

Warszawa, dnia 02.08.2016 r.

UZP/DKUE/KD/47/2016

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

Zamawiający:	Gmina Sędziszów ul. Dworcowa 20 28-340 Sędziszów
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	Instalacja kolektorów słonecznych na budynkach użyteczności publicznej i domach prywatnych na terenie Gmin Sędziszów, Wiślica, Stopnica, Tuczępy, Nowy Korczyn, Gnojno, Solec – Zdrój, Pacanów, Pińczów, Kije w trybie „projektuj i wybuduj”
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	21 039 566,00 zł, tj. 4 979 896,80 euro, w tym zamówienia uzupełniające: 2 744 291,22 zł, tj. 649 551,75 euro

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

A. Opis i kwalifikacja prawna naruszeń:

1. Zamawiający – Gmina Sędziszów – przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego mającego za przedmiot instalację kolektorów słonecznych na budynkach użyteczności publicznej i domach prywatnych na terenie Gmin Sędziszów, Wiślica,

Stopnica, Tuczępy, Nowy Korczyn, Gnojno, Solec – Zdrój, Pacanów, Pińczów, Kije w trybie „projektuj i wybuduj”. Z protokołu postępowania wynika, że szacunkowa wartość zamówienia podstawowego została ustalona na kwotę 18 295 274,79 zł netto, co stanowiło równowartość 4 330 345,05 euro. Dokonane przez zamawiającego szacowanie wartości zamówienia obrazuje dokument pn.: „Wniosek w sprawie rozpoczęcia procedury postępowania o udzielenia zamówienia według ustawy prawo zamówień publicznych”. Dokument ten zawiera tabelę z kalkulacją poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia oraz opis podstaw ustaleń w kwestii wysokości wartości szacunkowej. W tabeli zamawiający zamieścił również kolumnę z wartością podatku VAT, wg przyjętych przez zamawiającego odpowiednich stawek podatku, oraz przeliczoną wartość brutto przedmiotu zamówienia. Wartość brutto zamówienia podstawowego wynosiła 19 853 310,54 zł.

Do upływu wyznaczonego terminu do zamawiającego wpłynęło 10 ofert zgodnie z poniższym zestawieniem:

Lp.	Wykonawca	Cena oferty brutto
1.	Flexipower Group Sp. z o.o. Sp. k.	12 585 211,71 zł
2.	Energia Polska S.A.	12 974 843,31 zł
3.	████████████████████	13 421 692,95 zł
4.	████████████████████	13 769 876,43 zł
5.	Sanito Sp. z o.o.	13 907 224,15 zł
6.	Konsorcjum: P.Machalewski i W.Świtkowski Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe „WIKTOR” Sp. j. (lider), Eco-Team Sp. z o.o. Sp. k.	14 508 718,26 zł
7.	ANTINUS Sp. z o.o.	14 790 879,87 zł
8.	Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o.	14 835 050,23 zł
9.	████████████████████	15 967 600,50 zł
10.	Solartime Sp. z o.o.	16 415 599,11 zł

W przypadku czterech pierwszych wykonawców z powyższej tabeli, ceny brutto ich ofert były niższe od wartości szacunkowej zamówienia podstawowego powiększonej o wartość podatku VAT o następującą wielkość:

1. Flexipower Group Sp. z o.o. Sp. k. – cena niższa o 36,61% od wartości szacunkowej,
2. Energia Polska S.A. – cena niższa o 34,65% od wartości szacunkowej,
3. ████████████████████ – cena niższa o 32,40% od wartości szacunkowej,
4. ████████████████████ – cena niższa o 30,64% od wartości szacunkowej.

W przypadku pozostałych wykonawców, ceny ich ofert były niższe od wartości szacunkowej o mniej niż 30%.

Jednocześnie, cena oferty żadnego z wykonawców nie była niższa o 30% lub więcej od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (wynoszącej w niniejszym postępowaniu 14 317 669,65 zł brutto). Cena oferty najkorzystniejszej była niższa od średniej o 12,10%.

W toku postępowania zamawiający nie wzywał żadnego wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający nie powziął wątpliwości w tej kwestii i rozstrzygnął postępowanie, wybierając jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Flexipower Group Sp. z o.o. Sp. k. Informacja o wyniku postępowania została przekazana wykonawcom w dniu 29.01.2016 r.

Po wyborze najkorzystniejszej oferty część wykonawców kierowała do zamawiającego pisma z zarzutami dokonania czynności niezgodnych z ustawą Pzp. Kwestionowano między innymi zaniechanie wezwania części wykonawców, w tym Flexipower Group Sp. z o.o. Sp. k., do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Pisma w tej kwestii kierowali do zamawiającego wykonawcy: [REDAKTOWANE] (pismo z dnia 03.02.2016 r.) oraz Sanito Sp. z o.o. (pisma z dnia 03.02.2016 r. oraz 03.03.2016 r.). Zamawiający każdorazowo odpowiadał na otrzymywane pisma, przedstawiając uzasadnienie braku konieczności wzywania do wyjaśnienia wysokości zaproponowanych cen i braku podejrzenia zaoferowania w postępowaniu cen rażąco niskich.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, po otrzymaniu wniosku o kontrolę, zwrócił się do zamawiającego, pismem z dnia 15.03.2016 r. do ustosunkowania się do zarzutów, w tym do zarzutu zaniechania wezwania części wykonawców do wyjaśnienia okoliczności mających wpływ na wysokość ceny.

W odpowiedzi, pismem z dnia 22.03.2016 r., zamawiający poinformował, że „*podnoszone przez wykonawcę zarzuty były poddawane przez zamawiającego wnikliwej ocenie w trakcie prowadzonego postępowania, m.in. odpowiedź na wystąpienie SANITO Sp. z o.o. z dnia 19 lutego 2016 r, znak: RDR.E0.271.2.1.2015.*

Zamawiający posiadał szeroką wiedzę o wysokości kształtowania się aktualnych cen w zakresie przedmiotu zamówienia na rynku w oparciu o:

- *wyniki postępowania podstawowego prowadzonego przez Instytucję Realizującą Gminę Busko-Zdrój, w porównaniu do których ceny uzyskane przez zamawiającego są o 22% niższe,*
- *wyniki I unieważnionego przetargu, gdzie podobnie oferowane ceny ofertowe były znacząco niższe od wartości szacunkowej zamówienia, co przedstawia poniższa tabela (...).*

W toku rozpatrywania ofert tego postępowania [pierwszego – unieważnionego – przetargu], zamawiający zwrócił się do wykonawcy z poz.1 [konsorcjum Flexipower Group sp. z o.o., EcoExperts s.c.] (najkorzystniejsza oferta na II przetargu „Flexipower”, na I przetargu jako członka konsorcjum) o wyjaśnienia, czy aby oferowane stawki nie są narażone na zarzut rażąco niskiej ceny. Z tego faktu zamawiający posiadał wiedzę znaną niejako z urzędu (I przetarg)

przekazaną przez wykonawcę, że oferowane ceny nie posiadają wady rażąco niskiej, co dało zamawiającemu orientację o kształtującym się rynku cen w przedmiocie zamówienia.

- w przedmiotowym postępowaniu ceny nie odbiegały znacząco od średniej arytmetycznej, były do siebie zbliżone, nie przekraczające 30%, co obrazuje poniższe zestawienie (...).

Z uwagi na fakt, że analiza ofert nie wskazywała na cenę niższą niż 12,1% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, oraz po dokonanej analizie aktualnych cen rynkowych, Zamawiający nie miał wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia przez oferenta po oferowanej cenie. Zamawiający dokonując rozeznania cenowego stwierdził ponadto, że średnia cena 1 instalacji w najtańszej z przedstawionych ofert opiewa na kwotę 7 159,74 zł, która nie odbiega istotnie od średniej ceny 1 instalacji tego typu przy innych realizowanych aktualnie zamówieniach (...).

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy pzp, ustanawia obowiązek zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jeżeli cena oferty w opinii zamawiającego wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W świetle wyżej podanych faktów dotyczących rozeznania cen rynkowych zamawiający takiej wątpliwości nie powziął i w związku z tym nie wzywał wykonawców do udzielenia wyjaśnień (...).

Przepisy pzp nie zawierają pojęcia rażąco niskiej ceny. W orzecznictwie z zakresu pzp dotyczącym rażąco niskiej ceny wykształciła się już swoistego rodzaju praktyka orzecznicza. KIO oraz sądy powszechne w wydanych wyrokach akcentują, iż za cenę rażąco niską należy uznać cenę, która jest nierealna, czyli kwotę, za którą niemożliwe jest wykonanie zamówienia publicznego (...).

Powyżej zaprezentowane stanowisko orzecznictwa znalazło wyraz w nowym brzmieniu art. 90 ust. 1 pzp, który stanowi „jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”. Alternatywę tę podkreśla również wyrok KIO 1623/15, gdzie wskazuje się, że „ustawodawca zdecydował o wprowadzeniu określonego mechanizmu porównania ceny danej oferty, czy to do wartości zamówienia, czy średniej arytmetycznej cen innych ofert”.

Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego

lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Z powyższego przepisu wynika, iż obowiązek badania, czy cena oferty nie ma charakteru rażąco niskiej powstaje zawsze, gdy zamawiający nabierze wobec jej wysokości uzasadnionych wątpliwości. Dodatkowo przepis przewiduje, że obowiązek ten powstaje również w wyszczególnionej sytuacji, w której cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Powyższa regulacja nakłada na zamawiającego obowiązek wszczynania procedury na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w każdym przypadku, gdy zamawiający ustali, że zachodzi co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności. Okoliczność, iż cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert została ukształtowana jako przesłanka wywołująca w sposób obiektywny wątpliwości w kwestii możliwości należytego zrealizowania przez wykonawcę zamówienia za zaproponowaną cenę. Tym samym oferta wykonawcy zawierająca cenę niższą od wskazanego w ustawie progu powoduje konieczność skierowania przez zamawiającego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie pozostawia przy tym wątpliwości, że do zaktualizowania się powyższego obowiązku wystarczające jest stwierdzenie zaoferowania ceny niższej o 30% w stosunku do chociażby jednego z dwóch punktów odniesienia – wartości szacunkowej lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Powyższe stanowisko podzielone zostało w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.02.2016 r., KIO 183/16, w którym stwierdzono, odnosząc się do treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp: „Z przytoczonego przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wynika obowiązek wezwania wykonawcy do uruchomienia procedury wyjaśniającej w sytuacji, gdy cena "wydaje się" rażąco niska i gdy jej wysokość "budzi wątpliwości". W dalszej zaś części przepisu, ustawodawca wyraźnie przesądził, że wątpliwości takie należy powziąć zawsze, gdy cena oferty pozostaje w określonym, 30% stosunku do średniej arytmetycznej ofert lub wartości zamówienia (...). W świetle analizowanego przepisu bez znaczenia pozostawało to, że rzeczywiście cena oferty przystępującego (...) nie odbiegała znacznie ani od ceny oferty najdrożej ani od ceny oferty odwołującego. W świetle przywołanego

przepisu odbieganie ceny ofertowej od wartości zamówienia jest samodzielną i niezależną przesłanką obligującą zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej. Ustawodawca nie przewidział zaś, że od obowiązku takiego może zwolnić zamawiającego fakt, że cena analizowanej oferty nie odbiega od średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w postępowaniu”.

W kontrolowanym postępowaniu ceny ofert czterech wykonawców: Flexipower Group Sp. z o.o. Sp. k.; Energia Polska S.A.; [REDAKTED]; [REDAKTED] były niższe o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wprowadza, jak wskazano wyżej, bezwzględny obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sytuacji zaistnienia chociażby jednej z okoliczności przewidzianych w tym przepisie. Takimi okolicznościami są w szczególności wprost wymienione w ustawie: zaproponowanie ceny niższej o 30% od wartości zamówienia lub zaproponowanie ceny niższej o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Z uwagi na fakt, że w kontrolowanym postępowaniu zaistniała pierwsza z wymienionych sytuacji, zamawiający zobligowany był do wezwania wykonawców Flexipower Group Sp. z o.o. Sp. k.; Energia Polska S.A.; [REDAKTED]; [REDAKTED] do udzielenia, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Nie zasługuje przy tym na uwzględnienie argumentacja zamawiającego zawarta w piśmie do Prezesa Urzędu z dnia 22.03.2016 r., odnosząca się do wykonawcy Flexipower Group Sp. z o.o. Sp. k., iż zamawiający miał wiedzę o okolicznościach mających wpływ na wysokość ceny oferty tego wykonawcy. Zamawiający odwołuje się do faktu, że kontrolowane postępowanie jest drugim w kolejności postępowaniem w przyjętym przedmiocie. Poprzednie zostało unieważnione w dniu 23.12.2015 r., po czym zamawiający wszczął niniejsze postępowanie, nie zmieniając jego zakresu przedmiotowego. W pierwszym postępowaniu zamawiający wzywał wykonawcę konsorcjum Flexipower Group Sp. z o.o., EcoExperts s.c. do wyjaśnienia okoliczności mających wpływ na wysokość ceny i ocenił otrzymane wyjaśnienia jako wystarczające. W oparciu o te same wyjaśnienia zamawiający ocenił kalkulację ceny oferty Flexipower Group Sp. z o.o. Sp. k. w niniejszym postępowaniu.

Należy stwierdzić, że przyjęty przez zamawiającego sposób działania nie jest prawidłowy. Czynności zamawiającego, które ustawa Prawo zamówień publicznych kształtuje w danych okolicznościach jako obligatoryjne, muszą być realizowane w każdym postępowaniu i brak jest możliwości uchylenia się od takiego obowiązku. Ocena czynności zamawiającego dokonywana jest w ramach danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie ma podstaw do odnoszenia do danej sprawy czynności dokonywanych w innym postępowaniu.

Niezależnie od powyższego, Flexipower Group Sp. z o.o. Sp. k., składając ofertę w drugim postępowaniu zaoferowała inną cenę, niż w ofercie złożonej w ramach konsorcjum z EcoExperts s.c. w pierwszym postępowaniu przetargowym. W kontrolowanym postępowaniu

Flexipower Group Sp. z o.o. Sp. k. zaferowała cenę niższą o 527 901,42 zł w porównaniu z poprzednim postępowaniem. W związku z tym, wyjaśnienia złożone wcześniej przestały być aktualne w odniesieniu do kolejnej oferty, przewidującej istotnie niższą cenę. Tym samym nie mogły być podstawą oceny kalkulacji ceny tego wykonawcy.

W kontrolowanym postępowaniu zamawiający nie dysponował zatem wyjaśnieniami, ani dowodami, uzasadniającymi prawidłowość kalkulacji ceny czterech wymienionych wykonawców, w tym wykonawcy Flexipower Group Sp. z o.o. Sp. k., który złożył najkorzystniejszą ofertę. Zamawiający powoływał się jedynie na wiedzę opartą na wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę w innym prowadzonym przez siebie postępowaniu, jak również na znajomość cen oferowanych w postępowaniach innych zamawiających. Z ustawy Prawo zamówień publicznych wynika natomiast, że jedynym źródłem wiedzy zamawiającego, stanowiącym podstawę oceny kalkulacji ceny oferty są wyjaśnienia i dowody przedstawione przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. W kontrolowanym postępowaniu zaistniały przesłanki do obligatoryjnego wezwania wykonawców Flexipower Group Sp. z o.o. Sp. k.; Energia Polska S.A.; [REDAKTED]; [REDAKTED] do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zaniechanie tego obowiązku stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

2. W kontrolowanym postępowaniu zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące wiedzy i doświadczenia, osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej i zawarł opis sposobu oceny spełnienia tych warunków w rozdziale X. SIWZ.

W ogłoszeniu o zamówieniu, w sekcji III.3) „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków”, zamawiający zamieścił w miejscu przeznaczonym na opis poszczególnych warunków stwierdzenie: *„Zamawiający dokona oceny powyższego warunku na zasadzie spełnia/nie spełnia na podstawie dokumentów i oświadczeń dołączonych do oferty”*. Sekcja III.4) ogłoszenia zawiera wykaz wymaganych dokumentów bez zawarcia odniesienia do treści opisu warunków.

Powyższe wskazuje, że w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający wymienił dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ale nie wskazał opisu sposobu oceny spełniania tych warunków, który został określony jedynie w SIWZ.

Stosownie do brzmienia art. 22 ust. 3 ustawy Pzp, opis sposobu oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 tegoż artykułu zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu lub w przypadku trybów, które nie wymagają publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w zaproszeniu do negocjacji. Ponadto, zgodnie z art. 41 pkt 7 ustawy Pzp, ogłoszenie o zamówieniu zawiera m.in. warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Dodatkowo, zgodnie z treścią art. 11 ust. 6 ustawy Pzp, wzory ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych określone

zostały w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz.U.2014.1481 j.t.). Zgodnie ze wzorem ogłoszenia o zamówieniu (załącznik nr 1 do ww. rozporządzenia), w Sekcji III.3) ogłoszenia o zamówieniu – „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” zamawiający określa zawartość treści wskazanej pozycji w odniesieniu do poszczególnych warunków zamówienia. W odniesieniu do każdego warunku zamawiający zobowiązany jest podać „Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku”.

Tym samym, nie zamieszczając w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na stronie internetowej opisu sposobu dokonywania oceny spełniania każdego z warunków udziału w postępowaniu zamawiający naruszył art. 22 ust. 3, art. 41 pkt 7 oraz art. 11 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z przepisami rozporządzenia w sprawie wzorów ogłoszeń. Naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. W kontrolowanym postępowaniu zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia. Zgodnie z rozdz. X pkt 1.3 SIWZ warunek ten zamawiający uznawał za spełniony, jeżeli wykonawca potwierdził dysponowanie jedną osobą na każde ze stanowisk określonych w punktach 1.3.1-1.3.4, tj.: kierownikiem budowy, projektantem, kierownikiem robót elektrycznych, kierownikiem robót konstrukcyjno-budowlanych. Poza tym wymagano dysponowania zespołem min. 30 monterów.

W tej samej części SIWZ ustalono również, że *„Zamawiający dopuszcza łączenie funkcji w ramach ppkt. 1.3.1. - 1.3.4. pod warunkiem spełniania wymagań łącznie. Przy czym dopuszcza się łączenie przez jedną osobę nie więcej niż dwóch funkcji”*.

Wykonawca [REDAKTOR] złożył wraz z ofertą wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w celu potwierdzenia spełnienia warunku opisanego w rozdz. X pkt 1.3 SIWZ. Na stanowiska: kierownika budowy, projektanta oraz kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych wykonawca zaproponował tę samą osobę - Pana [REDAKTOR]. Tym samym wykonawca zaproponował jedną osobę do pełnienia trzech funkcji w sytuacji, gdy z jednoznacznego zapisu rozdz. X pkt 1.3 SIWZ wynikała dopuszczalność łączenia co najwyżej dwóch funkcji. Zatem należy stwierdzić, że wykaz osób nie odpowiadał wymaganiom SIWZ i nie pozwalał na stwierdzenie spełnienia przez [REDAKTOR] warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. X pkt 1.3. SIWZ.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym

terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W toku postępowania zamawiający nie wzywał tego wykonawcy do uzupełnienia wykazu osób i stwierdził spełnienie omawianego warunku przez wykonawcę [REDAKTOWANE]. Właściwa ocena dokumentów złożonych przez tego wykonawcę powinna natomiast skutkować wezwaniem wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu osób potwierdzającego spełnienie warunku z uwzględnieniem wszystkich wymogów zawartych w SIWZ. Zaniechanie tej czynności, która miała charakter obligatoryjny, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W związku z tym, że oferta wykonawcy [REDAKTOWANE] nie była najkorzystniejsza w postępowaniu, powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

4. W rozdz. X pkt 1.4.1 SIWZ zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji finansowej, zgodnie z którym wymagano posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości minimum 4 000 000,00 PLN.

Zamawiający zamieścił w SIWZ informację o możliwości powoływania się przez wykonawców na zasoby podmiotów trzecich, przytaczając w rozdz. X pkt 5 SIWZ treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W przypadku powoływania się na potencjał finansowy podmiotu trzeciego, w rozdz. XI ustęp A pkt 9 SIWZ wskazano, że zamawiający w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda złożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową podmiotu trzeciego. Z kolei, zgodnie z pkt 5 rozdz. XI ustęp B3) SIWZ, wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na potencjał innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedkłada także dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy, określonym w rozdz. XI ustęp B) SIWZ.

W celu wykazania spełnienia określonego wyżej warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej, wykonawca [REDAKTOWANE] nie przedstawił własnych zasobów finansowych, lecz powołał się na potencjał podmiotu trzeciego – [REDAKTOWANE]. Wykonawca złożył informację banku potwierdzającą, że [REDAKTOWANE] posiada zdolność kredytową w wysokości wymaganej w postępowaniu. Wykonawca złożył również zobowiązanie [REDAKTOWANE], w którym wskazano, że podmiot ten zobowiązuje się do oddania wykonawcy zasobów w postaci zdolności finansowej w zakresie zdolności kredytowej na kwotę 4.000.000,00 zł, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W zobowiązaniu znajduje się również oświadczenie, że [REDAKTOWANE] nie będzie uczestniczył w realizacji części zamówienia. Jednocześnie, złożono dokumenty [REDAKTOWANE] wymagane w

sytuacji, gdy podmiot trzeci zobowiązuje się do uczestnictwa w realizacji części zamówienia. Ponadto, w formularzu ofertowym wykonawcy ██████████ zaznaczone zostało stwierdzenie: „Nie zamierzam powierzać do podwykonania żadnej części niniejszego zamówienia”. Poniżej tego oświadczenia znajdowała się tabela, w której wykonawcy oświadczający o korzystaniu z podwykonawcy określali części zamówienia przeznaczone do powierzenia podwykonawcy oraz nazwę/firmę podwykonawcy. W tej tabeli ██████████ wskazał: „Tylko zdolność finansowa bez wykonywania robót, projektowania, itp./ ██████████”.

Zamawiający uznał opisane wyżej zobowiązanie ██████████ za prawidłowe i nie wzywał do wyjaśnienia jego treści, ani też do jego uzupełnienia.

Zgodnie z 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. 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 wykonania 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 potencjału, jeżeli z tego zobowiązania, ani z innych dokumentów nie wynika zakres i sposób udostępnienia zasobów. Brak wiedzy na ten temat uniemożliwia bowiem zamawiającemu ocenę, czy wykonawca rzeczywiście dysponuje potencjałem w sposób pozwalający mu na spełnienie warunku i należyte wykonanie zamówienia. Tym samym, aby zamawiający mógł dokonać oceny, czy zasoby są udostępniane w zakresie „niezbędnym”, tj. w zakresie gwarantującym należyłą realizację zamówienia, podmiot trzeci musi je uprzednio wskazać.

W niniejszej sprawie jedynym dowodem udostępnienia potencjału finansowego ██████████, przedłożonym przez wykonawcę, jest zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia tego potencjału. Analiza treści złożonego zobowiązania nie dowodzi, że wykonawca rzeczywiście dysponuje zasobami finansowymi w sposób gwarantujący należyłą realizację udzielanego zamówienia publicznego. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, iż z przedłożonego oświadczenia nie wynika, w jaki sposób i na jakich zasadach zdolność kredytowa podmiotu trzeciego zostaje udostępniona: np. czy podmiot trzeci posiadający zdolność kredytową na wymaganą kwotę zobowiązuje się zaciągnąć kredyt, a następnie wymagane środki udostępnić wykonawcy w formie darowizny, pożyczki, bądź zakupu za wymaganą kwotę materiałów potrzebnych do wykonania instalacji. Zamawiający poinformował pismem z dnia 27.07.2016 r., w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu, że dokumenty złożone przez ██████████

pozwalają na stwierdzenie, że [REDAKTOWANE] będzie brał udział w realizacji części zamówienia jako podwykonawca, co potwierdza, zdaniem zamawiającego, realny sposób udostępnienia zasobów w niezbędnym zakresie. Zobowiązanie do udziału w realizacji części zamówienia przez podmiot trzeci zamawiający wywodzi z faktu złożenia dokumentów określonych w rozdz. XI ustęp B3) pkt 5 SIWZ, odnoszących się do [REDAKTOWANE]. Jednakże, z jednoznacznego oświadczenia [REDAKTOWANE] zawartego w zobowiązaniu, jak również z przytoczonej wyżej treści formularza ofertowego [REDAKTOWANE] wynika, że [REDAKTOWANE] nie zamierzał brać udziału w realizacji części zamówienia jako podwykonawca, w związku z czym w niniejszej sprawie podwykonawstwo nie może być uznane za sposób udostępnienia potencjału [REDAKTOWANE]. Ponadto podwykonawstwo nie gwarantuje udostępnienia zasobów finansowych w trakcie realizacji zamówienia.

Należy również zwrócić uwagę, że w samej treści SIWZ (rozdz. XI ustęp A pkt 9), w przypadku powoływania się na potencjał finansowy podmiotu trzeciego, zamawiający żądał wskazanych dokumentów „w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów”. Tym samym złożenie zobowiązania, z którego treści (jak również z innych dokumentów) nie wynika sposób udostępnienia zasobów, nie może być uznane za potwierdzające, że wykonawca ma rzeczywisty dostęp do zdolności finansowej podmiotu trzeciego i że jest to dostęp na zasadach wystarczających do należytej realizacji zamówienia, a tym samym zamawiający nie miał gwarancji, że wybrany wykonawca spełniał warunek i faktycznie będzie zdolny do realizacji niniejszego zamówienia.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W związku z powyższym zamawiający obowiązany był do wezwania wykonawcy [REDAKTOWANE] do uzupełnienia dokumentów potwierdzających w sposób niebudzący wątpliwości, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości minimum 4 000 000,00 PLN. Zaniechanie tego obowiązku stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W związku z tym, że oferta wykonawcy [REDAKTOWANE] nie była najkorzystniejsza w postępowaniu, powyższe 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 umotywowanych zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.