

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 03.03.2015 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zamawiającego z dnia 30 stycznia 2015 roku zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Gminę Koneck, Koneck 30, 87-702 Koneck

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 26 stycznia 2015 roku znak UZP/ DKUE/KD/35/2014

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia na **zagospodarowanie terenu poprzez urządzenie placu sportowo-rekreacyjnego wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, położonych w Konecku, gmina Koneck - I etap**

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kawa
Członkowie:	Marek Koleśnikow
	Daniel Konicz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie

U z a s a d n i e

Zamawiający Gmina Koneck prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego finansowanego ze środków UE z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2007 - 2013, w ramach działania „Odnowa i rozwój wsi”. pn.: „Zagospodarowanie terenu poprzez urządzenie placu sportowo-rekreacyjnego wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, położonych w Konecku, gmina Koneck - etap I”.

Przedmiot zamówienia obejmował m.in.:

- wykonanie placu zabaw wraz z wyposażeniem, nawierzchnią bezpieczną i ogrodzeniem;
- wykonanie utwardzenia terenu kostką betonową - 321,89 m²;
- wykonanie instalacji elementów małej architektury - 10 ławek, 3 stojaki na rowery, 3 kosze na śmieci;
- wykonanie nasadzeń 12 drzew i krzewów;
- wykonanie odwodnienia przy placu zabaw oraz oświetlenia terenu;
- wyrównanie terenu, wmodelowanie skarpy i wykonanie trawników.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego na kwotę 289.744,10 zł (tj. 68.580,11 euro).

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

W celu potwierdzenia spełniania ww. warunków zamawiający w SIWZ i w Ogłoszeniu o zamówieniu wymagał dołączenia do oferty oświadczenia z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 1-2 oraz 5-6, jak również w § 4 ust. 1 pkt 1a) tiret pierwsze i trzecie oraz pkt 1b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), Zamawiający wymagał również, aby wykonawcy do oferty załączyli listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej albo informację o tym, że nie należą do grupy kapitałowej

Otwarcie ofert odbyło się w dniu 21 maja 2014 r. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 356.385,24 zł.

Przed upływem wyznaczonego terminu swoje oferty złożyło 2 nw. wykonawców:

- 1) SPORTSYSTEM Sp. z o.o. - z ceną 375.702,13 zł
- 2) P.P.H.U. „SZEWBUD” [REDAKTOWANE] - z ceną 379.092,47 zł.

Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał ww. wykonawców do uzupełnienia oferty o wykaz osób i podmiotów, które będą brały udział w realizacji zadania zgodnie z załącznikiem nr 8 do SIWZ, w związku z niespełnieniem warunku udziału w postępowaniu dotyczącym potencjału kadrowego, natomiast wykonawcę SPORTSYSTEM Sp. z o.o. dodatkowo o wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych zgodnie z załącznikiem nr 7 do siwz, w związku z niespełnieniem warunku udziału w postępowaniu dotyczącym potencjału technicznego.

W odpowiedzi na powyższe, wykonawca P.P.H.U. „SZEWBUD” [REDAKTOWANE]

uzupełnił wymagane dokumenty, natomiast wykonawca SPORTSYSTEM Sp. z o.o. pismem z dnia 3 czerwca 2014 r. zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o unieważnienie czynności wezwania do uzupełnienia ww. dokumentów w uzasadnieniu powołując się na treść art. 25 ust. 1 ustawy Pzp i wskazując, iż „zamawiający ani w treści siwz ani w treści ogłoszenia nie skonkretyzował warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, doprowadzając tym zachowaniem do subiektywnej oceny potencjału wykonawcy.

Tym samym, wobec braku opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wnosimy o unieważnienie czynności wezwania do uzupełnienia oferty. W związku z powyższym, jedynie z ostrożności załączamy do niniejszego pisma:

1) uzupełniony wykaz osób i podmiotów, które będą brały udział w realizacji zadania (załącznik nr 8) oraz oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień (załącznik nr 9);

2) uzupełniony wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych (załącznik nr 7)”.

Pismami z dnia 13 czerwca 2014 r. zamawiający poinformował wykonawców, iż jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy P.P.H.U. „SZEWBUD” [REDAKTOWANE]. Jednocześnie zamawiający poinformował o wykluczeniu z postępowania wykonawcy SPORTSYSTEM Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż wykonawca nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W uzasadnieniu wykluczenia zamawiający wskazał iż „wykonawca został wezwany pismem z dnia 29 maja 2014 r. do uzupełnienia oświadczeń/dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Złożone przez wykonawcę dnia 5 czerwca 2014 r. dokumenty jako uzupełnienie oferty nadal nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania ofert zgodnie z wezwaniem zamawiającego.

W dniu 20 czerwca 2014 r. została podpisana umowa o Nr BI.272.5.2014 pomiędzy zamawiającym Gminą Koneck a P.P.H.U. „SZEWBUD” [REDAKTOWANE].

Powyższy stan faktyczny był niesporny pomiędzy stronami. Kontrolujący odnosząc się do czynności Zamawiającego stwierdził, że w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wymagał, aby wykonawcy potwierdzili, iż

„posiadają niezbędne do wykonania zamówienia narzędzia i urządzenia oraz osoby zdolne do wykonania zamówienia”.

Odnosząc się do treści SIWZ oraz treści wezwania do wykonawców Kontrolujący stwierdził, że zgodnie z treścią art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Tym samym, jeśli zamawiający nie opisał sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie kadry oraz wymaganego sprzętu – nie wskazał jaką konkretnie kadrą i jakimi narzędziami wykonawca ma dysponować, to wówczas nie jest on uprawniony do żądania, aby wykonawcy przedkładali dokumenty, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 4, 7 i 8 rozporządzenia, tj. wykazu narzędzi oraz wykazu osób i oświadczenia co do posiadanych przez nie uprawnień.

Wobec powyższego kontrolujący stwierdził, że, zamawiający żądając w kontrolowanym postępowaniu, aby wykonawcy złożyli wykaz osób wraz z oświadczeniem co do ich uprawnień oraz wykaz narzędzi, zażądał od wykonawców dokumentów, które nie były wymagane na etapie składania ofert, gdyż w SIWZ nie opisano sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie. Tym samym naruszył art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Kontrolujący dodał także, że wezwanie w trybie art. 26 ust.3 Pzp może dotyczyć tylko tych dokumentów i oświadczeń o których mowa w art. 25 ust.1 Pzp czyli takich które mają potwierdzać spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu lub spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Podsumowując stwierdził, że zamawiający w SIWZ nie opisał warunków oceny w zakresie kadry i sprzętu i tym samym bezzasadnie wykluczył z postępowania wykonawcę SPORTSYSTEM Sp. z o.o., a to wykluczenie miało wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na przesłany mu wynik przedmiotowej kontroli pismem z dnia 30 stycznia 2015 roku zgłosił zastrzeżenia i stwierdził, że zarzuty kontroli są niezasadne, a hipotetyczne przyjęcie, iż nastąpiło naruszenie art. 22 Pzp nie dawało podstaw do wysnucia konkluzji, że miało to wpływ na wynik postępowania.

Nadto powołując się na wyroki KIO z dnia 6 grudnia 2010 r., KIO/UZP 2493/10, KIO/UZP 2494/10, KIO/UZP 2496/10, stwierdził iż wykonawca SPORTSYSTEM Sp. z o.o. w formularzu ofertowym oświadczył jednoznacznie, iż wykona zamówienie wyłącznie przy udziale podwykonawców i pomimo wezwania go do uzupełnienia dokumentów nie przedstawił pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (tj. wg. przedłożonego wykazu narzędzi).

Odnosząc się do stanowiska Kontrolującego, że aby zaistniały okoliczności uzasadniające wykluczenie wykonawcy z postępowania, warunek musi być opisany (skonkretyzowany) w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ, zaś zamawiający w ocenie Prezesa UZP nie opisał warunków w zakresie kadry i sprzętu, stwierdził, że zamawiający miał prawo żądać dokumentów potwierdzających wykaz narzędzi oraz uprawnienia osób zatrudnionych do wykonania zamówienia. Jednak nawet gdyby przyjąć, iż prawo takie mu nie przysługiwało i swoim wezwaniem naruszył przepisy ustawy Pzp, to w żaden sposób nie można podzielić stanowiska kontrolującego, że miało to wpływ na wynik postępowania. Wykonawca SPORTSYSTEM Sp. z o.o. nie wykazał, że spełnia wymogi formalne przedstawione przez zamawiającego. Tak więc jego oferta i tak podlegałaby wykluczeniu, jeżeli nie na podstawie nieuzupełnienia dokumentów to na podstawie nie spełnienia wymogów formalnych, a to oznacza to, iż wynik postępowania byłby taki sam.

Prezes UZP, po zapoznaniu się z argumentacją zamawiającego podniesioną w zastrzeżeniach, podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli i tym samym przedstawione zastrzeżenia, zgodnie z art. 167 ust. 2 Prawa zamówień publicznych przekazał do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia miała na względzie następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz ustaleń dokonanych w toku kontroli, a także stanowiska zamawiającego podniesionego w złożonych zastrzeżeniach, Krajowa Izba Odwoławcza, podzieliła stanowisko Prezesa UZP, uznając dokonane ustalenia i stwierdzenia za zasadne. Tym samym cały szereg zawartych tam stwierdzeń, Izba przyjmuje również jako stanowisko własne, bez potrzeby ponownego ich powielania w tej części uzasadnienia Uchwały.

Izba wskazuje, że zamawiający dla dokonania wyboru wykonawcy, który będzie dawał należyłą rękojmię wykonania zamówienia ma prawo postawić warunki udziału w postępowaniu, których spełnienie będzie legitymowało wykonawcę do złożenia oferty.

Zgodnie z treścią przepisu art. 26 ust 1 i 2 Pzp jeśli wartość zamówienia jest wyższa od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp to zamawiający jest zobowiązany żądać od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Natomiast gdy ta wartość jest niższa to zamawiający może żądać złożenia w tym zakresie wskazanych w SIWZ czy ogłoszeniu o zamówieniu dokumentów.

Spełnianie warunków udziału w postępowaniu przy zamówieniach podprogowych może następować bądź to na podstawie oświadczenia wykonawcy, bądź na podstawie złożonych dokumentów. W tym postępowaniu wartość zamówienia była niższa od tzw. progów unijnych więc zamawiający nie był zobowiązany, ale miał prawo, żądać dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dokumentów, pod warunkiem, że te dokumenty zostałyby wskazane w SIWZ oraz Ogłoszeniu o zamówieniu.

Brak żądania dokumentów przez zamawiającego nie zmienia faktu, że zgodnie z art. 22 ust. 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawcy muszą spełniać postawione przez zamawiającego warunki udziału. Jakie dokumenty dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału powinien złożyć wykonawca decyduje zamawiający wskazując je w SIWZ i Ogłoszeniu. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający powinien w sposób precyzyjny i jednoznaczny opisać wszystkie warunki, jakie wykonawca winien spełnić, a także przy zamówieniach podprogowych, może także wskazać jakie dokumenty są niezbędne aby spełnianie warunku wykonawca mógł potwierdzić.

Na istotność prawidłowego opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazał Sąd Okręgowy w Szczecinie, który w wyroku z 12 listopada 2014 r. w sprawie o sygn. VIII Ga 327/14 stwierdził, że „W oparciu o wskazane w treści SIWZ m.in. warunki udziału w postępowaniu oraz zawarty w nich opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków – wykonawcy podejmują bowiem decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu. Dlatego za niedopuszczalne uznać należy po dokonaniu przez Zamawiającego oceny ofert, przeprowadzonej w oparciu o podane w ogłoszeniu o zamówieniu warunki i opis sposobu dokonywania oceny – dokonywanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w oparciu o inne kryteria niż tam wskazane.

Izba dokonując analizy treści SIWZ w zakresie postawionych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu stwierdziła, że zamawiający nie wskazał jaką konkretnie kadrą i jakimi narzędziami wykonawca ma dysponować. Zamawiający nie opisał sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie kadry oraz wymaganego sprzętu i tym samym nie był uprawniony do żądania, aby wykonawcy przedkładali dokumenty, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 4, 7 i 8 rozporządzenia, tj. wykazu narzędzi oraz wykazu osób i oświadczenia co do posiadanych przez nie uprawnień.

Reasumując tą kwestię stwierdzić należy, że zamawiający nie opisując sposobu oceny spełniania warunku nie mógł, po pierwsze żądać dokumentów na potwierdzenie ich spełniania, a po drugie nie – miał podstaw do wykluczenia wykonawcy z powodu niespełnienia nieopisanych warunków.

W zakresie kolejnej kwestii podnoszonej w zastrzeżeniach, dotyczącej stwierdzenia zamawiającego, że nawet gdyby nawet uznać, że zamawiający błędnie przyjmował iż nie przysługiwało mu prawo do żądania dokumentów, odnośnie wykazu narzędzi oraz uprawnień osób mających być zatrudnionych do wykonania zamówienia, to jednak w żaden sposób nie można podzielić stanowiska kontrolującego, że ta czynność zamawiającego miała wpływ na wynik postępowania.

Odnosząc się do tej kwestii stwierdzić należy, że wpływ na wynik postępowania to nic innego jak ustalenie, który wykonawca zostałby wybrany do wykonania zamówienia, gdyby w postępowaniu nie została podjęta przez zamawiającego czynność kwestionowania w wyniku kontroli.

Za Postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2014 r sygn. IV CSK 291/13, stwierdzić należy, że „wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego w art. 2 pkt 7a P.z.p., a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego lub jako - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowanie postanowień takiej umowy”.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowego postępowania wskazać na wstępie należy, że wpływ na wynik lub możliwość wpływu na wynik postępowania należy każdorazowo odnieść do konkretnego stanu faktycznego. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24.12.2013 roku sygn. akt V Ca 2808/13 podnieść należy, że nieprawidłowa ocena ofert ze swej istoty musi być traktowana jako uchybienie mające istotny wpływ na wynik postępowania. (podobnie. J. Jerzykowski w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP, 2012).

W tym postępowaniu poza sporem jest fakt iż zostały złożone dwie oferty, tj. jedna przez SPORTSYSTEM Sp. z o.o. – z ceną ofertową 375.702,13 zł, oraz druga przez wykonawcę P.P.H.U. „SZEWBUD” [REDAKTOWANE] - z ceną ofertową 379.092,47 zł. W wyniku wykluczenia wykonawcy SPORTSYSTEM Sp. z o.o. została wybrana ofertą wykonawcy którego cena ofertowa była wyższa.

Gdyby nie przedmiotowe wykluczenie to wg ustalonych kryteriów oceny ofert, za najkorzystniejszą ofertę zostałaby uznana oferta wykonawcy SPORTSYSTEM. Tym samym nie sposób podzielić zarzutu zamawiającego wyrażonego w zastrzeżeniach do Informacji o

wyniku kontroli, jakoby to naruszenie pozostawało bez wpływu na wynik postępowania.

Powyższe przemawiało za nieuwzględnieniem zastrzeżeń Zamawiającego i podtrzymaniem argumentacji i wniosków organu kontroli, gdyż czynności wykluczenia wykonawcy SPORTSYSTEM miała niewątpliwy wpływ na wynik postępowania.

Mając na względzie powyższe Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 171a w zw. z art. 167 ust. 3 ustawy Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....