

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 20 marca 2020 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Jarocinie
Cielcza, ul. Gajówka 1
63-200 Jarocin

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej znak **KU/29/20/DKZP**

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

kontynuację budowy ciągu technologicznego w ramach zadania „Modernizacja gospodarki osadowej na oczyszczalni ścieków w Cielczy k/Jarocina”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Justyna Tomkowska

postanawia podjąć uchwałę o pozostawieniu zastrzeżeń z dnia 2 marca 2020r. bez rozpoznania - z uwagi na wykonanie przez zamawiającego zaleceń pokontrolnych Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych tj. unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wobec czego rozpoznanie zastrzeżeń stało się bezprzedmiotowe

UZASADNIENIE

do uchwały z 30 marca 2020 r. sygn. akt KIO/KU 15/20

Zamawiający - Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Jarocinie, ul. Gajówka 1 w dniu 11 czerwca 2018r. zawarł z Control Process EPC Enviromental Protection 3 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością umowę na budowę ciągu technologicznego w ramach zadania Modernizacja gospodarki osadowej na oczyszczalni ścieków w Cielczy k. Jarocina. Pomiędzy kontrolowanym – zamawiającym Przedsiębiorstwem Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Jarocinie, a Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych (zwanym dalej kontrolującym lub Prezesem UZP) nie było sporne, że Control Process EPC Enviromental Protection 3 sp. z o.o. wystąpił do zamawiającego i udzielenie mu gwarancji zapłaty w rozumieniu art. 649 (1) kc, który stanowi, gwarancji zapłaty za roboty budowlane inwestor (czyli zamawiający) udziela wykonawcy (generalnemu wykonawcy) w celu zabezpieczenia terminowej zapłaty umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych. Gwarancją zapłaty jest gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa, a także akredytywa bankowa lub poręczenie banku udzielone na zlecenie inwestora, a strony ponoszą w równych częściach udokumentowane koszty zabezpieczenia wierzytelności.

Zgodnie z art. 649(2) par 1 kc nie można przez czynność prawną wyłączyć ani ograniczyć prawa wykonawcy (generalnego wykonawcy) do żądania od inwestora gwarancji zapłaty.

W myśl art. 649 (3) par 1 kc wykonawca (generalny wykonawca) robót budowlanych może w każdym czasie żądać od inwestora gwarancji zapłaty do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia wynikającego z umowy oraz robót dodatkowych lub koniecznych do wykonania umowy, zaakceptowanych na piśmie przez inwestora.

Natomiast, skutki niezyskania gwarancji określa art. 649 (4) kc, zgodnie z którym jeżeli wykonawca (generalny wykonawca) nie uzyska żądanej gwarancji zapłaty w wyznaczonym przez siebie terminie, nie krótszym niż 45 dni, uprawniony jest do odstąpienia od umowy z winy inwestora ze skutkiem na dzień odstąpienia.

Nadto w myśl art. 649 (4) par. 2 kc brak żądanej gwarancji zapłaty stanowi przeszkodę w wykonaniu robót budowlanych z przyczyn dotyczących inwestora.

W dniu **2 listopada 2019r.** Control Process EPC Enviromental Protection 3 sp. z o.o. złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z powodu niezyskania gwarancji zapłaty.

Zamawiający nie uznał tego odstąpienia za skuteczne, przy czym Izba stwierdziła, że zamawiający nie wykazał w toku kontroli uzasadnionych przyczyn, dla których uznał nieskuteczność odstąpienia od umowy.

W dniu **14 listopada 2019r.** na łamach gazety „jarocinska.pl”: pojawiła się wypowiedź prokurenta zamawiającego „*Cały czas podejmujemy działania, aby rozliczyć rozwiązany kontrakt z firmą Control Process i wyłonić w drodze przetargu wykonawcę, który będzie kontynuował tę inwestycję.*”

Zamawiający w dniu **2 grudnia 2019r.** wezwał Control Process EPC Environmental Protection 3 sp. z o.o. do kontynuowania robót, a wobec faktu, że wykonawca do robót nie przystąpił, zamawiający złożył własne oświadczenie o odstąpieniu od umowy w dniu 10 grudnia 2019r. i od tej daty zamawiający uznawał, że umowa została skutecznie rozwiązana. Zamawiający poza wezwaniem do podjęcia robót nie korzystał z innych środków prawnych mających na celu ubezskuteczenie odstąpienia od umowy przez wykonawcę Control Process EPC Environmental Protection 3 sp. z o.o. jak choćby wydłużenie 45 dniowego terminu na uzyskanie przez zamawiającego zabezpieczenia stanowiącego gwarancje zapłaty.

Jednocześnie jeszcze przed odstąpieniem od umowy zamawiający pozyskał w dniu **29 listopada 2019r.** stanowisko Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie, Zarząd Zlewni w Kaliszu, zgodnie z którym, cyt.: „konieczna jest realizacja prac wchodząca w skład przedmiotowego zadania, gdyż bez ich pilnej realizacji zachodzi ryzyko niepełnienia przez oczyszczalnię wymogów określonych w przepisach prawa, co może skutkować wystąpieniem katastrofy ekologicznej. Należy zatem dołożyć wszelkich możliwych starań, aby maksymalnie skrócić procedurę przetargowa w celu najszybszego wyłonienia wykonawcy, który niezwłocznie po podpisaniu umowy przystąpić do realizacji robót budowlanych.”

Ponadto zamawiający pozyskał także stanowisko z dnia **5 grudnia 2019 r.** Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska, z którego wynika, że „dalsze pogarszanie wyników jakości ścieków oczyszczonych (...) może spowodować istotne pogorszenie jakości wód zlewni Lutyni oraz spowoduje powstanie po stronie Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska obowiązku ustalenia opłat podwyższonych za naruszenie warunków wprowadzania ścieków określonych w pozwoleniu wodnoprawnym.”

Również w **grudniu 2019r.** przed wszczęciem kolejnego postępowania zamawiający uzyskał także ekspertyzę inż. R. K., a w dniu **23 grudnia 2019r.** ekspertyzę T. Rzepeckiego, które wskazywały m. in. zakres prac niezbędnych dla wykonania w celu zabezpieczenia inwestycji. Zamawiający oświadczył również, że w miesiącu grudniu 2019r. podejmował czynności związane z ustaleniem stanu zaawansowania inwestycji, prac zabezpieczających oraz rozliczeniem inwestycji z Control Process EPC Environmental Protection 3 sp. z o.o.

W dniu **23 grudnia 2019r.** zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na kontynuację budowy ciągu technologicznego w ramach zadania Modernizacja gospodarki osadowej na oczyszczalni ścieków w Cielczy k Jarosławca w trybie negocjacji bez ogłoszenia (art. 134 ust. 5 pkt 1 ustawy na podstawie przesłanki wynikającej z art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy), do którego zaprosił:

1. HYDRO-MARKO Sp. z o.o., sp.k.;
2. Eko Dbaj Sp. z o.o.;
3. WUPRINŻ S.A.

W zakresie objętymi stwierdzonymi przez kontrolującego naruszeniami znalazły się wybór trybu postępowania, warunek doświadczenia zawodowego wykonawcy i sposób badania spełniania tego warunku, stąd też Izba ograniczy się do ustaleń poczynionych przez organ kontrolujący w tym zakresie.

W zaproszeniu od negocjacji zamawiający określił:

Warunki udziału w postępowaniu.

O udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 ustawy Pzp, 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 ustawy Pzp, oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

1) sytuacji ekonomicznej lub finansowej:

- zamawiający wymagał aby wykonawca wykazał, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości min. 4.000.000,00 zł;

2) zdolności technicznej lub zawodowej:

Zamawiający wymagał aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej 2 zamówienia, każde z nich polegające na: budowie, rozbudowie, przebudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków o przepustowości średniodobowej każdej z oczyszczalni nie mniejszej niż 8.000 m³ ścieków na dobę i wartości wykonanych robót każdego z ww. zamówień nie mniejszej niż 8.000.000,00 zł brutto.

Zamawiający dopuszczał, aby przedmiotowe inwestycje były kontynuacją rozpoczętej wcześniej inwestycji (jednakże także w takim przypadku wszystkie elementy powyższego warunku muszą być spełnione).

Jako wykonanie (zakończenie) zadania należy rozumieć wystawienie co najmniej Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FiDIC) lub podpisania protokołu odbioru robót, lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia i protokołu odbioru).

Pismem z dnia **27 grudnia 2019** r. zamawiający na podstawie art. 62 ust. 2 ustawy Pzp zawiadomił Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, podając jako podstawę prawną wszczęcia postępowania art. 134 ust. 1 i 5 pkt 1 w zw. z art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia wskazał, iż przeprowadzenie postępowania w ramach ww. procedury wynika m.in. z faktu złożenia w dniu 2 listopada 2019 r. przez wykonawcę Control Process EPC Enviromental Protection 3 Sp. z o.o. oświadczenia o odstąpieniu od zawartej z zamawiającym w dniu 11 czerwca 2018 r. umowy mającej za przedmiot modernizację gospodarki osadowej na oczyszczalni ścieków w Cielczy k/Jarocina

– zaprojektowanie, wykonanie i utrzymanie, z powodu nieustanowienia przez zamawiającego gwarancji zapłaty za roboty budowlane. Zamawiający wskazał, że pismem z dnia 2 grudnia 2019 r. uznał odstąpienie od umowy przez wykonawcę za bezpodstawne i wezwał go do kontynuowania przerwanych prac, natomiast wykonawca pomimo wezwania nie powrócił na plac budowy, wobec czego w dniu 10 grudnia 2019 r. zamawiający odstąpił od umowy. Jak wskazał zamawiający, wykonawca opracował kompletną dokumentację projektową (projekty budowlane, częściowo dokumentację wykonawczą) i uzyskał prawomocne pozwolenie na budowę. Opracowana została również część wniosków materiałowych, na podstawie których do oczyszczalni zostały dostarczone urządzenia. W załączniku nr 1 do zawiadomienia skierowanego do Prezesa Urzędu zamawiający zamieścił ekspertyzę techniczną, sporządzoną przez eksperta na zlecenie zamawiającego po odstąpieniu od umowy, której przedmiotem było wskazanie, które z zadań będących przedmiotem umowy należy zrealizować w trybie pilnym. W ramach ekspertyzy sporządzonej w oparciu o zastany w grudniu 2019 r. stan realizacji inwestycji po odstąpieniu od umowy został dokonany podział zakresu zamówienia na trzy podstawowe zakresy działania inwestycyjnego:

„1) modernizacja ciągu technologicznego tzw. ściekowego tzn. modernizacja części mechanicznej oczyszczalni - obiektów istniejących - komory rozdziału z przelewem, zbiornika retencyjnego z kratami rzadkimi, budynku krat mechanicznych z kanałem dopływowym, piaskowników z korytem pomiarowym za piaskownikami, osadników wstępnych, pompowni ścieków surowych, komory rozdzielczej z pompownią recyrkulacyjną oraz komorą spustową osadu nadmiernego, bloków technologicznych w części biologicznej oczyszczalni, hali dmuchaw, stacji dmuchaw, stacji dawkowania polielektrolitu PIX, koryta pomiarowego, rozdzielni elektrycznej i biofiltru dla części mechanicznej oczyszczalni; modernizacja obejmuje także wymianę urządzeń służących oczyszczaniu ścieków w oczyszczalni lub instalacja urządzeń posiadanych przez zamawiającego;

2) budowa ciągu osadowego oczyszczalni od systemu transportu i wstępnego magazynowania oraz zagęszczania grawitacyjnego osadów, odwadniania, hydrolizy termicznej osadów zmieszanych, fermentacji, odwadniania osadów łącznie ze zbiornikami buforowymi, w tym modernizacja istniejącej otwartej komory fermentacyjnej;

3) budowa instalacji odzysku fosforu z odcieków po procesie głębokiej fermentacji metanowej poprzedzonej termiczną hydrolizą osadów ściekowych pochodzących z oczyszczalni w Cielczy oraz osadów dowożonych do oczyszczalni z sąsiednich obiektów.”

Zamawiający postanowił udzielić zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia wyłącznie w zakresie modernizacji ciągu technologicznego.

W uzasadnieniu kumulatywnego spełnienia przesłanek warunkujących możliwość udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający przedstawił argumentację wskazującą, że cyt.: „udzielenie zamówienia w trybie

pilnym ma na celu uniknięcie realnego zagrożenia dla środowiska, a przez to dla zdrowia i życia ludzi oraz zwierząt korzystających ze środowiska.” Zamawiający przytoczył m.in. stanowisko z dnia 29.11.2019 r. Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie, Zarząd Zlewni w Kaliszu, Ponadto zamawiający przytoczył fragment pisma z dnia 05.12.2019 r. Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska. W odniesieniu do przyczyny pilnej konieczności udzielenia zamówienia zamawiający wskazał m.in., że została ona spowodowana odstąpieniem od umowy przez wykonawcę, co oznacza, że wynika z przyczyn niezależnych od zamawiającego, natomiast zamawiający „dołożył należytej staranności, aby gwarancję zapłaty za roboty budowlane ustanowić.”

W dalszej części zawiadomienia zamawiający uzasadnił, iż fakt odstąpienia przez wykonawcę od umowy z powodu braku uzyskania żądanej gwarancji zapłaty za roboty budowlane w terminie 45 dni, stanowił okoliczność, której wcześniej nie można było przewidzieć.

Spełnienie kolejnej przesłanki wynikającej z treści art. 62 ust. 4 ustawy Pzp, tj. brak możliwości zachowania terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem zamawiający argumentował, przytoczonym na podstawie Sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r. średnim czasem trwania postępowania na roboty budowlane dla zamówień powyżej progu UE wynoszącym 103 dni. Zamawiający stwierdził, cyt.: „Najkrótszy z trybów konkurencyjnych jest tryb przetargu nieograniczonego - średni czas trwania 99 dni. Uwzględniając zastosowanie dyspozycji przepisu art. 43 ust. 2b Pzp (skrócenie terminu składania ofert z 35 do 15 dni) można wstępnie założyć, że czas trwania postępowania wynosiłby ok. 79 dni. Nie jest to jednak należyty szacunek, bo nie jest wiadome w ilu postępowaniach udzielonych w 2018 r. również zastosowano tzw. procedurę przyśpieszoną. W pierwszym postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego procedura trwała prawie 7 miesięcy, czyli ponad dwukrotnie dłużej od średniej dla postępowań powyżej progu UE (publikacja ogłoszenia w dniu 26.08.2017 r., wybór oferty najkorzystniejszej 14.03.2018 r.). Zamawiający przyjął zatem, że procedura udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego trwałaby minimum 5 miesięcy. Natomiast przewiduje się, że procedura zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia potrwa maksymalnie 5 tygodni (w przypadku złożenia odwołania do KIO ok. 2 miesięcy).”

W dalszej części zamawiający stwierdził, cyt.: „Ponadto tryb negocjacji bez ogłoszenia ma dodatkową zaletę - postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego może być wszczęte przed opracowaniem SIWZ, które przekazywane jest dopiero na etapie zaproszenia do składania ofert. Zatem zamawiający może zaprosić wykonawców do negocjacji, prowadzić negocjacje i równocześnie opracowywać treść SIWZ, co jest istotne z uwagi na brak dokonania ostatecznych rozliczeń z CP w dniu wszczęcia postępowania. Dodatkowo należy stwierdzić, że zakładany termin realizacji to 9 miesięcy od dnia zawarcia umowy, zatem możliwe będzie

ukończenie prac przed okresem zimowym 2020/2021, co jest szczególnie istotne w kontekście zbliżającego się, najczęściej w styczniu każdego roku, spadku temperatury ścieków w bloku biologicznym, uniemożliwiającego poprawną nityfikację i denityfikację, z co za tym idzie poprawną redukcję azotu w jego wszystkich formach. W przedmiotowym stanie faktycznym każdy jeden dzień o jaki może by skrócona procedura udzielenia zamówienia ma istotne znaczenie z uwagi na zagrożenia środowiska wskazane niniejszym zawiadomieniu. Zdaniem autora ekspertyzy konieczne jest w jak najkrótszym z możliwych technicznie i organizacyjnie terminów zrealizować w dopuszczalnym systemem zamówień publicznych trybie zamówienie na realizację części pierwszej, tj. modernizacji części ściekowej oczyszczalni w pełnym zakresie, ze szczególnym uwzględnieniem ekspresowego uruchomienia po remoncie osadnika wstępnego oraz wymiany rusztów napowietrzających oraz wykonania systemu sterowania automatycznego napowietrzeniem (szczególnie sterowanie od poziomu azotu amonowego na wyjściu oczyszczalni), prace te nie mogą być rozwiązaniami tymczasowymi, zastępowanymi następnie rozwiązaniami ostatecznymi, a każdy dzień zwłoki w realizacji tej części zamówienia, a także skrócenie procedur wyboru wykonawcy zmniejsza potencjalne zagrożenie środowiskowego przekroczenia dopuszczalnych stężeń zanieczyszczeń w oczyszczanych ściekach. Ponadto w ekspertyzie wskazano, że konieczna jest natychmiastowa kontynuacja rozpoczętych prac modernizacyjnych (jeszcze w okresie zimowym 2020 r.), która pozwoli na minimalizację skutków trudnych warunków zimowych (niska temperatura ścieków) na jakość oczyszczanych ścieków.”

Pismem z dnia **2 stycznia 2020** r. wykonawca HYDRO-MARKO Sp. z o.o., sp.k. zwrócił się do zamawiającego z prośbą o zmianę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia poprzez dodanie możliwości wykazania się doświadczeniem w zakresie określonym w warunku również na obiekcie będącym przepompownią ścieków lub możliwością wykazania się doświadczeniem w zakresie określonym w warunku na co najmniej jednej oczyszczalni ścieków.

Pismem z dnia **3 stycznia 2020** r. zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu zmiany, określonego w pkt VI.2.3) lit. a zaproszenia do negocjacji z dnia 23.12.2019 r., warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, tj. że „dokonuje zmiany warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej”. Zamawiający dokonał zmiany, cyt.: „Pkt VI.2.3) lit. a zaproszenia do negocjacji z dnia 24.12.2019 r. [powinno być 23.12.2019 r. – przypis kontrolera] otrzymuje brzmienie: a) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej 1 zamówienie polegające na: budowie, rozbudowie, przebudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków o

przepustowości średniodobowej każdej z oczyszczalni nie mniejszej niż 8.000 m³ ścieków na dobę i wartości wykonanych robót każdego z ww. zamówień nie mniejszej niż 8.000.000,00 zł brutto.

Zamawiający dopuszcza, aby przedmiotowe inwestycje były kontynuacją rozpoczętej wcześniej inwestycji (jednakże także w takim przypadku wszystkie elementy powyższego warunku muszą być spełnione).

Jako wykonanie (zakończenie) zadania należy rozumieć wystawienie co najmniej Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FiDIC) lub podpisania protokołu odbioru robót, lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia i protokołu odbioru).”

Terminy negocjacji zostały wyznaczone w dniach 07 - 09.01.2020 r. Zamawiający przewidział przeprowadzenie wizji lokalnych w dniach 27 - 30.12.2019 r. oraz 02 – 03.01.2020 r.

Wraz z zaproszeniem do negocjacji zamawiający przekazał wykonawcom opis przedmiotu zamówienia.

Negocjacje odbyły się w przewidzianych terminach.

Strony omawiały szczegóły dotyczące opisu przedmiotu zamówienia oraz warunki realizacji umowy dotyczące gwarancji, rękojmi, wynagrodzenia i kar umownych.

Pismami z dnia **14 stycznia 2020** r. zamawiający przekazał wykonawcom zaproszenia do składania ofert, w treści których określił termin związania ofertą 90 dni oraz żądał wniesienia wadium w wysokości 100.000,00 zł.

Wraz z zaproszeniami do składania ofert zamawiający przekazał wykonawcom siwz. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień **29 stycznia 2020** r.

Zamawiający w siwz określił:

- **WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU**

Na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia oraz spełniania ww. warunków zamawiający wymagał przedstawienia wraz z ofertą oświadczeń, o których mowa w art. 25a ust. 2, art. 25a ust. 3 pkt 1, art. 25a ust. 6 ustawy Pzp, tj. aktualnego na dzień składania ofert oświadczenia w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia [JEDZ] dla wykonawców, podmiotów trzecich, na zasoby których powołuje się wykonawca oraz w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – dla każdego z nich. Zamawiający w celu wstępnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu dopuścił ograniczenie się przez wykonawcę do wypełnienia jedynie sekcji α w części IV formularza JEDZ i nie wypełniania sekcji A-D.

Na potwierdzenie braku ww. podstaw do wykluczenia zamawiający żądał:

a) dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 1 (z zastrzeżeniem art. 133 ust. 4 ustawy Pzp),

5–6, 10 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), dalej jako „rozporządzenie”;

b) w stosunku do wykonawców zagranicznych - odpowiednich dokumentów, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 (z zastrzeżeniem art. 133 ust. 4 ustawy) i ust. 3, § 8 ust. 1 rozporządzenia.

2. Zdolność ekonomiczna lub finansowa

Zamawiający w siwz nie określił warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie.

(w zaproszeniu do negocjacji zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności finansowej - zamawiający wymagał aby wykonawca wykazał, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości min. 4.000.000,00 zł, w siwz zamawiający nie zamieścił informacji o wymogu złożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej).

3. Zdolność techniczna

Wiedza i doświadczenie

Zamawiający wymagał aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej 1 zamówienie polegające na: budowie, rozbudowie, przebudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków o przepustowości średniodobowej każdej z oczyszczalni nie mniejszej niż 8.000 m³ ścieków na dobę i wartości wykonanych robót każdego z ww. zamówień nie mniejszej niż 8.000.000,00 zł brutto.

Zamawiający dopuszczał, aby przedmiotowe inwestycje były kontynuacją rozpoczętej wcześniej inwestycji (jednakże także w takim przypadku wszystkie elementy powyższego warunku muszą być spełnione).

Jako wykonanie (zakończenie) zadania należy rozumieć wystawienie co najmniej Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FiDIC) lub podpisania protokołu odbioru robót, lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia i protokołu odbioru).

Na potwierdzenie spełniania powyższych warunków zamawiający wymagał przedłożenia dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia.

Harmonogram postępowania o udzielenie zamówienia przedstawiał się w sposób następujący:

- Zaproszenie do negocjacji - 23 grudnia 2019r.
- Termin negocjacji - 7-9 stycznia 2020r.
- Zaproszenie do składania ofert – 14 stycznia 2020r.
- Termin składania i otwarcia ofert – 29 stycznia 2020 r. (tj. 14 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert);
- Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej – 7 lutego 2020r.

Otwarcie ofert odbyło się w dniu **29 stycznia 2020** r. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości: 13.901.460,00 zł brutto.

W terminie składania ofert wpłynęły dwie oferty złożone przez nw. wykonawców z cenami brutto:

1. HYDRO-MARKO Sp. z o.o., sp.k. – cena brutto: 19.311.000,00 zł,
2. WUPRINŻ S.A. – cena brutto: 24.049.575,00 zł.

Zamawiający, pismem z dnia **3 lutego 2020** r., działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy, wezwał wykonawcę HYDRO-MARKO Sp. z o.o., sp.k. do złożenia w terminie do dnia 13.02.2020 r. oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, tj. dokumentów określonych w § 2 ust. 4 pkt 1 i 10 oraz w § 5 pkt 1 (w odpowiednim zakresie), 5, 6 rozporządzenia. Zamawiający nie wzywał do złożenia dokumentów potwierdzających zdolność ekonomiczną i finansową.

W odpowiedzi na powyższe, przy piśmie z dnia **4 lutego 2020r.** wykonawca HYDRO-MARKO Sp. z o.o., sp. k. przedłożył wymagane dokumenty.

Zamawiający pismem z dnia **5 lutego 2020** r., wezwał wykonawcę HYDRO-MARKO Sp. z o.o., sp. k. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia wyjaśnień m. in. w zakresie potwierdzenia, czy udział wykonawcy w realizacji zadania wykazanego w wykazie robót obejmował zakres prac wskazany w tabeli zawartej w wykazie robót.

Wykonawca HYDRO-MARKO Sp. z o.o., sp. k. udzielił wyjaśnień w wymaganym terminie.

Pismem z dnia **7 lutego 2020** r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę HYDRO-MARKO Sp. z o.o., sp. k. z ceną brutto: 19.311.000,00 zł., która uzyskała łączną liczbę punktów 70.

W dniu **10 lutego 2020r.** Prezes UZP wszczął kontrolę uprzednią.

W dniu **24 lutego 2020r.** kontrolujący w informacji o wyniku kontroli powiadomił zamawiającego o stwierdzeniu następujących naruszeń:

- 1) art. 62 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy przez brak wykazania spełnienia przesłanek do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 2) art. 61 ustawy przez dokonanie zmiany określonego w zaproszeniu do negocjacji warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia;
- 3) art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy przez zaniechanie zamieszczenia w siwz wymogu złożenia przez wykonawców dokumentu określonego w § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia wraz z

naruszeniem art. 26 ust. 1 ustawy przez brak wezwania wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę do złożenia powyżej opisanego dokumentu.

Zamawiający w dniu **2 marca 2020r.** w zastrzeżeniach do powyżej przytoczonych naruszeń stwierdził odpowiednio, co następuje.

Zamawiający podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko o konieczności wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia w oparciu o przesłankę określoną w art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy. Zamawiający stwierdził, że „podtrzymuje wszystkie swoje twierdzenia i okoliczności potwierdzające zasadność i konieczność obrania tego trybu postępowania, wskazane w powiadomieniu Prezesa UZP z dnia 27 grudnia 2019 r. o wszczęciu postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem, wraz ze wskazaniem podstawy faktycznej i prawnej, przesłanego Prezesowi UZP w trybie art. 62 ust. 2 Pzp („Powiadomienie”). W ocenie zamawiającego Prezes UZP niezasadnie nie uwzględnił przedstawionego przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego i prawnego.”

W załączeniu do wniesionych zastrzeżeń zamawiający ponownie przedłożył, przesłane wraz z pismem z dnia 27.12.2019 r. stanowiącym zawiadomienie Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia dokumenty.

Zamawiający ponownie odniósł się do pilności udzielenia zamówienia, oraz okoliczności, że pilna potrzeba udzielenia zamówienia nie była możliwa do przewidzenia oraz nie powstała z przyczyn leżących po stronie zamawiającego.

Zamawiający odnosząc się do wyników kontroli, w kontekście przepisu art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy zauważył, że Prezes UZP w wynikach kontroli uprzedniej zakwestionował jedynie pilność udzielenia zamówienia w kontekście niemożliwości zachowania terminów określonych dla trybów konkurencyjnych wynikających z ustawy, nie odnosząc się do pozostałych wymogów tego przepisu, takich jak:

1. niewynikanie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, a także
2. niemożliwość wcześniejszego przewidzenia konieczności pilnego udzielenia zamówienia.

W ocenie zamawiającego oznacza to, że Prezes UZP w efekcie przeprowadzonej kontroli nie zakwestionował dwóch powyższych okoliczności. Zamawiający wskazał, że te okoliczności nie powinny być już na tym etapie kwestionowane przez Prezesa UZP - powodowałoby to bowiem odebranie zamawiającemu prawa do ustosunkowania się do nowych zarzutów i obrony swoich racji.

Zamawiający, w zakresie pilności udzielenia zamówienia, w kontekście terminów dla trybów konkurencyjnych wynikających z ustawy, wskazanych w wynikach kontroli uprzedniej

postępowania, uznał, że wnioski zaprezentowane przez Prezesa UZP w tym zakresie są bowiem błędne.

Po pierwsze, Prezes UZP twierdzi, że zamawiający wiedział o konieczności wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie wymaganym dla dokończenia inwestycji, już 14 listopada 2019 r. Miałoby to wynikać z wypowiedzi prokurenta zamawiającego zamieszczonej na łamach gazety jarocinska.pl (str. 6 pisma Prezesa UZP zawierającego wyniki kontroli uprzedniej Postępowania). Dalej, Prezes UZP wywodzi z tej wypowiedzi wniosek o możliwości wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargowym już w połowie listopada 2019 r., a dalej o możliwości jego ukończenia w terminie 12 tygodni, tj. w czasie porównywalnym do zakończenia postępowania. Zdaniem zamawiającego taki wniosek jest całkowicie nieuprawniony.

Przede wszystkim nie można go wywodzić z ogólnej wypowiedzi prasowej. To prawda, że poprzedni wykonawca Inwestycji, spółka CP, zszedł z budowy na początku listopada 2019 r., jednak w żaden sposób nie oznacza to, że zamawiający mógł wszcząć nowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego już w dniu 14 listopada 2019 r. Zamawiający uznał odstąpienie od umowy złożone przez CP za nieuzasadnione i, pismem z dnia 2 grudnia 2019 r., wezwał go do kontynuowania przerwanych prac - zgodnie z obowiązującą strony umową na realizację Inwestycji (przedmiotowe pismo Zamawiającego stanowi Załącznik nr 3 do niniejszego pisma). W obliczu bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu na ponowne podjęcie przerwanych prac przez CP, dopiero kolejnym pismem z dnia 10 grudnia 2019 r., zamawiający odstąpił od umowy ze spółką CP z powołaniem się na postanowienia umowy, jak i przepisy kodeksu cywilnego (odstąpienie od umowy złożone przez zamawiającego spółce CP stanowi Załącznik nr 4 do niniejszego pisma). Zamawiający stoi na stanowisku, że do dnia 10 grudnia 2019r. nie miał pewności co do tego, że umowa z CP została skutecznie zakończona i konieczne będzie dokończenie inwestycji w innym, alternatywnym trybie. Wskazał na wyrok z dnia 31 maja 2019 r., sygn. KIO 904/19. Nadto zamawiający uważa, że nie mógł wszcząć postępowania natychmiast po złożeniu oświadczenia o odstąpieniu od umowy z CP. Umowa z CP zawierała postanowienia pkt 19 i 20, dotyczące m.in. konieczności sporządzenia inwentaryzacji inwestycji i robót w toku (przedmiotowa umowa stanowi Załącznik nr 5 do zastrzeżeń). Oznaczało to, w ocenie zamawiającego, chociażby konieczność zweryfikowania stanu realizacji prac na budowie w celu zdefiniowania zakresu i opisu przedmiotu przyszłego zamówienia na dokończenie Inwestycji. Zamawiający podjął czynności związane z inwentaryzacją Inwestycji niezwłocznie, jednak jego zdaniem nie można racjonalnie zakładać, że tego typu czynności, wraz z zdefiniowaniem zakresów i opisów prac pozostających do wykonania, wyborem trybu przyszłego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jego uzasadnieniem oraz przygotowaniem niezbędnej dokumentacji nowego postępowania, potrważą jeden dzień.

Dodatkowo, równoległe do przygotowania nowego postępowania, zamawiający podjął czynności zmierzające do zweryfikowania jego przyszłego trybu. W tym zakresie uzyskał ekspertyzy i opinie organów i instytucji załączone do powiadomienia. Potwierdzały one możliwość, a wręcz konieczność dokończenia części prac polegających na wykonaniu ciągu technologicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia ale przede wszystkim opinie te służyły do zamawiającego do końca grudnia 2019 r.

Wszystkie powyższe okoliczności sprawiły, że wszczęcie postępowania było, zdaniem zamawiającego, realnie możliwe dopiero w dniu 23 grudnia 2019 r., a zamawiający dochował należytej staranności w jego przygotowaniu i wyborze trybu zamówieniowego. Dodatkowo w ocenie zamawiającego należy uwzględnić, że tryb negocjacji z wolnej ręki pozwalał zamawiającemu na najwcześniejsze możliwe wszczęcie postępowania, ponieważ w tym trybie wszczęcie postępowania odbywa się poprzez zaproszenie wykonawców do negocjacji, a specyfikacja istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) jest przekazywana im dopiero później - i zamawiający ma jeszcze czas na jej opracowanie już w trakcie trwania postępowania. Zamawiający przypuszcza, że wszczęcie postępowania w trybie konkurencyjnym (np. przetargu nieograniczonego) nie byłoby możliwe tak wcześnie, ze względu na konieczność przygotowania SIWZ od razu i dysponowania nią już w momencie wszczęcia postępowania. Zamawiający podniósł ponadto, że Prezes UZP nieprawidłowo przyjął nie tylko teoretyczny początkowy moment możliwości wszczęcia postępowania, ale również jego długość - tj. 12 tygodni. Nie jest w ocenie zamawiającego realne, aby postępowanie na dokończenie ciągu technologicznego w trybie konkurencyjnym skończyło się w terminie porównywalnym, co przedmiotowe postępowanie. Prezes UZP wskazał, że na podstawie dostępnych danych statystycznych, zawartych w Sprawozdaniu Prezesa UZP o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r., średni czas postępowania o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości powyżej progów unijnych wyniósł w 2018 r. 99 dni. Prezes UZP jednocześnie twierdzi jednak, że tę średnią długość postępowania można jeszcze zmniejszyć w przypadku skrócenia terminu na złożenie oferty z 35 do 15 dni (czyli tak naprawdę skrócić o kolejnych 20 dni), z powołaniem się na pilność udzielenia zamówienia (np. w przypadku przetargu nieograniczonego: art. 43 ust. 2b pkt 2 Pzp). Jest to według zamawiającego rozumowanie z gruntu błędne, albowiem nie ma aktualnie żadnych danych statystycznych wskazujących na to, jak długo trwa postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego przy skróceniu w/w terminu na złożenie oferty w powyższym trybie. Przeciwnie, w ocenie zamawiającego należy założyć, że przypadki skrócenia terminu na złożenie ofert w przetargu nieograniczonym zostały już uwzględnione w całkowitych wynikach średniej długości postępowań - plasujących się na poziomie 99 dni.

Nadto, zamawiający podniósł, że czym innym jest statystyka, a czym innym doświadczenie życiowe - długości postępowań zamówieniowych mogą się bowiem w praktyce znacznie od

siebie różnić. Podawane przez Prezesa UZP rokrocznie dane zawarte w sprawozdaniach są niczym więcej, jak tylko danymi statystycznymi, co oznacza, że wśród uwzględnionych postępowań znaczna ich część z całą pewnością trwała dłużej, niż owe 99 dni. Z doświadczenia zamawiającego wynika, że nie jest realne ukończenie konkurencyjnego postępowania na dokończenie inwestycji, o takim stopniu skomplikowania, jak zakres prac pozostały do wykonania, a dodatkowo przy założeniu, że chodzi o dokończenie inwestycji po zejściu z budowy poprzedniego wykonawcy CP (a więc chociażby o inny poziom ryzyka dla nowego wykonawcy), w terminie 99 dni. W pierwszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na realizację Inwestycji, w wyniku którego wybrano wykonawcę CP, procedura udzielenia zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego trwała prawie 7 miesięcy, czyli ponad dwukrotnie dłużej od średniej dla postępowań powyżej progów unijnych (publikacja ogłoszenia miała miejsce w dniu 26 sierpnia 2017 r., a wybór oferty najkorzystniejszej w dniu 14 marca 2018 r. - przy czym umowa z CP została podpisana dopiero 11 czerwca 2018 r., a więc prawie po roku od wszczęcia postępowania). Nawet podchodząc do tematu terminów bardzo optymistycznie, czyli przyjmując przykładowo 5 miesięcy na ukończenie postępowania - przy założeniu jego wszczęcia na koniec 2019 r., czyli najwcześniej, jak się dało w praktyce – zamawiający uważa, że mógł uzyskać jego wynik końcowy w postaci zakończenia Postępowania w okolicach maja- czerwca 2020 r.

Na to jednak zamawiający nie mógł sobie pozwolić według własnej oceny, ponieważ nie dysponował i nadal nie dysponuje tak długim czasem na przeprowadzenie procedury przetargowej. Zamawiający uważa, że należy uwzględnić, że termin zakończenia prac wymaganych od wykonawcy wybranego w postępowaniu to 9 miesięcy (patrz: dokumentacja postępowania). Gdyby liczyć ten czas od maja-czerwca 2020 r., to zakończenie realizacji prac wymaganych w zamówieniu musiałoby przypadać na okres luty-marzec 2021 r. Jak wynika chociażby z dokumentów załączonych do powiadomienia, nadejście okresu jesiennego 2020 r. i okres zimy 2020/2021 r. jest jednak krytycznym momentem, przed rozpoczęciem którego prace w zakresie przygotowania kompletnego ciągu technologicznego muszą być już bezwzględnie ukończone. Spadek temperatur w okresie jesienno-zimowym, przy obecnym stanie realizacji niedokończonej inwestycji, uniemożliwiłby zdaniem zamawiającego w ogóle działanie oczyszczalni - niezależnie od tego, że już teraz nie działa ona prawidłowo i konieczne jest pilne podjęcie środków zaradczych. Zamawiający wskazał, że w ostatnich dniach uzyskał wiedzę na temat jeszcze jednego krytycznego momentu, w którym prace wchodzące w zakres zamówienia muszą bezwzględnie być ukończone (niezależnie od tego, że już teraz każdy dzień zwłoki w ich ukończeniu powoduje istotne ryzyka, o których była mowa w powiadomieniu i powyżej w niniejszym piśmie), W dniu 28 lutego 2020 r. zamawiającemu została doręczona Decyzja Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego („PINB”) w Jarocinie z tego samego dnia, Nr PINB.460.3.2020,WW, nr rej. 291, która nakazuje zamawiającemu usunięcie

stwierdzonych nieprawidłowości co do stanu technicznego obiektów budowlanych w części mechanicznej oczyszczalni ścieków, przez wykonanie określonych robót budowlanych ujętych w zatwierdzonym projekcie budowlanym - które to roboty wchodzi w zakres postępowania. PINB uznał, po przeprowadzeniu postępowania i w efekcie kontroli z dnia 21 lutego 2020 r., że aktualny stan techniczny obiektów budowlanych na oczyszczalni, wchodzących w zakres ciągu technologicznego (takich jak budynek krat mechanicznych, piaskownik, osadnik wstępny), jest zły, a także może zagrażać życiu lub zdrowiu ludzi i bezpieczeństwu mienia (strona 7 uzasadnienia w/w decyzji). W związku z tym PINB nakazał, zgodnie z art. 66 ust. 1 Prawa budowlanego, usunięcie stwierdzonych nieprawidłowości, określając termin wykonania tego obowiązku na 30 listopada 2020 r. Decyzja PINB, a także protokół kontroli z dnia 21 lutego 2020 r, i pozostałą dokumentacją dotyczącą postępowania PINB stanowi Załącznik nr 6 do niniejszego pisma.

Podsumowując zamawiający podtrzymał, że Prezes UZP nie tylko błędnie ustalił najwcześniejszy początkowy moment, w którym zamawiający był w stanie wszcząć Postępowanie, ale także przyjął jego nieprawidłową hipotetyczną długość - przy założeniu jego przeprowadzenia w trybie konkurencyjnym - co sprawia, że wbrew twierdzeniom Prezesa UZP nie było możliwe, aby zakończyć przetarg w czasie porównywalnym dla zakończenia procedury negocjacji bez ogłoszenia (luty 2020 r.). W połączeniu z wymaganym terminem realizacji zamówienia wynoszącym 9 miesięcy, należało w ocenie zamawiającego uznać, że nie było również możliwe, aby ukończyć postępowanie w trybie przetargowym w takim czasie, który pozwalałby na uniknięcie, czy chociażby zminimalizowanie istniejących ryzyk

W kontekście zarzutów Prezesa UZP zamawiający zwrócił również uwagę, że przepis art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy posługuje się przesłanką sformułowaną jako „pilna potrzeba udzielenia zamówienia”, przy czym w odróżnieniu od podobnej (a jednak różnej) przesłanki określonej dla trybu zamówienia z wolnej ręki z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, nie chodzi w niej o wykazanie konieczności „natychmiastowej realizacji zamówienia”. Przede wszystkim „pilne”, to nie to samo, co „natychmiastowe”, Poza tym, trzeba rozróżnić, że przesłanka dla negocjacji bez ogłoszenia odnosi ową „pilność” do „udzielenia zamówienia”, a ta dla zamówienia z wolnej ręki odnosi „natychmiastowość” do jego „realizacji”. To bardzo istotne rozróżnienie chociażby z tego powodu, że w przypadku przesłanki dla negocjacji bez ogłoszenia sama realizacja zamówienia może trwać dłużej, niż „natychmiast”. W przypadku postępowania zakładany termin realizacji wynosi 9 miesięcy od udzielenia zamówienia, a więc ten czas realizacji należy uwzględnić przy ustalaniu, czy zamawiający miał wystarczająco długi czas na przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym. Zamawiający nadal uważa, że samo udzielenie Zamówienia było, i nadal jest, bezsprzecznie podyktowane pilną potrzebą. Dodatkowo, uwzględniając różne przesłanki dla trybu negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki, zamawiający podkreślił, że odpowiedzialnie działający zamawiający wybrał tryb

niekonkurencyjny, jednak najmniej ograniczający prawa wykonawców, a który jednocześnie daje jakąś formę konkurencji między wykonawcami, składania ofert i wybór oferty najkorzystniejszej. Zamawiający nie zdecydował się na wybór trybu zamówienia z wolnej ręki, który nie daje żadnej możliwości konkurowania między wykonawcami. Ponadto, zamawiający, wybrał tryb negocjacji bez ogłoszenia jedynie dla newralgicznej części prac wymaganych dla dokończenia inwestycji, której niedokończenie w trybie pilnym grozi poważnymi konsekwencjami, m.in. dla środowiska, zdrowia i życia ludzi, a także możliwością wystąpienia znacznej szkody majątkowej u zamawiającego.

Na koniec, zamawiający stwierdził, że uzasadniając przyjęty tryb postępowania przedstawił wiele dowodów potwierdzających taką możliwość, a w zasadzie konieczność, w tym zewnętrzne ekspertyzy i stanowiska właściwych organów i instytucji, tymczasem Prezes IJZP w wynikach kontroli uprzedniej przeciwstawił wszystkim tym dowodom jedynie gołosłowne stwierdzenie, że jego zdaniem można było ukończyć przetarg w okresie 12 tygodni, tj. w terminie porównywalnym do terminu rozstrzygnięcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Z tego względu zamawiający uważa nie tylko, że rozstrzygnięcie Prezesa UZP nie broni się w świetle obowiązujących przepisów, ale jest również dla zamawiającego głęboko krzywdzące. W aktualnym stanie faktycznym unieważnienie postępowania może przynieść trudne do przewidzenia skutki. Zamawiający wniósł o zmianę rozstrzygnięcia przez Prezesa UZP w trybie autokontroli lub o uwzględnienie przez KIO, w formie uchwały, zastrzeżeń Zamawiającego do wyników kontroli uprzedniej.

Zdaniem zamawiającego, gdyby zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia nie było możliwe w zaistniałej sytuacji, to trudno sobie w ogóle wyobrazić jakąkolwiek sytuację, w której tryb ten znalazłby praktyczne zastosowanie.

Odnosnie wskazanego w Informacji o wyniku kontroli w pkt nr 2) naruszenia art. 61 ustawy przez niedopuszczalną, w trybie negocjacji bez ogłoszenia zmianę, określonego w pkt VI.2.3) lit. a) zaproszenia do negocjacji z dnia 23.12.2019 r. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, to zamawiający zakwestionował zasadność tego zarzutu, podnosząc, iż został sformułowany błędnie. Zdaniem zamawiającego, cyt. „Nie ma aktualnie żadnego przepisu prawa, który nie pozwala zamawiającemu na zmianę warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, a na pewno już nie jest takim przepisem art. 61 Pzp. Przepis art. 61 Pzp dotyczy jedynie ogólnej definicji postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, wskazuje jego przebieg oraz określa możliwe zagadnienia negocjacyjne. Nie stanowi jednak zakazu zmiany warunków udziału w postępowaniu. Nie może zatem ten przepis stanowić podstawy prawnej zarzutu związanego z rzekomą niemożliwością zmiany warunków udziału w Postępowaniu, tym bardziej, że przedmiotem negocjacji między zamawiającym, a wykonawcami w niniejszej

sprawie nie były warunki udziału w Postępowaniu (patrz: dokumentacja Postępowania, w tym protokoły z negocjacji z wykonawcami). Przepis ten nie został więc naruszony”.

Zamawiający zwrócił uwagę, że nie ma jakichkolwiek celowościowych argumentów przemawiających za wyłączeniem możliwości zmiany warunków udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Przeciwnie, skoro jest to dopuszczalne w innych trybach zamówieniowych, to powinno również być dopuszczalne w trybie niekonkurencyjnym, jakim są negocjacje bez ogłoszenia - albowiem w tym trybie i tak to zamawiający wybiera wykonawców, z którymi chciałby prowadzić negocjacje. Prezes UZP wywodzi niemożliwość zmiany warunków udziału w postępowaniu z art. 64 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym do SIWZ wykorzystywanej w trybie negocjacji bez ogłoszenia nie stosuje się art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp. Prezes UZP twierdzi, że w tym trybie warunki udziału w postępowaniu znajdują się wyłącznie w zaproszeniu do negocjacji. Jednak wskazuje się, że „przepisu art. 36 ust. 1 pkt 5 p.z.p., nakazującego w treści specyfikacji określić warunki udziału w postępowaniu, nie stosuje się, mimo że zgodnie z art. 63 ust. 2 p.z.p. zaproszenie do negocjacji zawiera określenie warunków udziału w postępowaniu. Zapewne jest to przeoczenie ustawodawcy”.

Ten punkt widzenia potwierdza również chociażby brak wyłączenia w art. 64 ust. 3 Pzp, tj. w przepisie określającym zawartość SIWZ w postępowaniu w trybie negocjacji bez ogłoszenia, przepisu art. 36 ust. 1 pkt 6 Pzp, wskazującego jako jego obligatoryjną część „wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia”.

Jak zatem widać ustawodawca jest niekonsekwentny, albowiem z jednej strony wyłącza z SIWZ warunki udziału w postępowaniu, a z drugiej nie wyłącza wykazu oświadczeń lub dokumentów koniecznych do wykazania tych warunków. Dodatkowo, art. 64 ust. 3 Pzp nie wyłącza z SIWZ chociażby kryteriów oceny ofert - mimo że one również, podobnie jak warunki udziału w postępowaniu - musiały znaleźć się wcześniej w zaproszeniu do negocjacji na podstawie art. 63 ust. 2 pkt 7 Pzp. Mimo to nie sposób wyinterpretować z tej okoliczności wniosku o niemożliwości zmiany kryteriów oceny ofert. Z tej niekonsekwencji ustawodawcy, a także ewidentnych przeoczeń w Pzp, nie można zdaniem zamawiającego wywodzić skutków prawnych niekorzystnych dla zamawiającego w niniejszej sprawie, Skoro więc wyłączenie art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy należy uznać za przeoczenie, to w niniejszej sprawie znalazłyby zastosowanie chociażby przepisy ustawy dotyczące możliwości zmiany SIWZ, w tym warunków udziału w postępowaniu.

Zmianę warunków udziału w postępowaniu można również ostatecznie uznać za nowe zaproszenie do negocjacji, albowiem zmiana została przekazana wszystkim wykonawcom w dniu 3 stycznia 2020 r. Zakazu zmiany warunków udziału w postępowaniu w trybie negocjacji bez ogłoszenia nie sposób również wywodzić z dyrektyw unijnych (dyrektywa klasyczna i sektorowa). Zamawiający wskazał ponadto, że zmiana warunku udziału w postępowaniu była

podyktowana tym, aby zapewnić, że postawiony wykonawcom warunek jest proporcjonalny do zakresu i wielkości zamówienia. Wynikała ona więc z konieczności zapewnienia zgodności z przepisem art. 22 ust. 1a ustawy. Na marginesie, zamawiający wskazał, że nawet gdyby ten zarzut Prezesa UZP uznać za zasadny, to i tak nie powinien on prowadzić do konieczności unieważnienia postępowania. Jest tak według zamawiającego dlatego, że przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są wymienione enumeratywnie w art. 93 ustawy. Wśród tych przesłanek nie ma przypadku zmiany warunków udziału w postępowaniu, nawet gdyby zostało ono uznane za niezgodne z przepisami. W szczególności, nawet gdyby zarzut Prezesa UZP się ostał, to i tak zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 146 Pzp) jest w niniejszej sprawie w ocenie zamawiającego możliwe.

Zamawiający wskazał, że w przeszłości za naruszenia niebędące wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego zostały uznane chociażby brak zawarcia w zaproszeniu do negocjacji, wystosowanym do wykonawców w trybie negocjacji bez ogłoszenia, opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, i odesłanie w tym zakresie do SIWZ - wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2008 r., sygn. KIO/UZP 476/08. Z kolei, za naruszenie niemające wpływu na wynik postępowania zostało uznane wymaganie oferty wstępnej przed negocjacjami i, w konsekwencji, niezaproszenie do złożenia oferty jednego z zaproszonych do negocjacji wykonawców oraz przekazanie wraz z zaproszeniem do składania ofert SIWZ niezawierającej wszystkich zapisów określonych w art. 36 ust. 1 ustawy, a zwłaszcza projektu umowy i terminu wykonania zamówienia - wyrok Zespołu Arbitrów przy UZP z dnia 10 stycznia 2005 r., sygn. UZP/ZO/O-2323/04.”

Zamawiający zakwestionował również zasadność, wskazanego w pkt 3) Informacji o wyniku kontroli naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy wraz z naruszeniem art. 26 ust. 1 ustawy polegającego na zaniechaniu przez zamawiającego zamieszczenia w siwz wymogu złożenia przez wykonawców dokumentu określonego w § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia wraz z naruszeniem art. 26 ust. 1 ustawy przez brak wezwania wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę do złożenia powyżej opisanego dokumentu. Zamawiający powołał się na powyżej sformułowaną argumentację wobec naruszenia opisanego w pkt nr 2) w zakresie możliwości zmiany warunków udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Zdaniem zamawiającego warunek polegający na posiadaniu zdolności ekonomicznej lub finansowej mógł zostać zmieniony w trakcie prowadzonego postępowania. Jednocześnie zamawiający stwierdził, że „nawet gdyby ten zarzut Prezesa UZP uznać za zasadny, to i tak nie powinien on prowadzić do konieczności unieważnienia postępowania powielając argumentację w zakresie poprzedzającego naruszenia. Podniósł nadto, że nawet gdyby zarzut Prezesa UZP się ostał, to i tak zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy

w sprawie zamówienia publicznego (art. 146 Pzp) jest w niniejszej sprawie możliwe. W szczególności, możliwe jest wydanie przez Prezesa UZP lub KIO zaleceń co do ewentualnego wezwania wykonawcy wybranego w postępowaniu do złożenia brakujących dokumentów lub oświadczeń w trybie art, 26 ust. 1 ustawy, co w zupełności zapewniłoby prawidłowość postępowania.”

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w dniu **13 marca 2020r.** nie uwzględnił powyższych zastrzeżeń i skierował je do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą jednocześnie ustosunkowując się do stwierdzeń zamawiającego w następujący sposób:

Prezes Urzędu zauważył, że zamawiający twierdzi, iż dopiero od dnia 10 grudnia 2019 r., kiedy to odstąpił od zawartej z wykonawcą Control Process EPC Enviromental Protection 3 Sp. z o.o. w dniu 11.06.2018 r. umowy mającej za przedmiot modernizację gospodarki osadowej na oczyszczalni ścieków w Cielczy k. Jarocina — zaprojektowanie, wykonanie i utrzymanie, zamawiający miał pewność, że umowa z ww. wykonawcą „została skutecznie zakończona i konieczne będzie dokończenie Inwestycji w innym, alternatywnym trybie.”

Prezes UZP zauważył, że wykonawca Control Process EPC Enviromental Protection 3 SP, z o.o. już w dniu 2 listopada 2019 r. złożył zamawiającemu oświadczenie o odstąpieniu od umowy na realizację powyżej opisanej inwestycji z uwagi na brak ustanowienia w wyznaczonym terminie 45 dni gwarancji zapłaty za roboty budowlane. Powyższe uprawnienie przysługiwało wykonawcy na podstawie art. 649(4) § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1145), dalej: „KC”, zgodnie z którym jeżeli wykonawca (generalny wykonawca) nie uzyska żądanej gwarancji zapłaty w wyznaczonym przez siebie terminie, nie krótszym niż 45 dni, uprawniony jest do odstąpienia od umowy z winy inwestora ze skutkiem na dzień odstąpienia. Ponadto, brak żądanej gwarancji zapłaty stanowi przeszkodę w wykonaniu robót budowlanych z przyczyn dotyczących inwestora (art. 649(4) § 2 KC). Zamawiający nie kwestionował skuteczności złożonego przez wykonawcę oświadczenia o odstąpieniu przez zaskarżenie tej czynności do sądu powszechnego, a jedynie przez okres miesiąca czasu nie uznawał odstąpienia za skuteczne, wzywając w piśmie 2 grudnia 2019 r. wykonawcę do kontynuowania rozpoczętych robót. Dopiero w dniu 10 grudnia 2019 r. zamawiający, po złożeniu wykonawcy oświadczenia o odstąpieniu od umowy, uznał umowę za rozwiązana, tj. po upływie 6 tygodni, kiedy to jak wynika z twierdzenia zamawiającego, cyt.: „poprzedni wykonawca Inwestycji, spółka CP, zszedł z budowy na początku listopada 2019 r.”

Nie sposób zatem zdaniem Prezesa UZP zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego, że „co najmniej aż do tego czasu Zamawiający nie miał pewności co do tego, że umowa z CP została skutecznie zakończona i konieczne będzie dokończenie Inwestycji w innym, alternatywnym trybie.” W tym też celu w treści Informacji o wyniku kontroli została przywołana publiczna

wypowiedź prokurent zamawiającego udzielona w dniu 14.11.2019 r. na łamach gazety „jarocinska.pl”, która potwierdza świadomość rozwiązania umowy z ww. wykonawcą, a w konsekwencji konieczność udzielenia nowego zamówienia publicznego w celu kontynuacji robót budowlanych.

Prezes UZP wskazał na treść art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy, warunkującego możliwość zastosowania trybu negocjacji, jeżeli ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Ponadto, poza spełnieniem pozostałych przesłanek określonych w art. 62 ust. 4 ustawy, zamawiający przed podjęciem decyzji o udzieleniu zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, ma obowiązek dokonać analizy, czy przy uwzględnieniu możliwości skrócenia minimalnych terminów składania ofert z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, w danym stanie faktycznym, nie jest realne przeprowadzenie postępowania w bardziej konkurencyjnych trybach. W sytuacji powoływania się na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, w postępowaniach o udzielenie zamówień o wartości przekraczającej kwoty określone na podstawie przepisów wydanych w oparciu o art. 11 ust. 8 ustawy, w szczególności należy wziąć pod uwagę możliwość przeprowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego ze skróceniem, na podstawie art. 43 ust. 2b pkt 2 ustawy, 35-dniowego terminu składania ofert do 15 dni.

Prezes UZP stwierdził, że zamawiający uzasadniając pilną potrzebę udzielenia przedmiotowego zamówienia był uprawniony do zastosowania powyżej opisanej procedury przyspieszonej w trybie przetargu nieograniczonego, a tym samym przeprowadzić postępowanie w zbliżonym okresie do tego, w jakim został dokonany wybór najkorzystniejszej oferty w przeprowadzonym przez zamawiającego postępowaniu w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Kontrolujący podkreślił, że po przeprowadzeniu negocjacji zamawiający wyznaczył w zaproszeniu do składania ofert 14-dniowy termin do ich składania. Jednocześnie, odnosząc się do stanowiska przedstawionego przez zamawiającego Prezes UZP ponownie wskazał, że wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji zbyt późnego wszczęcia postępowania i wynikającego z tego faktu wykazywania braku możliwości zachowania terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, iż zamawiający przy przeprowadzaniu przedmiotowego postępowania nie tylko nie wykazał, ale też przez swoje działania wysoce nie uprawdopodobnił braku możliwości zachowania terminów dla ww. trybów otwartych na konkurencję. Tym samym, zamawiający nie wykazał łącznego spełniania wszystkich wymaganych przesłanek do zastosowania trybu negocjacji

bez ogłoszenia, co w konsekwencji stanowi, mające na wpływ przedmiotowego postępowania, naruszenie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy.

Prezes UZP odnosząc się do wniesionych zastrzeżeń dotyczących naruszenia art. 61 ustawy stwierdzonego w pkt 1.2) Informacji o wyniku kontroli uprzedniej przez niedopuszczalną w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia zmianę, określonego w pkt VI.2.3) lit. a) zaproszenia do negocjacji z dnia 23 grudnia 2019 r. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, Prezes Urzędu podtrzymał wyrażone stanowisko. Przez fakt, iż w niekonkurencyjnym trybie, jakim są negocjacje bez ogłoszenia, sam zamawiający wybiera zamknięte grono wykonawców, z którymi będzie negocjował warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie sposób wywieść wniosku, że po wszczęciu postępowania w tym trybie możliwe jest dokonanie zmiany pierwotnie określonych warunków udziału w postępowaniu.

Zaproszenie do negocjacji, którego przekazanie wybranym przez zamawiającego wykonawcom wszczyna postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia, zawiera co najmniej m.in. warunki udziału w postępowaniu (art. 63 ust. 2 pkt 5 ustawy). Zgodnie z art. 64 ust. 3 ustawy wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przekazuje specyfikację istotnych warunków zamówienia. Przepisu art. 36 ust. 1 pkt 5 nie stosuje się.

Analiza powyżej przedstawionych przepisów ustawy nie pozwala, w ocenie kontrolującego, na sformułowanie tezy o możliwości po wszczęciu postępowania dokonania zmian w określeniu wymagań stawianym wykonawcom w celu weryfikacji ich zdolności do realizacji przedmiotu zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu zamieszczone w zaproszeniu do negocjacji nie podlegają negocjacjom i pozostają niezmiennie przez cały czas trwania postępowania. Dokumenty na potwierdzenie spełniania tych warunków zamawiający zamieszcza w treści siwz.

Odnosnie sformułowanego przez zamawiającego zarzutu braku konsekwencji ustawodawcy przejawiającego się wyłączeniem obowiązku zamieszczenia w siwz warunków udziału w postępowaniu, z jednoczesnym wymogiem zamieszczenia wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków oraz brakiem zawartego w art. 64 ust. 3 ustawy wyłączenia obowiązku zamieszczenia w siwz „choćby kryteriów oceny ofert - mimo że one również, podobnie jak warunki udziału w postępowaniu - musiały znaleźć się wcześniej w zaproszeniu do negocjacji na podstawie art. 63 ust. 2 pkt 7 Pzp”, Prezes UZP podkreślił, że na podstawie art. 63 ust. 2 pkt 7 ustawy zaproszenie do negocjacji zawiera jedynie „kryteria oceny ofert i ich znaczenie”, natomiast zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy treść siwz co najmniej zawiera uszczegółowienie tej informacji, tj. „opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert (...)”

W ocenie Prezesa UZP nie zasługuje na aprobatę pogląd o niekonsekwencji i przeoczeniu ustawodawcy przejawiającym się wyłączeniem stosowania art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy w stosunku do siwz przekazywanej wraz z zaproszeniem do składania ofert w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Na podstawie powyższego również, według kontrolującego, nie sposób stwierdzić możliwości negocjowania, czy też dokonywania zmian kryteriów oceny ofert zawartych w zaproszeniu do negocjacji. W konsekwencji, wskazywana przez zamawiającego, dopuszczalność zastosowania w przedmiotowym postępowaniu przepisów ustawy dotyczących możliwości zmiany siwz, w tym warunków udziału w postępowaniu nie znajduje oparcia w obowiązującym stanie prawnym. Natomiast jeżeli dokonana przez zamawiającego zmiana treści warunku udziału w postępowaniu po przekazaniu wykonawcom zaproszenia do negocjacji, podyktowana celem zapewnienia, że „postawiony wykonawcom warunek jest proporcjonalny do zakresu i wielkości zamówienia” i wynikała z „konieczności zapewnienia zgodności z przepisem aft. 22 ust. 1a Pzp”, nie zaś zamiarem umożliwienia wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcy wnioskującego o zmianę tego warunku, to należy stwierdzić, że tego rodzaju czynność przeczy, przytaczanym w treści zastrzeżeń, twierdzeniom zamawiającego o dochowaniu należytej staranności w przygotowaniu postępowania i wyborze trybu do jego przeprowadzenia.

Prezes Urzędu nie podzielił argumentacji przedstawionej przez zamawiającego wobec stwierdzonego w wyniku kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania naruszenia art. 61 ustawy przez dokonanie niedopuszczalnej w tym trybie zmiany warunku udziału w postępowaniu po jego wszczęciu.

W odpowiedzi na kwestionowany przez zamawiającego zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy przez zaniechanie zamieszczenia w siwz wymogu złożenia przez wykonawców dokumentu określonego w S 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia wraz z naruszeniem art. 26 ust. 1 ustawy polegającym na braku wezwania wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę do złożenia ww. dokumentu i powołaniu się na, cyt.: „argumentację wskazaną w odpowiedzi na zarzut Ad. 2 niniejszego pisma - w zakresie możliwości zmiany warunków udziału w Postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia”, kontrolujący poinformował, że podtrzymuje stanowisko zaprezentowane w pkt 1.3) Informacji o wyniku kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania.

W dniu **18 marca 2020r.** do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo zamawiającego, w którym wniósł on o umorzenie postępowania w sprawie wydania uchwały rozstrzygającej zastrzeżenia z uwagi na to, że zastosował się do zaleceń pokontrolnych Prezesa UZP tj. do zalecenia unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy z uwagi na to, że wybór trybu postępowania tj. negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy był wadliwy i wada ta uniemożliwiła zawarcie ważnej umowy. Zamawiający podniósł, że z uwagi na stan zagrożenia

epidemicznego w Polsce oraz ogólnoświatową pandemię i związane z tymi zdarzeniami zawieszenie prac Krajowej Izby Odwoławczej – zamawiający nie zdecydował się na uzyskanie opinii Izby na temat wyników kontroli i wniósł o nierozpatrywanie zastrzeżeń, a w konsekwencji o umorzenie postępowania. Oświadczył także, że unieważnienie postępowania miało miejsce w dniu 18 marca 2020r.

Izba zważyła, co następuje:

W ocenie Izby wniosek zamawiającego o umorzenie postępowania zawarty w piśmie z dnia 18 marca 2020r. należy uznać za wycofanie zastrzeżeń. Wynika, to w ocenie Izby ze sformułowania użytego przez zamawiającego we wniosku tj. „Zamawiający nie zdecydował się w niniejszej sprawie na uzyskanie opinii KIO na temat wyników kontroli w trybie art. 171a w zw. z art. 167 ust. 2 i 3 Pzp. Przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych nie przewidują czynności umorzenia postępowania wywołanego wniesieniem zastrzeżeń do wyniku kontroli, jak ma to miejsce w przypadku postępowań odwoławczych – art. 186 ust. 2- 4a ustawy czy art. 187 ust. 8 ustawy, czy postępowań w sprawach wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy – art. 183 ust. 5 ustawy. Jednakże w ocenie Izby przepis art. 167 ust. 3 ustawy w związku z art. 171a ustawy nie narzuca zakresu sentencji uchwały wyrażającej opinię w sprawie zastrzeżeń, tym samym w ocenie Izby możliwe jest podjęcie uchwały stwierdzającej pozostawienie zastrzeżeń bez rozpoznania, w sytuacji, gdy zamawiający odstąpił od żądania wydania takiej opinii i wykonał zalecenia pokontrolne. W świetle powyższego Izba wydała opinię o nierozpoznawaniu zastrzeżeń.

Krajowa Izba Odwoławcza zgodnie z art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wydaje w formie uchwały opinię w sprawie zastrzeżeń zamawiającego zgłoszonych do informacji o wyniku kontroli.

Wobec powyższego, wyrażono opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....