielokrotnie w orzecznictwie podkreślano, że rozstrzygające znaczenie dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu ma jego literalne brzmienie a nie intencja zamawiającego niewyartykułowana w określonym postanowieniu SIWZ czy też oczekiwany przez wykonawcę sposób interpretacji spornego warunku w świetle przedmiotu zamówienia. Na tym etapie postępowania treści sprecyzowanego warunku nie można odczytywać poprzez jego adekwatność i proporcjonalność do przedmiotu zamówienia.

Co do braku wskazania przez Egbud zakresu remontu i długości doświadczenia D..... N..... przy realizacji określonych inwestycji budowlanych stwierdzić należy, iż jako nieobjęte zakresem zarzutów podniesionych w odwołaniu, z mocy art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie podlegają rozpoznaniu.

Przechodząc do oceny zarzutu odnośnie uprawnień, jakimi winien legitymować się, w świetle sformułowanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, Kierownik robót hydrotechnicznych, analizy wymaga kwestia uprawnień budowlanych w zakresie szeroko rozumianego budownictwa wodnego na tle zmieniających się regulacji prawnych dotyczących tej dziedziny budownictwa. Jest to o tyle istotne, że na przestrzeni lat różnorodna była terminologia samej nazwy specjalności, w zakresie której mieściło się budownictwo wodne, jak i okoliczność, że specjalizacja w zakresie budowli hydrotechnicznych, z wyjątkiem obecnie obowiązującego w tym przedmiocie aktu prawnego, nie była znana.

Przedstawiając ten aspekt w ujęciu historycznym należy stwierdzić, iż budownictwo wodne objęte było uprawnieniami budowlanymi od początku istnienia prawnych regulacji dotyczących uprawnień, które wydawane były na podstawie przepisów rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 16 lutego 1928 r. o prawie budowlanym i zabudowaniu osiedli (Dz. U. z 1939 r. Nr 34, poz. 216). Mimo że nie zostało wówczas literalnie

wyodrębnione jako specjalność techniczno-budowlana, to o fakcie istnienia tej dziedziny budownictwa w ramach uprawnień budowlanych świadczą m.in. przepisy rozporządzenia Ministra Budownictwa i Przemysłu Materiałów Budowlanych z dnia 10 października 1958 r. w sprawie określenia kwalifikacji fachowych do sporządzania projektów w budownictwie w zakresie specjalności nieobjętych przepisami prawa budowlanego oraz sposobu ich stwierdzania (Dz. U. z 1958 r. Nr 66, poz. 328 z późn. zm.). Według § 1 pkt 5 ww. rozporządzenia do sporządzania projektów w zakresie budownictwa wodnego, które obejmowało budownictwo wodne, regulację rzek i potoków oraz meliorację, oprócz posiadania uprawnień budowlanych uzyskanych na mocy przepisów wskazanego rozporządzenia z 1958 r. należało uzyskać specjalne pozwolenie na prowadzenie takiej działalności.

Wyodrębnienia budownictwa wodnego dokonano na mocy przepisów zarządzenia Prezesa Centralnego Urzędu Gospodarki Wodnej i Ministrów Żeglugi oraz Rolnictwa z dnia 1 września 1964 r. w sprawie uprawnień budowlanych w budownictwie specjalnym w zakresie gospodarki wodnej, żeglugi i rolnictwa (Dz. Bud. Nr 17, poz. 55). Przepisy tego zarządzenia przewidywały nadawanie uprawnień budowlanych m.in. w specjalności melioracji wodnych. Zgodnie z § 6 zarządzenia osoba posiadająca dyplom magistra inżyniera lub inżyniera melioracji wodnych oraz odpowiednią praktykę zawodową mogła uzyskać uprawnienia budowlane do sporządzania projektów budowlanych obiektów inżynierskich i urządzeń technicznych w zakresie:

- a) obniżania lub podnoszenia zwierciadła śródlądowych wód powierzchniowych i podziemnych, jak zapory czołowe, jazy, śluzy, deszczownie itp. dla potrzeb rolnictwa i leśnictwa,
- b) zbiorników retencyjnych magazynujących wodę do nawodnień użytków rolnych i leśnych, retencji przeciwpowodziowej oraz zbiorników sztucznych dla potrzeb gospodarczo-produkcyjnych rolnictwa,
- c) wałów przeciwpowodziowych lub innych budowli zastępujących te wały,
- d) budowy kanałów, regulacji potoków niespławnych i spławnych rzek dla uzyskania odpływu lub zapobiegania przesuszeniu przyległych gruntów itp. dla potrzeb rolnictwa i leśnictwa,
- e) ujęcia śródlądowych wód powierzchniowych i podziemnych służących do zaopatrywania w wodę ludności gromad oraz w zakresie melioracji wodnych dla potrzeb rolnictwa i leśnictwa,
- f) podnoszenia i rozprowadzania wody dla potrzeb gospodarczo-produkcyjnych w uspołecznionych gospodarstwach rolnych i zakładach rolniczo-usługowych oraz do kierowania robotami budowlanymi na budowie ww. obiektów budowlanych.

Natomiast zgodnie z § 9 ww. zarządzenia osoba posiadająca świadectwo technika melioracji wodnych oraz odpowiednią praktykę zawodową mogła uzyskać uprawnienia budowlane do

sporządzania projektów budowlanych obiektów inżynierskich i urządzeń technicznych w zakresie:

- a) regulacji rzek niespławnych o obszarze zlewni rzek nizinnych do 300 km², a rzek i potoków górskich do 100 km²,
- b) melioracji szczegółowej,
- c) odcinkowej ochrony brzegu rzek spławnych i odcinkowych obwałowań rzek, związanych z wykonaniem melioracji wodnych,
- d) zbiorników wodnych o piętrzeniu do 2,0 m i pojemności zmagazynowania wody do 100 000 m³,
- e) jazów na rzekach niespławnych o piętrzeniu do 2,0 m, w świetle do 4,0 m oraz przepustów do 2,0 m wysokości w świetle,
- f) budowli wodno-melioracyjnych na sieci melioracji szczegółowych,
- g) stawów rybnych o powierzchni do 50 ha,
- h) stałych deszczowni o powierzchni do 300 ha oraz do kierowania robotami budowlanymi na budowie ww. obiektów budowlanych.

Zasada wyodrębnienia budownictwa wodnego jako odrębnej specjalności została zachowana również pod rządami przepisów 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 późn. zm.). Ustawodawca przewidział bowiem wówczas możliwość uzyskania uprawnień budowlanych w specjalności:

- konstrukcyjno-inżynierskiej w zakresie budowli hydrotechnicznych– obejmujących również ujęcia wód oraz budowle basenów wodnych i zbiorników wodnych przemysłowych;
- wodno-melioracyjnej obejmującej również ujęcia wód.

Przepisy kolejnych rozporządzeń odeszły jednak od zasady wyodrębniania budownictwa wodno-melioracyjnego i hydrotechnicznego jako odrębnych dziedzin budownictwa. Pierwszym rozporządzeniem, które włączyło ten dział budownictwa do specjalności konstrukcyjno-budowlanej było rozporządzenie Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 30 grudnia 1994 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 1995 r. Nr 8, poz. 38 z późn. zm.). Objęcie budownictwa wodno-melioracyjnego i hydrotechnicznego przepisami przywołanego rozporządzenia wynika wyłącznie pośrednio z załącznika nr 3 do rozporządzenia, który stanowił wykaz specjalizacji techniczno-budowlanych wyodrębnionych w ramach poszczególnych specjalności. Ze wskazanego wykazu wynikało, że obiekty budowlane melioracji wodnej oraz morskie obiekty hydrotechniczne mieściły się w ramach specjalności konstrukcyjno-budowlanej.

Opisana sytuacja uległa zmianie na mocy przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2005 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w

budownictwie (Dz. U. Nr 96, poz. 817), gdzie w ramach specjalności konstrukcyjno-budowlanej wyodrębniono śródlądowe budowle hydrotechniczne, morskie budowle hydrotechniczne i obiekty budowlane melioracji wodnych.

Zaś na gruncie rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 83, poz. 578 z późn. zm.), specjalność konstrukcyjno-budowlana obejmuje dwie odrębne specjalizacje, tj. budowle hydrotechniczne i obiekty budowlane melioracji wodnych.

Podsumowując, analiza regulacji obowiązujących na przestrzeni lat prowadzi do wniosku, iż uprawnienia budowlane dotyczące budownictwa wodnego mieściły się w zakresie różnych specjalności, nie tylko terminologia była odmienna, ale również przedmiot tych specjalności ulegał zmianie, zaś wskazana przez Zamawiającego specjalizacja pojawiła się dopiero w obecnie obowiązującym w tym przedmiocie akcie prawnym.

Dostrzeżenia również wymaga, że niezależnie od nazwy specjalności, jej zakresu, czy też specjalizacji w aspekcie budownictwa wodnego istotne jest, że intencją ustawodawcy było wyodrębnienie uprawnień (samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie), które upoważniały do projektowania i kierowania robotami budowlanymi dotyczącymi obiektów tego budownictwa.

Mając powyższe na uwadze, jak również okoliczność, że Zamawiający w treści spornego warunku odwołał się art. 12 ust. 1 ustawy Prawo budowlane, w którym zdefiniowano samodzielne funkcje techniczne w budownictwie a także odwołanie się przez Zamawiającego do uprawnień równoważnych wobec tych, o których mowa w obowiązującym rozporządzeniu dotyczącym tego aspektu, nie można odczytywać tego warunku inaczej jak wymagania legitymowania się uprawnieniami do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń obejmującymi budowle hydrotechniczne. Przypisywanie spornemu warunkowi odmiennej treści prowadziłoby do eliminowania z postępowania osób posiadających uprawnienia do kierowania robotami z zakresu budownictwa wodnego i nierównego traktowania osób posiadających uprawnienia tożsame zakresowo i przedmiotowo, ale odmienne, jeśli chodzi o specjalności czy też specjalizacje.

Tymczasem, w ocenie Izby, równoważne uprawnienia do tych wskazanych przez Zamawiającego nie mogą być inaczej definiowane niż uprawnienia jednakowe, co do przedmiotu i zakresu, dające możliwość kierowania robotami budowlanymi dotyczącymi budowli hydrotechnicznych. Sam Odwołujący, proponując na stanowisko Kierownika robót hydrotechnicznych M..... W..... posiadającego uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w zakresie kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń, wydane na podstawie powołanego rozporządzenia z 1994 r. potwierdza sposób rozumienia spornego warunku. Wymienione uprawnienia obejmują bowiem upoważnienie do kierowania robotami budowlanymi w wymaganym zakresie. Rzeczne uprawnienia nie

obejmują konkretnej specjalizacji. Domaganie się więc wykluczenia wykonawcy Egbud z uwagi na zaproponowanie R..... W..... na stanowisko Kierownika robót hydrotechnicznych posiadającego analogiczne uprawnienia jest nieuzasadnione i w tych okolicznościach nie zasługuje na ochronę. W tym miejscu należy zauważyć, że Odwołujący w piśmie z dnia 20 grudnia 2013 r. podał, że M..... W..... „*posiada specjalizację w zakresie kierowania robotami budowlanymi w zakresie budowy hydrotechnicznych*”, a więc potwierdził, że ww. spełnia wymagania Zamawiającego w świetle spornego warunku. Zaś jedynie „*dla rozwiania wszelkich wątpliwości*” wskazał dodatkowo J..... T..... na stanowisko Kierownika robót hydrotechnicznych, którego uprawnienia również nie obejmują wskazanej przez Zamawiającego specjalizacji (brak takowej na gruncie przepisów obowiązujących w dniu wydania uprawnień).

Zwraca również uwagę niekonsekwencja Odwołującego wyartykułowana w treści odwołania, z jednej bowiem strony stoi na stanowisku, iż R..... W..... winien legitymować się uprawnieniami w ramach określonej specjalności i specjalizacji w zakresie budowy hydrotechnicznych, której to specjalizacji na gruncie przepisów, stanowiących podstawę wydania rzeczonych uprawnień nie było, z drugiej zaś nie dostrzega już potrzeby posiadania wspomnianej specjalizacji w świetle innych przepisów, niezależnie od tego czy taka specjalizacja była rozpoznawana czy też nie była w ogóle wyodrębniona.

Uwagi również wymaga stanowisko samorządu inżynierów budownictwa dotyczące istoty uprawnień budowlanych, w tym Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa, dołączone do pisma z dnia 20 grudnia 2013 r. oraz Dolnośląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 7 marca 2011 r. Z powyższego płynie wniosek, że po pierwsze, istotą uprawnień budowlanych jest upoważnienie do wykonywania określonych czynności, po drugie, zakres tych uprawnień winien być odkodowywany w świetle przepisów obowiązujących w dniu ich wydania, przy uwzględnieniu ewolucji danej instytucji na przestrzeni lat. Natomiast nomenklatura istotnego znaczenia nie ma.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszej sprawy stwierdzić należy, że R..... W....., który legitymuje się uprawnieniami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej obejmującymi upoważnienie do kierowania robotami budowlanymi dotyczącymi obiektów hydrotechnicznych spełnia wymagania Zamawiającego. Rzeczono uprawnienia z mocy § 2 rozporządzenia z 1994 r. nie obejmują jedynie działalności zawodowej, która nie ma znaczenia dla oceny spełniania spornego warunku.

Odwołujący domaga się odrzucenia oferty Egbud z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ jako podstawę wskazując podanie ceny netto w kolumnie „wartość” w załączniku nr 11. Jednocześnie obowiązek podania wartości brutto Odwołujący wywodzi z definicji ceny, stojąc na stanowisku, że termin „wartość” jest synonimem ceny.

Powyższe stanowisko wskazuje, że sam Odwołujący dostrzega, iż pojęcie „wartość” w ramach załącznika nr 11 nie zostało zdefiniowane. Już z tej przyczyny nie ma podstaw do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ. Jednocześnie Izba nie dostrzega również uzasadnienia dla utożsamiania terminu „wartość” z pojęciem „ceny”. Nie wskazuje na to żadne z powoływanych przez Odwołującego postanowień wzoru umowy.

Dostrzegając zaś związek przedmiaru robót i rzeczoności załącznika nr 11, na co zwrócili również uwagę wykonawcy i sam Zamawiający w toku wyjaśnień SIWZ, nie sposób wywieść, że w spornym załączniku należało podać wartość brutto robót.

Nie należy również pomijać znaczenia i charakteru załącznika nr 11. Rolą przedmiotowego załącznika było określenie przedmiotu odbioru, wartości odebranych robót i terminu odbioru, a więc określenie istotnych elementów poszczególnych etapów odbioru. Brak jakiegokolwiek uzasadnienia dla uznania, że przedmiot płatności miał być wyceniony w kwocie netto. Wręcz przeciwnie, biorąc pod uwagę narzucony przez Zamawiającego limit procentowy wartości poszczególnych robót i jedynie fiskalne znaczenie podatku VAT oczekiwanie skalkulowania na tym etapie cen brutto tym bardziej wydaje się nieuzasadnione.

Powoływane zaś przez Odwołującego postanowienia wzoru umowy nie pozwalają na wyciągnięcie wniosków prezentowanych przez Odwołującego. Okoliczność, że rozliczenie umowy będzie następować fakturami częściowymi, zgodnie z przedmiotami odbioru określonymi w załączniku nr 11 ma jedynie to znaczenie, że faktury częściowe muszą być skorelowane z poszczególnymi etapami odbioru robót i limitem ich wartości, ale z samego faktu przywołania faktury częściowej nie wynikają skutki dla sposobu wypełnienia załącznika nr 11. Analogicznie należy ocenić znaczenie pozostałych powołanych przez Odwołującego postanowień wzoru umowy, które nie zawierają bezpośrednich wytycznych co do sposobu wypełnienia załącznika nr 11 i nie stanowią podstawy do formułowania wymagań w tym aspekcie w sposób pośredni.

W odniesieniu do ostatniego ze sformułowanych przez Odwołującego zarzutów stwierdzić należy, że Odwołujący nie kwestionuje, że wykonawca Egbud wykazał dysponowanie niezbędną wiedzą i doświadczeniem. Nie zgłasza bowiem żadnych zarzutów wobec referencyjnych robót, jak również nie czyni przedmiotem odwołania skuteczności (wykazania) udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci. W tych okolicznościach brak podstaw do stwierdzenia, że wykonawca Egbud nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Nie sposób również dostrzec niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w tym aspekcie. Po pierwsze bowiem Odwołujący pomija, że wykonawca Egbud złożył wraz z ofertą Wykaz wykonanych robót. W świetle przedłożonych referencji i opinii treść rzeczoności Wykazu wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, które jednakowoż zostały usunięte, zgodnie

z żądaniem Zamawiającego, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Wykonawca Egbud złożył żądane wyjaśnienia, które nie są przez Odwołującego podważane. Jednocześnie zauważyć należy, że wykonawca Egbud wraz z wyjaśnieniami dodatkowo przedłożył poprawiony Wykaz wykonanych robót.

W tym miejscu wypada również zauważyć, że Zamawiający nie domagał się w ślad za wyjaśnieniami złożenia poprawionego Wykazu czy też oświadczenia o udostępnieniu zasobów. W związku z powyższym nie sposób czynić wykonawcy zarzutu w tym przedmiocie.

Ponadto, Zamawiający oczekiwał uzupełnienia informacji dotyczących udostępnienia zasobów przez pomiot trzeci, nie wskazując, że Wykonawca winien złożyć uzupełniony załącznik nr 8. Wykonawca Egbud przedłożył na wezwanie Zamawiającego zobowiązanie podmiotu trzeciego, w którym zawarto informacje, zgodnie z wezwaniem Zamawiającego (okoliczność powyższa nie jest kwestionowana). Powyższe nie daje podstaw do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ. Podkreślenia wymaga, że wykonawca zobowiązany jest do uzupełniania dokumentów jedynie na wezwanie Zamawiającego (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp).

Poza rozstrzygnięciem Izby pozostają zaś okoliczności wskazywane przez Odwołującego na rozprawie, a dotyczące niezgodności pomiędzy treścią załącznika nr 7 przedłożonego wraz z ofertą a treścią tegoż załącznika złożonego przy piśmie z dnia 20 grudnia 2013 r., jako niemieszczące się w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Reasumując stwierdzić należy, że Odwołujący nie wykazał, że wykonawca Egbud nie dysponuje potencjałem podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia niezbędnym do realizacji zamówienia oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W konsekwencji zarzut naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp należało uznać za chybiony.

Nie znalazły również potwierdzenia stanowisko Odwołującego odnośnie niezgodności treści oferty wykonawcy Egbud z treścią SIWZ, stąd też zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp okazał się nietrafnym.

Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie poddaje się ocenie wobec zaniechania przez Odwołującego przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego niezbędnego dla stwierdzenia, iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Niepotwierdzenie się powyższych zarzutów prowadzi do wniosku, że wybór oferty najkorzystniejszej nie jest obarczony błędem, a tym samym zarzuty naruszenia przepisów art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 i 3 okazały się chybione.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 20.000,00 zł.

Przewodniczący:

.....

.....