

Warszawa, 03.07.2015 r.

UZP/DKUE/KU/51/15

### **Informacja o wyniku kontroli uprzedniej**

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

<b>Zamawiający:</b>	Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Lipka Mały Buczek 38 77 – 420 Lipka
<b>Rodzaj zamówienia:</b>	roboty budowlane
<b>Przedmiot zamówienia :</b>	„Odtwarzanie śródleśnych oczek wodnych na terenie Nadleśnictwa Lipka”
<b>Tryb postępowania:</b>	przetarg nieograniczony
<b>Wartość zamówienia:</b>	607.642,61 zł (co stanowi równowartość 143.824,14 euro) wartość projektu 127.996.758,81 zł (co stanowi równowartość 30.295.807,90 euro)

#### **1. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:**

Naruszenia ustawy Pzp skutkujące zaleceniem usunięcia stwierdzonego naruszenia:

I. Pismem z dnia 29. 04. 2015 r. zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny następujących wykonawców:

1) [dane zastrzeżone];

- 2) [dane zastrzeżone];
- 3) [dane zastrzeżone];
- 4) [dane zastrzeżone];
- 5) [dane zastrzeżone];
- 6) [dane zastrzeżone];
- 7) [dane zastrzeżone];
- 8) [dane zastrzeżone];
- 9) [dane zastrzeżone];
- 10) [dane zastrzeżone];
- 11) [dane zastrzeżone];
- 12) [dane zastrzeżone];

W wymaganym terminie wyjaśnienia wraz z dowodami dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożyli wykonawcy, o których mowa w pkt 4, 5, 7, 8. Natomiast wykonawcy, o których mowa w pkt 1–3, 6, 9-12 (w tym wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza) nie dołączyli, do złożonych w terminie wyjaśnień, dowodów wymaganych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z 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:

- 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 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

- pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, zaś zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Treść wezwania, jakie wystosował zamawiający, opierała się na przytoczeniu jako podstawy prawnej art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawcy mieli zatem obowiązek złożyć wyjaśnienia oraz załączyć dowody dotyczące elementów ceny mających wpływ na jej wysokość. Przedstawione przez wykonawców, o których mowa w pkt 1–3, 6, 9-12 powyżej, wyjaśnienia nie zawierały szczegółowych danych dotyczących wskazywanych przez nich m.in. kosztów pracy, oszczędności metody wykonania zamówienia, zastosowanych rozwiązań, jak też nie zawierały informacji obrazujących, w jaki sposób wskazywane przez nich szczególne okoliczności wpłynęły na ceny oferowane w ramach przedmiotowego postępowania. Dodatkowo ww. wykonawcy nie załączyli stosownych dowodów potwierdzających ww. informacje.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 1049/14) „w myśl art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dyspozycji tegoż przepisu znajduje się również sytuacja, kiedy wykonawca złożył wyjaśnienia, ale wyjaśnienia te nie potwierdzają, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zważyć należy, iż nie chodzi tu bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami.”

Biorąc pod uwagę treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i wezwanie zamawiającego o wyjaśnienia wraz z dowodami, należy uznać, że ww. wykonawcy nie złożyli wyjaśnień wraz z dowodami pozwalającymi mu na ocenę, czy ceny ofert nie są rażąco niskie. Zaniechanie ponownego wezwania ww. wykonawców do przedstawienia potwierdzających je dowodów, stanowi naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

#### Zalecenie usunięcia naruszenia:

Mając na uwadze, że wykonawcy, o których mowa w pkt 1–3, 6, 9-12 powyżej, w tym wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza - nie udzielili wyjaśnień wraz z dowodami potwierdzającymi, że ceny ich ofert nie są rażąco niskie, zaleca się zamawiającemu ponowne wezwanie ww. wykonawców o złożenie szczegółowych wyjaśnień wraz z dowodami potwierdzającymi przedstawione w tych wyjaśnieniach okoliczności, dokonanie ponownej oceny ofert i ewentualne odrzucenie ofert ww. wykonawców, oraz ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

Naruszenia ustawy Pzp nie skutkujące zaleceniem usunięcia stwierdzonego naruszenia:

II. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie żądał w ogłoszeniu o zamówieniu ani w SIWZ dokumentu potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia z postępowania w oparciu o okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy Pzp, tj. dokumentu określonego w § 3 ust. 1 pkt 7 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”. Jak również zamawiający nie żądał odpowiadających mu dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 3 rozporządzenia jeżeli, w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców będących osobami fizycznymi, które prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769) - przez okres 1 roku od dnia uprawomocnienia się wyroku. Ponadto, zgodnie z pkt 11 powyższego przepisu ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców będących spółką jawną, spółką partnerską, spółką komandytową, spółką komandytowo-akcyjną lub osobą prawną, których odpowiednio wspólnika, partnera, członka zarządu, komplementariusza lub urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej - przez okres 1 roku od dnia uprawomocnienia się wyroku. Ponadto, art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, a ich katalog określony został w ww. rozporządzeniu. Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Jak wynika natomiast z § 3 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 zamawiający żąda, w przypadku zamówień innych niż zamówienia, o których mowa w art. 131a ust. 1 i art. 132 ust. 1 ustawy, aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 - 11, wystawionej nie wcześniej niż 6

miesiący przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo składania ofert. Natomiast stosownie do § 3 ust. 3 rozporządzenia, jeżeli, w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, z tym że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń - zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób lub przed notariuszem.

Ponadto, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Powyższe zaniechanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 3 ust. 1 pkt 7 i ust. 3 rozporządzenia oraz art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

**III.** Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ - w zakresie zdolności technicznej warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponować następującymi narzędziami:

- Koparka zgarniakowa 1,
- Spycharka 1.

Na pytanie do treści SIWZ „czy zamawiający uzna warunek posiadania potencjału technicznego za spełniony, jeśli zamiast koparki zgarniakowej wykonawca wykaże posiadanie koparki gąsienicowej podsiębiernej o długim zasięgu?” Zamawiający udzielił twierdzącej odpowiedzi, a tym samym dokonał zmiany ww. warunku udziału w postępowaniu. Udzieloną odpowiedź jako dotyczącą treści SIWZ, zamawiający zamieścił na stronie internetowej.

Zamawiający nie dokonał natomiast zmiany powyższego warunku w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Stosownie do regulacji art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści SIWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie

internetowej określonej w dyrektywie - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, iż zamawiający nie zamieszczając w treści ogłoszenia o zamówieniu (w drodze zmiany ogłoszenia o zamówieniu) informacji o zmianie warunku dotyczącego posiadanego potencjału technicznego, przy jednoczesnym dokonaniu tej zmiany w treści SIWZ, naruszył art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp.

**IV.** Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ - w zakresie wiedzy i doświadczenia warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie minimum jedną robotę odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. wykonanie robót związanych z pogłębieniem oczek wodnych o wartości zadania min. 100.000,00 PLN brutto za każdą robotę.

Na pytanie czy zamawiający uzna warunek posiadania wiedzy i doświadczenia za spełniony, jeżeli wykonawca przedstawi referencje, które potwierdzają wykonanie 2 robót polegających na odbudowie 2 zbiorników retencyjnych o powierzchni 2,65 ha i 1,18 ha, a prace polegały na pogłębieniu i oczyszczeniu zbiorników, odbudowie grobli ziemnych, urządzeń piętrzących i zrzutowych zbiornika, odbudowie rowów, naprawie dróg, zamawiający stwierdził, iż uzna warunek za spełniony, jeżeli przedstawione referencje obejmują jedną usługę polegającą na odbudowie 2 zbiorników retencyjnych zrealizowaną w ramach jednej umowy o wartości minimum 100.000,00 zł (odpowiedź zamawiającego z dnia 26.03.2015 r.)

Na pytanie czy zamawiający uzna warunek posiadania wiedzy i doświadczenia za spełniony, jeżeli wykonawca przedstawi referencje, które potwierdzają wykonanie:

1) dwóch zbiorników dla płazów – w ramach których zakres robót obejmował m.in. roboty ziemne, humusowanie, ułożenie stert kamieni dla gadów i płazów oraz nasadzenia drzew i krzewów, w okresie i o wartości zadania zgodnej z SIWZ, oraz

2) budowy zbiornika wód deszczowych oraz kanalizacji deszczowej – w ramach których zakres robót obejmował m.in. roboty ziemne, umocnienia, wykonanie komory wlotowej, wylotowej i komory regulacji odpływu, w okresie i o wartości zadania zgodnej z SIWZ,

zamawiający udzielił twierdzącej odpowiedzi (odpowiedź zamawiającego z dnia 05.03.2015 r.).

Udzielone odpowiedzi jako dotyczące treści SIWZ, zamawiający zamieścił na stronie internetowej. Zamawiający nie dokonał natomiast zmiany powyższego warunku w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Treść udzielonych odpowiedzi stanowi zmianę ww. warunku udziału w postępowaniu, poprzez dopuszczenie przez zamawiającego również innego rodzaju doświadczenia niż wąsko wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ roboty związane z pogłębieniem oczek wodnych o wartości zadania min. 100.000,00 PLN brutto za każdą robotę.

Zgodnie z definicją legalną zawartą w ustawie z dnia 3 lutego 1995 r. o ochronie gruntów rolnych i leśnych (j.t. Dz. U. z 2013 r. poz. 1205, z późn. zm.), przez oczko wodne należy rozumieć naturalne śródpolne i śródleśne zbiorniki wodne o powierzchni do 1 ha, niepodlegające klasyfikacji gleboznawczej (por. art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie gruntów rolnych i leśnych). W załączniku nr 13 do SIWZ tj. w STWiORB pkt 3.1 Charakterystyka przedsięwzięcia, zamawiający podał definicję oczka wodnego, zgodnie z którą „to naturalny śródleśny zbiornik wodny o powierzchni do 1,0 ha nie podlegający klasyfikacji gleboznawczej, a podlegający ochronie według art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie gruntów rolnych i leśnych (...)”. Dalej zamawiający zaznaczył, iż „Śródleśne oczka wodne, skoro są naturalnymi zbiornikami wodnymi, to nie są urządzeniami wodnymi, a więc nie są obiektami budowlanymi w rozumieniu Prawa budowlanego (...)”.

Tym samym uznanie przez zamawiającego za spełniony warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, w sytuacji gdy wykonawca np. „przedstawi referencje, które potwierdzają wykonanie 2 robót polegających na odbudowie 2 zbiorników retencyjnych (...)”, dwóch zbiorników dla płazów i budowy zbiornika wód deszczowych oraz kanalizacji deszczowej, stanowi w rzeczywistości zmianę warunku udziału w postępowaniu, polegającą na dopuszczeniu robót związanych z urządzeniami wodnymi, a nie z naturalnymi zbiornikami wodnym, jakimi są oczka wodne. Wskazać bowiem należy, iż zgodnie z art. 9 ust. 1 pkt 19 lit. a), b) oraz f) ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne (j.t. Dz. U. z 2015 r. poz. 469), ilekroć w ustawie jest mowa o urządzeniach wodnych - rozumie się przez to urządzenia służące kształtowaniu zasobów wodnych oraz korzystaniu z nich, a w szczególności:

- budowle: piętrzące, upustowe, przeciwpowodziowe i regulacyjne, a także kanały i rowy,
- zbiorniki, obiekty zbiorników i stopnie wodnych,
- wyloty urządzeń kanalizacyjnych służące do wprowadzania ścieków do wód lub urządzeń wodnych oraz wyloty urządzeń służące do wprowadzania wody do wód lub urządzeń wodnych.

Stosownie do regulacji art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści SIWZ prowadzi do zmiany

treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, iż zamawiający nie zamieszczając w treści ogłoszenia o zamówieniu (w drodze zmiany ogłoszenia o zamówieniu) informacji o zmianie warunku dotyczącego posiadanej wiedzy i doświadczenia, przy jednoczesnym dokonaniu tej zmiany w treści SIWZ, naruszył art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp.

**V.** Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ zamawiający żądał złożenia dokumentu, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 6 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 (dalej: „rozporządzenie”), tj. aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy (dla podmiotów zbiorowych), wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca [dane zastrzeżone] nie złożył w swojej ofercie ww. dokumentu z KRK, wystawionego dla [dane zastrzeżone]; jako podmiotu zbiorowego. Zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego: „zamawiający nie wzywał wykonawcy [dane zastrzeżone]; o uzupełnienie dokumentu KRK wystawionego dla ww. spółki, gdyż uznał, że wystarczają KRK wystawione na osoby wchodzące wg KRS w skład zarządu spółki”.

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. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Powyższe zaniechanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

**VI.** W ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ zamawiający stwierdził, iż warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże,



że wykonał należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie minimum jedną robotę odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. wykonanie robót związanych z pogłębieniem oczek wodnych o wartości zadania min. 100.000,00 PLN brutto za każdą robotę.

Na pytanie czy zamawiający uzna warunek posiadania wiedzy i doświadczenia za spełniony, jeżeli wykonawca przedstawi referencje, które potwierdzają wykonanie 2 robót polegających na odbudowie 2 zbiorników retencyjnych o powierzchni 2,65 ha i 1,18 ha, a prace polegały na pogłębieniu i oczyszczeniu zbiorników, odbudowie grobli ziemnych, urządzeń piętrzących i zrzutowych zbiornika, odbudowie rowów, naprawie dróg, zamawiający stwierdził, iż uzna warunek za spełniony, jeżeli przedstawione referencje obejmują jedną usługę polegającą na odbudowie 2 zbiorników retencyjnych zrealizowaną w ramach jednej umowy o wartości minimum 100.000,00 zł (odpowiedź zamawiającego z dnia 26.03.2015 r.)

Na pytanie czy zamawiający uzna warunek posiadania wiedzy i doświadczenia za spełniony, jeżeli wykonawca przedstawi referencje, które potwierdzają wykonanie:

1) dwóch zbiorników dla płazów – w ramach których zakres robót obejmował m.in. roboty ziemne, humusowanie, ułożenie stert kamieni dla gadów i płazów oraz nasadzenia drzew i krzewów, w okresie i o wartości zadania zgodnej z SIWZ, oraz

2) budowy zbiornika wód deszczowych oraz kanalizacji deszczowej – w ramach których zakres robót obejmował m.in. roboty ziemne, umocnienia, wykonanie komory wlotowej, wylotowej i komory regulacji odpływu, w okresie i o wartości zadania zgodnej z SIWZ,

zamawiający udzielił twierdzącej odpowiedzi (odpowiedź zamawiającego z dnia 05.03.2015 r.).

Ponieważ treść udzielonych odpowiedzi stanowi zmianę ww. warunku udziału w postępowaniu, przyjęć należy, iż zamawiający dopuścił w przedmiotowym postępowaniu również inny rodzaj doświadczenia niż wąsko wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ roboty związane z pogłębieniem oczek wodnych o wartości zadania min. 100.000,00 PLN brutto za każdą robotę.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawca miał złożyć dokumenty zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ).

Wykonawca [dane zastrzeżone] złożył z ofertą wykaz robót budowlanych wraz z referencjami wystawionymi przez podmiot [dane zastrzeżone], z których wynikało, iż wskazane w wykazie roboty melioracyjne na terenie Chorzów – Piekary Śląskie polegały na: konserwacji rowów, regulacji cieków, odwodnieniu dróg, wykonaniu i naprawie drenaży, budowie i czyszczeniu kanałów burzowych oraz wykonaniu umocnień i przepustów w zakresie określonym w przedmiarach robót. Całość zrealizowanej inwestycji wyniosła 1.196.397,88 zł brutto.

W związku z powyższym, mając na uwadze zmienione brzmienie warunku wiedzy i doświadczenia, przyjąć należy iż w zakresie przedmiotowym ww. warunku mieszczą się wskazane w referencjach wystawionych przez podmiot [dane zastrzeżone], jedynie roboty polegające na budowie kanałów burzowych oraz ewentualnie konserwacji rowów, o ile konserwacja polegała na odbudowie rowów i o ile wartość tych robót wynosiła minimum 100.000,00 zł.

Zamawiający poproszony o wyjaśnienie, na jakiej podstawie uznał, iż wskazane powyżej roboty odpowiadają swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. wykonaniu robót związanych z pogłębieniem oczek wodnych, a tym samym spełniają ww. warunek udziału w postępowaniu, stwierdził, iż „Przedmiotem zamówienia są roboty ziemne sprzętem mechanicznym polegające na kopaniu i przemieszczaniu urobku, profilowaniu skarp. Przedstawiony wykaz robót wraz z referencjami (...) obejmował również roboty ziemne związane z melioracjami wodnymi, tj. kopanie urobku, jego przemieszczanie oraz profilowanie skarp. W związku z powyższym zamawiający uznał, że ww. wykonawca spełnia warunek z uwagi na charakter prac, który jest zbliżony z charakterem prac zamawiającego. Obejmuje te same czynności, tj. kopanie urobku, przemieszczanie urobku z jego rozplantowaniem, jak również profilowanie skarp.”

Wskazać jednak należy, iż w zakres zmienionego w wyniku udzielenia odpowiedzi na pytania do SIWZ warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia wchodziły roboty związane z pogłębieniem oczek wodnych, oraz roboty budowlane dotyczące szeroko rozumianych urządzeń wodnych oraz kanalizacji deszczowej, a nie roboty ziemne związane z melioracjami wodnymi, polegającymi na kopaniu urobku, jego przemieszczaniu oraz profilowaniu skarp.

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

Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, iż zamawiający miał obowiązek wezwania wykonawcy [dane zastrzeżone] do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego wykazu robót budowlanych i referencji wystawionych przez podmiot [dane zastrzeżone], tj. wyjaśnień dotyczących wartości robót polegających na budowie kanałów burzowych oraz

dotyczących tego, czy konserwacja rowów polegała na odbudowie rowów, i jeżeli tak - podaniu wartości konserwacji rowów. Zaniechanie wezwania do powyższych wyjaśnień stanowi naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

**VII.** Zgodnie z treścią SIWZ sekcja XIX. pkt 2. Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, kryterium oceny ofert stanowi cena 100%.

Zgodnie z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2, a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. Tym samym, przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, wprowadza warunek stosowania kryterium cenowego jako jedynego kryterium oceny ofert, ograniczając go do prostych, nieskomplikowanych zamówień, w tym również do prostych zamówień na roboty budowlane, do których można zaliczyć np. prace remontowo-budowlane obejmujące np. malowanie, tynkowanie, wymianę posadzki. Powyższe wyliczenie ma jedynie charakter przykładowy, a zamawiający, w zależności od rodzaju robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia, powinien dokonać indywidualnej oceny w zakresie możliwości zastosowania ceny jako jedynego kryterium oceny ofert.

Ponieważ terminy „powszechnie dostępny” i „ustalone standardy jakościowe” nie są definiowane w żadnym akcie prawnym, mają one ocenny charakter i muszą również podlegać interpretacji w kontekście określonego przedmiotu zamówienia. Kierując się znaczeniem nadawanym tym pojęciom w języku polskim, można przyjąć że pod pojęciem „powszechnej dostępności” przedmiotu zamówienia, o której mowa w art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, należy rozumieć oferowanie dóbr o pożądanej przez zamawiającego charakterystyce przez liczne podmioty działające na rynku, co skutkuje łatwym dostępem do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr czy usług. Pojęcie „powszechnej dostępności” nie odpowiada zatem, nabywaniu świadczeń o charakterze specjalistycznym, przeznaczonych dla wąskiego kręgu odbiorców, dostępnych jedynie u ograniczonej liczby specjalistycznych wykonawców, wymagających szczególnych kwalifikacji bądź indywidualnego dostosowania do potrzeb klienta.

Także pojęcie „ustalonych standardów jakościowych” należy odnosić do zamówień typowych, powtarzalnych, spełniających zarówno standardy wynikające z przyjętych dla tych zamówień norm określonych przepisami prawa, jak i wymagań przyjętych jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim. Możliwość zastosowania kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert wymaga zatem, by nabywany przedmiot zamówienia cechowała zarówno „powszechna dostępność”, w opisanym wyżej rozumieniu, jak również by można mu było przypisać scharakteryzowane wyżej „ustalone standardy jakościowe”.

Jednocześnie wskazać należy, iż zgodnie z treścią art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, zamawiający o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. będący innymi, niż określone w art. 3 ust. 1 pkt 1, państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, w przypadku wyboru ceny jako jedynego kryterium, mają obowiązek wykazania w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. Jak wynika z przekazanych dokumentów, taki załącznik nie został wypełniony i dołączony do protokołu niniejszego postępowania.

Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, iż określony w niniejszym postępowaniu zakres robót budowlanych wymagał dysponowania osobą z odpowiednimi uprawnieniami, tj. kierownikiem budowy posiadającym uprawnienia budowlane o specjalności budownictwo ogólne lub wodno-melioracyjne, ponadto wymagał wykorzystania specjalistycznego sprzętu budowlanego, który obsługiwać mogą również tylko osoby posiadające odpowiednie uprawnienia (por. pkt. X.4.c SIWZ). W związku z powyższym robót budowlanych polegających na odtwarzaniu śródleśnych oczek wodnych nie można zaliczyć do kategorii „powszechnie dostępnych”, prostych, nieskomplikowanych robót budowlanych.

Niezasadne ustalenie przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu kryterium: cena 100%, jako jedynego kryterium oceny ofert, stanowi naruszenie art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

Jednocześnie informuję, że zgodnie z art. 171a ustawy Pzp od wyniku kontroli uprzedniej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.