

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

**z dnia 24 lutego 2016 r.**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych 25 stycznia 2016 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

**Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o.**  
**z siedzibą w Jeleniej Górze**

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej o sygn. UZP/DKUE/KD/30/2015 z 18 stycznia 2016 r., przekazanej za pismem z 18 stycznia 2016 r. {znak UZP/DKUE/W1/421/32(5)/15/MŁ} w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. „*Inżynier kontraktu*” dla Projektu pn.: *Budowa systemu podczyszczania selektywnie zebranych odpadów na terenie Aglomeracji Jeleniogórskiej*, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego (nr postępowania P2/2015)

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Piotr Kozłowski</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Daniel Konicz</b>
	<b>Izabela Kuciak</b>

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej następczej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie, z wyjątkiem zastrzeżeń odnośnie naruszenia opisanego w pkt 4.**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze {dalej również: „MPGK”} – przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Inżynier kontraktu* dla Projektu pn.: *Budowa systemu podczyszczania selektywnie zebranych odpadów na terenie Aglomeracji Jeleniogórskiej*, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego (nr postępowania P2/2015). Ogłoszenie o tym zamówieniu 30 marca 2015 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. 70934-2015, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {<http://bip.mpgk.jgora.pl>}, na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}. Wartość tego zamówienia nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

### I.

**Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną następczą wyżej wymienionego postępowania {sygn. UZP/DKUE/KD/30/2015}, a w informacji o jej wyniku stwierdził następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:**

#### 1.

**Art. 43 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez wyznaczenie za krótkiego terminu składania ofert, nieuwzględniającego czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, co w konsekwencji utrudniło uczciwą konkurencję.**

#### W toku kontroli ustalono, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 30.03.2015 r., tego samego dnia Zamawiający zmienił wyznaczony pierwotnie na 06.04.2015 r. termin składania ofert na 07.04.2015 r. Następnie 03.04.2015 r. zmienił ogłoszenie o zamówieniu przez wyznaczenie terminu składania ofert na 08.04.2015 r.

Zamawiający ustalił 3 kryteria oceny ofert: cena – 50%, jakość – 40%, termin wykonania – 10%. Dla uzyskania punktów w kryterium jakości wykonawca zobowiązany był przedstawić dokument pn.: „Organizacja i System Zarządzania Kontraktem”, przy czym Zamawiający opisał za jakie elementy tego systemu będzie przyznawał 1, 10 lub 40

punktów. W szczególności uzyskanie maksymalnej liczby punktów wymagało wskazania dodatkowych (ponad wymagania dla otrzymania 10 pkt), szczególnych metod organizacji i zarządzania, (...) *potwierdzających zastosowanie metod organizacji i zarządzania dostosowanych do kompletnie rozpoznanych warunków realizacji projektu i gwarantujących świadome i planowe wykonanie poszczególnych elementów projektu.*

Powyższy zapis oznacza, że wykonawcy, aby uzyskać 40 pkt powinni przy pomocy specjalistów w poszczególnych branżach kompletnie rozpoznać warunki realizacji, co związane było z bardzo dokładną analizą tzw. studium wykonalności liczącego 162 strony, oraz być obecni na miejscu realizacji inwestycji i zapoznać się ze stanem faktycznym terenu, na którym ma być realizowany kontrakt. Preferuje to firmy mające siedzibę najbliżej miejsca realizacji kontraktu.

Studium wykonalności nie było załącznikiem do SIWZ i nie było udostępniane wraz z SIWZ wykonawcom.

Zamawiający, aby umożliwić zapoznanie się ze studium wykonalności, powinien nadać my rangę załącznika do SIWZ udostępnianego wraz z SIWZ.

Z uwagi na powyższe czas potrzebny potencjalnemu wykonawcy na przygotowanie dokumentu, który mógłby uzyskać maksymalną liczbę punktów w kryterium jakości wynosi 14 dni, w tym: zapoznanie się i analiza studium wykonalności – 2 dni, oględziny w miejscu realizacji kontraktu wraz z dojazdami – 2 dni, przygotowanie dokumentu podlegającego ocenie – minimum 10 dni.

Uwzględniając powyższe oraz 3 dni ustawowo wolne od pracy (2 dni świąt i niedziela dnia 12.04.2015 r.), termin składania ofert powinien być ustalony na 16.04.2015 r., co nie preferowałyby żadnego z wykonawców w zależności od bliskości położenia siedziby od miejsca realizacji kontraktu oraz liczby zatrudnianych osób.

Stąd 9 dniowy termin na przygotowanie i złożenie oferty w tym dokumencie p.n. „Organizacja i System Zarządzania Kontraktem” w sposób uwzględniający wymogi zamawiającego opisane w SIWZ nie był wystarczający, gdyż był za krótki co najmniej o 8 dni.

Powyższe ustalenia i konkluzja zostały dokonane z udziałem biegłego, do którego Prezes UZP wystąpił w związku z wątpliwościami co do poprawności wyznaczenia przez Zamawiającego w kontrolowanym postępowaniu terminu składania ofert o opinię, a w szczególności o odpowiedź na następujące pytanie: *Czy wyznaczony przez zamawiającego 9-dniowy termin składania ofert był wystarczający na przygotowanie i złożenie oferty, w tym na przygotowanie w tej ofercie dokumentu pn ; „Organizacja I System Zarządzania Kontraktem”?*

W postępowaniu złożona została tylko jedna oferta, tj. konsorcjum w składzie: Biuro Inwestorskie sp. z o.o. oraz Biuro Inwestorskie J.R. {dalej również: „Konsorcjum”}.

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Zgodnie z art. 43 ust 1 ustawy pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp, zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym że w przypadku dostaw lub usług termin ten nie może być krótszy niż 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia a zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, a w przypadku robót budowlanych – nie krótszy niż 14 dni.

Z powyższego przepisu wynika wprost, że zamawiający wyznaczając termin składania ofert powinien w pierwszej kolejności uwzględnić czas jaki będzie niezbędny na przygotowanie i złożenie oferty. Wyznaczenie powyższego terminu jest jedną z pierwszych czynności jakie zamawiający dokonuje bezpośrednio przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i powinien on być określony w oparciu o zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy pzp). Jednocześnie należy podkreślić, że określony przez ustawodawcę minimalny 7-dniowy termin powinien być wyznaczany w postępowaniach nieskomplikowanych, w których przygotowanie ofert nie jest dla wykonawców problematyczne i czasochłonne.

Przedmiotowe postępowanie dotyczy usługi inżyniera kontraktu dla robót budowlanych z zakresu gospodarowania odpadami. Jak wynika z opisy przedmiotu zamówienia, realizowana w ramach projektu usługa inżyniera kontraktu miała polegać na nadzorze technicznym i merytorycznym przez cały okres realizacji projektu tj. zarządzaniu zadaniami inwestycyjnymi, w tym przygotowaniu (łącznie z pomocą prawną w zakresie ustawy pzp), organizacji, nadzorze, koordynacji i zakończeniu całego procesu inwestycyjnego związanego z realizacją projektu. Oznacza to co najmniej przygotowanie i przeprowadzenie postępowań, pełnienie obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego i koordynowanie czynności inspektorów nadzoru inwestorskiego zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane, kontrolę zgodności wykonywanych robót m.in. z dokumentacją projektową, wydanymi decyzjami administracyjnymi oraz zasadami wiedzy inżynierskiej, kontrolę zgodności wykonywanych dostaw i usług, sporządzanie raportów, koordynowanie rozliczeń finansowych projektu oraz uczestniczenie w przeglądach w okresie gwarancyjnym.

Sposób wykonania ww. usługi wykonawca miał opisać w dokumencie „Organizacja i System Zarządzania Kontraktem”, od którego zależało ile punktów otrzyma w kryterium jakości, którego wagę Zamawiając ustali na 40%. Tym samym sposób opisania, rzetelność i dostosowanie rozwiązań przyjętych w tym dokumencie do warunków realizacji projektu mogło przesądzić o wyborze najkorzystniejszej oferty, czyli wpływało na możliwość uzyskania zamówienia. Przygotowanie tego dokumentu wymagało także zapoznania się

ze studium wykonalności i z warunkami realizacji projektu, zatem nie mogło być dokonywane w pośpiechu bez należytej staranności.

Zamawiający powinien uwzględnić powyższe okoliczności i wyznaczyć termin składania ofert zgodny z art. 43 ust. 1 pzp, to jest termin nie tylko minimalny, ale uwzględniający czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty.

Potwierdzeniem, że wyznaczony termin składania ofert (6-dniowy, biorąc pod uwagę przerwę świąteczną) preferował wykonawców lokalnych, świadczy fakt, że jedyny wykonawca, który złożył ofertę, miał siedzibę we Wrocławiu, czyli na terenie tego samego województwa (woj. dolnośląskie) co Zamawiający.

**2.**

**Art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, w wyniku czego utrudniony został dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, a w konsekwencji utrudniło to uczciwą konkurencję.**

W toku kontroli ustalono, co następuje:

Po zmianie ogłoszenia o zamówieniu z 31 marca 2015 r. Zamawiający opisał, że wykonawca spełni warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia, jeżeli w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej:

- 1) trzy usługi polegające na pełnieniu funkcji nadzoru inwestorskiego / Inżyniera Kontraktu / Inżyniera Rezydenta / Inwestora Zastępczego dla przedsięwzięć (zadań/projektów) inwestycyjnych obejmujących wykonanie robót budowlanych dotyczących gospodarki odpadowej lub linii sortowniczych odpadów o wartości każdego przedsięwzięcia (zadania/projektu) co najmniej 5 000 000,00 zł, o łącznej wartości usług nadzoru inwestorskiego / Inżyniera Kontraktu / Inżyniera Rezydenta / inwestora Zastępczego co najmniej 400 000,00 zł, z czego przynajmniej na jednym zadaniu wartość usługi była wyższa niż 100 000,00 zł, oraz*
- 2) dwie usługi doradztwa lub przygotowania i przeprowadzenia postępowań dla przedsięwzięć (zadań/projektów) inwestycyjnych obejmujących wykonanie robót budowlanych dotyczących gospodarki odpadowej lub linii sortowniczych odpadów o łącznej wartości przedsięwzięć (zadań/projektów) inwestycyjnych co najmniej 5 000 000,00 zł, oraz*
- 3) jedną usługę doradztwa lub przygotowania i przeprowadzenia postępowania na wyłonienie wykonawcy dostaw pojazdów specjalistycznych, z czego przynajmniej jedna dostawa dotyczyła pojazdu specjalistycznego o wartości co najmniej 1 000 000.00 zł.*

*Zamawiający dopuszcza możliwość wykazywania poszczególnych usług wymienionych w jednym przedsięwzięciu (zadaniu / projekcie) inwestycyjnym.*

W postępowaniu złożona została tylko jedna oferta, tj. konsorcjum w składzie: Biuro Inwestorskie sp. z o.o. oraz Biuro Inwestorskie J.R..

Biorąc pod uwagę rodzaj i zakres przedmiotu zamówienia, który ma być w zakresie nadzoru inżyniera kontraktu, tj. wykonanie robót budowlanych, dostaw – powinny być postawione następujące wymogi w zakresie doświadczenia:

ad 1) – zamiast 3 usług wymóg powinien być na poziomie 1 usługi inżyniera kontraktu o wartości robót budowlanych maksymalnie 3.839.875,50 zł, a wartość usługi nie mniejsza niż 100.000,00 zł (ewentualnie maksymalnie 200.000,00 zł).

ad 2) – zamiast wymogu 2 usług wystarczająca jest 1 usługa o wartości 5.000.000,00 zł,

ad 3) – należało jednak wykreślić zapis, aby 1 dostawa dotyczyła pojazdu specjalistycznego o wartości co najmniej 1.000.000,00 zł.

Odnośnie warunków z pkt 1 i 2 stwierdzono, że:

– roboty budowlane obejmują tylko modernizację hali magazynowania surowców wtórnych (pkt 3.2. ppkt 1 SIWZ), a polegają na wykonaniu wg opisu z pkt 6.2.2.1 studium wykonalności następującego zakresu robót: renowacja okładzin ściennych, renowacja bram wjazdowych, zabezpieczenie skrajni bram odbojami samochodowymi, wykonanie nowej warstwy jezdnej posadzki, wyburzenie zbędnych ścian działowych, wykonanie kanałów pod taśmociągi w posadzce, montaż urządzeń technologicznych, remont i rozbudowa zaplecza socjalno-administracyjnego, wyposażenie hali i pomieszczeń socjalno-administracyjnych w instalacje (elektryczną w pełnym zakresie, wodociągową, kanalizacyjną technologiczną, sanitarną i deszczową, wentylacji mechanicznej nawiewno-wywiewnej, dezodorującą), wykonanie w obrębie hali renowacji dróg i placów wokół sortowni;

– łączny koszt prac budowlanych wg zestawienia w pkt 6.4.2. studium wykonalności wynosi 3.839.875,50 zł brutto;

– przewidziane roboty są nieskomplikowane, wykonywane w istniejącym obiekcie bez zmiany jego układu konstrukcyjnego, polegają na jego modernizacji i przystosowaniu do przewidywanych wymogów, w związku z tym nadzór inżyniera kontraktu też będzie nieskomplikowany;

– montażu urządzeń technologicznych dokonuje zazwyczaj na zlecenie wykonawcy producent lub dostawca tych urządzeń, który udziela na nie gwarancji.

Dodatkowo odnośnie warunku z pkt 1 stwierdzono, że:

– ponieważ okres realizacji takich zadań trwa około 1,5 do 2 lat, warunek wykonania 3 zadań w ciągu 3 lat mogą spełniać tylko duże firmy lub utworzone konsorcja, co utrudnia dostęp do zamówień publicznych małym firmom, które gdy wykonały przynajmniej 1 takie zamówienie,

mogłyby wykonać i to zamówienie;

– jest to tylko nadzór inżyniera kontraktu, a nie wykonywanie robót budowlanych, dostaw i usług.

Odnośnie warunku z pkt 3 stwierdzono, że:

– prawidłowo określono 1 usługę;

– wymaganie, aby 1 dostawa dotyczyła pojazdu specjalistycznego o wartości co najmniej 1.000.000,00 zł niczemu nie służy, skoro są określone rodzaje i typy pojazdów specjalistycznych oraz ich dane techniczne np. wynikające z DTR;

– Zamawiający nie wyjaśnił, czym różni się postępowanie na dostawę pojazdu specjalistycznego o wartości np. 990.000,00 zł a 1.550.000,00 zł.

Odnośnie wszystkich warunków stwierdzono, że Zamawiający prawidłowo dopuścił możliwość wykazywania poszczególnych wymienionych usług w jednym przedsięwzięciu (zadaniu/projekcie) inwestycyjnym.

Odnośnie nadmierności warunku dotyczącego doświadczenia w podsumowaniu stwierdzono, że wymaganie w pkt 1) 3 usług i w pkt 2) 2 usług oraz z pkt 3) wartości 1 mln zł dla pojazdu specjalistycznego nie było niezbędne (konieczne) do należytego wykonania zamówienia.

Powyższe ustalenia i konkluzja zostały dokonane z udziałem biegłego, do którego Prezes UZP wystąpił w związku z wątpliwościami co do poprawności dokonania przez Zamawiającego w kontrolowanym postępowaniu opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu o opinię, a w szczególności o odpowiedź na następujące pytanie: *Czy warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu (biorąc pod uwagę ilość, wartość i charakter wskazanych przez zamawiającego w opisie warunku usług) dotyczący doświadczenia, był opisany na poziomie niezbędnym, tj. czy spełnienie tych warunków było niezbędne do należytego wykonania zamówienia?*

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Zgodnie z art. 22 ust 4 ustawy pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przepis ten wskazuje zamawiającemu dyrektywy postępowania przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 pzp).

„Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” – opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać,

że wykonawcy niespełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi należytej realizacji zamówienia publicznego. Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje wykluczenia wykonawców, którzy byłiby w stanie wykonać zamówienie,

Kontrolujący zwrócił uwagę, że Zamawiający wymagał doświadczenia w zarządzaniu kontraktem dla robót o wartości każdej roboty min. 5 mln zł, podczas gdy wartość robót, które będzie nadzorował inżynier kontraktu wyłoniony w tym postępowaniu wynosi niespełna 4 mln zł. Oznacza to, że Zamawiający wymagał wykazania doświadczenia w usługach wykonywanych dla robót o wartości łącznej min. 15 mln zł, to jest o wartości przekraczającej ponad 3-krotnie wartość robót w tym projekcie. Takie określenie wartości w opisie warunku trudno uznać za proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Ponadto liczba wymaganych usług w okresie ostatnich 3 lat utrudnia ubieganie się o zamówienie wykonawcom, którzy wykonywali jedną lub dwie takie usługi, co według biegłego byłoby doświadczeniem wystarczającym do należytego wykonania zamówienia (według biegłego wystarczające byłoby doświadczenie nawet w ramach jednej wykonanej usługi). Fakt, że w postępowaniu złożono tylko jedną ofertę przez konsorcjum, potwierdza także opinię biegłego, że konieczność wykazania w ciągu ostatnich 3 lat aż 3 usługami powoduje, że o zamówienie mogły ubiegać się tylko duże firmy lub konsorcja.

### **3.**

**Art 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art 29 ust. 4 pkt 4 – przez nieokreślenie w opisie przedmiotu zamówienia wymagań związanych z realizacją zamówienia, dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na usługi.**

#### W toku kontroli ustalono, co następuje:

W pkt 9.2 SIWZ Zamawiający, opisując sposób oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego zasobu kadrowego, wskazał, że wykonawca spełni warunek, jeżeli do wykonania zamówienia dysponował będzie m.in.: *Inżynierem Rezydentem, Specjalistą ds. postępowań przetargowych, Specjalistą ds. rozliczeń Projektów inwestycyjnych*. Przy czym Zamawiający zawarł zapis, że ze względu na charakter wykonywanych czynności przez inżyniera rezydenta, specjalistę ds. postępowań przetargowych i specjalistę ds. rozliczeń projektów inwestycyjnych, będzie wymagał wykonywania ich w określonym miejscu, czasie, pod kierownictwem wykonawcy lub podwykonawcy, co oznacza wymóg zatrudnienia inżyniera rezydenta, specjalisty ds. postępowań przetargowych i specjalisty ds. rozliczeń projektów inwestycyjnych na umowę



o pracę.

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Zgodnie z art. 29 ust. 4 pkt 4 pzp zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności.

Natomiast zgodnie z art. 36 ust 1 pkt 3 pzp specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej opis przedmiotu zamówienia.

Brak opisanie tych wymagań stanowi naruszenie powyższych przepisów

**4.**

**Art. 45 ust. 4 – przez wadliwe określenie kwoty wadium.**

W toku kontroli ustalono, co następuje:

Zgodnie z pkt 8.1.1 SIWZ Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 10.000,00 zł.

Jak wynika z protokołu postępowania, szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 244.00,00zł, co oznacza, że kwota wadium została określona w wysokości 4,1% wartości zamówienia.

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Zgodnie z dyspozycją art. 45 ust. 4 ustawy pzp zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3 % wartości zamówienia.

Zamawiający określając kwotę wadium w wysokości większej niż 3% wartości zamówienia, naruszył powyższy przepis.

**5.**

**Art. 26 ust 3 w zw. z § 3 ust 1 pkt 3 rozporządzenia – przez zaniechanie dokonania czynności wezwania konsorcjum w składzie: Biuro Inwestorskie sp. z o.o. oraz Biuro Inwestorskie J.R. do uzupełniania aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego.**

W toku kontroli ustalono, co następuje:

Zgodnie z pkt 8.3.2 SIWZ Zamawiający wymagał w celu wykazania braku podstaw

do wykluczenia z udziału w postępowaniu w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy pzp, złożenia m.in. aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Konsorcjum załączyło do oferty zaświadczenie dotyczące Biura Inwestorskiego sp. z o.o. wystawione 19 grudnia 2014 r., czyli z datą wcześniejszą niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, który został wyznaczony na 8 kwietnia 2015 r.

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane {dalej: „rozporządzenie”}, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pzp, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 pzp zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 zamawiający może żądać m.in. aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Następnie zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art 25 ust. 1 pzp, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowaną dostawę, usług? lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Zważywszy na powyższe należy uznać, że Zamawiający przez zaniechanie dokonania czynności wezwania Konsorcjum do uzupełnienia aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego naruszył powyższe przepisy.

**6.**

**Art. 46 ust. 1a – przez zwrot wadium wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, po upływie 8 miesięcy od zawarcia umowy.**

W toku kontroli ustalono, co następuje:

Umowa o udzielenie niniejszego zamówienia została zawarta 27 kwietnia 2015 r., przy czym Zamawiający nie żądał wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Zwrotu wadium wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, dokonano 13 stycznia 2016 r., czyli po upływie 8 miesięcy od zawarcia umowy.

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Zgodnie z art. 46 ust 1a pzp, wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zamawiający zwraca wadium niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli jego wniesienia żądano.

Zamawiający naruszył powyższy przepis dokonując zwrotu wadium wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, dopiero po upływie 8 miesięcy od zawarcia umowy.

## **II.**

**Zamawiający nie zgodził się z ustaleniami kontroli, wnosząc 25 stycznia 2016 r. {pismem z tej daty} następujące zastrzeżenia:**

**Ad 1.**

Zamawiający zwrócił uwagę na to, że w Biuletynie Zamówień Publicznych z 30 marca 2015 r. zamieszczono 137 ogłoszeń (z czego 81 na usługi) z terminem składania ofert na 7-8 kwietnia 2015 r., co oznaczałoby, że według stanowiska biegłego było to jedno ze 137 potencjalnych postępowań naruszających prawo.

Na marginesie Zamawiający wskazał, że zgodnie z ustawą pzp termin na składanie ofert w podstawowym trybie przetargu ograniczonego, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp,

w przypadku gdy zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia – wynosi nie mniej niż 10 dni.

Według Zamawiającego istnieją więc przypadki, gdzie terminy na składanie ofert muszą uwzględniać profesjonalizm wykonawcy. Zamawiający stwierdził, że ogłoszenie skierowane było do wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotowego zamówienia ze względu na swoje bogate doświadczenie, które powinno być co najmniej adekwatne do części projektu.

Zdaniem Zamawiającego wyliczenia biegłego są błędne i stanowią czysto teoretyczne rozważania, gdyż studium wykonalności nie było i nie mogło fizycznie być opisem przedmiotu zamówienia. Natomiast kalkulowanie tzw. oględzin zamiast opisu przedmiotu zamówienia naruszałoby art. 29 ust. 1 pzp (nie wiadomo też, jaki to ma związek z przygotowywanymi przez inżyniera postępowaniami na dostawy tzw. unijne, czy też nadzór na robotami budowlanymi). Wreszcie trudno zrozumieć skąd okres 10 dni na przygotowanie przez profesjonalnego i doświadczonego wykonawcę podstawowego dokumentu, w którym miał przedstawić organizację zespołu inżyniera oraz wykaz proponowanych działań inżyniera, związanych z kontrolą postępu robót i kontrolą finansową przedsięwzięcia oraz zakres proponowanego współdziałania ze strony Zamawiającego.

Zamawiający podniósł, że wyznaczony przez niego termin składania ofert nie narusza prawa, a wynika z logistyki przyszłych zdarzeń.

W tym konkretnym przypadku wynikiem postępowania był wybór inżyniera, którego zadaniem było m. in. przygotowanie i przeprowadzenie postępowań przetargowych, wśród których są postępowania tzw. unijne, które z kolei korelują z wyborem wykonawcy robót budowlanych oraz wykonaniem przez niego robót będących niezbędnymi dla realizacji dostawy. Przyjęto, że wszystkie postępowania powinny być gotowe do ogłoszenia po ok. 24 dniach. Zadaniem inżyniera była błyskawiczna wręcz weryfikacja dokumentów przedłożonych przez Zamawiającego, przygotowanie postępowań przetargowych (w tym dwóch tzw. unijnych, gdzie termin składania ofert to 40 dni), ogłoszenie ich oraz przeprowadzenie polegające co najmniej na badaniu i ocenie złożonych ofert oraz – po zakończeniu wszystkich robót budowlanych, dostaw i usług – pomoc przy rozliczeniu projektu. Takie zadanie wymagało nie tylko wiedzy, lecz bogatego doświadczenia.

Biorąc pod uwagę, że rozstrzygnięcie postępowań z zawarciem umowy z wybranym wykonawcą w przedmiocie dostaw z instalacją i montażem, przyjęto nie wcześniej niż pod koniec sierpnia 2015 r., na realizację i rozliczenie pozostawałoby nie więcej niż 3 miesiące i to tylko przy założeniu, że wybór inżyniera nastąpi w czasie i przy warunkach udziału adekwatnych do wskazanych zagrożeń.

Zamawiający będąc pod presją czasu wymagał wyboru doświadczonego inżyniera, który w obszarze projektów o dużej wartości jest profesjonalistą korzystającym z własnego personelu (stąd też wymóg zatrudnienia na etacie kluczowych specjalistów), co oznacza wykonywanie przez wskazany personel pracy pod kierownictwem pracodawcy (pracy podporządkowanej), co przejawia się m. in.: (1) pracą w określonym czasie i miejscu, (2) podpisywaniem listy obecności, (3) podporządkowaniem się pracownika regulaminowi pracy, poleceniom kierownictwa co do miejsca, czasu i sposobu wykonywania pracy, (4) obowiązkiem przestrzegania norm pracy, wykonywania poleceń przełożonego, wykonywania pracy zmianowej pod nadzorem kierownika, (5) stałą dyspozycyjnością.

Kolejnym bardzo istotnym według Zamawiającego aspektem przedsięwzięcia była korelacja prowadzonego postępowania z postępowaniem Miasta Jelenia Góra w przedmiocie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Jeleniej Góry, gdzie MPGK sp. z o.o. występuje jako wykonawca. Termin na składanie ofert w tym postępowaniu został przesunięty z 2 na 17 kwietnia 2015 r. Gdyby MPGK sp. z o.o nie uzyskało tego zamówienia, prowadzenie postępowania na usługę inżyniera kontraktu oraz realizacja całego projektu dotyczącego budowy systemu podczyszczania selektywnie zebranych odpadów na terenie aglomeracji jeleniogórskiej wymagałoby szczegółowej analizy gospodarczej i ekonomicznej.

Zamawiający posumował, że z jednej strony był pod presją zmieszczenia się w terminie rozliczenia całego projektu (grudzień 2015 r.), który miał być dofinansowany, jednak z drugiej strony aż do otwarcia ofert w postępowaniu na odbiór i zagospodarowania odpadów komunalnych, postępowania na inżyniera nie można było rozstrzygnąć, wskazując na najkorzystniejszą ofertę, ponieważ mogła zaistnieć konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1a pzp z powodu nieprzyznania środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej (co zostało przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu), z uwagi na brak wkładu własnego.

Zamawiający wskazał, że przesunął jednak termin składania ofert z 7 na 8 kwietnia 2015 r., będąc przeświadczonym, że składanie ofert w pierwszy dzień po świętach może stanowić dla wykonawców istotne utrudnienie, a przesunięcie terminu składania ofert w postępowaniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta Jelenia Góra na 17 kwietnia 2015 r. i tak umożliwi Zamawiającemu dokonanie w tym czasie badania i oceny ofert (ok. 7 dni), a w przypadku skorzystania ze środków ochrony prawnej (ok. 14 dni) rozstrzygnięcie i podpisanie umowy z inżynierem nastąpiłoby nie później niż do 10 maja 2015 r.

Ponadto Zamawiający podniósł, że jeżeli przyjęty termin składania ofert nie byłby wystarczający, żaden z wykonawców nie łożyłby oferty.

Zdaniem Zamawiającego nie było również potrzeby, aby elementem opisu było studium wykonalności, gdyż bardzo szczegółowo opisał sposób punktacji. I tak maksymalnie (40 pkt) można było uzyskać za wskazanie dodatkowych (ponad wymagania dla otrzymania 10 pkt) szczególnych metod organizacji i zarządzania, przewidujących także zaangażowanie dodatkowych zasobów i ekspertów wykraczających poza wymogi SIWZ, potwierdzających zastosowanie metod organizacji i zarządzania dostosowanych do kompletnie rozpoznanych warunków realizacji projektu i gwarantujących świadome i planowe wykonanie poszczególnych elementów projektu, tj.: bezpieczeństwa na budowie, planu zapewnienia jakości, opisu procedury zatwierdzenia do wbudowania materiałów i urządzeń, procedury inspekcji robót, opisu procedury – planowanie i harmonogramy, procedury płatności, procedury zmiany i procedury odbioru. Należało więc tylko oczekiwać opisu metod organizacji i zarządzania jakie będą realizowane przez wykonawcę dla realizacji projektu o wartości około 16 milionów złotych, w czasie do grudnia 2015 r., obejmującego dostawy (w tym tzw. unijne), usługi i roboty budowlane, bo taka była złożoność tego zamówienia. Zdaniem Zamawiającego doświadczony wykonawca działający profesjonalnie na rynku zamówień publicznych nie potrzebuje więcej niż 2 dni na stworzenie ocenianego dokumentu, gdyż takie dokumenty tworzy praktycznie dla wszystkich swoich usług.

**Ad 2.**

Zamawiający podniósł, że zakresem tego zamówienia (do wykonania w krótkim czasie) było m.in. przygotowanie (łącznie z pomocą prawną w zakresie ustawy pzp) organizacji procesu inwestycyjnego, weryfikacja dokumentacji projektowej, opracowanie SIWZ, nadzory, koordynacja i zakończenie całego procesu inwestycyjnego związanego z realizacją projektu. Przez zakończenie projektu należało rozumieć kompletne jego rozliczenie do grudnia 2015 r., które wykonawca – inżynier miał koordynować na bieżąco.

W ramach projektu przewidywano szereg postępowań na wyłonienie wykonawców następujących zadań:

- 1) zadanie 1 – wyłonienie wykonawcy robót budowlanych związanych z modernizacją hal na potrzeby uruchomienia kompleksowego systemu podczyszczania odzyskanych odpadów (poniżej progów określonych w art. 11 ust. 8 pzp), w tym: modernizacją hali magazynowania surowców wtórnych (pozwolenie na budowę z 15.09.2014 r.), modernizacją hali linii sortowniczej (pozwolenie na budowę z 26.08.2013 r.);
- 2) zadanie 2 – wyłonienie wykonawcy, który dostarczy pojazdy specjalistyczne z osprzętem (postępowanie powyżej progów określonych w art. 11 ust. 8): koparko-ładowarkę, ładowarkę teleskopową, samochód bezpylny – śmieciarkę dwukomorową, samochód bezpylny – śmieciarkę trzykomorową, pojazd specjalistyczny 3-osiowy – śmieciarko-myjka, pojazd

specjalistyczny 3-osiowy, zabudowany, z urządzeniem hakowym do transportu, przyczepę do przewozu kontenerów, kontenery o pojemności 32 m<sup>3</sup>, kontenery o pojemności 25 m<sup>3</sup>, myjkę ciśnieniową, wózek widłowy elektryczny, pojazd specjalistyczny bezpylny 3-osiowy – śmieciarka z urządzeniem HDS;

3) zadanie 3 – wyłonienie wykonawcy na usługę wdrożenia nowoczesnych rozwiązań informatycznych, w tym: zintegrowanego systemu informatycznego z wdrożeniem, sprzętu komputerowego – serwera z oprogramowaniem systemowym, stanowisk komputerowych z oprogramowaniem biurowym i urządzeń wielofunkcyjnych;

4) zadanie 4 – wyłonienie wykonawcy na dostawę linii sortowniczej z wyposażeniem technologicznym (postępowanie powyżej progów określonych wart. 11 ust. 8 pzp);

5) zadanie 5 – wyłonienie wykonawcy na przeprowadzenie kampanii edukacyjno-promocyjnej (w ramach zadania planowano przeprowadzenie kampanii oraz działania związane z promocją projektu);

6) zadanie 6 – wyłonienie wykonawcy usługi audytu zewnętrznego projektu (celem zadania miała być weryfikacja prawidłowości realizacji projektu; audyt miał zostać przeprowadzony po przekroczeniu co najmniej 50% wartości budżetu)

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia precyzyjnie wyjaśniał zakres pracy inżyniera i obejmował zawarte we wniosku czynności inżyniera:

– w zakresie robót budowlanych (ujęte we wniosku o dofinansowanie w wysokości kosztów kwalifikowanych na kwotę 244.000,00 zł)

– w zakresie zarządzania projektem (ujęte we wniosku o dofinansowanie w wysokości kosztów kwalifikowanych na kwotę 566.568,00 zł).

Zdaniem Zamawiającego w opinii biegłego, której fragmenty załączono do informacji pokontrolnej, w żadnym miejscu nie można znaleźć odniesienia do rzeczywistego rozmiaru zamierzenia, czy też do złożoności merytorycznej, terminu wykonania oraz rzeczywistej kwoty projektu.

Według Zamawiającego kształtował warunki udziału w postępowaniu w zakresie przedmiotu zamówienia, zachowując proporcje do przedmiotu zamówienia, a weryfikacja zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia jest jego obowiązkiem, wynikającym m. in. z troski o racjonalne, oszczędne i efektywne wydatkowanie środków publicznych. Istotne są więc nie tylko chęci wykonawcy, które okazuje on jako zdolność do fizycznego wykonania zamówienia, ale także jego doświadczenie, czyli potwierdzone w praktyce posiadanie umiejętności w zakresie wykonywania zamówień określonego rodzaju, określonej wartości i w określonym czasie.

Wartość projektu, którym miał się zająć inżynier, wynosi ponad 16 milionów zł, a czas na jego kompletną realizację (z dwoma postępowaniami tzw. unijnymi o czasie składania

ofert 40 dni) to okres od 6 do 7 miesięcy, z rozliczeniem końcowym – maksymalnie 8 miesięcy.

W takim stanie faktycznym warunkiem postawionym przez Zamawiającego było, aby wykonawca posiadał wiedzę i doświadczenie z przynajmniej 3 projektów o wartości nie mniejszej niż 5 milionów zł (czyli mniej niż wartość projektu), dopuszczając przy tym, aby w jednym projekcie można było wykazać spełnienie wszystkich 3 elementów, czyli usług polegających na pełnieniu funkcji nadzoru inwestorskiego / inżyniera kontraktu / inżyniera rezydenta / inwestora zastępczego, usługi doradztwa lub przygotowania i przeprowadzenia postępowań oraz usługę doradztwa lub przygotowania i przeprowadzenia postępowania na wyłonienie wykonawcy dostaw pojazdów specjalistycznych.

Tym samym według Zamawiającego wystarczające było pełnienie funkcji inżyniera na jednym projekcie o wartości nie mniejszej niż 5 milionów zł obejmującym wszystkie trzy elementy i jednocześnie na pozostałych dwóch projektach – wyłącznie pełnienie funkcji inżyniera.

Zamawiający podniósł, że w ciągu ostatnich trzech lat tylko w Polsce projektów w zakresie odpadów o wartości większej niż warunkowe 5 milionów zł było co najmniej 40. Tak przynajmniej wynika z list rankingowych dofinansowania do działania 2.1. POIiŚ. A ogłoszenie kierowane jest także do wykonawców spoza Polski.

Odnosnie warunku kwotowego dla usługi inżyniera, Zamawiający zauważył, że wartość usługi wyższa niż 100.000,00 zł ma weryfikować usługę na poziomie nie większym niż 25% planowanych kosztów przedmiotowego postępowania.

Odnosnie stanowiska, że wymogi powinny dotyczyć nadzoru nad robotami budowlanymi opisanymi w studium wykonalności, które powinno być załącznikiem do SIWZ, Zamawiający podniósł, że:

- studium wykonalności powstało w swojej końcowej wersji po wszczęciu postępowania i nie było, bo nie mogło być w tym stanie faktycznym opisem przedmiotu zamówienia;
- przedmiotem zamówienia nie było tylko i wyłącznie pełnienie nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi.

Zdaniem Zamawiającego w aspekcie rozważań nad zapisanym warunkiem doświadczenia wykonawcy na uwagę zasługuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 1 września 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1070/09) nieuwzględniający zarzutu odwołującego opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w sposób ograniczający konkurencję przez żądanie wykazania się przez wykonawcę realizacją co najmniej 3 dostaw sprzętu informatycznego: *...stanowisko Odwołującego, że wystarczającym do zdobycia doświadczenia jest wykonanie jednej dostawy, jest nieuprawnione w świetle doświadczenia zawodowego wykonawców w szerokim tego słowa znaczeniu. Bowiem doświadczenie*



*zawodowe nie można zdobyć w realiach polskiego rynku przez wykonanie jednej prawidłowej dostawy. Doświadczenie zawodowe w każdej dziedzinie zdobywa się przez wielokrotne wykonywanie, powtarzanie zamówień, gdzie za każdym razem mogą wystąpić odmienne realia to jest odmienne okoliczności wpływające na bardziej, czy mniej zakłócony przebieg realizacji zamówienia, przy uwzględnieniu okoliczności, że warunki rynku na którym działają wykonawcy ulega zmianom w czasie. Dlatego nie można przyjąć, że jednokrotne prawidłowe wykonanie zamówienia jest wystarczającym gwarantem powodzenia przy realizacji dostaw, ponieważ może się tak złożyć, że wykonawca znajdzie się w wyjątkowo sprzyjających okolicznościach, które umożliwią wykonanie jednorazowego zamówienia bez jakichkolwiek przeszkód utrudniających wykonanie. Przy jednym skutecznie wykonanym zamówieniu akurat mogą nie wystąpić wszystkie potencjalnie niesprzyjające okoliczności do wykonania zamówienia, których w praktyce prowadzonej działalności jest szereg takich jak: ekonomiczne, finansowe, kadrowe, organizacyjne, transportowe, pogodowe, gospodarcze, ubezpieczeniowe, wewnętrzne, zewnętrzne, makroekonomiczne i mikroekonomiczne. Wiadomym jest tym, którzy posiadają doświadczenie praktyczne w prowadzeniu działalności gospodarczej, że wykonawca funkcjonuje w otoczeniu szeregu elementów, zależnych bądź niezależnych, które umożliwiają bądź uniemożliwiają wykonanie prawidłowo zamówienia. Każdy wykonawca w swojej praktyce napotyka na bardziej lub mniej sprzyjający okres do realizacji zamówień. Zwłaszcza na przestrzeni 3 lat typowanych dostaw, zgodnie z Rozporządzeniem 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, do wykazania doświadczenia mogą zachodzić istotne różnice warunków, w których funkcjonują wykonawcy. Dlatego w ocenie Izby postawienie wymogu wykonania trzech zamówień nie jest nadmierne zwłaszcza, iż zamówienie będzie realizowane ze środków unijnych, które charakteryzują się znacznym rygoryzmem jeżeli chodzi o możliwość ich otrzymania i wykorzystania...*

*W literaturze zagadnienia (Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz pod redakcją Tomasza Czajkowskiego; wydanie trzecie; Stan prawny na 1 stycznia 2008 r.; Urząd Zamówień Publicznych; Warszawa 2007 - str.) czytamy także: (...) W doktrynie zaznacza się, że zamawiający ma obowiązek wymagania od oferentów wykazania się doświadczeniem, „jako pewną umiejętnością zdobytą i ugruntowaną w trakcie praktyki (nabyciem wprawy), a nie dokonany (przeprowadzony) eksperymentem czy też próbą, jak byłoby to w przypadku ograniczenia się do wymagania zaledwie jednokrotnego wykazania tożsamyh prac lub czynności (...) określając wymaganą wiedzę i doświadczenie ilością wykonanych robót, dostaw czy też usług, należy mieć na uwadze przedmiot zamówienia, warunki jego realizacji, ilość zrealizowanych rozwiązań w skali kraju, nowatorstwo technologiczne lub*

*konstrukcyjne i wiele innych aspektów” {opatrzone przypisem: Tak J. Dolecki „Niezbędna wiedza i doświadczenie oferenta, w: Zamówienia Publiczne Doradca Nr 5 z 2003 r. s. 57}. Należy uznać np., że nie będzie żądaniem ograniczającym konkurencję postawienie przez zamawiającego wymogu wykazania przez wykonawcę realizacji przynajmniej trzech dostaw w zakresie porównywalnym ilościowo z danym zamówieniem...*

W ocenie Zamawiającego nie można więc mówić o racjonalnym wydatkowaniu środków publicznych w prowadzonym przez niego postępowaniu na usługi inżyniera (powszechne w zamówieniach publicznych) w oderwaniu od jego doświadczenia wynikającego z przedmiotu zamówienia (przygotowanie wielu postępowań przetargowych), warunków jego realizacji (wymagający praktycznie stałego kontaktu z Zamawiającym) oraz bardzo krótkiego okresu realizacji.

Sama chęć wykonawcy – bez należytego doświadczenia w pracy wymagającej błyskawicznych wręcz decyzji (wiele postępowań, w tym dwa tzw. unijne) przy projekcie o wartości prawie 16 milionów złotych – nawet przy ogromnej wiedzy teoretycznej to za mało, aby dać Zamawiającemu przesłankę do stwierdzenia możliwości racjonalnego, oszczędnego i efektywnego wydatkowanie środków publicznych.

Na marginesie Zamawiający stwierdził, że na opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przysługuje odwołanie (art. 180 ust. 2 pkt 2 pzp).

### **Ad 3.**

Zdaniem Zamawiającego opracowana przez niego SIWZ zawiera elementy wymienione w art. 36 pzp, i nie muszą być one wpisane tak, jak systematyzuje je ten przepis.

W pkt 3.2 SIWZ zapisano: *Usługa Inżyniera Kontraktu, realizowana w ramach Projektu, polegać będzie na nadzorze technicznym i merytorycznym przez cały okres realizacji Projektu tj. zarządzaniu zadaniami inwestycyjnymi, w tym przygotowaniu (łącznie z pomocą prawną w zakresie ustawy Pzp), organizacji, nadzorze, koordynacji i zakończeniu całego procesu inwestycyjnego związanego z realizacją Projektu. Oznacza to co najmniej przygotowanie i przeprowadzenie postępowań, pełnienie obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego i koordynowanie czynności inspektorów nadzoru inwestorskiego zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane, kontroli zgodności wykonywanych robót m. in. z dokumentacją projektową, wydanymi decyzjami administracyjnymi oraz zasadami wiedzy inżynierskiej, kontroli zgodności wykonywanych dostaw i usług, sporządzanie raportów, koordynowanie rozliczeń finansowych Projektu oraz uczestniczenie w przeglądach w okresie gwarancyjnym.*

*Inżynier Kontraktu ma obowiązek uczestniczyć w prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach w ramach realizacji Projektu, w szczególności przygotować i przeprowadzić postępowania oraz dokonać oceny wszystkich przeprowadzonych postępowań w ramach Projektu względem ustawy Prawo Zamówień Publicznych.....*

Ponadto charakter czynności personelu inżyniera został opisany w odrębnej części SIWZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia”.

**Ad 4.**

Zamawiający poinformował, że nastąpiło błędne wpisanie wartości do protokołu postępowania. Postępowanie na inżyniera kontraktu w zakresie robót budowlanych zostało ujęte we wniosku o dofinansowanie w wysokości kosztów kwalifikowanych na kwotę 244.000,00 zł. Jednakże we wniosku o dofinansowanie zadania w zakresie zarządzania projektem są dodatkowo ujęte w wysokości kosztów kwalifikowanych na kwotę 566.568,00 zł. Tak więc jest to błąd poprzez podanie jedynie części dotyczącej samych robót budowlanych.

**Ad 5.**

Zamawiający podał, że na drugi dzień po otwarciu ofert wykonawca składający ofertę dostarczył we własnym zakresie do siedziby Zamawiającego samo zaświadczenie potwierdzające brak podstaw do wykluczenia. Pomimo braku wezwania i braku pisma przewodniego, jednak posiadając właściwy dokument, Zamawiający zdecydował załączyć go do akt sprawy (ale nie fizycznie do oferty).

Zdaniem Zamawiającego w takiej sytuacji nie było możliwe zastosowanie art. 26 ust. 3, gdyż wszedł w fizyczne posiadanie dokumentu. Nie mógł też wyjaśniać z art. 26 ust. 4 pzp, gdyż sam dokument nie podlegał wyjaśnieniu, lecz wyjaśnienia wymagał co najwyżej sposób jego dostarczenia. Nie było też podstawy do wyjaśniania treści oferty z art. 84 ust. 1 pzp.

Zamawiający zwrócił również uwagę, że w żadnym wcześniejszym piśmie nie oczekiwano od niego wyjaśnień odnośnie powyższej sytuacji.

**Ad 6.**

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń odnośnie tego naruszenia stwierdzonego w informacji o wyniku kontroli.

**Prezes UZP w piśmie z 9 lutego 2016 r. {znak UZP/DKUE/W1/421/32(11)/15/MŁ}:**

- uwzględnił zastrzeżenia odnośnie naruszeń wyszczególnionych w pkt 1 i 5;
- uwzględnił zastrzeżenia odnośnie naruszenia wyszczególnionego w pkt 3 wyłącznie przez odstąpienie od wskazywania na naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 3 pzp;
- odniósł się do zastrzeżeń w zakresie nieuwzględnionym.

## **Ad 2.**

Prezes UZP zwrócił uwagę, że ustawa pzp pozostawia zamawiającemu pewną swobodę w zakresie kształtowania warunków udziału w postępowaniu, jednak wyraźnym ograniczeniem tej swobody jest nakaz przestrzegania zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp, a w związku z tym obowiązek takiego kształtowania warunków postępowania, aby zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania. Dążenie zamawiającego do wyboru wykonawcy w najwyższym stopniu spełniającego wymogi uznawane przez niego samego za konieczne do należytego wykonania zamówienia, nie może stanowić argumentu naruszenia norm ustawy poprzez ograniczenie dostępu do zamówienia wykonawcom faktycznie zdolnym do jego wykonania. Opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu mają bowiem uniemożliwić skuteczne ubieganie się o zamówienie wyłącznie tym wykonawcom, których posiadany potencjał (w tym wiedza i doświadczenie) nie daje rękojmi należytej realizacji zamówienia. Dlatego art. 22 ust. 4 pzp wskazuje na konieczność takiego opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, który będzie związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przy czym proporcjonalność oznacza, że warunki udziału w postępowaniu winny być zawsze formułowane w sposób odpowiadający wielkości, charakterowi, złożoności oraz rodzajowi przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem.

Prezes UZP podkreślił, że istotą stwierdzonego naruszenia było określenie nadmiernych wymagań co do liczby oraz wartości żądanych usług.

Odnośnie wartości zwrócono uwagę na ustalenie biegłego, że wartość robót budowlanych, które będzie nadzorował inżynier kontraktu w ramach projektu wynosi niespełna 4 mln zł. Natomiast według opisu warunku kwota 5 mln zł odnosi się do każdego z trzech przedsięwzięć, które mają dotyczyć robót budowlanych.

W tym stanie rzeczy Prezes UZP stwierdził, że, z jednej strony niezasadne jest odnoszenie w zastrzeżeniach kwoty 5 mln zł do wartości całego projektu – 16 mln zł. Zamawiający sam wskazał, że zakres przedmiotowego zamówienia obejmował nie tylko nadzór nad robotami budowlanymi, ale również czynności wyliczone w zastrzeżeniach. Z drugiej strony Zamawiający wymagał doświadczenia w usługach wykonywanych dla robót

o wartości łącznej 15 mln zł, czyli przekraczającej ponad 3-krotnie wartość robót objętych tym projektem.

Ponadto zdaniem Prezesa UZP nie można uzasadniać prawidłowości dokonania opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu niewniesieniem przez wykonawcę odwołania, co jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem wykonawcy. Nie ma to nic wspólnego z faktem ograniczenia przez Zamawiającego uczciwej konkurencji w powyższym zakresie (co potwierdzać może złożenie tylko jednej oferty).

Zdaniem Prezesa UZP powołanie się na liczbę 40 podobnych projektów o wartości co najmniej 5 mln zł w ciągu ostatnich 3 lat w Polsce oraz kierowania ogłoszenia nie tylko do wykonawców krajowych, jest nieprecyzyjne i pozbawione konkretnego uzasadnienia. Abstrahując od faktu, że wykonawcy spoza Polski rządziej czytają ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, powyższe dane nie są adekwatnym punktem odniesienia dla warunku w tym postępowaniu, a byłoby nim wskazanie liczby wykonawców, którzy wykonali w ciągu ostatnich trzech lat zamówienia w wymaganej liczbie i wymiarze, czego Zamawiający nie przedstawił.

### **Ad 3.**

W pierwszej kolejności Prezes UZP zauważył, że określenie wymagań związanych z realizacją zamówienia dotyczących m.in. zatrudnienia określonych osób wykonujących zamówienie na podstawie umowy o pracę, stanowi uprawnienie zamawiającego. Jednak z chwilą, gdy Zamawiający przewidział obligatoryjne zatrudnienie przez wykonawcę określonych osób na podstawie umowy o pracę, wskazanie powyższego wymogu w opisie przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 29 ust. 4 pkt 4 pzp, staje się jego obowiązkiem. Tymczasem wymóg ten został zamieszczony jedynie w opisie warunków udziału w postępowaniu, natomiast nie został zamieszczony w opisie przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie wskazanego przepisu.

Prezes UZP zwrócił ponadto uwagę, że Zamawiający odsyła do poszczególnych części SIWZ, bez wskazania jednak konkretnych zapisów dotyczących wymogu zatrudnienia personelu na podstawie umowy o pracę. Również przytoczony pkt 3.2 SIWZ nie zawiera informacji na temat wymogu zatrudnienia inżyniera rezydenta/specjalisty ds. postępowań przetargowych/specjalisty ds. rozliczeń projektów inwestycyjnych na powyższych zasadach.

### **Ad 4.**

Według Prezesa UZP niemożliwe jest, aby wartość szacunkowa kontrolowanego zamówienia była inna niż podana w protokole postępowania, również z następujących powodów:

- z protokołu postępowania wynika, że bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości: 300.120,00 zł (brutt);
- wartość podpisanej 27 kwietnia 2015 r. umowy o udzielenie tego zamówienia określono na kwotę 297.350,50 zł (brutto).

**Prezes UZP, działając na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, przekazał 9 lutego 2016 r. {pismem z tej daty, znak UZP/DKUE/W1/421/32(14)/15/MŁ(1029)} zastrzeżenia w zakresie nieuwzględnionym do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.**

#### **IV.**

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa UZP, ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba zważyła w pierwszej kolejności, że ponieważ Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń odnośnie naruszenia opisanego w pkt 6, w tym zakresie wynik kontroli stał się ostateczny i nie podlega opiniowaniu.

Na podstawie przekazanych akt kontroli Izba stwierdziła, że przywołane powyżej za informacją o wyniku kontroli okoliczności faktyczne sprawy odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy wynikającemu z tej dokumentacji i są wyczerpujące, z zastrzeżeniami i uzupełnieniami opisanymi poniżej.

W ocenie Izby zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia do wyniku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UZP są zasadne, z wyjątkiem zastrzeżeń odnośnie naruszenia opisanego w pkt 4.

Choć nie mogło i nie było podstawą do stwierdzenia zasadności merytorycznej zastrzeżeń (stąd w większości zostało to pominięte przy prezentowaniu stanowiska Zamawiającego), skład orzekający Izby uważa za celowe zasygnalizowanie, że właściwą praktyką byłoby umożliwienie kontrolowanemu zapoznanie się z całością opinii, na której *de facto* oparto naruszenia stwierdzone w pkt 1 i 2.

**Ad 2.**

Zaznaczyć na wstępie należy, że stwierdzone naruszenie ma polegać na dokonaniu opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, który jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia zarówno z uwagi na liczbę, jak i wartość wymaganych od wykonawców do wykazania usług, co miałyby stanowić naruszenie art. 22 ust. 4 pzp, a w konsekwencji prowadzić do naruszenia wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp zasady uczciwej konkurencji przez ograniczenie dostępu do tego zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, którzy nie mogli jednak wykazać spełniania nadmiernych wymagań Zamawiającego.

Już dawno dostrzeżono, że poprzestanie na definicji językowej przymiotnika „proporcjonalny” nie jest wystarczające, gdyż warunek związany z przedmiotem zamówienia (co nie było przedmiotem zastrzeżeń kontroli) zawsze pozostaje w jakiejś proporcji do niego. W doktrynie i orzecznictwie za utrwalone należy uznać stanowisko, uwzględniające dorobek prawa wspólnotowego i orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej {dalej również: „TSUE”}, że przez proporcjonalność warunku w stosunku do przedmiotu zamówienia należy rozumieć zachowanie właściwej proporcji, brak nadmierności.

Skład orzekający Izby ustalił dodatkowo na podstawie przesłanego w toku kontroli (9 października 2015 r.) przez MPGK do UZP wyciągu ze studium wykonalności opracowanego dla projektu, że wartość całego projektu (zamiennie nazywanego również inwestycją) została oszacowana na 16.841.836,50 zł (brutto), w tym wartość poszczególnych zadań (również brutto):

- zadanie 1 – zarządzanie projektem – 600.240,000 zł,
- zadanie 2 – inżynier kontraktu (usługi inżyniera kontraktu) – 300.120,00 zł,
- zadanie 3 – roboty budowlane – 3.839.875,50 zł,
- zadanie 4 – zakup pojazdów specjalistycznych z osprzętem – 8.538.906,00 zł,
- zadanie 5 – wdrożenie nowoczesnych rozwiązań informatycznych – 597.780,00 zł,
- zadanie 6 – linia sortownicza z wyposażeniem technologicznym – 2.915.715,00 zł,
- zadanie 7 – kampania edukacyjno-promocyjna – 36.900,00 zł,
- zadanie 8 – audyt zewnętrzny projektu – 12.300,00 zł.

Zadania 4 i 5 zostały również rozpisane bardziej szczegółowo. W szczególności w ramach zadania 4 wyszczególniono i podano odrębnie wartość dla 13 rodzajów pojazdów specjalistycznych, w tym: dla 2 szt. samochodu bezpylnego – śmieciarki trzykomorowej 3-osiowej 24 m<sup>3</sup> – 2.081.160,00 zł, 3-osiowej śmieciarko-myjki – 1.084.860,00 zł.

Wyliczenie podsumowano stwierdzeniem, że wszystkie komponenty wymienione w tabeli tworzą funkcjonalną całość niezbędną dla funkcjonowania projektu.

{pkt 6.1 – zakres rzeczowy projektu, w tym tabela – zakres rzeczowy inwestycji oraz uwaga

zamieszczona pod tabelą}

Ustalono także, że choć zakres robót objętych modernizacją odzwierciedla wyszczególnienie zawarte w pkt 6.2.2.1 studium, przed nim zamieszczono następujące informacje: *Hala technologiczna jest budynkiem byłej zajezdni tramwajowej (środkowej i południowej części) o powierzchni użytkowej 1795,6 m<sup>2</sup>. Na część technologiczną linii do podczyszczania odpadów selektywnie zbieranych przeznaczono część środkową budynku o powierzchni 1000 m<sup>2</sup>. Budynek został wybudowany w latach 20 ubiegłego wieku. Obiekt został wzniesiony jako jedno kondygnacyjny bez podpiwniczenia, murowany ze stropodachem ogniotrwałym, krytym papą nad południową częścią a nad pozostałą częścią dach drewniany na konstrukcji stalowej kryty dachówką. Stolarka okienna, drzwiowa i wrota metalowe. Hala będzie modernizowana na potrzeby uruchomienia i funkcjonowania kompleksowego systemu podczyszczania selektywnie zebranych odpadów komunalnych oraz magazynowania poszczególnych frakcji odzyskanych surowców.*

Przede wszystkim skład orzekający nie podziela ustaleń kontroli jakoby 5 mln zł z pkt 1 i 2 warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia było wymaganą wartością robót budowlanych. W treści warunku wskazano przecież, że chodzi o *przedsięwzięcie (zadanie, projekt) inwestycyjne obejmujące wykonanie robót budowlanych (...) o wartości każdego przedsięwzięcia (zadania, projektu) co najmniej 5 000 000 zł.* Zatem z literalnego brzmienia warunku wynika, że jest wartość wymagana dla całego przedsięwzięcia, synonimicznie nazywanego również zadaniem lub projektem), które obligatoryjnie ma obejmować roboty budowlane (dotyczące gospodarki odpadowej lub linii sortowniczych odpadów), co nie oznacza, że wyczerpują one jego zakres.

Niesporne jest, że ustalony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu jest związany z przedmiotem tego zamówienia. Jednakże usługi inżyniera kontraktu są jednym z elementów projektu o wartości łącznej blisko 17 mln zł obejmującego roboty budowlane o wartości niemal 4 mln zł, ale również dostawę linii sortowniczej z wyposażeniem technologicznym o wartości niemal 3 mln zł, nie wspominając o dostawie pojazdów specjalistycznych o wartości 8,5 mln zł. Skoro realizowany przez Zamawiającego projekt (inwestycja) obejmuje roboty budowlane, które nie wyczerpują zakresu i wartości całego projektu, nie ma również racjonalnych podstaw, aby dopatrywać się w treści warunku utożsamienia projektu z robotami budowlanymi, a w konsekwencji za wartość projektu uznawać wartość samych robót budowlanych.

Należy zauważyć, że Zamawiający obszernie w zastrzeżeniach odniósł się do zakresu realizowanego projektu i w tym kontekście zestawiał jego wartość przekraczającą 16 mln zł z wartością 5 mln zł, na którą miał opiewać projekt wykazywany w ramach warunku udziału w postępowaniu.



W ocenie składu orzekającego Izby nie ma znaczenia dla skuteczności zastrzeżeń błędne wywiedzenie z klauzuli dopuszczającej możliwość wykazywania usług opisanych w każdym z trzech punktów warunku w ramach jednego projektu, że wartość 5 mln zł wymagana była wyłącznie w odniesieniu do jednego z minimum trzech projektów. W pkt 1 warunku jednoznacznie zapisano, że każdy z trzech wymaganych projektów ma mieć wartość co najmniej 5 mln zł, odmiennie niż w pkt 2 warunku, gdzie taka wartość mogła wynikać z sumowania wartości dwóch wymaganych projektów.

Ponieważ stwierdzone naruszenie art. 22 ust. 4 pzp zostało oparte na zasadniczo błędnych ustaleniach faktycznych, wniesione zastrzeżenia zasługują na uwzględnienie. Skoro ocena warunku udziału jako nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia została dokonana w oderwaniu od rzeczywistej treści opisu oceny sposobu jego spełniania, wynik kontroli nie mógł się ostać. Nie zaistniał stan faktyczny, że Zamawiający wymagał wykazania doświadczenia w usługach wykonywanych dla robót o wartości łącznej min. 15 mln zł, to jest 3-krotnie przekraczającej wartość robót objętych projektem, gdyż prawidłowy wynik takiego hipotetycznego sumowania trzech projektów co najwyżej odpowiada wartości projektu Zamawiającego.

Tym niemniej odrębnie odnieść się również należy do zarzutu kontroli, że również wymaganie doświadczenia w zrealizowaniu 3 usług w okresie ostatnich trzech lat utrudniało ubieganie się o udzielenie tego zamówienia wykonawcom, którzy wykonali jedną lub dwie usługi, co byłoby wystarczającym doświadczeniem. Taka konkluzja została wyłącznie oparta o przyjęte przez biegłego założenie, że nadzór inżyniera kontraktu będzie nieskomplikowany, bo podlegające nadzorowi roboty budowlane są nieskomplikowane.

Zdaniem składu orzekającego Izby w odniesieniu do tak uzasadnionego zarzutu Zamawiający podniósł przekonujące zastrzeżenia natury faktycznej i prawnej.

Nawiązując do uprzednio przywołanego zakresu rzeczowego całego projektu, Zamawiający trafnie podkreślił, że przedmiotem udzielanego zamówienia nie było wyłącznie pełnienie nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi, czego nie wziął pod uwagę biegły. Dodatkowo wątpliwości budzi ustalenie nieskomplikowanego charakteru robót budowlanych objętych projektem bez odniesienia się do powyżej przywołanego fragmentu studium wykonalności.

Zamawiający w zastrzeżeniach przybliżył rzeczywisty zakres projektu, który miał być objęty usługą inżyniera kontraktu, co znajduje odzwierciedlenie w opisie przedmiotu zamówienia (pkt 3.2 instrukcji dla wykonawców oraz jego uszczegółowienie stanowiące część III SIWZ). Natomiast biegły poprzestał na poczynionym założeniu, bez zweryfikowania, czy znajduje ono uzasadnienie w tych postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, do których w ogóle się nie odniósł. Stan ten nie uległ zmianie na etapie opinii

uzupełniającej, w której biegły *de facto* nie odniósł się w żaden konkretny sposób do zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego.

W tych okolicznościach przekonujące jest powołanie się przez Zamawiającego na stanowisko wyrażane w doktrynie (również w komentarzu wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych) i orzecznictwie, że skoro doświadczenia powinno być rozumiane jako umiejętność zdobyta i ugruntowana przez nabycie wprawy przy wykonywaniu prac lub czynności odpowiadających przedmiotowi zamówienia, implikuje to wymaganie wykazania się więcej niż jednokrotnym należyтым wykonaniem podobnego zamówienia. W przywołanych wypowiedziach doktryny i orzecznictwa wręcz wskazano, że za adekwatne i nie naruszające uczciwej konkurencji należy uznać wymaganie należytego wykonania trzykrotnie dostaw o zakresie rzeczowym porównywalnym do przedmiotu zamówienia.

Dodać należy, że co do zasady roboty budowlane i usługi są bardziej skomplikowane niż dostawy, a zatem tym bardziej w ich przypadku uzasadnione będzie wymaganie nabycia i ugruntowania określonych umiejętności znajdujące odzwierciedlenie np. w trzykrotnym należyтым ich wykonaniu. Zamawiający wymagał tego wyłącznie w odniesieniu do usług w najszerszym zakresie odpowiadających przedmiotowi zamówienia, zmniejszając stopniowo te wymagania odnośnie usług związanych z mniej skomplikowanymi, które dodatkowo można było wykazać jako element zakresu rzeczowego i wartościowego tych pierwszych, co dodatkowo zmniejszało rygoryzm warunku.

O tym że usługi objęte tym zamówieniem nie należą do nieskomplikowanych zdają się również świadczyć ustalenia i wnioski kontroli poczynione w związku z pierwszym naruszeniem, skoro kompletne rozpoznanie warunków realizacji projektu miało wymagać odpowiedniego czasu, zaangażowania wielu specjalistów, a nawet wizji lokalnej.

Zdaniem składu orzekającego Izby nie sposób czynić Zamawiającemu zarzutu, że wymagał określonego doświadczenia zdobytego w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, gdyż taki okres wynika z § 1 ust. 1 pkt 3 obowiązującego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) zarówno dla dostaw, jak i usług. W § 1 ust. 1 pkt 2 przewidziano wydłużenie tego okresu do lat 5 jedynie dla robót budowlanych. *De lege lata* przepisy powszechnie obowiązujące nie uwzględniają odrębnie usług towarzyszących robotom budowlanym o tożsamym lub nawet dłuższym okresie wykonywania.

W konsekwencji nie można czynić Zamawiającemu zarzutu, że wymaganie stosowanego doświadczenia w narzuconym przepisami okresie może być utrudnieniem dla wykonawców, którzy prowadzą działalność na niewielką skalę, np. nie realizują jednocześnie więcej niż jednej usługi.

Na marginesie skład orzekający Izby nie uważa, aby uprawnione było wnioskowanie o utrudnieniu dostępu dla małych wykonawców wyłącznie na podstawie faktu, że jedyną ofertę złożyło Konsorcjum. W okolicznościach tego postępowania złożenie tylko jednej oferty równie dobrze mogło być związane z wyznaczonym przez Zamawiającego terminem składania ofert, który przypadał w okresie świątecznym i dawał wykonawcom minimalny wymagany przepisami czas na przygotowanie i złożenie oferty.

Wreszcie zdaniem składu orzekającego Izby nie sposób również uznać za nadmierny (nieproporcjonalny) pkt 3 warunku z powodu wskazania na dostawę pojazdu specjalistycznego o wartości 1 mln zł, skoro zakresem projektu jest objęta jest dostawa kilkunastu pojazdów specjalistycznych różnego rodzaju o łącznej wartości przekraczającej 8-krotnie tę kwotę, w tym rodzajów pojazdów, których koszt jednostkowy odpowiada tej kwocie. Dodatkowo należy zauważyć, że wskazywanie zakresu skomplikowania dostaw, usług lub robót budowlanych przez odwołanie się do ich wartości, choć nie jest doskonałe, jest powszechnie stosowane.

Biorąc pod uwagę dorobek orzecznictwa TSUE można powiedzieć, że ocena, czy ustalony warunek udziału w postępowaniu nie jest nadmierny wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu {por. np. wyrok z 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, LEX nr 84270}. W ocenie składu orzekającego Izby kontrola nie wykazała nadmierności warunku opisanego przez Zamawiającego.

Należy przy tym zauważyć, że według doktryny i orzecznictwa ustalenie warunków w sposób powiązany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób. Regulacje ustawy wskazują wręcz na przyjęcie diametralnie odmiennego założenia, czyli realizacji zamówienia publicznego jedynie przez podmioty należycie zweryfikowane pod kątem możliwości należytego wykonania przez nie umowy. Jak trafnie zauważył Sąd Okręgowy w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 6 maja 2009 r. (sygn. akt XII Ga 143/09; niepubl.): *Przepisy ustawy Pzp nie nakładają na zamawiającego obowiązku nabycia dostaw czy usług spośród oferowanych przez wszystkie podmioty na rynku, nawet te, które nie mogą wykazać się odpowiednim doświadczeniem w dostawach lub usługach odpowiadających rodzajowo przedmiotowi danego zamówienia.*

Podobnie wypowiedziała się wielokrotnie Izba {zob. uzasadnienia wyroków wydanych:

8 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 259/08), 28 maja 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 641/09, KIO/UZP 646/09, 13 maja 2013 r. (sygn. akt KIO 966/13); zamieszczone na [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)}. W uzasadnieniu ostatniego z wymienionych wyroków Izba zwróciła również uwagę, że warunki udziału w postępowaniu winny zmierzać do wyłonienia wykonawcy dającego jak największą gwarancję prawidłowej realizacji zadania. Ponadto stawiane warunki udziału w postępowaniu mogą sprawdzać doświadczenie wykonawcy w różnym aspekcie i zakresie. W szczególności również sama wartość wykonywanych zamówień może nieść informacje na temat doświadczenia i zdolności wykonawców. Jakkolwiek wartość zamówienia nie zawsze oddaje jakość czy techniczne zaawansowanie wykonywanych prac, jest jednak przeważnie obiektywnym miernikiem ich skali. Może również dowodzić i potwierdzać, że wykonawca jest w stanie organizacyjnie podjąć wykonaniu umowy o znacznym zakresie i wartości.

Z kolei w uzasadnieniu wyroku z 29 stycznia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1862/09; zamieszczony jw.) podkreślono, że zamawiający zobowiązany jest określić warunki udziału w taki sposób, aby do realizacji zamówienia został dopuszczony wyłącznie wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji zadań zapewniające należyte wykonanie zamówienia, przy czym określenie warunku jest obowiązkiem i uprawnieniem zamawiającego, który dokonując tej czynności, zobowiązany jest brać pod uwagę przedmiot zamówienia, cel przedsięwzięcia oraz zapewnienie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Opis oceny spełniania warunków jest podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, a także stopniem złożoności. I nie musi zatem zapewniać możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia każdemu zainteresowanemu. Nie stanowi zatem naruszenia (utrudniania) uczciwej konkurencji fakt, że warunków udziału w postępowaniu nie będą mogli spełnić wszyscy zainteresowani ubieganiem się o udzielenie zamówienia.

W ocenie składu orzekającego Izby ustalenia poczynione w toku kontroli, w kontekście wniesienia do nich uzasadnionych zastrzeżeń, nie dawały podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający dokonał opisu sposobu oceny warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia w sposób nieodpowiadający wielkości, charakterowi oraz rodzajowi przedmiotu zamówienia objętego prowadzonym postępowaniem.

### **Ad 3.**

Izba zważyła, że stwierdzone przez Prezesa UZP naruszenie sprowadza się do zarzutu, że wymóg zatrudnienia osób pełniących trzy spośród sześciu stanowisk (inżynier rezydent, specjalista ds. postępowań przetargowych oraz specjalista ds. rozliczeń projektów inwestycyjnych) na podstawie umowy o pracę został określony w niewłaściwej jednostce

redakcyjnej specyfikacji, bo przy okazji opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących osób zdolnych do wykonania zamówienia, a nie wraz z postanowieniami dotyczącymi opisu przedmiotu zamówienia. Jednocześnie z poczynionych ustaleń wynika jednoznacznie, że takie wymaganie w odniesieniu do tych konkretnych stanowisk zostało wprowadzone – w odrębnym akapicie, po opisie wymaganego dla danego stanowiska doświadczenia (co odzwierciedla precyzyjniej protokół kontroli).

W ocenie składu orzekającego Izby tak stwierdzone naruszenie należy uznać za przejaw nadmiernego formalizmu przy interpretacji normy art. 29 ust. 4 pkt 4 pzp, który nie zasługuje na aprobatę. Nie ma powodów, aby atomizować treść specyfikacji wyłącznie pod tym kątem, czy dana informacja znalazła się w tej czy innej jednostce redakcyjnej istotnych warunków zamówienia. Każdy wykonawca musiał zapoznać się z warunkami udziału w postępowaniu, a w odniesieniu do osób bez trudu odróżnić, co będzie wymagane na etapie oceny ich spełniania przed wyborem najkorzystniejszej oferty (doświadczenie określone dla każdego z tych stanowisk), a co na etapie realizacji umowy (zatrudnienie osób pełniących te stanowiska na podstawie umowy o pracę). Wobec powiązania tych warunków – podmiotowego i *sui generis* przedmiotowego, bo odnoszącego się do osób zdolnych do wykonywania zamówienia, które będą je faktycznie wykonywać, nie sposób czynić Zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 29 ust. 4 pkt 4 pzp. Zamawiający określił swoje wymagania związane z realizacją zamówienia, a dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności przewidziane dla 3 wskazanych w specyfikacji stanowisk.

#### **Ad 4.**

W ocenie składu orzekającego Izby zgłoszone zastrzeżenie nie podważa zasadności stwierdzonego naruszenia art. 45 ust. 4 pzp, gdyż sprowadza się do polemiki z ustaleniami faktycznymi poczynionymi na podstawie dokumentacji prowadzonej przez Zamawiającego, którą przekazał w toku kontroli.

Jak powyżej ustalono, również w studium wykonalności zadanie dotyczące usług inżyniera kontraktu oszacowano na taką kwotę, jaka według protokołu postępowania została przeznaczona na sfinansowanie zamówienia w tym zakresie.

Ponieważ aktualnie Zamawiający powołuje się na dokumenty, których nie załączył do zastrzeżeń, Izba nie ma podstaw, aby zweryfikować stwierdzenia zawarte w zastrzeżeniach. Według tabeli zakresu rzeczowego projektu zadanie 1 – zarządzanie projektem, o ile rzeczywiście opiewa na kwotę 600 tys. zł, o tyle zostało sprecyzowane jako koszty przygotowania i wdrażania projektu i ujęte odrębnie od zadania związanego z usługami inżyniera kontraktu.

Krajowa Izba Odwoławcza – działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....