

UZP/DKUE/KD/115/2016

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

Zamawiający: Gmina Opatów
ul. Tadeusza Kościuszki 27
42-152 Opatów

Rodzaj zamówienia: roboty budowlane

Przedmiot zamówienia: budowa wodociągu w miejscowości Wilkowiecko
ul. Mickiewicza, budowa kanalizacji sanitarnej
w miejscowości Opatów, ul. Kościuszki

Tryb postępowania: przetarg nieograniczony

Data wszczęcia postępowania: 17.12.2014 r.

Numer ogłoszenia o zamówieniu: 412534-2014

Wartość zamówienia: 1.050.347,26 zł (248.608,78 euro)

Środki UE: PROW 2007-2013

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

1. Zamawiający określił w przedmiotowym postępowaniu wartość szacunkową zamówienia na kwotę 1.050.347,26 zł, co brutto stanowi 1.291.927,13 zł. Próg ceny oferty niższej o 30% od wartości szacunkowej zamówienia podstawowego brutto wynosi 904.348,99 zł.

W postępowaniu złożone zostały m.in. oferty nw. wykonawców:

- Xxx z ceną brutto 679.820,20 zł (oferta najkorzystniejsza, niższa o 47,38% od wartości szacunkowej brutto zamówienia podstawowego);
- HYDROMEX PLUS Sp. z o.o. Sp. komandytowa z ceną brutto 794.119,40 zł (cena niższa o 38,53% od wartości szacunkowej brutto zamówienia podstawowego);
- Yyy z ceną brutto 808.450,59 zł (cena niższa o 37,42% od wartości szacunkowej brutto zamówienia podstawowego);
- PROSSPOL Sp. z o.o. z ceną brutto 857.186,97 zł (cena niższa o 33,65% od wartości szacunkowej brutto zamówienia podstawowego).

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za prace 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);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Dyspozycja art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu wezwanie o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w przypadku wystąpienia, niezależnie od pozostałych, jednej z dwóch przesłanek, tj. gdy cena oferty wykonawcy jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub gdy cena oferty wykonawcy jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej podstawą (miernikiem) oceny, czy zaoferowana przez danego wykonawcę cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej jest w pierwszej kolejności jej porównanie do wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez zamawiającego z należytą starannością, powiększonej o wartość podatku VAT (m.in. wyrok z dnia 26 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 68/15).

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie zastosował się do dyspozycji powyższego przepisu mimo, że cena ofert złożonych przez ww. wykonawców była niższa o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia, a zatem zachodziła przesłanka określona w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązująca zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu do zwrócenia się do ww. wykonawców o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zaniechanie zamawiającego w powyższym zakresie stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, przy czym należy uznać je za mogące mieć wpływ na wynik postępowania odnośnie oferty wykonawcy Xxx, który złożył ofertę wybraną jako najkorzystniejsza, natomiast w stosunku do pozostałych ww. wykonawców naruszenie powyższego przepisu pozostaje bez wpływu na wynik przedmiotowego postępowania.

2. W ogłoszeniu o zamówieniu oraz siwz zamawiający dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku zdolności finansowej poprzez wymóg wykazania przez wykonawcę, że posiada środki finansowe lub wykaże się zdolnością kredytową na kwotę do wysokości wartości 1.000.000,00 zł. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawca zobowiązany był przedłożyć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową, tj. dokument o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz.U. z 2013, poz. 231), zwanego dalej „rozporządzeniem”.

Ponadto w rozdz. V pkt 3 siwz zamawiający oprócz treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wskazał także, iż „treść zobowiązania podmiotu trzeciego powinna określać: kto jest podmiotem przyjmującym zasoby, zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy. Ponadto powinno zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia lub jego braku.”

W celu potwierdzenia spełniania opisanego powyżej warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej wykonawca - Xxx wraz z ofertą przedłożył zobowiązanie

podmiotu trzeciego, tj. Przedsiębiorstwa Budowlano – Modernizacyjno – Handlowego „Modern-Bud” s.c. W treści przedmiotowego zobowiązania podmiot trzeci wskazał, iż - „oświadczamy, że oddajemy do dyspozycji wykonawcy, tj. Xxx niezbędne przy wykonaniu zamówienia zasoby, to jest zdolności finansowe – w załączaniu przedstawiamy informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w której podmiot przez nas reprezentowany posiada rachunek potwierdzający wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową (...) na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, którego przedmiotem jest: Budowa wodociągu w miejscowości Wilkowiecko, ul. Mickiewicza oraz budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Opatów, ul. Kościuszki”. Z opinii bankowej, wystawionej przez Bank PKO S.A. wynika, że podmiot trzeci posiada zdolność kredytową do wysokości 4.000.000,00 zł.

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

Oznacza to, że z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów musi wynikać, jakie zasoby i na jakich zasadach będą przez podmiot trzeci udostępnione. Nie jest wystarczające złożenie wyłącznie zobowiązania o przekazaniu potencjału, jeżeli z tego zobowiązania, ani z innych dokumentów nie wynika zakres i sposób udostępnienia zasobów. Brak wiedzy na ten temat uniemożliwia bowiem zamawiającemu ocenę, czy wykonawca rzeczywiście dysponuje potencjałem w sposób pozwalający mu na spełnienie warunku i należyte wykonanie zamówienia. 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 zakres jest zbyt mały, tj. nie jest udostępniany w zakresie niezbędnym i nie gwarantuje właściwego wykonania zamówienia, zamawiający ma obowiązek żądać jego uzupełnienia oraz ewentualnie wykluczyć wykonawcę z postępowania.

Zgodnie z powyższym, wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Jedynym w tym zakresie dowodem przedłożonym przez ww. wykonawcę jest oświadczenie podmiotu trzeciego na temat zamiaru udostępnienia potencjału finansowego. Analiza treści złożonego zobowiązania

nie dowodzi, że wykonawca rzeczywiście dysponuje zasobami finansowymi w sposób gwarantujący należyłą realizację udzielanego zamówienia publicznego. Przede wszystkim

należy zwrócić uwagę, iż z przedłożonego oświadczenia nie wynika, w jaki sposób i na jakich zasadach zdolność kredytowa podmiotu trzeciego zostaje udostępniona: czy podmiot trzeci posiadający zdolność kredytową na wymaganą kwotę zobowiązuje się zaciągnąć kredyt, a następnie wymagane środki udostępnić wykonawcy np. w formie darowizny, pożyczki, zakupu za wymaganą kwotę materiałów potrzebnych do budowy. Tym samym treść ww. dokumentu nie pozwala zamawiającemu na dokonanie oceny, czy wykonawca ma rzeczywisty dostęp do zdolności finansowej podmiotu trzeciego i czy jest to dostęp na zasadach wystarczających do należytej realizacji zamówienia, a tym samym zamawiający nie ma gwarancji, że wybrany wykonawca spełnia warunek i faktycznie będzie zdolny do realizacji niniejszego zamówienia.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, 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 Xxx do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie powyżej opisanego warunku dotyczącego zdolności finansowej, tj. nie wezwał wykonawcy 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, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, tj. Xxx, że zasoby finansowe 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. 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 Pzp. Art. 7 ust. 3 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 Xxx nie wykazał, że w wystarczającym zakresie i w wystarczający sposób dysponuje potencjałem podmiotu trzeciego w zakresie zasobów finansowych. Tym samym wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Jednocześnie w toku kontroli zostało stwierdzone, że zamawiający nie podjął czynności weryfikacji zdolności finansowych tego 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 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 Xxx 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, gdyż dotyczy wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

3. Przedmiotem zamówienia jest budowa wodociągu w miejscowości Wilkowiecko, ul. Mickiewicza oraz budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Opatów, ul. Kościuszki. Jak wynika z dokumentacji, zakres robót objętych zamówieniem jest następujący:

1) budowa wodociągu w miejscowości Wilkowiecko ul. Mickiewicza:

- roboty ziemne,
- roboty montażowe - sieć 1864,5 mb.

2) budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Opatów, ul. Kościuszki:

- roboty ziemne - sieć grawitacyjna,
- roboty montażowe – sieć grawitacyjna - 337,5 mb,
- roboty ziemne - przyłącza,
- roboty montażowe - przyłącza - 14 szt.,
- roboty ziemne - kanał tłoczny,
- roboty montażowe - kanał tłoczny 338,5 mb,
- pompownia - 1 szt.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w dokumentacji technicznej:

- specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót,
- przedmiarze robót,

- projekcie budowlanym.

Kontrolowane postępowanie zostało wszczęte w dniu 17.12.2014 r. W niniejszym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert było kryterium ceny – waga 100%.

Zamawiający, w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu do udzielenia wyjaśnień dotyczących zastosowania jedynego kryterium ceny, w piśmie z dnia 27.07.2016 r. wyjaśnił, cyt.: *„Usługa robót budowlanych będąca przedmiotem zamówienia jest usługą powszechnie dostępną, gdyż służy bieżącemu użytkownikowi przeciętnego odbiorcy. Powyższe wynika z szerokiej dostępności ofert i oferentów świadczących tego typu usługi w Gminie. Można wobec tego stwierdzić, że w tym wypadku istnieje konkurencyjny rynek podmiotów oferujących usługi tego typu robót budowlanych gwarantujących powszechną dostępność. Specyfikacja świadczenia tego typu usług jest również typowa - nie zależy od własnych i indywidualnych uwarunkowań podmiotów oferujących takie usługi, tylko jest kształtowana przez rynek. Zamówienie będące przedmiotem przetargu charakteryzowało się również ustalonymi standardami jakościowymi a więc cechami jakościowymi i technicznymi robót budowlanych występującymi powszechnie w obrocie, wykorzystywanymi powszechnie na terenie Gminy w poprzednich inwestycjach o podobnym charakterze [budowa systemu kanalizacji sanitarnej etap I i II w Złochowicach, budowa systemu kanalizacji w Iwanowicach Małych, budowa systemu kanalizacji w Opatowie, w których zastosowano podobne projekty, techniki, opisy]. Z powyższego wynika, że niezależnie od tego, kto byłby wykonawcą zamówienia, usługa byłaby analogiczna do już przeprowadzonych w Gminie. Zastosowanie w przedmiotowym zamówieniu specyfikacji miało wobec tego charakter standardowy w stosunku do już prowadzonych w Gminie inwestycji, w czym upatruje ona spełnienia przesłanki z art. 91 ust. 2a u.p.z.p. (...). Zamawiający uznał, iż zastosowanie innych kryteriów (niż cena) nie przyczyni się do zwiększenia wydatków ze środków publicznych ponoszonych w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż zamawiający po przeprowadzeniu już kilku analogicznych zamówień, które miały miejsce na terenie gminy nie przeprowadzał gruntownych analiz, często kosztownych i czasochłonnych zwiększających koszty postępowania, wydłużającego czas ich przygotowania ze względu na niemożliwość oszacowania kosztów ponoszonych w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia, np. oszacowania ilości, wielkości awarii na wybudowanym wodociągu lub sieci kanalizacyjnej. Zamawiający stwierdził, iż zastosowanie np. dodatkowego kryterium jako terminu wykonania zamówienia nie ma wpływu na zwiększenie wydatkowania środków publicznych po zakończeniu realizacji przedmiotu zamówienia, jak również w trakcie jego korzystania.”*

Mając na uwadze powyższe należy wskazać na treść art. 91 ust. 2a ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu 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 jedyne kryterium oceny ofert.

Mając na uwadze wyżej opisany stan faktyczny, a w szczególności roboty budowlane obejmujące przedmiot zamówienia, należy uznać, że roboty budowlane polegające na budowie wodociągu oraz kanalizacji sanitarnej 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 i funkcjonowania wodociągu i kanalizacji sanitarnej. O ile umiejętności takie mogą być powszechne w firmach zajmujących się akurat robotami obejmującymi budowę sieci wodociągowych, czy robotami kanalizacyjnymi, o tyle nie są powszechne generalnie. Sformułowanie „powszechnie dostępne” należy tymczasem 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.

Należy zauważyć, że powyższy zakres robót wymagał, aby wykonawca dysponował odpowiednim doświadczeniem polegającym na wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami i przepompownią lub budowie wodociągu wraz z przyłączami. Ponadto zamawiający wymagał od wykonawców dysponowania osobą posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi „o specjalności sanitarnej w rozumieniu ustawy – Prawo budowlane”. Wykonanie ww. robót wymaga zatem posiadania specjalistycznej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobą posiadającą specjalne uprawnienia budowlane. Tym samym, ww. roboty 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, a ich wykonanie można powierzyć dowolnemu wykonawcy. Nadmienić przy tym należy, że liczba wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia nie przekłada się wprost na „powszechność, dostępność” danych robót. Ponadto fakt, że roboty te musiały być wykonane zgodnie z konkretnym projektem budowlanym, uwzględniającym warunki konkretnej inwestycji, świadczy o tym, że ich standard wykonania nie był z góry ustalony, ale musiał być 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 powszechnie dostępnymi o ustalonych standardach, lecz robotami budowlanymi dostosowanymi do konkretnych potrzeb zamawiającego oraz wymagającymi od wykonawcy konkretnych umiejętności posiadania odpowiedniego doświadczenia i dysponowania osobą o odpowiednich kwalifikacjach z zakresu budownictwa. Ponadto w świetle art. 91 ust. 2a ustawy Pzp zamawiający udzielając zamówienia publicznego jako jednostka sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych nie sporządził załącznika do protokołu postępowania, w którym wykazałby, w jaki sposób w opisie przedmiotu zamówienia zostały uwzględnione koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Tym samym, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

4. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w siwz wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego braku podstaw do wykluczenia zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w siwz żądał od wykonawców przedłożenia dokumentów określonych w § 3 ust. 1 pkt 1 – 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), dalej jako: „rozporządzenie”.

W Sekcji III.4.3. ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale VI pkt 4 siwz, zamawiający wymagał, aby wykonawcy mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, tzw. „podmioty zagraniczne”, przedłożyli dokumenty wskazane w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) rozporządzenia, tj. odpowiedniki dokumentów składanych przez wykonawców krajowych, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 2, 3, 4 i 6 rozporządzenia. Tym samym zamawiający żądał od podmiotów zagranicznych złożenia także dokumentów potwierdzających brak orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie, nie wymaganych ani w ogłoszeniu o zamówieniu ani w siwz od wykonawców krajowych.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający m.in. równe traktowanie wykonawców. Zatem zamawiający został zobowiązany

do zapewnienia, aby wszystkie podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia publicznego, w tym także podmioty, które mają miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej miały możliwość ubiegania się o zamówienie na takich samych zasadach.

W konsekwencji wskazanie szerszego zakresu dokumentów wymaganych od podmiotów zagranicznych niż od wykonawców posiadających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) tiret trzecie rozporządzenia pozostające bez wpływu na wynik postępowania.

5. W siwz [rozd. VI pkt 3)] zamawiający zamieścił informację: „Jeżeli, w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 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 5-8 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 notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób.”

Ponadto w siwz [rozdział VI pkt 4.2)] zamawiający zamieścił informację, zgodnie z którą jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) rozporządzenia, „zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym lub organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.”

Powyższe informacje zostały przytoczone w ślad za uregulowaniem zawartym w § 2 ust. 2 i § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), nieobowiązującego już w momencie wszczęcia kontrolowanego postępowania. Mając na uwadze fakt, iż niniejsze postępowanie zostało wszczęte w dniu 17.12.2014 r., tj. po dacie wejścia w życie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, należy zauważyć, iż w treści § 3 ust. 3 i § 4 ust. 3 rozporządzenia z 2013 r.

zostały wprowadzone zmiany w stosunku do uchylonego rozporządzenia, dotyczące oświadczenia składanego przed notariuszem przez wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (wykonawców zagranicznych) oraz przez wykonawców krajowych w odniesieniu do osób, o których mowa m.in. w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 mających miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, polegające na rezygnacji z wymogu, by notariusz był notariuszem działającym w obszarze miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Powyższa regulacja umożliwia składanie oświadczeń przez ww. podmioty przed polskimi notariuszami, jak również przed notariuszami kraju, w którym aktualnie przebywa wykonawca lub ww. osoby. Ponadto, zgodnie z treścią § 4 ust. 3 rozporządzenia z 2013 r. w składanym oświadczeniu określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy.

Z uwagi na powyższe, zawarcie przez zamawiającego powyżej przytoczonych informacji w siwz stanowi naruszenie § 3 ust. 3 i § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z 2013 r., które nie ma wpływu na wynik postępowania.

6. Zamawiający dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wymagając od wykonawców wykazania wykonania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednego zamówienia w zakresie budowy kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami i przepompownią lub budowy wodociągu wraz z przyłączami.

W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku zamawiający wymagał od wykonawców przedłożenia dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia.

Z dokumentacji postępowania wynika, że w celu potwierdzenia spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu:

- 1) wykonawca Yyy zamieścił w treści złożonego wykazu robotę budowlaną pn. *„Przebudowa sieci wodociągowej wraz z przyłączami w miejscowości Biała ul. Strażacka i Częstochowska”*;
- 2) wykonawca Zzz zamieścił w treści złożonego wykazu 2 roboty budowlane pn.:
 - a) *„Budowa wodociągu oraz kanalizacji sanitarnej w ul. Brzozowej i ul. Polnej w miejscowości Starcza”*;
 - b) *„Przebudowa sieci wodociągowej wraz z przyłączami w miejscowości Olsztyn w ul. Karlińskiego, Ogrodowej, Combika, Cichej i Napoleona”*.

Z treści złożonych wraz z ofertami wykazów robót budowlanych, jak również z załączonych referencji wynika, że żadna z powyższych robót budowlanych nie potwierdza spełniania przez

ww. wykonawców warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia z uwagi na fakt, iż:

- Ad. 1) robota budowlana polegała na przebudowie sieci wodociągowej wraz z przyłączami, a nie na wymaganej w siwz „budowie wodociągu wraz z przyłączami”;
- Ad. 2) a) robota budowlana, zarówno w zakresie budowy wodociągu, jak i kanalizacji sanitarnej nie obejmowała wykonania przyłączy;
- Ad. 2) b) robota budowlana polegała na przebudowie sieci wodociągowej wraz z przyłączami, a nie na wymaganej w siwz „budowie wodociągu wraz z przyłączami”.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, 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 Yyy oraz wykonawcy Zzz do uzupełnienia złożonych wykazów robót budowlanych potwierdzających spełnianie powyżej opisanego warunku dotyczącego doświadczenia.

Zaniechanie zamawiającego w powyższym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie wywierające 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.