

Sygn. akt: KIO/KD 35/20

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 26 czerwca 2020 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych pismem z 1 czerwca 2020 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Wójta Gminy Garbów**, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej znak: KND/60/19/DKZP w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Zagospodarowanie przestrzeni publicznej parku w zabytkowym Zespole Pałacowo-Parkowym w Garbowie – etap I,*

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

Przewodniczący:	<b>Anna Chudzik</b>
Członkowie :	<b>Katarzyna Brzeska</b>
	<b>Renata Tubisz</b>

wyraża następującą opinię:

**Zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.**

## Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zagospodarowanie przestrzeni publicznej parku w zabytkowym Zespole Pałacowo-Parkowym w Garbowie – etap I*. W wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

- 1) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz w konsekwencji art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu wykonawcy zamówienia publicznego;
- 2) art. 22 ust. 1a w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na żądanie od wykonawcy wskazania min. 1 osoby posiadającej uprawnienia do kierowania pracami przy zabytkach nieruchomych, w przypadku gdy zakresem obowiązków było kierowanie pracami pielęgnacyjnymi przy drzewostanie;
- 3) art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp z uwagi na brak wskazania w protokole postępowania powodów niedokonania podziału zamówienia na części;
- 4) art. 29 ust. 3a ustawy Pzp z uwagi na określenie minimalnej liczby pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę do wykonania wskazanych przez zamawiającego czynności polegających na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp i tym samym narzucenie wykonawcy lub podwykonawcom sposobu realizacji zamówienia;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Garden Designers Sp. z o.o. Sp. J., który nie wniósł wymaganego w postępowaniu wadium;
- 6) art. 32 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 86 ust. 3 i 5 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na wadliwe (wynikające z braku należytej staranności) ustalenie wartości szacunkowej zamówienia.

W odniesieniu do naruszenia wskazanego w punkcie 1 w toku kontroli ustalono następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rozdziałem IV pkt 1.2. SIWZ oraz sekcją III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniali warunek udziału

dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, tj. w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali jedno zamówienie odpowiadające rodzajem robotom budowlanym, stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. prace związane z zagospodarowaniem przestrzeni publicznej; gospodarka drzewostanem, remont chodnika, budowa placu zabaw i siłowni zewnętrznej, rozbudowa oświetlenia o wartości brutto co najmniej 300.000,00 zł wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których budowa została wykonana, z załączeniem dowodów określających należyte wykonanie zadania, przy czym dowodami są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane.

Zgodnie z rozdziałem V pkt 2.1. SIWZ, wykonawcy byli zobowiązani do przedłożenia wraz z formularzem ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, m.in. oświadczenia wykonawcy złożonego na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy Pzp (załącznik nr 2 do SIWZ).

W rozdziale VI SIWZ zamawiający wskazał, że wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona jest zobowiązany do złożenia na wezwanie, w celu potwierdzenia spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu: wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów na rzecz których roboty te zostały wykonane z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należyście w szczególności informacji o tym, czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Zakres referencji i innych dokumentów musi potwierdzać spełnianie odpowiednio warunku określonego w rozdziale IV pkt 1.2. SIWZ (wzór wykazu stanowił załącznik nr 6 do SIWZ.)

W niniejszym postępowaniu ofertę złożyło dwóch wykonawców, przy czym oferta wykonawcy LS COMPLEX Sp. z o.o. została najwyżej oceniona. Tym samym, pismem z 9 sierpnia 2019 r. Zamawiający wezwał ww. wykonawcę do przedłożenia w terminie do 14 sierpnia 2019 r. dokumentów, o których mowa w rozdziale VI SIWZ.

W dniu 14 sierpnia 2019 r. wykonawca LS COMPLEX Sp. z o.o. przedłożył m.in. wykaz wykonanych robót budowlanych i referencje, z treści których wynika, że ww.

wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał (w ramach poszczególnych zamówień):

- „Budowę budynków mieszkalnych wielorodzinnych A, B, C przy ul. Kryształowej w Lublinie”; zakres: roboty ziemne, wykonanie dróg, parkingów z dojazdami do budynków, wykonanie trawników, prace porządkowe, dostawa i montaż małej architektury oraz placu zabaw; wartość netto – 450.000,00 zł;
- „Realizacja osiedla „Nałęczowskie Wzgórze”; zakres: wykonanie chodników, alejek, parkingów oraz tarasów; wartość netto – 540.000,00 zł);
- „Wymiana Nawierzchni dróg i placów oraz montaż tablic upamiętniających zasłużonych kowali na terenie Wieży Ariańskiej”; zakres: roboty ziemne, wykonanie podbudowy, wykonanie dróg i parkingów z kostki granitowej, dostawa i montaż tablic z brązu; wartość brutto – 325.900,00 zł).

W dniu 14 sierpnia 2019 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę LS COMPLEX Sp. z o.o., a następnie w dniu 28 sierpnia 2019 r. zawarł z ww. wykonawcą umowę nr ZP.2710.III.PARK.1.2019.

Prezes Urzędu podniósł, że wykonawca LS COMPLEX Sp. z o.o. nie wykazał spełniania postawionego w rozdziale IV pkt 1.2. SIWZ warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, gdyż żadna z ww. robót nie obejmowała pełnego zakresu doświadczenia wymaganego przez zamawiającego, tj.: gospodarki drzewostanem, remontu chodnika, budowy placu zabaw i siłowni zewnętrznej, rozbudowy oświetlenia zrealizowanych w ramach jednego zamówienia, co wynika z treści sformułowanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Tym samym, ww. wykonawca nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

W wyniku kontroli ustalono, że zamawiający nie wzywał na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ww. wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu, z którego to dokumenty jednoznacznie by wynikało, że wykonał jedno zamówienie odpowiadające rodzajem robotom budowlanym, stanowiącym przedmiot zamówienia tj. wykonał prace związane z zagospodarowaniem przestrzeni publicznej; gospodarką drzewostanem, remontem chodnika, budową placu zabaw i siłowni zewnętrznej, rozbudową oświetlenia o wartości brutto co najmniej 300.000,00 zł. Prezes Urzędu podniósł, że brak dokonania przez Zamawiającego powyższego wezwania stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji prowadzi również do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez

zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu wykonawcy zamówienia publicznego.

Ponieważ ww. naruszenie dotyczy wykonawcy LS COMPLEX Sp. z o.o., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający wniósł zastrzeżenie do Informacji o wyniku kontroli, w zakresie naruszenia wskazane w punkcie 1 tej Informacji.

Zamawiający podniósł, że zgodnie z SIWZ wymagał od wykonawców spełnienia warunku w postaci wykonania prac związanych z zagospodarowaniem przestrzeni publicznej. Warunek ten w ocenie zamawiającego został spełniony przez wykonawcę wybranego w wyniku przeprowadzonego postępowania, tj. LS COMPLEX Spółkę z o.o. Wykonawca wykazał spełnienie tego warunków w toku postępowania. Wskazanie w opisie warunku w postaci wykonania prac związanych z zagospodarowaniem przestrzeni publicznej poszczególnych zakresów działań, jakie mogły być objęte wykonaniem prac związanych z zagospodarowaniem przestrzeni publicznej miało – zdaniem Zamawiającego – jedynie charakter przykładowy. Fakt, że zamiarem zamawiającego nie było wymaganie od wykonawcy wykonanie uprzednio zamówienia w całości pokrywającego się z rodzajem prac objętych niniejszym zamówieniem potwierdza okoliczność, że w rozdziale IV pkt. 1.2 SIWZ nie wymieniono wszystkich rodzajów prac wymaganych do wykonania zamówienia, tj. np. obiektów malej architektury.

Zamawiający stwierdził, że wykonawca na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu przedłożył dokumenty potwierdzające realizację trzech zadań o podobnym charakterze z zakresu zagospodarowania przestrzeni publicznej (Zamawiający wymagał realizacji jedynie jednego zamówienia związanego z zagospodarowaniem przestrzeni publicznej). Zamawiającemu znane były te realizacje, gdyż zlokalizowane były w bliskiej odległości Garbowa w sąsiednich gminach Nałęczów i Wojciechów. Inwestycje te obejmowały kompleksowe zagospodarowanie przestrzeni publicznej, urządzenie terenu w tym nasadzenia i zagospodarowanie zieleni. Zamawiający w związku z tym nie uznał za konieczne żądania od wykonawcy dodatkowych wyjaśnień.

Prezes Urzędu nie uwzględnił wniesionych zastrzeżeń i podtrzymał argumentację przedstawioną w informacji o wyniku kontroli.

Kontrolujący wskazał, że treść określonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu powinno się w pierwszej kolejności odczytywać w sposób ścisły i w miarę możliwości dosłowny (odczytując jego literalne brzmienie). Nie można zatem nadawać sformułowaniom użytym w treści warunku nowego znaczenia wykraczającego poza zakres wyznaczony powszechnym rozumieniem użytych przez zamawiającego słów.

Prezes Urzędu uznał, że treść warunku, którego dotyczy stwierdzone naruszenie, jest jednoznaczna i nie pozostawia wiele miejsca na interpretację – jest to wskazanie enumeratywne. To z kolei prowadzi do konstatacji, że (zgodnie z literalnym brzmieniem warunku), Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykonał jedno zamówienie odpowiadające rodzajem robotom budowlanym, stanowiącym przedmiot zamówienia, w którego zakres wchodziły prace związane z zagospodarowaniem przestrzeni publicznej, gospodarką drzewostanem, remontem chodnika, budową placu zabaw i siłowni zewnętrznej, rozbudową oświetlenia (o wartości brutto co najmniej 300.000,00 zł). Gdyby intencją Zamawiającego było przykładowe wymienienie/wskazanie zakresów doświadczenia, które legitymowałyby wykonawcę do wzięcia udziału w postępowaniu, z pewnością użyłby zwrotów: „na przykład”, „w szczególności”, „zwłaszcza”, „co najmniej”, itp. W przeciwnym wypadku, nie ma podstaw do stosowania interpretacji rozszerzającej, prowadzącej do przyznania sformułowaniom użytym przez Zamawiającego znaczenia odbiegającego od tego, które wynika z ich literalnego brzmienia.

Prezes Urzędu podkreślił, że powyższemu stanowisku nie przeczy fakt, że Zamawiający na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu nie wymagał od wykonawcy wykonania zamówienia, które w całości pokrywałoby się rodzajem prac z zamówieniem, o którego udzielenie się ubiega. Celem weryfikacji wykonawców pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu jest bowiem uzyskanie przez zamawiającego przekonania, że dany wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Jednocześnie powinien to być minimalny poziom wiedzy i doświadczenia zawodowego wykonawcy umożliwiający mu realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Okoliczność, że zamawiający minimalny poziom wiedzy wykonawcy określił na poziomie niższym niż miałyby do tego prawo (przy poszanowaniu zasady proporcjonalności), nie wpływa na sposób rozumienia warunku opisanego w treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu.

Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego, że były mu znane „te realizacje, gdyż zlokalizowane były w bliskiej odległości Garbowa w sąsiednich gminach Nałęczów i Wojciechów”, należy zwrócić uwagę, że Zamawiający nie tłumaczy, jaki charakter ma ta wiedza, czy jest oparta o procedurę wyjaśniania i weryfikowania konkretnych faktów, czy wreszcie została w jakikolwiek sposób udokumentowana. Niezależnie od powyższego, kwestią zasadniczą jest (i co istotne, niekontrowersyjną), że w postępowaniu nie został

złożony dokument potwierdzający w sposób niebudzący wątpliwości spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, gdyż ani wykonawca takiego dokumentu w toku postępowania nie przedłożył, ani zamawiający nie wykazał, że takim dokumentem dysponuje.

***Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:***

Zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Stan faktyczny ustalony w toku kontroli nie jest sporny. Istotą sporu jest interpretacja warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. IV pkt 1.2. SIWZ oraz sekcji III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu, tj. kwestia, czy zgodnie z brzmieniem tego warunku wykonawca musiał legitymować się doświadczeniem obejmującym wszystkie uwzględnione w powyższych postanowieniach SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu elementy (gospodarka drzewostanem, remont chodnika, budowa placu zabaw i siłowni zewnętrznej, rozbudowa oświetlenia), czy wyliczenie to miało charakter jedynie przykładowy, w związku z czym niewykazanie doświadczenia w każdym z ww. zakresów nie przesądza o niewykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Izba podziela stanowisko Prezesa Urzędu przedstawione w informacji o wyniku kontroli oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia i przyjmuje je za własne.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Zamawiający – stosownie do art. 22 ust. 1a ustawy Pzp – określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Jak stanowi art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył m.in. oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub złożone oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Nieusunięcie stwierdzonych braków w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, powinno prowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Z przytoczonych wyżej przepisów wynika, że Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu i sposób ich wykazania przez wykonawców, a niezłożenie dokumentów potwierdzających spełnianie wymaganych warunków powinno skutkować wezwaniem wykonawcy do ich uzupełnienia, pod rygorem wykluczenia z postępowania.

Warunki udziału w postępowaniu określone w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu są wiążące na dalszych etapach postępowania i nie podlegają wykładni prowadzącej do rozszerzenia lub zawężenia ich pierwotnej treści. Dopuszczenie takiej wykładni przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu stanowiłoby zagrożenie dla naczelnej zasady udzielania zamówień publicznych, jaką jest zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

W ocenie Izby przedstawiona przez Zamawiającego w zastrzeżeniach interpretacja warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia jest nieuprawniona, nie ma bowiem oparcia w treści tego warunku.

Brzmienie tego warunku jest jednoznaczne – Zamawiający wymagał doświadczenia w wykonaniu jednego zamówienia polegającego na pracach związanych z zagospodarowaniem przestrzeni publicznej, przy czym nie mogły to być jakiegokolwiek prace mieszczące się w pojęciu zagospodarowania przestrzeni publicznej, Zamawiający bowiem dokładnie określił, jakie czynności mają się na te prace składać (gospodarka drzewostanem, remont chodnika, budowa placu zabaw i siłowni zewnętrznej, rozbudowa oświetlenia). Wyliczenie to jest enumeratywne, treść warunku nie zawiera żadnych sformułowań pozwalających je uznać za przykładowe, nie użyto takiego określenia, jak „na przykład” (albo innego równoważnego znaczeniowo), nie posłużono się też w tym wyliczeniu spójnikiem „lub”.

Przy tak sformułowanym warunku należy stwierdzić, że wykonawca powinien legitymować się doświadczeniem w wykonaniu zamówienia polegającego na pracach związanych z zagospodarowaniem przestrzeni publicznej, obejmujących łącznie: gospodarkę drzewostanem, remont chodnika, budowę placu zabaw i siłowni zewnętrznej, rozbudowę oświetlenia.

Zauważenia wymaga, że przyjęcie przez Zamawiającego odmiennej interpretacji warunku, niż to wynika z jego literalnego brzmienia, mogło prowadzić do zawężenia kręgu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, że wykonawca zainteresowany udziałem w postępowaniu przetargowym



zrezygnował z tego udziału, nie mogąc wykazać się doświadczeniem w pełnym, wskazanym w SIWZ i ogłoszeniu zakresie. Dopiero interpretacja zastosowana przez Zamawiającego na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu pokazuje, że wykonawca taki mógłby skutecznie ubiegać się o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby Prezes Urzędu słusznie zauważył, że o prawidłowości stanowiska Zamawiającego nie świadczy fakt, że nie wymagano od wykonawców doświadczenia w wykonaniu zamówienia, które w całości pokrywałoby się z zakresem udzielanego zamówienia. Zamawiający miał bowiem prawo określenia warunku na niższym poziomie, jeżeli w jego ocenie było to wystarczające do weryfikacji potencjału niezbędnego do wykonania zamówienia.

Podobnie nie sposób uznać za przekonującą argumentacji, że Zamawiający znał realizacje przedstawione przez wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie zmienia to bowiem faktu, że dysponowanie doświadczeniem obejmującym wszystkie rodzaje prac wyszczególnione przez Zamawiającego nie zostało przez wykonawcę wykazane.

Wobec powyższego Zamawiający nie miał podstaw uznać, że wykonawca LS COMPLEX Sp. z o.o. wykazał spełnianie warunku określonego w rozdz. IV pkt 1.2. SIWZ i w punkcie III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu. W tej sytuacji obowiązkiem Zamawiającego było skierowanie do tego wykonawcy – na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie powyższego warunku, a następnie – w zależności od reakcji wykonawcy na to wezwanie – dokonanie pozytywnej oceny spełniania warunku albo wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zamawiający tych czynności zaniechał, co stanowiło naruszenie wskazanych w informacji o wyniku kontroli przepisów prawa.

W związku z powyższym Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....