

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 11 października 2016 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń od wyników kontroli z dnia 16 września 2016 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Lipka, Mały Buczek 38; 77-420 Lipka, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej zawartej w piśmie z dnia 9 września 2016 r. (znak: UZP/DKUE/W3/421/62(6)/16/JK dot. KD/62/16) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Wzmocnienie systemu ochrony przeciwpożarowej obszaru leśnego – remont połączony z modernizacją dojazdu pożarowego nr 4”*,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kuriata
Członkowie:	Izabela Kuciak
	Jolanta Markowska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego dotyczące naruszenia wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Lipka, Mały Buczek 38; 77-420 Lipka, prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem było „*Wzmocnienie systemu ochrony przeciwpożarowej obszaru leśnego – remont połączony z modernizacją dojazdu pożarowego nr 4*”.

Jak wynika z dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania, przedmiot zamówienia obejmował wykonanie remontu połączonego z modernizacją dojazdu pożarowego w Nadleśnictwie Lipka, leśnictwo Lipka, Potulice, gmina Lipka.

Kontrolowane postępowanie zamawiający wszczął w dniu 9 stycznia 2015 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod 4852-2015, na własnej stronie internetowej – www.pila.lasy.gov.pl/lipka oraz na tablicy ogłoszeń.

Jako jedyne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu wskazano cenę – 100%.

- 1) Kontrolujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, wybierając jako jedyne kryterium - kryterium ceny (waga 100%), ponieważ z przedstawionych informacji wynika, że roboty budowlane, które stanowiły przedmiot udzielanego zamówienia, nie były robotami prostymi, powszechnie dostępnymi o ustalonych standardach, lecz robotami budowlanymi dostosowanymi do konkretnych potrzeb zamawiającego oraz wymagającymi od wykonawcy posiadania odpowiedniego doświadczenia i dysponowania osobą o odpowiednich kwalifikacjach z zakresu budownictwa. Innymi słowy, przedmiotowe roboty budowlane nie charakteryzowały się powszechną dostępnością i ustalonymi standardami, albowiem uwzględniały one indywidualne potrzeby zamawiającego i specyfikę związaną z realizacją przedmiotu zamówienia. Ponadto zamawiający nie wykazał, ani w protokole postępowania, ani też w załączniku, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. Tym samym, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, jednakże powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.
- 2) W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zawarł w treści pkt. XIV.5 siwz wymóg, iż z wadium wniesionego w formie innej niż pieniężna musi wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie gwaranta do wypłaty zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Ponadto, w punkcie XIV.9 siwz wskazano, że „pozostałe zasady dotyczące wadium określa art. 45 i 46 ustawy Pzp”.

Kontrolujący stwierdził, że gwarancja wadialna załączona do oferty wykonawcy (ZS-T C.P.) nie obejmowała wszystkich przypadków utraty wadium wskazanych w ustawie Pzp, wobec czego oferta ww. wykonawcy nie została prawidłowo zabezpieczona wadium i w tej sytuacji zamawiający powinien był wykluczyć tego wykonawcę z niniejszego postępowania. Nie dopełniając tego obowiązku zamawiający naruszył przepis art. 24. ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, jednakże powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

- 3) W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zawarł w treści pkt. XIV.5 siwz wymóg, iż z wadium wniesionego w formie innej niż pieniężna musi wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie gwaranta do wypłaty zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Ponadto, w punkcie XIV.9 siwz wskazano, że „pozostałe zasady dotyczące wadium określa art. 45 i 46 ustawy Pzp”. Kontrolujący stwierdził, że gwarancja wadialna załączona do oferty wykonawcy (Z. PPHU R.J.) nie obejmowała wszystkich przypadków utraty wadium wskazanych w ustawie Pzp, wobec czego oferta ww. wykonawcy nie została prawidłowo zabezpieczona wadium i w tej sytuacji zamawiający powinien był wykluczyć tego wykonawcę z niniejszego postępowania. Nie dopełniając tego obowiązku zamawiający naruszył przepis art. 24. ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, jednakże powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.
- 4) W toku kontroli ustalono, że z postanowień wzoru umowy, będącego załącznikiem do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie wynika wysokość kary umownej za brak zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty oraz za nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany. Kontrolujący stwierdził, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. c i d) ustawy Pzp, poprzez niezawarcie w projekcie umowy o roboty budowlane postanowień dotyczących wysokości kar umownych z tytułu braku umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty.
- 5) Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, zamawiający w sekcji III punkt 3.1) ogłoszenia o zamówieniu oraz w punkcie X.4.b siwz dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazując, że o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. budowę lub przebudowę drogi o wartości zadania min. 1 500 000,00 zł brutto za każdą robotę. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawca zobowiązany był do

przedłożenia dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...). Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz siwz przytoczył treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 5.11.2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. 2009 Nr 206 poz. 1591), tj. w brzmieniu nieaktualnym na dzień wszczęcia postępowania, zgodnie z którym wykonawca mógł polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku wiedzy i doświadczenia, wykonawca (Z. PPHU R.J.), przedstawił zobowiązanie do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia od podmiotu trzeciego (...). W treści zobowiązania ww. podmiot zobowiązał się do „udostępnienia mu na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia jak wyżej następujących zasobów: wiedza i doświadczenie w zakresie budowę lub przebudowę drogi (...). Jednocześnie oświadczam, że będę uczestniczył w realizacji części zamówienia”. Należy przy tym wskazać, iż wykonawca w formularzu ofertowym wskazywał, iż zamówienie wykona samodzielnie, również w załączniku nr 9 do oferty nie wykazał, jakie prace zlecone mają być podwykonawcy. Wobec powyższego należy uznać, iż deklaracja podmiotu trzeciego „będę uczestniczył w realizacji części zamówienia” nie koresponduje z żadnym innym dokumentem bądź jego lub wykonawcy oświadczeniem, które pozwoliłoby określić charakter wskazanego w zobowiązaniu uczestnictwa w wykonaniu zamówienia. Kontrolujący stwierdził, iż wobec okoliczności, iż przedstawione przez wykonawcę (Z. PPHU R.J.) zobowiązanie podmiotu trzeciego nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zamawiający zobowiązany był wezwać wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, iż udostępnienie zasobów wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci będzie miało charakter realny w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jednakże naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania.

- 6) Jak wynika z dokumentacji niniejszego postępowania, zamawiający w sekcji III punkt 3.1) ogłoszenia o zamówieniu oraz w punkcie X.4.b SIWZ dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazując, że o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który wykaże,

że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. budowę lub przebudowę drogi o wartości zadania min. 1 500 000,00 zł brutto za każdą robotę. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawca zobowiązany był do przedłożenia dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 2 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. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz s.i.w.z. przytoczył treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 5.11.2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U.2009 Nr 206 poz. 1591), tj. w brzmieniu nieaktualnym na dzień wszczęcia postępowania, zgodnie z którym wykonawca mógł polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku wiedzy i doświadczenia, wykonawca (B. V.), przedstawił zobowiązanie do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia od podmiotu trzeciego (...). W treści zobowiązania ww. podmiot zobowiązał się do „*oddania wykonawcy (...), do dyspozycji niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia w zakresie wymaganym w siwz (...) na cały okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia*”. Zobowiązanie to, jako charakter stosunku, jaki będzie łączył podmiot udostępniający zasoby z wykonawcą wskazuje „*Umowa na doradztwo i consulting w zakresie przedmiotu zamówienia*”. Należy przy tym wskazać, iż wykonawca w formularzu ofertowym wskazywał, iż roboty objęte zamówieniem zamierza wykonać przy udziale podwykonawcy, w załączniku nr 9 do oferty zaś wykazał, jakie prace zlecone mają być podwykonawcy – bez wskazania konkretnego podmiotu. Kontrolujący stwierdził, że zamawiający nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że podmiot trzeci udostępni wiedzę i doświadczenie poprzez udział w realizacji zamówienia w sposób realny i pozwalający na należyte wykonanie zamówienia. Mając na uwadze treść powyższego przepisu, w sytuacji, gdy przedstawione przez wykonawcę (B. V.), zobowiązanie podmiotu trzeciego nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia takiego dokumentu. Zaniechanie zamawiającego

w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jednakże naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania.

- 7) Jak wynika z dokumentacji postępowania, zamawiający w sekcji III punkt 3.1) ogłoszenia o zamówieniu oraz w punkcie X.4.b s.i.w.z. dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazując, że o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. budowę lub przebudowę drogi o wartości zadania min. 1 500 000,00 zł brutto za każdą robotę. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawca zobowiązany był do przedłożenia dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 2 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. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz s.i.w.z. przytoczył treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 5.11.2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U.2009 Nr 206 poz. 1591), tj. w brzmieniu nieaktualnym na dzień wszczęcia postępowania, zgodnie z którym wykonawca mógł polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku wiedzy i doświadczenia, wykonawca (B), przedstawił zobowiązanie do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia od podmiotu trzeciego (PUW B.). Zobowiązanie to, jako charakter stosunku, jaki będzie łączył podmiot udostępniający zasoby z wykonawcą wskazywało umowę o podwykonawstwo i precyzowało, iż w przedmiocie udostępnienia wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonywania robót budowlanych, *„zobowiązuje się do czynnego uczestnictwa w realizacji zamówienia przez okres wykonywania zadania na podstawie umowy o podwykonawstwo, poprzez stałe i fachowe doradztwo oraz konsultacje z Wykonawcą, dotyczące prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia”*. Pomimo wskazania w zobowiązaniu do udostępnienia wykonawcy zasobu wiedzy i doświadczenia, iż stosunek, jaki będzie łączył podmiot udostępniający zasoby z wykonawcą, będzie miał charakter umowy o podwykonawstwo, to zgodnie z tym

zobowiązaniem, udział podmiotu trzeciego miał ograniczać się jedynie do doradztwa i konsultacji. Taka forma udostępnienia potencjału w przypadku robót budowlanych nie jest wystarczającą dla uznania, iż stanowi realny i zapewniający należyte wykonanie zamówienia sposób przekazania zasobów wiedzy i doświadczenia. Na realność tego udostępnienia nie wpływa samo określenie udziału podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia jako „podwykonawstwo”, gdy w rzeczywistości umowa pomiędzy wykonawcą a tym podmiotem stanowi jedynie tzw. umowę o doradztwo i consulting. Kontrolujący wskazał, że zamawiający nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że podmiot trzeci udostępni wiedzę i doświadczenie poprzez udział w realizacji zamówienia w sposób realny i pozwalający na należyte wykonanie zamówienia. Mając na uwadze treść powyższego przepisu, w sytuacji, gdy przedstawione przez wykonawcę (B), zobowiązanie podmiotu trzeciego nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia takiego dokumentu. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jednakże naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania.

- 8) Zgodnie z pkt X.1.b specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający, dla wykazania, iż wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wymagał przedłożenia wraz z ofertą aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego. W toku kontroli ustalono, iż wraz z ofertą wykonawcy (PH K K.W.) nie przedłożono ww. odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej. Kontrolujący wskazał, że zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 1.08.2016 r. wskazał, iż wykonawca nie złożył ww. odpisu, zaś zamawiający, przez przeoczenie, nie wzywał wykonawcy do uzupełnienia ww. dokumentu. Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy (PH K K.W.) do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego brak przesłanek do wykluczenia wykonawcy

z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jednakże naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania.

- 9) W punkcie XI.3 s.i.w.z. oraz w punkcie III.3.1) ogłoszenia o zamówieniu zamawiający zamieścił następującą informację: *„Jeżeli w kraju miejsca zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust.1 zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio do miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania”*. Mając na uwadze fakt, iż przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte po dacie wejścia w życie rozporządzenia 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), należy zauważyć, iż w treści § 4 ust. 3 obecnie obowiązującego rozporządzenia zostały wprowadzone zmiany w stosunku do uchylonego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), nieobowiązującego już w momencie wszczęcia kontrolowanego postępowania, dotyczące oświadczenia składanego przez wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (wykonawców zagranicznych) przed notariuszem, polegające na rezygnacji z wymogu, by notariusz był notariuszem działającym w obszarze miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Powyższa regulacja umożliwia składanie oświadczeń przez podmioty zagraniczne przed polskimi notariuszami, jak również przed notariuszami kraju, w którym aktualnie przebywa wykonawca. Z uwagi na powyższe, zawarcie przez zamawiającego powyżej przytoczonej informacji w punkcie XI.3 s.i.w.z. oraz w punkcie III.3.1) ogłoszenia o zamówieniu stanowi naruszenie § 4 ust. 3 rozporządzenia (naruszenie bez wpływu na wynik postępowania).

Ze stanowiskiem kontrolującego nie zgodził się zamawiający i pismem z dnia 16 września 2016 roku (data wpływu pisma 19 września 2016 r.) wniósł zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej.

Zamawiający stwierdził, że kontrolujący wskazując, że roboty budowlane będące przedmiotem kontrolowanego postępowania nie były powszechnie dostępne. Uzasadził takie stanowisko faktem postawienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim doświadczeniem. Zamawiający zaznaczył, że w żadnym przepisie ustawy Prawo zamówień publicznych nie istnieje zakaz formułowania warunków

udziału w postępowaniu przy zamówieniach nieskomplikowanych i prostych. To, że realizacja zamówienia jest dla wykonawcy prosta nie oznacza, że nie musi on spełniać żadnych warunków udziału w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu gwarantują bowiem rzetelne i należyte zrealizowanie przedmiotu zamówienia. Po drugie, zamawiający wskazał, że wymóg posiadania osoby do kierowania robotami budowlanymi wynika z przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Nie można zatem podzielić stanowiska kontrolującego, że wskazywanie osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie oznacza, że robota budowlana jest skomplikowana i tym samym nie jest powszechnie dostępna.

Zamawiający wskazał również, że inaczej rozumie zdanie: „*Wykonawca musi posiadać umiejętność czytania projektu budowlanego, jak też musi posiadać wiedzę na temat technicznych aspektów budowy dróg*”. Nawet w życiu codziennym, kiedy osoba bez specjalnych kwalifikacji pragnie, przykładowo, samodzielnie złożyć mebel, musi posłużyć się instrukcją montażu, którą musi przeczytać ze zrozumieniem. Oczywistym zatem jest, że wykonawca robót budowlanych realizowanych na podstawie projektu musi umieć czytać projekt budowlany i posiadać odpowiednią wiedzę. Nie można uznać, że „powszechna dostępność” oznacza, że każdy będzie w stanie zrealizować dany przedmiot zamówienia. Prawo zamówień publicznych w Unii Europejskiej stanowi część prawa konkurencji, w którym zawsze sytuację ocenia się w stosunku do rynku właściwego dla danego produktu czy czynności. Zatem powszechną dostępność przedmiotu zamówienia powinno się oceniać z punktu widzenia rynku właściwego dla robót budowlanych. Przy przyjęciu odmiennej supozycji należałoby zatem stwierdzić, że *ratio legis* wprowadzenia wymogu stosowania kryteriów pozacenowych sprowadzało się do tego, aby np. piekarz nie mógł realizować robót budowlanych. Zamawiający podkreślił, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, jak też urzędnicy UZP nie mają uprawnień do ustalania standardów jakościowych, jak też nie mają kompetencji do ich oceny. W żadnym przepisie ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma normy kompetencyjnej, która by wyposażała Urząd Zamówień Publicznych w takie uprawnienia. Taka wiedza jest wiedzą specjalistyczną i w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia wymaga wiadomości ekspertów lub biegłych z danej dziedziny.

Zamawiający nie zgodził się również z zarzutem dotyczącym dysponowania przez wykonawcę (Z. PPHU J.) zasobami (I. sp. z o.o.).

Z przedłożonego przez wykonawcę (Z. PPHU J.) dokumentu (zał. nr 10 do oferty) jednoznacznie wynika, że (I. sp. z o.o.) udostępni mu swoje zasoby, w postaci wiedzy i doświadczenia, oraz że będzie uczestniczyła w realizacji części zamówienia. Zgodnie z treścią przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru

prawnego łączących go z nimi stosunków. W konsekwencji, w rozumieniu ustawy Pzp, dla zamawiającego nie jest istotne to, jaki jest charakter prawny stosunków łączących wykonawcę z podmiotem trzecim, który udostępnia mu zasoby. Jeśli jednak chcemy takie stosunki badać, to powinniśmy pamiętać, że zamawiający ocenia ofertę wykonawcy (pod względem podmiotowym, jak i przedmiotowym) mając na uwadze całokształt złożonych dokumentów. W przedmiotowym przypadku sprawa jest jasna, ponieważ ze złożonego przez wykonawcę oświadczenia (załącznik nr 4 do oferty - lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej) wynika jednoznacznie, że (I. sp. z o.o.) należy do tej samej grupy kapitałowej co (Z. PPHU J.), co ewidentnie wskazuje na charakter stosunków obu podmiotów. Natomiast przedmiotowe dokumenty nie muszą określać charakteru udziału podmiotu udostępniającego zasoby w wykonaniu zamówienia, ponieważ - jak wskazuje orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej - udział podmiotu trzeciego musi być po prostu realny, a nie musi przybierać jakiejś konkretnej formy. Przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania nie posiadały takich postanowień, jakie wprowadziła nowelizacja ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. Kontrolujący nie wskazał konkretnego i bezwarunkowego przepisu ustawy Pzp, który nakazuje podmiotowi trzeciemu, udostępniającemu swoje zasoby, realizację zamówienia w charakterze podwykonawcy. Jest to oczywiste, ponieważ taki przepis nie istniał w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania. Fakt wprowadzenia w nowelizacji z dnia 22 czerwca br. do ustawy Pzp przepisu art. 22a ust. 4 wskazuje, że sytuacja normatywna się zmieniła i dopiero teraz udostępnienie zasobów wskazanych w tym przepisie wymaga konieczności wzięcia udziału w realizacji tej części przedmiotu zamówienia, do której te zasoby są konieczne. Gdyby taki wymóg istniał również wcześniej, nie byłoby potrzeby wprowadzania zmian legislacyjnych w tym zakresie.

Powyższa argumentacja odnosi się również do zarzutów dotyczących wykonawcy (B. V.), który, w ocenie zamawiającego, udowodnił dysponowanie zasobami w zakresie wiedzy i doświadczenia (PRLiM P.) oraz wykonawcy (B. sp. z o.o. sp. k.), który udowodnił, iż będzie realnie dysponował zasobami (PW B.).

W pozostałym zakresie zamawiający zgodził się z wynikami kontroli. Zamawiający poprosił jednocześnie o doprecyzowanie wyniku kontroli w zakresie wskazanym w pkt 4, poprzez stwierdzenie, że przedmiotowe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Kontrolujący w części, w której zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyników kontroli, nie uwzględnił zastrzeżeń wniesionych przez zamawiającego.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie. Izba w całości podziela ustalenia i wnioski wypływające z kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, uznając je za własne.

Nadto Izba wskazuje, że całokształt okoliczności ujawnionych w toku prowadzonej kontroli prowadzą do wniosku, iż zamawiający naruszył wskazywane przez kontrolującego – Prezesa UZP, przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Nadto Izba wskazuje, że kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2, a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. Przepis art. 91 ust. 2a nie dotyczy zamówień udzielanych w trybach zapytania o cenę oraz licytacji elektronicznej, gdyż w tych trybach cena jest jedynym kryterium oceny ofert. Przepisy p.z.p. nie wskazują, jakie znaczenia należy przypisać poszczególnym kryteriom oceny ofert. Jeżeli przedmiot zamówienia nie jest powszechnie dostępny oraz nie ma ustalonych standardów jakościowych, zamawiający nie może innym niż cena kryteriom oceny ofert przypisać znaczenia, które wskazywałoby na zamiar uniknięcia stosowania art. 91 ust. 2a (np. cena - 99 pkt, inne kryterium - 1 pkt).

Jak podnosi się w doktrynie (Bazan A., Nowicki J.E., Prawo zamówień publicznych. Komentarz. LEX 2015), przepisy p.z.p. nie zawierają definicji usług, dostaw lub robót budowlanych powszechnie dostępnych ani definicji powszechnej dostępności. Przedmiot zamówienia powszechnie dostępny to taki, który jest przez rynek często oferowany, a więc duża jest jego podaż, a przez to jest on nietrudny do zdobycia. Zakres tego pojęcia ulega jeszcze zawężeniu przez dookreślenie przez ustawodawcę, że chodzi o przedmiot zamówienia, który ma dodatkowo ustalone standardy jakościowe. Zatem do tej kategorii możemy zaliczyć przykładowo usługi, które dzięki swej powszechności znane są przeciętnemu nabywcy, a przez tę szeroką dostępność ukształtowany jest przez rynek ich standard, który dla przeciętnego klienta jest łatwy do zdefiniowania. Skoro przeciętny nabywca zna określoną usługę, wie, co jest jej przedmiotem i jakie są jej standardy jakościowe, usługi te są powszechnie oferowane, to oznacza to, iż popyt na nie jest również wysoki (służą one bowiem zapewnieniu realizacji bieżących potrzeb), a tym samym świadczą to o ich nieskomplikowanym charakterze (vide: uchwała KIO z dnia 15 czerwca 2011 r., KIO/KD 49/11).

Pojęcia powszechnej dostępności jak i usługi powszechnej czy usługi powszechnie dostępnej występują na gruncie innych aktów prawa krajowego. Przedmiot zamówienia o ustalonych standardach jakościowych to przedmiot zamówienia, który nie będzie przedmiotem zamówienia nietypowym lub specjalistycznym. Jako „ustalone standardy jakościowe” należy rozumieć powtarzalne cechy jakościowe i techniczne rzeczy (dostaw), usług lub robót budowlanych, niewymagające skomplikowanego opisu. Określone

zamówienia mają „ustalone standardy jakościowe” tylko wówczas, gdy niezależnie od tego, kto będzie ich wykonawcą, jedyną różnicą będzie zaoferowana cena, a usługa lub dostawa będzie identyczna. Pojęcie usługi powszechnej występuje na gruncie ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, gdzie jest mowa o powszechnej dostępności do usługi publicznego transportu zbiorowego, ustawy - Prawo telekomunikacyjne, gdzie mowa jest o dostępie do powszechnych usług, a także ustawy - Prawo pocztowe, gdzie wskazuje się na powszechne usługi pocztowe. Należy zauważyć, że cechą wspólną wszystkich tych usług jest ich dostępność dla każdego, bez względu na to, czy jest osobą fizyczną, czy prawną, czy też inną jednostką organizacyjną, jak również to, czy jest podmiotem prawa prywatnego, czy publicznego, a korzystanie z komunikacji np. miejskiej, wysyłanie listów, telefonowanie lub korzystanie z Internetu należy do czynności wykonywanych codziennie przez nieograniczony krąg podmiotów. Oznacza to, że przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny, gdy służy każdemu do zaspokajania jego bieżących potrzeb. O dostępności usługi nie świadczy to, od ilu podmiotów na rynku można ją kupić, ale to czy usługa ta służy bieżącemu użytkownikowi przeciętnego odbiorcy. Przykładowo usługa bezpośredniej ochrony fizycznej polegająca na stałym dozorcze sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych oraz konwojowaniu pieniędzy nie jest usługą powszechnie dostępną, gdyż nie służy bieżącemu użytkownikowi przeciętnego odbiorcy. Nie będzie to zatem zaspokajanie potrzeby o charakterze bieżącym, a istnienie konkurencyjnego rynku podmiotów oferujących usługi ochrony osób i mienia nie może być uznane za wystarczające dla przyjęcia, że taki przedmiot zamówienia jest usługą powszechnie dostępną. Ponieważ sposoby zabezpieczenia osób i mienia w jednostkach zamawiającego nie są ustalone, zależą od jego własnych i indywidualnych uwarunkowań, usługa bezpośredniej ochrony fizycznej polegająca na stałym dozorcze sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych oraz konwojowaniu pieniędzy nie jest również usługą o ustalonych standardach jakościowych (vide: uchwały KIO: z dnia 9 kwietnia 2014 r., KIO/KD 26/14, oraz z dnia 26 marca 2014 r., KIO/KD 21/14).

Krajowa Izba Odwoławcza podzielając powyższe stanowisko, jak i stanowisko Prezesa UZP, w zakresie pozostałych naruszeń, stwierdziła, że zamawiający bezzasadnie zastosował tylko jedno kryterium oceny ofert, które pozostaje w sprzeczności z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp oraz zaniechał zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co w konsekwencji prowadzi do jego naruszenia.

Reasumując, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że przedstawione przez zamawiającego zastrzeżenia do naruszeń przepisów wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej, nie zasługują na uwzględnienie.

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

Przewodniczący

Członkowie

.....