

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 12 sierpnia 2015 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 16 lipca 2015 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Dolnośląska Inicjatywa Samorządowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Kotlarska 42, 50-151 Wrocław

dotyczących informacji z dnia 30 czerwca 2015 r. o wyniku kontroli doraźnej następczej w zakresie naruszeń ustawy – Prawo zamówień publicznych przekazanej zamawiającemu w piśmie znak UZP/DKUE/W3/421/13(10)15/JK(5347) w przedmiocie postępowania prowadzonego w przetargu ograniczonego na roboty budowlane pn.: „Rekultywacja dolnośląskich składowisk odpadów komunalnych”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Andrzej Niwicki
Członkowie:	Izabela Niedziałek-Bujak
	Marzena Ordysińska

wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia Zamawiającego z dnia 13 lipca 2015 r. do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem było wykonanie robót budowlanych w systemie generalnego wykonawstwa, polegających na rekultywacji 9 składowisk odpadów o łącznej powierzchni zrehabilitowanych składowisk 21,19 ha oraz zarządzanie wykonywanymi zadaniami w podziale na 3 obszary lokalizacyjne. Nazwa przedmiotu zamówienia to „Rekultywacja dolnośląskich składowisk odpadów komunalnych”.

W związku z koniecznością dokonania oceny opisu przedmiotu zamówienia organ kontroli zasięgnął opinii biegłego z zakresu inżynierii i ochrony środowiska. W sporządzonej ekspertyzie biegły dokonał analizy opisu przedmiotu zamówienia celem określenia, czy opis przedmiotu zamówienia jest prawidłowy, tj. czy jest jednoznaczny i wyczerpujący, czy użyte w opisie określenia są dostatecznie dokładne i zrozumiałe oraz, czy uwzględnione zostały wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także czy nie zawiera on innych elementów mogących powodować ograniczenie konkurencji. Biegły ocenił także, czy ewentualne nieprawidłowe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia mogło mieć wpływ na kalkulację ofert i ich porównywalność.

Biegły wskazał, iż opis przedmiotu zamówienia sporządzono w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. W opinii stwierdzono: „Zarówno z SIWZ jak i z dodatkowych dokumentów wynika, iż na niektórych składowiskach zostały już wykonane częściowo pewne prace rekultywacyjne, dotyczy to w szczególności składowisk: Jędrzychowice, Ziębice, Stróża. Wykonawcy zgłaszali do inwestora powyższy fakt, z wnioskiem o przekazanie/udostępnienie przedmiaru wykonanych już robót celem wykonania prawidłowego wyceny. Natomiast Dolnośląska Inicjatywa Samorządowa odpowiadała enigmatycznie, nie zawsze na temat i z posiadanych informacji nie przedłożyła żadnych obmiarów wykonanych już prac, co mogło być przyczyną przewymiarowania i zawyżenia wycen. W moim przekonaniu fakt ryczałtowego wynagrodzenia i racjonalnego wydatkowania środków finansowych (czym tłumaczy DIS) nie upoważnia inwestora do nieprzedłożenia oferentom przedmiaru wykonanych już prac, gdyż wcale nie spowoduje optymalizacji nakładów finansowych, a może budzić jedynie podejrzenia preferencyjne. Zaś powoływanie się w odpowiedziach na art. 2 pkt 8 ustawy pzp jest uzasadnione jedynie w przypadku pełnej jasności, co do zakresu prac, ich jakości, gdyż tylko wtedy wykonawca odpowiada za prawidłowe, zgodne ze sztuką budowlaną wykonanie obiektu budowlanego, w przeciwnym

wypadku jest to postępowanie co najmniej niezrozumiałe, gdyż stawia oferentów w niepewnej sytuacji zarówno, co do wyceny, jak i realizacji prac”.

„(...) brak sprecyzowania, jaka część robót na składowiskach została wykonana powodował powstanie okoliczności, która mogła mieć wpływ na sporządzenie oferty i wycenę (przewymiarowanie i zawyżanie wycen). Tym samym nie zostały uwzględnione wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Było to prawdopodobną przyczyną różnic w wysokości wycen złożonych przez wykonawców dla poszczególnych składowisk”.

Biegły zaznaczył również, że „wyceny tak dużego zakresu mogły w znacznym stopniu się różnić, do czego przyczyniła się także postawa inwestora w zakresie nieudostępnienia przedmiarów wykonanych już prac na niektórych składowiskach”. Wskazał także, że „...Zasadną kwestią poruszaną we wniosku o kontrolę kierowaną przez firmę R. z dnia 26.06.2014 r. cytowany fragment (...) Brak przedmiarów w szczególności przy pracach rozpoczętych a nie zakończonych wprowadził dysproporcje w wyliczaniu kosztów przedsięwzięcia i powodował uznaniowość w stosunku do tych prac a także brak odpowiedzialności za prace mu nieznaną, wykonane przez innych wykonawców(...) Podkreślić należy również, że Zamawiający pozostawił wnioski wykonawców dotyczące przedłożenia przez Zamawiającego inwentaryzacji obiektów obejmujących zakres wykonanych i pozostałych prac bez odpowiedzi (...). B. we wniosku o kontrolę z dnia 7.07.2014 także odnosi się do tej kwestii: „(...) Dodatkowo wykonawca wskazał, iż przeprowadzona przez Niego wizja lokalna wysypiska w Ziębicach wskazuje, iż prowadzone były prace rekultywacyjne na tym wysypisku. Oferent zwrócił się z prośbą o jednoznaczne wskazanie, jakie roboty zostały już wykonane i jakie należy wykonać wraz z przedłożeniem inwentaryzacji obiektu obejmującej zakres wykonanych i pozostałych do wykonania prac (...)”.

W ocenie biegłego, ww. działania zamawiającego w zakresie udostępnienia obmiarów prac wykonanych pozwalają na uznanie, że „(...) poruszane przez wykonawców we wnioskach o kontrolę powyżej cytowane kwestie odnoszące się do nieprzedłożenia przez zamawiającego obmiarów wykonanych już prac na niektórych składowiskach SA zasadne i mogły mieć wpływ na kalkulację ofert i ich nieporównywalność.”

Jednocześnie biegły wskazał, iż „Opis przedmiotu zamówienia poza niezgodnością z art. 29 ust. 1 ustawy pzp nie zawiera innych elementów, które powodują ograniczenie uczciwej konkurencji, gdyż opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane zgodnie z dokumentacją projektową, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych oraz decyzjami administracyjnymi”.

Mając na uwadze powyższe ustalenia faktyczne, kontrolujący zauważył, co następuje. Zagadnienie opisu przedmiotu zamówienia stanowi istotną część regulacji ustawowej Prawa zamówień publicznych. Opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania. Zamawiający zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia i jego cechy w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na proces sporządzania oferty (art. 29 ust. 1 ustawy pzp). Powołał treść wyroku KIO z 27 marca 2015 r., gdzie wskazano m.in., że „podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, w więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią”.

Ponadto stosownie do art. 29 ust. 2 ustawy pzp opisu przedmiotu zamówienia nie wolno dokonywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwa konkurencję. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu z art. 29 ust. 2 ustawy wystarczającym jest zatem uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, tj. opis, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji.

Jak stwierdził Prezes UZP, w niniejszej sprawie zamawiający poprzez zaniechanie udostępnienia wykonawcom obmiarów robót uprzednio wykonanych, dokonał sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem wskazanych wcześniej przepisów. Wykonawcy, w trybie zapytań do treści SIWZ (art. 38 ust. 1 ustawy pzp) wnioskowali o przekazanie ww. przedmiarów, zatem zamawiający w trakcie postępowania powziął informację, iż uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o wskazanie przedmiaru, jest istotne dla właściwej identyfikacji przez wykonawców, co jest przedmiotem zamówienia. Bez ww. dokumentów wykonawcy nie byli w stanie jednoznacznie określić, jaki zakres robót mają wykonać i jaki zakres robót wycenić. Jak wynika z opinii biegłego, zaniechanie udostępnienia wykonawcom przedmiarów (inwentaryzacji) robót już wykonanych mogło być przyczyną przewymiarowania i zawyżenia cen i mogło mieć wpływ na kalkulację ofert i ich nieporównywalność, na co wskazywać mogą znaczne różnice w cenach ofert.

W świetle przedstawionego stanu faktycznego i prawnego oraz treści opinii biegłego, organ kontroli stwierdził, iż zamawiający w sposób wadliwy sporządził opis przedmiotu zamówienia wobec nieudostępnienia wykonawcom inwentaryzacji prac wykonanych uprzednio na składowiskach w Ziębicach i Stróży. Wadliwy sposób sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia mógł również doprowadzić do utrudnienia uczciwej konkurencji

poprzez utrudnienie kalkulacji cen ofert i ich nieporównywalność. Zamawiający dopuścił się zatem naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że zamawiający dopuścił się w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego naruszenia art. 51 ust. 2 ustawy pzp wskazując, że na skutek wzięcia pod uwagę przychodu podmiotu trzeciego wykonawcy R. nie został zaproszony składania ofert wykonawca J., którego oferta mogła okazać się najkorzystniejsza.

Powyższa ocena wynika z następujących okoliczności. Postępowanie prowadzone było w trybie przetargu ograniczonego. W ogłoszeniu o zamówieniu wskazano, iż w przypadku, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 5, zaprosi do składania ofert 5 wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w największym stopniu, tj. wykonawców, którzy posiadają sumarycznie najwyższe przychody w okresie nie dłuższym niż ostatnie 3 lata obrotowe.

Wnioski o dopuszczenie złożyło 9 wykonawców. Trzech zostało wykluczonych wobec niespełnienia warunków udziału. Wykonawca R. nie załączył do wniosku sprawozdania finansowego, a wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy uzupełniając dokument przedłożył swoje sprawozdanie finansowe oraz sprawozdanie finansowe podmiotu trzeciego – spółki P. Treść sprawozdania finansowego wykonawcy wskazuje, że określone w nim przychody powyżej 3 000 000 zł były wystarczające do spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca wraz uzupełnieniem wniosku przedłożył „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia” spółki P. W piśmie tym spółka zobowiązała się do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów w zakresie „zdolności finansowej i ekonomicznej, w szczególności z uwzględnieniem przychodów podmiotu z okres ostatnich 3 lat obrotowych” wskazując przy tym, iż udostępnienie powyższych zasobów polegać będzie na „udostępnieniu zdolności ekonomicznej i finansowej w szczególności w zakresie:

- a/ oddelegowania do wykonawcy naszych pracowników, a w szczególności głównego księgowego oraz pracowników działu księgowości do konsultacji i udzielania porad ekonomiczno – finansowych co do sposobu wykonania całości zamówienia,
- b/ przekazania na rzecz wykonawcy oprogramowania finansowo – księgowego niezbędnego do realizacji zamówienia,
- c/ prowadzenia doradztwa księgowo – finansowego mającego na celu zwiększenie ekonomiki przedsięwzięcia”.

Wyżej wskazane zobowiązanie, w ocenie kontrolującego, nie pozwala na uznanie, iż udostępnienie potencjału ekonomicznego ma realny charakter. Mając na uwadze treść

przepisu art. 26 ust. 2b ustawy, z przedłożonego zobowiązania nie wynika, że wykonawca będzie dysponował udostępnionymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia. Nie jest bowiem możliwe utożsamienie oddania do dyspozycji zasobu w postaci potencjału ekonomicznego ze zobowiązaniem oddelegowania pracowników do konsultacji i udzielania porad, przekazania oprogramowania czy prowadzenia doradztwa. Wskazane czynności, do jakich zobowiązał się podmiot trzeci, nie wpływają na dysponowanie przez wykonawcę zasobami ekonomicznymi. Treść zobowiązania nie pozostawia zatem wątpliwości, iż dysponowanie zdolnością ekonomiczną tego podmiotu nie będzie realne i możliwe w praktyce, bowiem zobowiązanie odnosiło się do obsługi księgowo – doradczej. Wobec powyższego zamawiający nie powinien był uznać, że wykonawca będzie dysponował zasobami ekonomicznymi podmiotu trzeciego, gdyż przedłożone zobowiązanie nie stanowiło żadnego dowodu, że wykonawca na etapie realizacji zamówienia będzie dysponował zasobami o charakterze ekonomicznym.

Prezes UZP zauważył przy tym, że sprawozdanie i zobowiązanie podmiotu trzeciego zostały złożone w wyniku uzupełnienia wniosku. Na skutek uzupełnienia ww. dokumentów wykonawca wykazał sumaryczne przychody w wysokości, dzięki której został zakwalifikowany do grona 5 wykonawców, którzy zostali zaproszeni do składania ofert. Przychody samego wykonawcy R. bez uwzględnienia przychodów podmiotu trzeciego, umiejscawiały go na ostatniej, szóstej pozycji spośród wykonawców, którzy nie zostali wykluczeniu z postępowania na etapie oceny wniosków. Sumaryczne przychody wykonawcy (bez przychodu podmiotu trzeciego) wyniosły 9 799 683,19 zł, zaś wykonawcy J., który nie został zaproszony do składania ofert – 49 917 618,95 zł. W konsekwencji zaproszenie wykonawcy R. na skutek uwzględnienia przychodu podmiotu trzeciego, do złożenia oferty oraz zaniechanie zaproszenia wskazanego podmiotu J., naruszało art. 51 ust. 2 ustawy pzp, który stanowi, że „Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców wyłonionych w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny./.../.”

Kolejny zarzut postawiony zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu to naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Organ kontroli wskazał, że zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu wymagano wykazania dysponowania osobą Kierownika Zespołu, posiadającego wykształcenie w zarządzaniu projektami oraz co najmniej trzyletnie doświadczenie zawodowe w zarządzaniu projektami (zarządzenia zakresem harmonogramowanie, zarządzanie ryzykiem, zarządzanie podwykonawcami), w tym doświadczenie w zarządzaniu co najmniej 1 umową (kontraktem) o wartości nie mniejszej niż 1 000 000 zł (bez podatku VAT).

Zgodnie z wnioskiem wykonawcy E. powołał na stanowisko Kierownika zespołu pana P. wykazującego się zgodnie z „Wykazem osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu niniejszego zamówienia”, doświadczeniem zdobytym podczas wykonywania 3 kontraktów o następujących okresach realizacji: 1/ kwiecień 2010 r. – sierpień 2011 r., 2/ sierpień 2010 r. – wrzesień 2011 r., 3/ listopad 2008 r. – wrzesień 2009 r.

Z powyższego wynika łącznie 29 miesięcy doświadczenia zawodowego, gdyż jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 1675 i 1676/10 „Bez znaczenia, z punktu widzenia okresu doświadczenia, jest fakt, że w niektórych miesiącach osoba ta pełniła funkcję przy realizacji dwóch inwestycji. W ocenie Izby, pracy przy wykonywaniu dwóch zadań w tym samym czasie nie można podwójnie wliczać do okresu doświadczenia. Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że sumowanie okresów pracy nakładających się było dopuszczalne, ze względu na fakt, że możliwość ta nie została przez zamawiającego wyłączona w SIWZ. Warunkiem udziału w postępowaniu był określony staż, zatem z natury rzeczy jako zasadę należy przyjąć obliczanie go bez uwzględniania liczby zadań wykonywanych w tym samym czasie. Dopiero odmienne stanowisko zamawiającego dopuszczające sumowanie czasu trwania zadań realizowanych równocześnie, musiałoby być wyraźnie sformułowane w SIWZ (jednakże celowość dopuszczenia takiej możliwości wydaje się wątpliwa)”.

W tym świetle, uznając, że osoba wskazana na stanowisko kierownika zespołu nie posiada wymaganego trzyletniego doświadczenia, Prezes UZP stwierdził, że zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy E. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie okresu doświadczenia zawodowego w zarządzaniu projektami – kierownika projektu. Zaniechanie to stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Z uwagi na fakt, iż oferta wykonawcy E. została odrzucona na etapie badania i oceny ofert, powyższe naruszenie zostało uznane za niemające wpływu na wynik postępowania.

Również jako niemające wpływu na wynik postępowania (z uwagi na niezłożenie oferty przez wykonawcę) zostało wskazane naruszenie przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy pzp polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy B. do uzupełnienia oświadczenia o spełnianiu wszystkich warunków, których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy pzp.

Kontrolujący zauważył, że w pkt III 4.1 ogłoszenia o zamówieniu wskazywano na konieczność złożenia m. in. oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy pzp.

Wykonawca B. wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu o treści „oświadczmy, że

spełniamy warunki udziału w wyżej wymienionym postępowaniu o udzielenie zamówienia”. W ocenie kontrolującego wykonawca ograniczył oświadczenie do tych warunków z art. 22 ust. 1 ustawy pzp, które zostały opisane w ogłoszeniu o zamówieniu. Zatem pozostałe warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy pzp, nie stanowiące warunków udziału w postępowaniu nie zostały objęte oświadczeniem wykonawcy. Uznano że wykonawca w istocie nie złożył oświadczenia o spełnianiu wszystkich warunków z art. 22 ust. 1 ustawy pzp. Kontrolujący wskazał, że zgodnie z art. 50 ust. 1 ustawy pzp wykonawca zawsze jest zobowiązany do złożenia oświadczenia o spełnianiu wszystkich warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy pzp bez względu na zakres opisu sposobu oceny spełniania warunków dokonywany w ogłoszeniu o zamówieniu.

Wobec brak wymaganego oświadczenia zamawiający zobowiązany był, w ocenie organu kontroli, do wezwania w tym zakresie wykonawcy stosownie do przepisu art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku przeprowadzonej kontroli.

Ustosunkowując się do poszczególnych zarzutów wyjaśnił, co następuje.

1/ zarzut wadliwego opisu przedmiotu zamówienia tj. zaniechanie udostępnienia wykonawców obmiarów robót uprzednio wykonanych.

Zamawiający wskazał, że prowadził przedmiotowe postępowanie w formule inwestora zastępczego, a przedmiot zamówienia obejmował wykonanie robót budowlanych w systemie generalnego wykonawstwa polegających na rekultywacji 9 składowisk odpadów o łącznej powierzchni zrekultywowanych składowisk (wskaźnik celu) 21,19 ha w podziale na gminne składowiska odpadów zlokalizowane w Sulikowie, Polanicy Zdroju, Bystrzycy Zdroju, Ziębicach, Stróży, Strzegomianach, Sulęcinie, Przemkowie, Jędrzychowicach

Oraz zarządzanie wykonywanymi zadaniami w podziale na 3 obszary lokalizacyjne.

Z uwagi na taki sposób ukształtowania postępowania opis przedmiotu zamówienia stanowił zestawienie informacji doręczonych zamawiającemu przez poszczególne gminy realizujące program rekultywacji pod szyldem zamawiającego. Z tych jednostek zamawiający zbierał materiały źródłowe celem jednoznacznego i wyczerpującego opisanie całego przedsięwzięcia dla umożliwienia wykonawcom porównywalnego obliczenia cen ofert. Wskazał na art. 31 ust. 1 ustawy pzp jako określający opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, który jest dokonywany za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Z punktu widzenia art. 29 ustawy pzp ocena staranności opisu sprowadza się w istocie do oceny poprawności przygotowania dokumentacji projektowej oraz STWiORB w zakresie i formie określonej rozporządzeniem

Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. (D.U. z 2013 r. poz. 1129).

Mając na uwadze interes zamawiającego gospodarującego środkami publicznymi polegający w szczególności na przeniesieniu na wykonawcę ryzyka związanego z ewentualnymi brakami lub wadami dokumentacji projektowej, zagwarantowanie by koszty robót nie przekroczyły ceny ofertowej i niezmienności wynagrodzenia, uniknięciu konieczności dokonywania rozliczeń na podstawie obmiaru (pomiaru rzeczywiście wykonanych robót – Zamawiający przyjął rozliczenie ryczałtowe umowy, co w konsekwencji powodowało, że zamawiający nie miał obowiązku przekazywania wykonawcom przedmiaru robót.

Do szacowania wartości przyjął ilości z dokumentacji projektowej. Wskazał że zgodnie z zapisem pkt 10.1 Opisu sposobu przedmiotu zamówienia, podstawą do określenia całkowitej ceny ryczałtowej był Opis Przedmiotu Zamówienia uszczegółowiony w części III siwz, gdzie w pkt 3 zamawiający doprecyzował, jakie roboty budowlane i w jakim zakresie należy wykonać na poszczególnych składowiskach, a ostatecznie w pkt 7 części III siwz, jednoznacznie wymienił dokumenty będące podstawą obliczenia ceny ze wskazaniem dokumentacji projektowej dla poszczególnych składowisk oraz STWiORB

Zamawiający podkreślił, że przedstawiona dokumentacja projektowa oraz STWiORB nie została wskazana w informacji pokontrolnej jako niejednoznaczna, czy też wątpliwa merytorycznie. Zatem opis przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ustawy pzp – w zakresie i formie wynikającej z art. 31 ustawy pzp – uznać należy za jednoznaczny, wyczerpujący, stwarzający jednocześnie możliwość obliczenia cen ofert w sposób porównywalny, bo jednakowy dla wszystkich wykonawców. Na potwierdzenie stanowiska Zamawiający wskazał na piśmiennictwo: „/.../ Oznacza to, że zamawiający organizując przetarg na roboty budowlane, w sytuacji gdy przewiduje wynagrodzenie ryczałtowe a nie kosztorysowe, może nie przekazywać wykonawcy przedmiaru robót w ramach specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). W konsekwencji tego, może też określić inny sposób obliczenia ceny niż poprzez zwyczajowe wypełnienie przedmiaru cenami jednostkowymi robót. /.../ Wynika stąd, że przy wynagrodzeniu ryczałtowym wygodniejsze dla zamawiającego jest żądanie określenia przez wykonawcę wynagrodzenia jedynie w oparciu o projekty, a nie przedmiar opracowany przez inwestora, często obarczony nieprawidłowościami./.../” (Renata Niemczyk „Przedmiar robót – czy zawsze wymagany w zamówieniach publicznych na roboty budowlane?” w „Buduj z głową nr 3/2009 Zamówienia publiczne”.

W tym świetle zamawiający neguje stwierdzenie, jakoby zaniechanie przez niego przekazania wykonawcom przedmiaru robót uniemożliwiało im obliczenie cen ofert. W

konsekwencji także brak aktualnej inwentaryzacji nie uniemożliwił obliczenia ceny oferty. Oba te dokumenty nie były – zgodnie z prawem – elementami opisu przedmiotu zamówienia służącemu obliczeniu ceny oferty.

Na poparcie argumentacji wskazał na stanowiska UZP w kontroli z 9.01.2012 KA/49/11: „Przy wynagrodzeniu ryczałtowym co do zasady obowiązek wypełniania przez wykonawcę dostarczonego przez zamawiającego przedmiaru cenami jednostkowymi robót nie znajduje uzasadnienia, bowiem wykonawca, składając ofertę deklaruje, że wykona przedmiot zamówienia zgodnie z przekazaną dokumentacją, natomiast przedmiar przekazywany wykonawcy może zawierać błędy co do rodzaju i ilości robót wynikających z całości dokumentacji projektowej służącej opisowi przedmiotu zamówienia, które przy sztywnym określeniu ceny ryczałtu poprzez odesłanie do przedmiaru prowadzą do nieuprawnionego ograniczenia w kalkulowaniu ceny ryczałtowej przez wykonawcę, a w konsekwencji do pozbawienia możliwości żądania zapłaty za czynności wynikające z dokumentacji projektowej, ale nie ujęte w przekazanym wykonawcy przez zamawiającego przedmiarze, Stąd, niezbędne w opisie sposobu obliczenia ceny, jest takie wskazanie, które umożliwi określenie wynagrodzenia nie w oparciu o przedmiar, ale w oparciu o projekty (budowlany, wykonawczy), bądź w oparciu o specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót i warunki umowy/.../” Wskazał na analogiczne stanowisko UZP co do braku obowiązku wypełniania przez wykonawcę przedmiaru w kontroli z 24.06.2011 r. KN/18/11, z 3.09.2014 r. KD/25/14, z 8.11.2012 r. KD 56/11, z 13.10.2014 r. KD/94/14, a także w literaturze przedmiotu.

Zamawiający zauważył, że w cenie ryczałtowej oferty mamy do czynienia nie tylko z prostymi składowymi ceny jednostkowej przemnożonej przez ilości, gdzie w zakres ceny jednostkowej wchodzi koszty robocizny, materiału, sprzętu i koszty ogólne. Wskazał, że kontrakty ryczałtowe należą do kontraktów „wysokiego ryzyka”, które wykonawcy uwzględniają przy wycenie, jakkolwiek pewne ryzyka także w trakcie postępowania przetargowego nie są dostrzegane, a ich identyfikacja następuje na etapie realizacji umowy. Nie wynika to jednak ze złego opisu przedmiotu zamówienia, lecz właśnie m. in. z odmienności kryteriów i parametrów stosowany w procesie szacowania stopnia ryzyka towarzyszącego wykonywaniu danego zadania.

Stwierdził, że brak jest wpływu braku przekazania przedmiaru robót na ceny ofert i zauważył, że w niniejszej sprawie różnica kwot pomiędzy ofertami z miejsca 1 i 2 wynosiła 26 426 zł (przy cenach ofert powyżej 9 milionów złotych), czyli wyniosła mniej niż 0,3 procenta. Zauważył także, że przyjęta przez niego koncepcja ukształtowania warunków przetargu jest zbieżna z cytowanym stanowiskiem UZP, w którym stwierdzono m. in. że przy wynagrodzeniu ryczałtowym, zamawiający nie jest zobowiązany do sporządzenia i przekazania wykonawcy przedmiaru. /.../ Udostępnienie przez zamawiającego przedmiaru

robót nie zwalnia wykonawcy od obowiązku skalkulowania ceny oferty w oparciu o projekt, dokumentację wykonawczą oraz specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, jak również uwzględnienia wszystkich robót i kosztów (także nieprzewidzianych w przedmiarze).

Wskazując na powyższe zamawiający kwestionuje wyniki kontroli.

2/ ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu

Zamawiający wskazał, że warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt 2 – 4 ustawy pzp w zakresie dotyczącym powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego, co do zasady, mogą być spełnione łącznie. Istotą korzystania z potencjału podmiotu trzeciego jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców tak, by mogli połączyć swój potencjał z potencjałem podmiotu trzeciego. Zamawiający zauważa, że kwestia metody dokonywania sumowania potencjału nie została do tej pory uregulowana zarówno w dyrektywach, jak i ustawie. Przy niejednoznacznych przepisach i wielu interpretacjach działania zamawiającego mogą zatem rodzić mniejsze lub większe wątpliwości.

Wyjaśnił, że wykonawca R. został wezwany do uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu „... o sprawozdanie finansowe w części, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również opinię odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego, innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności – za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe/...”, ponieważ w jego wniosku brakował w/w dokumentu.

W odpowiedzi wykonawca uzupełnił wniosek wskazując przy tym, że w zakresie zdolności ekonomicznej polegać będzie na podmiocie trzecim. Zamawiający wskazuje, że za dominującą przyjmowano koncepcję ujmowania w nadawanej punktacji potencjału podmiotów trzecich – chyba że zamawiający w ogłoszeniu, siwz, wyraźnie temu zaprzeczył. Zamawiający stwierdził, że w przepisach ustawy odnoszących się do postępowań prowadzonych w trybach dwustopniowych nie wyłączono dopuszczalności posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego także w celu uzyskania lepszej „końcowej” punktowej oceny – w ostatecznej weryfikacji. Podkreślił także że przepisy nie stanowią zakazu posługiwania się doświadczeniem tego samego podmiotu trzeciego przez więcej niż jednego wykonawcę składającego wniosek. Na potwierdzenie przywołał orzecznictwo sądów okręgowych i KIO. Stwierdził także, że wykładnia przepisu art. 26 ust. 2b ustawy pzp ulegała zmianom widocznym m. in. w publikacjach UZP.

Zdaniem spółki zamawiającego pod pojęciem „zdolność ekonomiczna” należy rozumieć zespół wskaźników o charakterze ekonomicznym (np. wielkość obrotów, zysków, płynność

finansowa itp.) charakteryzujących określony podmiot. Udostępnienie to nie będzie więc bezpośrednio, jak w przypadku np. zdolności kredytowej, wykazu osób, czy też dysponowania sprzętem. Udostępnienie zdolności ekonomicznej określonej przychodem związane jest między innymi z co najmniej bezpieczeństwem zachowania określonych wskaźników ekonomicznych w trakcie realizacji zadania.

Zamawiający wskazał na wyrok KIO 863/15, a w nim m. in.: „o realnym udostępnieniu omawianego zasobu można mówić w sytuacji, gdy za wykonawcą powołującym się na tę okoliczność stoi wiarygodność ekonomiczna podmiotu trzeciego, rozumiana zarówno jako zdolność prowadzenia interesów, jak i uznanie, renoma i uczestnictwo w obrocie gospodarczym, na które to elementy powoływał się odwołujący. Nie ulega przy tym wątpliwości, że opisaną sytuację najlepiej oddaje podwykonawstwo (udział podmiotu udostępniającego zasób w realizacji zamówienia publicznego), tym niemniej nie można realności udostępnienia zasobu sprowadzać wyłącznie do problematyki podwykonawstwa/./.

Zamawiający stwierdza, że w przedmiotowym zamówieniu udostępnienie wskazane w zobowiązaniu miało charakter bezwarunkowy, co potwierdzało przeniesienie zasobów ekonomicznych przez wymienione elementy. Przeniesienie zasobów mających bezpośredni wpływ na zdolność ekonomiczną to są właśnie służby ekonomiczne, które uczestnicząc w realizacji zamówienia (oddelegowani przez podmiot trzeci) gwarantować będą zdolność wykonawcy do przeciwstawiania się negatywnym tendencjom ekonomicznym, które są znane podmiotowi trzeciemu. Ponadto na dziale księgowości spoczywać będzie w trakcie realizacji zamówienia utrzymanie wskaźników ekonomicznych i zapewnienie równowagi ekonomicznej z innymi działaniami wykonawcy. Tak więc bezpośrednia ingerencja osobowa wskazana w zobowiązaniu jako oddelegowanie pracowników księgowości z głównym księgowym, programowa (przekazanie oprogramowania finansowo-księgowego) oraz prowadzenie doradztwa w zakresie ekonomiki przedsięwzięcia, która została wskazana w zobowiązaniu podmiotu trzeciego jako szczególne udostępnienie (a nie jako jedyne), wypełnia, zdaniem zamawiającego, gwarancje właściwego kształtowania wewnętrznych czynników rozwoju oraz współzależności ekonomicznych przedsięwzięcia.

Zdaniem spółki złożone zobowiązanie uprawniało do uznania, że zasoby ekonomiczne będą faktycznie udostępnione, gdyż z jego treści wynika ich bezwarunkowy charakter oraz faktyczne oddelegowanie pracowników podmiotu trzeciego, przekazanie oprogramowania finansowo-księgowego, a także prowadzenie doradztwa księgowo-finansowego w celu zwiększenia ekonomiki przedsięwzięcia.

Prezes UZP nie uwzględnił zgłoszonych przez zamawiającego zastrzeżeń.

Odnosząc się do zarzutów zamawiającego stwierdził:

1/ co do stwierdzenia naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp poprzez wadliwe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, co mogło prowadzić do ograniczenia konkurencji poprzez utrudnienie kalkulacji cen ofert Prezes UZP zauważył, że nie wywodził naruszenia przepisu z nieudostępnienia wykonawcom przedmiaru robót, lecz brak przekazania wykonawcom obmiaru robót uprzednio wykonanych przez innego wykonawcę, zatem naruszenie dotyczyło opisu przedmiotu zamówienia dokonanego w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a co za tym idzie, w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję. Brak obmiaru prac już wykonanych, przy planowanym ryczałtowym wynagrodzeniu, uniemożliwił wykonawcy dokonującemu wyceny, wyłączenie z zakresu robót prac już wykonanych. Organ kontroli wskazał na opinię uzupełniającą biegłego powołanego w toku postępowania kontrolnego, w której podtrzymano stanowisko i wskazano ponownie, iż zamawiający nie dołożył należytej staranności przy opracowaniu opisu przedmiotu zamówienia.

Prezes UZP zauważył, że przepis art. 29 ustawy pzp zawierający fundamentalne zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia ma zastosowanie także w odniesieniu do opisu sporządzanego na podstawie art. 31 ust. 1 ustawy oraz rozporządzenia wykonawczego, a przyjęcie, że opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane oceniać należy jedynie pod kątem zgodności z rozporządzeniem prowadzić mogłoby do nieakceptowanych sytuacji, w których opis przedmiotu zamówienia naruszałby uczciwą konkurencję bądź uniemożliwił sporządzenie oferty tj. naruszałby art. 29 ustawy pzp. Stwierdził także, że fakt sporządzania opisu przedmiotu zamówienia na podstawie informacji złożonych przez poszczególne gminy, nie zwalnia zamawiającego odpowiedzialności za prawidłowe sporządzenie opisu w następstwie ewentualnej weryfikacji otrzymanej dokumentacji pod kątem m. in. jej kompletności, rzetelności i aktualności.

Przypomniał, że w informacji o wyniku kontroli wyraźnie wskazano, iż opis przedmiotu zamówienia sporządzony został w sposób wadliwy w zakresie nieprzekazanych obmiarów, co mogło mieć wpływ na utrudnienie uczciwej konkurencji, co oznacza naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp. Zaznaczył, że OPZ oraz STWiORB – Wymagania Ogólne, jak wskazał sam zamawiający, również stanowiły składnik opisu przedmiotu zamówienia, wobec czego wskazane naruszenia można odnieść również do tych dokumentów. Nie ma znaczenia, że opis przedmiotu zamówienia zawierał całą dokumentację projektową, wobec czego – zdaniem zamawiającego – nie zachodziła konieczność przekazania wykonawcom przedmiaru robót, bowiem naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp polegało na braku przekazania obmiaru robót już dokonanych przez innych wykonawców. Przekazana

wykonawcom dokumentacja, wobec okoliczności, iż na jej podstawie wykonano już część robót, stała się nieaktualna i niepełna. Brak ten uznano okoliczność mogącą mieć wpływ na sporządzenie oferty. W niniejszej sprawie zamawiający udostępnił wykonawcom jedynie dokumentację projektową i techniczną przedmiotu zamówienia, sporządzoną przed wykonaniem części robót. Brak udostępnienia obmiaru robót już wykonanych nie pozwalał na pełne, jednoznaczne określenie przez wykonawców prac, jakie mają wykonać. Prezes UZP przyznaje, że ustawa wprost nie wskazuje, ażeby obowiązkowym elementem opisu przedmiotu zamówienia był obmiar wykonanych uprzednio robót. Jednakże, jeżeli brak tego dokumentu prowadzi do sytuacji, że wykonawca nie jest w stanie określić, jaki jest zakres robót przewidzianych w zamówieniu, uznać należy, że opis przedmiotu zamówienia jako pozbawiony takich informacji, jest wadliwy, bowiem nie jest wyczerpujący i nie uwzględnia wszystkich znanych zamawiającemu okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Organ kontroli wskazał także, że nie stwierdził, iż brak przekazania obmiaru robót uprzednio wykonanych miał wpływ na ceny ofert, natomiast wskazał, że mogło to być przyczyną przewymiarowania zawyżenia cen, a ponadto mogło mieć wpływ na kalkulację ofert i ich nieporównywalność. Wskazał przy tym na fragment opinii powołanego biegłego, który stwierdził, iż „/.../ brak sprecyzowania, jaka część robót na składowiskach została wykonana powodował powstanie okoliczności, która mogła mieć wpływ na sporządzenie oferty i wycenę (przewymiarowanie i zawyżanie wycen). Tym samym nie zostały uwzględnione wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Było to prawdopodobną przyczyną różnic w wysokości wycen złożonych przez wykonawców dla poszczególnych składowisk”. Naruszeniem zakazu z art. 29 ust. w ustawy pzp jest uprawdopodobnienie utrudnienia uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, czyli potencjalne zagrożenie uczciwej konkurencji. Prezes UZP zauważa, że prawdzie wystąpiła niewielka różnica cen najtańszych ofert, lecz kolejne oferty w stosunku do najtańszej były droższe, odpowiednio o 41,7% i 78,4%, co może wskazywać na „przewymiarowanie i zawyżanie cen” spowodowane brakiem obmiarów robót uprzednio wykonanych. Niezależnie od konieczności wyceny ryzyka, o której wspomniał zamawiający, ryzyko to znacząco się zwiększa przy braku wiedzy o zakresie robót wykonanych tj. nie wymagających uwzględnienia przy kalkulacji ceny oferty. Zauważono także, że zamawiający nie wskazywał, iż niemożliwe było udostępnienie obmiarów, lecz uznał to za niecelowe, pomimo, że wykonawcy zwracali się z wnioskami o precyzyjne wskazanie robót uprzednio wykonanych. Zaznaczono, że gdyby wykonawcy posiadali więcej informacji o przedmiocie

zamówienia, w szczególności o aktualnym zakresie robót, mogliby inaczej wycenić oferty, co w konsekwencji mogło mieć wpływ na wyniki postępowania.

2/ Odnośnie zastrzeżenia zamawiającego w zakresie naruszenia art. 51 ust. 2 ustawy pzp Prezes UZP stwierdził, że nie kwestionował możliwości posłużenia się potencjałem ekonomicznym podmiotu trzeciego, w tym również celem uzyskania większej ilości punktów i wyższej pozycji w ramach rankingu, mającego na celu wyłonienie wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert.

Przedmiotowe naruszenie dotyczyło uznania za realne udostępnienie potencjału ekonomicznego przez podmiot trzeci na podstawie zobowiązania tego podmiotu przedłożonego przez wykonawcę, co doprowadziło do naruszenia ww przepisu poprzez zaproszenia do złożenia oferty wykonawcy wyłonionego w sposób niezgodny z przewidzianym w ogłoszeniu o zamówieniu. Ustalono, iż z zobowiązania nie wynikało, iż wykonawca będzie rzeczywiście dysponował zasobami (potencjałem ekonomicznym) podmiotu trzeciego. Udostępnienie polegające na oddelegowaniu pracowników do konsultacji i udzielania porad, przekazaniu oprogramowania finansowo-księgowego czy prowadzeniu doradztwa księgowo-finansowego, nie ma związku z zasobami ekonomicznymi, których dotyczy warunek udziału w postępowaniu. Jak stwierdził organ kontroli ustawodawca nie precyzuje sposobu udostępnienia zasobów stawiając jedynie warunek, iż udostępnienie musi mieć realny charakter, tj. wykonawca musi udowodnić zamawiającemu, iż będzie w rzeczywistości dysponował udostępnianymi zasobami. Udostępnienie potencjału ekonomicznego można uznać za realne, jeżeli zapewnia ono zamawiającemu wzmocnienie gwarancji należytego wykonania zamówienia poprzez środki mające charakter finansowy, przekładające się na zdolność do zrealizowania zamówienia przez wykonawcę, bądź poniesienia odpowiedzialności za niewykonanie bądź nienależyte wykonanie umowy. Wskazał na przykłady takiego udostępnienia m. in. podwykonawstwo, kumulatywne przystąpienie do długu, odpowiedzialność solidarną podmiotu trzeciego z wykonawcą za całość realizacji zamówienia, udzielanie korzystnych pożyczek, poręczeń kredytowych i gwarancyjnych dla wykonawcy, w razie konieczności wniesienie dodatkowego kapitału do spółki.

Tymczasem w niniejszym postępowaniu nie udostępniano zasobów o takim charakterze. Prezes UZP zauważa, że dysponowanie choćby najlepszymi księgowymi i doradcami oraz oprogramowaniem nie gwarantuje zabezpieczenia płynności finansowej bądź utrzymania innych „wskaźników ekonomicznych” wykonawcy. Pomimo wskazania przez podmiot trzeci sposobu udostępnienia przedmiotowych zasobów, brak jest możliwości uznania, iż

udostępnienie to zapewniało realne, w tym mające wpływ na zdolność do wykonania zamówienia, wsparcie ekonomiczne.

Prezes UZP wobec podtrzymania stanowiska wyrażonego w Informacji o wyniku kontroli złożone przez zamawiającego zastrzeżenia przekazał do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą na podstawie art. 167 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Po przeprowadzeniu analizy przedstawionej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz ustaleń dokonanych w toku kontroli, a także stanowiska Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie należy wskazać, że opinia Izby wydana zostaje w zakresie wniesionych przez zamawiającego zastrzeżeń tj. naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp polegającego na wadliwym sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia oraz naruszenia art. 51 ust. 2 ustawy pzp polegającego na zaproszeniu do złożenia oferty wykonawcy, który nie wykazał przychodów na poziomie kwalifikującym do zaproszenia, ponieważ nie wykazał realnego udostępnienia mu zasobów ekonomicznych przez podmiot trzeci.

W zakresie pozostałych zarzutów naruszenia przepisów opisanych w informacji o wyniku kontroli zarzuty nie zostały wniesione.

1. Opis przedmiotu zamówienia.

Niesporne jest, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w systemie generalnego wykonawstwa, polegających na rekultywacji składowisk odpadów oraz zarządzanie wykonywanymi zadaniami w podziale na określone obszary lokalizacyjne.

Izba przyjmuje do wiadomości stwierdzenie zamawiającego, że z uwagi na sposób ukształtowania postępowania opis przedmiotu zamówienia stanowił zestawienie informacji doręczonych zamawiającemu przez poszczególne gminy realizujące program rekultywacji. Z tych jednostek zamawiający otrzymywał materiały źródłowe celem jednoznacznego i wyczerpującego opisanie całego przedsięwzięcia dla umożliwienia wykonawcom porównywalnego obliczenia cen ofert. Prawidłowe jest wskazanie na art. 31 ust. 1 ustawy pzp jako określający opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, który jest dokonywany za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i

odbioru robót budowlanych. Uzasadnione jest także powołanie przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. (D.U. z 2013 r. poz. 1129) ze wskazaniem, iż przy przyjęciu zasady wynagrodzenia ryczałtowego, tj. tak, jak w postępowaniu będącym przedmiotem kontroli i opinii, zamawiający nie miał obowiązku przekazywania wykonawcom przedmiaru robót, co wynika z treści § 4 ust. 3 przywołanego rozporządzenia.

Nie jest jednak prawidłowe stanowisko zamawiającego, iż z punktu widzenia art. 29 ustawy pzp ocena staranności opisu sprowadza się w istocie (jedynie) do oceny poprawności przygotowania dokumentacji projektowej oraz STWiORB w zakresie i formie określonej rozporządzeniem.

Izba podziela stanowisko kontrolującego co do naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp poprzez wadliwe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, co mogło prowadzić do ograniczenia konkurencji poprzez utrudnienie kalkulacji cen ofert. Naruszenie to, wbrew sugestiom zamawiającego nie wynika z faktu nieudostępnienia wykonawcom przedmiaru robót, do czego, jak wyżej wskazano nie był zobowiązany, lecz brak informacji o zakresie robót już wykonanych przez innego wykonawcę. Organ kontroli określa tę informację jako obmiar prac wykonanych, w obrocie używa się także określenia inwentaryzacja robót wykonanych. Tak więc brak prawnego obowiązku sporządzania przedmiaru robót rozumianego jako zestawienie przewidywanych do wykonania robót (§ 6 powołanego rozporządzenia) nie oznacza, że dokumentacja projektowej oraz STWiORB w zakresie i formie określonej rozporządzeniem stanowi wystarczający i prawidłowy opis przedmiotu zamówienia. Niesporne jest bowiem, że część prac została wykonana uprzednio, co oznacza, że dokumentacja w zakresie opisującym te prace, stała się nieaktualna, nieadekwatna do przedmiotu zamówienia, a wykonawcy nie otrzymali w tym zakresie informacji od zamawiającego. Zatem prawdopodobne jest, że kalkulując cenę oferty, wykonawcy uwzględniali koszty prac nie wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. Oznacza to, w okolicznościach sprawy opiniowanej, że miało miejsce naruszenie przepisu art. 29 ustawy pzp wobec stwierdzenia opisu przedmiotu zamówienia dokonanego w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a co za tym idzie, w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję.

Izba podkreśla, że sposób dokonania opisu przedmiotu zamówienia dla robót budowlanych określony w art. 31 ustawy pzp przez wymóg sporządzenia określonej dokumentacji, nie oznacza, że dla tych robót nie stosuje się podstawowego przy przygotowaniu podstępowania

przepisu art. 29 ustawy pzp określającego zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia.

Ponownie zauważyć należy, że w niniejszej sprawie zamawiający udostępnił wykonawcom jedynie dokumentację projektową i techniczną przedmiotu zamówienia, sporządzoną przed wykonaniem części robót, zatem brak udostępnienia obmiaru robót już wykonanych nie pozwalał na pełne, jednoznaczne określenie przez wykonawców prac, jakie mają wykonać.

W konsekwencji brak przekazania obmiaru robót uprzednio wykonanych mógł być przyczyną nadmierowej wyceny, a ponadto mógł mieć wpływ na kalkulację ofert i ich nieporównywalność. Tym samym nie zostały uwzględnione wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.

2. Naruszenie art. 51 ust. 2 ustawy pzp polegające na zaproszeniu do złożenia oferty wykonawcy, który nie wykazał przychodów na poziomie kwalifikującym do zaproszenia, ponieważ nie wykazał realnego udostępnienia mu zasobów ekonomicznych przez podmiot trzeci.

Zasadnie ustalono w informacji o wyniku kontroli, że zamawiający dopuścił się w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego naruszenia art. 51 ust. 2 ustawy pzp wskazując, że na skutek wzięcia pod uwagę przychodu podmiotu trzeciego wykonawcy R., nie został zaproszony składania ofert inny wykonawca tj. J., którego oferta mogła okazać się najkorzystniejsza.

Wykonawca R. nie załączył do wniosku sprawozdania finansowego, a wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy uzupełniając dokument przedłożył swoje sprawozdanie finansowe oraz sprawozdanie finansowe podmiotu trzeciego. Treść sprawozdania finansowego wykonawcy wskazuje, że określone w nim przychody powyżej 3 000 000 zł były wystarczające do spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca wraz uzupełnieniem wniosku przedłożył „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia” spółki P. W piśmie tym spółka zobowiązała się do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów w zakresie „zdolności finansowej i ekonomicznej, w szczególności z uwzględnieniem przychodów podmiotu z okres ostatnich 3 lat obrotowych” wskazując przy tym, iż udostępnienie powyższych zasobów polegać będzie na „udostępnieniu zdolności ekonomicznej i finansowej w szczególności w zakresie:

a/ oddelegowania do wykonawcy naszych pracowników, a w szczególności głównego księgowego oraz pracowników działu księgowości do konsultacji i udzielania porad ekonomiczno – finansowych co do sposobu wykonania całości zamówienia,

b/ przekazania na rzecz wykonawcy oprogramowania finansowo – księgowego niezbędnego do realizacji zamówienia,

c/ prowadzenia doradztwa księgowo – finansowego mającego na celu zwiększenie ekonomiki przedsięwzięcia”.

Wyżej wskazane zobowiązanie, w ocenie Izby, nie pozwala na uznanie, iż udostępnienie potencjału ekonomicznego ma realny charakter. Z przedłożonego zobowiązania nie wynika, że wykonawca będzie dysponował udostępnionymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia. Nie można bowiem utożsamiać oddania do dyspozycji zasobu w postaci potencjału ekonomicznego ze zobowiązaniem oddelegowania pracowników do konsultacji i udzielania porad, przekazania oprogramowania czy prowadzenia doradztwa. Wskazane czynności, nie wpływają na dysponowanie przez wykonawcę zasobami ekonomicznymi. Treść zobowiązania nie pozostawia wątpliwości, iż dysponowanie zdolnością ekonomiczną tego podmiotu nie będzie realne i możliwe w praktyce, bowiem zobowiązanie odnosiło się do obsługi księgowo – doradczej. Wobec powyższego zamawiający nie powinien był uznać, że wykonawca będzie dysponował zasobami ekonomicznymi podmiotu trzeciego, gdyż przedłożone zobowiązanie nie stanowiło żadnego dowodu, że wykonawca na etapie realizacji zamówienia będzie dysponował zasobami o charakterze ekonomicznym.

Nie bez znaczenia jest także okoliczność, że sprawozdanie i zobowiązanie podmiotu trzeciego zostały złożone w wyniku uzupełnienia wniosku. Na skutek tego wykonawca wykazał sumaryczne przychody w wysokości, dzięki której został zakwalifikowany do grona 5 wykonawców, którzy zostali zaproszeni do składania ofert. Przychody samego wykonawcy R. bez uwzględnienia przychodów podmiotu trzeciego, umiejscawiały go na ostatniej, szóstej pozycji spośród wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni z postępowania na etapie oceny wniosków. W konsekwencji zaproszenie wykonawcy R. na skutek uwzględnienia przychodu podmiotu trzeciego, do złożenia oferty oraz zaniechanie zaproszenia wskazanego podmiotu J., doszło do naruszenia art. 51 ust. 2 ustawy pzp, który stanowi, że „Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców wyłonionych w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny.

W związku z powyższym, w ocenie Izby, nie ma możliwości uwzględnienia zastrzeżeń do wyników kontroli.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy pzp wyraziła opinię, jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....