

UZP/DKUE/KD/116/2016

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

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

Zamawiający:	Gmina Obrazów Obrazów 84 27-641 Obrazów
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	budowa budynku świetlicy w miejscowości Chwałki (etap II – roboty wykończeniowe) wraz z budową boiska wielofunkcyjnego, placu zabaw, utwardzeniem placów
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Data wszczęcia postępowania:	18.03.2015 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	60472-2015
Wartość zamówienia:	1.412.610,24 zł (co stanowi równowartość 334.353,53 euro), w tym wartość zamówień uzupełniających – 470.870,08 zł (co stanowi równowartość 111.451,18 euro)
Środki UE:	Program Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2007 – 2013 w ramach działania „Odnowa i rozwój wsi”

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

1. Przedmiot zamówienia obejmował wykonanie II etapu budowy budynku świetlicy w miejscowości Chwałki (roboty wykończeniowe) wraz z budową boiska wielofunkcyjnego, placu zabaw, utwardzeniem placów. Zakres prac obejmował:

- 1) Roboty wykończeniowe w budynku;
- 2) Utwardzenie powierzchni gruntu, zjazdu publicznego;
- 3) Budowę boiska wielofunkcyjnego, w skład którego wchodzi:
 - boisko niestandardowe do piłki nożnej 24,00 x 17,50 m;
 - boisko do siatkówki 9,00 x 18,00 m;
 - boisko treningowe do koszykówki 15,00 x 20,00 m;
 - wykonanie ogrodzenia boiska systemowego wys. 4,0 m z bramą i furtką,
- 4) Budowę placu zabaw dla dzieci wraz z jego wyposażeniem.

Szczegółowy zakres robót został opisany w dokumentacji projektowej, szczegółowej specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz przedmiarze robót, stanowiących załączniki do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz).

Kontrolowane postępowanie zostało wszczęte w dniu 18 marca 2015 r. Jedynym kryterium oceny ofert była cena – waga: 100%.

Do dokumentacji kontrolowanego postępowania została załączona opinia kancelarii prawnej, w celu wyjaśnienia możliwości zastosowania jedynego kryterium oceny ofert (cena – 100%), w czterech postępowaniach przetargowych prowadzonych przez Gminę Obrazów, m.in. dla kontrolowanego postępowania, z której wynika, że *„dokumentacje będące przedmiotem wydania opinii posiadają typowe nieskomplikowane rozwiązania przy robotach budowlanych związanych z wykonaniem budynków mało kubaturowych (...) i istnieje możliwość stosowania jednego kryterium oceny ofert, jakim jest cena, gdyż zamawiający uwzględnił w dokumentacjach projektowych koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia, wskazał parametry wszystkich materiałów i urządzeń, a standardy wykonania robót są typowe (standardowe) dla tego typu robót i zostały podane w specyfikacjach technicznych. Odnosząc się zatem do przedmiotu opinii w świetle przytoczonej interpretacji stwierdzam, że zastosowanie ceny jako jedynego kryterium przy udzielaniu zamówień na roboty budowlane objęte przedmiotem opinii jest dopuszczalne.*

Reasumując przypominam, że ustawa nie jest bezdusznym aktem prawnym, który przeszkadza w wydatkowaniu środków publicznych tylko niewłaściwa jej interpretacja powoduje, że wydatkowane środki publiczne w obawie przed jej naruszeniem powodują naruszenie art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych. Norma ta nakazuje osiągać

zamierzony cel proporcjonalnie do ponoszonych nakładów. Właściwe interpretowanie ustawy pozwala te cele osiągnąć, a niewłaściwe prowadzi do marnotrawienia środków publicznych”.

Ponadto, zamawiający w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu do udzielenia wyjaśnień dotyczących zastosowania jedynego kryterium ceny, w piśmie z dnia 26 października 2016 r. wyjaśnił, że *„zamawiający zastosował jako kryterium oceny ofert jedynie cenę – waga 100 % ze względu na zakres prac do wykonania, który posiadał typowe nieskomplikowane rozwiązania przy robotach budowlanych związanych z wykonaniem budynków mało kubaturowych. Roboty zostały uznane za powszechnie dostępne oraz o ustalonych standardach, gdyż nie zawierały rozwiązań o charakterze specjalistycznym oraz zostały wskazane parametry wszystkich materiałów i urządzeń, a standardy wykonania robót były typowe (standardowe) dla tego typu robót i zostały podane w specyfikacjach technicznych. Jednocześnie zamawiający w dokumentacji projektowej uwzględnił koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia”.*

Zamawiający do pisma załączył załącznik do protokołu sporządzony w dniu 18 lipca 2016 r. z którego wynika, iż *„zamawiający uwzględnił w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia poprzez precyzyjne wskazanie wszystkich parametrów materiałów i urządzeń niezbędnych do realizacji zamówienia. Szczegółowy zakres robót znajdujący się w opisie przedmiotu zamówienia wskazujący dokumentację projektową, szczegółową specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót oraz przedmiar robót jako dokumenty przedstawiające całkowity zakres robót w sposób precyzyjny i jednoznaczny wskazywały parametry zastosowanych materiałów i urządzeń, dzięki czemu możliwe było uwzględnienie kosztów ponoszonych w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.”*

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać na treść art. 91 ust. 2a ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia kontrolowanego postępowania, zgodnie z którym kryterium ceny może być zastosowane przez zamawiającego jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, przy czym w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, ustawa dodatkowo wymaga wykazania w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób w opisie przedmiotu zamówienia zostały uwzględnione koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Ponieważ terminy „powszechnie dostępny” i „ustalone standardy jakościowe” nie są definiowane w żadnym akcie prawnym, mają one ocenny charakter i muszą 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, ani udzielaniu zamówień na wszelkie nietypowe zamówienia, wymagające szczególnych kwalifikacji, bądź wyjątkowego zastosowania, wymagające 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”.

Uwzględniając praktyczne aspekty udzielania zamówień na roboty budowlane, charakteryzujące się często dużą złożonością oraz indywidualnym dostosowaniem dokumentacji przetargowej do każdorazowych potrzeb inwestycyjnych zamawiającego, uznać należy, że w przypadku robót budowlanych wykazanie powszechnej dostępności takiego przedmiotu będzie często trudne. Przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp wprowadza warunek stosowania kryterium cenowego 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 okien lub posadzki, czy też położenie glazury, terakoty, kostki brukowej. 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.

Mając na uwadze wyżej opisany stan faktyczny, a w szczególności roboty budowlane obejmujące przedmiot zamówienia, należy uznać, że roboty budowlane nie polegające na prostych pracach wykończeniowych budynku (tj. np. kładzenie podłóg, tynkowanie, malowanie, stolarka budowlana), stanowiących niewielką część kontrolowanego zamówienia, lecz obejmujące bardziej skomplikowane prace (np. w zakresie okablowania i instalacji elektrycznych, robót sanitarnych, centralnego ogrzewania, czy instalacji gazowych i wodociągowych), a także budowę boiska wielofunkcyjnego, w skład którego wchodzi:

- boisko niestandardowe do piłki nożnej 24,00 x 17,50 m;

- boisko do siatkówki 9,00 x 18,00 m;
 - boisko treningowe do koszykówki 15,00 x 20,00 m;
 - wykonanie ogrodzenia boiska systemowego wys. 4,0 m z bramą i furtką,
- oraz budowę placu zabaw dla dzieci wraz z jego wyposażeniem, nie zaliczają się do kategorii „prostych, nieskomplikowanych robót budowlanych”.

Po pierwsze, roboty takie muszą być wykonane zgodnie z projektem budowlanym, zatem wykonawca musi posiadać umiejętność czytania projektu budowlanego, jak też musi posiadać wiedzę na temat technicznych aspektów wykonania instalacji, boisk oraz placów zabaw. O ile umiejętności takie mogą być powszechne w firmach zajmujących się konkretnie wskazanymi robotami budowlanymi, o tyle nie są powszechne w rozumieniu ww. przepisu. Sformułowanie „powszechnie dostępne” należy bowiem odnosić do ogółu rynku, nie zaś do konkretnej branży, której dotyczy zamówienie, gdyż oczywistym jest, że w danej konkretnej branży dana robota lub usługa będzie niemal zawsze powszechnie dostępna.

Ponadto należy zauważyć, że powyższy zakres robót wymagał, aby wykonawca dysponował odpowiednim doświadczeniem polegającym na wykonaniu co najmniej 4 robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z czego:

- 2 roboty na wykonanie boisk wielofunkcyjnych z nawierzchnią poliuretanową – każda z robót o wartości powyżej 200.000,00 zł;
- 2 roboty w zakresie robót wykończeniowych budynków – każda z robót o wartości powyżej 300.000,00 zł.

Wykonanie ww. robót wymaga zatem posiadania specjalistycznej wiedzy i doświadczenia. Tym samym, ww. roboty we wskazanym powyżej zakresie nie są robotami powszechnie dostępnymi, ale robotami, które mogą być wykonane wyłącznie przez wykonawców spełniających specjalistyczne kryteria. Fakt, że roboty te nie są skomplikowane na tle innych możliwych robót budowlanych, nie oznacza, że są „powszechnie dostępne” w ogóle. Nadmienić przy tym należy, że liczba wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia nie przekłada się wprost na „powszechność, dostępność” danych robót.

Biorąc ponadto pod uwagę, że ww. roboty musiały być wykonane w oparciu o konkretną dokumentację techniczną uwzględniającą konkretne warunki i potrzeby tej inwestycji, nie można uznać, że mają one ustalone standardy jakościowe, gdyż standard ich wykonania jest dostosowany do potrzeb zamawiającego. A zatem, przedmiot zamówienia nie uzasadniał rezygnacji z innych kryteriów niż cena.

W związku z powyższym, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, wybierając jako jedyne kryterium - kryterium ceny (waga 100%), ponieważ z przedstawionych informacji wynika, że

roboty budowlane, które stanowiły przedmiot udzielanego zamówienia, nie były robotami prostymi, powszechnie dostępnymi o ustalonych standardach, lecz robotami budowlanymi dostosowanymi do konkretnych potrzeb zamawiającego oraz wymagającymi od wykonawcy konkretnych umiejętności i posiadania odpowiedniego doświadczenia.

Tym samym, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu i w siwz dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazując, iż za spełniających ww. warunek uzna wykonawców, którzy *„w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali co najmniej 4 roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z czego:*

- 2 roboty na wykonanie boisk wielofunkcyjnych z nawierzchnią poliuretanową – każda z robót o wartości powyżej 200.000,00 zł;

- 2 roboty w zakresie robót wykończeniowych budynków – każda z robót o wartości powyżej 300.000,00 zł”.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawca zobowiązany był do przedłożenia dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. z 2013 r., poz. 231).

Ponadto, zamawiający w rozdziale V pkt 2 siwz przytoczył treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, przewidującego możliwość powoływania się przez wykonawców na zasoby podmiotów trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Na podstawie dokumentacji kontrolowanego postępowania ustalono, iż wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowe „WALBUD” Sp. z o.o. w celu potwierdzenia spełniania części wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu (tj. w zakresie 2 robót na wykonanie boisk wielofunkcyjnych z nawierzchnią poliuretanową – każda z robót o wartości powyżej 200.000,00 zł), działając na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, oparł się na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego, tj. firmy ECOFORMA XXXXX. Wykonawca załączył do oferty *„Oświadczenie o oddaniu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (...)”* o treści *„ (...) oddaję w imieniu podmiotu, który reprezentuję ww. wykonawcy do dyspozycji niezbędne zasoby wiedzy i doświadczenia w*

zakresie budowy boisk sportowych poprzez doradztwo, konsultacje i pomoc techniczną do wykonania ww. zamówienia”.

Mając na uwadze powyżej ustalony stan faktyczny należy zauważyć, iż oświadczenie podmiotu, na zasobach którego wykonawca polegał, oparte jest o postanowienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i musi być oceniane zgodnie z obowiązującą wykładnią tej regulacji. Stosownie do brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, 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 wiedzy i doświadczenia, 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. Innymi słowy, 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. Jeżeli z zobowiązania nie wynika, że zasób jest udostępniany w sposób i w zakresie gwarantującym właściwe wykonanie zamówienia, zamawiający ma obowiązek żądać jego uzupełnienia, a w razie braku uzupełnienia – wykluczyć wykonawcę z postępowania.

W niniejszej sprawie ze złożonego przez wykonawcę zobowiązania podmiotu trzeciego wynika, że podmiot ten będzie uczestniczył przy wykonywaniu robót budowlanych jedynie pełniąc funkcję doradcy, konsultanta oraz udzieli wykonawcy pomocy technicznej. Biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, nie można uznać, że są to funkcje wystarczające, zwłaszcza w sytuacji, gdy wykonawca poza doświadczeniem podmiotu trzeciego nie wykazał żadnego własnego doświadczenia w zakresie budowy boisk, a dodatkowo podmiot trzeci w zobowiązaniu nie wskazał, w jakim zakresie będzie doradzał/konsultował i na jakich zasadach (np. oddeleguje na stałe doświadczonych pracowników do nadzorowania prawidłowości prowadzonych robót, czy będzie konsultował prawidłowość wykonywania robót na miejscu budowy, czy też na spotkaniach poza budową, czy będzie jedynie udzielał porad telefonicznych) oraz na czym będzie polegała pomoc techniczna. Jednocześnie należy wskazać, iż ze złożonego zobowiązania nie wynika, czy

podmiot trzeci będzie brał udział w wykonywaniu zamówienia jako podwykonawca. Tymczasem w przypadku robót budowlanych realizacja części zamówienia w charakterze podwykonawcy jest w zasadzie jedynym realnym sposobem udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci. W tym stanie rzeczy nie można uznać, że wykonawca wykazał, że będzie realnie dysponował zasobami podmiotu trzeciego, a co za tym idzie – że spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych 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. Z dokumentacji niniejszego postępowania oraz wyjaśnień złożonych przez zamawiającego wynika, że zamawiający nie wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe „WALBUD” Sp. z o.o. do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego potwierdzającego udostępnienie zasobów w wystarczającym do należytego wykonania zamówienia zakresie i w wystarczający sposób. Zaniechanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Biorąc ponadto pod uwagę fakt niewykazania przez wykonawcę, że zasoby wiedzy i doświadczenia zostały mu udostępnione przez podmiot trzeci w sposób realny, 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. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zauważyć należy, że 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 zasobów wiedzy i 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 zobowiązania podmiotu trzeciego. Tym samym zamawiający zaniechał dokonania obowiązku weryfikacji wykonawcy pod kątem spełniania warunku, w żaden sposób nie usunąwszy wadliwości złożonej przez niego oferty, a co więcej – następnie udzielił mu zamówienia.

Powyższe oznacza, że dokonując wyboru oferty wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 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. 2 pkt 4 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 Przedsiębiorstwo Usługowe „WALBUD” Sp. z o.o. i stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

3. Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu i w siwz dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazując, iż za spełniających ww. warunek uzna wykonawców, którzy *„w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali co najmniej 4 roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z czego:*

- 2 roboty na wykonanie boisk wielofunkcyjnych z nawierzchnią poliuretanową – każda z robót o wartości powyżej 200.000,00 zł;
- 2 roboty w zakresie robót wykończeniowych budynków – każda z robót o wartości powyżej 300.000,00 zł”.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawca zobowiązany był do przedłożenia dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Ponadto, zamawiający w rozdziale V pkt 2 siwz przytoczył treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, przewidującego możliwość powoływania się przez wykonawców na zasoby podmiotów trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Z dokumentacji kontrolowanego postępowania wynika, iż wykonawca Zakład Remontowo-Budowlany YYYYYY, w pozycji Formularza ofertowego dotyczącej informacji na temat podwykonawców zostawił puste miejsce. Jednocześnie do oferty wykonawca załączył zobowiązanie podmiotu trzeciego, firmy ACTIVA QQQQQ, w celu potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie 2 robót na wykonanie boisk wielofunkcyjnych z nawierzchnią poliuretanową – każda z robót o wartości powyżej 200.000,00 zł, z którego wynika, iż *„(...) podwykonawca ACTIVA QQQQQ zobowiązuje się oddać do dyspozycji firmy Zakład Remontowo-Budowlany YYYYYY (...), wiedzę i doświadczenie na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia pn.: ‘Budowa budynku świetlicy w miejscowości Chwałki (etap II – roboty wykończeniowe) wraz z budową boiska wielofunkcyjnego, placu zabaw,*

utwardzeniem placów'. Ww. udostępnienie następuje na podstawie umowy podwykonawczej zawartej pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą”.

W związku z powyższymi rozbieżnościami, pismem z dnia 9 kwietnia 2015 zamawiający zwrócił się do ww. wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z prośbą o stosowne wyjaśnienia.

W odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego, w piśmie z dnia 10 kwietnia 2015 r. wykonawca wskazał, iż *„Zakład Remontowo-Budowlany YYYYYY zakupił materiały do wykonania nawierzchni poliuretanowej zgodnie z projektem technicznym (cały system, który będzie posiadał odpowiednie aprobaty techniczne CE) od firmy ACTIVA QQQQQ. Firma ta użyczyła nam referencji i gwarancji na prawidłowe wykonanie wyżej wymienionej nawierzchni.*

Nawierzchnię będziemy wykonywać siłami własnymi, wyłącznie pod nadzorem firmy ACTIVA QQQQQ, dlatego treść złożonej oferty jest prawdziwa, bowiem ww. firma nie występuje jako podwykonawca”.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać na treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia kontrolowanego postępowania, zgodnie z którym wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonywania zamówienia.

Z treści zobowiązania złożonego przez wykonawcę wynika co prawda, że podmiot trzeci będzie występował jako podwykonawca na podstawie umowy podwykonawczej (w przypadku robót budowlanych, realizacja części zamówienia w charakterze podwykonawcy jest w zasadzie jedynym realnym sposobem udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci), jednakże mając na uwadze wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w piśmie z dnia 10 kwietnia 2015 r., iż *„(...) nawierzchnię będziemy wykonywać siłami własnymi, wyłącznie pod nadzorem firmy ACTIVA QQQQQ, dlatego treść złożonej oferty jest prawdziwa, bowiem ww. firma nie występuje jako podwykonawca”* należy uznać, iż ww. wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

W zaistniałej sytuacji zamawiający zobowiązany był do wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu robót o roboty spełniające wymogi określone w siwz stanowiące własne doświadczenie wykonawcy lub doświadczenie podmiotu trzeciego, który udostępni doświadczenie poprzez udział w realizacji zamówienia w roli podwykonawcy.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych 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.

Z dokumentacji niniejszego postępowania wynika, że zamawiający nie wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcy Zakład Remontowo-Budowlany YYYYY do uzupełnienia dokumentów w celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Zaniechanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Ponieważ naruszenie nie dotyczy oferty najkorzystniejszej, wykazane naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

4. Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu i rozdziałem VIII siwz zamawiający wymagał w kontrolowanym postępowaniu wniesienia wadium w wysokości 30.000,00 zł. Jak wynika z protokołu postępowania (druk ZP-PN) szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę 1.412.610,24 zł, w tym wartość zamówień uzupełniających – 470.870,08 zł. Tym samym wartość zamówienia podstawowego wynosiła 941.740,16 zł, co oznacza, że kwota wadium została określona w wysokości 3,19 % jej wartości szacunkowej. Zgodnie z treścią art. 45 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3 % wartości zamówienia. Ponadto zgodnie z art. 45 ust. 5a ustawy Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 76 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4, określa kwotę wadium dla wartości zamówienia podstawowego. Tym samym należy stwierdzić, iż zamawiający określając kwotę wadium w wysokości większej niż 3% wartości zamówienia naruszył art. 45 ust. 4 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

5. Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, za realizację przedmiotu zamówienia zamawiający przewidział rozliczenie ryczałtowe. W treści siwz, zamawiający wymagał, aby do oferty wykonawcy załączyli kosztorys ofertowy.

Wykonawca Usługi Remontowo-Budowlane VVVVV nie załączył do oferty kosztorysu ofertowego. W związku z powyższym, pismem z dnia 9 kwietnia 2015 r. zamawiający zwrócił się do ww. wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z prośbą o uzupełnienie m.in. kosztorysu ofertowego. Wykonawca w wyznaczonym terminie uzupełnił ww. kosztorys ofertowy.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać na przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia kontrolowanego postępowania, zgodnie z którym 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. Tym samym, zamawiający może żądać od wykonawców uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyłącznie oświadczeń i dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a wyszczególnionych w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231). Kosztorys ofertowy do takich dokumentów nie należy.

W związku z powyższym, wezwanie wykonawcy Usługi Remontowo-Budowlane VVVVV do uzupełnienia oferty o kosztorys ofertowy, który stanowi element oferty niepodlegający uzupełnieniu i niewymieniony w rozporządzeniu, narusza treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ kosztorys nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

6. Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, zamawiający w dniu 27 marca 2015 r. dokonał zmiany treści siwz, poprzez dopisanie opisu sposobu oceny spełniania

warunku zdolności finansowej, polegającego na wykazaniu, że wykonawca posiada środki finansowe lub zdolność kredytową lub łącznie środki finansowe i zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż wartość złożonej oferty.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawcy mieli złożyć dokument, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przepis ten wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

W celu realizacji zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest dokonać opisu sposobu spełniania warunków na tyle precyzyjnie, aby wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu wiedzieli, jakie warunki muszą spełnić, aby móc złożyć ważną ofertę, zaś sam zamawiający – był w stanie dokonać obiektywnej, rzetelnej i przejrzystej oceny spełniania przez nich warunków. Zasady kwalifikacji wykonawców muszą być oparte na jednoznacznych, obiektywnych i nie budzących wątpliwości przesłankach. Wątpliwości powstałe na tle siwz nie mogą także rodzić negatywnych skutków dla wykonawców poprzez ich wykluczanie za niespełnienie warunków, które nie były jednoznacznie opisane w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz.

W świetle powyższego należy przyjąć, że co do zasady opis warunku zdolności finansowej nie powinien odnosić się do wartości złożonej oferty, ponieważ po pierwsze, nie zapewnia wyboru wykonawcy, który należycie wykona zamówienie. Tak opisany warunek może bowiem prowadzić do sytuacji, w której niektórzy z wykonawców dostosują cenę oferty do zdolności finansowej, jaką są w stanie wykazać, nie zaś do rzeczywistych kosztów rzetelnego wykonania zamówienia. Taka krótkowzroczność w podaniu ceny oferty może z kolei wpłynąć negatywnie na sposób realizacji zamówienia. Tym samym ww. opis warunku może prowadzić do sytuacji, która nie służy wyborowi wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, a zatem jest zaprzeczeniem celu opisywania warunków udziału w postępowaniu. Po drugie, taki opis warunku nie pozwala wykonawcom, którzy zamierzają wskazać realną cenę oferty (nie zaś dostosowaną do zdolności finansowej), na ocenę, czy spełniają ten warunek, przed ustaleniem przez nich możliwości (m.in. technicznych, logistycznych, kadrowych, organizacyjnych) wykonania zamówienia i przed obliczeniem ceny, za jaką ewentualnie są w stanie to zamówienie wykonać. Po trzecie wreszcie, nie można uznać, że zamawiający precyzyjnie opisał warunek, skoro ostateczna wysokość

kwoty jaką wykonawcy dysponują, lub do jakiej ewentualnie będą mieli dostęp, nie zależy od cech przedmiotu zamówienia, ale od tego, jaką cenę zdecyduje się wskazać w swojej ofercie wykonawca. Tym samym kwota jaką dysponuje wykonawca lub będzie miał do niej dostęp nie została w ogóle związana z przedmiotem zamówienia proporcjonalnie do jego zakresu czy wartości, ale została odniesiona do ceny oferty.

Powyższe prowadzi do wniosku, że opis warunku zdolności finansowej odnoszący się do ceny oferty w zakresie wymaganej wartości nie jest związany z przedmiotem zamówienia i nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Tym samym, zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Jednakże z uwagi na fakt, iż żaden z wykonawców nie został wykluczony z powodu niespełnienia ww. warunku, powyższe naruszenie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

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

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych 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.