

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 14 listopada 2019 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 21 października 2019 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego, którym jest

Gmina Wałbrzych Pl. Magistracki 1, 58-300 Wałbrzych

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej znak UZP/DKZP/KND/29/19 w przedmiocie postępowania „przewóz uczniów klas II i III wałbrzyskich szkół podstawowych z opiekunami na zajęcia nauki pływania do Wałbrzyskiego Centrum Sportowo-Rekreacyjnego Aqua Zdrój ul. Ratuszowa 6, 58-304 Wałbrzych, wraz z odwiezieniem po zajęciach do szkoły, w roku 2019”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Ernest Klauziński

Wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

UZASADNIENIE

Gmina Wałbrzych Pl. Magistracki 1, dalej zwana „Zamawiającym” prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na „przewóz uczniów klas II i III wałbrzyskich szkół podstawowych z opiekunami na zajęcia nauki pływania do Wałbrzyskiego Centrum Sportowo-Rekreacyjnego Aqua Zdrój ul. Ratuszowa 6, 58-304 Wałbrzych, wraz z odwiezieniem po zajęciach do szkoły, w roku 2019”

Ustalona wartość zamówienia wynosiła 33 690,27 złotych co stanowiło 7 813,69 euro.

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy BLUE TRAVEL E. M. do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów w zakresie wymaganego w pkt 1.2.3) zaproszenia do negocjacji, warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej. Powyższe w konsekwencji stanowiło 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, a także udzielenie temu wykonawcy przedmiotowego zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu stwierdzonych naruszeń Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany dalej także „Kontrolującym”) podał, że pismem z dnia 18 lutego 2019 r. Zamawiający zaprosił Wykonawcę BLUE TRAVEL E. M. do negocjacji dotyczących udzielenia, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamówienia publicznego na „przewóz uczniów klas II i III wałbrzyskich szkół podstawowych z opiekunami na zajęcia nauki pływania do Wałbrzyskiego Centrum Sportowo-Rekreacyjnego Aqua Zdrój ul. Ratuszowa 6, 58-304 Wałbrzych, wraz z odwiezieniem po zajęciach do szkoły, w roku 2019” na warunkach określonych w niniejszym zaproszeniu do negocjacji oraz w załączniku nr 3 – Projekcie umowy.

Zgodnie z treścią pkt 1.2.3) zaproszenia do negocjacji, o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego mógł ubiegać się wykonawca, który wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed terminem negocjacji, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej 1 usługę o charakterze i złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia, z podaniem jej wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz z załączeniem dowodów ich należytego wykonania. Poprzez usługę odpowiadającą przedmiotowi zamówienia, zamawiający rozumiał wykonanie usługi polegającej na autokarowym przewozie zorganizowanej grupy (min. 30 osób) dzieci/młodzieży szkolnej.

Przez jedną usługę Zamawiający rozumie usługę wykonaną na podstawie jednej umowy lub jednego zadania. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku należało najpóźniej wraz z zawarciem umowy złożyć wykaz wykonanych usług w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi te zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie (pkt 2.c zaproszenia do negocjacji z dnia 18 lutego 2019 r.).

W dniu 21 lutego 2019 r. Wykonawca BLUE TRAVEL E. M. przedłożył wykaz wykonanych usług zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do zaproszenia do negocjacji, z treści którego wynika, iż wykonał w latach 2017-2018 usługę przewozu dzieci dla Fundacji Pokolorujmy Szarość w Dobrocinie oraz dla Gminy Czarny Bór. Natomiast, na potwierdzenie należytego wykonania ww. usług przekazano Zamawiającemu referencje wystawione przez Fundację Pokolorujmy Szarość NSPS „Bajeczne Wzgórza” w dniu 6 lipca 2018 r., w których potwierdzono wykonanie zgodnie z umową i wg harmonogramu usługi przewozu dzieci realizujących obowiązek szkolny w Niepublicznej Szkole Podstawowej Specjalnej „Bajeczne Wzgórza” przez firmę BLUE TRAVEL ze Strzegomia w roku szkolnym 2017/2018.

Zamawiający nie wzywał na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Wykonawcy BLUE TRAVEL E. M. do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień w zakresie przedłożonych przed zawarciem umowy dokumentów.

W dniu 1 marca 2019 r. została zawarta pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą BLUE TRAVEL E. M. umowa nr UM/BEW//403/10/386-W/2019 w sprawie niniejszego zamówienia publicznego. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 marca 2019 r. pod numerem 510047405-N-2019.

W celu udzielenia przedmiotowego postępowania zastosowano tryb zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zastosowanie ww. trybu jest możliwe w przypadku, gdy w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, i nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia lub wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione. Wobec powyższego, warunki udziału w postępowaniu oraz dokumenty żądane na potwierdzenie ich spełnienia były tożsame z tymi ustanowionymi w unieważnionym postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego na „przewóz uczniów klas II i III wałbrzyskich szkół podstawowych z opiekunami na zajęcia nauki pływania, do

obiektów krytych pływalni, wraz z odwiezieniem po zajęciach do szkoły, w roku 2019: Zadanie 1: Dowóz do Wałbrzyskiego Centrum Sportowo-Rekreacyjnego Aqua Zdrój (ul. Ratuszowa 6, 58-304 Wałbrzych); Zadanie 2: Dowóz do Zespołu Szkół Nr 4 (ul. Sokołowskiego 75, 58-309 Wałbrzych)".

Z treści dokumentów przedłożonych przez Wykonawcę BLUE TRAVEL E. M. przed zawarciem umowy w sprawie niniejszego zamówienia nie wynika, że ww. Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 1.2.3) zaproszenia do negocjacji. W zaistniałej sytuacji Zamawiający był zobowiązany do wezwania Wykonawcy BLUE TRAVEL E. M. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o wyjaśnienie zaistniałej sytuacji oraz uzupełnienie dokumentacji o dokumenty potwierdzające spełnienie przez ww. Wykonawcę warunku dotyczącego zdolności zawodowej do należytego wykonania przedmiotu zamówienia ujętego w pkt 1.2.3) zaproszenia do negocjacji.

Wskazać należy także, że Zamawiający w piśmie z dnia 15 kwietnia 2019 roku wyjaśnił Kontrolującemu, że „w przedmiotowej dokumentacji postępowania prowadzonego w trybie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp się dokumenty (wykaz usług wraz z referencjami) przedłożone przez wykonawcę zaproszonego do negocjacji, z których treści wprost nie wynika, że wybrany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Jednakże, przesyłam potwierdzoną za zgodność z oryginałem kopię referencji wystawionych przez Klub Piłkarski KP Gwarek, ul. Jagiellońska 24, 58-303 Wałbrzych, która potwierdza spełnienie wyżej wskazanych warunków udziału w postępowaniu przez firmę BLUE TRAVEL E. M. z siedzibą w Wałbrzychu przy ul. Beethovena 15. Nadto ww. firma w okresie od 2.01.2019 r. do 28.02.2019 r. na podstawie art. 4 ust. 8 w związku z treścią art. 6a ustawy, na rzecz zamawiającego tj. gminy Wałbrzych realizowała przewóz uczniów klas II i III wałbrzyskich szkół podstawowych z opiekunami na zajęcia nauki pływania, do obiektów krytej pływalni, wraz z odwiezieniem po zajęciach do szkoły realizowała. Jak wynika z treści umowy oraz zapłaconych faktur, wykonawca wielokrotnie realizował usługę autokarowego przewozu zorganizowanej grupy, tj. grupy min. 30 dzieci. Z powyższego jednoznacznie wynika, że zamawiający, niezależnie od treści złożonych przez wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokumentów, posiadał wiedzę na temat usług wykonanych przez wskazanego wykonawcę o charakterze i złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia, ponieważ podobne usługi realizowane były na rzecz zamawiającego tj. gminy Wałbrzych, a w konsekwencji, zgodnie z § 10 pkt 2. Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. 2016 poz. 1126 ze zm.), zamawiający w postępowaniu nie wzywał wykonawcę do złożenia wykazu dodatkowych usług i referencji”.

W sprawie podkreślono także, że zgodnie z art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2017 r. poz. 570 oraz z 2018 r. poz. 1000, 1544 i 1669).

Odnosząc się do kwestii posiadania informacji przez Zamawiającego o spełnianiu przez wybranego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu Kontrolujący wskazał, że referencje, z treści których wynika, że ww. usługa była przez wykonawcę BLUE TRAVEL E. M. świadczona *należycie, sprawnie, terminowo, rzetelnie i profesjonalnie, w sposób w pełni satysfakcjonujący* zostały wystawione w dniu 20 marca 2019 r. przez Gminę Wałbrzych. Natomiast ostatnia faktura wystawiona przez Wykonawcę BLUE TRAVEL E. M. dla Gminy Wałbrzych z tytułu świadczonej usługi przewozu osób, nr faktury: 9/02/2019, została sprawdzona pod względem formalnym i merytorycznym w dniu 4 marca 2019 r., a termin płatności został oznaczony: do dnia 15 marca 2019 r.. Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzono, że Wykonawca BLUE TRAVEL E.M. nie mógł skorzystać z uprawnienia zawartego w art. 26 ust. 6 ustawy Pzp w zakresie przedłożenia ww. referencji, ponieważ przed zawarciem umowy nr UM/BEW/II/403/10/386-W/2019 ten dokument nie był w posiadaniu Zamawiającego, a przedmiotowe zamówienie nie zostało nawet zawarte w wykazie wykonanych usług stanowiącym załącznik nr 2 do zaproszenia do negocjacji.

Reasumując ustalenia w tej sprawie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy BLUE TRAVEL E.M. do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów w zakresie wymaganego w pkt 1.2.3) zaproszenia do negocjacji warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej, 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 – które to naruszenia miały wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

Do przedmiotowych ustaleń zawartych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 07.10.2019 roku Zamawiający – Gmina Wałbrzych, wniosła do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych – wpływ do Urzędu – 21.10.2019 roku, zastrzeżenia.

W przedstawionej argumentacji Zamawiający podniósł kilka kwestii jego zdaniem uzasadniających sposób procedowania w ustalonym trybie postępowania, tj. trybie zamówienia z wolnej ręki. po uprzednim przeprowadzeniu negocjacji z jednym, wybranym wykonawcą. Wybór takiego trybu udzielenia zamówienia podyktowany był faktem unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego: - postępowanie BZP.271-4/2019.

Podał, że skierowanie zaproszenia do negocjacji do tego właśnie wykonawcy nie było przypadkowym działaniem Zamawiającego. Był to bowiem podmiot, który w trakcie trwania postępowania o udzielenie tego zamówienia świadczył usługi na rzecz Zamawiającego właśnie w zakresie objętym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej, Zamawiający kierując do tego podmiotu zaproszenie do negocjacji posiadał z urzędu wiedzę odnośnie tego, że podmiot ten spełnia wymagania stawiane w zaproszeniu do negocjacji. Wynikało to wprost z faktu, że wykonawca ten w dacie przystąpienia do negocjacji w celu zawarcia umowy z wolnej ręki realizował w Gminie Wałbrzych taki sam transport, do tego samego miejsca docelowego, jak ten, wynikający z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nadto Zamawiający w zakresie wyboru podmiotu, do którego wystosuje takie zaproszenie, w przypadku nierozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i rozpoczęcia procedury w trybie z wolnej ręki, nie jest związany żadnymi obostrzeniami. Zaproszenie takie może zostać zatem skierowane do dowolnie wybranego przez zamawiającego podmiotu. Działanie takie nie będzie przy tym w żaden sposób naruszało zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady przejrzystości czy też zasady uczciwej konkurencji. Kwestią oczywistą jest natomiast, że zaproszenie takie będzie wystosowane w pierwszej kolejności do podmiotu, który w przekonaniu zamawiającego, daje większą gwarancję prawidłowości realizacji zlecanej usługi - tutaj transportu dzieci.

Podkreślił, że zarówno w orzecznictwie jak i w doktrynie przyjmuje się jako bezsporne, by celem udowodnienia spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu, wykonawca „pokazał” zamawiającemu, że pomimo, iż jest w trakcie wykonywania usługi okresowej, to jeżeli zakres dotychczas zrealizowanego świadczenia częściowego odpowiada postawionemu warunkowi, to uznaje się, że wykonawca może legitymować się takim doświadczeniem. Po drugie Zamawiający zauważa, że możliwość określenia warunków udziału w postępowaniu, w tym warunków odnoszących się do doświadczenia wykonawcy, została w ustawie Pzp dopuszczona w określonym celu tj. po to, by uprawdopodobnić właściwą realizację przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji efektywne wydatkowanie środków publicznych. Przyjmuje się także, że niezbędne doświadczenie wykonawcy należy rozumieć jako potwierdzone w praktyce posiadanie

umiejętności w zakresie wykonywania zamówień określonego rodzaju. Wskazał także, iż główne zarzuty Kontrolującego opierają się na konstatacji, że wykonawca BLUE TRAVEL E.M. nie mógł skorzystać z uprawnienia zawartego w art. 26 ust. 6 ustawy Pzp w zakresie przedłożenia referencji dotyczącej już zawartej umowy z zamawiającym ponieważ przed zawarciem umowy nr UM/BEW/I/403/10/386-W/2019 ten dokument nie był w posiadaniu Zamawiającego, a przedmiotowe zamówienie nie zostało nawet zawarte w wykazie wykonanych usług stanowiącym załącznik nr 2 do zaproszenia do negocjacji.

W przekonaniu kontrolowanego tak sformułowany zarzut jest wyrazem nadmiernego formalizmu. Należy pamiętać (jak zamawiający podnosi na wstępie), że celem badania i oceny złożonych dokumentów dotyczących sformułowanego warunku udziału w postępowaniu jest wybór wykonawcy dającego gwarancję (rękojmię) należytego wykonania zamówienia.

Zarzucał Kontrolującemu, że Kontrolujący powinien stwierdzić podczas postępowania wyjaśniającego, że wykonawca BLUE TRAVEL E.M. przez okres dwóch miesięcy (styczeń i luty 2029 rok) świadczył codziennie w dni robocze, zgodnie z harmonogramem co najmniej 4 usługi zorganizowanego przewozu grupy osób w liczbie min. 30 dzieci. Kontrolujący na podstawie przedłożonych wyjaśnień powinien także stwierdzić, że zgodnie z § 5 umowy rozliczenie z wykonawcą następuje w okresach miesięcznych. O ile może niedopatrzaniem ze strony zamawiającego było nieprzekazanie wraz z pozostałymi dokumentami kopii fv 5/01/2019 i potwierdzenia jej zapłaty, o tyle Kontrolujący wobec treści umowy i ustalonego w niej comiesięcznego okresu rozliczeniowego, co najmniej mógł poczynić dodatkowe wyjaśnienia w tym zakresie. Tym samym Kontrolujący był uprawniony do wystąpienia o inne dokumenty niż referencje, które świadczą o należyтым wykonaniu zamówienia, a które to dokumenty pozwoliłyby mu uznać, że wykonawca spełnił postawiony warunek udziału w postępowaniu.

Powyższe, w przekonaniu Zamawiającego jednoznacznie potwierdzało, że wykonawca posiadał doświadczenie spełniające postawiony warunek udziału w postępowaniu oraz że zgodnie z art. 26 ust. 6 Pzp nie musiał składać dokumentów potwierdzających spełnienie ww. warunków. Warty dodatkowego podkreślenia jest fakt, że okoliczność ta była znana zamawiającemu z urzędu przed zaproszeniem wykonawcy do negocjacji. (co nastąpiło w dniu 18.02.2019r.), a co więcej, była to okoliczność przesądzająca o wyborze do negocjacji przyszłej umowy właśnie tego wykonawcy. Trudno bowiem zakładać, żeby zamawiający negocjował z kimś, kto nie spełnia postawionych warunków udziału w postępowaniu.

Podkreślił, że zgodnie z art. 26 ust. 6 Pzp, wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego

wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2019 r. poz. 700, 730, 848 i 1590).

Tym samym zdaniem Zamawiającego ustawodawca dopuszcza możliwość odstąpienia przez Zamawiającego od obowiązku żądania złożenia przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać w sposób wskazany w tym przepisie prawa. Ustawodawca nie określa przy tym jednoznacznie i precyzyjnie, przy wykorzystaniu katalogu zamkniętego dokumentów, sposobu w jaki zamawiający mógłby pozyskać informacje dotyczące wykonawcy, szczególnie w sytuacji, gdy jest w ich posiadaniu.

Tym samym ustawodawca nie wyklucza możliwości zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a wręcz dopuszcza taką możliwość - w szczególności w przypadku, gdy Zamawiający jest w posiadaniu dokumentacji dotyczącej tego wykonawcy, potwierdzającej spełnianie przez niego wszystkich warunków udziału w postępowaniu, w tym dokumentacji dotyczącej realizowanej przez niego, w trakcie trwania postępowania o udzielenie kolejnego zamówienia, usługi tożsamej z usługą objętą kolejnym postępowaniem, spełniającą wymogi określone w zaproszeniu do negocjacji. Co więcej, ustawodawca nie wyklucza możliwości powzięcia przez Zamawiającego z urzędu wiedzy odnośnie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający ponownie wskazał na odmienność trybu z wolnej ręki od trybu przetargu nieograniczonego, który z swojej natury zakłada, że każdy może złożyć ofertę, a Zamawiający dokonuje weryfikacji wykonawcy na podstawie przedłożonych mu dokumentów, a w konsekwencji postępowanie to ma bardziej formalny i rygorystyczny charakter. Zauważył, że w przedmiotowym postępowaniu nie można twierdzić, że został naruszony art. 7 ust 1 Pzp (zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców) skoro z uwagi na specyfikę trybu mamy do czynienia z jednym tylko wykonawcą.

Podkreślił, że jego zdaniem Kontrolującemu należy postawić zarzut nadmiernego formalizmu przeprowadzonej kontroli i wymagania od zamawiającego żądania określonych dokumentów potwierdzających doświadczenie zawodowe, mimo iż dokumenty i informacje w tym zakresie te były z urzędu znane zamawiającemu.

W odpowiedzi na przedstawione zastrzeżenia Zamawiającego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Zamawiającego pismem z dnia 30.10.2019 roku, że przedłożone zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej nie zostają uwzględnione. W

uzasadnieniu stanowiska o nieuwzględnieniu wniesionych zastrzeżeń wskazano na zasadność i zgodność z przepisami prawa ustaleń przedstawionych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej. W przedmiotowej odpowiedzi została w znacznej większości powtórzona argumentacja zawarta w informacji o wyniku kontroli doraźnej. Jednocześnie Prezes wskazał, że stosownie do treści art. 167 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej w zakresie naruszenia wskazanego w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*, przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia miała na względzie następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Rozpatrując zastrzeżenia zgłoszone przez kontrolowanego do wyniku przeprowadzonej kontroli, Krajowa Izba Odwoławcza, podzieliła stanowisko Prezesa UZP, co do ustaleń faktycznych i stwierdzonych naruszeń przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Przedstawiając w skróty sposób stan faktyczny przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia przez Gminę Wałbrzych wskazać należy na kluczowe elementy mające istotne znaczenie dla oceny prawidłowości zarówno ustaleń Kontroli jak i Zamawiającego.

Na wstępie wskazać należy, że w protokole kontroli została zawarta informacja o wartości przedmiotu zamówienia określoną na kwotę 33 690,27 zł netto co stanowi równowartość 7 813,69 euro. Gdyby przyjąć tą kwotę, jako kwotę całego zamówienia, to zgodnie z treścią art. 4 ust.8 Pzp Izba byłaby zobowiązana stwierdzić, że w sprawie nie mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp, gdyż postępowanie dotyczy zamówienia o wartości poniżej 30 tys. euro. Jednakże w toku ustaleń w Urzędzie Zamówień Publicznych Izba stwierdziła, że przedmiotowe zamówienie stanowi część zamówienia postępowania: BO. 271-116/2018) – ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 655750-N-2018; wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 304.766,37 zł; termin realizacji: 02.01.2019-20.12.2019 r. W tej sytuacji Izba uznała, że w sprawie mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień zawarcia umowy tj. dnia 01 marca 2019 roku, gdyż kontrolowane postępowanie o udzielenie zamówienia było tylko jedną z części zamówienia oszacowanego na kwotę 304.766,37 zł. Poza sporem między stronami była kwestia, że Zamawiający prawidłowo wybrał dla udzielenia tego zamówienia tryb zamówienia z wolnej ręki. Postępowanie to było poprzedzone postępowaniem prowadzonym

w trybie przetargu nieograniczonego na tożsamą usługę, o czym świadczy ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 504891-N-2019. Ww. postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 1 lutego 2019 r. do godz. 10:00, nie została złożona żadna oferta. Wobec powyższego, działając w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Zamawiający udzielił zamówienia na przedmiotowy zakres w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zgodnie z ww. przepisem zastosowanie ww. trybu jest możliwe w przypadku, gdy w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, i nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia lub wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione. Wobec powyższego, warunki udziału w postępowaniu oraz dokumenty żądane na potwierdzenie ich spełnienia w zamówieniu mającym być udzielonym w trybie z wolnej ręki były tożsame z tymi ustanowionymi w unieważnionym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w § 1 Projektu umowy oraz harmonogramie dowozów uczniów na zajęcia nauki pływania (załącznik nr 1 do umowy).

Zgodnie z „Warunkami udziału w postępowaniu” zawartymi w zaproszeniu do negocjacji, o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego mógł ubiegać się Wykonawca, który:

1. nie podlega wykluczeniu zgodnie z art. 24 ust. 1 i 5 ustawy Pzp,
2. spełnia warunki udziału dotyczące:
 - a) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, tj. posiada aktualne zezwolenia na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego, w zakresie przewozu osób zgodnie z ustawą z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 58 ze zm.), bądź inny dokument stanowiący pozwolenie na świadczenie usług transportu osób środkami transportu kołowego wydany przed dniem 6 kwietnia 2013 r.,
 - b) zdolności technicznej lub zawodowej, tj. wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed terminem negocjacji, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej 1 usługę o charakterze i złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia, z podaniem jej wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz z załączeniem dowodów ich należytego wykonania. Poprzez usługę odpowiadającą przedmiotowi zamówienia Zamawiający będzie rozumiał wykonanie usługi polegającej na

autokarowym przewozie zorganizowanej grupy (min. 30 osób) dzieci/młodzieży szkolnej. Przez jedną usługę Zamawiający rozumie usługę wykonaną na podstawie jednej umowy lub zadania.

Zamawiający zastrzegł, iż zgodnie z art. 68 ust. 2 ustawy Pzp, najpóźniej wraz z zawarciem umowy Wykonawca składa żądane przez Zamawiającego aktualne oświadczenia i dokumenty, tj.:

1. aktualne na dzień składania oświadczenie stanowiące potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 i 5 ustawy Pzp, oraz że spełnia warunki udziału w postępowaniu zawarte w niniejszym zaproszeniu do negocjacji – zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 1 do niniejszego zaproszenia;
2. zezwolenie na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego, w zakresie przewozu osób zgodnie z ustawą z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 58 ze zm.). W przypadku, gdy Wykonawca przedstawi inny dokument stanowiący pozwolenie na świadczenie usług transportu osób środkami transportu kołowego – w szczególności licencję wydaną przed dniem 6 kwietnia 2013 r. – Zamawiający uzna warunek za spełniony;
3. wykaz wykonanych usług w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi te zostały wykonane należycie. Przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie umowy, Wykonawca przedstawia Zamawiającemu uzasadnienie braku możliwości uzyskania referencji bądź dokumentów potwierdzających należyte wykonanie umowy – zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do niniejszego zaproszenia.

Jednocześnie, Zamawiający zastrzegł, iż w przypadku, gdy Zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego usługi wskazane w wykazie wykonanych usług zostały wcześniej wykonane, Wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa powyżej.

Jak już wskazano powyżej w dniu 21 lutego 2019 r. Wykonawca BLUE TRAVEL E.M. przedłożył wykaz wykonanych usług zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do zaproszenia do negocjacji, z treści którego wynika, iż wykonał w latach 2017-2018 usługę przewozu dzieci dla Fundacji Pokolorujmy Szarość w Dobrocinie oraz dla Gminy Czarny Bór. Natomiast, na potwierdzenie należytego wykonania ww. usług przekazano Zamawiającemu

referencje wystawione przez Fundację Pokolorujmy Szarość NSPS „Bajeczne Wzgórza” w dniu 6 lipca 2018 r., w których potwierdzono wykonanie zgodnie z umową i wg harmonogramu usługi przewozu dzieci realizujących obowiązek szkolny w Niepublicznej Szkole Podstawowej Specjalnej „Bajeczne Wzgórza” przez firmę BLUE TRAVEL ze Strzegomia w roku szkolnym 2017/2018.

Nie powtarzając ustaleń dokonanych w protokole kontroli i przesłanej Zamawiającemu Informacji o wyniku kontroli doraźnej Izba wskazuje – co nie było również sporne pomiędzy stronami, iż żadna z powyższych usług w połączeniu z referencjami nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu. Również spełniania warunku nie potwierdza także referencja wystawiona w dniu 3 grudnia 2018 r. przez Klub Piłkarski KP Gwarek Wałbrzych, dostana przez Zamawiającego Kontrolującemu przy piśmie z dnia 15 kwietnia 2019 roku.

W tak zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający w obronie prawidłowości swojego postępowania w sprawie, przedstawił w zastrzeżeniach do wyniku kontroli informację, iż za podstawę dla spełnienia postawionych warunków udziału należy wziąć pod uwagę tożsamą usługę, realizowaną dla Zamawiającego przez wybranego wykonawcę w okresie 02.01.2019 – 28.02.2019 roku. Na powyższy fakt Zamawiający załączył do złożonych zastrzeżeń umowę z dnia 02.01.2019 roku zawartą pomiędzy Zamawiającym, a firmą BLUE TRAVEL E.M..

Jak wskazano powyżej Zamawiający wywodził, iż pomimo tego, że ww. umowa nie została zakończona to jednak była w trakcie realizacji i Zamawiający wiedząc, iż jest realizowana prawidłowo uznał w oparciu o posiadana wiedzę, że wybrany do realizacji przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki wykonawca, spełnia warunki udziału w postępowaniu, a nadto zostanie mu wystawiona referencja, iż zamówienie realizowane jest prawidłowo.

Izba uznaje takie postępowanie Zamawiającego za niedopuszczalne. jako naruszające w stopniu rażącym przepisy ustawy Pzp. Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu. Izba uznaje iż w takiej sytuacji świadczenie usług przewozu dzieci w terminie od 2 stycznia do 28 lutego 2019 r. dla Gminy Wałbrzych nie może być podstawą do stwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Spełnianie warunków udziału postawionych przez Zamawiającego następuje w formule zero/jedynkowej tj, „spełnia/nie spełnia”. Podkreślić należy, iż to zamawiający, jako inicjator postępowania o zamówienie publiczne, samodzielnie określa warunki zamówienia poprzez sformułowanie ogłoszenia o zamówieniu, brzmienie SIWZ, a także treść postanowień przyszłej umowy zawartej z podmiotem wygrywającym przetarg. Należy jednoznacznie stwierdzić, iż jeśli Zamawiający ustali warunki udziału w postępowaniu to na etapie oceny ofert/oferty, jest bezwzględnie zobowiązany do sprawdzenia, czy dany wykonawca takie warunki spełnia. W tym

postępowaniu Zamawiający udzielając zamówienia w trybie z wolnej ręki, który to tryb zastosowano jako kontynuację wcześniej unieważnionego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (art. 67 ust.4 Pzp) ustalił warunki udziału w zaproszeniu do negocjacji, o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego. Zamawiający nadto zastrzegł, iż zgodnie z art. 68 ust. 2 ustawy Pzp, najpóźniej wraz z zawarciem umowy Wykonawca składa żądane przez Zamawiającego aktualne oświadczenia i dokumenty w tym i Wykaz wykonanych usług wraz z referencjami, że zostały one prawidłowo wykonane. Przedłożone przez Wykonawcę BLUE TRAVEL E.M. dokumenty nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu ujętego w pkt 1.2.3) zaproszenia do negocjacji.

Z uwagi na powyższe zastosowanie art. 26 ust. 6 ustawy Pzp nie było w tym przypadku możliwe, a Zamawiający był zobligowany do wezwania ww. Wykonawcy do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentacji na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Izba uznaje, że nie jest możliwe wykazywanie na późniejszym etapie, niż termin wskazany w zaproszeniu do negocjacji iż dany wykonawca może/mógł spełnić. Nadto podkreślić należy, że wykonawca może wykazywać spełnianie warunków udziału w postępowaniu o dowolną usługę pod warunkiem wskazania jej w przedłożonym Wykazie. W tym postępowaniu wykonawca usługi przewozu dzieci dla zamawiającego w m-cu styczeń- luty 2019 nie wpisał do Wykazu tej usługi, a zamawiający konsekwentnie dąży do wykazania, iż w oparciu o posiadaną przez siebie wiedzę wykonawca BLUE TRAVEL E.M. w oparciu o tą usługę spełnia warunki udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji zgodnie z przepisem art 26 ust.3 Pzp Zamawiający winien był wezwać wykonawcę BLUE TRAVEL E.M. do uzupełnienia/ przedłożenia wymaganych dokumentów, czego niewątpliwie Zamawiający nie uczynił.

Takie postępowanie narusza zasadę z art 7 ust.1 Pzp, gdyż nie wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Wykonawcę BLUE TRAVEL E.M. winno było skutkować brakiem podpisania umowy z tym wykonawcą.

Nadto podkreślić należy, iż niezasadne jest stanowisko Zamawiającego, iż w przypadku unieważnienia negocjacji z tym wykonawcą z powodu braku wykazania spełnienia warunku udziału ponownie zaprosiłby go do negocjacji w trybie z wolnej ręki już po zakończeniu realizacji ww. Umowy i wystawieniu mu właściwych referencji. Z uwagi na treść art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Zamawiający nie byłby uprawniony do wszczęcia ponownego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na ten sam przedmiot zamówienia (brak spełnienia przesłanki z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp), a przeprowadzając postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego mogłoby dojść do udzielenia zamówienia zupełnie innemu wykonawcy. Udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, także w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki, skutkuje naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego

traktowania wykonawców, gdyż z powodu samego wyboru trybu nie można wyłączyć zastosowania procedur wymaganych od wszystkich wykonawców na mocy ustawy Prawo zamówień publicznych i obowiązujących we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Podkreślić należy także fakt, że zgodnie z zasadą z art 9 ust.1 Pzp postępowanie prowadzi się w formie pisemnej. Niedopuszczalne jest udzielenie zamówienia wg. „wiedzy Zamawiającego” lecz winno to nastąpić w oparciu o dokumenty przedłożone przez wykonawcę.

Podkreślić należy ponownie, że dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca składa Wykaz usług/dostaw/robót. Natomiast dla potwierdzenia ich należytego wykonania składane są referencje. Referencje muszą potwierdzać prawidłowość wykonania konkretnej usługi/dostawy, czy roboty budowlanej podanej w przedłożonym Zamawiającemu Wykazie.

Reasumując powyższe Izba uznaje, tak jak Prezes Urzędu zamówień Publicznych, że naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy BLUE TRAVEL E.M. do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów w zakresie wymaganego w pkt 1.2.3) zaproszenia do negocjacji warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej, 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 - które to naruszenia miały wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

Mając na względzie powyższe Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 171a w zw. z art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....