

Sygn. akt: KIO/UZP 630/10

WYROK
z dnia 28 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

**Członkowie: Sylwester Kuchnio
Lubomira Matczuk-Mazuś**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Polimex-Mostostal S.A., Baugesellschaft Walter Hellimich GmbH, 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencja Rozwoju Miasta S.A., 31-019 Kraków, ul. Floriańska 31** protestu z dnia 25 marca 2010 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Alpine Bau Deutschland AG, Alpine Bau GmbH, Alpine Construction Polska Sp. z o.o., PBP "Budus" S.A., 31-052 Kraków, ul. Starowiślna 79** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Polimex-Mostostal S.A., Baugesellschaft Walter Hellimich GmbH, 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum: Polimex-Mostostal S.A., Baugesellschaft Walter Hellimich GmbH, 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) przez **Konsorcjum: Polimex-Mostostal S.A., Baugesellschaft Walter Hellimich GmbH, 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17** na rzecz **Agencja Rozwoju Miasta S.A., 31-019 Kraków, ul. Floriańska 31,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 15 556 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Polimex-Mostostal S.A., Baugesellschaft Walter Hellimich GmbH, 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17.**

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „budowa Hali Widowiskowo - Sportowej (Czyżyny) w Krakowie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 grudnia 2009 r., pod nr 2009/S 249-358258.

W dniu 25 marca 2010 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” i wnosząc o unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania i zaproszenie Odwołującego się do składania ofert.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący się podniósł, iż w żadnej z części ogłoszenia Zamawiający nie przesądził w indywidualny sposób, jak wymagane kwalifikacje, dotyczące części odnoszącej się do uprawnień budowlanych i zaświadczeń potwierdzających opłacenie składki za przynależność do okręgowej izby samorządu zawodowego winien spełnić obywatel państwa członkowskiego Unii Europejskiej, który nabył

w tych państwach kwalifikacje, odpowiadające uprawnieniom budowlanym w Polsce. Zdaniem Odwołującego się, należy więc przyjąć, że obywatel taki może wymagane kwalifikacje wypełnić w każdy dozwolony sposób, zgodny z przepisami prawa budowlanego.

W opinii Odwołującego się, oznacza to również brak podstawy do wykluczenia Odwołującego się z przedmiotowego postępowania z powodu nie złożenia dokumentu, którego Zamawiający nie żądał. Wskazany w treści informacji o wykluczeniu - brak dokumentu wydawanego przez Polską Izbę Inżynierów Budownictwa w formie „Decyzji uznania kwalifikacji zawodowych” - nie został wymieniony w treści ogłoszenia o zamówieniu jako dokument potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu i nie może tym samym być wymieniony, jako uzasadnienie podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Odnosząc się natomiast do zaświadczenia potwierdzającego opłacenie składki za przynależność do okręgowej izby samorządu zawodowego, Odwołujący się wskazuje, że obowiązek taki dla inżyniera niemieckiego nie wynika wprost ani z treści przepisów polskich z obszaru prawa budowlanego, ani z przepisów prawa niemieckiego. Zaproponowany we wniosku o dopuszczenie do udziału inżynier niemiecki, inaczej niż inżynier polski, nie ma obowiązku przynależności do izby samorządu zawodowego i opłacania tym samym składek.

Jednocześnie Odwołujący się wyjaśnia, iż wskazany przez Odwołującego się we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu p. Herbert K., w przypadku udzielenia Odwołującemu się przedmiotowego zamówienia, będzie świadczył, na podstawie art. 20a ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów (Dz. U. z 2001 r., Nr 5, poz. 42 ze zm.), usługi inżynierskie na wskazanym stanowisku, w oparciu o prawo do tymczasowego i okazjonalnego wykonywania zawodu inżyniera budownictwa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zwane prawem do „świadczenia usług transgranicznych”, bez konieczności uznawania kwalifikacji zawodowych.

Ze względu na fakt, że postępowanie w izbie, ma w stosunku do osoby spełniającej wymagania, charakter formalny, nie ma potrzeby, aby osoba ta starała się o wpis tymczasowy przed uzyskaniem gwarancji świadczenia usług, czyli w niniejszym przypadku wygrania przez Odwołującego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 20a ust. 2 i 6 powoływanej ustawy).

W dniu 31 marca 2010 r. Zamawiający oddalił protest. Zamawiający podniósł, że wobec ogłoszenia o zamówieniu Odwołującemu się przysługiwało prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej. Skoro Wykonawca nie oprotestował treści ogłoszenia, nie ma prawa na obecnym etapie jego kwestionowania. Faktycznie przedmiotowy protest jako dotyczący warunków udziału w postępowaniu, należy uznać za spóźniony.

Zamawiający wskazuje również, iż Odwołujący się nie zakwestionował, w trybie środków ochrony prawnej, wezwania do uzupełnienia i wyjaśnień dokumentów i oświadczeń.

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący się winien był dołączyć wymagany dokument opłacania składki, jako potwierdzenie posiadanych uprawnień budowlanych Kierownika budowy. Co więcej, powinien był dołączyć ten dokument, potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu na dzień ostatni, wyznaczony do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (dzień otwarcia wniosków), tj. 5 lutego 2010 r. Zatem nawet gdyby uznać, że Wykonawca mógł wykazać spełnienie warunku za pomocą tymczasowego wpisu uprawniającego do świadczenia usług transgranicznych, to ten wpis powinien być dokonany najpóźniej z datą 5 lutego 2010 r.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego się, zdaniem Zamawiającego, z powoływanej ustawy nie wynika, iż Kierownik budowy, otrzyma takie uprawnienie - tj. tymczasowy wpis na listę, gdyż usługi transgraniczne charakteryzują się tymczasowością i okazjonalnością, czego z pewnością nie można założyć przy kierowaniu tak dużą budową, jak budowa Hali Widowiskowo-Sportowej. Trudno uznać, że pełnienie funkcji Kierownika budowy na tak dużej inwestycji, o tak znacznym stopniu skomplikowania i zakładanym czasookresie realizacji kilku lat, jest świadczeniem tymczasowych czy okazjonalnych usług transgranicznych.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący się, wnosząc odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście. Odwołujący się podnosi, iż tymczasowe i okazjonalne wykonywanie zawodu odpowiednio architekta, inżyniera budownictwa lub urbanisty na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, o którym mowa w art. 20a powoływanej ustawy, oznacza wykonywanie zawodu na terenie RP w czasie potrzebnym do wykonania jednego projektu i nadzoru nad jego realizacją. W takiej sytuacji nie ma najmniejszego znaczenia, czy dany projekt trwa pół roku, czy też kilka lat. Wskazuje na stanowisko Krajowej Izby Inżynierów Budownictwa, która w załączniku do uchwały KR NR/3/09 z dnia 28 stycznia 2009 r. „Wytyczne dotyczące postępowania w sprawie świadczenia usług transgranicznych” wyjaśnia, że „z treści przywołanego art. 20 a ust. 1 wynika, że usługa transgraniczna powinna być wykonywana przejściowo i musi być czasowo ograniczona”. Zaś, w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości przyjmuje się, że ograniczenie czasowe uznane byłoby za naruszenie swobody świadczenia usług.

W opinii Odwołującego się, obowiązujące aktualnie w Polsce przepisy nie warunkują możliwości wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie przez inżynierów z innych państw, od przynależności do izby inżynierów i uzyskania decyzji o uznaniu kwalifikacji zawodowych, umożliwiają bowiem uzyskanie tymczasowego nieodpłatnego wpisu na listę członków izby, nakazując jednocześnie, aby postępowanie w okręgowej radzie okręgowej izby inżynierów budownictwa było prowadzone bez zbędnej zwłoki, która mogłaby narazić izbę na zarzut, iż utrudnia ona świadczenie usług transgranicznych lub powoduje opóźnienia w ich wykonywaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W sekcji III pkt 2.3.2 SIWZ Zamawiający postawił wymóg, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować minimum po jednej osobie na każde wymienione poniżej stanowisko, które to osoby posiadać będą odpowiednie wykształcenie, uprawnienia oraz doświadczenie zawodowe, gwarantujące właściwe wykonanie przedmiotu zamówienia. W ślad za tym postanowieniem Zamawiający wskazał (lit. b pkt 2.3.2 SIWZ), iż w skład niezbędnego personelu wchodzi Kierownik budowy, którego wymagane kwalifikacje Zamawiający opisał w następujący sposób: *„uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno budowlanej bez ograniczeń bądź odpowiadające im równoważne uprawnienia w specjalności, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów – zgodnie z Polskim prawem budowlanym i opłaconą składkę za dany rok potwierdzającą przynależność do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa.”* Ponadto, Kierownik budowy musiał legitymować co najmniej 10-letnim doświadczeniem zawodowym na stanowisku kierownika budowy przy realizacji obiektów kubaturowych, w tym doświadczeniem w kierowaniu budową minimum jednego obiektu kubaturowego (rekreacyjnego, sportowego lub wielofunkcyjnego) o kubaturze min. 100 000 m³, doświadczeniem w kierowaniu budową z zastosowaniem technologii kablobetonowej (sprężonej) oraz w realizacji wzmocnienia gruntu. Kierowanie budową musi obejmować pełny, wielobranżowy proces realizacji nowego obiektu, a obiekt musi być zakończony na dzień wszczęcia postępowania. Na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku, zgodnie z pkt 2.3.2 sekcji III SIWZ, Zamawiający żądał *„wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat kwalifikacji zawodowych (w tym zaświadczeń potwierdzających opłacenie składki za dany rok za przynależność do Okręgowej Izby Samorządu Zawodowego), doświadczenia (z podaniem dokładnych okresów pełnienia funkcji – dzień/miesiąc/rok) i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także okresów wykonywanych przez nie czynności (przykładowy formularz znajduje się na stronie internetowej zamawiającego z ogłoszeniem o niniejszym zamówieniu).”*

Pierwotnie, we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołujący się zaproponował na stanowisko Kierownika budowy p. Janusza K. (załącznik nr 3), którego doświadczenie zostało uznane przez Zamawiającego za niewystarczające, w świetle pkt 2.3.2 sekcji III SIWZ (pismo z dnia 26 lutego 2010 r.). Wobec powyższego, w tym samym piśmie, Zamawiający wezwał, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia przedmiotowego załącznika. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że *„w przypadku braku możliwości spełniania warunków przez osoby wskazane we Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu prosimy o uzupełnienie Wykazu osób o nowe osoby spełniające wymagane w Ogłoszeniu o zamówieniu warunki.”* Dalej Zamawiający zwrócił uwagę, iż

dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący się uzupełnił załącznik nr 3, w którym na stanowisko Kierownika budowy wskazał p. Herberta K., dołączając dyplom, świadectwo egzaminu dyplomowego oraz życiorys ww. osoby.

W wyniku dokonanej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający stwierdził, że wniosek Odwołującego się *„nie spełnia wymogów pkt. III.2.3)2) Ogłoszenia o zamówieniu ppkt. b). Osoba wskazana na stanowisko Kierownika Budowy nie posiada wymaganych kwalifikacji – zgodnych z Polskim prawem budowlanym. Osoba ta przedstawiając dyplom magistra inżyniera uzyskany w Wuppertalu nie przedłożyła dokumentu wydanego przez Polską Izbę Inżynierów Budownictwa w formie „Decyzji uznania kwalifikacji zawodowych”, która uprawnia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej oraz państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o wolnym Handlu (EFTA) – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, którzy nabyli w tych państwach, poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, kwalifikacje odpowiadające uprawnieniom budowlanym w Polsce – zgodnie z polskim Prawem budowlanym. Reasumując, Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a i 3 ustawy Pzp, jako że nie wykazał, na żądanie Zamawiającego spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Złożone na wezwanie Zamawiającego dokumenty i oświadczenia nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.”* (pismo z dnia 19 marca 2009 r.).

W tych okolicznościach Krajowa Izba Odwoławcza, zważyła:

Nie budzi wątpliwości, w świetle pkt 2.3.2 lit. b sekcji III SIWZ, iż osoba zaproponowana na stanowisko Kierownika budowy musi posiadać uprawnienia budowlane o specjalności konstrukcyjno-budowlanej bądź równoważne. Jednakże przedmiotowy wymóg, stanowiący element warunku udziału w postępowaniu, wykonawca mógł odczytać w ten sposób, że jest to wymaganie Zamawiającego, które należy spełnić, jednakże nie jest konieczne przedstawienie dokumentu, potwierdzającego posiadanie uprawnień budowlanych, bowiem wśród dokumentów i oświadczeń wymienionych w pkt 2.3.2 sekcji III SIWZ, brak wskazania na przedmiotowy dokument. Zamawiający, w odniesieniu do kwalifikacji zawodowych, wskazuje jedynie na konieczność przedstawienia informacji w tym zakresie, wyjątek stanowi zaświadczenie potwierdzające opłacanie składki za przynależność do samorządu zawodowego. Powyższe, w opinii Izby, nie daje podstaw do żądania

konkretnego dokumentu na okoliczność potwierdzenia uprawnień budowlanych. Zdaniem Izby, wszelkie niejasności i brak precyzji w przedmiocie żądań Zamawiającego, nie mogą obciążać wykonawców.

Jednakże przyjęcie takiego stanowiska nie oznacza, iż wykonawca zwolniony jest z obowiązku potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu. Przynajmniej bowiem z informacji na temat kwalifikacji zawodowych muszą wynikać okoliczności, o których mowa w pkt 2.3.2 lit. b sekcji III SIWZ. W tej sytuacji powstaje pytanie, w jaki sposób powinien spełniać sporny warunek obywatel państwa członkowskiego Unii Europejskiej. Jednocześnie Izba podziela pogląd Odwołującego się, wyrażony w odwołaniu, iż skoro Zamawiający nie zawarł w tym względzie wytycznych, konieczne jest odwołanie się do przepisów obowiązującego prawa i potwierdzenie tych kwalifikacji, jak zauważa Odwołujący się, „w każdy dozwolony sposób zgodny z przepisami prawa budowlanego.”

Zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 ze zm.), samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, określone w ust. 1-5 (m.in. kierowanie budową lub innymi robotami budowlanymi), mogą wykonywać wyłącznie osoby posiadające odpowiednie wykształcenie techniczne i praktykę zawodową, dostosowane do rodzaju, stopnia skomplikowania działalności i innych wymagań związanych z wykonywaną funkcją, stwierdzone decyzją, zwaną „uprawnieniami budowlanymi”, wydaną przez organ samorządu zawodowego. Jednocześnie, na podstawie przepisu art. 12a ustawy Prawo budowlane, samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, określone w art. 12 ust. 1, mogą również wykonywać osoby, których odpowiednie kwalifikacje zawodowe zostały uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych. W tym miejscu konieczne staje się odwołanie do ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów (Dz. U. z 2001 r., Nr 5 poz. 42 ze zm.), w której zgodnie z przepisem art. 5 ust. 2 pkt 4, izby inżynierów budownictwa zrzeszają osoby, które są obywatelami państw członkowskich, którzy nabyli kwalifikacje zawodowe do wykonywania działalności w budownictwie, równoznacznej wykonywaniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, odpowiadające wymaganiom określonym w pkt 1-3 oraz posiadają odpowiednią decyzję o uznaniu kwalifikacji zawodowych. Z powyższego wynika, że inżynier budownictwa, będący obywatelem państwa członkowskiego Unii Europejskiej, jest uprawniony do wykonywania na terytorium naszego kraju samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie po uzyskaniu decyzji o uznaniu jego kwalifikacji zawodowych.

Jednakże powoływana ustawa, przewiduje wyjątek od zasady uznawania kwalifikacji zawodowych, w postaci wynikającego z art. 20a ust. 1 uprawnienia do „świadczenia usług transgranicznych”. Jak bowiem stanowi wskazany przepis, obywatel państwa członkowskiego, posiadający kwalifikacje zawodowe architekta, inżyniera budownictwa lub

urbanisty, który prowadzi zgodnie z prawem działalność w zakresie tego zawodu w innym niż Rzeczpospolita Polska państwie członkowskim ma prawo do tymczasowego i okazjonalnego wykonywania zawodu odpowiednio architekta, inżyniera budownictwa lub urbanisty na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, bez konieczności uznawania kwalifikacji zawodowych, z zastrzeżeniem wymogów określonych w ust. 2-11. Oznacza to, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, inżynier budownictwa nie jest obowiązany do poddania się procedurze uznawania kwalifikacji zawodowych, jeśli spełnia warunki niezbędne do świadczenia usług transgranicznych i dopełnił wymogów, które związane są z możliwością świadczenia tychże usług. Nie jest bowiem tak, jak twierdzi Odwołujący się, iż do świadczenia usług transgranicznych wystarczająca jest jedynie wola inżyniera budownictwa z państwa członkowskiego Unii Europejskiej skorzystania z uprawnienia, jakie kreuje art. 20a ust. 1 ustawy o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów. Zwrócić należy bowiem uwagę, iż ustawodawca zwalniając z obowiązku uznawania kwalifikacji zawodowych nakłada na inżyniera budownictwa pewne minimalne wymogi, których spełnienie zabezpiecza interesy uczestników procesu budowlanego i zapobiega korzystaniu z przedmiotowego uprawnienia w sposób sprzeczny z przepisem art. 20a ustawy o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów. Nie inaczej bowiem należy odczytywać wymogi, o których mowa w ust. 2, 3, 5 i 6 art. 20a powoływanej ustawy, jak sprawowanie pewnej kontroli przez państwo, przy świadczeniu usług, z których wykonywaniem i których wykonanie, związane jest z bezpieczeństwem ludzi. Zatem, inżynier budownictwa jest zobowiązany złożyć nie tylko oświadczenie o zamiarze świadczenia danej usługi, które to oświadczenie pozwala w istocie na weryfikację okoliczności, czy mamy do czynienia ze świadczeniem usług transgranicznych. Ponadto, co istotne, konieczne jest przedstawienie zaświadczenia wydanego przez właściwy organ państwa członkowskiego, że inżynier budownictwa wykonuje faktycznie i zgodnie z prawem zawód lub działalność w tym państwie członkowskim oraz że w momencie składania zaświadczenia nie obowiązuje go zakaz, nawet tymczasowy, wykonywania zawodu lub działalności oraz dokumenty potwierdzające kwalifikacje zawodowe. Co więcej, właściwa okręgowa rada izby może zwracać się do właściwych organów państwa członkowskiego o przedstawienie informacji potwierdzających, że inżynier budownictwa wykonuje działalność zgodnie z prawem, w sposób należyty oraz że nie zostały na niego nałożone kary dyscyplinarne lub sankcje karne związane z wykonywaniem zawodu lub prowadzeniem działalności.

W tych okolicznościach nie sposób twierdzić, że wpis na listę członków izby ma charakter automatyczny. Po pierwsze, konieczne jest spełnienie przesłanek niezbędnych do uznania wykonywania określonej działalności za „świadczenie usług transgranicznych”. Po drugie, konieczne jest przedstawienie określonych dokumentów, z których wynikają

kwalifikacje zawodowe, fakt wykonywania zawodu zgodnie z prawem i brak jakiegokolwiek zakazu w tym zakresie. Dopelnienie powyższego staje się dopiero podstawą do dokonania tymczasowego wpisu na listę członków izby (art. 20a ust. 6 powoływanej ustawy), z tym że świadczenie usług transgranicznych podlega każdorazowo indywidualnej ocenie, dokonywanej przez właściwą okręgową radę izby, przy uwzględnieniu w szczególności długości, częstotliwości, regularności oraz ciągłości usługi. Oznacza to więc, że warunki świadczonej usługi podlegają badaniu, potwierdzają to również Wytoczne dotyczące postępowania w sprawie świadczenia usług transgranicznych, stanowiące złącznik do uchwały KR nr 3/R/09 z dnia 28 stycznia 2009 r. i w zależności od dokonanych ustaleń, izba podejmuje decyzję w przedmiocie wpisu. Uzyskanie wpisu nie zależy więc od woli inżyniera budownictwa i chęci świadczenia usług, przy wykorzystaniu instytucji „świadczenia usług transgranicznych”, ale od spełnienia wymogów formalnych i pozytywnej weryfikacji określonych okoliczności.

W niniejszym stanie faktycznym rodzi to konieczność legitymowania się przedmiotowym wpisem przez osobę zaproponowaną na stanowisko Kierownika budowy. Jak wcześniej wskazano, nie było konieczne przedstawienie przedmiotowego dokumentu, jednakże fakt posiadania tego wpisu powinien być zawarty w informacjach dołączonych do Wykazu osób. Bezsorna jest okoliczność, iż zaproponowana przez Odwołującego się osoba takiego wpisu nie posiada. Skoro więc ustawodawca rezygnując z konieczności uznawania kwalifikacji zawodowych, oczekuje spełnienia innych wymogów, to nie zwalnia to wykonawcy z ich spełnienia. Przy czym nie jest dopuszczalne, jak twierdzi Odwołujący się, iż wszystkie obowiązki, związane ze świadczeniem usług transgranicznych, mogą być spełnione dopiero po uzyskaniu zamówienia. Przepis art. 20a ust. 2 cytowanej ustawy, co prawda nakłada na inżyniera budownictwa wykonanie wskazanych obowiązków przed rozpoczęciem świadczenia usług, jednakże wskazana regulacja nie może być interpretowana w oderwaniu od przepisów ustawy Pzp. Nie budzi bowiem wątpliwości, w świetle przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, że dokumenty i oświadczenia składane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinny potwierdzać wskazaną okoliczność najpóźniej na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Skorzystanie bowiem z regulacji, o której mowa w ust. 2 art. 20a cytowanej ustawy nie może prowadzić do obejścia przepisów ustawy Pzp. Wbrew twierdzeniom Odwołującego się, wykonawca posiada możliwość na tym etapie postępowania, nie mając jeszcze zawartego kontraktu, opisanego jego warunków. Przedmiot zamówienia został bowiem opisany przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu w takim stopniu, który pozwoli na weryfikację, czy wykonywanie usług Kierownika budowy przez wskazaną osobę należy uznać za „świadczenie usług transgranicznych”, w rozumieniu przepisu art. 20a ust. 1 powoływanej ustawy.

W ślad za tym przyjąć należy, iż w świetle § 1 ust. 2 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.), znajduje uzasadnienie żądanie przedstawienia zaświadczenia o opłaceniu składek za przynależność do okręgowej izby samorządu zawodowego. Przynależność do samorządu bowiem wiąże się z potwierdzeniem określonych uprawnień. Brak natomiast podstaw do twierdzenia, iż osoba wpisana tymczasowo na listę członków izby zwolniona jest z obowiązku opłacania składek. W żadnym razie nie stanowi o tym, jak wskazuje Odwołujący się, art. 20a ust. 6 cytowanej ustawy, który mówi jedynie, że wpis dokonywany jest nieodpłatnie. Zaś, zgodnie z art. 41 pkt 4 powoływanej ustawy członek izby jest obowiązany m.in. do regularnego opłacania składek członkowskich.

Wobec powyższego, brak podstaw do uznania, iż czynność wykluczenia Odwołującego się została dokonana z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Stwierdzenie powyższego skutkuje koniecznością oddalenia odwołania i orzeczenia, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznając za uzasadnione koszty Zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł, stanowiące koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....