

UZP/DKUE/KD/75/2016

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej**1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:**

Zamawiający:	Nadleśnictwo Kutno ul. Chrosno 99-306 Łanięta
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	przebudowa drogi leśnej pożarowej o długości 1.928 km w Leśnictwie Orle
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	wartość szacunkowa zamówienia – 430.412,00 zł (co stanowi równowartość 107.078,32 euro)
Środki UE:	Program Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2007 – 2013 w ramach działania „Odtwarzanie potencjału produkcji leśnej zniszczonego przez katastrofy oraz wprowadzanie instrumentów zapobiegawczych”

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

1. Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, na potwierdzenie spełniania warunku, jakim było znajdowanie się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zamawiający w punkcie 9.2.1.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) wymagał, aby wykonawcy przedłożyli:

- a) *informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca musi posiadać nie mniej niż – 1.000.000,00 PLN własnych środków lub zdolność kredytową w tej samej wysokości;*
- b) *opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę nie mniejszą niż 1.000.000,00 PLN.*

Ponadto należy wskazać, iż jak wynika z protokołu postępowania, wartość szacunkowa zamówienia wynosiła 430.412,00 netto, natomiast na realizację ww. zamówienia zamawiający zamierzał przeznaczyć 450.000,00 zł.

W piśmie z dnia 16 czerwca 2016 r. zamawiający wyjaśnił zasadność opisanego warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, wskazując iż: *„możliwości finansowe bada się tylko pod kątem potencjalnej możliwości wykonania zamówienia, którą w tym przypadku można ustalić na podstawie wstępnej oceny zdolności finansowej dokonanej przez bank. Zamawiający nie wymaga, aby w chwili realizacji zamówienia wykonawca posiadał takie środki. Wprowadzenie powyższych warunków w zakresie sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu służy rękojmi należytego wykonania przez wykonawcę zamówienia.*

W toku przygotowania postępowania o zamówienie publiczne, zamawiający przeprowadził analizę rynku i warunków stosowanych w innych jednostkach, stosujących prawo zamówień publicznych. Następnie, już po wszczęciu postępowania żaden inny wykonawca, z wyłączeniem tych którzy złożyli oferty, nie wykazywał zainteresowania prowadzonym postępowaniem, żaden z wykonawców nie wystąpił z zapytaniem, ani nie wniósł uwag dotyczących treści siwz. Nie zostało złożone odwołanie w trybie art. 180 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto informuję, że żaden z wykonawców nie informował zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności do której jest on zobowiązany, a na które nie przysługuje odwołanie”.

Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, że zgodnie z treścią art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ww. przepis wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Przede wszystkim opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. „Związany z przedmiotem zamówienia” – opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu jakiego ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Opis oceny spełniania warunków powinien być sformułowany w sposób obiektywny podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności. „Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” – opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. Zamawiający formułując opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byłiby w stanie wykonać zamówienie.

Reasumując należy stwierdzić, że zamówienie publiczne może być udzielone tylko wykonawcy zdolnemu do zrealizowania zamówienia, a zatem takiemu, który spełni określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Tym samym, zamawiający jako podmiot wydatkujący środki publiczne jest uprawniony do opisanego takiego warunku podmiotowego w zakresie znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej, którego spełnienie zagwarantuje prawidłową i rzetelną realizację zamówienia, przy czym warunek ten musi być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, czyli także do jego wartości (arg. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp). Żądanie, aby wykonawcy potwierdzili, iż posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę 1.000.000,00 zł oraz posiadają ubezpieczenie na kwotę również 1.000.000,00 zł, nie jest adekwatne do wartości szacunkowej zamówienia, ani kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Są to wartości ponad dwukrotnie wyższe od wartości szacunkowej zamówienia i dysponowanie nimi przez wykonawcę nie może być uznane za niezbędne do należytego wykonania zamówienia.

Tym samym, zamawiający opisując warunek dotyczący zdolności finansowej i ekonomicznej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, naruszył treść art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Wykazane naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

2. Jak wynika z dokumentacji niniejszego postępowania, zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu i w siwz dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazując, iż za spełniających ww. warunek uzna wykonawców, którzy wykażą, że *„wykonali należycie co najmniej 3 roboty budowlane związane z budową lub przebudową dróg o wartości min. 500.000,00 zł każda, w tym co najmniej jedną robotę budowlaną w ramach której wykonano roboty związane z budową lub przebudową dróg o nawierzchni tłuczniowej”*.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawca zobowiązany był do przedłożenia dokumentu, o którym 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* (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), zwanego dalej „rozporządzeniem”.

Ponadto, zamawiający w punkcie 9 siwz na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wskazał na możliwość powoływania się przez wykonawców na zasoby podmiotów trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Jak ustalono w wyniku przeprowadzonej kontroli, wykonawca Firma Transportowo-Handlowa „WOTEX” XXXXX w celu potwierdzenia spełniania wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu, działając na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, oparł się na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego – PUH „ROLBUD” YYYYY. Wykonawca załączył do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego o treści – *„Firma PUH „ROLBUD” YYYYY (...) zobowiązuje się do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów wykazanych w załączniku nr 6 – Wykaz robót budowlanych, poz. 3, na okres korzystania z nich przy realizacji wykonania zamówienia (...) Firmie Transportowo-Handlowej „WOTEX” XXXXX”*.

W toku prowadzonego postępowania, zamawiający pismem z dnia 27 czerwca 2013 r. zwrócił się na podstawie 26 ust. 3 ustawy Pzp do ww. wykonawcy o uzupełnienie zobowiązania podmiotu trzeciego o oddaniu do dyspozycji niezbędnych zasobów, z którego będzie wynikać:

- zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;

- sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia;
- charakteru stosunku jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem;
- zakresu i okresu udziału podmiotu przy wykonywaniu zadania.

W odpowiedzi na powyższe, wykonawca w piśmie z dnia 1 lipca 2013 wyjaśnił, iż „firma PUH „ROLBUD” YYYYYY (...) zobowiązał się do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia, zgodnie z załącznikiem nr 6 poz. 3, lecz nie będzie podwykonawcą żadnych robót na ww. zadaniu”. Wykonawca uzupełnił również zobowiązanie podmiotu trzeciego o treści – „ja niżej podpisany YYYYYY reprezentujący firmę PUH „ROLBUD” YYYYYY (...) zobowiązuję się do oddania do dyspozycji wykonawcy, tj. Firmie Transportowo Handlowej „WOTEX” XXXXX (...) niezbędnych zasobów na cały okres korzystania z nich przy realizacji ww. zamówienia.

Udostępnione zasoby to: wiedza i doświadczenie w zakresie: Załącznik nr 6 poz. 3 – Wykaz robót budowlanych. Jednocześnie informuję, że moja firma PUH „ROLBUD” YYYYYY, nie podejmuje obowiązków podwykonawcy żadnych robót na ww. zadaniu”.

Mając na uwadze powyżej ustalony stan faktyczny należy zauważyć, iż oświadczenie podmiotu, na zasobach którego wykonawca polegał, oparte jest o postanowienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i musi być oceniane zgodnie z obowiązującą wykładnią tej regulacji. Stosownie do brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia kontrolowanego postępowania, 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. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonywania zamówienia. Oznacza to, że z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów musi wynikać, jakie zasoby i na jakich zasadach będą przez podmiot trzeci udostępnione. Nie jest wystarczające złożenie wyłącznie zobowiązania o przekazaniu wiedzy i doświadczenia, jeżeli z tego zobowiązania, ani z innych dokumentów nie wynika zakres i sposób udostępnienia zasobów. Jeżeli z zobowiązania wskazanego w ofercie i uzupełnionego na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie wynika, że zasób jest udostępniany w zakresie niezbędnym i że gwarantuje właściwe wykonanie zamówienia, zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę z postępowania, szczególnie, gdy nie tylko nie wie, jakie zasoby

podmiotu trzeciego i na jakich zasadach będą wykonawcy dostępne, ale także, gdy treść zobowiązania nie wskazuje na realność udostępnionego zasobu.

Zgodnie z powyższym, wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu jedynym w tym zakresie dowodem przedłożonym wraz z ofertą, a następnie uzupełnionym na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez wykonawcę Firma Transportowo-Handlowa „WOTEX” XXXXX, było cytowane wyżej zobowiązanie podmiotu trzeciego. Zobowiązanie to nie tylko nie zawiera istotnych informacji na temat zakresu i sposobu udostępnienia zasobów, ale wprost wskazuje (zobowiązanie uzupełnione), że podmiot trzeci nie będzie brał udziału w wykonywaniu zamówienia jako podwykonawca. Tymczasem w przypadku robót budowlanych realizacja części zamówienia w charakterze podwykonawcy jest w zasadzie jedynym realnym sposobem udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci. Zawierając w zobowiązaniu informacje, że nie będzie podwykonawcą, podmiot trzeci w istocie stwierdził, że nie zamierza udostępnić zasobów.

Biorąc pod uwagę fakt niewykazania przez wykonawcę, że zasoby wiedzy i doświadczenia zostały mu udostępnione przez podmiot trzeci, należy wskazać na mający zastosowanie w sprawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przepis ma na celu zobowiązanie zamawiającego do eliminowania z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności poprzez przedłożenie wymaganych przez zamawiającego i wystarczających dla udowodnienia spełniania konkretnego warunku, dokumentów. Należy przy tym podkreślić, że spełnianie ww. warunków służy potwierdzeniu, że wykonawca posiada zdolność do należytego wykonania zamówienia, zaś *a contrario* stwierdzić należy, że wykonawca nie spełniający warunków, takiej zdolności nie posiada i zamówienie nie może zostać mu udzielone. Przy czym w świetle dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zauważyć należy, że ciężar wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy.

Jak stwierdzono powyżej, w przedmiotowej sprawie wykonawca nie wykazał, że dysponuje potencjałem podmiotu trzeciego w zakresie zasobów wiedzy i doświadczenia. Tym samym wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Powyższe oznacza, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tj. nie wykluczył wykonawcy nie dającego gwarancji należytego wykonania zamówienia.

Ww. naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. Z dokumentacji kontrolowanego postępowania wynika, że w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego personelu, wykonawcy mieli przedłożyć *„wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wykonawca potwierdzi spełnienie niniejszego warunku w postępowaniu, jeżeli wykaże, że dysponuje kierownikiem budowy posiadającym uprawnienia w specjalności drogowej”*.

Na potwierdzenie spełniania ww. opisanego warunku udziału w postępowaniu, wykonawca Firma Transportowo-Handlowa „WOTEX” XXXXX złożył wykaz, w którym na funkcję kierownika budowy został wskazany Pan QQQQ, który jak wynika z załączonego wykazu, posiada wykształcenie wyższe mgr inż. budownictwo lądowe w specjalności konstrukcyjno-inżynierskiej (Nr. Upr.474/75ŁW Izba ŁOD/BO/1884/02). Ze wskazanego dokumentu nie wynika, że osoba wskazana na funkcję kierownika budowy, posiada uprawnienia w specjalności drogowej wymaganej w ogłoszeniu oraz w siwz, a zamawiający nie wezwał wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w celu potwierdzenia spełniania opisanego warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiającym wzywa wykonawców, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym należy uznać, iż zaniechanie wezwania wykonawcy Firma Transportowo-Handlowa „WOTEX” XXXXX do złożenia wyjaśnień w celu potwierdzenia spełniania opisanego warunku udziału w postępowaniu, stanowi naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Ww. naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

4. W pkt 9.2.1.3. siwz zamawiający zapisał, iż w celu potwierdzenia spełniania warunku posiadania przez wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wymagał złożenia m.in. „oświadczenia wykonawcy, że zaproponowane osoby posiadają

wymagane uprawnienia i przynależą do właściwej izby samorządu zawodowego jeżeli taki wymóg na te osoby nakłada Prawo budowlane”.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać na przepis art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
 - 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu zostały określone w Rozporządzeniu 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) zwane dalej „rozporządzeniem”. Jak wynika z § 1 ust. 1 ww. rozporządzenia, w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający w zakresie warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia może żądać tylko wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (pkt 7), a ponadto oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień (pkt 8). Należy zauważyć, że oświadczenie o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia nie dotyczy konieczności wykazania, że osoby wskazane w wykazie osób – „przynależą do właściwej izby samorządu zawodowego jeżeli taki wymóg na te osoby nakłada Prawo budowlane”.

Wobec powyższego należy uznać, że zamawiający nie był uprawniony do żądania od wykonawców przedłożenia oświadczenia potwierdzającego, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia należą do właściwej izby samorządu zawodowego jeżeli taki wymóg na te osoby nakłada Prawo budowlane.

Powyższe oświadczenie nie było bowiem niezbędne do przeprowadzenia postępowania, gdyż oświadczenie o takiej treści, nie zostało wymienione w ww. rozporządzeniu w sprawie

rodzajów dokumentów. Tym samym zamawiający żądając oświadczenia o ww. treści, naruszył dyspozycję art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w związku z przepisami ww. rozporządzenia.

Ww. naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.