

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 18 kwietnia 2019 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 1 kwietnia 2019 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 25 marca 2019 r., znak sprawy KU/201/18/DKZP, w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonawstwo zastępcze na wykonywanie robót budowlanych na liniach kolejowych zarządzanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Członkowie: Bartosz Stankiewicz

Klaudia Szczytowska-Maziarz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej nie zasługują na uwzględnienie.

UZASADNIENIE

do uchwały z dnia 18 kwietnia 2019 r. sygn. akt: KIO/KU 29/19

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany również jako „kontrolujący”) w wyniku kontroli uprzedniej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „Wykonawstwo zastępcze na wykonywanie robót budowlanych na liniach kolejowych zarządzanych przez PKP Polskie Unie Kolejowe S.A.”, które zostało wszczęte 29 grudnia 2017 r., o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym nr 2017/S 249-525783 (dalej zwane jako "postępowanie”), stwierdził naruszenie przez zamawiającego:

- I. art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) - zwanej dalej jako „p.z.p.” - poprzez bezzasadne żądanie przez zamawiającego od wykonawców, którzy polegają na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a p.z.p., przedłożenia oświadczenia, które nie jest oświadczeniem potwierdzającym niepodleganie wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1, 5 i 6 p.z.p.,
- II. art. 31 ust. 1 p.z.p., poprzez zaniechanie przez zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

W uzasadnieniu informacji o wyniku kontroli uprzedniej kontrolujący wskazał, co następuje.

Jak wynika z treści ogłoszenia o zamówieniu (2017/S 249-525783 z dnia 29.12.2017 r.) o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz którzy nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 - 23 p.z.p. (z wyłączeniem przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d i pkt 14 w zakresie przestępstwa określonego w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d p.z.p.) oraz w art. 24 ust. 5 pkt 1, 5 i 6 p.z.p.

Zmianą treści ogłoszenia o zamówieniu z dnia 30 grudnia 2017 r. nr 2017/S 250-528295, zamawiający dodał informację, że na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wymaga od wykonawców również spełnienia nieobligatoryjnej przesłanki wykluczenia, wymienionej w art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. (zamawiający nie wymagał wykazania spełnienia tej przesłanki od podmiotów trzecich).

W celu wstępnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu zarówno wykonawcy, jak i podmioty trzecie, zobowiązani byli złożyć w JEDZ oświadczenia zgodnie z załączonym wzorem (załącznik nr 5 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), który zacytowano i stwierdzono, że jest to oświadczenie składane na

potwierdzenie braku spełnienia przesłanki wykluczenia wymienionej w art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. Zatem zamawiający określił różne podstawy wykluczenia w stosunku do wykonawców oraz w stosunku do podmiotów trzecich, zaś formularz JEDZ wszystkie podmioty składały w takim samym zakresie - zarówno wykonawcy, jak i podmioty trzecie składały ww. załącznik nr 5.

Kontrolujący przytoczył treść art. 25 ust. 1 i 22a ust. 3 p.z.p. oraz § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126) i stwierdził, iż z norm tych wynika, że zamawiający może żądać dokumentów jedynie na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw do wykluczenia. W konsekwencji czego żądanie przedmiotowych dokumentów jest niezbędne jedynie w sytuacji, gdy zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu, siwz lub zaproszeniu do składania ofert, warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia - w zakresie, w jakim ww. dokumenty potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub brak podstaw do wykluczenia.

Ze względu na fakt, iż wymaganie złożenia przez wykonawcę, polegającego na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 22a p.z.p., oświadczenia dotyczącego tych podmiotów - które nie jest oświadczeniem potwierdzającym niepodleganie wykluczeniu z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1, 5 i 6 p.z.p. - postawiony przez zamawiającego wymóg przedłożenia ww. oświadczenia (zgodnie z załącznikiem nr 5 do wniosku, dotyczącego potwierdzenia, że podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu na kanwie art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. - przyp. Izba) stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 p.z.p.

Tym niemniej, w ocenie kontrolującego, powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

Dalej kontrolujący wskazał, iż z treści ogłoszenia o zamówieniu wynika, że zamawiający, w wyniku przeprowadzonego postępowania, zamierzał zawrzeć sześć umów ramowych, które miały w przyszłości pozwolić na szybkie wyłonienie wykonawcy, który dokończy roboty budowlane rozpoczęte przez innego wykonawcę, z którym umowa (z różnych przyczyn) zostanie rozwiązana, tj.: *„Celem Umowy Ramowej jest ustalenie warunków oraz sposobu realizacji Zamówień Wykonawczych, w szczególności określenia maksymalnych cen jednostkowych wykonania robót w poszczególnych Katalogach Pozycji Rozliczeniowych (KPR).*

Zakres rzeczowy będzie obejmował wszelkie możliwe roboty, które nie zostaną zrealizowane przez wykonawców realizujących zamówienia publiczne na rzecz PKP PLK S.A., z uwagi na rozwiązanie umowy o zamówienie publiczne z tymi wykonawcami lub dla konieczności zrealizowania dodatkowego zakresu robót w trakcie realizacji zamówienia publicznego”.

Zamawiający, wszczynając niniejsze postępowanie, nie znał momentu wszczęcia

postępowania wykonawczego, zakresu robót, które miałyby być przedmiotem umowy, ani też nie dysponował dokumentacją projektową, dla tak określonego przedmiotu zamówienia. W realizacji niniejszego przedmiotu zamówienia zamawiający przyjął formułę zawarcia umów ramowych, z minimum pięcioma wykonawcami, wyłonionymi spośród dziesięciu wykonawców, zaproszonych do składania ofert.

Oferty natomiast miały zostać przygotowane w oparciu o zakres robót, określony w Katalogu Pozycji Rozliczeniowych: *„Ceną oferty jest suma wartości wszystkich pozycji podanych w wypełnionym KPR przedstawiona w „PODSUMOWANIU” KPR, powiększona o podatek VAT*

W celu oceny ofert zamawiający przyjął jedno kryterium - całkowita cena brutto, o wadze 100%.

Zgodnie z przekazaną dokumentacją postępowania, zamawiający, po przeprowadzonym dialogu, wraz z zaproszeniem do składania ofert, przekazał wykonawcom m.in. opis przedmiotu zamówienia i katalogi pozycji rozliczeniowych.

W opisie przedmiotu zamówienia zamawiający wyliczył zakresy robót przewidywanych do wykonania oraz wyjaśnił, że: *„Roboty wg. wymagań ogólnych należy traktować odrębnie dla każdego Zamówienia Częściowego. Pełny katalog robót przewidzianych do wykonania w ww. branżach znajduje się w SIWZ TOM IV - Katalog Pozycji Rozliczeniowych (KPR). Pozycje wskazane w Katalogu posiadają rozbieżności na roboty budowlane z materiałami zapewnionymi przez wykonawcę oraz z materiałami udostępnionymi przez zamawiającego. W KPR należy przyjąć maksymalne ceny jednostkowe dla poszczególnych pozycji katalogowych.*

Zamawiający może zawrzeć w Zamówieniu Wykonawczym dowolne elementy określone w Katalogu Pozycji Rozliczeniowych (KPR) oraz mogą zostać zawarte dodatkowe, nie ujęte w KPR elementy (w zależności od zakresu danego Zamówienia Wykonawczego) w szczególności:

- *mobilizacja wykonawcy do wykonania danych robót wskazanych w KPR z uwzględnieniem ich rzeczywistych ilości, lokalizacji, zapotrzebowania na robociznę, materiał i sprzęt, roboty tymczasowe i prace towarzyszące wykonaniu robót podstawowych,*
- *przeprowadzenie oceny zgodności (certyfikacja) każdego podsystemu strukturalnego objętego zakresem zamówienia na etapie budowy i końcowych prób podsystemu, uzyskanie pozwolenia na użytkowanie w imieniu zamawiającego - jeżeli będzie to konieczne dla wykonanych robót budowlanych*

Wykonawcy, po zapoznaniu się z przekazaną, wraz z zaproszeniem do składania ofert, dokumentacją postępowania, wielokrotnie zwracali się do zamawiającego z prośbą o udzielenie wyjaśnień. Wątpliwości dotyczyły w szczególności katalogów pozycji rozliczeniowych i sposobu wyceny poszczególnych pozycji.

Mając na uwadze treść ww. pytań kontrolujący zauważył, że znacząca część pozycji KPR została opisana w sposób utrudniający, bądź uniemożliwiający identyfikację, jaki produkt, lub usługa, ma zostać wyceniona, bądź też jakie elementy składają się na konkretną pozycję. Wykonawcy zwracali się o wskazanie jednostek miary, dookreślenie, bądź uzupełnienie informacji dotyczących zakresu poszczególnych pozycji KPR oraz o uzupełnienie dokumentacji postępowania o specyfikacje poszczególnych materiałów i urządzeń.

Natomiast zamawiający, udzielając odpowiedzi, zrezygnował z wielu pozycji kosztorysowych, zaś w innych pozycjach poprosił o uwzględnienie maksymalnych kosztów realizacji. Niektóre odpowiedzi polegały na pozostawieniu opisu pozycji bez zmian, nie odnosząc się do wątpliwości wykonawców.

Ostatecznie, zamawiający otrzymał oferty bardzo rozbieżne cenowo, tj.: w części D - oferta z najwyższą ceną 117 304 769,13 zł brutto, oferta z najniższą ceną 20 159 922,89 zł brutto; w części E - oferta z najwyższą ceną 59 804 137,50 zł brutto, oferta z najniższą ceną 34 184 030,35 zł brutto; w części F - oferta z najwyższą ceną 35 034 272,85 zł brutto, oferta z najniższą ceną 9 343 346,34 zł brutto.

Następnie kontrolujący wskazał, że Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dwa odwołania (w części A i B postępowania), na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (odwołania o sygn. akt: KIO 1354/18 oraz KIO 1355/18).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie m.in.:

- art. 60e ust. 3 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p., poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania zamawiającego, a w konsekwencji w sposób uniemożliwiający złożenie porównywalnych ofert i utrudniający uczciwą konkurencję,
- art. 31 ust. 1 p.z.p. w zw. z § 4 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2013 r., poz. 1129), poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych wymaganych rozporządzeniem.

Wyrokiem z dnia 8 sierpnia 2018 r. (sygn. akt: KIO 1354/18 oraz KIO 1355/18) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła ww. odwołania i nakazała zamawiającemu opisanie przedmiotu

zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu orzeczenia. Ponadto Izba nakazała zamawiającemu uwzględnienie konsekwencji ww. zmian w dokumentacji postępowania wraz z jej załącznikami.

Pismem z dnia 4 września 2018 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania w części A i B, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p., ponieważ postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Kontrolujący wskazał dalej, że Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (w części D, E i F postępowania) wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

zaniechaniu unieważnienia czynności zaproszenia do składania ofert w postępowaniu w zakresie zamówienia częściowego na części D, E i F, oraz zaniechania unieważnienia postępowania w zakresie zamówienia częściowego na części D, E i F, pomimo wystąpienia obiektywnej przesłanki stanowiącej podstawę unieważnienia zarówno czynności zaproszenia do składania ofert w postępowaniu w ww. zakresie jak i unieważnienia postępowania w ww. zakresie, analogicznie jak w zakresie części A i B, które zostały przez zamawiającego unieważnione;

podtrzymaniu przez zamawiającego terminu składania i otwarcia ofert, w zakresie zamówienia częściowego D, E i F, wyznaczonego na dzień 7 września 2018 r., pomimo, iż całe postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i z tego powodu winno zostać unieważnione.

W związku z wycofaniem odwołania Krajowa Izba Odwoławcza, w dniu 12 września 2018 r., wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego (sygn. akt: KIO 1784/18).

Mając na uwadze powyższe, w ocenie kontrolującego, przesłanki stanowiące podstawę unieważnienia postępowania w części A i B znajdują zastosowanie do wszystkich części postępowania, jak również stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, wydane w zakresie części A i B kontrolowanego postępowania, znajduje zastosowanie do wszystkich części tego postępowania.

Zdaniem kontrolującego nie ulega wątpliwości, że przedmiotem postępowania są roboty budowlane, a tym samym, zgodnie z art. 31 ust. 1 p.z.p., zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Zamawiający jest zatem zobowiązany do przedstawienia zamawianego świadczenia w określony sposób i we wskazanej formie. Według kontrolującego należy zaznaczyć również, że zdaniem Izby brak precyzyjnego opisu przedmiotu

zamówienia powoduje, że wykonawcy nie mogą dokonać w sposób właściwy wyceny oferty, co Izba uznała za naruszenie podstawowych zasad odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia.

Potwierdzeniem powyższego stanowiska są wyceny ofert, które zostały złożone w niniejszym postępowaniu. Dowolna interpretacja wycenianego przez wykonawców zakresu prac spowodowała znaczące, bo nawet sześciokrotne rozbieżności w wycenie oferty, tj.: w części D oferta z najwyższą ceną zawiera cenę o prawie 6 razy wyższą od oferty z najniższą ceną. Przy czym zamawiający nie ma możliwości ocenić w jaki sposób powstała tak duża różnica w wycenie ofert i czy wykonawcy rzeczywiście wycenili ten sam przedmiot zamówienia. Jednocześnie wycena ma decydujące znaczenie, gdyż wyłącznie na podstawie kryterium ceny zamawiający wybierze wykonawców, z którymi zawrze umowę ramową.

Mając na uwadze powyższe kontrolujący stwierdził, iż zaniechanie przez zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych stanowi naruszenie art. 31 ust. 1 p.z.p. i zaleca zamawiającemu unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, w częściach D, E i F, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p.

Pismem z dnia 1 kwietnia 2019 r., znajdującym się w aktach sprawy, zamawiający działając na podstawie art. 171 a ustawy p.z.p, wniósł zastrzeżenia do przedmiotowych wyników kontroli uprzedniej, w zakresie punktu II wyniku kontroli Prezesa UZP, tj. naruszenia przez zamawiającego art. 31 ust. 1 p.z.p.

Natomiast pismem z 10 kwietnia 2019 r. Prezes UZP poinformował zamawiającego, że nie uwzględni jego zastrzeżeń i podtrzymał swoje stanowisko, wyrażone w informacji o wyniku kontroli, co zgodnie z art. 171a zwz. z 167 ust. 2 p.z.p. spowodowało przekazanie zastrzeżeń zamawiającego do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją kontroli, w tym w szczególności z uzasadnieniem stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz z zastrzeżeniami zamawiającego, w przedmiocie naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli uprzedniej, ustaliła i zważyła, co następuje.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, w wyniku kontroli uprzedniej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „Wykonawstwo zastępcze na wykonywanie robót budowlanych na liniach kolejowych zarządzanych przez PKP Polskie Unie Kolejowe S.A.”, stwierdził naruszenie przez zamawiającego art. 31 ust. 1 p.z.p., poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej
1 specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych i zalecił zamawiającemu

unieważnienie postępowania, w częściach D - F, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p., od czego zamawiający wniósł zastrzeżenia.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zastrzeżenia do wyniku kontroli uprzedniej, wniesione przez zamawiającego, nie mają uzasadnionych podstaw i jako takie nie zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie rozważań Izba zaznacza, że stan faktyczny sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była jedynie ocena prawna opisu przedmiotu zamówienia postępowania, który w ocenie kontrolującego narusza przepisy p.z.p., z czym zamawiający się nie zgodził.

Rozpoznając zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli, skład wyrażający opinię w pełni podzielił stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zawarte w informacji o wyniku kontroli uprzedniej oraz odpowiedzi na zastrzeżenia, wskazane tam argumenty są bowiem wynikiem prawidłowej subsumpcji analizowanych przepisów do prawidłowo ustalonego stanu faktycznego.

Odnosząc się szczegółowo do zastrzeżeń zamawiającego Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje co następuje.

Izba stwierdziła, że zamawiający nie był w stanie zaoferować rzeczowych wyjaśnień, które pozwoliłyby na przyjęcie, że w ustalonym stanie rzeczy wykonawcy składali oferty w konkurencyjnych warunkach. Brak jest również argumentacji zamawiającego przemawiającej za tym, że wybór wykonawców objętych umową ramową, został dokonany w sposób prawidłowy i ich oferty są porównywalne, zaś niebagatelne różnice cenowe - w części D ponad 97 milionów zł, zaś w części E i F niemal 26 milionów zł - wynikają z obiektywnych przyczyn, a nie zaś z wadliwego sposobu opisu przedmiotu zamówienia.

Izba zwraca przy tym uwagę, że do złożenia ofert zamawiający zaprosił wykonawców, będącymi stałymi uczestnikami rynku robót budowlanych, w tym największe i najbardziej doświadczone podmioty z branży. Zamawiający ograniczył się do podniesienia, że zaoferowane ceny stanowią konsekwencję wolnego rynku, tym niemniej te założenia zamawiającego nie zostały niczym poparte. Nie podjęto natomiast nawet próby wykazania, czy chociażby wskazania, że sam przyjęty przez zamawiającego sposób opisu przedmiotu zamówienia został określony w sposób prawidłowy, zatem nie dostarczono żadnej

argumentacji, która mogłaby przemawiać za tym, że zamawiający miał prawo odejść od zastosowania opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót.

Stanowisko zamawiającego ogranicza się do polemiki z kontrolującym, opierającej się na argumentacji, że to przyjęty tryb postępowania pozwala na zliberalizowanie wymogów co do opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający szeroko opisywał cel zawarcia umowy ramowej, powołując się na poglądy judykatury i doktryny, tym niemniej umknęło uwadze zamawiającego, że sam charakter umowy ramowej nie może powodować, że zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób dowolny. Jakkolwiek wykorzystanie narzędzia umowy ramowej powoduje pewne ułatwienia dla jednostek zamawiających, to nie mogą być one rozumiane jako całkowite odejście od zasad Prawa zamówień publicznych. Każdy ze szczegółowych instrumentów p.z.p. musi być wykorzystywany z poszanowaniem zasad naczelnych zamówień publicznych. Stąd zamiast skupiać się na samym celu zawarcia umowy ramowej, co nie było sporne i obie strony o tym wspominały, zamawiający winien chociażby podjąć próbę wywiedzenia, że w ustalonym stanie rzeczy zastosowany opis przedmiotu zamówienia był właściwy i jednoznaczny, a tym samym nie powodował uzyskania nieporównywalnych ofert.

Innymi słowy, zamiast wykazać, że wykonawców wybrano zgodnie z prawem, skupiono się na wykazywaniu, że co do zasady umowa ramowa pozwala na pewne ułatwienia. Tym niemniej nie można tracić ze wzorku, iż problemem w postępowaniu okazało się, że ustawowe narzędzie zostało niewłaściwie wykorzystane - doprowadzono do sytuacji, w której zamawiający nie był w stanie wskazać, że wykonawcy składali oferty w konkurencyjnych warunkach, a tym samym, że postępowanie przeprowadzono zgodnie z prawem. W szczególności, że sposób opisu przedmiotu zamówienia miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania, bowiem zamawiający wybierał wykonawców, z którymi zawarł umowę ramową, na podstawie kryterium najniższej ceny za przedmiot zamówienia.

Skład wyrażający opinię wskazuje dalej, że nie może konwalidować naruszenia prawa, podnoszona przez zamawiającego okoliczność, że dopiero po przeprowadzeniu kontrolowanego postępowania, wykonawcy objęci umową ramową, będą składali oferty na poszczególne roboty budowlane.

Jakkolwiek należy podzielić pogląd, że postępowanie w sprawie zawarcia umowy ramowej polega na ustaleniu warunków przyszłych zamówień, a nie na ich udzieleniu i stanowi jedynie jeden z etapów procesu zmierzającego do udzielenia zamówienia publicznego (por. wyrok Izby z 22.11.2013 r. sygn. akt: KIO 2615/13, KIO 2635/13), to nie można pomijać, że zamawiającemu zarzucono niewłaściwy wybór pięciu wykonawców, spośród dziesięciu zaproszonych do złożenia ofert. Zatem to, że dopiero na późniejszym etapie będą

szczegółowo wyceniane poszczególne prace, w zależności od potrzeb zamawiającego, nie powoduje, że wybrano wykonawców zgodnie z prawem.

Dalej zaznaczyć wypada, iż ustawodawca nie odstąpił od wymogów właściwego badania i oceny ofert, określonych w p.z.p., w stosunku do ofert składanych w celu zawarcia umów ramowych. Zamawiający ma obowiązek zbadać oferty chociażby pod kątem możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny, czy zgodności z treścią SIWZ. A więc argumentacja

0 absolutnej dowolności przy sposobie opisu zamówienia jest chybiona. Ponadto zamawiający również i w tym trybie sam winien znać zakres zamówienia, chociażby szacunkowo, skoro ma obowiązek ustalenia wartości umowy, przed wszczęciem postępowania.

Następnie Izba zaznacza, iż należy zgodzić się z Prezesem UZP, że w ustalonym stanie faktycznym wadliwość sposobu opisu przedmiotu zamówienia dodatkowo może potwierdzać argumentacja zawarta w wyroku Izby z 8 sierpnia 2018 r. o sygn. akt: KIO 1354/18, KIO 1355/18, gdzie dokonany przez zamawiającego opis sposobu przedmiotu zamówienia, w części A i B postępowania, został poddany kontroli Izby. Skład orzekający uwzględnił przedmiotowe odwołanie, stwierdził wadliwość opisu przedmiotu zamówienia 1 nakazał zamawiającemu określenie go poprzez dokumentację projektową i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych. Wyrok ten, w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania, nie został zaskarżony przez zamawiającego i jest prawomocny.

Skład wyrażający opinię w całości popiera i uznaje za własne stanowisko Izby wyrażone we wskazanym wyroku i pomimo, że bezpośrednia skuteczność wyroku - rozumiana jako możliwość jego wyegzekwowania, dotyczy kwestii co do których wydano rozstrzygnięcie - to należy zauważyć, że tezy zawarte w orzeczeniu znajdują odpowiednie zastosowanie dla części D - F postępowania. Pomimo, że zamówienie, w poszczególnych częściach, obejmuje różną ilość branż, zaś Izba nie jest związana zapadłym wyrokiem, to metodyka określenia przedmiotu zamówienia zastosowana przez zamawiającego jest tożsama dla wszystkich części, zatem poglądy wyrażone w omawianym orzeczeniu mogą mieć pomocnicze zastosowanie do stanu rzeczy ustalonego w toku kontroli uprzedniej.

Mając powyższe na uwadze Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.



Przewodniczący:

[Signature]

Członkowie:

[Signature]

[Signature]
Należy mieć właściwe podpisy.
Za zgodność