

Sygn. akt: KIO/KD 33/19

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 6 maja 2019 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 8 kwietnia 2019 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych od wyniku kontroli doraźnej z dnia 27 marca 2019 r., przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa boiska sportowego w miejscowości Opinogóra Górna”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Kisiel
Magdalena Grabarczyk
Emil Kawa**

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej, przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zwanego dalej: "Kontrolującym", „Prezesem UZP” lub „Prezesem Urzędu”, wynikły na tle następującego stanu faktycznego.

Przedmiotem kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia była budowa boiska piłkarskiego o wymiarach 115,43x72,14 m z nawierzchnią trawiastą przy ul. Norwida w Opinogórze Górnej obejmująca: roboty ziemne, wykonanie drenażu boiska, wykonanie płyty boiska, wykonanie piłkochwyłów, wyposażenie sportowe boiska do piłki nożnej (2 bramki, 4 trybuny, 2 wiaty), wykonanie chodników, wykonanie trawników.

Przedmiotowe postępowanie zostało przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, tj. w dniu 2 lutego 2018 r. (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) – zwana dalej: „ustawa Pzp”.

W ramach postępowania Zamawiający wymagał, aby w celu spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca udokumentował należyte oraz zgodne z zasadami sztuki budowlanej wykonanie w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, przynajmniej jednej roboty budowlanej (w jednym kontrakcie z jednym zleceniodawcą) polegającej na budowie lub przebudowie boiska piłkarskiego o nawierzchni z trawy naturalnej o wartości co najmniej 600.000,00 zł (str. 9 SIWZ). Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku należało na wezwanie Zamawiającego przedłożyć wykaz robót budowlanych wykonywanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, tj. wykazanie przynajmniej jednej roboty budowlanej (w jednym kontrakcie z jednym zleceniodawcą) polegającej na budowie lub przebudowie boiska piłkarskiego o nawierzchni z trawy naturalnej o wartości co najmniej 600.000,00 zł, wraz z dowodami zawierającymi

informacje, czy te roboty zostały wykonane należycie, w szczególności czy zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone (str. 12 SIWZ).

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferta wykonawcy Zakład Budownictwa Klasycznego i Sportowego B. C. (dalej: „Zakład” lub „Wykonawca”) została najwyżej oceniona. W związku z tym, pismem z dnia 2 marca 2018 r. Zamawiający wezwał Zakład do przedłożenia na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp dokumentów, o których mowa w rozdziale SIWZ pn. „Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia”.

Wykonawca przekazał Zamawiającemu w dniu 5 marca 2018 r. m.in.:

1. wykaz robót budowlanych sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ, z treści którego wynika, że wykonał:
 - dla Urzędu Miejskiego w Wolborzu, w terminie od dnia 31 marca do dnia 22 września 2014 r., poprawę infrastruktury sportowej poprzez przebudowę obiektu sportowego przy ul. Sportowej w Wolborzu – Etap I o łącznej wartości zamówienia: 1.050.143,99 zł, zakres prac obejmował: budowę boiska do piłki nożnej o wym. 68x105 m o nawierzchni z trawy naturalnej, wykonanie drenażu pod boiskiem, budowę kanalizacji deszczowej wraz z przyłączem, montaż automatycznego systemu nawadniania boiska, wykonanie oświetlenia boiska,
 - dla Gminy Stolno, w terminie od dnia 10 kwietnia do dnia 31 sierpnia 2014 r., przebudowę boiska sportowego w miejscowości Wałcz o łącznej wartości zamówienia: 700.093,70 zł, zakres prac obejmował: budowę boiska piłkarskiego o wymiarach 95x55 m, o nawierzchni z trawy naturalnej, budowę piłkochwyków, dostawę i montaż kontenera socjalnego, oświetlenie terenu,
2. poświadczenie wykonania robót wystawione w dniu 16 września 2014 r. przez Gminę Stolno, z treści którego wynika, iż Konsorcjum firm: Zakład Pielęgnacji i Chirurgii Drzew „BEATA” mgr inż. H.C., Zakład Budownictwa Klasycznego i Sportowego B.C. (dalej: „Konsorcjum”) wykonało zadanie pn. „Przebudowa boiska sportowego w miejscowości Wałcz” obejmujące: budowę płyty boiska piłkarskiego o wym. 95x55 m, piłkochwyty z siatki polipropylenowej, kontener socjalny o pow. użytkowej 53,7 m², przyłącza wod.-kan. i elektryczne budynku, oświetlenie terenu, w terminie: 10 kwietnia – 31 sierpnia 2014 r., za wynagrodzeniem w kwocie 700.093,70 zł brutto,
3. poświadczenie wystawione w dniu 3 listopada 2014 r. przez Urząd Miejski w Wolborzu, z treści którego wynika, iż ww. Konsorcjum wykonało zadanie pn. „Poprawa infrastruktury sportowej poprzez przebudowę obiektu sportowego przy ul. Sportowej na dz. nr ewid. 1090 w Wolborzu – Etap I” obejmujące: budowę boiska do piłki nożnej o wym. 68x105 m o nawierzchni z trawy naturalnej, wykonanie drenażu pod boiskiem, budowę kanalizacji

deszczowej wraz z przyłączem, montaż zbiornika na deszczówkę, budowę studni głębinowej, montaż automatycznego systemu nawadniania boiska, montaż masztów i słupów oświetleniowych, montaż okablowania wraz z tablicą oświetlenia, zasilanie systemu nawadniania i pompy głębinowej, o łącznej wartości: 1.050.143,99 zł.

W dniu 7 marca 2018 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą uznał ofertę złożoną przez Zakład, a następnie w dniu 15 marca 2018 r. zawarł z tym Wykonawcą umowę w sprawie niniejszego zamówienia publicznego.

Stanowisko Kontrolującego:

W wyniku przeprowadzonej kontroli Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Zakładu do uzupełnienia dokumentów wymaganych do wykazania spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, tj. dowodów potwierdzających, że wskazane w wykazie roboty budowlane zostały wykonane należyście, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących jego faktycznego udziału przy realizacji zamówień wskazanych w wykazie robót, które zostały wykonane wspólnie przez dwóch Członków Konsorcjum firm: 1. Zakład Pielęgnacji i Chirurgii Drzew „BEATA” mgr inż. H.C., 2. Zakład Budownictwa Klasycznego i Sportowego B. C., - co w konsekwencji stanowi również naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu Wykonawcy niniejszego zamówienia publicznego.

Zdaniem Prezesa UZP Zakład nie wykazał spełniania postawionego warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, gdyż do wykazu robót budowlanych należało dołączyć dowody zawierające informacje, czy te roboty zostały wykonane należyście, w szczególności czy zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Natomiast, w treści przedłożonych w dniu 5 marca 2018 r. przez Wykonawcę poświadczeń nie zawarto adnotacji o należywym wykonaniu robót.

Jednocześnie Kontrolujący zauważał, że warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia, o którym mowa w art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp, odnosi się do rzeczywistego zrealizowania przez wykonawcę części lub całości zamówienia. W związku z tym istnienie odpowiedzialności solidarnej konsorcjantów za wykonanie umowy, wynikające z art. 141 ustawy Pzp, nie pociąga za sobą konsekwencji w postaci dopuszczalności powoływania się

przez jednego członka konsorcjum na doświadczenie zdobyte przez innego konsorcjanta w trakcie wykonywania wspólnego zamówienia, a więc uprawnienia do legitymowania się pełnym doświadczeniem wynikającym z wykonanego przez konsorcjum zamówienia. Tym samym, członek konsorcjum nabywa wyłącznie doświadczenie związane z zakresem prac jakie wykonywał samodzielnie albo przy pomocy podwykonawców, nie nabywa jednak doświadczenia odnośnie prac wykonanych przez innych konsorcjantów. Przyjęcie odmiennego poglądu, w ocenie Prezesa Urzędu, prowadziłoby do zaaprobowania fikcji, polegającej po pierwsze na wniosku, że wykonanie w ramach konsorcjum znikomej części zamówienia skutkuje nabyciem doświadczenia odnoszącego się do pełnego zakresu jego realizacji. Po drugie, zwielokrotnianiem doświadczenia – w sytuacji gdyby przyjąć, że w przypadku kiedy zamówienie jest realizowane przez 10 konsorcjantów każdy z nich mógłby się w przyszłości powoływać na doświadczenie w realizacji całego zamówienia, doświadczenie „dostępne” na rynku byłoby wielokrotnie większe od faktycznie zrealizowanych zamówień. Po trzecie, ograniczeniem zainteresowania większych wykonawców w tworzeniu konsorcjów z mniejszymi podmiotami (wykonawcy posiadający większe doświadczenie nie będą bowiem zainteresowani kreowaniem sobie na przyszłość konkurencji ze strony wykonawców o mniejszym potencjale w wyniku jednorazowej współpracy z nimi w ramach konsorcjów), bądź też przeciwnie, tworzeniu „fikcyjnych” konsorcjów z mniejszymi wykonawcami tylko po to, aby umożliwić tym ostatnim „nabycie” doświadczenia umożliwiającego im w przyszłości samodzielne ubieganie się o kolejne zamówienia. Wreszcie, przyjęcie wniosku, że podmiot, który zrealizował tylko część zamówienia w ramach konsorcjum ma takie samo doświadczenie jak podmiot, który zrealizował podobne zamówienie samodzielnie lub z udziałem podwykonawców, skutkowałoby nierównym traktowaniem wykonawców. Naruszeniem zasady równego traktowania jest bowiem traktowanie identyczne dwóch diametralnie różnych sytuacji.

Mając na uwadze powyższe Kontrolujący uznał, że Zamawiający oceniając potencjał zawodowy wykonawców powinien badać jaki zakres prac został rzeczywiście wykonany przez danego wykonawcę w ramach Konsorcjum, a w przypadku braku takich danych w treści referencji – ma obowiązek zwrócić się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień co do zakresu rzeczywiście wykonanych prac w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Co więcej, wskazywał, że Zamawiający może skorzystać z uprawnienia do wystąpienia do podmiotu, który wystawił takie referencje, z wnioskiem o przekazanie mu niezbędnych informacji dotyczących realizacji umowy, odnoszących się do zakresu i rodzaju prac wykonywanych przez poszczególnych członków konsorcjum. Jednakże, stosując tryb przewidziany w § 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126), zwanego dalej: „rozporządzeniem” Zamawiający powinien pamiętać, że zgodnie z art.

9 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej.

Kontrolujący twierdził, że stanowisko prezentowane przez Urząd w niniejszej sprawie znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, które ukształtowało przeważająca linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej uznającą, że Zamawiający powinien poddać badaniu i ustalić realny udział wykonawcy przy realizacji zamówienia, na które powołuje się w celu wykazania spełniania warunku dotyczącego potencjału technicznego i zawodowego, a które wykonała grupa wykonawców (Konsorcjum), której był członkiem – niezależnie od tego, czy w SIWZ przyjęto zapisy regulujące powyższą kwestię. Należy bowiem stwierdzić, iż zasada równego traktowania wykonawców wymaga, aby uznawać doświadczenie zdobyte przez wykonawcę w ramach konsorcjum jedynie w zakresie jego faktycznego wkładu w realizację przedsięwzięcia¹. Zatem, jeżeli w treści przedłożonych na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp dokumentów nie zawarto informacji o zakresie prac faktycznie wykonanych przez wykonawcę, który zamówienie realizował wraz z innymi wykonawcami w formie Konsorcjum, to Zamawiający był zobligowany do wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu stwierdził, że w trakcie trwania postępowania Zamawiający nie wezwał na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp Wykonawcy do złożenia wyjaśnień na okoliczność realizacji zadań pn.: „Przebudowa boiska sportowego w miejscowości Wałcz” oraz „Poprawa infrastruktury sportowej poprzez przebudowę obiektu sportowego przy ul. Sportowej na dz. nr ewid. 1090 w Wolborzu – Etap I”, które zostały wykonane przez Konsorcjum.

Natomiast z wyjaśnień Zamawiającego udzielonych pismem z dnia 30 maja 2018 r. wynika, że referencje udzielone Wykonawcy (te w ramach Konsorcjum) zostały sprawdzone telefonicznie w jednostkach samorządu terytorialnego, które je wystawiły. W kontekście powyższego, pismem z dnia 3 lipca 2018 r., wezwano Zamawiającego do złożenia szczegółowych wyjaśnień na okoliczność przeprowadzenia rozmów telefonicznych z jednostkami samorządu terytorialnego, które wydały referencje Wykonawcy, w szczególności o podanie:

- daty przeprowadzenia rozmów,
- danych osób, które uczestniczyły w rozmowie telefonicznej,

¹ Por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 maja 2017 r., sygn. akt KIO 905/17, KIO 925/17, KIO 933/17; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2571/17; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 188/18, KIO 201/18.

– zakresu uzyskanych informacji o zrealizowanych przez Zakład robotach budowlanych, a także do przesłania do Urzędu dokumentów potwierdzających podane przez Zamawiającego informacje w ww. zakresie. W odpowiedzi na wezwanie w piśmie z dnia 13 lipca 2018 r. Zamawiający wyjaśnił, że nie prowadzi rejestrów rozmów telefonicznych, nie sporządzano też żadnych notatek służbowych na tę okoliczność. Ponadto nie jest w stanie wskazać daty przeprowadzonych rozmów telefonicznych z podmiotami wystawiającymi referencje, ani przekazać dokumentów potwierdzających przeprowadzenie tych rozmów. Wójt Gminy Opinogóra Górna kontaktował się z Urzędem Gminy Stolno, natomiast pracownik Urzędu Gminy w Opinogórze Górnej Paweł Kluczek rozmawiał z pracownikiem odpowiedzialnym za prowadzenie zamówień publicznych w Urzędzie Miejskim w Wolborzu. W powyższych przypadkach nie kwestionowano faktu wykonywania robót przez konsorcjantów.

Kontrolujący podnosił, że wobec faktu, iż dokumentacja postępowania nie zawiera dowodów potwierdzających, iż Zamawiający skorzystał z trybu przewidzianego w § 2 ust. 6 rozporządzenia, wystosowano do Gminy Stolno oraz Miasta i Gminy Wolbórz prośbę o wskazanie czy przedstawiciele Gminy Opinogóra Górna kontaktowali się w niniejszej sprawie, a w przypadku odpowiedzi twierdzącej – o podanie zakresu udzielonych informacji, a także – jeżeli na powyższą okoliczność sporządzono notatkę służbową – również o przekazanie potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii tej notatki. W piśmie z dnia 17 grudnia 2018 r. Wójt Gminy Stolno wskazał, że Urząd Gminy Stolno w swoich zasobach nie posiada pisma od Gminy Opinogóra Górna w sprawie wystawionych przez Gminę Stolno dnia 16 września 2014 r. poświadczenia wykonania robót dotyczących zadania pn. „Przebudowa boiska sportowego w miejscowości Wałcz” dla Konsorcjum. Natomiast, w piśmie z dnia 14 grudnia 2018 r. Zastępca Burmistrza Miasta i Gminy Wolbórz wskazał, że w zakresie referencji wskazanych w piśmie UZP z dnia 6 grudnia 2018 r. kontaktowano się telefonicznie z prośbą o udzielenie informacji na temat Wykonawcy. Nie została sporządzona notatka z tego zdarzenia, dlatego nie możliwe jest do ustalenia termin rozmowy i z której gminy dzwonił. Na pewno została udzielona informacja, że rzeczywiście poprawnie i bezusterkowo wykonano zadanie, które zostało odebrane zgodnie z umową.

Prezes Urzędu wskazywał, że zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Żaden przepis ustawy Pzp nie wprowadził wyjątku od zasady pisemności przy uzyskiwaniu informacji od podmiotów trzecich w celu potwierdzenia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu postawionych w SIWZ. Przekazana przez Zamawiającego do Urzędu dokumentacja postępowania oraz uzyskane od jednostek samorządu terytorialnego, które wystawiły referencje Konsorcjum wyjaśnienia

nie potwierdzają, czy przedstawiciele Gminy Opinogóra Górna skorzystali z uprawnienia przewidzianego w § 2 ust. 6 rozporządzenia w celu wyjaśnienia posiadanego przez Zakład potencjału technicznego i zawodowego, ewentualnie jakie informacje uzyskali, a także kiedy (czy na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy też w innym terminie). Z odpowiedzi udzielonej przez Gminę Stolno nie wynika, że Gmina Stolno udzieliła jakiegokolwiek odpowiedzi Gminie Opinogóra Górna. Natomiast, z odpowiedzi Miasta i Gminy Wolbórz nie wynika kto kontaktował się z nimi (czy był to przedstawiciel Zamawiającego), jaki był termin odbytej rozmowy telefonicznej, a także by udzielono informacji odnośnie podziału zadań pomiędzy członkami konsorcjum przy realizacji zamówienia pn. „Poprawa infrastruktury sportowej poprzez przebudowę obiektu sportowego przy ul. Sportowej na dz. nr ewid. 1090 w Wolborzu – Etap I”. Wobec braku dowodów potwierdzających uzyskanie przez Zamawiającego informacji niezbędnych do uznania, że Wykonawca zdobył wymagane zapisami SIWZ doświadczenie przy realizacji zadań wykonywanych w charakterze Członka Konsorcjum zdaniem Kontrolującego należy stwierdzić, iż Zamawiający naruszył art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących faktycznego uczestnictwa tego Wykonawcy przy realizacji robót wskazanych w wykazie robót budowlanych.

Stanowisko Zamawiającego:

W piśmie z dnia 8 kwietnia 2019 r., Zamawiający zawarł zastrzeżenia dotyczące wyników przeprowadzonej kontroli doraźnej, w których zakwestionował stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 27 marca 2019 r. naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów wymaganych do wykazania spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, tj. dowodów potwierdzających, że wskazane w wykazie roboty budowlane zostały wykonane należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących jego faktycznego udziału przy realizacji zamówień wskazanych w wykazie robót, które zostały wykonane wspólnie przez Członków Konsorcjum - a w konsekwencji powyższego naruszenie również art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu Wykonawcy zamówienia publicznego.

Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach od wyniku kontroli podnosił, że:

1. Przedmiotem zamówienia w omawianej sprawie były roboty budowlane, które w przeważającej części składają się z robót ziemnych. Są to więc roboty nie wymagające

szczególnej specjalizacji, wysokiego poziomu wiedzy technicznej lub doświadczenia przy wykonywaniu robót danego rodzaju.

2. Konsorcjum, na którego doświadczenie powoływał się wykonawca składało się z dwóch firm rodzinnych (ojciec i syn), w związku z czym niezasadne byłoby przyjmowanie, że firmy te nie będą w stanie udostępnić sobie zasobów niezbędnych do wykonania robót w zakresie wymaganym przez zamawiającego.
3. Referencje udzielone wykonawcy (Konsorcjum) zostały – według informacji przekazanych przez Gminę Opinogóra – sprawdzone telefonicznie w jednostkach samorządu terytorialnego, które je wystawiły.
4. Zaświadczenia nie budziły wątpliwości co do faktu, że Wykonawca te roboty w ramach Konsorcjum faktycznie wykonywał.
5. Wezwanie Wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 4 PZP ma charakter fakultatywny, a więc powinno nastąpić jedynie wtedy, gdy instytucja zamawiająca poweźmie wątpliwości co do spełniania przez Wykonawcę okoliczności wynikających ze złożonych dokumentów oraz oświadczeń.

Jednocześnie, odwołując się do wydanego w dniu 4 maja 2017 r. wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-387/14, Zamawiający wskazał, że w przypadku zamówień publicznych, których charakter oraz zakres wymaga ściśle określonych kwalifikacji lub ściśle określonego doświadczenia, zamawiający ma prawo określić w specyfikacji warunek, aby doświadczenie wynikające z robót wykonywanych w ramach konsorcjum zostało dodatkowo wykazane poprzez potwierdzenie zakresu i rodzaju robót wykonywanych przez konkretnego wykonawcę (jako partnera konsorcjum). Działania wyjaśniające w tym zakresie można przeprowadzić również (choć jest to bardziej kontrowersyjne) w oparciu o treść art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Natomiast w przeciwnej sytuacji, tj. gdy przedmiot zamówienia nie wymaga od danego wykonawcy szczególnych kwalifikacji lub doświadczenia, nie ma prawnego uzasadnienia, aby instytucja zamawiająca wymagała dodatkowego poświadczenia konkretnego zakresu robót wykonywanych przez tego wykonawcę w ramach konsorcjum. Takie działanie byłoby nieproporcjonalne do rodzaju danego zamówienia.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający miał więc podstawy, aby zasadnie uznać, że Zakład spełnił warunki udziału w postępowaniu, bez konieczności wzywania go do złożenia dodatkowych informacji lub dokumentów.

Stanowisko Kontrolującego wobec wniesionych zastrzeżeń:

W odpowiedzi powyższe zastrzeżenia Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego odrębnym pismem, że ich nie uwzględni.

W pierwszej kolejności wskazano, że przywołane przez Zamawiającego wyroki Krajowej Izby Odwoławczej prezentują już nieaktualną linię orzeczniczą. Od momentu wydania wyroku TSUE z dnia 4 maja 2017 r., C-384/14 Esaprojekt, ugruntowała się zasada, że wykonawca może powoływać się na doświadczenie w wykonaniu zamówienia jako członek konsorcjum, ale tylko w zakresie bezpośredniego udziału w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązano konsorcjum firm. Zatem, wykonawca nie może polegać, w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. Powyższe stanowisko prezentuje obecna linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, co można zauważyć przykładowo w: wyroku z dnia 26 maja 2017 r., sygn. akt KIO 905/17, KIO 925/17, KIO 933/17, wyroku z dnia 22 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2571/17, czy też w wyroku z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 188/18, KIO 201/18. Natomiast, w kwestii przywołanej przez Zamawiającego interpretacji wyroku TSUE z dnia 4 maja 2017 r. należy wyjaśniono, iż wyżej przywołana zasada znajduje zastosowanie w każdym przypadku, gdy postawiono warunek odnoszący się do potencjału technicznego lub zawodowego a w postępowaniu ofertę złożyło Konsorcjum firm – niezależnie od rodzaju przedmiotu zamówienia, co potwierdza przywołane powyżej orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Zdaniem Kontrolującego za niezrozumiałe jednocześnie należy uznać przywoływanie w zastrzeżeniach od wyniku kontroli fragmentów wyroku TSUE z dnia 4 maja 2017 r. dotyczących kwestii możliwości powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego w celu wykazania wymaganego w SIWZ doświadczenia, jeżeli przedmiot zamówienia stanowi świadczenie niepodzielne – podczas gdy w niniejszym stanie faktycznym Wykonawca nie skorzystał z możliwości przewidzianej w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp.

Kontrolujący, odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego, że - przedmiotem zamówienia w omawianej sprawie były roboty budowlane, które w przeważającej części składają się z robót ziemnych. Są to więc roboty nie wymagające szczególnej specjalizacji, wysokiego poziomu wiedzy technicznej lub doświadczenia przy wykonywaniu robót danego rodzaju (pkt 1) – wskazywał, iż Urząd nie kwestionował postawionych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu, a postawione w Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszenia wynikały z faktu, że Zamawiający nie dokonał rzetelnego sprawdzenia spełnienia przez Zakład wymagań dotyczących doświadczenia, które sam ustanowił na etapie przygotowywania postępowania. Kontrolujący wskazywał, że Zamawiający jest związany zapisami SIWZ przy badaniu i ocenie ofert, a zaniechania wystosowania wezwań na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp nie można tłumaczyć charakterem przedmiotu zamówienia, które nie wymaga szczególnych

specjalizacji, czy też doświadczenia. Tym bardziej, że zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp postawienie warunków udziału w postępowaniu nie jest obligatoryjne. Możliwe jest bowiem prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez uprzedniego określenia warunków udziału w postępowaniu w przypadku, gdy w ocenie Zamawiającego charakter przedmiotu zamówienia nie wymaga podjęcia czynności weryfikujących ocenę zdolności wykonawcy do jego należytego wykonania. Natomiast, jeżeli Zamawiający – jak w niniejszym przypadku – zdecydował się na określenie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej to powinien konsekwentnie zweryfikować czy wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, posiada doświadczenie wymagane zapisami SIWZ.

W kwestii argumentu przywołanego w pkt 2 zastrzeżeń Prezes Urzędu wyjaśniał, że Zakład nie skorzystał z możliwości polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Więzy rodzinne pomiędzy osobami prowadzącymi działalność gospodarczą, w tym przypadku członków Konsorcjum nie wpływają na ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli Zakład nie wskazał w ofercie, że zamierza korzystać z potencjału technicznego lub zawodowego firmy Zakład Pielęgnacji i Chirurgii Drzew „BEATA” mgr inż. H.C. w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, to założenie, że spełnia postawiony w SIWZ warunek dotyczący doświadczenia, bo firmy te są w stanie udostępnić sobie zasoby niezbędne do wykonania robót w zakresie wymaganym przez Zamawiającego – jest błędne i sprzeczne z przepisami ustawy Pzp.

Kontrolujący zwracał również uwagę, że z dokumentacji postępowania nie wynika, iż Konsorcjum należycie wykonało roboty budowlane, na które powołano się w treści wykazu robót budowlanych. W niniejszym przypadku Zamawiający był zobligowany do wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Wykonawcy do przedłożenia dowodów zawierających informacje, czy te roboty zostały wykonane należycie, w szczególności czy zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

Natomiast, odnosząc się do informacji przekazanych przez Zamawiającego, iż przedstawione przez Wykonawcę referencje zostały sprawdzone telefonicznie w jednostkach samorządu terytorialnego, które je wystawiły Prezes Urzędu twierdził, że Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, iż powyższe miało miejsce. W kontekście powyższego stwierdzono, że przekazana przez Zamawiającego do Urzędu dokumentacja postępowania oraz uzyskane od jednostek samorządu terytorialnego, które wystawiły referencje Konsorcjum wyjaśnienia nie potwierdzają, czy przedstawiciele Gminy Opinogóra Górna skorzystali z uprawnienia przewidzianego w § 2 ust. 6 rozporządzenia w celu

wyjaśnienia posiadanego przez Zakład potencjału technicznego i zawodowego, ewentualnie jakie informacje uzyskali, a także kiedy (czy na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy też w innym terminie). Z odpowiedzi udzielonej przez Gminę Stolno nie wynika, że Gmina Stolno udzieliła jakiegokolwiek odpowiedzi Gminie Opinogóra Górna ani że ktokolwiek z Gminy Opinogóra Górna kontaktował się w kwestionowanej sprawie z Gminą Stolno. Natomiast, z odpowiedzi Miasta i Gminy Wolbórz nie wynika kto kontaktował się z nimi (czy był to przedstawiciel Zamawiającego), jaki był termin odbytej rozmowy telefonicznej, a także by udzielono informacji odnośnie podziału zadań pomiędzy członkami konsorcjum przy realizacji zamówienia pn. „Poprawa infrastruktury sportowej poprzez przebudowę obiektu sportowego przy ul. Sportowej na dz. nr ewid. 1090 w Wolborzu – Etap I”.

Prezes UZP podnosił, że również na etapie zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej Zamawiający nie przedstawił żadnych nowych dowodów uprawdopodobniających, iż powyższe rozmowy telefoniczne rzeczywiście miały miejsce. W związku z powyższym, Prezes Urzędu podtrzymał stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 27 marca 2019 r. naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zaś odnosząc się do zarzutów postawionych w pkt 4 i 5 zastrzeżeń Prezes Urzędu stwierdził, iż poświadczenia wystawione Konsorcjum nie potwierdzały, że roboty budowlane zostały należycie wykonane. W tym przypadku Zamawiający był zobowiązany wezwać Zakład do uzupełnienia dokumentacji o dowody potwierdzające wykonanie zamówienia zgodnie ze sztuką budowlaną i zapisami umowy. Ponadto, w niniejszym przypadku, Zamawiający był zobowiązany do zastosowania trybu przewidzianego w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż nie posiadał informacji o zakresie robót zrealizowanych przez Zakład. Zdaniem kontrolującego nie można zgodzić się z wnoszącym zastrzeżeniem, że wezwanie do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp ma charakter fakultatywny. Jeżeli informacje podane w wykazie robót i referencjach nie potwierdzają w sposób jednoznaczny, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, wówczas treść załączonych przez wykonawcę dokumentów powinna zostać wyjaśniona. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek wezwać, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień w stosunku do mogących budzić wątpliwości oświadczeń i dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w tym dowodów.

Ponadto z uwagi na fakt, iż Zastępca Burmistrza Miasta i Gminy Wolbórz wskazał, że w zakresie referencji wskazanych w piśmie UZP z dnia 6 grudnia 2018r., znak: UZP/DKZP/WKZ1/421/20(4)/18/AO, kontaktowano się telefonicznie z prośbą o udzielenie

informacji na temat Wykonawcy, chociaż nie jest możliwe ustalenie podmiotu, który dzwonił, ani zakresu udzielonych informacji – Urząd wystosował pismo do tej Gminy z prośbą o wskazanie zakresu robót, które wykonał Zakład.

W piśmie z dnia 5 lutego 2019 r. Zastępca Burmistrza Miasta i Gminy Wolbórz wskazał, że Zakład wykonywał następujący zakres robót:

- a. element I – roboty ziemne – drenaż
 - b. element II – roboty montażowe – drenaż
 - c. element III – roboty ziemne – system zraszania
 - d. element IV – roboty montażowe – system zraszania
 - e. element – roboty rozbiórkowe
 - f. element – trawniki
 - g. element zasilanie urządzeń nawodnienia boiska sportowego – kopanie rowów dla kabli zasilających
 - h. element zasilanie urządzeń nawodnienia boiska sportowego – układanie kabli zasilających
- Żadne z wyżej wymienionych prac nie było zlecane podwykonawcy.

Z treści opisu przedmiotu zamówienia pn. „Poprawa infrastruktury sportowej poprzez przebudowę obiektu sportowego przy ul. Sportowej na dz. nr ewid. 1090 w Wolborzu – Etap I” (rozdział 3 pkt 1 SIWZ – znak postępowania: ZP/271/1/2014) wynika, iż w zakres robót obejmował:

- a) roboty rozbiórkowe
- b) roboty elektryczne
- c) budowa systemu zraszania i odwadniania
- d) budowa studni wierconej wraz z projektem
- e) boisko trawiaste
- f) trawniki
- g) zakup wyposażenia
- h) roboty porządkowe

Zdaniem Kontrolującego, gdyby Zamawiający faktycznie ustalał telefonicznie zakres robót wykonanych dla Gminy Wolbórz przez Zakład uzyskałby informację, iż doświadczenie zdobyte przez tego Wykonawcę nie obejmuje głównego elementu – wykonania boiska trawiastego.

Podsumowując Prezes UZP podtrzymał prezentowane stanowisko, w którym wskazywał na naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów wymaganych do wykazania spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, tj. dowodów potwierdzających, że

wskazane w wykazie roboty budowlane zostały wykonane należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ww. Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących jego faktycznego udziału przy realizacji zamówień wskazanych w wykazie robót, które zostały wykonane wspólnie przez Członków Konsorcjum, co w konsekwencji stanowi również naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu Wykonawcy niniejszego zamówienia publicznego.

Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 Pzp, w zw. z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń do wyniku kontroli doraźnej, Prezes Urzędu przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze zgromadzoną dokumentacją oceniając zastrzeżenie kontrolowanego w odniesieniu do wskazanych naruszeń wykazywanych w informacji o wynikach kontroli doraźnej następczej Prezesa UZP ustaliła i zważyła, co następuje.

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.

Izba prezentuje stanowisko tożsame ze stanowiskiem Prezesa Urzędu wyrażonym w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 27 marca 2019 r. oraz w piśmie z dnia 10 kwietnia 2019 r., stanowiącym odpowiedź na zastrzeżenia - uznając je za własne.

Skład opiniujący Izby w pełni podziela stanowisko Prezesa Urzędu, iż Zamawiający w okolicznościach faktycznych sprawy dopuścił się naruszenia: art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów wymaganych do wykazania spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, tj. dowodów potwierdzających, że wskazane w wykazie roboty budowlane zostały wykonane należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących jego faktycznego udziału przy realizacji zamówień wskazanych w wykazie robót, które zostały wykonane wspólnie przez Członków Konsorcjum - co w konsekwencji stanowi również

naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu wykonawcy niniejszego zamówienia publicznego.

Izby potwierdza, że zasadnym było uznanie przez Prezesa UZP, iż Zakład nie wykazał spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, gdyż do wykazu robót budowlanych należało dołączyć dowody zawierające informacje, czy te roboty zostały wykonane należyście, w szczególności czy zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Natomiast, w treści przedłożonych w dniu 5 marca 2018 r. przez Wykonawcę poświadczeń nie zawarto adnotacji o należyтым wykonaniu robót. W tym stanie rzeczy prawidłowo uznał Kontrolujący, że Zamawiający powinien był wezwać Wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów wymaganych do wykazania spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, tj. dowodów potwierdzających, że wskazane w wykazie roboty budowlane zostały wykonane należyście, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Brak powyższego wezwania w sposób bezpośredni prowadzi do naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp a w konsekwencji również do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu Wykonawcy zamówienia publicznego.

Kolejno Izba wskazuje, że na kanwie rozpoznawanego stanu faktycznego sprawy istotnym jest brak możliwości automatycznego podchodzenia do kwestii oceny możliwości powoływania się przez Zakład na uprzednie doświadczenie uzyskane w ramach wspólnej realizacji zamówienia w ramach Konsorcjum – do którego odwoływał się Wykonawca w złożonym na wezwanie Zamawiającego wykazie robót budowlanych. W takim przypadku koniecznością staje się badanie przez Zamawiającego to, w jakim zakresie faktycznie Wykonawca realizował zadania wskazane w wykazie robót budowlanych, bowiem tylko ten zakres prac jest istotny z punktu widzenia doświadczenia, którym powinien wylegitymować się Zakład ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Dostrzec również należy, że w przedstawionym przez Zakład wykazie robót budowlanych jak i w pozostałych dokumentach brak był informacji na temat tego, jaki był jego udział w realizacji obu wskazywanych robót.

W kontekście powyższego nie budzi żadnych wątpliwości konieczność zastosowania przez Zamawiającego względem Wykonawcy procedury, opisanej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, polegającej na wyjaśnieniu wskazywanego w wykazie robót budowlanych doświadczenia w aspekcie faktycznej udziału Zakładu w realizacji określonych zadań. Brak weryfikacji

doświadczenia do którego odwoływał się Wykonawca w przedstawionym wykazie robót budowlanych pod wskazywanym powyżej kątem lub bezrefleksyjne uznanie przez Zamawiającego, że doświadczenie uzyskane w ramach Konsorcjum może być w całości zakwalifikowane jako doświadczenie jednego z Członków Konsorcjum jakim był Zakład prowadzi z sposób bezpośredni do naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp.

W tym miejscu koniecznym jest również wskazanie na wadliwość argumentacji podnoszonej przez Zamawiającego, który twierdził, że niezasadne jest wskazywane przez Prezesa UZP naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp z uwagi na to, że Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości do doświadczenia wskazywanego przez Zakład w wykazie robót budowlanych z uwagi na jego telefoniczną weryfikację w jednostkach na rzecz których był realizowane prace. Również w tym zakresie należy wskazać na trafność stanowiska Prezesa UZP, który w przedstawionej argumentacji wprost odwoływał się do treści art. 9 ustawy Pzp, który nakłada na Zamawiającego obowiązek prowadzenia postępowania z uwzględnieniem zasady pisemności, która w tym przypadku nie została niestety przez Zamawiającego dochowana. W okolicznościach niniejszej sprawy Izba nie dopatrzyła się wyjątku, który uprawniałby Zamawiającego do pominięcia w toku prowadzonego postępowania zasady pisemności, wyrażonej w powołanym powyżej art. 9 ustawy Pzp. Dodatkowo podkreślenia wymaga, że w dokumentacji postępowania przedstawionej Składowi opiniującemu brak jest dostatecznych dowodów uprawdopodobniających, iż powyższe rozmowy telefoniczne rzeczywiście miały miejsce.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że prawidłowym był uznanie przez Prezesa Urzędu, iż Zamawiający w okolicznościach faktycznych sprawy dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp co skutkowało również naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....