

**UCHWAŁA**

**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

**z dnia 13 stycznia 2017 r.**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 20 grudnia 2016 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Miasto Gmina Dąbrowa Tarnowska, ul. Rynek 34, 33-200 Dąbrowa Tarnowska, reprezentowane przez Burmistrza Dąbrowy Tarnowskiej

dotyczących informacji z dnia 6 grudnia 2016 r. o wyniku kontroli doraźnej następczej w zakresie naruszeń ustawy – Prawo zamówień publicznych przekazanej w piśmie znak UZP/DKUE/KD/97/2016 w przedmiocie postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn.: „Modernizacja boisk sportowych w Smęgorzewie”

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

**Przewodniczący:**

**Andrzej Niwicki**

**Członkowie:**

**Aneta Mlącka**

**Izabela Niedziałek-Bujak**

wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia Zamawiającego z dnia 12 grudnia 2016 r. do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

## Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadziła kontrolę doraźną następczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego. Przedmiotem zamówienia jest „Modernizacja boisk sportowych w Smęgorzewie”.

Organ kontroli uznał, że zamawiający w tym postępowaniu naruszył naruszenia następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawy pzp):

1/ art. 91 ust. 2a ustawy pzp przez ustalenie jako jedynego kryterium ceny (waga 100%) w sytuacji, gdy przedmiotu zamówienia nie można uznać za roboty budowlane, które byłyby robotami powszechnie dostępnymi o ustalonych standardach jakościowych;

2/ art. 26 ust. 3 ustawy pzp polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy L. W. J&R Roboty Ziemne do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego potwierdzającego udostępnienie zasobów w wystarczającym do należytego wykonania zamówienia w zakresie i w wystarczający sposób;

3/ a/ art. 26 ust. 3 ustawy pzp polegające na zaniechaniu wezwania wskazanych wykonawców do złożenia odpowiednio oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadając wymagane uprawnienia, dowodów opłacenia polisy, a także odpowiednio dokumentów określonych w § 3 ust. 1 pkt 3-6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów /.../ (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), dalej jako „rozporządzenie”,

b/ art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy pzp polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy EVERSPOORT sp. z o.o. do uzupełnienia oświadczenia, że dysponuje osoba posiadającą uprawnienia elektryczne oraz na dokonaniu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej;

4/ art. 25 ust. 1 ustawy pzp polegające na żądaniu od wykonawców oświadczeń, które nie były oświadczeniami niezbędnymi do przeprowadzenia postępowania;

5/ art. 7 ust. 1 ustawy pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1b rozporządzenia polegające na wskazaniu w ogłoszeniu o zamówieniu szerszego zakresu dokumentów wymaganych od wykonawców zagranicznych niż od wykonawców posiadających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;

6/ art. 11 ust. 6 ustawy pzp w zw. z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 12, poz. 69) polegające na zaniechaniu zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu dokumentów, jakie mieli złożyć wykonawcy w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia, przy jednoczesnym wskazaniu ww. dokumentów w siwz.

We wniesionych dnia 20 grudnia 2016 r. (pismo oznaczone datą 12-12-2016 r.) zastrzeżeniach Zamawiający przedstawił zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli z następującym stanowiskiem:

1/ zastosowanie przez zamawiającego jedyne kryterium ceny na podstawie art. 91 ust. 2a ustawy pzp zostało podjęte po gruntownych przemyśleniach i rozpoznaniu specyfiki rynku. Zakres robót w przedmiotowym zamówieniu tj. piłko chwyty, podbudowa pod nawierzchnię poliuretanową i z kostki wibroprasowanej, odwodnienie (melioracja), nawierzchnie sportowe, parkingi typu „jumbo” należą do nieskomplikowanych robót budowlanych, możliwych do wykonania nawet we własnym zakresie w gospodarstwie domowym czy rolnym przez osoby nieposiadające specjalistycznej wiedzy zakresu budownictwa. Zamawiający wskazuje na możliwość wskazania setek przykładów tylko z terenu swojej gminy, na wykonawstwo takich robót we własnym zakresie przez właścicieli domów prywatnych i posesji. Zauważa też, że firmy budowlane funkcjonujące na tym terenie (najczęściej rodzinne) składają się z osób mających co najwyżej wykształcenie zawodowe i z powodzeniem wykonują tego typu roboty. Potrafią czytać dokumentację techniczną i posiadają niezbędne kompetencje.

Podobnie omijanie kolizji z infrastrukturą podziemną tj. przyłączami podstawowych mediów, nie jest dla nich żadną komplikacją. Jedynym bardziej specjalistycznym typem robót jest nawierzchnia poliuretanowa ale tylko ze względu na wykorzystywany materiał (guma EPDM) samo wykonawstwo jest standardowe i przypomina układanie wszelkich innych nawierzchni. Doświadczenie wskazuje, że bardziej skomplikowane jest np. położenie glazury, terakoty, kostki brukowej, ponieważ wymagana jest do tego szczególna dokładność, przygotowanie podłoża i dobieranie kolorów. Ułożenie nawierzchni poliuretanowej wymaga jedynie wypożyczenia rozcieracza z miejscowej wypożyczalni sprzętu budowlanego i zamówienia stosownej ilości gumy EPDM. Pozostałe elementy tj. piłko chwyty, ogrodzenia, podbudowa pod nawierzchnię wykonuje się standardowo. Ponadto niejednokrotnie w celu wykonania wspomnianej w wynikach kontroli nawierzchni z kostki brukowej również wymaga się czytania dokumentacji technicznej. Tym samym zamawiający wnosi o uznanie, że nie nastąpiło naruszenie art. 91 ust. 2a ustawy pzp.

2/ Zamawiający przyznaje, że oświadczenie podmiotu zobowiązującego się do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia było zbyt lakoniczne, a zamawiający nie podjął kroków do jego skonkretyzowania. Jednakże podjął tę decyzję świadomie, ponieważ oferta firmy L. W. JMR Roboty Ziemne wg wstępnej oceny zajmowała szóstą pozycję w rankingu ofert i praktycznie nie miała szans uzyskać zamówienia. Zamawiający pozostawał przy tym pod presją czasu,

ponieważ Instytucja Zarządzająca przydzieliła środki na wykonanie zamówienia w zimie 2014 r. z obowiązkiem rozliczenia do czerwca 2015 r., a więc na fizyczne wykonanie robót pozostawały dwa miesiące, dlatego też podejmowano działania maksymalnie skracające postępowanie bez naruszania zasad konkurencji, uczciwości i rzetelności postępowania.

3/ Zamawiający wymagał posiadania przez wykonawcę osób z uprawnieniami budowlanymi w branży budownictwo drogowe i tak zostało to zapisane w siwz w pkt IV ust. 1.1.3. Zapis o uprawnieniach elektrycznych znalazł się tylko w ogłoszeniu o zamówieniu i jest to prawdopodobnie z automatycznego skopiowania treści z innego postępowania przy tworzeniu ogłoszenia. Potwierdza to fakt, że nikt z wykonawców słusznie nie załączył wykazu osób z uprawnieniami elektrycznymi, traktując specyfikację jako dokument podstawowy i decydujący przy składaniu oferty. „Jest to także logicznie biorąc pod uwagę fakt, że nie zaplanowano przecież w ramach zamówienia jakichkolwiek prac elektrycznych.”

Powyższe stanowi także o braku podstaw dla zarzutu o naruszeniu art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy pzp, o których mowa w pkt 3 wyników kontroli, a który to zarzut jako jedyny mógł wg organu kontrolującego mieć wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający przyznał, że popełnił błąd w zakresie nie wezwania oferentów do złożenia uzupełniających dokumentów (np. informacji z rejestru karnego czy opłacenia polisy) ale uznał, że firmy te zajmują zbyt odległe miejsce we wstępnym rankingu ofert i ostatecznie nie będą brane pod uwagę w wyborze wykonawcy zadania.

Oświadczył, że dołoży starań w następnym postępowaniu do bardziej skrupulatnego stosowania ustawy pzp w omawianym zakresie. Dołoży również starań, aby eliminować ze standardowego druku oświadczeń zbędne elementy, z godnie z aktualnym brzmieniem ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stwierdził także, że nierówność wymagań w zakresie wykonawców krajowych i zagranicznych została wyeliminowana w dokumentacjach przetargowych bezpośrednio po kontroli Instytucji zarządzającej w tym zamówieniu, stąd też nie ma obecnie zagrożenia dla równego traktowania wszystkich oferentów.

Poinformował przy tym, że w odniesieniu do publikacji dokumentacji przetargowej zwrócono uwagę pracownikowi odpowiedzialnemu za publikację ogłoszeń, aby precyzyjnie oznaczał ogłoszenie o zamówieniu we wszystkich wymaganych lokalizacjach.

Prezes UZP rozpatrując zastrzeżenia zamawiającego zauważyła, że zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do naruszeń wskazanych w pkt 2, 3a, 4, 5 i 6 przedstawionych w informacji o wynikach kontroli, a argumentacja przedstawiona w tym zakresie przez zamawiającego stanowi w istocie potwierdzenie stanowiska kontrolującego zawartego w wynikach kontroli. Po analizie treści zastrzeżeń Prezes podtrzymała stanowisko wyrażone w

Informacji o wyniku kontroli, a złożone przez zamawiającego zastrzeżenia przekazała do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą na podstawie art. 167 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Po przeprowadzeniu analizy przedstawionej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz ustaleń dokonanych w toku kontroli, a także stanowiska Zamawiającego, Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej następczej nie zasługują na uwzględnienie.

Izba zauważa, że zakres robót w przedmiotowym zamówieniu oceniony przez zamawiającego w złożonych zastrzeżeniach jako należący do nieskomplikowanych robót budowlanych, możliwych do wykonania nawet we własnym zakresie w gospodarstwie domowym czy rolnym przez osoby nieposiadające specjalistycznej wiedzy zakresu budownictwa został w postanowieniach siwz opisany z zastrzeżeniem, iż roboty budowlane powinny być wykonane zgodnie z obowiązującymi przepisami techniczno-budowlanymi i normami, a także, że obiekt będzie kompletny z punktu widzenia celu, któremu ma służyć. Wymogiem było także przygotowanie kompletu dokumentacji odbiorowej, w tym zamierzenia geodezyjnego obiektów. Z wymogów siwz wynika jednoznacznie, że postawionych wymagań nie mógł spełnić każdy dowolny wykonawca, lecz podmiot dysponujący osobami znającymi przepisy techniczno-budowlane, obowiązujące normy z umiejętnością czytania dokumentacji technicznej oraz sporządzenia dokumentacji odbiorowej. Tym samym zamówienie dotyczące szczególnego rodzaju obiektów, jakimi są obiekty sportowe, nie może być uznane za powszechnie dostępne, jako że wymaga kwalifikacji tak w zakresie robót budowlanych jak i specjalistycznej dokumentacji. Biorąc pod uwagę zakres robót opisanych w kosztorysie inwestorskim przywołanych częściowo w informacji o wyniku kontroli (w zakresie boisk, odwodnienia, dojazdów i dojazdów), dla których wykonania przewiduje się użycie różnego rodzaju sprzętu specjalistycznego twierdzenie zamawiającego o łatwości i powszechności wykonywania takich prac, także w gospodarstwie domowym, nie znajduje uzasadnienia. Podobnie umiejętność omijania kolizji z infrastrukturą podziemną tj. przyłączami mediów wymagająca znajomości i praktycznego użycia dokumentacji technicznej. W tym kontekście nie tylko ułożenie nawierzchni z gumy EPDM, jak stwierdził zamawiający, lecz i prace poprzedzające wymagały szczególnych umiejętności i wiedzy z zakresu budownictwa, co oznacza, że nie można im przyznać waloru powszechnie dostępnych. Zasadne jest także spostrzeżenie organu kontroli, iż niezależnie od zasygnalizowanego zakresu przedmiotowego zamówienia, zamawiający przewidział konieczność dysponowania przez wykonawcę osobami z uprawnieniami budowlanymi w branży budownictwo drogowe i

elektryczne oraz wymóg posiadania przez wykonawcę doświadczenia w wykonaniu co najmniej 2 obiektów sportowych, na których wykonano co najmniej 600 m<sup>2</sup> nawierzchni poliuretanowej każdy o wartości co najmniej 500.000 zł każdy. Tym samym uznano, że zamówienie może być wykonane przez podmiot z konkretnym doświadczeniem sprecyzowanym co do rodzaju obiektów zrealizowanych.

Odnosnie przesłanki standardów jakościowych należy podzielić stwierdzenie kontrolującego że przedmiot zamówienia musiał być wykonany zgodnie z konkretną dokumentacją techniczną tj. projektem, informacją dotyczącą bezpieczeństwa i ochrony zdrowia dla projektowanej modernizacji boiska w Smęgorzewie, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót dla tej inwestycji, co potwierdza, że nie istniały z góry ustalone standardy jakościowe, lecz standard wykonania wynikał z ustalonej jednostkowej dokumentacji.

Biorąc powyższe pod uwagę Krajowa Izba Odwoławcza uznaje za zasadne stanowisko kontrolującego, że 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 roboty budowlane stanowiące przedmiot udzielanego zamówienia, nie były robotami powszechnie dostępnymi o ustalonych standardach jakościowych, lecz robotami budowlanymi mającymi zaspokoić konkretne potrzeby zamawiającego oraz możliwymi do wykonania przez podmiot posiadający odpowiednią wiedzę techniczną, doświadczenie oraz kadrę.

Odnosnie zapisu zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu dotyczącego uprawnień elektrycznych, przedstawionego przez zamawiającego jako prawdopodobnie błąd wynikający z automatycznego skopiowania treści z innego postępowania, należało stwierdzić, że dokument ogłoszenia jak i siwz są istotnymi dokumentami dla prawidłowego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wymogi w nich zawarte wiążą zarówno zamawiającego, jak i wykonawców. W związku z tym, przy niedokonaniu ewentualnej zmiany wymogu, nie ma podstaw, by wykonawcy domyślali się, że niecelowe jest wykazywanie spełnienia określonego warunku, a zamawiający akceptował jako „słuszne” nie przedstawienie wymaganego oświadczenia lub dokumentu.

W konsekwencji dokonując wyboru oferty wykonawcy, który nie wykazał wymaganego warunku udziału w postępowaniu zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp. Ponadto dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp wobec udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

W konsekwencji ustalenie organu kontroli, w ocenie Izby, są zasadne i prawidłowe.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy pzp wyraziła opinię, jak w sentencji.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....