

Sygn. akt KIO/KD 17/18

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 10 maja 2018 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 18 kwietnia 2018 r., pismem z 16 kwietnia 2018 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Gmina Kobyla Góra
Plac Wiosny Ludów 1
63 - 507 Kobyla Góra

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej UZP/DKZP/KND/25/2017 z dnia 5 kwietnia 2018 r., w przedmiocie zamówienia publicznego:

Przebudowa drogi gminnej nr 843604P, ul. M. Konopnickiej, w miejscowości Kobyla Góra, na długości 387 mb (od 0+161 do 0+548) - odcinek 1

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Osiecka

Katarzyna Odrzywolska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

UZASADNIENIE

Gmina Kobyla Góra (dalej: Zamawiający) przeprowadziła, w trybie przetargu nieograniczonego, z wykorzystaniem procedury, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579 z późn. zm.; dalej: ustawa Pzp albo Prawo zamówień publicznych), postępowanie na przebudowę drogi gminnej nr 843604P, ul. M. Konopnickiej, w miejscowości Kobyla Góra, na długości 387 mb (od 0+161 do 0+548) - odcinek 1 (roboty budowlane). Postępowanie zostało wszczęte w dniu 13 kwietnia 2016 r. Wartość postępowania, w którym przeprowadzono kontrolę, oszacowano na kwotę 431 644,70 zł, co stanowiło równowartość 103 390,43 euro.

W tymże postępowaniu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes UZP), działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przeprowadził kontrolę doraźną następczą, w wyniku której w informacji o wyniku kontroli z dnia 5 kwietnia 2018 r. stwierdził następujące naruszenia przepisów ustawy:

1. Naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy [REDAKTOWANE] Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku dotyczącego zdolności technicznej, a w konsekwencji naruszenie także art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez wybór wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór był niezgodny z przepisami ustawy Pzp, tj. z art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Prezes UZP ustalił, co następuje:

Zamawiający w pkt III specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) wskazał, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu muszą posiadać doświadczenie w wykonaniu min. 2 robót budowlanych dotyczących budowy lub przebudowy nawierzchni jezdni i chodników wraz z kanalizacją deszczową o wartości brutto minimum 250.000,00 zł każda wykonana w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie.

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku Zamawiający żądał złożenia wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, 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 należycie,

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.

W pkt XXIII SIWZ Zamawiający określił również, iż wymaga wskazania przez Wykonawcę w ofercie części zamówienia, których wykonanie Wykonawca powierzy podwykonawcom. Jednocześnie Zamawiający zawarł zastrzeżenie, że „Wykonawca wykona osobiście kluczowe części zamówienia: - roboty budowlane polegające na wykonaniu nawierzchni wraz z podbudową”.

Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, tj. Z [REDAKTOWANE] Sp. z o.o. w formularzu ofertowym nie podał informacji na temat podwykonawców oraz złożył oświadczenie o niepowierzeniu części zamówienia podwykonawcom. Równocześnie, Wykonawca załączył do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego Firmy [REDAKTOWANE] „do oddania zasobów — wiedzy i doświadczenia” ww. Wykonawcy w okresie od dnia udziału w przetargu do końca realizacji zadania.

W dniu 3 października 2016 r. Zamawiający wezwał (bez wskazania podstawy prawnej) ww. Wykonawcę o uzupełnienie oferty m.in. o wykaz robót budowlanych.

W odpowiedzi na ww. wezwanie (wpływ do Urzędu Gminy w dniu 7 października 2016 r.) Wykonawca [REDAKTOWANE] Sp. z o.o. złożył wymagany dokument wykazując dwie roboty budowlane potwierdzające wymóg w zakresie doświadczenia, zrealizowane przez Firmę [REDAKTOWANE].

Pismem z dnia 11 października 2016 r. Wykonawca [REDAKTOWANE] Sp. z o.o. oświadczył, że przy realizacji przedmiotowego zadania będzie korzystał ze zdolności technicznych Firmy [REDAKTOWANE], która w powyższym zadaniu będzie wykonywała roboty ziemne.

Prezes UZP stwierdził, co następuje:

Zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Prezes UZP podkreślił, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 22a ust. 4 ustawy Pzp). Z ww. przepisów wynika zatem prawo wykonawcy, do powołania się - celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu - na zasoby podmiotów trzecich. Prezes UZP wskazał, że dopuszczalność polegania na m.in. takim zasobie została uzależniona od tego, czy podmiot trzeci zrealizuje roboty budowlane i usługi do realizacji których zasób jest potrzebny. Powyższe oznacza obowiązek zapewnienia podwykonawstwa podmiotu trzeciego, które powinno być nie tylko zadeklarowane, ale i egzekwowane w trakcie wykonywania roboty czy usługi. Ww. przepisy służą zapewnieniu zamawiającemu, że udostępniony przez podmiot trzeci zasób rzeczywiście i realnie zostanie wykorzystany w trakcie realizacji zamówienia. Ponadto, z przepisów tych wynika, że konieczność zrealizowania przez podmiot trzeci usługi lub roboty budowlanej jako podwykonawca dotyczy tej części przedmiotu zamówienia, do realizacji której był wymagany udostępniany zasób.

W konsekwencji Prezes UZP zauważył, że podmiot udostępniający - Firma [REDAKTURA] - zdolność zawodową (doświadczenie) powinien stać się podwykonawcą w zakresie w jakim udostępnia swoje zasoby, tj. w zakresie robót, których warunek wiedzy i doświadczenia dotyczy. Niewystarczające jest przedstawienie przez Wykonawcę [REDAKTURA] Sp. z o.o. samych referencji podmiotu trzeciego, potwierdzających doświadczenie w celu złożenia oferty, czy też wskazanie w oświadczeniu, że udostępnienie będzie realizowane w czasie trwania umowy jedynie w zakresie robót ziemnych.

Prezes UZP podkreślił, że Wykonawca [REDAKTURA] Sp. z o.o. w celu wykazania się spełnieniem udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych wykazał się jedynie doświadczeniem ww. firmy. W związku z powyższym oraz mając na uwadze dyspozycję art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, Firma [REDAKTURA] jako podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby w zakresie doświadczenia powinien być jednocześnie podwykonawcą w zakresie w jakim udostępnił zasoby, tj. w przebudowy nawierzchni wraz z kanalizacją deszczową. Jednakże, mając na uwadze zastrzeżenie Zamawiającego zawarte w pkt XXIII SIWZ zgodne z art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane polegające na wykonaniu nawierzchni wraz z podbudową) należy stwierdzić, że Wykonawca

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przepis ma na celu zobowiązanie zamawiającego do eliminowania z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności poprzez przedłożenie wymaganych przez zamawiającego i wystarczających dla udowodnienia spełniania konkretnego warunku, dokumentów. Należy przy tym podkreślić, że spełnianie ww. warunków służy potwierdzeniu, że wykonawca posiada zdolność do należytego wykonania zamówienia, zaś a contrario stwierdzić należy, że wykonawca nie spełniający warunków, takiej zdolności nie posiada i zamówienie nie może zostać mu udzielone. Przy czym w świetle dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, ciężar wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy. Tym samym niedopuszczalne jest, aby zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków i nie został pod tym kątem zweryfikowany przez zamawiającego. Zamawiający może udzielić zamówienia wyłącznie takiemu wykonawcy, co do którego nie zachodzą wątpliwości, że warunki udziału w postępowaniu spełnia.

Jednocześnie, Prezes UZP wskazał, że brak weryfikacji wykonawcy w sposób przewidziany w przepisach ustawy Pzp pod kątem spełniania warunków jest także sprzeczny z dyspozycją art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Przepis art. 7 ust. 3 ustawy Pzp odsyła zatem do innych przepisów ustawy Pzp, wyraźnie wskazując, że niezgodność procedury udzielenia zamówienia z jakimkolwiek przepisem dotyczącym procesu wyboru wykonawcy, skutkuje zakazem udzielenia zamówienia temu wykonawcy. Dowodzi tego zwłaszcza użycie w przepisie słowa „wyłącznie”, które zawęża możliwość wyboru wykonawcy jedynie do takiego, który został wybrany zgodnie z przepisami ustawy, tym samym wyłączając możliwość udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z jakimkolwiek przepisem ustawy mającym wpływ na wybór oferty.

Jak stwierdzono powyżej, w przedmiotowej sprawie Wykonawca [REDAKTOR] Sp. z o.o. nie wykazał, że spełnia wyżej opisany warunek udziału w postępowaniu powołując się jedynie na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie doświadczenia. Jednocześnie w toku kontroli zostało stwierdzone, że Zamawiający nie podjął czynności weryfikacji doświadczenia tegoż Wykonawcy w celu potwierdzenia, że spełnia on samodzielnie ww. opisany warunek, tj. nie podjął czynności wezwania Wykonawcy do uzupełnienia wykazu robót budowlanych wraz z referencjami w celu samodzielnego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt III SIWZ w związku z zapisami pkt XXIII specyfikacji. Tym samym Zamawiający zaniechał dokonania weryfikacji Wykonawcy pod kątem spełniania warunku, a co więcej — następnie udzielił mu zamówienia.

Powyższe w ocenie Prezesa UZP oznacza, że dokonując wyboru oferty Wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, tj. wybrał ofertę Wykonawcy, nie dającego gwarancji należytego wykonania zamówienia. Dodatkowo, Zamawiający naruszył art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia Wykonawcy, którego wybór był niezgodny z przepisami ustawy Pzp, tj. z art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Tym samym Zamawiający naruszył nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i naruszył jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień. Nakaz ten bowiem sformułowany został w dziale I rozdziale 2 ustawy Pzp, który zawiera zasady udzielania zamówień, tj. podstawowe i zasadnicze reguły, które stanowią wytyczne co do interpretacji pozostałych przepisów ustawy PZP i muszą być przestrzegane w procesie udzielenia zamówienia.

Zatem, Zamawiający uznając, że Wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz uznając, iż jest zdolny do wykonania zamówienia naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp a także art. 7 ust. 3 ustawy Pzp mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

2. Naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak określenia w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich niezbędnych elementów mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Prezes UZP ustalił, co następuje:

Zgodnie z punktem II SIWZ, przedmiotem zamówienia była przebudowa drogi gminnej nr 883604P, ul. M. Konopnickiej, w miejscowości Kobyla Góra, na długości 387 mb (od 0+161 do 0+548) - odcinek 1 w zakresie określonym w dokumentacji projektowej, w tym m.in. przebudowa podbudowy, przebudowa nawierzchni, budowa zjazdów, budowa przepustów drogowych, i budowa kolektora wodnego.

Zamawiający wskazał także, że zamówieniem objęte są również:

- _ wykonanie wszelkich robót i czynności związanych z prawidłową realizacją zamówienia, nawet w przypadku, gdy nie zostały one ujęte w przetargowym przedmiarze robót,
- _ pełna obsługa geodezyjna budowy: wytyczenie, ewentualne wskazanie granic, inwentaryzacja powykonawcza (4 egzemplarze),
- _ wszelkie naprawy urządzeń nad i podziemnych uszkodzonych podczas wykonywania robót,
- _ dopełnienie wszelkich zaleceń wynikających z wszystkich uzgodnień branżowych
- _ przeprowadzenie wszelkich robót i czynności związanych z odbiorem przedmiotu zamówienia i przekazaniem go do eksploatacji, itp.
- _ zabezpieczenie bezpieczeństwa na placu budowy i wokół niego oraz ubezpieczenie budowy,
- _ inne czynności wynikające z przepisów branżowych bądź specyfiki zamówienia.

Ponadto, Zamawiający wskazał, że materiały nieprzydatne do wbudowania należy odwieźć na składowisko odpadów. Koszty związane z gospodarowaniem odpadami, tj. transport, odzysk, unieszkodliwienie, deponowanie na składowisku odpadów poniesie Wykonawca. Materiały przydatne, np. rury przepustowe, kruszywo kamienne itp. Wykonawca przetransportuje w miejsce wskazane przez Inwestora w odległości do 5 km.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz zakres zadania został określony w dokumentacji projektowej a także specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, które stanowią załączniki do nin. SIWZ. Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany ceny, którą należy traktować jako ryczałtową. Wykonawca zamówienia powinien przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia. W związku z powyższym zalecane jest od oferentów bardzo szczegółowe sprawdzenie w terenie warunków wykonania zamówienia. Wykonawca dostarczy Zamawiającemu harmonogram rzeczowo-finansowy robót przed podpisaniem umowy. Zamawiający przekaze Wykonawcy teren budowy w terminie do 7 dni po podpisaniu umowy. Wykonawca zobowiązuje się do rozpoczęcia realizacji robót w ciągu 7 dni od daty przekazania terenu budowy. Wykonawca dokona geodezyjnego wytyczenia w terenie zakresu prowadzonych robót budowlanych i poinformowania Zamawiającego o wynikach tego wytyczenia w terminie do 7 dni od przekazania terenu budowy.

Zamawiający w wymaganiach ogólnych specyfikacji technicznej wskazał, że przed przystąpieniem do robót Wykonawca przedstawi Inżynierowi/Kierownikowi projektu do zatwierdzenia uzgodniony z odpowiednim zarządem drogi i organem zarządzającym ruchem, projekt organizacji ruchu i zabezpieczenia robót w okresie trwania budowy (pkt 1.5.4 Wymagania ogólne). Ponadto, w pkt 2 projektu zostały wskazane projektowane prace, w tym konieczność opracowania projektu tymczasowej organizacji ruchu oraz dokonanie rozbiórki istniejącej nawierzchni z płyt betonowych.

W wyjaśnieniach przekazanych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 1 grudnia 2016 r. Zamawiający wskazał, że:

Zamawiający był w posiadaniu uzgodnionego projektu tymczasowego organizacji ruchu w zakresie „Przebudowa drogi gminnej nr 843604p, ul. M. Konopnickiej, w miejscowości Kobyła Góra, na długości 387 mb (od 0+16 do 0+548) — odcinek 1”. W trakcie prowadzenia postępowania przetargowego Zamawiający nie żądał ponownego jej opracowania w przedmiocie zamówienia. Zapis w zakresie opracowania projektu tymczasowej organizacji ruchu jest umieszczony w Projekcie budowlanym (...)i nie może ulec wykreśleniu. Zapis ten jest wytyczną w ramach przygotowania dokumentacji projektowej na budowę przedmiotowej drogi, którą wskazuje projektant opracowując pełną dokumentację projektową budowy drogi.

W postępowaniu przetargowym, Zamawiający nie wskazywał wymogu ponownego jej opracowania. W specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dla zadania inwestycyjnego „Przebudowa drogi gminnej nr 843604p, ul. M. Konopnickiej, w miejscowości Kobyla Góra, na długości 387 mb (od 0+16 do 0+548) — odcinek 1”, Zamawiający wskazał, jako opis przedmiotu zamówienia (pkt II SIWZ) następujący zakres prac: przebudowa podbudowy, przebudowa nawierzchni, budowa zjazdów, budowa przepustów drogowych, budowa kolektora wodnego.

Zamówieniem objęte są również:

- _ wykonanie wszelkich robót i czynności związanych z prawidłową realizacją zamówienia, nawet w przypadku, gdy nie zostały one ujęte przetargowym przedmiarze robót, _ pełna obsługa geodezyjna budowy: wytyczenie, ewentualne wskazanie granic, inwentaryzacja powykonawcza (4 egzemplarze), _ wszelkie naprawy urządzeń nad- i podziemnych uszkodzonych podczas wykonywania robót, _ dopełnienie wszelkich zaleceń wynikających z wszystkich uzgodnień branżowych, _ przeprowadzenie wszelkich robót i czynności związanych z odbiorem przedmiotu zamówienia i przekazaniem go do eksploatacji, itp.
- _ zabezpieczenie bezpieczeństwa na placu budowy i wokół niego oraz ubezpieczenie budowy,
- _ inne czynności wynikające z przepisów branżowych bądź specyfiki zamówienia.

Ponadto Zamawiający wskazał, że wymóg rozebrania płyt na całym odcinku drogi wraz z ich przewozem na odległość do 5 km został wpisany w projekcie budowlanym i nie może ulec wykreśleniu z dokumentacji projektowej. Zapis ten jest wytyczną w ramach przygotowania dokumentacji projektowej na budowę przedmiotowej drogi, którą wskazuje projektant opracowując dokumentację projektową budowy drogi i przygotowując inwentaryzację stanu istniejącego. W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający nie umieścił informacji o pracach związanych z rozebraniem płyt — zostało ono wyłączone. Postępowanie to toczyło się odrębnie. W SIWZ w pkt II umieszczono informację dotyczącą materiałów nieprzydatnych i przydatnych, które pojawiają się w wyniku prac budowlanych odkrywkowych (czego nie można było przewidzieć na etapie projektowania).

Pkt II SIWZ stanowi, że:

Materiały nieprzydatne do wbudowania należy odwieźć na składowisko odpadów. Koszty związane z gospodarowaniem odpadami, tj. transport, odzysk, unieszkodliwienie, deponowanie na składowisku odpadów poniesie Wykonawca.

Materiały przydatne, np. rury przepustowe, kruszywo kamienne itp. Wykonawca przetransportuje w miejsce wskazane przez Inwestora w odległości do 5 km.

Ponadto, należy zaznaczyć, iż w przedmiotowym postępowaniu, w ramach przedmiaru robót w zakresie budowy drogi, nie wykazano rozebrania płyt na całym odcinku drogi i wywiezienie ich, gdyż było to wykluczone z postępowania przetargowego.

Dodatkowo Prezes UZP zauważył, że w pkt XVIII SIWZ Zamawiający określił, że:

2.4. Cena oferty ma charakter ryczałtowy tzn. obejmuje wszelkie nakłady na realizację pełnego zakresu rzeczowego przedmiotu umowy, określonego w dokumentacji przetargowej.

2.5. W cenie ryczałtowej brutto mieści się całkowity koszt kompletnego wykonania zadania inwestycyjnego stanowiącego przedmiot zamówienia w tym również wszelkie inne koszty towarzyszące wykonaniu w tym m.in.: organizacja i utrzymanie zaplecza i placu budowy, oznakowania robót, naprawy szkód powstałych w wyniku realizacji robót, segregowania, składowania unieszkodliwiania odpadów, przeprowadzania wszelkich wymaganych przepisami prób, sprawdzeń i odbiorów przewidywanych warunkami technicznymi wykonania i odbioru robót drogowych, obsługi geodezyjnej wraz z wykonaniem inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej, koszty zajęcia pasa drogowego, przywrócenia terenu do stanu pierwotnego, koszty ewentualnych odszkodowań, ubezpieczenia oraz koszty usuwania wad i usterek gwarancyjnych i wynikających z rękojmi.

2.6. Cenę należy określić na podstawie kalkulacji szczegółowej sporządzonej w oparciu o przedmiar robót, dokumentację projektową, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót oraz wizję lokalną terenu budowy i jego otoczenia.

2.7. Wykonawca powinien sporządzić kosztorys ofertowy szczegółowy na podstawie przedmiaru robót (stanowiących załącznik do niniejszej specyfikacji) z podaniem składników cenowych i wskaźników kosztorysowych, jednocześnie uwzględniając wszystkie elementy robót ujęte w dokumentacji projektowej oraz SIWZ niezbędne do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z normami technicznymi i przepisami dotyczącymi bezpieczeństwa robót.

W oparciu o tak ustalony stan faktyczny Prezes UZP stwierdził, co następuje:

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy PZP przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lipca 2010 r. (KIO/UZP 1447/10), Izba zwróciła uwagę, że: "Opis przedmiotu zamówienia powinien zostać tak sporządzony przez Zamawiającego, aby wykonawca składający ofertę miał możliwość przygotowania tej oferty z uwzględnieniem wszystkich czynników, które mają wpływ na sposób sporządzenia oferty oraz dokonanie jej wyceny. (...)".

Uwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty ma umożliwić wykonawcom obliczenie ceny oferty zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny. Wymagania zawarte w opisie przedmiotu zamówienia są wiążące dla wykonawców i zamawiającego, który jest obowiązany precyzyjnie opisać przedmiot zamówienia.

Opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp umożliwia wykonawcy bez żadnych wątpliwości i dodatkowych interpretacji zidentyfikowanie, z jakich elementów składa się zamówienie, co będzie konieczne i niezbędne do jego realizacji, jak również pozwala obliczyć cenę oferty, zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny zamieszczonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Istota przepisu art. 29 ustawy Pzp sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje.

Mając na uwadze powyższe, Prezes UZP zauważył, że przedstawiony w projekcie i w specyfikacji technicznej przedmiot zamówienia w sposób wyraźny wskazywał na konieczność opracowania projektu organizacji ruchu oraz dokonania rozbiórki istniejącej nawierzchni z płyt betonowych.

Ponadto, zapisy SIWZ nie ograniczały zakresu przedmiotu zamówienia, lecz sugerowały potrzebę dogłębnej analizy dokumentacji projektowej w celu ujęcia w cenie ofertowej wszelkich prac, niezbędnych do prawidłowego wykonania zadania.

Zamawiający nie umieszczając w opisie przedmiotu zamówienia, chociażby w pkt II SIWZ, informacji, że z przedmiotowego zamówienia wyłączeniu podlegają prace w zakresie wykonania projektu organizacji ruchu (Zamawiający był w posiadaniu takiego projektu) oraz roboty polegające na rozbiórce istniejących nawierzchni z płyt betonowych (postępowanie odrębne), w ocenie Prezesa UZP, zataił informacje, które mogły mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Prezes UZP uznał, że ww. informacje, które nie zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia miały zasadnicze znaczenie dla określenia przez wykonawców kosztów związanych z realizacją zamówienia, a tym samym ceny zaoferowanej za realizację zamówienia.

Jednocześnie Prezes UZP wskazał, że wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 1 grudnia 2016 r. są niespójne, gdyż przywołana treść SIWZ w wyjaśnieniach jest nieco odmienna od treści SIWZ przekazanej i zatwierdzonej przez Wójta Gminy [REDAKTORZ] oraz zamieszczonej na stronie internetowej Zamawiającego.

Powyższe stwierdzenia doprowadziły Prezesa UZP do wniosku, że opis przedmiotu zamówienia został przygotowany w sposób niewyczerpujący i nie uwzględniał wszystkich elementów mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. A zatem, opis przedmiotu zamówienia został sformułowany z naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

3. Naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez skierowanie do Wykonawcy ██████████ ██████████ Sp. z o.o. wezwania o uzupełnienie dokumentu nie będącego dokumentem objętym dyspozycją ww. przepisu.

Prezes UZP ustalił, co następuje:

W pkt IX SIWZ, Zamawiający wskazał wymagania w zakresie zawartości oferty i dokumentów do niej załączonych. Zatem, Wykonawca zobowiązany był złożyć:

- a) wypełniony i podpisany Formularz Oferty zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ;
- b) pełnomocnictwo, jeżeli ofertę podpisuje ustanowiony pełnomocnik;
- c) w przypadku, gdy wykonawcy ubiegają się wspólnie o udzielenie zamówienia, ustanawiają oni pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- d) w przypadku ustanowienia pełnomocnika do pełnomocnictwa należy dołączyć dokument, z którego wynikają zasady reprezentacji obowiązujące u danego wykonawcy;
- e) oświadczenia, zgodnie ze wzorami zawartymi w zał. nr 2 do SIWZ•
- f) oryginał dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium, w przypadku gdy wadium wniesione zostało w formie gwarancji lub poręczenia.

Ponadto, w pkt IV SIWZ Zamawiający przedstawił wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają złożyć wykonawcy wraz z ofertą:

1. Wypełniony Formularz Ofertowy stanowiący Załącznik Nr 2 do niniejszej specyfikacji.
2. Dowód wniesienia/wpłacenia wadium.
3. Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia oraz oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu
4. Jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w Rozdziale III SIWZ powołuje się na zasoby innych podmiotów w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełnienia, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby,

warunków udziału w postępowaniu zamieszcza informacje o tych podmiotach w oświadczeniu, o którym mowa w pkt. 5

5. Wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełnienia zamieszcza informacje o podwykonawcach w oświadczeniach, o którym mowa w pkt. 5

6. Pełnomocnictwa - jeżeli oferta nie jest podpisana przez osobę upoważnioną i wykazaną w KRS

7. Inne oświadczenia niezbędne dla prawidłowej oceny złożonej oferty wynikającej z SIWZ 8. Każdy z Wykonawców, w terminie 3 dni od dnia zamieszczenia na stronie internetowej informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 Ustawy (informacje z otwarcia ofert), przekazuje zamawiającemu oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 Ustawy (załącznik nr 12). Wraz ze złożeniem oświadczenia, wykonawca może przedstawić dowody, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. (...)

11. Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona zostanie wezwany do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych tj.:

1) Wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, 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 należycie, 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;

2) Wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia oraz informacje o podstawie do dysponowania tymi osobami.

W dniu 3 października 2016 r. za pomocą środków komunikacji elektronicznej Zamawiający wezwał (bez wskazania podstawy prawnej) Wykonawcę [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] Sp. z o.o. do niezwłocznego uzupełnienia złożonej oferty o podpisany wzór umowy, wykaz robót budowlanych, wykaz osób do wykonania zamówienia oraz informację o grupie kapitałowej.

Wykonawca [REDAKTOWANE] Sp. z o.o. uzupełnił ww. dokumenty.

Prezes UZP zauważył, że zgodnie z przepisami ustawy Pzp, pomimo braku wskazania podstawy prawnej w wezwaniu o uzupełnienie, Zamawiający zastosował art. 26 ust. 2 ustawy Pzp (wzywając o wykaz robót budowlanych oraz wykaz osób do wykonania zamówienia zgodnie z zapisami pkt IV. 1 1 SIWZ), natomiast w zakresie pozostałych dokumentów należy przyjąć zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ze względu na treść pkt 13 i 14 protokołu postępowania.

Mając na uwadze treści SIWZ w zakresie zawartości oferty oraz treść formularza ofertowego zawierającego oświadczenie, że „załączone do specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowienia umowy / wzór umowy zostały przeze mnie zaakceptowane bez zastrzeżeń i zobowiązuję się w przypadku wyboru mojej oferty do zawarcia umowy w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego” należy zauważyć, że wezwanie o uzupełnienie oferty o podpisany wzór umowy nie miało żadnych podstaw faktycznych ani prawnych.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, 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.

Należy podkreślić, że uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podlegają wyłącznie oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp oraz w art. 25 ust. 1 ustawy (tzw. dokumenty podmiotowe lub przedmiotowe), lub pełnomocnictwa.

W związku z powyższym, Prezes UZP stwierdził, że Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez skierowanie do Wykonawcy [REDAKTOWANE]

Sp. z o.o. wezwania o uzupełnienie podpisanego wzoru umowy, nie będącego dokumentem objętym dyspozycją ww. przepisu.

4. Naruszenie art. 38 ust. 4a ustawy Pzp poprzez zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Prezes UZP ustalił, co następuje:

Zamawiający pismem z dnia 26 września 2016 r. poinformował o zmianie terminu składania i otwarcia ofert ze względu na zmianę treści SIWZ w zakresie należytego wykonania robót oraz błędnie wpisanego wzoru do obliczeń jednego z kryteriów oceny ofert.

Jednocześnie, Zamawiający wskazał, że Wykonawcy są zobowiązani uwzględnić powyższe zmiany podczas sporządzania i składania ofert.

Prezes UZP wskazał, że Zamawiający nie dokonał w tym zakresie zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

Zgodnie z art. 38 ust. 6 ustawy Pzp, jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, oraz zamieszcza informację na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie. Przepis ust. 4a stosuje się odpowiednio. Natomiast, 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 o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych — jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Tym samym, zgodnie z treścią art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp, Prezes UZP stwierdził, że Zamawiający, wprowadzając zmiany w zakresie terminu składania ofert (ogłoszenie o zamówieniu zawiera termin składania ofert C. — art. 41 pkt 10 ustawy Pzp), zobowiązany był do zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Powyższe zaniechanie Zamawiającego stanowi zatem naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp.

5. Naruszenie art. 86 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie umieszczenia na stronie internetowej informacji podawanych w trakcie otwarcia ofert.

Zgodnie z art. 86 ust. 5 ustawy Pzp, niezwłocznie po otwarciu ofert zamawiający zamieszcza na stronie internetowej informacje dotyczące:

- 1) kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,
- 2) firm oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie,
- 3) ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.

Prezes UZP zauważył, że z dokumentacji przedmiotowego postępowania zebranej w trakcie czynności kontrolnych oraz ze strony internetowej Zamawiającego (<https://ugkobylogora.bip.e-zeto.eu>) nie wynika, aby Zamawiający umieścił na stronie internetowej ww. informacje. Powyższe zaniechanie Zamawiającego zatem stanowi naruszenie art. 86 ust. 5 ustawy Pzp.

Zamawiający nie zgodził się z powyżej opisanymi stwierdzeniami naruszeń przepisów ustawy i w dniu 18 kwietnia 2018 r. złożył zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej.

Zamawiający nie odniósł się do naruszenia opisanego powyżej w pkt 2 (a więc w tym zakresie nie wniósł zastrzeżeń), natomiast polemizował z pozostałymi stwierdzeniami odnośnie naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych.

Ad 1.

Zamawiający w treści zastrzeżeń wskazał, że nie jest uzasadnione jednoznaczne przyjęcie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp albowiem biorąc pod uwagę treść art. 26 ustawy Pzp od dnia 28 lipca 2016 r. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp powinien być interpretowany łącznie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto, Zamawiający podniósł, iż częstą praktyką Zamawiających był brak wezwania do złożenia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa Pzp art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, które to wezwanie z uwzględnieniem postanowień ust. 2 art. 26 Pzp było traktowane fakultatywnie. Zamawiający wskazał, że obowiązek wystąpienia do Wykonawcy o oświadczenia lub dokumenty potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp lub inne dokumenty niezbędne do prowadzenia postępowania wynika z późniejszej interpretacji tego przepisu, który od początku nie był interpretowany tak jednoznacznie.

W konsekwencji, w ocenie Zamawiającego, trudno uznać za zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy albowiem sam fakt braku w dokumentacji przetargowej dokumentów potwierdzających przez Wykonawcę spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie oznacza jeszcze, że wyłoniony Wykonawca tych

warunków nie spełnia. Niewykluczone jest, że gdyby Zamawiający wystąpił do Wykonawcy o uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp to Wykonawca mógłby uzupełnić wymagane dokumenty lub złożyć nowe dokumenty pozwalające na uznanie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, stąd też twierdzenie o naruszeniu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp uznać należy za przedwczesne albowiem dopiero gdyby Wykonawca na skutek wystąpienia Zamawiającego nie złożył dokumentów można by mówić, że dokonano wyboru Wykonawcy, który podlegał wykluczeniu,

Ad 3.

Zamawiający odnosząc się do zasadności naruszenia stwierdzonego w punkcie 3 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 5 kwietnia 2018 r. wskazał, iż w większości przypadków Wykonawcy samoistnie składają poparafowane przez siebie wzorce umów. Podniósł, że żądanie niezwłocznego uzupełnienia oferty przez złożenie podpisanej umowy traktować należy nie tyle jako nieuprawnione żądanie dokumentu nieobjętego treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a jedynie jako żądanie potwierdzenia akceptacji wzorca umowy. Ponadto, Zamawiający stwierdził, że nawet jeżeli potraktować wskazane żądanie jako uchybienie to ma ono rzeczywiście charakter drugorzędny i nie mający żadnego wpływu na postępowanie.

Zamawiający w zastrzeżeniach wskazał, że naruszenie art. 38 ust. 4a ustawy Pzp przez zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w BZP, to w ocenie Zamawiającego owo zaniechanie nie ma istotnego znaczenia na krąg oferentów, gdyż oferty zostały złożone jedynie przez podmioty funkcjonujące na rynku lokalnym stąd przyjąć należy, że wskazane zaniechanie pozostaje bez wpływu na uzyskanie najkorzystniejszej ceny zamówienia.

Ad. 5.

W ocenie Zamawiającego podobnie drugorzędny charakter ma zarzucane naruszenie art. 86 ust. 5 ustawy Pzp przez zaniechanie umieszczenia na stronie internetowej informacji podawanej w trakcie otwarcia ofert. Uchybienie obowiązkowi informacyjnemu w tym zakresie nie wpływa na krąg oferentów ani na ceny złożonych ofert w związku z czym w żaden sposób nie zaburza przebiegu postępowania.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń Zamawiającego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, co następuje.

Ad 1. Dotyczy naruszenia wskazanego w punkcie 1 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 5 kwietnia 2018 r.

W pierwszej kolejności, ustosunkowując się do stanowiska Zamawiającego wnoszącego zastrzeżenia, Prezes UZP zauważył, że Zamawiający nie podniósł w sprawie żadnych nowych okoliczności faktycznych oraz prawnych mogących mieć wpływ na ocenę wyniku kontroli. Dodatkowo, należy wskazać, że w zastrzeżeniach Zamawiający nie podważył opisanego w informacji o wyniku kontroli stanu faktycznego sprawy. W związku z powyższym, należy podkreślić, iż ustalony stan faktyczny sprawy nie stanowi przedmiotu sporu.

Odnosząc się do zaprezentowanego w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej stanowiska, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp powinien być interpretowany łącznie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji do uznania, iż wezwania do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp mogły być stosowane fakultatywnie należy wskazać, że argumentacja ta — niezależnie od tego, iż nie zasługuje ona na aprobatę — nie ma formalnego odniesienia do stanu faktycznego niniejszej sprawy.

W świetle znowelizowanych przepisów ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), niektóre dokumenty potwierdzające sytuację podmiotową Wykonawcy (brak podstaw do wykluczenia z postępowania oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu) należy złożyć wraz z ofertą, inne zaś dopiero w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego kierowane w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp (dla zamówień poniżej progów UE). Dokumenty składane wraz z ofertą to wstępne oświadczenie potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia (oświadczenie składane na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy Pzp) oraz zobowiązanie podmiotu trzeciego o udostępnienie określonego potencjału wykonawcy (art. 22a ust. 2 ustawy Pzp). Dokumenty dowodowe, potwierdzające szczegółowo wskazane okoliczności (jak np. wykaz robót budowlanych składany na potwierdzenie spełniania zdolności technicznej wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie prac) składane są zaś na koniec czynności badania i oceny ofert, po ustaleniu rankingu ofert i propozycji wyboru oferty najkorzystniejszej, na żądanie Zamawiającego kierowane do Wykonawcy, którego ofertę zamawiający planuje wybrać jako najkorzystniejszą, w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp (dla zamówień poniżej progów unijnych).

W odniesieniu do obydwu sytuacji (dokumenty składane wraz z ofertą, dokumenty składane po ustaleniu rankingu ofert) Zamawiający ma obowiązek zastosować art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wtedy, kiedy stwierdzi, że w przypadku którychkolwiek dokumentów zachodzą braki czy błędy określone w przywołanym przepisie.

Nie można zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, że stosowanie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp daje Zamawiającym dowolność weryfikacji dokumentów składanych jako dowody potwierdzające szczegółowo spełnienie warunku udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia w zamówieniach poniżej progów UE. Taka interpretacja przywołanego przepisu

ustawy Pzp pozwoliłaby na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu oraz zasady przejrzystości. Jeśli bowiem Zamawiający w zamówieniach poniżej progów UE w ramach ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ w świetle art. 25 ust. 1 ustawy Pzp określił wymogi dowodowe w tym zakresie (żądanie złożenia określonych dokumentów, a w zamówieniu poniżej progów UE Zamawiający w zgodzie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp ma taką możliwość) to na etapie już badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej nie może dowolnie zmieniać reguł oceny podmiotowej wykonawców,

Niezależnie jednak od powyższego, w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie dokonał, zdaniem Prezesa UZP, właściwej oceny tak dokumentów złożonych wraz z ofertą, tj. wstępnych oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia oraz zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego potencjał wiedzy i doświadczenia wykonawcy, jak i w dokumentach złożonych w celach dowodowych, tj. wykazu robót złożonego na wezwanie Zamawiającego. Żaden z tych dokumentów nie mógł bowiem potwierdzić spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt III SIWZ przede wszystkim w kontekście wymogu pkt XXIII SIWZ wskazującego na osobiste wykonanie kluczowych części zamówienia przez Wykonawcę i oświadczenie Wykonawcy o samodzielnym wykonaniu przedmiotu zamówienia bez udziału podwykonawców. Skoro bowiem Wykonawca [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE] Sp. z o.o. zdecydował się na wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu przy wykorzystaniu potencjału podmiotu trzeciego powyższe powinno być zweryfikowane pod kątem realnego udostępnienia potencjału Wykonawcy. W przypadku wykazywania robót budowlanych w świetle art. 22a ust. 4 ustawy Pzp istnieje konieczność wykazania, że podmiot trzeci zrealizuje roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wobec powyższego zastrzeżenia osobistego wykonania zamówienia przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia Wykonawca powinien wykazać roboty polegające na przebudowie nawierzchni wraz z kanalizacją deszczową zrealizowane samodzielnie.

Ponadto, ustosunkowując się do zastrzeżeń Zamawiającego w zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp należy podkreślić, że Zamawiający nie kwestionował braku wezwania Wykonawcy [REDAKTOWANE] Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych (niewykluczone jest, że gdyby Zamawiający wystąpił do Wykonawcy o uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp to Wykonawca mógłby uzupełnić wymagane dokumenty), lecz uznał zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp za przedwczesny albowiem dopiero gdyby Wykonawca na skutek wystąpienia Zamawiającego nie złożył dokumentów można by mówić, że dokonano wyboru Wykonawcy, który podlegał wykluczeniu.

Zamawiający, uzasadniając prezentowane przez siebie stanowisko, podkreślił, że w jego ocenie sam fakt braku w dokumentacji przetargowej dokumentów potwierdzających przez Wykonawcę spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie oznacza jeszcze, że wyłoniony Wykonawca tych warunków nie spełnia.

Odnosząc się do ww. zastrzeżeń Prezes UZP wskazał, że zgodnie z treścią art. 163 ust. 3 ustawy Pzp, stan faktyczny sprawy ustala się na podstawie całokształtu materiału zebranego w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli, w szczególności dokumentów związanych z postępowaniem, czy też wyjaśnień kierownika zamawiającego i pracowników zamawiającego. Tym samym, podkreślić należy, że badając występujący w sprawie stan faktyczny, kontrolujący wziął pod uwagę wszelkie dokumenty oraz wyjaśnienia przedstawione przez Zamawiającego w toku postępowania wyjaśniającego oraz przeprowadzonej kontroli doraźnej.

Mając powyższe na uwadze Prezes UZP stwierdził, że w toku kontroli dokonuje się oceny czynności dokonanych przez Zamawiającego, zatem podniesione zastrzeżenia w zakresie przedwczesnego stwierdzenia naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp należy uznać za niezasadne.

Dodatkowo Prezes UZP podniósł, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Jak wynika z literalnej interpretacji ww. przepisu wykluczeniu na mocy przywołanej przesłanki podlega zarówno wykonawca, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz ten wobec którego występują przesłanki wykluczenia z postępowania, jak i ten, który co prawda spełnia warunki i nie istnieją wobec niego podstawy do wykluczenia z postępowania, ale odpowiednio tego nie wykazał.

Podsumowując, zdaniem Prezesa UZP Zamawiający w zastrzeżeniach nie zakwestionował, że treść dokumentów składających się na ofertę Wykonawcy ██████████ ██████████ Sp. z o.o. nie pozwalała Zamawiającemu na dokonanie oceny, czy Wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia. Tym samym, Zamawiający nie podważał oceny kontrolującego co do faktu, iż ww. Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych.

W związku z powyższym, biorąc pod uwagę treść zastrzeżeń w zakresie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Prezes UZP podkreślił, że norma przywołanego przepisu nakłada na Zamawiającego obowiązek wezwania Wykonawcy do złożenia lub uzupełnienia dokumentów,

o ile zachodzą przesłanki przytoczone w przepisie. Zamawiający może odstąpić od wezwania jedynie w sytuacji, gdy oferta Wykonawcy podlegałaby odrzuceniu pomimo uzupełnienia dokumentów lub zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania. Prezes UZP wskazał, że w przedmiotowej sprawie nie zachodziły przesłanki wyłączające konieczność wezwania Wykonawcy do złożenia prawidłowych dokumentów, zatem zaniechanie wezwania ww. Wykonawcy do ich uzupełnienia należy uznać za naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Stwierdzenie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w przedmiotowym przypadku przesądza również o naruszeniu przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Ad 3. Dotyczy naruszenia wskazanego w punkcie 3 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 5 kwietnia 2018 r.

W odniesieniu do zastrzeżeń Zamawiającego zgłoszonych do naruszenia wskazanego w punkcie 3 Informacji o wyniku kontroli doraźnej wskazać należy, że nie sposób uznać, iż żądanie niezwłocznego uzupełnienia oferty przez złożenie podpisanej umowy należy traktować jedynie jako żądanie potwierdzenia akceptacji wzorca umowy.

Należy zauważyć, że Wykonawcy składając oferty w przedmiotowym postępowaniu w treści formularza ofertowego składali oświadczenie, że załączone do specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowienia umowy / wzór umowy zostały przeze mnie zaakceptowane bez zastrzeżeń i zobowiązuję się w przypadku wyboru mojej oferty do zawarcia umowy w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.

Zatem, należy stwierdzić, że żądanie uzupełnienia oferty o podpisany wzór umowy było niezasadne.

Ponadto Prezes UZP wskazał, że bez znaczenia w przedmiotowej sprawie ma fakt, iż w większości przypadków Wykonawcy samoistnie składają parafowane przez siebie wzorce umów. W przedmiotowym postępowaniu, w dniu 3 października 2016 r. za pomocą środków komunikacji elektronicznej, Zamawiający wezwał Wykonawcę [REDAKTOWANE] Sp. z o.o. do niezwłocznego uzupełnienia złożonej oferty m.in. o podpisany wzór umowy.

W związku z powyższym, Prezes UZP podtrzymał stanowisko, że wezwanie Wykonawcy [REDAKTOWANE] Sp. z o.o. o uzupełnienie podpisanego wzoru umowy, nie będącego dokumentem objętym dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowiło naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Ad 4 i 5. Dotyczy naruszeń wskazanych w punkcie 4 i 5 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 5 kwietnia 2018 r.

W przypadku pozostałej treści zastrzeżeń od wyniku kontroli należy zauważyć, iż Zamawiający nie kwestionował wskazanych w pkt 4 i 5 Informacji o wyniku kontroli naruszeń art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 86 ust. 5 ustawy Pzp stwierdzając, że zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia (...) nie ma istotnego znaczenia na krąg oferentów (...) stąd przyjąć należy, że wskazane zaniechanie pozostaje bez wpływu na uzyskanie najkorzystniejszej ceny zamówienia oraz uchybienie obowiązkowi informacyjnemu w zakresie art. 86 ust. 5 ustawy Pzp w żaden sposób nie zaburza przebiegu postępowania.

Ponadto Prezes UZP zauważył, że w świetle art. 161 ust. 2 ustawy Pzp, kontrola obejmuje sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami ustawy. Z zakończonej kontroli sporządza się protokół, który zgodnie z art. 164 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp zawiera w szczególności informację o stwierdzeniu naruszeń, bez ograniczenia, co do wpływu na wynik postępowania. Tym samym, w Informacji o wyniku kontroli doraźnej wskazane zostały wszystkie stwierdzone naruszenia przepisów ustawy, niezależnie od tego, czy stanowiły one naruszenie fundamentalnych zasad ustawy, czy też były to naruszenia formalne, a więc nie mające wpływu na wynik postępowania,

Reasumując Prezes UZP podtrzymał naruszenia stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 5 kwietnia 2018 r. W konsekwencji zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zastrzeżenia Zamawiającego zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza

po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie ustaliła, co następuje:

Ponieważ Zamawiający nie złożył zastrzeżeń co do naruszenia opisanego w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli, opinia, wydana przez Krajową Izbę Odwoławczą, dotyczy naruszeń, opisanych w pkt 1, 3-5 Informacji o wyniku kontroli.

Izba stwierdziła, iż w toku kontroli właściwie ustalono i przedstawiono stan prawny i faktyczny sprawy – ustalenia Prezesa UZP w tym zakresie Izba przyjmuje za własne. Ustalenia faktyczne Prezesa UZP nie budziły też wątpliwości Zamawiającego – z argumentacji motywującej zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli wynika, że zasadniczo zgodził się on z większością stwierdzonych przez Prezesa UZP naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych, a jedynie uważa je za przedwczesne, drugorzędne, bądź niemające wpływu na wynik postępowania.

Oceniając zastrzeżenia Zamawiającego, w pierwszej kolejności Izba zgodziła się z Prezesem UZP, że w toku kontroli bada on jedynie, czy czynności Zamawiającego są zgodne

z przepisami ustawy (art. 161 ust. 2 Prawa zamówień publicznych), czy stanowią jej naruszenie – stwierdzone naruszenia opisuje się, podając informację o stwierdzeniu naruszeń (art. 164 ust. 2 pkt 5 Prawa zamówień publicznych). Ocena, czy naruszenia mają wpływ na wynik postępowania jest irrelevantna dla stwierdzenia niezgodności z przepisami Prawa zamówień publicznych.

Odnosząc się do poszczególnych stwierdzonych naruszeń, Izba stwierdziła, co następuje:

Naruszenie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy [REDAKTOR] Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku dotyczącego zdolności technicznej, a w konsekwencji naruszenie także art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych poprzez wybór wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz art. 7 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór był niezgodny z przepisami Prawa zamówień publicznych, tj. z art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych (pkt 1 Informacji o wyniku kontroli).

Izba zgodziła się z Prezesem UZP, że tak opisane naruszenie miało miejsce, mimo że Zamawiający ocenia je jako „przedwczesne”. W ocenie Izby Zamawiający błędnie rozumie fakultatywność wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów poniżej tzw. progów unijnych.

Zgodnie z art. 26 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych, zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Fakultatywny charakter wezwania należy rozumieć w ten sposób, że ustalenie konieczności wezwania do uzupełnienia określonych dokumentów uzależnione jest od decyzji zamawiającego, ale decyzja w tym zakresie musi być podjęta przed wszczęciem postępowania. Z chwilą ogłoszenia o zamówieniu musi być jasne, jakich dokumentów zamawiający będzie żądał od wykonawców. Od żądania dokumentów zamawiający nie może odstąpić na późniejszym etapie – przeciwna interpretacja godziłaby w podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych – zasadę równości i równego traktowania wykonawców. Skoro Zamawiający w kontrolowanym postępowaniu określił katalog dokumentów, mających potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu, to nie może na dalszym etapie postępowania odstąpić od ich żądania. Pogląd ten jednogłośnie prezentowany jest również

w piśmiennictwie: „To, czy zamawiający skorzysta z uprawnienia do żądania złożenia dokumentów czy nie, powinno być w sposób jednoznaczny określone w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ. Jeśli zamawiający wskaże w ogłoszeniu lub w SIWZ, że będzie żądał złożenia określonych oświadczeń lub dokumentów od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, to na etapie badania i oceny ofert nie będzie mógł odstąpić od wezwania do ich złożenia (tak też I. Skubiszak-Kalinowska, w: I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2017, komentarz do art. 26). Przyjęcie przeciwnego stanowiska nie byłoby do pogodzenia z zasadami jawności i przejrzystości postępowania.” (Komentarz do art. 26 Prawa zamówień publicznych [w:] M. Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018, Legalis).

Reasumując, skoro Zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu dokumenty, których będzie żądał na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to powinien był ich zażądać od wykonawcy na późniejszym etapie postępowania. Brak wezwania do uzupełnienia tych dokumentów był naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych.

Naruszenie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez skierowanie do Wykonawcy [REDAKTOWANE] Sp. z o.o. wezwania o uzupełnienie dokumentu nie będącego dokumentem objętym dyspozycją ww. przepisu (pkt 3 Informacji o wyniku kontroli).

Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia parafowanego wzoru umowy. Nie jest to dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania. Wezwanie do uzupełnienia takiego dokumentu jest naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych.

Naruszenie art. 38 ust. 4a Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych (pkt 4 Informacji o wyniku kontroli) oraz naruszenie art. 86 ust. 5 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie umieszczenia na stronie internetowej informacji podawanych w trakcie otwarcia ofert (pkt 5 Informacji o wyniku kontroli).

Zaniechanie obowiązków informacyjnych przez Zamawiającego jest naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych, czego zresztą Zamawiający w złożonych zastrzeżeniach w ogóle nie neguje. Naruszenie to bez wątpienia w postępowaniu wystąpiło, dlatego stwierdzenia w Informacji o wyniku kontroli odnośnie uchybień Zamawiającego w tym zakresie były prawidłowe.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie: