

Sygn. akt: KIO/KD 36/19

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 30 kwietnia 2019 r.**

Po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

**Teatr Miejski w Gliwicach**  
**ul. Nowy Świat 55/57**  
**44-100 Gliwice**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 28.03.2019 r., przekazanej przy piśmie nr UZP/DKZP/WKZ5/421/32(3)/18/RB (Informacja) w przedmiocie zamówienia publicznego na: modernizację technologii sceny Teatru Miejskiego w Gliwicach

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący:**                   **Agata Mikołajczyk**

**Członkowie:**                       **Małgorzata Matecka**  
   **Aneta Mlącka**

wyraża następującą opinię:

**zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia w piśmie z dnia 4 kwietnia 2019 r. od wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej naruszeń w zakresie:**

- 1. Pkt 2.1. Informacji zasługują na uwzględnienie;**
- 2. Pkt 2.2. Informacji nie podlegają uwzględnieniu.**

**Uzasadnienie**

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) kontrolą doraźną następczą w przedmiocie w przedmiocie zamówienia publicznego na: modernizację technologii sceny

Teatru Miejskiego w Gliwicach. O wynikach przeprowadzonej kontroli Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego, tj. Teatr Miejski w Gliwicach pismem z dnia 28.03.2019 r., nr UZP/DKZP/WKZ5/421/32(3)/18/RB, przesyłając Informację o wyniku kontroli. W przesłanej Informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu poinformował w punkcie 2 Informacji, że po przeprowadzeniu kontroli przedmiotowego postępowania stwierdził (...) naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu;
- 2) art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez żądanie przez zamawiającego, w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, przedłożenia przez wykonawcę dokumentu nie będącego dokumentem określonym w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 27.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126);
- 3) art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a) rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016 r. poz. 1128), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie protokołu postępowania” poprzez zaniechanie wskazania w protokole postępowania powodów braku podziału zamówienia na części”.

W uzasadnieniu Kontrolujący wskazał, co następuje:

1. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) określił, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą się doświadczeniem zawodowym, tj. m.in. wykażą że wykonali w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie lub remoncie technologii sceny o wartości robót co najmniej 800.000,00 zł brutto. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia zawodowego, zamawiający żądał przedstawienia wykazu robót budowlanych z załączeniem dowodów określających czy roboty budowlane zostały wykonane należycie.

Wraz z ofertą wykonawca TBM Software Sp. z o.o. w celu spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu, przedstawił oświadczenie o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu oraz informacje o poleganiu na zasobach podmiotu trzeciego Przedsiębiorstwa Innowacyjnego ERGO G. R. wraz ze zobowiązaniem do udostępnienia wiedzy i doświadczenia. Z ww. zobowiązania nie wynika, czy podmiot udostępniający doświadczenie w jakikolwiek sposób będzie realizował roboty budowlane będące przedmiotem zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 19.06.2017 r. na podstawie art 26 ust. 3 ustawy Pzp zwrócił się do ww. wykonawcy z prośbą o uzupełnienie zobowiązania podmiotu trzeciego.

Pismem z dnia 20.06.2017 r. wykonawca przedłożył zobowiązanie Przedsiębiorstwa Innowacyjnego ERGO G. R. do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia oraz referencje potwierdzające należyte wykonanie wskazanych w wykazie robót na rzecz EUAL Internacional B.V. przez ww. podmiot trzeci.

Pismem z dnia 23.06.2017 r. zamawiający na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wezwał wykonawcę TBM Software Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca TBM Software Sp. z o.o. w piśmie z dnia 23.06.2017 r. wyjaśnił, iż wszystkie dokumenty wymagane przez zamawiającego w siwz są w jego posiadaniu (zostały złożone wraz z ofertą oraz na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów z dnia 19.06.2017 r.).

Pismem z dnia 23.06.2017 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TBM Software Sp. z o.o.

Pismem z dnia 28.06.2017 r. wykonawca Firma Handlowo — Usługowa ELWO LIGHT P.W. zwrócił się do zamawiającego na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp z informacją o zaniechaniu wykluczenia wykonawcy TBM Software Sp. z o.o. z postępowania oraz zaniechania uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą.

Pismem z dnia 05.07.2017 r. zamawiający poinformował wykonawcę TBM Software Sp. z o.o. o ww. informacji i zwrócił się z prośbą o złożenie oświadczenia potwierdzającego prawdziwość listu referencyjnego wystawionego przez EUAL Internacional B.V.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca TBM Software Sp. z o.o. przedstawił w piśmie z dnia 06.07.2017 r. oświadczenie Przedsiębiorstwa Innowacyjnego ERGO G. R. o prawdziwości listu referencyjnego wystawionego w Utrechcie w dniu 28.09.2013 r. przez firmę EUAL Internacional B.V., w którym wskazano, że „Przedsiębiorstwo Ergo na zlecenie firmy EUAL Internacional B.V. wykonało projekt oraz prace modernizacyjne i rozbudowę bufetu klubowego i Sali kinowo audytorijnej w budynku klubu studenckiego Uniwersytetu w Utrechcie. Podpisana umowa była realizowana w formie zaprojektuj i wybuduj. Realizacja umowy składała się z dwóch etapów: Projekty, konsultacje; Roboty budowlane”.

Ze względu na prowadzone konsultacje i prace projektowe roboty budowlane, które to de facto stanowiły podstawę do oddania do dyspozycji swoich zasobów tj. zdolności zawodowych - wiedzy i doświadczenia w w/w postępowaniu, zostały wykonane w terminie od 01.07.2013 r., a zakończone w dniu 28.09.2013 r. W tym czasie firma Ergo G. R. posiadała pełne uprawnienia do prowadzonej działalności. (w załączeniu wydruk z CEIDG).”

Mając na uwadze powyżej ustalony stan faktyczny Kontrolujący stwierdził, że wykonawca w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu może polegać na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Wykonawca TBM Software Sp. z o.o. przedstawił mi.in. referencje potwierdzające należyte wykonanie wskazanych w wykazie robót na rzecz EUAL Internacional B.V. przez podmiot trzeci - Przedsiębiorstwo Innowacyjne ERGO G. R. oraz złożone przez ww. podmiot trzeci (na wezwanie zamawiającego) oświadczenie potwierdzające prawdziwość listu referencyjnego wystawionego przez EUAL Internacional B.V.

Kontrolujący zauważył, że ww. oświadczenie zostało złożone przez wykonawcę udostępniającego swoje zasoby, nie zaś przez podmiot na rzecz którego roboty te były wykonywane.

Zgodnie z § 2 ust. 4 ust. 1 rozporządzenia, zamawiający w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej może żądać wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym, czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty. Ponadto, stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie

złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Brak wezwania przez zamawiającego wykonawcy TBM Software Sp. z o.o. do uzupełnienia dowodów określających, czy wykazane roboty budowlane zostały wykonane należyście stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Biorąc ponadto pod uwagę fakt niewykazania przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, że zasoby wiedzy i doświadczenia zostały mu udostępnione przez podmiot trzeci w sposób realny i że wykonawca spełnia w ten sposób opisany warunek wiedzy i doświadczenia, należy wskazać na mające także zastosowanie w sprawie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z pierwszym z ww. przepisów 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. 1 pkt 12 ustawy Pzp, ciężar wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy. Tym samym niedopuszczalne jest, aby zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków i nie został pod tym kątem zweryfikowany przez zamawiającego. Zamawiający może udzielić zamówienia wyłącznie takiemu wykonawcy, co do którego nie zachodzą wątpliwości, że warunki udziału w postępowaniu spełnia. Brak weryfikacji wykonawcy w sposób przewidziany w przepisach ustawy Pzp pod kątem spełniania warunków jest także sprzeczny z dyspozycją drugiego z wymienionych przepisów, tj. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Art. 7 ust. 3 ustawy Pzp odsyła zatem do innych przepisów ustawy Pzp,

jednocześnie wyraźnie wskazując, że niezgodność procedury udzielenia zamówienia z jakimkolwiek przepisem dotyczącym procesu wyboru wykonawcy, skutkuje zakazem udzielenia zamówienia temu wykonawcy. Dowodzi tego zwłaszcza użycie w przepisie słowa „wyłącznie”, które zawęża możliwość wyboru wykonawcy jedynie do takiego, który został wybrany zgodnie z przepisami ustawy, tym samym wyłączając możliwość udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z jakimkolwiek przepisem ustawy mającym wpływ na wybór oferty.

Jak stwierdzono powyżej, w przedmiotowej sprawie wykonawca nie wykazał, że w wystarczającym zakresie i w wystarczający sposób dysponuje potencjałem podmiotu trzeciego w zakresie wymaganej zdolności zawodowej (doświadczenia). Tym samym wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Jednocześnie w toku kontroli zostało stwierdzone, że zamawiający nie podjął czynności weryfikacji doświadczenia tegoż wykonawcy w celu potwierdzenia, że spełnia on ww. opisany warunek, tj. nie podjął czynności wezwania wykonawcy do uzupełnienia dowodów określających, czy roboty wykonane przez podmiot trzeci - Przedsiębiorstwo Innowacyjne ERGO G. R. na rzecz EUAL Internacional B.V. zostały wykonane należycie.

Tym samym, zamawiający zaniechał dokonania weryfikacji wykonawcy pod kątem spełniania warunku, a co więcej — następnie udzielił mu zamówienia. Powyższe oznacza, że dokonując wyboru oferty wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, tj. wybrał ofertę wykonawcy nie dającego gwarancji należytego wykonania zamówienia. Dodatkowo zamawiający naruszył art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór był niezgodny z przepisami ustawy Pzp, tj. z art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Tym samym zamawiający naruszył nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i naruszył jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień. Nakaz ten bowiem sformułowany został w dziale I rozdziale 2 ustawy Pzp, który zawiera zasady udzielania zamówień, tj. podstawowe i zasadnicze reguły, które stanowią wytyczne co do interpretacji pozostałych przepisów ustawy Pzp i muszą być przestrzegane w procesie udzielenia zamówienia. Naruszenie ww. nakazu świadczy o niedopuszczalności wyboru oferty wykonawcy TBM Software Sp. z o.o. i stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

2. Z dokumentacji postępowania wynika, że wykonawca Firma Handlowo — Usługowa ELWO LIGHT P. W. pismem z dnia 28.06.2017 r. zwrócił się do zamawiającego na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp z informacją o zaniechaniu wykluczenia wykonawcy TBM Software Sp. z o.o. z postępowania oraz zaniechania uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą.

Zamawiający w piśmie z dnia 05.07.2017 r. poinformował TBM Software Sp. z o.o. o ww. informacji i zwrócił się z prośbą o złożenie „oświadczenia potwierdzającego prawdziwość listu referencyjnego wystawionego przez EUAL Internacional B.V.”

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż zgodnie z treścią art. 25 ust. 1 ustawy Pzp 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.

Treść art. 25 ust. 2 ustawy Pzp z kolei stanowi, że rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy w jakich dokumenty te mogą być składane określił Prezes Rady Ministrów w drodze rozporządzenia. Wydane na podstawie ww. przepisu rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 27.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126), w § 2 zawiera zamknięty katalog dokumentów, których zamawiający może żądać w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp.

W katalogu tym nie znajduje się „oświadczenie potwierdzające prawdziwość listu referencyjnego”, a tym samym należy uznać, że żądanie przez zamawiającego przedłożenia przez wykonawcę TBM Software Sp. z o.o. tego rodzaju dokumentu, tj. „oświadczenia potwierdzającego prawdziwość listu referencyjnego wystawionego przez EUAL Internacional B.V.” stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Wykazane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, zamawiający w punkcie 2.2 protokołu postępowania (druk ZP-PN) zapisał: „Czy zamówienie zostało podzielone na części: NIE”. Jednocześnie zamawiający pozostawił niewypełnioną część protokołu postępowania dotyczącą powodów niedokonania podziału zamówienia na części.

W świetle przepisu art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół, zawierający co najmniej powody niedokonania podziału zamówienia na części. Powyższy przepis stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego normy zawartej w art. 46 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, który stanowi m.in., że instytucje zamawiające dokonują wskazania najważniejszych powodów swojej decyzji o niedokonaniu podziału na części, które zamieszcza się w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu, o którym mowa w art. 84. Należy zauważyć, że jednym z głównych celów dyrektyw z zakresu zamówień publicznych jest zwiększenie udziału sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w rynku zamówień publicznych. Działanie takie powinno skutkować również zwiększeniem konkurencji między wykonawcami. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zaniechał wskazania powodów niedokonania podziału zamówienia na części w punkcie 2.2 protokołu postępowania (druk ZP-PN), co stanowi naruszenie art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Informując Zamawiającego, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, przysługuje mu prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli stwierdził ponadto, że Prezes Urzędu przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z ustawą Prawo zamówień publicznych. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2019 r. (znak: 47/2019/PITM) Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do wyniku kontroli w zakresie punktu 2.1. oraz punktu 2.2. Informacji o wyniku kontroli, podnosząc, co następuje:

1) Zamawiający nie zgadza się z zarzutem naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Jego zdaniem, (...) dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wziął pod uwagę dokumenty złożone przez



Wykonawcę TBM Software Sp. z o.o. tj. wykaz robót budowlanych oraz list referencyjny wystawiony przez podmiot, na rzecz którego były wykonane roboty budowlane tj. firmę EUAL international B.V. Wykonawca przedstawił również zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia swojego zasobu. Z listu referencyjnego jednoznacznie wynika, że robota budowlana wskazana w wykazie robót budowlanych została wykonana należycie, o czym świadczy następujące sformułowanie: „Projekt, roboty i dostawy, wymienione powyżej, o łącznej wartości 684.500 EUR zostały wykonane zgodnie z planem w okresie 03 luty 2012 r. 28 wrzesień 2013 r., i zostały odebrane komisyjnym protokołem końcowym bez zastrzeżeń”. Dokumenty te w sposób jednoznaczny potwierdziły w ocenie Zamawiającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia. Po dokonanej ocenie ofert Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Na tym etapie postępowania złożone przez Wykonawcę dokumenty nie budziły żadnych wątpliwości co do ich prawdziwości. Zarzuty zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej są dla Zamawiającego niezrozumiałe i nieuzasadnione. W Informacji na str. 5 wskazano, że (...) brak wezwania przez zamawiającego wykonawcy TBM Software Sp. z o.o. do uzupełnienia dowodów określających, czy wykazane roboty budowlane zostały wykonane należycie stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania Nie podważono formy złożonego dokumentu, ani jego treści, w szczególności nie wskazano, które informacje zawarte w referencjach wymagają uzupełnienia.

Kolejny zarzut dotyczył „*niewykazania przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, że zasoby wiedzy i doświadczenia zostały mu [Wykonawcy] udostępnione przez podmiot trzeci w sposób realny i że wykonawca spełnia w ten sposób opisany warunek wiedzy i doświadczenia (...)*”. Również w tym przypadku nie podważono formy złożonego dokumentu (zobowiązania podmiotu trzeciego), ani jego treści posługując się jedynie ogólnym sformułowaniem zacytowanym powyżej. Trudno w tym zakresie Zamawiającemu odnieść się szczegółowo do postawionego zarzutu, gdyż z treści uzasadnienia Informacji pokontrolnej nie wynikają żadne konkretne zarzuty względem zobowiązania podmiotu trzeciego. Ponadto wskazano, że w niniejszej sprawie mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. art. 24 ust. 2 pkt 4 (str. 6 Informacji pokontrolnej), podczas gdy ust. 2 wymienionego artykułu został uchylony ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2016 poz. 1020) zatem nie może mieć zastosowania w kontrolowanym postępowaniu.

2) Zamawiający nie zgadza się z zarzutem naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez żądanie przez zamawiającego, w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, przedłożenia przez wykonawcę dokumentu nie będącego dokumentem określonym w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 27.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126). Podał, że (...) Po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty do Zamawiającego wpłynął e-mail drugiego Wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o zamówienie publiczne, w którym to Wykonawca P.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. Elwo-Light podważył prawdziwość złożonych przez wybranego Wykonawcę dokumentów. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli oświadczenia lub dokumenty budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym. Na podstawie tej informacji Zamawiający zwrócił się 5 lipca 2017 r. do Wykonawcy TBM Software Sp. z o.o. z prośbą o złożenie wyjaśnień w kwestiach podniesionych przez pana Piotra Wojtasa. Firma TBM Software Sp. z o.o. pismem z dnia 6 lipca 2017 r. wyjaśniła, że zawarte w liście referencyjnym informacje są prawdziwe na dowód czego przedłożyła dodatkowo oświadczenie podmiotu trzeciego. Udzielone wyjaśnienia Zamawiający uznał za wystarczające. Podkreślił, że pismo Zamawiającego wzywającego do złożenia wyjaśnień zostało skierowane do Wykonawcy po wyborze najkorzystniejszej oferty i miało na celu wyjaśnienie pojawiających się wątpliwości co do prawdziwości złożonych w toku postępowania dokumentów. Nie sposób zgodzić się z zarzutem zawartym w Informacji pokontrolnej, że Zamawiający żądał przedłożenia dokumentu, który nie został wyszczególniony w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 27.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126). Celem Zamawiającego było jedynie wezwanie do złożenia wyjaśnień w związku z pojawiającymi się wątpliwościami, o czym świadczy cała treść pisma z dnia 5 lipca 2017 r. skierowanego do Wykonawcy TBM Software Sp. z o.o. Zamawiający wskazał na sprzeczne jego zdaniem wnioski zawarte w Informacji pokontrolnej. Z jednej strony został postawiony zarzut żądania dokumentu niezawartego w wyżej wymienionym rozporządzeniu (str. 7 Informacji pokontrolnej), a z drugiej strony wskazano, że owo oświadczenie pochodziło od podmiotu trzeciego, a nie od podmiotu na rzecz którego roboty te były wykonywane, co w konsekwencji doprowadziło do postawienia zarzutu braku wezwania do uzupełnienia dowodów określających, czy wykazane roboty budowlane zostały wykonane należycie (str. 5 Informacji pokontrolnej).

3) W zakresie naruszenia art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w zw. z par. 3 ust. 3 pkt 1 lit. a) Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający informuje, że dokonał uzupełnienia treści protokołu o brakujące uzasadnienie niedokonania podziału zamówienia na części.

Pismem z dnia 19 kwietnia 2019 r. Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli z dnia 28.03.2019 r., przekazanej przy piśmie nr UZP/DKZP/WKZ5/421/32(3)/18/RB odnośnie naruszeń wskazanych w pkt 2.1. i 2.2. Informacji. Jednocześnie wskazał, że Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń dotyczących naruszenia z pkt 2.3. tej Informacji.

W uzasadnieniu stanowiska Prezes Urzędu stwierdził, że stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wskazanych w pkt 2.1. i 2.2 Informacji o wyniku kontroli nie zasługuje na uwzględnienie z następujących powodów:

Ad. 1) Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy wykażą, że nie wcześniej niż w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie lub remoncie technologii sceny o wartości robót co najmniej 800.000 zł brutto. W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku zamawiający żądał dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów tj. wykazu robót budowlanych z załączeniem dowodów określających czy roboty budowlane zostały wykonane należycie. Ponadto zamawiający w pkt 11.2 siwz wskazał, iż „wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Wykonawca w takiej sytuacji musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. ”

W trakcie postępowania wykonawca TBM Software Sp. z o.o., w odpowiedzi na wezwanie wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wraz z przywołaniem treści art. 22a ust. 6 ustawy Pzp do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego na zasobach, którego

wykonawca polegał w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, uzupełnił wraz z pismem z dnia 20.06.2017 r. m.in. referencje wystawione przez firmę EUAL International B.V. dla Przedsiębiorstwa Innowacyjnego ERGO G. R. - podmiotowi trzeciemu. Z treści powyższych referencji wynika, że ww. podmiot trzeci wykonał na rzecz firmy EUAL International B.V. „projekt oraz prace modernizacyjne i rozbudowę bufetu klubowego i sali kinowo-audytoryjnej w budynku klubu studenckiego Uniwersytetu w Utrechcie (roboty budowlane, elektryczne i sanitarne, w tym wentylacja i klimatyzacja z odzyskiem ciepła) oraz dostawę wyposażenia technologicznego, w tym kompletne systemy: oświetlenia, audio-video i kinotechniczny. Projekt, roboty i dostawy, wymienione powyżej, o łącznej wartości 684.500,00 EUR zostały wykonane zgodnie z planem w okresie 03 luty 2012 r. - 28 wrzesień 2013 r., i zostały odebrane komisyjnym protokołem końcowym bez zastrzeżeń. Zamawiający pozytywnie dokonał oceny spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę TBM Software Sp. z o.o., dokonując w dniu 23.06.2017 r. wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej.

Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu stwierdził, (...) iż w świetle sformułowanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wymogu wykazania się we wskazanym okresie co najmniej jedną robotą budowlaną polegającą na budowie, przebudowie lub remoncie technologii sceny (*podkreślenie Prezesa Urzędu*) o określonej wartości, przedstawione przez wykonawcę TBM Software Sp. z o.o. referencje potwierdzające wykonanie przez podmiot trzeci - Przedsiębiorstwo Innowacyjne ERGO G. R. na rzecz firmę EUAL International B.V. projektu oraz prac modernizacyjnych, rozbudowy bufetu klubowego i sali kinowo audytoryjnej w budynku klubu studenckiego Uniwersytetu w Utrechcie nie potwierdzają doświadczenia ww. podmiotu trzeciego w robotach budowlanych mających za przedmiot prace związane z wymaganą przez zamawiającego technologią sceny”. W tym miejscu stwierdził, że (...) w tej sytuacji po stronie Zamawiającego zaktualizował się obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, z których wynikałoby spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu. Dyspozycja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, iż jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne

byłoby unieważnienie postępowania”. Wskazał na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w uchwale z dnia 13.10.2014 r. (sygn. akt: KIO/KD 94/14), podnosząc, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy ma charakter obligatoryjny, na co wskazuje sformułowanie „wzywa”, a nie „może wezwać” i obliguje zamawiającego do wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w sytuacjach uregulowanych w tym przepisie. Jak wskazuje Izba, cyt.: „zgodnie z poglądem utrwalonym i jednolicie prezentowanym tak w orzecznictwie Izby jak i sądów okręgowych, sytuacja „niezłożenia” dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu zachodzi również w przypadku, w którym złożony dokument nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wywodzi się to z wnioskowania a maiori ad minus. Jeżeli bowiem w świetle przywoływanego przepisu dopuszczalne jest uzupełnienie dokumentów, które nie zostały złożone w ogóle (nawet wszystkich dokumentów), to tym bardziej możliwe jest i konieczne uzupełnianie dokumentów zawierających mniej doniosłe błędy czy braki. Tym samym sytuacja, w której dokument (np. wykaz robót i referencje), który został złożony, a nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu, jest równoważna z brakiem złożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Stwierdzenie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w rozpoznawanym przypadku przesądza również o naruszeniu przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Fakt niewykazania skutecznego dysponowania zasobami innego podmiotu, który nie wykazuje spełniania warunku udziału w postępowaniu, mimo że wykonawca na takie zasoby się powołuje, jest jednoznaczny z brakiem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zaniechanie wykluczenia takiego wykonawcy stanowi naruszenie wskazanego wyżej przepisu, jak również przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, w myśl którego zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Prezes Urzędu zauważył, że do przeprowadzenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020). Przywołana przez Zamawiającego, zamieszczona w uzasadnieniu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zawartego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, nieaktualność treści art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zmienionego powyższą nowelizacją ustawy Pzp pozostaje bez wpływu na stwierdzenie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z

art. 7 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na fakt umiejscowienia tej regulacji w treści obecnie obowiązującego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, co należy uznać za dokonaną przez ustawodawcę zmianę redakcyjną przywołanego przepisu. W związku z powyższym, zamawiający nie realizując nałożonego przez ustawę Pzp obowiązku, naruszył treść art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. W konsekwencji podtrzymuję stanowisko odnośnie naruszenia przez zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp.

Ad. 2) Odnosząc się do zastrzeżeń zgłoszonych odnośnie naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp Prezes Urzędu przytoczył ustalony w trakcie kontroli stan faktyczny podnosząc, że wykonawca Firma Handlowo — Usługowa ELWO LIGHT P. W. pismem z dnia 28.06.2017 r. zwrócił się do Zamawiającego na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp z informacją o zaniechaniu wykluczenia wykonawcy TBM Software Sp. z o.o. z postępowania oraz zaniechania uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą, wskazując, że wykonawca nie wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej, tj. że zrealizował w ostatnich pięciu latach przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie lub remoncie technologii sceny o wartości robót co najmniej 800.000 zł brutto. Wskutek wniesienia powyższej informacji, zamawiający pismem z dnia 05.07.2017 r. poinformował wykonawcę TBM Software Sp. z o.o. o jej wpływie oraz zwrócił się do ww. wykonawcy z prośbą o, cyt.: *„niezwłoczne złożenie pod odpowiedzialnością karną, oświadczenia potwierdzającego prawdziwość Listu Referencyjnego wystawionego w Utrechcie 28 września 2013 roku przez UAL international B. V. i dostarczonego przez Was w trakcie prowadzonego przez Teatr Miejski w Gliwicach postępowania przetargowego o sygnaturze ZP/T/01/17 dotyczącego zadania pod nazwą „Modernizacja technologii sceny Teatru Miejskiego w Gliwicach.”* W odpowiedzi na powyższe, wykonawca TBM Software Sp. z o.o. przedstawił oświadczenie Przedsiębiorstwa Innowacyjnego ERGO G. R. o prawdziwości listu referencyjnego wystawionego w Utrechcie w dniu 28.09.2013 r. przez firmę EUAL International B.V, w treści którego wskazano, iż cyt.: *„Przedsiębiorstwo Ergo na zlecenie firmy EUAL International B. V wykonało projekt oraz prace modernizacyjne i rozbudowę bufetu klubowego i Sali kinowo audytoryjnej w budynku klubu studenckiego Uniwersytetu w Utrechcie. Podpisana umowa była realizowana w formie zaprojektuj i wybuduj. Realizacja umowy składała się z dwóch etapów: Projekty, konsultacje; Roboty budowlane”*. Ze względu na prowadzone konsultacje i prace projektowe roboty budowlane, które to de facto stanowiły podstawę do oddania do dyspozycji swoich zasobów tj. zdolności zawodowych - wiedzy i doświadczenia w w/w postępowaniu, zostały wykonane w terminie od 01.07.2013 r. a zakończone w dniu

28.09.2013 r. W tym czasie firma Ergo G. R. posiadała pełne uprawnienia do prowadzonej działalności. (w załączeniu wydruk z CEIDG)”.

Prezes Urzędu wskazał, że zgodnie z treścią art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, 3) brak podstaw wykluczenia - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Treść art. 25 ust. 2 ustawy Pzp z kolei stanowi, że rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy w jakich dokumenty te mogą być składane określi Minister właściwy do spraw gospodarki w drodze rozporządzenia. Wydane na podstawie ww. przepisu rozporządzenie Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), w § 2 ust. 4 zawiera zamknięty katalog dokumentów, których zamawiający może żądać w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej. Dokument w postaci „oświadczenia potwierdzającego prawdziwość listu referencyjnego wystawionego przez EUAL Internacional B.V.” nie mieści się w ramy żadnego z dokumentów przewidzianych ww. rozporządzeniem. Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, iż wystosowane przez Zamawiającego pismem z dnia 05.07.2017 r. żądanie złożenia powyżej opisanego dokumentu przez wykonawcę TBM Software Sp. z o.o. stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Reasumując, przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp wskazanego w pkt 2.2. Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:**

W ocenie Izby, zgłoszone przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu zastrzeżenia do wyniku kontroli zawarte w punkcie 2.1 Informacji do wyniku kontroli zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że Prezes Urzędu może po wpłynięciu zastrzeżeń Zamawiającego, prowadzić ustalenia czy podniesione zastrzeżenia są zasadne, jednakże biorąc pod uwagę treść art. 166 ust. 1 i 2 oraz 167 ust. 1 ustawy Pzp nie może to prowadzić, przy zachowaniu dotychczasowego wyniku kontroli, do formułowania nowych zastrzeżeń wobec zamawiającego. Jeśli w wyniku ustaleń dokonanych już po otrzymaniu zastrzeżeń, wyjdą na jaw nowe okoliczności uzasadniające postawienie zamawiającemu nowych zarzutów co do przeprowadzonego postępowania, to winno to skutkować wydaniem nowego wyniku kontroli, do którego zamawiający miałby prawo się odnieść. Dlatego też przywołane nowe zarzuty podniesione wobec tego Zamawiającego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dopiero w odpowiedzi na zastrzeżenia nie mogą oddziaływać na rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej o niezasadności zastrzeżeń zgłoszonych przez zamawiającego.

W tym przypadku mamy doczynienia z taką sytuacją, albowiem zarzut z pkt 2.1. Informacji - naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu Kontrolujący oparł na następującym ustaleniu: str 6 akapit 3 -5 oraz str 7 akapit 1 cyt.:

*(...) „w przedmiotowej sprawie wykonawca nie wykazał, że w wystarczającym zakresie i w wystarczający sposób dysponuje potencjałem podmiotu trzeciego w zakresie wymaganej zdolności zawodowej (doświadczenia). Tym samym wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Jednocześnie w toku kontroli zostało stwierdzone, że zamawiający nie podjął czynności weryfikacji doświadczenia tegoż wykonawcy w celu potwierdzenia, że spełnia on ww. opisany warunek, tj. nie podjął czynności wezwania wykonawcy do uzupełnienia dowodów określających, czy roboty wykonane przez podmiot trzeci - Przedsiębiorstwo Innowacyjne ERGO G. R. na rzecz EUAL Internacional B.V. zostały wykonane należycie.*

*Tym samym, zamawiający zaniechał dokonania weryfikacji wykonawcy pod kątem spełniania warunku, a co więcej — następnie udzielił mu zamówienia.*

*Powyższe oznacza, że dokonując wyboru oferty wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, tj. wybrał ofertę wykonawcy nie dającego gwarancji należytego wykonania zamówienia. Dodatkowo zamawiający naruszył art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór był niezgodny z przepisami ustawy Pzp, tj. z art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Tym samym zamawiający naruszył nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i naruszył jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień. Nakaz ten bowiem sformułowany został w dziale I rozdziale 2 ustawy Pzp, który*



*zawiera zasady udzielania zamówień, tj. podstawowe i zasadnicze reguły, które stanowią wytyczne co do interpretacji pozostałych przepisów ustawy Pzp i muszą być przestrzegane w procesie udzielenia zamówienia. Naruszenie ww. nakazu świadczy o niedopuszczalności wyboru oferty wykonawcy TBM Software Sp. z o.o. i stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.*

*Naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp mogło mieć wpływ na wynik postępowania”.*

Izba stwierdza, że Prezes Urzędu w stanowisku z dnia 19 kwietnia 2019 r. wskazując na już cytowany wyżej warunek z pkt 11.2 siwz (str 5 akapit 3) sformułowany w punkcie 2.1. Informacji zarzut (naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu) oparł na innych okolicznościach faktycznych, aniżeli wskazane w Informacji o wyniku kontroli, a mianowicie cyt. *(podkreślenie Prezesa UZP): (...) w świetle sformułowanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wymogu wykazania się we wskazanym okresie co najmniej jedną robotą budowlaną polegającą na budowie, przebudowie lub remoncie technologii sceny o określonej wartości, przedstawione przez wykonawcę TBM Software Sp. z o.o. referencje potwierdzające wykonanie przez podmiot trzeci - Przedsiębiorstwo Innowacyjne ERGO G. R. na rzecz firmę EUAL International B.V. projektu oraz prac modernizacyjnych, rozbudowy bufetu klubowego i sali kinowo audytoryjnej w budynku klubu studenckiego Uniwersytetu w Utrechcie nie potwierdzają doświadczenia ww. podmiotu trzeciego w robotach budowlanych mających za przedmiot prace związane z wymaganą przez zamawiającego technologią sceny”.* Ten warunek był wskazywany i cytowany w Protokole kontroli, a następnie w Informacji o wyniku. Także do tego warunku pośrednio odnosił się wykonawca Firma Handlowo — Usługowa ELWO LIGHT P.W., który w piśmie z dnia 28.06.2017 r. skierowanym do zamawiającego na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się z informacją o zaniechaniu wykluczenia wykonawcy TBM Software Sp. z o.o. z postępowania oraz zaniechania uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą podnosząc m.in. zarzut braku tożsamości robót wykazywanych przez TBM Software Sp. z o.o. Podkreślenia wymaga, że zarzut braku tożsamości robót, polegających na budowie, przebudowie lub remoncie technologii sceny o określonej wartości nie został w Informacji o wyniku kontroli sformułowany.

Wobec tych ustaleń Izba w zakresie do punktu 2.1. Informacji biorąc pod uwagę treść art. 166 ust. 1 i 2 oraz 167 ust. 1 ustawy Pzp uznała zastrzeżenia Zamawiającego za podlegające uwzględnieniu, przychylając się do jego stanowiska, że w Informacji o wyniku kontroli nie została podważona forma złożonego dokumentu referencyjnego przez TBM

Software Sp. z o.o., ani jego treść, a w szczególności nie wskazano, które informacje zawarte w referencjach wymagały uzupełnienia.

Zastrzeżenia do wyniku kontroli zawarte w punkcie 2.2 Informacji do wyniku kontroli nie podlegają uwzględnieniu.

W tym przypadku Izba miała na uwadze treść pisma z dnia 5 lipca 2017 r. w którym Zamawiający (akapit 5) wzywa wykonawcę cyt.: *„proszę o niezwłoczne złożenie pod odpowiedzialnością karną, oświadczenia potwierdzającego prawdziwość Listu Referencyjnego wystawionego w Utrechcie 28 września 2013 roku przez (EUAL International B. V. i dostarczonego przez Was w trakcie prowadzonego przez Teatr Miejski w Gliwicach postępowania przetargowego o sygnaturze ZP/T/01/17 (...). Z treści tego pisma nie wynika, że jest to przykładowe wskazanie możliwego sposobu udzielenia wyjaśnień, ale jednoznacznie sformułowane żądanie o przedłożenie po wyborze najkorzystniejszej oferty konkretnego dokumentu pod rygorem odpowiedzialności karnej. Tak jak wskazał Prezes Urzędu, wydane na podstawie art., 25 ust.2 ustawy Pzp przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zawierają zamknięty katalog dokumentów, których zamawiający może żądać w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej. Dokument w postaci „oświadczenia potwierdzającego prawdziwość listu referencyjnego wystawionego przez EUAL Internacional B.V. nie mieści się w ramach żadnego z dokumentów przewidzianych ww. rozporządzeniem. Z uwagi na powyższe wystosowane przez Zamawiającego pismem z dnia 05.07.2017 r. żądanie złożenia powyżej opisanego dokumentu przez wykonawcę TBM Software Sp. z o.o. stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Być może zamiarem Zamawiającego było jedynie wezwanie do złożenia wyjaśnień w związku z podnoszonymi wątpliwościami przez konkurencyjnego wykonawcę, jednakże wbrew jego twierdzeniom nie świadczy o tym treść pisma z dnia 5 lipca 2017 r. skierowanego do TBM Software Sp. z o.o. W piśmie tym Zamawiający nie wskazał ani na art. 26 ust. 4 ustawy Pzp lub jego ust.3, ani nie nawiązuje do treści tego przepisu wskazując na wątpliwości Zamawiającego, ale powołując się na twierdzenia konkurencyjnego wykonawcy z pisma z dnia 28 czerwca 2017 r. wzywa wykonawcę TBM Software Sp. z o.o. do złożenia ściśle określonego dokumentu.*

Wobec tych ustaleń Izba nie przychyliła się do stanowiska Zamawiającego przedstawionego w zastrzeżeniach, co do punktu 2.2. Informacji i nie uwzględniła w tej części zastrzeżeń.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....