

Sygn. akt: KIO/KD 71/15

Sygn. akt: KIO/KD 71/15

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 31 grudnia 2015 r.

po rozpatrzeniu w Warszawie - Zastrzeżeń od Wyniku kontroli doraźnej następczej,

wniesionych **do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych** pismem z dnia 3 grudnia 2015r. w sprawie oznaczonej UZP/DKUE/WKZ/W3/421/22(12)/15/JW **przez zamawiającego:** Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Rawiczu ul. Półwiejska 20; 63-900 Rawicz

w związku z przeprowadzoną kontrolą doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: ***Opracowanie dokumentacji projektowej przebudowy i rozbudowy oczyszczalni ścieków w Rawiczu***

przekazanych Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej pismem z dnia 18 grudnia 2015 roku przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w związku z nie uwzględnieniem wniesionych zastrzeżeń od wyniku kontroli.

Krajowa Izba Odwoławcza

w składzie:

Przewodniczący:	Renata Tubisz
Członkowie:	Klaudia Szczytowska - Maziarz Barbara Bettman

wyraża następującą opinię:

Co do stwierdzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (Prezes UZP) naruszeń Krajowa Izba Odwoławcza wyraża następującą opinię:

- (I) Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania w związku z wymaganym doświadczeniem zawodowym; podstawa prawna tej nieprawidłowej czynności to jest odrzucenie oferty – art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

też jest nieprawidłowa; formalnie powinna być: art.24 ust.2 pkt 4 i ust.4 ustawy Pzp—
Izba nie uwzględnia zastrzeżenia zamawiającego; nie było podstaw do wykluczenia wykonawcy.

- (II) art.25 ust.1 przez żądanie dokumentów w zakresie, w jakim nie potwierdzały one spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanej wiedzy i doświadczenia t.j. żądanie w Wykazie usług, w części dotyczącej wartości brutto zrealizowanej usługi projektowej, która nie odnosi się do żadnego elementu opisu tego warunku; **Izba uwzględnia zastrzeżenie zamawiającego; zarzut naruszenia przez zamawiającego art.25 ust.1 jest nieuprawniony w istniejących okolicznościach sprawy.**
- (III) §3 ust.4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 roku poz. 231) przez żądanie przedstawienia dokumentu od podmiotu udostępniającego zasoby, który będzie realizował zamówienie jako wykraczającego poza katalog dokumentów wskazanych w ww. przepisie tj. listy podmiotów lub informacji dotyczących grupy kapitałowej; **Izba nie uwzględnia zastrzeżenia zamawiającego; nie było podstaw do żądania dokumentów.**
- (IV) art.22 ust.4 w związku z art.7 ust.1 ustawy Pzp. poprzez odniesienie opisu warunku zdolności ekonomicznej do ceny oferty, a tym samym opisanie warunku w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i mogący utrudniać uczciwą konkurencję; **Izba nie uwzględnia zastrzeżenia zamawiającego; nie było podstaw do żądania dokumentów z indywidualnym określeniem przez zamawiającego wartości polisy odpowiedzialności cywilnej.**
- (V) art.22 ust.3 oraz art.41 pkt 7 ustawy Pzp. poprzez niezamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu informacji, iż w odniesieniu do warunku dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym „można łączyć wszystkie funkcje personelu; **Izba nie uwzględnia zastrzeżenia zamawiającego; nie ma podstaw do rozbieżności opisanych warunków udziału w postępowaniu w kontekście ich opisu w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ.**
- (VI) art.85 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp., poprzez wyznaczenie 60 dniowego terminu związania ofertą, w postępowaniu, którego wartość szacunkowa zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8 ustawy Pzp.; **Izba nie uwzględnia zastrzeżenia zamawiającego; zamawiającego obowiązuje 30 dniowy termin związania ofertą**
- (VII) art.40 ust.2 ustawy Pzp. poprzez zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych i publikację ww. ogłoszenia w

Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. **Izba nie uwzględnia zastrzeżenia zamawiającego; zamawiającego obowiązuje publikacja w Biuletynie Zamówień publicznych.**

Uzasadnienie

Rozstrzygnięcie przez Izbę zastrzeżeń zamawiającego odnosi się do pisma Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 26 listopada 2015r. w związku z przekazaną dokumentacją postępowania.

Prezes UZP działał na podstawie art.161 ust.1 w związku z art.165 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2013 roku poz. 907 z późniejszymi zmianami) zwanej też „ustawa Pzp.”.

Prezes UZP dokonał kontroli doraźnej następczej postępowania prowadzanego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiot określono powyżej.

Prezes UZP stwierdził następujące naruszenia przepisów prawa.

(I) Co do kwestii pierwszej

O udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali (...), minimum trzy zamówienia polegające na zaprojektowaniu budowy, przebudowy lub rozbudowy oczyszczalni ścieków w tym jedna o przepustowości co najmniej 7.000 m³/dobę (...).

Zamawiający zdyskwalifikował z postępowania wykonawcę, który wskazał następujące doświadczenie: projekt przebudowy oczyszczalni ścieków w zakresie modernizacji węzła piaskowego na terenie Grupowej Oczyszczalni Ścieków Łódzkiej Aglomeracji Miejskiej; przepustowość 215.300 m³/dobę.

Jak Prezes UZP ustalił zamawiający dyskwalifikacji wykonawcy dokonał podając jako podstawę prawną art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby zamawiający nie miał prawa wykluczyć wykonawcy z postępowania na podstawie tak sformułowanego postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej też „SIWZ”.

Przy podejmowaniu czynności wykluczenia z postępowania zamawiający nie miał prawa kierować się intencjami, oczekiwaniami to jest nie wyartykułowanymi wymaganiami w SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Izba zajmując powyższe stanowisko w sprawie kierowała się następującymi okolicznościami:

1. W SIWZ określono doświadczenie przy: zaprojektowaniu budowy, przebudowy lub rozbudowy oczyszczalni ścieków;
2. W wykazie określono doświadczenie w : projekt przebudowy oczyszczalni ścieków w zakresie modernizacji węzła piaskowego na terenie Grupowej Oczyszczalni Ścieków.

W związku z powyższym wykonawca spełnił warunek ponieważ: 1) projekt dotyczył przebudowy czyli jedna z trzech dopuszczonych okoliczności (budowy, przebudowy lub rozbudowy); 2) miejsce: na terenie Grupowej Oczyszczalni Ścieków czyli jak w wymogu SIWZ (oczyszczalni ścieków);3) zakres: modernizacji węzła piaskowego a zamawiający w doświadczeniu nie wskazał, że przebudowa oczyszczalni ma dotyczyć wszystkich urządzeń technicznych, technologicznych, budowlanych i innych jakie znajdują się na takich obiektach. Reasumując skoro wykonawca zaprojektował przebudowę oczyszczalni w zakresie modernizacji jednego z urządzeń czy to technicznych czy to technologicznych i na obiekcie o przepustowości spełniającej warunek SIWZ to posiada doświadczenie jakie wymagał zamawiający. Bowiem zamawiający nie zdefiniował, co najmniej jakie urządzenia na obiekcie miały być rozbudowane czy przebudowane. Też zamawiający nie określił np.; że przebudowa ma dotyczyć tożsamyh urządzeń w kontekście przedmiotu zamówienia. Na marginesie ukształtowane orzecznictwo nie dopuszcza wymagania tożsamości doświadczenia z przedmiotem zamówienia.

Co do wskazania niewłaściwej podstawy prawnej to również ma rację Prezes UZP, powinno być wskazane art.24 ust.2 pkt 4 i ust.4 ustawy Pzp.

(II) Co do kwestii drugiej

Sedno sprawy sprowadza się, w piśmie Prezesa UZP z dnia 26.11.2015 roku do zamawiającego, do nieprawidłowego wzoru załącznika nr 5 do SIWZ. Zamawiający wskazał

niepotrzebnie jedną kolumnę w Wykazie usług to jest oczekując podania wartości dokumentacji. Kolumna ta jest niepotrzebna, ponieważ nie ma w warunku doświadczenia obowiązku osiągnięcia określonej wartości prac projektowych (vide I). W ocenie Izby zaistniała sytuacja wskazuje raczej na pomyłkę a nie na celowe działanie wymuszające dodatkowe dokumenty wbrew warunkom ustalonym dla doświadczenia. W takiej sytuacji w ocenie Izby budowanie zarzutu pod adresem zamawiającego naruszenia art.25 ust.1 jest nadmierne czyli nieuprawnione. W praktyce wykonawca, który nie wpisał w Wykaz usług wartości prac nie powinien ponosić żadnych ujemnych konsekwencji przy ocenie warunku spełnienia udziału w postępowaniu.

(III) Co do kwestii trzeciej

Zamawiający zażądał od podmiotów udostępniających zasoby, które będą brały udział w realizacji zamówienia listy podmiotów lub informacji o braku przynależności do grupy kapitałowej. Postępowanie zamawiającego jest nieprawidłowe. Zamawiający jest zobowiązany do ścisłego stosowania się do treści §3 ust.4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 roku poz. 231). Z przepisów tych nie wynika obowiązek doręczenia dokumentów odnoszących się do przynależności do grupy kapitałowej. Zamawiający tylko może żądać dokumentów wymienionych w § 3 ust.1-3 ww. rozporządzenia w związku z treścią art.25 ust.1 ustawy Pzp. (zamawiający może żądać wyłącznie dokumentów niezbędnych).

(IV) Co do kwestii czwartej

Prezes UZP właściwie stwierdził naruszenie przepisów oraz użył właściwej argumentacji prawnej. Natomiast w ocenie Izby §1 ust.1 pkt 11) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 roku poz. 231) jest bezwzględnie obowiązujący i zamawiający powinni stosować go wprost, nie ingerując w wysokość ubezpieczenia. Zamawiający powinien wymagać „opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu

potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

(V) Co do piątej kwestii.

Prezes UZP stwierdził naruszenie art.22 ust.3 oraz art.41 pkt 7 ustawy Pzp. poprzez niezamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu informacji, iż w odniesieniu do warunku dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym „można łączyć wszystkie funkcje personelu”. W tym stanie rzeczy szersza informacja znalazła się w SIWZ niż w ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający naruszył zarówno jednobrzmiący w swej treści art. 22 ust.3 jak i art.41 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art.25 ust.1 ustawy pzp. Przepisy ustawy Pzp. nie dopuszczają w tym zakresie rozbieżności co do treści między Ogłoszeniem a SIWZ..

(VI i VII) Co do szóstej i siódmej kwestii.

Zakład Wodociągów i Kanalizacji jako podmiot skomunalizowany jest jednostką samorządu terytorialnego.

Co zresztą wynika z SIWZ gdzie zamawiającego określa się jako Gminę Rawicz, w imieniu której działa ZWiK (Rozdział I Nazwa i adres Zamawiającego). W toku postępowania kontrolnego ustalono, że wartość zamówienia wynosi 718.310,00zł. co stanowi 170.018,225 euro.

W tej sytuacji w myśl §1 „Ogłoszenia przekazywane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej obowiązują jeżeli wartość zamówień przekracza kwoty 207.000 euro dla dostaw i usług (§ 1 pkt 2) lit. a) w związku z pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 roku w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. 2013r. poz.1735).

W konsekwencji zamawiającego obowiązuje ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych art.40 ust.2 ustawy Pzp.

W konsekwencji również obowiązuje 30 dniowy termin związania ofertą w myśl art. 85 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp. a nie termin 60 dniowy jak to ustalił zamawiający.

