

Sygn. akt: KIO/KD 43/15

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 11 sierpnia 2015 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 13 lipca 2015 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

**Urząd Gminy Mszana Dolna
ul. Spadochroniarzy 6,
34- 730 Mszana Dolna**

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej (UZP/DKUE/KD/11/2015) z dnia 3 lipca 2015 r. przekazanej przy piśmie znak: UZP/DKUE/W2/421/11(8)/15/PF(5417),

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „budowę ogólnodostępnych miejsc postojowych w centrum wsi Olszówka poprzez remont drogi gminnej wraz z budową zatok parkingowych, przebudową drogi wewnętrznej, rozbudową placu postojowego, budową kanalizacji opadowej”,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Jolanta Markowska
Członkowie:	Honorata Łopianowska
	Grzegorz Matejczuk

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 161 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego w trybie art. 161 ust. 4 Pzp, przeprowadził kontrolę doraźną następczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn: „budowa ogólnodostępnych miejsc postojowych w centrum wsi Olszówka poprzez remont drogi gminnej wraz z budową zatok parkingowych, przebudową drogi wewnętrznej, rozbudową placu postojowego, budową kanalizacji opadowej”. Informacja o wyniku kontroli została przesłana do zamawiającego wraz z pismem z dnia 3 lipca 2015 r. znak: UZP/DKUE/W2/421/11(8)/15/PF(5417).

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej przedmiotowego postępowania Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.):

- w pkt 2.1 - art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprzez wykluczenie z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe ZIBUD xxxxxxxx, który nie tylko nie odmówił przedłużenia terminu związania ofertą (nie był przy tym wzywany przez zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą), ale wyrażał zainteresowanie przebiegiem postępowania, kontaktował się w tej sprawie z zamawiającym do ostatniego dnia ważności wadium, a następnie dokonał wpłaty nowego wadium, nie dopuszczając do przerwy w ciągłości zabezpieczenia oferty;

- w pkt 2.2 - art. 17 ust. 1 Pzp, poprzez dokonywanie przez Pana vvvvvvvv – Wójta Gminy Mszana Dolna - czynności w postępowaniu, pomimo wyłączenia się w dniu 5 stycznia 2015 r. (oświadczenie ZP-1 z dnia 5 stycznia 2015 r.) z przedmiotowego postępowania;

- w pkt 2.3 - art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp, poprzez opisanie kryterium oceny ofert w zakresie gwarancji, w sposób, który nie różnicuje w żaden sposób zaoferowanych wydłużonych okresów gwarancji, a w konsekwencji wykonawcy, którzy zaoferowali maksymalnie wydłużony okres gwarancji otrzymali jednakową liczbę punktów;

- w pkt 2.4 - art. 36a ust.1 i 2 Pzp, poprzez faktyczne ograniczenie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia, w konsekwencji zastrzeżenia w pkt 18 siwz, że wynagrodzenie podwykonawcy nie może przekraczać 50% kwoty wynagrodzenia wykonawcy, pomimo że w siwz zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę żadnej kluczowej części zamówienia.

Dnia 13 lipca 2015 r. zamawiający wniósł do Prezesa UZP zastrzeżenia, nie zgadzając się z ustaleniami wyników kontroli.

Prezes UZP, pismem z dnia 27 lipca 2015 r. [(znak: KIO/DKUE/W2/421/11(11)/15/PF (5958)] przesłał zamawiającemu odpowiedź na zgłoszone zastrzeżenia do wyniku kontroli. Prezes Urzędu poinformował zamawiającego, iż nie uwzględnił zastrzeżeń dotyczących naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej w pkt 2.1, 2.3 oraz 2.4. Jednocześnie Prezes Urzędu uwzględnił zastrzeżenia zamawiającego dotyczące naruszenia wskazanego w pkt 2.2 ww. Informacji.

Odnosnie naruszenia wskazanego w pkt 2.1 zamawiający wskazał w zastrzeżeniach, że wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe ZIBUD xxxxxxxx złożył ofertę ważną do 3 lutego 2015 r. oraz wadium w formie gwarancji bankowej ważne do 4 lutego 2015 r. Nowe wadium w formie pieniężnej przelał na rachunek zamawiającego w dniu 5 lutego 2015 r. Zdaniem zamawiającego, przepis art. 85 ust. 2 Pzp wyraźnie wskazuje, że przedłużenie terminu związania ofertą jest uprawnieniem wykonawcy, jak również uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. W związku z powyższym, nie można czynić zamawiającemu zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą.

Zamawiający podkreślił, że wykonawca ZIBUD nie złożył w przedmiotowym postępowaniu oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Wykonawca nie interesował się przebiegiem postępowania, a wręcz odwrotnie, to zamawiający kontaktował się z wykonawcą w celu ustalenia, czy zamierza on przedłużyć termin związania ofertą, ale nie otrzymał żadnej jednoznacznej odpowiedzi.

Zamawiający podniósł również, że skoro oferta wygasła w dniu 3 lutego 2015 r., a nowe wadium zostało wpłacone w dniu 5 lutego 2015 r., to tym samym nastąpiła jednodniowa przerwa, a zatem nie może być mowy o ciągłości terminu ważności oferty.

W odniesieniu do naruszenia wskazanego w pkt 2.3 Zamawiający przyznał, że w siwz pojawił się powielony błędnie zapis kryterium, że „Oferta z najdłuższym okresem gwarancji (jednak nie krótszym niż 60 miesięcy i nie dłuższym niż 84 miesiące) – 2 punkty.” W ocenie zamawiającego, oczywistym jest, że stosowany miał być zapis w poz. 1.2, a nie obydwie zapisy jednocześnie, co potwierdza postanowienie zamieszczone poniżej w siwz o treści: „W przypadku gdy wykonawca zaoferuje okres gwarancji powyżej wymaganego maksimum zamawiający do oceny ofert przyjmie 84 miesiące, natomiast do umowy zostanie wpisany okres gwarancji zaproponowany przez wykonawcę”. Zamawiający podkreślił, że oczywista omyłka w powieleniu opisu kryterium nie stworzyła dla wykonawców żadnych wątpliwości, na

co wskazują złożone oferty oraz brak zapytań ze strony wykonawców w zakresie wyjaśnienia treści siwz.

W odniesieniu do naruszenia wskazanego w pkt 2.4, zamawiający stwierdził, że ograniczenie wysokości wynagrodzenia podwykonawcy nie miało znaczenia dla wyboru wykonawców, jak również nie wpłynęło na konkurencyjność ofert, co potwierdza ilość podmiotów biorących udział w przetargu oraz brak pytań ze strony potencjalnych wykonawców.

Zamawiający wyjaśnił, że każda część planowanych robót obejmujących ich wykończenie była kluczowa, gdyż składała się na końcowy efekt wykonania całości robót budowlanych.

W odpowiedzi na zgłoszone zastrzeżenia Prezes Urzędu stwierdził, co następuje:

Ad. 2.1 Z treści art. 85 ust. 2 Pzp wynika, że przedłużenie terminu związania ofertą jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem wykonawcy. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp określa przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jedną z tych przesłanek jest brak zgody wykonawcy na przedłużenie terminu związania ofertą. Zatem wykluczenie wykonawcy na tej podstawie może nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający wystąpił do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody, a wykonawca odmówił wyrażenia takiej zgody. Nie ma podstawy natomiast do wykluczenia wykonawcy, gdy ten nie przedłużył terminu związania ofertą z własnej inicjatywy. Ponieważ przesłanki wykluczenia muszą być interpretowane ściśle, należy stwierdzić, że art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp nie obejmuje powyższej sytuacji.

Ponadto, żaden z przepisów ustawy Pzp nie daje podstaw do twierdzenia, że nie jest możliwe rozpatrywanie, ocena i wybór oferty, której termin związania upłynął. Pomimo upływu tego terminu można zawrzeć umowę, choć wykonawca nie ma takiego obowiązku i nie ponosi negatywnych skutków ewentualnej odmowy jej zawarcia (np. utrata wadium). Zaprezentowany przez zamawiającego pogląd opiera się na niedopuszczalnym rozszerzeniu interpretacji przepisu ustawy, którego zakres zastosowania został wyraźnie określony. Prezes UZP stwierdził, że żadna z przesłanek wynikających z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w niniejszym postępowaniu nie została spełniona, a w szczególności przesłanka braku wyrażenia przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Tym samym wykluczenie wykonawcy PBU ZIBUD xxxxxxxxx w ustalonym stanie faktycznym w oparciu o powyższy przepis stanowi naruszeniu tego przepisu.

Ad. 2.3 Przepis art. 2 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym „najkorzystniejsza oferta” to oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo oferta z najniższą ceną. Jest to zatem oferta, która zawiera najkorzystniejszą (wg. wag kryteriów) kombinację wskaźników ujętych w kryteriach, takich jak: najniższa cena, najdłuższy okres gwarancji, najkrótszy okres realizacji, najlepsze jakościowo parametry techniczne oraz inne. Obowiązkiem zamawiającego jest wobec powyższego, ustalenie kryteriów i ich wag w taki sposób, aby biorąc pod uwagę cechy przedmiotu zamówienia, móc wybrać ofertę, która zapewnia wykonanie zamówienia w jak najlepszej jakości oraz za jak najniższą cenę (realną). Powyższe wynika również z treści preambuły do dyrektywy 2004/18/WE.

Ponadto, zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp zamawiający ma obowiązek wybrać ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów określonych w siwz, a nie na podstawie tego, co wskutek zawartych w siwz błędów uważa za „oczywiste”. Fakt błędnego zapisu w siwz w rozpatrywanym zakresie został przez zamawiającego przyznany.

Ad. 2.4 Stanowisko przedstawione przez zamawiającego w zastrzeżeniach do wskazanego w tym punkcie art. 85 ust. 2 Pzp potwierdza, że zamawiający nie kwestionuje faktu, iż w zapisach siwz wystąpiła „nieprawidłowość”, która jednak, w ocenie zamawiającego, „nie miała znaczenia dla wyboru wykonawców jak również nie wpłynęła na konkurencyjność ofert”. Tym samym zamawiający przyznał, że zamieszczenie w siwz zapisu ograniczającego wysokość wynagrodzenia podwykonawcy do wysokości 50% kwoty wynagrodzenia, stanowi faktycznie ograniczenie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia.

Prezes UZP zauważył na marginesie, że o tym, czy dany element robót stanowi element kluczowy zamówienia, nie przesądza jeszcze sam fakt, iż dany element robót składa się na końcowy efekt wykonania całości robót budowlanych.

Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 Pzp, zastrzeżenia do wyniku kontroli, w zakresie nieuwzględnionym przez Prezesa Urzędu zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia zgłoszone przez zamawiającego do wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej ustaliła i zważyła, następująco:

Izba uznała, że zastrzeżenia do wyniku kontroli zgłoszone przez zamawiającego pismem z dnia 13 lipca 2015 r. nie zasługują na uwzględnienie. Izba podzieliła tym samym stanowisko Prezesa UZP co do zasadności stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 36 ust. 1 pkt 13, art. 36a ust. 1 i 2 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę ogólnodostępnych miejsc postojowych w centrum wsi Olszówka poprzez remont drogi gminnej wraz z budową zatok parkingowych, przebudową drogi wewnętrznej, rozbudową placu postojowego, budową kanalizacji opadowej”.

Z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający w dniu 17 lutego 2015 r. wykluczył z postępowania 15 wykonawców, w tym wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę – Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe ZIBUD xxxxxxxx, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Żaden z wykluczonych wykonawców samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą, który upłynął w dniu 3 lutego 2015 r. Zamawiający nie wzywał wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Tylko jeden wykonawca – WPPUH „JANDA” yyyyyyyy – samodzielnie przedłużył termin związania ofertą w dniu 3 lutego 2015 r.

Oferta wykonawcy PBU ZIBUD xxxxxxxx była zabezpieczona wadium (gwarancją ubezpieczeniową) do dnia 4 lutego 2015 r. W dniu 5 lutego 2015 r. ww. wykonawca dokonał wpłaty nowego wadium. Termin związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu upłynął w dniu 3 lutego 2015 r. Wykonawca PBU ZIBUD xxxxxxxx poinformował następnie zamawiającego, w trybie art. 181 ust. 1 Pzp, o zaniechaniu czynności wezwania wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą stosownie do art. 85 ust. 2 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wskazał w siwz (rozdział XII), jako kryterium oceny ofert – cenę 98% oraz wydłużenie okresu gwarancji – 2%. Zamawiający zawarł w siwz postanowienie, że ocenie podlegać będzie gwarancja ponad wymagane minimum:

- oferta z najdłuższym okresem gwarancji (jednak nie krótszym niż 60 miesięcy i nie dłuższym niż 84 miesiące) – 2 punkty;
- oferta z najdłuższym okresem gwarancji (jednak nie krótszym niż 60 miesięcy i nie dłuższym niż 72 miesiące) – 2 punkty.

W rozdziale II pkt 17 siwz zamawiający zawarł postanowienie o następującej treści: „wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia”. Jednocześnie w pkt 18 siwz zamawiający zapisał, iż „wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń do projektu umowy lub sprzeciwu do umowy lub ich zmian:

- wysokość wynagrodzenia podwykonawcy nie może być wyższa niż 50% kwoty, którą zamawiający zgodnie z postanowieniami umowy w sprawie zamówienia publicznego, zobowiązany jest zapłacić za roboty budowlane stanowiące równocześnie przedmiot umowy o podwykonawstwo, z uwzględnieniem wartości wynagrodzeń innych wykonawców”.

Zamawiający wyjaśnił w toku kontroli, że powyższy zapis miał „spowodować, aby główny wykonawca uczestniczył w realizacji przedmiotowego zamówienia niezależnie od podwykonawców. Taki zapis był konsekwencją trudności określenia jakich kluczowych części zamówienia narzucić generalnemu wykonawcy z uwagi na charakter i specyfikę tego zamówienia. Jednym słowem tym zapisem zamawiający chciał wyegzekwować aby w części zamówienia bezpośrednio uczestniczył generalny wykonawca (...).”

W danym stanie faktycznym, ustalonym przez Prezesa UZP w ramach przeprowadzonej kontroli, który nie był kwestionowany przez zamawiającego w ramach zgłoszonych w dniu 13 lipca 2015 r. zastrzeżeń do wyniku kontroli, Izba zważyła, jak poniżej.

Ad. 2.1 Przepis art. 85 ust. 2 Pzp określa uprawnienie wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą. Czynność ta może być podjęta przez wykonawcę samodzielnie lub też na wniosek zamawiającego. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp określa natomiast przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z tym przepisem, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46ust. 3 albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Z powiązania tych dwóch przepisów wskazanych powyżej należy wywieść wniosek, że wykluczenie wykonawcy nie jest możliwe wówczas, gdy wykonawca samodzielnie nie przedłuży okresu związania ofertą (bez wniosku zamawiającego) lecz tylko wówczas, gdy na wezwanie zamawiającego (które jest dopuszczalne tylko jeden raz w postępowaniu) nie wyrazi on zgody na przedłużenie okresu związania ofertą. Zatem wykluczenie wykonawcy z postępowania może nastąpić tylko w odniesieniu do jednej z sytuacji określonych w art. 85 ust. 2 Pzp, tj. w przypadku, gdy

zamawiający uprzednio wezwał wykonawcę do przedłużenia okresu związania ofertą lecz ten nie wyraził zgody na przedłużenie tego okresu.

Nie budzi wątpliwości fakt, że przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania muszą być interpretowane ściśle. Przyjęcie interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp zaprezentowanej przez zamawiającego, iż wykonawca, który samodzielnie nie przedłużył okresu związania ofertą podlega wykluczeniu, byłoby niedopuszczalnym rozszerzeniem zakresu zastosowania ww. przepisu ustawy Pzp, wbrew jego wyraźnemu brzmieniu.

W przedmiotowym postępowaniu przesłanka braku wyrażenia zgody przez wykonawcę na przedłużenie okresu związania ofertą legła u podstaw decyzji zamawiającego o wykluczeniu z postępowania wykonawcy PBU ZIBUD xxxxxxxx w sposób nieuprawniony, skoro wykonawca nie został wezwany przez zamawiającego do wyrażenia takiej zgody. Aby wykonawca mógł wyrazić zgodę lub nie wyrazić zgody na przedłużenie tego okresu, musiałby zostać wezwany przez zamawiającego o wyrażenie takiej zgody. W niniejszej sprawie zamawiający nie wezwał wykonawców, w tym PBU ZIBUD xxxxxxxx do wyrażenia zgody na przedłużenie okresu związania ofertą i fakt ten nie był kwestionowany przez zamawiającego. Brak wezwania w tym przypadku oznacza dla zamawiającego konsekwencję w postaci braku możliwości wykluczenia wykonawcy, który nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania ofertą. Jak już wskazano powyżej, omawiana przesłanka wykluczenia wykonawcy nie obejmuje sytuacji, w której wykonawca samodzielnie „nie przedłużył terminu związania ofertą”.

Zauważyć również należy, że fakt, iż ww. wykonawca przedłużył zabezpieczenie swojej oferty wadium, zachowując ciągłość tego zabezpieczenia, wynika jednoznacznie z dokumentacji postępowania. Należy zwrócić uwagę na istotną w tej sprawie okoliczność, tj. zachowanie ciągłości w zabezpieczeniu oferty wadium. Wbrew twierdzeniu zamawiającego, w terminie pomiędzy 3 lutego 2015 r., a 5 lutego 2015 r. nie nastąpiło przerwanie tego zabezpieczenia, gdyż złożona przez wykonawcę gwarancja ubezpieczeniowa była ważna do 4 lutego 2015 r., a nowe wadium w formie pieniężnej zostało wpłacone w dniu kolejnym, tj. 5 lutego 2015 r. Upływ w dniu 3 lutego 2015 r. terminu związania ofertą nie ma znaczenia i nie powoduje żadnych skutków dla ciągłości zabezpieczenia oferty wadium wobec faktu, że wadium zostało przedłużone. Należy przy tym zauważyć, że wpłata wadium przez wykonawcę wyraża w sposób dostateczny wolę wykonawcy co do związania się złożoną ofertą.

Izba podziela pogląd wyrażony przez Prezesa UZP, że przepisy ustawy Pzp nie wyłączają możliwości badania, oceny i wyboru oferty, której termin związania upłynął. Jak słusznie wskazał Prezes Urzędu, pomimo upływu terminu związania ofertą można zawrzeć

umowę w sprawie zamówienia publicznego. Upływ terminu związania ofertą powoduje jedynie, że wykonawca nie ma obowiązku zawarcia umowy, a co za tym idzie - nie ponosi negatywnych konsekwencji nie zawarcia umowy.

W świetle powyższego, Izba stwierdziła, że nie zaistniała przesłanka wykluczenia wykonawcy, polegająca na braku wyrażenia przez wykonawcę PBU ZIBUD xxxxxxx zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, skoro zamawiający nie wystąpił na piśmie o wyrażenie takiej zgody. Izba zwraca przy tym uwagę, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje zasada pisemności, a zatem kontaktowanie się telefoniczne przez zamawiającego z wykonawcą nie czyni zadość czynności zamawiającego w rozumieniu ustawy Pzp.

Reasumując powyższe, Izba uznała, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp został zastosowany przez zamawiającego w sposób nieuprawniony w niniejszym postępowaniu.

Ad. 2.3 Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp, zamawiający ma obowiązek opisać w siwz kryteria, którymi będzie się kierował w postępowaniu o udzielenie zamówienia przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Kryteria określone w siwz muszą umożliwiać zamawiającemu porównanie ofert oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp. Zamawiający ma obowiązek ustalić i opisać w siwz kryteria i ich wagi w taki sposób, aby przy ich zastosowaniu dokonać wyboru oferty, która zapewni wykonanie zamówienia za jak najniższą cenę oraz, w możliwie najlepszej jakości.

Ponadto, Zamawiający jest zobowiązany opisać w siwz kryteria oceny ofert i ich wagi w sposób, który zapewnia obiektywną ocenę ofert oraz zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp zamawiający jest zobowiązany wybrać ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów określonych w siwz. Powyższe wskazuje, że zamawiający nie może dokonywać oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów, które nie zostały zapisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub wybiórczo lub w inny sposób niezgodny z określonymi w siwz kryteriami.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający opisał w siwz kryterium odnoszące się do wydłużenia okresu gwarancji, z przyznaniem tej samej punktacji za wydłużenie okresu gwarancji do maksymalnie 84 miesięcy, jak i do 72 miesięcy. Tak ustalone kryterium faktycznie nie pozwala na ocenę ofert, która prowadziłyby do wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach tego kryterium, gdyż nie różnicuje punktacji przyznawanej w różnych warunkach. Zamawiający podniósł w zastrzeżeniach, że jest to nieprawidłowość

wynikająca z błędnego powielenia zapisu na etapie konstruowania specyfikacji, która jednak nie wpłynęła na ocenę ofert. Zamawiający przyznał w ten sposób, że opis kryteriów jest błędny, ale jednocześnie podniósł, że w toku postępowania nie stanowił on żadnych wątpliwości dla wykonawców. Zdaniem zamawiającego, w sposób oczywisty należy uznać, że do oceny ofert może mieć zastosowanie tylko jedno z dwóch postanowień (pkt 1.2), w których opisano kryterium dotyczące wydłużenia okresu gwarancji.

Nie sposób zgodzić się w powyższym zakresie z zamawiającym. W ustalonym stanie faktycznym nie ma żadnych podstaw, aby uznać, że przy ocenie ofert zastosowanie powinien mieć tylko jeden ze wskazanych zapisów. Nie ma też żadnych podstaw, aby uznać jeden z ww. zapisów zamieszczonych w siwz za błędny lub zbędny.

Nie budzi również wątpliwości fakt, że na etapie wyboru oferty zamawiający nie może przyjąć do oceny ofert innych kryteriów niż zostały opisane w siwz lub też pominąć danego kryterium. Zauważyć należy, że na etapie oceny ofert treść specyfikacji wiąże zarówno wykonawców, jak i przede wszystkim zamawiającego, który w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego powinien stać na straży uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Interpretacja siwz wbrew jej jednoznacznym, literalnym zapisom stanowiłaby niewątpliwie istotne naruszenie powyższych zasad.

W odniesieniu do przywołanego przez zamawiającego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej należy podkreślić, że pełni ono jedynie pomocniczą rolę przy interpretacji przepisów ustawy Pzp, które muszą być za każdy razem, w każdej analizowanej sprawie, odnoszone do danego, ustalonego w konkretnej sprawie stanu faktycznego.

Ad. 2.4 Zgodnie z art. 36a ust. 1 Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Ust. 2 ww. przepisu określa uprawnienie zamawiającego do zastrzeżenia w siwz, że wykonawca ma obowiązek osobistego wykonania kluczowych części zamówienia w przypadku robót budowlanych. Zamawiający nie skorzystał z uprawnienia, które zostało mu przyznane przez ww. przepis. Zamawiający wprost postanowił w siwz, że nie zastrzega żadnej kluczowej części zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę. Jednocześnie zamawiający zamieścił w siwz postanowienie ograniczające wysokość wynagrodzenia podwykonawcy do wysokości 50% kwoty wynagrodzenia. Powyższe postanowienie dotyczy całego zakresu zamówienia, a tym samym, niezależnie od części zamówienia, w szczególności, niezależnie od tego, czy dana część zamówienia jest kluczowa, czy też nie, zamawiający ograniczył udział podwykonawców w realizacji zamówienia, poprzez zobowiązanie wykonawcy do samodzielnej realizacji przynajmniej części robót.

W ramach zastrzeżeń zamawiający podniósł, że dla niego każda część zamówienia obejmująca wykończenie robót jest kluczowa, gdyż składa się na końcowy efekt wykonania całości robót budowlanych.

Powyższa argumentacja nie zasługuje na uwzględnienie. Określenia „kluczowe części zamówienia” nie można odnosić do całego zakresu zamówienia wyłącznie dlatego, że każdy z elementów robót ma wpływ na końcowy efekt wykonania całości robót. Jak słusznie zauważył Prezes UZP, powyższa interpretacja prowadziłaby do całkowitego wyłączenia możliwości powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcom, co jest sprzeczne z generalną zasadą, określoną w art. 36a ust. 1 Pzp, zgodnie z którą wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, co oznacza, że co do zasady każda z części zamówienia może być powierzona do wykonania przez podwykonawcę.

Przepis ust. 2 tego artykułu wskazuje na wyjątek od tej zasady, przyznając zamawiającemu uprawnienie do zastrzeżenia pewnej części zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę. Wyjątek ten może dotyczyć tylko kluczowych części zamówienia publicznego na roboty budowlane. Tak, jak wszystkie wyjątki od generalnej zasady, również ten, podlega ścisłej interpretacji i nie może być interpretowany rozszerzająco.

Dokonana analiza i ocena przedstawionej przez zamawiającego argumentacji w ramach zgłoszonych zastrzeżeń do wyniku kontroli – stwierdzonego przez Prezesa UZP w ramach tej kontroli naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 36 ust. 1 pkt 13, art. 36a ust. 1 i 2 Pzp, prowadzi do jednoznacznego wniosku, tj. że zastrzeżenia przedstawione przez zamawiającego w powyższym zakresie nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....