

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 22 stycznia 2016 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z 18 grudnia 2015 r. zgłoszonych 22 grudnia 2015 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Gmina Iłów

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej o sygn. UZP/DKUE/KD/24/2015 z 9 grudnia 2015 r., przekazanej za pismem z 9 grudnia 2015 r. {znak pisma UZP/DKUE/W3/421/26(16)/15/SD(9157)} w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w gminie Iłów – zaprojektowanie i wykonanie sieci szerokopasmowej*, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego (nr postępowania ZPP 3410//3/2014)

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

| | |
|------------------------|--------------------------|
| Przewodniczący: | Piotr Kozłowski |
| Członkowie: | Sylwester Kuchnio |
| | Emil Kuriata |

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej następczej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Iłów – przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w gminie Iłów – zaprojektowanie i wykonanie sieci szerokopasmowej* (nr postępowania ZPP 3410//3/2014). Ogłoszenie o tym zamówieniu 21 lutego 2014 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 35589-2014, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.ilow.pl}, na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}. Wartość tego zamówienia nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

I.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną następczą wyżej wymienionego postępowania {sygn. UZP/DKUE/KD/24/2015}, a w informacji o jej wyniku stwierdził następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1.

Art. 29 ust. 2 w zw. z określoną w art. 7 ust. 1 zasadą nakazującą zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców – przez przewidzenie możliwości wezwania wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za formalnie i merytorycznie poprawną, do dostarczenia na własny koszt do siedziby Zamawiającego w terminie 3 dni od otrzymania wezwania określonego sprzętu i oprogramowania, który był terminem nierealnym, mogącym utrudnić wykonawcom udział w postępowaniu.

W toku kontroli ustalono, co następuje:

Zgodnie z SIWZ przedmiot zamówienia obejmował zaprojektowanie, wykonanie i uruchomienie na terenie gminy Iłów sieci szerokopasmowej, w oparciu o którą zrealizowany zostanie dostęp do sieci Internet i szkolenia informatyczne dla określonej grupy 350 indywidualnych gospodarstw domowych z terenu tej gminy i 7 jednostek podległych –

beneficjentów projektu współfinansowanego ze środków wspólnotowych w ramach *Programu operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007 - 2013, 8 Oś Priorytetowa Społeczeństwo informacyjne – zwiększenie innowacyjności gospodarki, Działanie 8.3 Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu - einclusion pod nazwą „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w Gminie Iłów”.*

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazał w szczególności, że: (...) *zastrzega możliwość wezwania wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za formalnie i merytorycznie poprawną, do dostarczenia na własny koszt do siedziby zamawiającego w terminie 3 dni od otrzymania wezwania:*

- 1 szt. urządzenia OLT,
- 1 szt. urządzenia ONU,
- 1 szt. urządzenia Stacja Bazowa 5 GHz, -1 szt. urządzenia CPE 5 GHz,
- 1 szt. urządzenia system centralnego logowania i raportowania systemu cyfrowych linii radiowych punktów dostępowych 2,4/5 GHz (...).

W trakcie postępowania wykonawcy zwracali się do zamawiającego na podstawie art. 38 ust. 1 pzp z następującymi pytaniami, na które Zamawiający odpowiedział, jak to poniżej podano.

(1) (...) *W celu udostępnienia i sprawdzenia poprawności parametrów - zgodnie z zapytaniem dostawy sprzętu telekomunikacyjnego od zdecydowanej większości producentów trwają 6 - 8 tygodni. Zamawiający stawiając ww. wymaganie ogranicza ilość dostawców do tych, którzy w momencie wezwania dysponują sprzętem jedynie w celu zapotrzebowania wezwania od Gminy bez wiedzy i informacji o wygranej w przetargu. Ze względu na fakt, iż ww. wymaganie ogranicza w znacznej mierze ilość składanych ofert, a co za tym idzie zamawiający naraża się na konieczność wydatkowania znacznie większych środków niż jest to rynkowo możliwe. Proszę o zmianę ww. wymagania na termin 6 tygodni.*

Zamawiający odpowiedział, że wymaga spełnienia wymogów SIWZ.

(2) *W SIWZ na stronie 9. Zamawiający sformułował następujące wymaganie: Zamawiający zastrzega możliwość wezwania wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za formalnie i merytorycznie poprawną, do dostarczenia na własny koszt do siedziby zamawiającego w terminie 3 dni od otrzymania wezwania (...). Czy zamawiający zamierza zrezygnować z powyższego wymagania dostarczenia w terminie 3 dni od otrzymania wezwania próbek oferowanych urządzeń z powodu rażącego naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.*

Zamawiający odpowiedział, że *nie zamierza zrezygnować z prawa i możliwości wezwania wykonawcy do przeprowadzenia testów próbek dostarczonych przez wykonawcę na zasadach określonych w SIWZ, w przypadku wątpliwości co do tego, czy oferowane*

urządzenia spełniają warunki SIWZ. (...) Żądanie próbek jest zgodne z PZP.

Czas przeznaczony na dostawę urządzeń był zbyt krótki i mógł powodować, że małe firmy, które nie mają rozbudowanych kontaktów z dystrybutorami urządzeń i sprzętu oraz nie dysponują funduszami na ewentualne kaucje, nie będą w stanie sprostać wymaganiu.

Z doświadczenia osoby działającej w branży telekomunikacyjnej wynika, że:

- wykonawcy nie posiadają tzw. magazynu urządzeń, do którego mogą sięgać w dowolnym momencie, jest to m.in. związane z bardzo różnymi wymaganiami klientów oraz dużym wachlarzem dostępnych urządzeń i możliwości ich modyfikacji (modułowość);
- urządzenia, o których mowa w SIWZ oraz PFU są kosztowne i przechowywanie ich na wypadek montażu u klienta jest nieuzasadnione;
- każdy wykonawca działający w branży telekomunikacyjnej ma wypracowane ścieżki dostaw sprzętu pozwalające na realizację podjętych zobowiązań.

Wobec powyższego żądanie dostarczenia sprzętu celem wyłącznie udowodnienia, że potencjalny wykonawca ma taką możliwość jest nieuzasadnione i może być zastąpione referencjami i doświadczeniem we wdrażaniu tego typu inwestycji.

W celu umożliwienia udziału w postępowaniu firm o różnej wielkości czas przygotowania wersji pokazowej systemu powinien wynosić ok. 14 dni. Termin ten pozwala na zgromadzenie i skonfigurowanie urządzeń oraz oprogramowania lub w opcji symulacji komputerowej przygotowanie informatycznego środowiska wirtualnego. Termin trzydniowy jest nierealny do przygotowania wersji pokazowej systemu.

Powyższa ocena stanu faktycznego została dokonana z uwzględnieniem opinii biegłego w zakresie informatyki i techniki komputerowej oraz informatyko i techniki komputerowej, do którego Prezes UZP, działając na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, zwrócił się o sporządzenie ekspertyzy obejmującej odpowiedź na pytanie, czy możliwość wezwania przez Zamawiającego wybranych wykonawców spośród wykonawców, których oferty zostaną uznane za formalnie i merytorycznie poprawne, do dostarczenia na własny koszt do siedziby Zamawiającego w terminie 3 dni od otrzymania wezwania określonych urządzeń oraz próbek wykonanego przez wykonawcę raportu z określonych pomiarów było uzasadnione specyfiką zamówienia oraz czy nie naruszało zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także, ile czasu realnie potrzebowałby wykonawca profesjonalnie działający na rynku na dostarczenie do siedziby zamawiającego takich pokazowych urządzeń.

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

W pierwszej kolejności Prezes UZP zwrócił uwagę, że opis przedmiotu zamówienia stanowi istotną część regulacji ustawowej Prawa zamówień publicznych, gdyż jest jedną z najważniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania. Na zamawiającym ciąży ustawowy obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia za pomocą standardowych określeń technicznych, które zazwyczaj są używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży. W ustawie pzp ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowane potrzeby, jednakże każdy z podmiotów dokonujących zakupów określonego rodzaju dostaw, usług lub robót budowlanych ma obowiązek przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić pewne generalne warunki, jakie nakłada na niego ustawa pzp.

Zamawiający przygotowując i przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obowiązany jest przestrzegać zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy pzp. Potwierdza to treść art. 29 ust. 2 ustawy pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przy czym naruszeniem tego przepisu jest już możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji, nie zaś wyłącznie jej realne utrudnienie.

Żądanie od wykonawców dostarczenia określonego sprzętu i dookreślenie terminu jego dostawy do siedziby zamawiającego wchodzi w zakres opisu przedmiotu zamówienia, o którym mowa w art. 29 ust. 2 pzp. W konsekwencji opisując przedmiot zamówienia, w tym również możliwość żądania dostarczenia w określonym terminie pokazowych urządzeń, zamawiający nie może w sposób nieuzasadniony specyfiką przedmiotu zamówienia oraz swoimi obiektywnymi potrzebami ograniczać kręgu potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Określenie przez zamawiającego niemożliwego do dotrzymania terminu dostarczenia sprzętu, przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotu zamówienia oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją danego typu zamówień, może w sposób bezpośredni prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i tym samym do naruszenia powyższych norm prawnych.

W kontrolowanym postępowaniu Zamawiający w sposób wadliwy sporządził opis przedmiotu zamówienia w zakresie przewidzenia możliwości wezwania wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za formalnie i merytorycznie poprawną, do dostarczenia na własny koszt do siedziby zamawiającego w terminie 3 dni od otrzymania wezwania określonego sprzętu i oprogramowania. Jak wynika bowiem z opinii biegłego, w celu umożliwienia udziału w postępowaniu firmom o różnej wielkości, czas przygotowania wersji pokazowej systemu powinien wynosić ok. 14 dni. Taki termin byłby realny, gdyż umożliwiłby wykonawcom zgromadzenie i skonfigurowanie urządzeń oraz oprogramowania lub – w opcji symulacji

komputerowej – pozwalał na przygotowanie informatycznego środowiska wirtualnego. Natomiast termin 3 dni na dostarczenie określonego sprzętu był terminem nierealnym, mogącym utrudnić wykonawcom udział w niniejszym postępowaniu. Powyższe potwierdza fakt, że w postępowaniu do Zamawiającego wpłynęły pytania wykonawców, w których zwracali się z prośbą o zmianę ww. zapisu SIWZ, na co Zamawiający nie wyraził zgody, a jeden z tych wykonawców nie złożył oferty w postępowaniu.

2.

Art. 8 ust. 1 – przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykazu wykonanych robót budowlanych odnośnie zadań zrealizowanych na rzecz podmiotów publicznych, których zastrzeżenie jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa było nieuprawnione.

W toku kontroli ustalono, co następuje:

Konsorcjum w składzie: {dalej: „Konsorcjum ”} jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegło następujące dokumenty:

- załącznik nr 6 – wykaz niezbędnego sprzętu do wykonania zamówienia, którym dysponuje lub będzie dysponował wykonawca,
- załącznik nr 4 – wykaz zamówień zrealizowanych (również zadania realizowane na rzecz podmiotów publicznych),
- załącznik nr 5 – osoby zdolne do wykonania zamówienia,
- załącznik nr 9 – szczegółowe zestawienie wybranych elementów realizacji projektu,
- karty katalogowe,
- referencje.

Pismem z 1 kwietnia 2014 r. wykonawca zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o odtajnienie dokumentów zastrzeżonych przez Konsorcjum i umożliwienie wglądu do oferty.

Pismem z 2 kwietnia 2014 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum z pytaniem, czy wyraża zgodę na odtajnienie – i ewentualnie, w jakim zakresie – dokumentów zastrzeżonych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z 3 kwietnia 2014 r. Konsorcjum udzieliło wyjaśnień, że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach spełniają trzy ustawowe warunki stawiane tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. (1) mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą, (2) nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, (3) podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności. (...).

Zamawiający pismem z 3 kwietnia 2014 r. poinformował, że podjął decyzję o nieodtajnieniu części niejawniej oferty Konsorcjum.

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Zgodnie z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a wykonawca może zastrzec informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, z wyjątkiem informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy, tj. m.in. informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.

Legalna definicja „tajemnicy przedsiębiorstwa” znajduje się w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz.1503, z późn. zm.). Za taką tajemnicę może być uznana informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie następujące przesłanki: ma charakter technologiczny, techniczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, a także podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Z przytoczonej definicji wynika, że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa niezbędne jest spełnienie, co do zasady, dwóch warunków: po pierwsze spełnione muszą zostać przesłanki w zakresie charakteru informacji, a po drugie muszą zostać przez przedsiębiorcę podjęte działania w celu ochrony danych.

Zamawiający powinien dokonać analizy prawidłowości zastrzeżenia pewnych informacji w ofercie jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie tylko analizując określony dokument jako całość, ale jego poszczególne zwroty czy wyliczenia, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zatem dokument nie musi podlegać zastrzeżeniu w całości we wszystkich jego elementach, ale tylko w określonej części – w ściśle określonym elemencie.

W związku z powyższym zastrzeżenie przez Konsorcjum całego wykazu wykonanych robót budowlanych – z uwzględnieniem zadań zrealizowanych na rzecz podmiotów publicznych – było nieuprawnione, gdyż informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz o wykonawcy, który zrealizował zadanie na rzecz podmiotu publicznego ma charakter jawny. Tym samym Zamawiający obowiązany był poinformować wykonawcę o odtajnieniu ww. informacji zawartych w ofercie Konsorcjum, które niezgodnie z obowiązującymi przepisami zostały zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

{A.} Art. 38 ust. 4a pkt 1 – przez brak modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego, którym mieli dysponować wykonawcy,

{B.} art. 26 ust. 3 i 4 – przez wezwanie wykonawcy do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentu na potwierdzenie spełnienia takiego warunku

– w odniesieniu do części warunku dotyczącego architekta sieciowego, od której odstąpiono w wyjaśnieniach treści SIWZ.

W toku kontroli ustalono, co następuje:

Zamawiający dokonując opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego wymagał wykazania się dysponowaniem osobą wskazaną do pełnienia funkcji Architekta sieciowego (1 osoba), która:

- posiada znajomość metodyki TOGAF lub równoważnej, potwierdzoną aktualnym na dzień składania ofert certyfikatem TOGAF 9 Certified lub równoważnym,
- posiada nie mniej niż 6 miesięczne doświadczenie w zakresie projektowania (tworzenia) architektury systemów informatycznych zgromadzone w ciągu ostatnich 5 lat,
- posiada nie mniej niż 6 miesięczne doświadczenie w zakresie posługiwania się językiem UML oraz BPML/BPMN zgromadzone w ciągu ostatnich 5 lat,
- posiada nie mniej niż 6 miesięczne doświadczenie w zakresie projektowania architektury - Enterprise Architecture (EA) w tym: systemów zorientowanych na usługi (SOA) oraz systemów w architekturze wielowarstwowej, o wysokiej wydajności, niezawodności i wykorzystujących bazy danych, zgromadzone w ciągu ostatnich 5 lat,
- w ciągu ostatnich 3 lat była odpowiedzialna w co najmniej 2 projektach za zaprojektowanie architektury IT systemu obejmującego swym zakresem budowę architektury systemów informatycznych; wartość co najmniej jednego z tych projektów była nie mniejsza niż 3.000.000 PLN brutto (słownie: trzy milionów złotych).

Jeden z wykonawców w toku postępowania zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wykreślenie wymogu w zakresie doświadczenia wymaganego dla osoby wskazanej na stanowisko architekta sieciowego, tj. (...) *nie mniej niż 6 miesięczne doświadczenie w zakresie posługiwania się językiem UML oraz BPML/BPMN zgromadzone w ciągu ostatnich 5 lat, nie mniej niż 6 miesięczne doświadczenie w zakresie projektowania architektury Enterprise Architecture (EA) (...).*

W odpowiedzi Zamawiający zgodził się *na usunięcie wymogu w celu zwiększenia konkurencyjności i przejrzystości postępowania.*

Przytoczona odpowiedź na pytanie faktycznie zmieniała treść w zakresie opisu

sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego, którym mieli dysponować wykonawcy.

Powyższa zmiana dotycząca sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie została zamieszczona w ogłoszeniu o zamówieniu (dokonana przez Zamawiającego 7 marca 2014 r. zmiana treści ogłoszenia dotyczyła jedynie przesunięcia terminu składania i otwarcia ofert).

Ponadto Zamawiający wezwał wykonawcę m.in. o wyjaśnienie i uzupełnienie doświadczenia dla architekta sieciowego w zakresie projektowania, posługiwania się językiem UML oraz BPML/BPMN, czyli o dokument potwierdzający spełnienie warunku w zakresie, który został wykreślony w drodze odpowiedzi na pytania wykonawców.

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Zgodnie z art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zamieszcza ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

Zmiana treści SIWZ w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu prowadzi do zmiany treści ogłoszenia. A zatem powyższy przepis nakłada na zamawiającego obowiązek zmiany ogłoszenia o zamówieniu w przypadku zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym brak dokonania przez Zamawiającego zmiany ogłoszenia o zamówieniu w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego, którym mieli dysponować wykonawcy, stanowi naruszenie dyspozycji art. 38 ust. 4a pkt 1 pzp.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty.

budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Ponadto zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy pzp zamawiający wzywa, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1 ustawy pzp.

Wobec faktu rezygnacji z ww. części warunku dotyczącego architekta sieciowego, wezwanie przez Zamawiającego wykonawcy do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentu w tym zakresie było bezpodstawne, tym samym stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 pzp.

4.

Art. 45 ust. 4 – przez zażądanie wniesienia wadium w wysokości przekraczającej ustawowo określony próg 3% szacunkowej wartości zamówienia.

W toku kontroli ustalono, co następuje:

Zamawiający żądał od wykonawców składających ofertę w postępowaniu wniesienia wadium w wysokości 90.000,00 zł. Zgodnie z protokołem postępowania wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia wynosi 2.934.633,58 zł.

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Zgodnie z dyspozycją art. 45 ust. 4 ustawy pzp zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3 % wartości zamówienia.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zażądał wniesienia wadium w wysokości przekraczającej ustawowo określony próg 3%, ponieważ kwota żadanego wadium została określona na poziomie 3,07 % szacunkowej wartości zamówienia, co stanowi naruszenie powyższego przepisu.

5.

Art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 143d ust. 1 – przez niezawarcie w projekcie umowy o roboty budowlane postanowień dotyczących zasad zawierania umów o podwykonawstwo.

W toku kontroli ustalono, co następuje:

Z postanowień wzoru umowy, będącego załącznikiem do SIWZ, nie wynika, aby

Zamawiający zawarł w nim postanowienia wskazane w art. 143d ust. 1 pkt. 3 - 7 ustawy pzp (w zakresie art. 143d. ust. 1 pkt 1 i 2 Zamawiający zawarł postanowienia przepisu, z wyłączeniem dotyczącym zmian projektu umów).

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 pzp specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach.

Natomiast według brzmienia art. 143d ust. 1 pzp: *Umowa o roboty budowlane zawiera w szczególności postanowienia dotyczące:*

- 1) *obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, a także projektu jej zmiany, oraz poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i jej zmian;*
- 2) *wskazania terminu na zgłoszenie przez zamawiającego zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do projektu jej zmiany lub sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do jej zmian;*
- 3) *obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, oraz ich zmian;*
- 4) *zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom;*
- 5) *terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy;*
- 6) *zasad zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami;*
- 7) *wysokości kar umownych, z tytułu:*
 - a) *braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom,*
 - b) *nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany,*
 - c) *nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany,*

d) braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty.

Ponieważ postanowienia wzoru umowy nie zawierają zapisów, które doprecyzowują postanowienia w zakresie podwykonawstwa, Zamawiający naruszył art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 143d ust. 1 ustawy pzp.

6.

Art. 26 ust. 3 – polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania na etapie badania i oceny ofert.

W toku kontroli ustalono, co następuje:

Wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie mieli wykazać, że nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy pzp. W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania Zamawiający wymagał w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ przedłożenia m.in. dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 3 i 4 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 {dalej: „rozporządzenie”}, tj.:

- aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert,

– aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert,

Konsorcjum w ofercie przedłożyło w szczególności zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego wystawione 14 listopada 2013 r. oraz zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wystawione w 8 listopada 2013 r., tj. dokumenty nieaktualne na dzień składania ofert (12 marca 2014 r.).

Zamawiający w toku kontroli skontaktował się i otrzymał zaświadczenie z właściwego urzędu skarbowego z datą 10 lutego 2014 r.

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Ponownie przywołano brzmienie art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Zaniechanie wynikającego z tego przepisu obowiązku, tj. niewezwanie przez Zamawiającego ww. wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania na etapie badania i oceny ofert, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 pzp.

7.

Art. 26 ust. 3 – polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy do uzupełnienia: 1 po pierwsze – wykazu kadry w zakresie wymaganego doświadczenia na stanowisku projektanta radiowego, po drugie – dokumentu potwierdzającego ukończenie kursu w zakresie planowania radiowej sieci szerokopasmowych.

W toku kontroli ustalono, co następuje:

Wykonawcy ubiegający się o zamówienie musieli wykazać się dysponowaniem m.in. osobami:

1. *Inżynier sieciowy, posiadający: (...) minimum 3-letnie doświadczenie w zakresie realizacji projektów informatycznych polegających na budowie i wdrażaniu architektury sieciowej (...).*
2. *Projektant radiowy, posiadający: (...) certyfikat potwierdzający ukończenie kursu w zakresie planowania radiowej sieci szerokopasmowych, potwierdzone sporządzeniem w ostatnich 3 latach co najmniej jednej (1) dokumentacji planowania radiowego.*

W wyjaśnieniach z 25 marca 2014 r. Konsorcjum do pełnienia powyższych. funkcji wskazało:

– jako inżyniera sieciowego, który posiada doświadczenie przy realizacji zadań:

- 1) Budowa sieci radiowej dla Spółki Media 4 i Hyperion na terenie Kotliny Kłodzkiej i województwa lubuskiego (01.2010 r. - 12.2010 r.),
- 2) Budowa sieci radiowej obejmującej teren powiatów: Parczewskiego, Radzyńskiego, Bialskiego i Lubartowskiego (09.2011 r. - 04.2013 r.),
- 3) Zaprojektowanie i budowa infrastruktury sieci bezprzewodowej w ramach projektu *eInclusion – zapobieganie wykluczeniu cyfrowemu w Powiecie Przysuskim* (10.2012 r. - 06.2013 r.).

– do pełnienia funkcji projektanta radiowego, który posiada (...) *uprawnienia budowlane w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w telekomunikacji radiowej nr 1939/00/U.*

–oraz p. do pełnienia funkcji specjalisty ds. systemów radiowych (min. 2 osoby), którzy posiadają doświadczenie przy realizacji zadań powyżej wymienionych.

Z analizy dokumentacji postępowania nie wynika, aby:

–wskazany do pełnienia funkcji inżyniera sieciowego posiadał wymagane 3-letnie doświadczenie w zakresie realizacji projektów informatycznych polegających na budowie i wdrożeniu architektury sieciowej (dublowanie się okresów uczestnictwa osoby w danym projekcie nie oznacza, że osoba nabywa podwójne doświadczenie zawodowe, stąd nie można tych okresów sumować);

– oraz posiadali trzyletnie doświadczenie w projektowaniu systemów radiowych i ich implementowaniu, tj. instalacji, konfiguracji oraz usuwania problemów dla sprzętu radiowego typu jednostki nadawczo odbiorcze, IDU, ODU, uzyskane w zadaniu (zadaniach) polegających na budowie radiowych systemów szerokopasmowych.

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Ponownie przywołano brzmienie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp.

Z analizy dokumentacji postępowania, a także wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego nie wynika, aby:

– wskazany do pełnienia funkcji inżyniera sieciowego posiadał wymagane 3-letnie doświadczenie w zakresie realizacji projektów informatycznych polegających na budowie i wdrożeniu architektury sieciowej, gdyż dublowanie się okresów uczestnictwa osoby w danym projekcie nie oznacza, że osoba nabywa podwójne doświadczenie zawodowe, a taki sposób sumowania doświadczenia należy uznać za niedopuszczalny.

–.oraz posiadali trzyletnie doświadczenie w projektowaniu systemów radiowych i ich implementowaniu, tj. instalacji, konfiguracji oraz usuwania problemów dla sprzętu radiowego typu jednostki nadawczo odbiorcze, IDU, ODU, uzyskane w zadaniu (zadaniach) polegających na budowie radiowych systemów szerokopasmowych;

– posiadał certyfikat potwierdzający ukończenie kursu w zakresie planowania radiowego sieci szerokopasmowych.

Zaniechanie przez Zamawiającego obowiązku wezwania Konsorcjum do uzupełnienia wykazu kadry oraz uzupełnienia certyfikatu w powyższym zakresie, a zamiast tego pozytywne zweryfikowanie spełniania wymagań na podstawie dokonanej przez Zamawiającego analizy wykazu robót i wyjaśnień wykonawcy, stanowi naruszenie art. 26

ust. 3 pzp.

8.

Art. 26 ust. 3 – polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia.

W toku kontroli ustalono, co następuje:

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali, że wykonali:

- *minimum 2 realizacje polegające na opracowaniu kompletnej dokumentacji projektowej (projekt techniczny i projekt budowlany) dotyczącej wykonania radiowej infrastruktury składającej się z minimum 5 masztów/wież i wartości co najmniej 300.000,00 złotych brutto w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie,*
- *minimum 2 zamówienia polegające na budowie sieci światłowodowej szkieletowej, której jakość została zweryfikowana na podstawie pomiarów dyspersji chromatycznej i polaryzacyjnej za kwotę, co najmniej 1.000.000,00 PLN brutto w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie,*
- *minimum 1 zamówienie polegające na budowie sieci szerokopasmowej radiowej składającej się z minimum 5 nadajników radiowych (3 sektorowych), kontrolera sieci radiowej wraz z przyłączeniem do niej minimum 300 beneficjentów (urządzeń CPE) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.*
- *minimum 2 zamówienia polegające na budowie sieci światłowodowej szkieletowej, której jakość została zweryfikowana na podstawie pomiarów dyspersji chromatycznej i polaryzacyjnej za kwotę, co najmniej 1.000.000,00 PLN brutto w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie,*
- *minimum 1 zamówienie polegające na budowie sieci szerokopasmowej radiowej składającej się z minimum 5 nadajników radiowych (3 sektorowych), kontrolera sieci radiowej wraz z przyłączeniem do niej minimum 300 beneficjentów (urządzeń CPE) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.*

Na potwierdzenie powyższych warunków Konsorcjum w wykazie robót zamieścił roboty budowlane pn.:

1) *Zaprojektowanie i uruchomienie światłowodowej sieci szerokopasmowej abonenckiego dostępu do Internetu w technologii GEPON/FTTx/WiFi w gminie Zawady, realizowaną przez.*

W celu potwierdzenia należytego wykonania tego zamówienia wykonawca załączył referencję wystawioną 15.sierpnia 2013 r., w której treści wskazano m.in., że (...) *W ramach realizowanego zadania firma wykonała:*

- *Koncepcje budowy sieci,*
- *Projekt budowy i wykonawczy budowy rurociągu, linii światłowodowej i sieci radiowej,*
- *Raport oddziaływania na środowisko,*
- *Budowę serwerowni (...),*
- *Budowę rurociągu kablowego i sieci optotelekomunikacyjnej o łącznej długości ok. 60 km,*
- *Budowę i uruchomienie sieci światłowodowej w technologii PON,*
- *Budowę 17 masztów kratownicowych z autonomicznymi systemami zasilania,*
- *Budowę sieci radiowej w tym radiowego dostępu do Internetu.*

Ryczałtowa wartość umowy brutto: 3 603 880,00 zł.

2) *Internet w Twoim zasięgu - przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w Powiecie Tomaszowskim, realizowaną przez.*

W celu potwierdzenia należytego wykonania tego zamówienia wykonawca załączył referencję wystawioną 21 marca 2012 r., w której treści wskazano m.in., że (...) *Do dnia 20.03.2012 r. wykonawca dostarczył, wykonał i uruchomił:*

4. *195 laptopów wraz z oprogramowaniem,*
5. *50 nadajników w standardzie WiFi z planowanych 80,*
6. *400 połączeń do sieci internet (wraz z dostawą sprzętu) beneficjentów ostatecznych z planowanych 100.*

Z powyższego nie wynika, czy zrealizowało ww. zadanie inwestycyjne w sposób należyty.

Zamawiający w toku postępowania nie wzywał tego wykonawcy do uzupełnienia ww. informacji.

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Zaniechanie przez Zamawiającego obowiązku wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 pzp.

Jednakże, jak wynika z wyjaśnień uzyskanych przez Prezesa Urzędu w trakcie kontroli, ww. wykonawca spełniał warunek wskazany powyżej, tym samym naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

II.

Zamawiający nie zgodził się z ustaleniami kontroli, wnosząc 22 grudnia 2015 r. {pismem z 18 grudnia 2015 r.} następujące zastrzeżenia:

Ad 1.

Zamawiający zwrócił szczególną uwagę na to, że według jego wiedzy kwestionowany zapis dot. wymogu dostarczenia próbek przed podpisaniem umowy z wykonawcą co najmniej dwukrotnie stanowił przedmiot rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą, która dwukrotnie oddaliła odwołanie – w sprawie o sygn. akt KIO 2690/13, gdzie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Lubiewo odwołanie złożył wykonawca F.U.O. sp. z o.o. (przy udziale przystępujących po jego stronie wykonawców Asseco Poland S.A. oraz Teleoptics sp. z o.o.), oraz 15 maja 2014 r., kiedy zostało ogłoszone postanowienie w sprawie odwołania wykonawcy Łączpol sp. z o.o. w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Cekcyn (sygn. akt KIO 898/14). Zamawiający uściślił, że w obu przypadkach Izba nie podtrzymała zarzutu, nie zamieszczając jednocześnie w orzeczeniach żadnych komentarzy na temat rzekomego ograniczenia konkurencji w wyniku żądania próbek.

Zdaniem Zamawiającego na uwagę zasługuje fakt, że Teleoptics sp. z o.o. wyciągnęła wnioski z poniesionej porażki i do następnego przetargu stanęła przygotowana i wzbogacona w wiedzę, a Łączpol sp. z o.o. zwyczajnie starała się przeforsować swoje stanowisko (co nie uzyskało przychylności Izby).

Zdaniem Zamawiającego wskazany przez biegłego termin 14 dni na dostawę próbek jest niczym nieuzasadniony i nie wiadomo z czego wynika.

Według Zamawiającego biegły w swojej opinii:

Po pierwsze – pominął, że już od dnia publikacji ogłoszenia w BZP wykonawcy uzyskują wiedzę o tym, jakie trzeba spełnić warunki w postępowaniu, a więc od tego dnia mają realną możliwość kontaktowania się z producentami w celu: 1) potwierdzenia spełnienia wymogów SIWZ przez poszczególne produkty, 2) dokonania wyceny urządzeń stanowiących elementy ich ostatecznej oferty, 3) sporządzenia zestawów demonstracyjnych lub próbek (o ile są wymagane). Oznacza to, że wykonawcy mają co najmniej 14 dni na zabezpieczenie wymaganych materiałów potrzebnych do prawidłowego ubiegania się o zamówienie publiczne oraz dodatkowy czas na nadanie przesyłki do siedziby Zamawiającego po dokonaniu wezwania.

Po drugie – pominął fakt, że wiedzę o tym, jakie konkretne produkty mogą być przedmiotem weryfikacji próbek, wykonawca potwierdza przez wypełnienie załącznika nr 9 do SIWZ z listą oferowanych urządzeń, w którym podane muszą być konkretne nazwy producentów i modeli. Oznacza to, że szykując ofertę i wiedząc jakie produkty zostaną

zaoferowane, wykonawca ma dość czasu, aby ustalić z producentem lub dystrybutorem kwestię rezerwacji próbki na czas postępowania.

Po trzecie – dokonał szeregu nieuprawnionych uogólnień dot. całego rynku telekomunikacyjnego, *co stoi w sprzeczności z logiką*, a opinia zawiera liczne wewnętrzne sprzeczności np. to, że wg biegłego *każdy wykonawca działający w branży telekomunikacyjnej posiada wypracowane ścieżki dostaw* nie wyklucza możliwości sprawnego dostarczenia urządzeń na potrzebę wykonania testów funkcjonalnych.

Po czwarte – pomijają okoliczność, że *warunki służą weryfikacji wykonawców z punktu widzenia posiadanych uprawnień, wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, kadrowego i ekonomicznego, w celu dopuszczenia do udziału w postępowaniu jedynie tych wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania zamówienia. Z jednej więc strony, zamawiającemu przysługuje uprawnienie do sformułowania warunków udziału w postępowaniu, z drugiej zaś strony, na zamawiającym ciąży obowiązek określenia ich w taki sposób, który pozwoli na wyłonienie wykonawców zdolnych do wykonania konkretnego zamówienia. Powyższe wymaga od zamawiającego uwzględnienia warunków zamówienia, w szczególności jego przedmiotu, wielkości, stopnia skomplikowania. Uczynione rozważania pozwalają na wysunięcie wniosku, iż nie wszystkie podmioty posiadające uprawnienia do prowadzenia określonego rodzaju działalności, zamawiający ma obowiązek dopuścić do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego* {podano, że cytata pochodzi z wyroku Izby z 15 września 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1927/10)}.

Zamawiającego doprowadziło to do wniosku – jak stwierdził – będącego w zgodzie z dotychczasowym orzecznictwem Izby, że *sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez odwołującego nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum (...)* {podano, że cytata pochodzi z wyroku z 17 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 80/07)}.

Ponadto Zamawiający na poparcie swojego stanowiska odwołał się do wyroku Izby z 3 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 950/09), w którym skład orzekający słusznie zauważył, że: *należy zgodzić się z zamawiającym, iż formułując warunki udziału w postępowaniu, ma obowiązek uwzględnić charakter przedmiotu zamówienia i osiągnięcie celu gospodarczego przedsięwzięcia tak, aby w wyniku realizacji zamówienia uzyskać produkt wysokiej jakości.*

Według Zamawiającego celowe zaniżanie wymogów przetargu, aby mogła je spełnić firma (która nie złożyła oferty), niewątpliwie szkodziłoby dobrze rozumianym jego interesom i odbyłoby się kosztem szkody dla mieszkańców gminy, stojąc w opozycji do zasady

efektywności wydatkowania środków publicznych. Stąd stanowisko biegłego Zamawiający uznał nie tylko za subiektywne (bo wysnute na podstawie osobistego doświadczenia, a nie wykładni prawa lub obiektywnych uwarunkowaniach technologicznych), ale i za błędne.

Ad 2.

Zamawiający oświadczył, że kierował się daleko idącą ostrożnością i powściągliwością, gdyż bezprawne ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa naraziłoby osoby pełniące funkcje w komisji przetargowej na odpowiedzialność karną przewidzianą w art. 23 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz na odpowiedzialność odszkodowawczą na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego. Zamawiający dodał, że zdecydował się nie ujawniać zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji do czasu upływu terminu na wniesienie przez wykonawcę odwołania na czynność uznania zastrzeżenia za bezskuteczne i odtajnienia zastrzeżonych informacji albo do czasu rozstrzygnięcia takiego odwołania lub skargi złożonej do sądu, a żadna z tych okoliczności nie nastąpiła, bo żadna firma nie wniosła odwołania. Zdaniem Zamawiającego orzeczenie Izby lub sądu okręgowego w tym zakresie stanowiłoby przesłankę wyłączającą jego odpowiedzialność. Zamawiający wyraził jednocześnie zapatrywanie, że taka sprawa nie zostałaby wygrana przez wnoszącego odwołanie.

Zastrzeżenia Zamawiającego budzi wniosek o obowiązkowym ujawnieniu użytych zasobów przez prywatne podmioty trzecie, wyłączonych ze stosowania ustawy o dostępie do informacji publicznej.

Zamawiający stwierdził, że miał na uwadze wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 17 lipca 2013 r. (sygn. akt I OSK 608/13, publ. Lex nr 1356156) odnośnie udostępnienia jako informacji publicznej oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia z zastrzeżoną klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający oświadczył, że miał uzasadnione wątpliwości co do kwestii odtajnienia jakiegokolwiek części oferty obłożonej klauzulą poufności, zwłaszcza że dane nie stanowiły informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 pzp.

Odnosnie naruszenia stwierdzonego w informacji o wyniku kontroli, Zamawiający podniósł, że:

- wykaz stanowił zwartą całość i odtajnianie informacji dotyczących podmiotów publicznych wiązałoby się z ingerowaniem w ofertę (konieczne byłoby rozerwanie fizyczne zbindowanego dokumentu i korygowanie innych pozycji/ zaczernianie w celu anonimizacji);
- wzywał 2 kwietnia 2014 r. do uzasadnienia stanowiska w kwestii tajności dokumentów, a w odpowiedzi z z 3 kwietnia 2014 r. wykonawca szeroko uzasadnił zarówno objęcie klauzulą poufności dokumentów, jak i zakres utajnienia.

Ad 3A.

Zamawiający podniósł, że doprecyzował już istniejący wymóg przez jego złagodzenie, wydłużając przy tym termin składania ofert. Spełnił dyspozycję art. 12 ustawy pzp, gdyż zamieścił ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w BZP oraz treść wyjaśnień i korektę SIWZ na stronie BIP, dzięki czemu umożliwił wszystkim wykonawcom zapoznanie się z treścią warunków udziału w przetargu.

Co istotne według Zamawiającego, nie każda modyfikacja SIWZ musi prowadzić do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, gdyż z brzmienia powyższego przepisu wynika, że możliwe są takie zmiany dokumentu SIWZ, które nie skutkują koniecznością umieszczenia dodatkowych informacji w ogłoszeniu o zamówieniu.

W opinii Zamawiającego wprowadzona przez niego zmiana nie prowadziła do zmiany ogłoszenia w tym względzie.

Zamawiający podniósł, co następuje: *Taka sama treść ogłoszenia i postanowień SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu i dokumentów potwierdzenia nie jest już dawno wymagana zgodnie uchwałami KIO: {na potwierdzenie tak sformułowanej tezy przywołano lub zacytowano uchwały Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturach wskazanych jako: nr 108/10, 103/10, KIO/KU 1/11, KIO/KU 35/11 i KIO/KU 47/11}.*

Zamawiający powołał się również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 3 kwietnia 2014 r. (sygn. akt KIO 604/14), w którym stwierdzono: *Dookreślenie wymagań dotyczących zamawianych urządzeń w ocenie składu orzekającego Izby nie wymaga publikacji, czy też zmiany w treści druku ogłoszenia o zamówieniu. Jednocześnie, bez żadnych wątpliwości, wykonawcy zainteresowani postępowaniem są zobowiązani do spełnienia wymogów wynikających z zamieszczonego na stronie internetowej dokumentu.*

Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę, że wprowadzona zmiana dotyczyła w głównej mierze załączników do SIWZ, a formularz ogłoszenia BZP nie zawiera stosownych rubryk do wprowadzenia zmienianych informacji.

Ad 4.

Zamawiający poinformował, że doszło do omyłkowego zsumowania wartości zamówienia podstawowego i wartości zamówień uzupełniających (vide: indywidualny preliminarz wydatków)

Zamawiający podniósł, że omyłkowe zawyżenie kwoty wadium nie miało ani nie mogło mieć wpływu na ograniczenie konkurencji, ani wpływu na postępowanie. W prowadzonym postępowaniu wpłynęły dwie oferty, a żaden z wykonawców nie złożył zapytania dotyczącego zmniejszenia kwoty wadium w związku z brakiem możliwości

finansowych. Ponadto kwota, o jaką omyłkowo zawyżono wadium, nie była znaczna, gdyż stanowiła 0,07% wartości zamówienia podstawowego. Zaś kwota wadium wynikająca z omyłkowego zsumowania zamówień podstawowego i uzupełniającego wynosi 1,87 % tejże sumy. Zdaniem Zamawiającego z tego wynika, że jego zamiarem nie było obliczenie kwoty wadium w jego górnej granicy 3% wynikającej z art 45 ust 4 pzp.

Zamawiający na końcu dodał: *Podobnie wyrok nietezowany Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 10 kwietnia 2013 r. III SA/Wr 33/13.*

Ad 3B oraz 5 - 8

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń odnośnie tych naruszeń stwierdzonych w informacji o wyniku kontroli. Zaznaczył jedynie odnośnie pkt 8, że ten zarzut został wyjaśniony w toku kontroli.

III.

Prezes UZP w piśmie z 9 stycznia 2015 r. {znak pisma UZP/DKUE/W3/421/26(23)/15/SD/55/16} nie uwzględnił powyższych zastrzeżeń Zamawiającego, które na podstawie art. 167 ust. 2 w zw. z art. 167 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przekazał 7 stycznia 2016 r. {pismem z tej daty, znak UZP/DKUE/W3/421/26(22)/15/SD(56/16)} do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

IV.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa UZP, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba zważyła w pierwszej kolejności, że ponieważ Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń odnośnie naruszeń opisanych w pkt od 5 do 8 informacji o wyniku kontroli, w tym zakresie stały się one ostateczne i nie podlegają opiniowaniu przez Izbę.

Na podstawie przekazanych akt kontroli Izba stwierdziła, że przywołane powyżej za informacją o wyniku kontroli okoliczności faktyczne sprawy odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy wynikającemu z tej dokumentacji.

W ocenie Izby zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia nie podważają prawidłowości wyniku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UZP.

Ad 1.

Przed wszystkim Zamawiający zdaje się nie dostrzegać, że istotą stwierdzonego naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp jest sposób określenia terminu, w którym wykonawca miał ewentualnie przedłożyć określony sprzęt jako tzw. próbkę, w tym dla potwierdzenia prawidłowego działania wykonanej aplikacji.

W tym zakresie zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia sprowadzają się jedynie do nieuzasadnionej polemiki z ustaleniami opartymi na opinii biegłego, której rzetelność nie została jednak podważona. Podniesiona rzekoma wewnętrzna sprzeczność świadczy w istocie o wszechstronnym rozważaniu przez biegłego zagadnienia i nie może być rozpatrywana w oderwaniu od całości rozważań, z których wywiedziony jest końcowy wniosek. Zamawiający nie podważył w żaden sposób, że 3-dniowy termin od wezwania skierowanego ad hoc na dostarczenie wymaganego zakresu urządzeń oraz przygotowania pokazowej wersji systemu, mógł prowadzić do ograniczenia konkurencji w tym postępowaniu. Zamawiający nie wyjaśnił, co stało na przeszkodzie, aby zamiast tego ustalić 14-dniowy termin, który pozwoliłby na zgromadzenie i skonfigurowanie urządzeń oraz oprogramowania szerszemu kręgowi wykonawców. W tym kontekście nie sposób pominąć okoliczności, że ostatecznie w postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty, a ustalenie w s.i.w.z. zbyt krótkiego terminu na ewentualną prezentację, było przedmiotem zastrzeżeń ze strony wykonawców zainteresowanych wzięciem udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do orzecznictwa obszernie przywołanego w zastrzeżeniach należy zauważyć, że wyroki i uchwały Krajowej Izby Odwoławczej wydawane są na tle konkretnego stanu faktycznego sprawy, stąd mogą stanowić jedynie wskazówkę przy interpretacji przepisów o zamówieniach publicznych w innych sprawach.

Przed wszystkim fragmenty przywołanych uzasadnień odnoszą się albo do innego stanu faktycznego (np. wyrok o sygn. akt KIO 1927/10 dotyczy opisu warunku związanego z uprawnieniami do prowadzenia określonego rodzaju działalności, który w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniał) albo zawierają stwierdzenia o takim stopniu generalności, że przystają do wszystkich postępowań (tak np. wskazanie w wyroku o sygn. akt KIO 950/09 na to, że ograniczenia wynikające z konieczności prawidłowego opisanie warunków udziału w postępowaniu nie mogą stać na przeszkodzie woli zamawiającego uzyskania produktu wysokiej jakości), co nie oznacza, że odnoszą się do naruszenia stwierdzonego w tej sprawie.

Natomiast również przywoływane przez Zamawiającego orzeczenia w dwóch sprawach (sygn. KIO 2690/13 oraz KIO 898/14) w zakresie naruszenia art. 29 ust. 2 pzp nie zostały merytorycznie rozpoznane przez Izbę, gdyż czynność opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniach, których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp, nie mieści się w katalogu czynności wskazanych w art. 180 ust. 2 pzp, a zatem nie podlega kognicji Izby. W konsekwencji w sprawach tych Izba nie mogła i nie zajęła żadnego stanowiska, które mogłoby w jakikolwiek sposób służyć za argumentację popierającą wniesione zastrzeżenia. Wręcz przeciwnie, fakt, że analogiczne postanowienia były przedmiotem odwołań, świadczy o tym, że według wnoszących je wykonawców mogły utrudniać uczciwą konkurencję oraz negatywnie wpływać na krąg wykonawców zainteresowanych udzieleniem danego zamówienia.

Ad 2.

Izba zważyła, że nie zasługują na poważne potraktowanie zastrzeżenia wskazujące na rzekome techniczne trudności w anonimizacji danych zawartych w wykazie czy w rozdzieleniu kartek oferty złożonej w postaci zabindowanej, gdyż nijak się mają do stwierdzonego w toku kontroli naruszenia art. 8 ust. 1 pzp.

Z kolei bezprzedmiotowe jest powoływanie się przez Zamawiającego na wyjaśnienia udzielone przez Konsorcjum, skoro bezsporne jest, że wykaz zawierał informacje powszechnie dostępne, bo wynikające z rozstrzygnięć postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Tym samym nie została spełniona żadna co najmniej jedna z przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający powinien kierować się tym, czy dane informacje w świetle przesłanek określonych w tym przepisie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a nie zapewnieniami i ogólnymi twierdzeniami wykonawcy, który się na to powołuje. A tym bardziej nie tym, czy poczynione zastrzeżenie stanowiło przedmiot odwołania, zwłaszcza w sytuacji, gdy wartość szacunkowa zamówienia powoduje, że nie mogłoby być ono w tym zakresie skutecznie wniesione.

Ad 3A.

Zastrzeżenia Zamawiającego w stosunku do naruszenia art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy pzp również nie zasługują na uwzględnienie. Zmiana specyfikacji prowadząca do zmiany ogłoszenia każdorazowo ma miejsce w przypadku, gdy zamawiający dokonuje zmiany postanowienia s.i.w.z., który w tożsamej lub zbliżonej postaci występuje również w ogłoszeniu o zamówieniu. Dotyczy to w szczególności postanowień dotyczących opisu

sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a których mowa w art. 22 ust. 1 pzp.

Udzielone wyjaśnienia treści s.i.w.z. de facto oznaczały zmianę treści s.i.w.z. polegającej na zrezygnowaniu z niektórych szczegółowych wymagań odnośnie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Pozostawienie w ogłoszeniu warunku w wersji pierwotnej, bardziej rygorystycznej, a jednocześnie niezgodnej z dokonaną faktycznie zmianą intencjami zamawiającego, stanowi ewidentne naruszenie powyżej wskazanego przepisu. Nie sposób zgodzić się ze stwierdzeniem Zamawiającego, że zamiana w zakresie opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego nie prowadziła do konieczności zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, które w tym zakresie powinny być zgodne.

Natomiast niezwykle obszernie przywołane przez Zamawiającego orzecznictwo Izby nie dotyczy kwestii zgodności ogłoszenia o zamówieniu i s.i.w.z. w zakresie opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przywołane przez Zamawiającego uchwały dotyczą problematyki zamieszczania w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o dokumentach wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu

Ad 4.

Zgłoszone zastrzeżenie nie podważa zasadności stwierdzonego naruszenia art. 45 ust. 4 pzp, skoro niesporne jest , że ustanowione przez Zamawiającego wadium przekraczało ustawowy próg 3% wartości szacunkowej zamówienia.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....