

Sygn. akt: KIO/KD 4/16

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 22 stycznia 2016 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 15 grudnia 2015 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

**Gmina Cekcyn
ul. Szkolna 2,
89-511 Cekcyn**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej (UZP/DKUE/KD/25/2015) z dnia 9 grudnia 2015 r. przekazanej przy piśmie znak: UZP/DKUE/W3/421/27(8)/15/SD,

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „budowę sieci szerokopasmowej w celu przeciwdziałania wykluczeniu cyfrowemu w gminie Cekcyn”,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

| | |
|------------------------|-----------------------------|
| Przewodniczący: | Jolanta Markowska |
| Członkowie: | Luiza Łamejko |
| | Honorata Łopianowska |

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, przeprowadził na wniosek kontrolę doraźną następczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Budowa sieci szerokopasmowej w celu przeciwdziałania wykluczeniu cyfrowemu w gminie Cekcyn”. Informacja o wyniku kontroli została przesłana do Zamawiającego wraz z pismem z dnia 9 grudnia 2015 r. znak: UZP/DKUE/W3/421/27(8)/15/SD.

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej przedmiotowego postępowania Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy Pzp:

- art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wadliwe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, polegające na przewidzeniu w rozdziale III ust. 5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) możliwości wezwania wykonawcy do dostarczenia do siedziby Zamawiającego w terminie 7 dni od otrzymania wezwania, określonego sprzętu i oprogramowania, który to termin mógł utrudnić wykonawcom udział w przedmiotowym postępowaniu, co potwierdza fakt zakwestionowania tego zapisu przez jednego z wykonawców oraz fakt złożenia w postępowaniu tylko jednej oferty;

- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu robót, w zakresie potwierdzenia spełnienia wymagania określonego w SIWZ, co do zaprojektowania i wybudowania światłowodowej sieci telekomunikacyjnej z kanalizacją teletechniczną o łącznej długości min. 2 km oraz radiowej szerokopasmowej sieci telekomunikacyjnej;

- art. 36 ust. 1 pkt 16 w związku z art. 143d ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezawarcie w projekcie umowy o roboty budowlane postanowień dotyczących zasad zawierania umów o podwykonawstwo.

Prezes UZP ustalił w toku postępowania kontrolnego, że przedmiot zamówienia w kontrolowanym postępowaniu obejmował zaprojektowanie, wykonanie, uruchomienie oraz administrowanie przez okres 24 miesięcy sieci szerokopasmowej na terenie Gminy Cekcyn. Sieć powinna zostać zaprojektowana w strukturze hierarchicznej, składającej się z dwóch podstawowych poziomów sieci rdzeniowej (w technologii mieszanej światłowodowo-radiowej) oraz sieci dostępowej (w technologii radiowej). Zamawiający wymagał zaprojektowania i wykonania:

- nie mniej niż 15 km szerokopasmowej sieci światłowodowej,

- sieci transmisyjnej, składającej się z radiowych węzłów rdzeniowych (systemów radiolinii punkt-punkt w paśmie nielicencjonowanym 5 GHz, stanowiących dopełnienie światłowodowej sieci rdzeniowej),

- sieci dostępowej (stacji bazowych systemu punkt - wielopunkt, pracujących w paśmie nielicencjonowanym 5 GHz wraz z infrastrukturą towarzyszącą).

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ wskazał, że „W przypadku wątpliwości co do parametrów urządzeń wskazanych w ofercie, Zamawiający zastrzega sobie prawo do wezwania Wykonawcy, przed podpisaniem umowy, do dostarczenia w terminie wcześniejszym niżby to wynikało z harmonogramu prac, w terminie 7 dni (przed zmianą SIWZ był to termin 3 dni) od daty otrzymania wezwania na własny koszt do siedziby Zamawiającego:

- 1 szt. przełącznika głównego węzła głównego sieci,
- 1 szt. firewall z węzła głównego sieci,
- 1 szt. routera brzegowego,
- 1 szt. przełącznika radiowego węzła rdzeniowego i przełącznika dostępowego JPG,
- 1 kompletu systemu kontroli dostępu do sieci NAC,
- 1 szt. kontrolera WiFi wraz z punktem dostępowym WiFi,
- 1 kompletu urządzeń radiowej sieci dostępowej 5GHz (punkt - wielopunkt) i radiowego urządzenia abonenckiego,
- oprogramowania zarządzającego urządzeniami aktywnymi (sieciowymi i radiowymi) w sieci,

i wykazania spełnienia wymaganych w Załączniku nr 1 do SIWZ (Tabele 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14) parametrów i wyników testów przez ich uruchomienie na dostarczonym sprzęcie. Z przeprowadzonych testów zostanie sporządzony protokół podpisany przez przedstawicieli obu stron bez zastrzeżeń. W przypadku niedostarczenia tych urządzeń, nieuruchomienia sprzętu oraz niezgodności wyników przeprowadzonych testów z wymaganiami zawartymi w SIWZ oferta zostanie odrzucona.”

Wykonawca pismem z dnia 5 maja 2014 r. poinformował Zamawiającego o czynności niezgodnej z przepisami ustawy Pzp, wskazując, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji, gdyż bardzo dokładny opis wymaganych urządzeń (drogiego sprzętu specjalistycznego), jak również czas, który wykonawca ma na ich zdobycie oraz przedstawienie Zamawiającemu, wzbudzają bardzo poważne wątpliwości co do ich celowości i proporcjonalności. W szczególności, urządzenia te nie są dostępne od ręki, lecz ich zakup można przeprowadzić w ciągu kilku tygodni. Są to urządzenia kosztowne, więc ich zakup przed poznaniem wyniku postępowania jest nieuzasadniony.

Zamawiający nie uwzględnił powyższych zarzutów wykonawcy co do przekroczenia przepisów ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego, wykonawcy dysponują wskazanymi urządzeniami. Są one dostępne w ogólnym handlu i możliwe do pozyskania w terminie do 25 maja 2015 r. „bez najmniejszego problemu”. Zamawiający wyjaśnił, że wymagane urządzenia „są kluczowymi elementami projektowanej sieci szerokopasmowego dostępu do Internetu, zatem dostarczenie wiarygodnych informacji na temat ich parametrów jest zagadnieniem kluczowym, proporcjonalnym i celowym”. W dniu 7 maja 2014 r. Zamawiający zmienił w treści SIWZ termin na dostarczenie powyższych elementów z 3 dni na 7 dni. Wskazany powyżej wykonawca wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, jednak odwołanie to zostało odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, jako wniesione wobec czynności, która nie mieści się w katalogu czynności wskazanych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

W dniu 27 maja 2014 r. Zamawiający dokonał w przedmiotowym postępowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, która została złożona, jako jedyna, przez wykonawcę.

Prezes Urzędu, w toku prowadzonych czynności kontrolnych, w celu dokonania oceny wskazanego zapisu SIWZ, zwrócił się do biegłego na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 Pzp o sporządzenie opinii w przedmiotowej sprawie,.

W sporządzonej przez biegłego opinii i jej uzupełnieniu biegły przedstawił stanowisko, że Zamawiający powinien wymagać przedstawienia przez wykonawców dokumentacji potwierdzającej spełnianie określonych wymagań technicznych. Ponadto, czas przeznaczony na dostawę jest zbyt krótki i może powodować, że małe firmy nieposiadające rozbudowanych kontaktów z dystrybutorami urządzeń i sprzętu nie będą w stanie sprostać takiemu wymaganiu. Zdaniem biegłego, czas na przygotowanie wersji pokazowej systemu powinien wynosić ok. 14 dni.

Prezes UZP stwierdził, że żądanie dostarczenia określonego sprzętu i dookreślenia terminu dostawy do siedziby zamawiającego wchodzi w zakres opisu przedmiotu zamówienia, o którym mowa w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. W konsekwencji, opisując przedmiot zamówienia w tym zakresie zamawiający nie może ograniczać kręgu potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, gdyż prowadzi to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i naruszenia tym samym ww. normy prawnej. Biorąc pod uwagę ustalony w sprawie stan faktyczny i prawny, Prezes UZP stwierdził, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu ustalił również, na podstawie dokumentacji postępowania, że Zamawiający wymagał w przedmiotowym postępowaniu, aby wykonawcy wykazali, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali roboty budowlane

odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia:

- robotę budowlaną polegającą na zaprojektowaniu i wybudowaniu, w ramach jednej i tej samej umowy, światłowodowej sieci telekomunikacyjnej z kanalizacją teletechniczną o łącznej długości min. 2 km oraz radiowej szerokopasmowej sieci telekomunikacyjnej, wraz z dostawą urządzeń aktywnych sieci, obejmującą min. 5 stacji bazowych (dostępowych) szerokopasmowego systemu radiowego wraz z budową min. 5 masztów/wież (o wysokości przynajmniej 12 m) i dostawie minimum 100 szerokopasmowych terminali abonenckich, o wartości łącznej zadania przekraczającej 1 000 000 zł brutto.

Wykonawca, w celu wykazania spełniania ww. warunku posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, przedstawił w wykazie robót „Budowę gminnej infrastruktury dostępu do Internetu dla osób wykluczonych” zrealizowaną przez na rzecz zamawiającego – Urzędu Miejskiego w Drezdenku. W opisie realizacji prac wykonanych w ramach ww. zadania, zawartym w wykazie robót, wykonawca nie wskazał łącznej długości wykonanej światłowodowej sieci telekomunikacyjnej z kanalizacją teletechniczną oraz radiowej szerokopasmowej sieci telekomunikacyjnej. Informacja taka nie wynika także z treści złożonej przez wykonawcę referencji należytego wykonania ww. zadania. Z dokumentacji postępowania nie wynika również, że Zamawiający wzywał wykonawcę do wyjaśnienia powyższej kwestii.

W toku postępowania kontrolnego Prezes Urzędu zwrócił się w dniu 19 listopada 2015 r. do Urzędu Miejskiego w Drezdenku o udzielenie informacji, czy zakres zadania zrealizowanego przez wykonawcę obejmował wykonanie światłowodowej sieci telekomunikacyjnej z kanalizacją teletechniczną o łącznej długości min. 2 km oraz radiowej szerokopasmowej sieci telekomunikacyjnej. Pismem z dnia 23 listopada 2015 r. Urząd Miejski w Drezdenku wyjaśnił, że zakres ww. zadania obejmował wykonanie światłowodowej sieci telekomunikacyjnej z kanalizacją teletechniczną o łącznej długości 11,51 km oraz radiowej szerokopasmowej sieci telekomunikacyjnej.

Uwzględniając powyższe, w okolicznościach niniejszej sprawy Prezes UZP stwierdził naruszenie przez Zamawiającego w przeprowadzonym postępowaniu przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez niewezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie potwierdzenia spełnienia jednego ze szczegółowych wymagań, dotyczącego posiadanego przez wykonawcę doświadczenia. Jednocześnie Prezes Urzędu stwierdził, że jak wynika z wyjaśnień uzyskanych przez Kontrolującego od Urzędu Miejskiego w Drezdenku, ww. wykonawca spełniał warunek udziału w postępowaniu wskazany powyżej, tym samym stwierdzone naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

W toku kontroli ustalono także, że z postanowień wzoru umowy, będącego załącznikiem do SIWZ nie wynika, aby Zamawiający zawarł w nim postanowienia wskazane w art. 143d ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. dotyczące obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, oraz ich zmian.

Wobec powyższego Prezes UZP stwierdził naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 143d ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 15 grudnia 2015 r. Zamawiający wniósł do Prezesa UZP zastrzeżenia, nie zgadzając się z ustaleniami wyników przeprowadzonej kontroli, dotyczącymi przekroczenia przepisów ustawy Pzp, wskazanych w Informacji o wyniku kontroli.

Zamawiający podkreślił, że żądanie w SIWZ dostarczenia próbek urządzeń oferowanych, w terminie 7 dni, było fakultatywne i zostało uzależnione od powstania wątpliwości co do parametrów oferowanych urządzeń. W przypadku wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie wystąpiły takie wątpliwości, wobec czego wykonawca nie był wzywany do przedstawienia próbek. Ponadto, zdaniem Zamawiającego, wykonawcy, jako profesjonaliści w danym zakresie, nie mają trudności w pozyskaniu takich próbek, a zatem nie stanowi to jakiegokolwiek utrudnienia w złożeniu oferty. Jako dowód Zamawiający przedstawił oświadczenia firmy z dnia 20 sierpnia 2015 r. na tę okoliczność.

Zamawiający podniósł, że stanowisko kontroli zostało oparte na opinii rzeczoznawcy, bez podania nazwiska rzeczoznawcy oraz bez przekazania Kontrolowanemu żadnych tez do opinii ani treści całej opinii. W protokole z kontroli przedstawiono jedynie fragment opinii wyrwany z pełnego kontekstu. Zamawiający wniósł o przekazanie mu pełnej treści opinii sporządzonej przez biegłego, tez postawionych do sporządzenia opinii oraz dokumentów źródłowych przekazanych do opracowania opinii, zastrzegając sobie prawo do uzupełnienia zastrzeżeń z zachowaniem 7 – dniowego terminu. Zamawiający podniósł, że nie jest w stanie w tej sytuacji zweryfikować bezstronności rzeczoznawcy względem Zamawiającego lub wykonawcy realizującego zamówienie.

Zamawiający w całości zakwestionował merytoryczną treść opinii rzeczoznawcy. Stwierdził, że termin składania ofert wynosił ponad 30 dni i w tym czasie wykonawca mógł ustalić z poddostawcą warunki ewentualnego wydania próbki do sprawdzenia przez Zamawiającego. Wykonawcy działający na rynku wskazanych urządzeń mają je w swoim bezpośrednim zasięgu w celu demonstracji i reklamy. W przetargach na sprzęt medyczny i tzw. jednorazowego użytku często występuje wymaganie w zakresie dołączenia do oferty próbek już na etapie składania ofert i nie stanowi to żadnego problemu dla wykonawców.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający wyjaśnił, że nie ma on prawa wymagać od wykonawcy, aby treść referencji zawierała

wszystkie informacje wymagane w ramach warunku udziału w postępowaniu. Wykaz realizacji podobnych zadań, w ocenie Zamawiającego, w pełni potwierdzał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, co potwierdziło się także w wyniku czynności kontrolnych.

Zamawiający podniósł także, że w świetle postanowień zawartych we wzorze umowy (SIWZ) niezrozumiały jest zarzut braku dochowania wymogów w zakresie podwykonawcy. Zamawiający przywołał postanowienia §16 wzoru umowy („Podwykonawcy”) i wskazał, że zapisy w nim zawarte są adekwatne do potrzeb danego zamówienia i przepisów ustawy Pzp. Ponadto, zapis rozdziału II pkt 2 SIWZ oraz zapisy projektu umowy stanowią, że „W sprawach nieuregulowanych umową stosuje się przepisy ustawy, Kodeksu Cywilnego oraz innych ustaw.”, co stanowi wystarczającą regulację w tym zakresie.

Prezes UZP, pismem (znak: UZP/DKUE/W3/421/27/17/15SD(48/16) z dnia 7 stycznia 2016 r. przesłał Zamawiającemu odpowiedź na zastrzeżenia zgłoszone do wyniku kontroli. Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego, iż nie uwzględnił zastrzeżeń dotyczących naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej. Tym samym Prezes UZP podtrzymał w całości stanowisko zaprezentowane w ww. Informacji.

W uzasadnieniu przedstawionego stanowiska Prezes UZP wyjaśnił, że zgodnie z treścią art. 163 ust. 1 pkt 3 i ust. 3 Pzp, prowadząc postępowanie wyjaśniające lub kontrolę, Prezes Urzędu może zasięgnąć opinii biegłych, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy lub dokonanie innych czynności kontrolnych wymaga wiadomości specjalnych. Stan faktyczny sprawy ustala się na podstawie całokształtu materiału zebranego w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli, w szczególności na podstawie dokumentów związanych z postępowaniem, wyjaśnień kierownika i pracowników zamawiającego, opinii biegłych oraz wyjaśnień innych podmiotów. Opinia biegłego jest dokumentem pomocniczym służącym ustaleniu rzeczywistego stanu sprawy, a nie dokumentem składowym Informacji o wyniku kontroli. Co do zasady treść opinii jest wykorzystywana i cytowana w Informacji o wyniku kontroli w najważniejszych jej elementach, a w związku z powyższym brak jest podstaw prawnych do twierdzenia, że ww. Informacja o wyniku kontroli jest niekompletna z powodu braku załączenia do niej uzyskanej w toku kontroli opinii biegłego. Zgodnie natomiast z art. 166 ust. 1 Pzp, nie ma obowiązku dołączania opinii biegłego do Informacji o wyniku kontroli, jednakże na żądanie zamawiającego Prezes Urzędu w każdym przypadku taką opinię udostępnia.

Odnosząc się do merytorycznych aspektów sprawy, Prezes Urzędu wskazał, co następuje:

Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, która determinuje cały przebieg postępowania i może wywrzeć istotny wpływ na jego wynik. Dlatego czynność ta powinna być dokonywana z poszanowaniem zasady określonej w art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia zasada ta została doprecyzowana w art. 29 ust. 2 Pzp.

Mając na uwadze treść zastrzeżeń Zamawiającego, Prezes Urzędu wystąpił do biegłego sądowego z zakresu informatyki o odniesienie się do stanowiska Zamawiającego w zakresie zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję. Jak wynika z treści opinii uzupełniającej z dnia 23 grudnia 2015 r., w zakresie podniesionych zastrzeżeń, biegły nie zmienił swojej opinii, przedstawionej we wnioskach końcowych oraz w tabeli 16 (str. 67) opinii. Stwierdził, że Zamawiający w SIWZ nie żądał wyłącznie przedstawienia próbek urządzeń lecz systemu w małej skali działającego i skonfigurowanego według potrzeb Zamawiającego. Przedstawiona powyżej próbka nie może być porównywana z próbkami sprzętu medycznego. Dodatkowo, zdaniem biegłego, „próbka” ww. systemu nie pozwoli na stwierdzenie, czy wykonawca jest w stanie wykonać inwestycję. Reasumując, biegły wskazał, że:

a) „Opisany w SIWZ system sieci szerokopasmowej jest skomplikowany, ponieważ zawiera elementy z różnych dziedzin techniki i inżynierii,

b) Zamawiający żądając tzw. „próbki” systemu wymusza posiadanie (lub konieczność wypożyczenia) sprzętu o dużej wartości na czas realizacji inwestycji, co może powodować ograniczenie liczby potencjalnych wykonawców nie dysponujących środkami finansowymi na zabezpieczenie wymaganych urządzeń,

c) Zamawiający żądając tzw. „próbki” systemu odnosi się do wąskiego zakresu dotyczącego wyłącznie obszaru informatyki, nie stawiając takich oczekiwań w pozostałym zakresie zamówienia (elektryka, inżynieria budowlana, technika radiowa, etc.),

d) Wymagane do ewentualnego zaprezentowania urządzenia nie mogą posłużyć do weryfikacji kompetencji wykonawcy we wszystkich aspektach techniki i inżynierii koniecznych do realizacji inwestycji”.

Prezes Urzędu wskazał ponadto, że orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej są wydawane zawsze na tle konkretnego stanu faktycznego sprawy i mogą pełnić jedynie pomocniczą rolę przy interpretacji przepisów o zamówieniach publicznych. Wyjaśnił, że przywołane w zastrzeżeniach przez Zamawiającego orzeczenia KIO nie zapadły w wyniku merytorycznego rozpoznania sprawy, ale w wyniku odrzucenia odwołań z przyczyn formalnych. Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia w tych sprawach nie były zatem rozpoznawane merytorycznie, wobec czego nie mogły być oddalone.

Prezes UZP podkreślił, że wymóg przedstawienia przez wykonawców, na żądanie Zamawiającego, określonego sprzętu i oprogramowania został ograniczony do części wykonawców, tj. tylko tych, których oferta będzie budzić wątpliwości co do parametrów urządzeń, co jest wprost sprzeczne z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Nie jest uzasadnione też twierdzenie, że każdy wykonawca miał tyle samo czasu na skompletowanie sprzętu i przeprowadzenie testów przy udziale pracowników Zamawiającego. Na etapie składania ofert żaden bowiem z potencjalnych wykonawców nie mógł mieć pewności, czy w ogóle zostanie wezwany do skompletowania niezbędnego sprzętu celem przeprowadzenia prezentacji, a także kiedy otrzyma wezwanie (od razu w dniu otwarcia ofert, 30 dni po otwarciu ofert, czy może 90 dni od dnia otwarcia ofert – Zamawiający mógł skorzystać z treści art. 85 ust. 2 ustawy Pzp i przesunąć termin związania ofertą). Nie sposób zatem uznać, że powyższy zapis był zgodny z treścią art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Dodatkowo, Prezes UZP zauważył, że skierowanie jedynie do części wykonawców możliwości żądania dostarczenia sprzętu nie może być rozumiane jako „próbka” w rozumieniu § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r, poz. 231). Próbką, tak jak dokumenty składane na potwierdzenie, że dane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają oczekiwania zamawiającego, muszą być wymagane w równym stopniu od wszystkich wykonawców.

Prezes Urzędu wskazał jednocześnie, że istotą stwierdzonego naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jest termin, w którym wykonawca miał ewentualnie przedłożyć określony sprzęt, jako próbkę. Termin ten (7 dniowy) był kwestionowany przez jednego z wykonawców, który nie złożył oferty. Został też przez biegłego uznany za zbyt krótki, ze względu na koszt i wysiłek organizacyjny związany z jego przechowywaniem, a to w związku z brakiem pewności, czy wykonawca w ogóle zostanie wezwany do prezentacji, w jakim terminie oraz co się stanie ze sprzętem po prezentacji. Zatem nie było wiadomo, czy warto ten koszt i wysiłek ponosić oraz jakie będą jego konsekwencje. Złożenie w postępowaniu tylko jednej oferty także może świadczyć, zdaniem Prezesa UZP, o tym, że ww. termin dostarczenia sprzętu do prezentacji utrudniał wykonawcom udział w postępowaniu. Termin 30 – dniowy związania ofertą nie uniemożliwiał wyznaczenia ww. terminu min. 14 dni na dostarczenie próbki, gdyż termin związania ofertą może podlegać przedłużeniu, a nawet w takim terminie pozostaje jeszcze 16 dni na dokonanie oceny ofert.

Prezes UZP, odnosząc się do treści złożonych przez Zamawiającego oświadczeń firm z dnia 20 sierpnia 2015 r. i z dnia 20 sierpnia 2015 r., zauważył, że nie zawierają one treści precyzującej, jakie konkretne urządzenia i na jakich warunkach mogą być udostępnione w terminie 3 dni. Oświadczenia te nie mogą stanowić zatem dowodu na okoliczność, że

możliwe byłoby dostarczenie w ww. terminie konkretnego sprzętu, pracującego zgodnie z wymaganiami opisanymi w SIWZ w przedmiotowym postępowaniu.

W zakresie stwierdzonego naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, Prezes Urzędu wskazał, że nie dotyczyło ono treści referencji, lecz zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu robót o informację dotyczącą posiadanego przez wykonawcę doświadczenia. Zamawiający jednoznacznie opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i precyzyjnie określił, jakiego rodzaju dokument będzie potwierdzał spełnianie warunku (wykaz robót) oraz jakie dokumenty należy złożyć wraz z wykazem (poświadczenie potwierdzające należyte wykonanie zamówienia). W ustalonym stanie faktycznym, z treści wykazu złożonego przez wykonawcę ani z treści referencji nie wynikało, że ww. wykonawca wykonał zadanie polegające na zaprojektowaniu i wybudowaniu w ramach jednej i tej samej umowy, światłowodowej sieci telekomunikacyjnej z kanalizacją teletechniczną o łącznej długości min. 2 km. To właśnie w tym zakresie Zamawiający miał obowiązek wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia wykazu robót.

W odniesieniu do stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli naruszenia art. 143d ust. 1 pkt 3 Pzp, Kontrolujący wyjaśnił, że umowa o roboty budowlane powinna zawierać w szczególności zapisy dotyczące obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, oraz ich zmian. Z analizy dokumentacji postępowania, jak i zastrzeżeń Zamawiającego nie wynika, aby Zamawiający we wzorze umowy zawarł postanowienie o wskazanej w tym przepisie treści.

Prezes Urzędu wskazał, że katalog obowiązujących (minimalnych) postanowień umowy o roboty budowlane podany w art. 143d ust. 1 Pzp obliguje zamawiającego do doprecyzowania postanowień w zakresie podwykonawstwa, pozostawiając jednak decyzji zamawiającego szczegółowe uregulowanie tych kwestii. Jest to odmienna regulacja od normy określającej treść umowy o roboty budowlane w przepisach Kodeksu cywilnego, obowiązująca w przypadku umów zawieranych w sprawie zamówień publicznych, których przedmiotem są roboty budowlane. Dlatego nie jest wystarczające odesłanie we wzorze umowy do przepisów Kodeksu cywilnego oraz innych ustaw, gdyż chociaż przepis art. 143d ust. 1 Pzp ma charakter obligatoryjny i nakazuje zamawiającemu wprowadzenie do umowy odpowiednich zapisów dotyczących podwykonawstwa, to szczegółowa treść tych zapisów pozostawiona jest do uznania zamawiającego. Brak zatem w przedmiotowym postępowaniu w umowie szczegółowych postanowień we wskazanym zakresie stanowi naruszenie art. 143d ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 Pzp, pismem z dnia 8 stycznia 2016 r. Prezes UZP przekazał zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego do wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej ustaliła i zważyła, następująco:

Izba uznała, że zastrzeżenia do wyniku kontroli zgłoszone przez Zamawiającego pismem z dnia 15 grudnia 2015 r. nie zasługują na uwzględnienie. Tym samym Izba podzieliła stanowisko Prezesa UZP co do zasadności stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli z dnia 9 grudnia 2015 r. naruszenia przez Zamawiającego przepisów:

1. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,

2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,

3. art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 143d ust. 1 ustawy Pzp,

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę sieci szerokopasmowej w celu przeciwdziałania wykluczeniu cyfrowemu w gminie Cekcyn”.

Ad. 1. Z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zawarł postanowienie o treści: „W przypadku wątpliwości co do parametrów urządzeń w ofercie, Zamawiający zastrzega sobie prawo do wezwania Wykonawcy, przed podpisaniem umowy, do dostarczenia w terminie wcześniejszym niżby to wynikało z harmonogramu prac, w terminie 7 dni od daty otrzymania wezwania na własny koszt do siedziby Zamawiającego:

- 1 szt. przełącznika głównego węzła głównego sieci,
- 1 szt. firewall z węzła głównego sieci,
- 1 szt. routera brzegowego,
- 1 szt. przełącznika radiowego węzła rdzeniowego i przełącznika dostępowego JPG,
- 1 kompletu systemu kontroli dostępu do sieci NAC,
- 1 szt. kontrolera WiFi wraz z punktem dostępowym WiFi,
- 1 kompletu urządzeń radiowej sieci dostępowej 5GHz (punkt - wielopunkt) i radiowego urządzenia abonenckiego,
- oprogramowania zarządzającego urządzeniami aktywnymi (sieciowymi i radiowymi) w sieci,

i wykazania spełnienia wymaganych w Załączniku nr 1 do SIWZ (Tabele 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14) parametrów i wyników testów przez ich uruchomienie na dostarczonym sprzęcie. Z przeprowadzonych testów zostanie sporządzony protokół podpisany przez przedstawicieli obu stron bez zastrzeżeń. W przypadku niedostarczenia tych urządzeń, nieuruchomienia sprzętu oraz niezgodności wyników przeprowadzonych testów z wymaganiami zawartymi w SIWZ oferta zostanie odrzucona.”

Treść powyższego postanowienia wskazuje, że Zamawiający, w przypadku powstania wątpliwości co do parametrów oferowanych urządzeń, zobowiązał wykonawców do potwierdzenia parametrów oferowanego przedmiotu zamówienia wymaganych w Załączniku

nr 1 do SIWZ (Tabele 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14) i wyników testów, poprzez dostarczenie w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania do siedziby Zamawiającego wymienionego sprzętu oraz uruchomienie na dostarczonym sprzęcie testów i osiągnięcie wyników tych testów, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. Postanowienie to, nie formułuje ww. obowiązku wprost do wszystkich potencjalnych wykonawców, a jedynie do tych, których oferta wzbudzi wątpliwości co do spełnienia wymaganych parametrów technicznych. Nie można zatem uznać, że Zamawiający żądał przedstawienia próbki przedmiotu zamówienia, w rozumieniu § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r, poz. 231). Próbką, o której mowa w ww. przepisie, może być wymagana na etapie składania ofert, w terminie jednoznacznie określonym w SIWZ oraz na takich samych warunkach i w równym stopniu wobec wszystkich wykonawców. Dołączone do oferty próbki podlegałyby ustawowym procedurom uzupełnienia lub wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Tymczasem dostarczenie urządzeń na żądanie Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu zostało wyłączone z ww. procedur, jako że Zamawiający wskazał jednoznacznie w SIWZ, że „W przypadku niedostarczenia tych urządzeń, nieuruchomienia sprzętu oraz niezgodności wyników przeprowadzonych testów z wymaganiami zawartymi w SIWZ oferta zostanie odrzucona”. Powyższe żądanie, fakultatywne, jak to określił Zamawiający w zastrzeżeniach do wyniku kontroli, zostało uzależnione od powstania wątpliwości co do parametrów oferowanych urządzeń. Pomimo to żądanie to zmuszało wykonawców do zaopatrzenia się w sprzęt stanowiący przedmiot zamówienia w zasadzie już na etapie składania ofert, gdyż wykonawca nie mógł wiedzieć, czy i kiedy otrzyma wezwanie, co niesie za sobą znaczne koszty i trudności organizacyjne związane z pozyskaniem wymaganego sprzętu na czas badania ofert przez Zamawiającego. Jak wynika z treści opinii biegłego, wydanej w postępowaniu kontrolnym na wniosek Prezesa Urzędu, nie jest możliwe skompletowanie urządzeń, wskazanych przez Zamawiającego, w tak krótkim czasie jak 7 dni od dnia otrzymania wezwania przez wykonawcę. W powyższym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego, iż wykonawcy, jako profesjonaliści, nie mają trudności w pozyskaniu próbek wymaganego sprzętu, a tym samym nie stanowi to jakiegokolwiek utrudnienia w złożeniu oferty. W szczególności, dowodu na tę okoliczność nie stanowią oświadczenia firmy i z dnia 20 sierpnia 2015 r., w których jest co prawda mowa o bardzo szerokim asortymencie produktowym, dostępnym w terminie 3 dni w ustalonej i uzgodnionej konfiguracji, co jednak nie jest równoznaczne z zapewnieniem dostępności w tym terminie sprzętu o konkretnych parametrach wymaganych w Załączniku nr 1 do SIWZ (Tabele 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12,

13, 14) i osiągających wyniki testów wymagane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Nie można się zgodzić także z twierdzeniem Zamawiającego, że potencjalni wykonawcy mieli tyle samo czasu na skompletowanie sprzętu i przeprowadzenie testów przy udziale pracowników Zamawiającego. Na etapie składania ofert, wykonawca nie mógł bowiem przyjąć jako pewne, że zostanie wezwany do dostarczenia niezbędnego sprzętu celem przeprowadzenia prezentacji u Zamawiającego. Nie mógł też przewidzieć, kiedy ewentualnie otrzyma takie wezwanie, zatem nie mógł poczynić koniecznych uzgodnień, np. co do wypożyczenia urządzeń na określony termin. Nie można więc się zgodzić ze stanowiskiem, że omawiane postanowienie SIWZ nie naruszało zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Dodatkowo wskazać należy, że przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu nie można traktować na równi z urządzeniami nabywanymi w przetargach na sprzęt medyczny i tzw. jednorazowego użytku, ze względu na jego specyfikę tego specjalistycznego sprzętu oraz znaczny jego koszt. Jak wynika z treści opinii biegłego, opisany w SIWZ system sieci szerokopasmowej jest skomplikowany, ponieważ zawiera elementy z różnych dziedzin techniki i inżynierii. Przedstawienie na żądanie Zamawiającego próbki takiego systemu nie może być uznane za porównywalne z żądaniem w ramach oferty – próbki sprzętu medycznego tzw. jednorazowego użytku.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W świetle utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych, naruszenie tego przepisu następuje nie tylko w przypadku udowodnienia faktu utrudnienia uczciwej konkurencji, ale także wówczas, gdy fakt utrudnienia uczciwej konkurencji, poprzez sposób sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, został co najmniej uprawdopodobniony.

Jak wynika z Informacji o wyniku kontroli, istotą stwierdzonego naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jest 7 dniowy termin, w którym wykonawca miał ewentualnie przedłożyć określony sprzęt w celu wykonania testów. Faktem bezspornym jest, że termin ten był kwestionowany przez jednego z wykonawców zainteresowanych udziałem w przetargu, który ostatecznie jednak nie złożył oferty. Termin ten został uznany za zbyt krótki także przez biegłego, który wskazał na znaczny koszt sprzętu i wysiłek organizacyjny związany z jego pozyskaniem i przechowywaniem, w związku z brakiem pewności, czy wykonawca w ogóle zostanie wezwany do prezentacji, w jakim terminie oraz co się stanie ze sprzętem po prezentacji. W tych warunkach, z ostrożności, należało bowiem pozyskać sprzęt do ewentualnej prezentacji już na początku postępowania, aby mieć pewność, że w wyznaczonym ad hoc przez Zamawiającego terminie będzie możliwe dostarczenie go w celu przeprowadzenia prezentacji.

W świetle powyższego, fakt, że w postępowaniu została złożona tylko jedna oferta w dużym stopniu uprawdopodobnia, że ww. termin dostarczenia sprzętu do prezentacji utrudniał wykonawcom udział w postępowaniu. Opisując przedmiot zamówienia, Zamawiający musi uwzględnić odpowiedni czas umożliwiający przygotowanie prawidłowej oferty, w tym przypadku też odpowiedni czas na przygotowanie ewentualnej prezentacji przedmiotu zamówienia. Termin związania ofertą wynoszący 30 dni nie stanowił przeszkody do wyznaczenia terminu 14 dniowego na dostarczenie wymaganych urządzeń. W przypadku zaistnienia takiej potrzeby Zamawiający zawsze może przedłużyć termin związania ofertą.

Izba podziela stanowisko Prezesa UZP, że zgodnie z treścią art. 163 ust. 1 pkt 3 i ust. 3 ustawy Pzp, prowadząc postępowanie wyjaśniające lub kontrolę, Prezes Urzędu może zasięgnąć opinii biegłych, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy lub dokonanie innych czynności kontrolnych wymaga wiadomości specjalnych. Stan faktyczny sprawy ustala się na podstawie całokształtu materiału zebranego w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli, w szczególności na podstawie dokumentów związanych z postępowaniem, wyjaśnień kierownika i pracowników zamawiającego, opinii biegłych oraz wyjaśnień innych podmiotów. Opinia biegłego jest zatem dokumentem pomocniczym służącym ustaleniu stanu faktycznego sprawy. Przepis art. 166 ust. 1 ustawy Pzp, określając zawartość Informacji o wyniku kontroli, nie nakłada na Kontrolującego obowiązku dołączania opinii biegłego do Informacji o wyniku kontroli. Zarzuty podniesione w tym zakresie przez Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Ad. 2. W odniesieniu do zastrzeżeń podniesionych przez Zamawiającego wobec stwierdzonego naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że istota tego zarzutu nie dotyczyła treści referencji przedłożonych w postępowaniu przez wykonawcę. Potwierdzenie pełnego zakresu wymagań postawionych w opisie warunku udziału w postępowaniu, powinno wynikać z treści złożonego przez wykonawcę wykazu robót. Skoro w treści ww. wykazu wykonawca nie potwierdził spełnienia szczegółowego warunku co do zaprojektowania i wybudowania w ramach jednej i tej samej umowy, min. 2 km światłowodowej sieci telekomunikacyjnej z kanalizacją teletechniczną, to Zamawiający miał obowiązek wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia wykazu robót. Od wezwania tego Zamawiający mógłby odstąpić jedynie w przypadku, gdyby stosowna informacja co do długości wykonanej sieci wynikała z treści przedłożonych referencji. Taka sytuacja jednak nie wystąpiła w przedmiotowym postępowaniu.

Ad. 3. Odnośnie stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 143d ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający w zgłoszonych zastrzeżeniach przywołał treść postanowień umowy zawartych w §16 wzoru umowy („Podwykonawcy”),

wskazując, że zapisy w nim zawarte są adekwatne do potrzeb danego zamówienia i przepisów ustawy Pzp.

Wskazane przez Zamawiającego postanowienie zawarte w rozdziale II pkt 2 SIWZ oraz w projekcie umowy, o treści „W sprawach nieuregulowanych umową stosuje się przepisy ustawy, Kodeksu Cywilnego oraz innych ustaw.”, nie jest również wystarczającą regulacją w tym zakresie, ze względu na fakt, że katalog obowiązujących postanowień umowy o roboty budowlane podany w art. 143d ust. 1 Pzp obliuguje zamawiającego do doprecyzowania w umowie postanowień w zakresie podwykonawstwa, pozostawiając jednak decyzji zamawiającego szczegółowe uregulowanie tych kwestii. Regulacja ta jest odmienna od normy określającej treść umowy o roboty budowlane w przepisach Kodeksu cywilnego, obowiązująca w przypadku umów zawieranych w sprawie zamówień publicznych, których przedmiotem są roboty budowlane.

Zgodnie z art. 143d ust. 1 pkt 3 Pzp, umowa o roboty budowlane zawiera w szczególności zapisy dotyczące obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, oraz ich zmian.

Z treści przeanalizowanej dokumentacji postępowania, w tym z treści wzoru umowy, załączonego do SIWZ i w szczególności z treści §16 wzoru umowy, przytoczonej przez Zamawiającego w zastrzeżeniach, nie wynika, że we wzorze umowy zostało zawarte postanowienie o wskazanej w tym przepisie treści. Przepis art. 143d ust. 1 Pzp nakazuje zamawiającemu wprowadzenie do umowy konkretnych regulacji dotyczących podwykonawstwa, w tym w pkt 3 – regulacji w zakresie obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, oraz ich zmian. Stosowne postanowienie nie zostało przez Zamawiającego sformułowane we wzorze umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia.

Reasumując powyższe, dokonana analiza i ocena przedstawionej przez Zamawiającego argumentacji w ramach zgłoszonych zastrzeżeń do wyniku kontroli, tj. stwierdzonego przez Prezesa UZP naruszenia przepisów art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 143d ust. 1 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że zastrzeżenia przedstawione przez zamawiającego w powyższym zakresie nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....