

Sygn. akt: KIO/KD 44/17

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 16 sierpnia 2017 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 17 lipca 2017 roku zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego Komenda Wojewódzka Policji w Szczecinie, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej UZP/DKD/KND/3/16 w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „KPP Myślibórz – budowa nowej siedziby przy ul. Łużyckiej – kontynuacja”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Agata Mikołajczyk

Izabela Niedziałek - Bujak

wyraża następującą opinię:

- 1) zasługują na uwzględnienie zastrzeżenia Zamawiającego Komenda Wojewódzka Policji w Szczecinie do wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli naruszenia art. 147 ust. 2 oraz 94 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (punkt 1 i 4 Informacji o wyniku kontroli doraźnej)
- 2) nie zasługują na uwzględnienie zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej w zakresie stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli naruszenia art. 94 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 46 ust. 1 i 5 pkt 2 ustawy Pzp, art. 26 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (punkty 2,5,7 Informacji o wyniku kontroli doraźnej)

UZASADNIENIE

Zamawiający Komenda Wojewódzka Policji w Szczecinie przeprowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „KPP Myślibórz – budowa nowej siedziby przy ul. Łużyckiej – kontynuacja”

Wartość zamówienia wyniosła 7.500.000,00 zł, co stanowiło równowartość 1.775.189,95 euro.

W wyniku kontroli doraźnej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że doszło do następujących naruszeń ustawy:

1. Zgodnie z treścią rozdziału XV Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający wymagał wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie przewidzianej w art. 148 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.), dalej zwanej „ustawą Pzp”, w wysokości 10% ceny całkowitej podanej w ofercie. Jednocześnie, w § 7 pkt 2 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ, Zamawiający zawarł następujący zapis: *Zabezpieczenie służyć będzie do pokrycia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w szczególności kar umownych i odsetek.*

Zgodnie z art. 147 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Prezes Urzędu zastrzegł, że ustawodawca nie określił, jakich konkretnie roszczeń w ramach roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy może dochodzić zamawiający od wykonawcy, w tym przede wszystkim nie zawęził ich zakresu, należy więc przyjąć, że zabezpieczenie o jakim mowa zabezpiecza wszelkiego rodzaju roszczenia służące zamawiającemu w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę, w tym także z tytułu kar umownych. Kara umowna stanowi rodzaj odszkodowania za nienależyte wykonanie umownego zobowiązania niepieniężnego i jeżeli strony nie postanowiły inaczej, zastępuje to odszkodowanie. Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, a zatem przesłanki obowiązku zapłaty kary umownej określone są przez pryzmat ogólnych przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie reguluje szerzej kwestii roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego i w tym zakresie odsyła wprost do przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (art. 14 i 139 ust. 1

ustawy Pzp). Stosownie do art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, w brzmieniu obowiązującym w chwili wszczęcia kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia, instytucja kary umownej przewiduje naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego poprzez zapłatę sumy wskazanej w umowie. Zatem, roszczenie o zapłatę kar umownych powstaje dopiero w momencie stwierdzenia nienależytego wykonania zamówienia i tylko w przypadku zamieszczenia stosownych zastrzeżeń w umowie. Wskazać więc należy, że zawarcie w gwarancji ubezpieczeniowej zapisu, iż gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezterminowo, na pierwsze żądanie beneficjenta, do zapłaty kwoty nieprzekraczającej sumy gwarancyjnej w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania robót budowlanych objętych umową, obejmuje również zobowiązanie gwaranta do zapłaty określonej w umowie kwoty pokrywającej roszczenie z tytułu kar umownych.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że w sposób odmienny należy traktować roszczenie o zapłatę odsetek naliczanych od kar umownych. Roszczenie to bowiem nie powstaje bezpośrednio w związku z niewykonaniem bądź nienależytym wykonaniem umowy, lecz dopiero w przypadku zaniechania zapłaty na rzecz Zamawiającego kar umownych. Wobec powyższego, art. 147 ust. 2 ustawy Pzp nie daje podstaw do objęcia zabezpieczeniem roszczenia o zapłatę odsetek naliczanych od kar umownych.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w ustalonych okolicznościach faktycznych i prawnych należy stwierdzić, że Zamawiający bezpodstawnie zwiększył zakres zabezpieczenia należytego wykonania umowy o roszczenie o zapłatę odsetek (§ 7 ust. 2 wzoru umowy), co stanowi naruszenie art. 147 ust. 2 ustawy Pzp.

2. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ustalił następujący stan faktyczny:

Pismem z dnia 20 listopada 2014 r., Zamawiający poinformował o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy BWG EBiT Sp. z o.o. Równocześnie wskazano w pkt 5 ww. pisma, że *umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie zawarta w terminie określonym w art. 94 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.* 25 listopada 2014 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę BWG EBiT sp. z o.o. do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny całkowitej podanej w ofercie. Równocześnie Zamawiający wskazał, że w przypadku zabezpieczenia wniesionego w formie gwarancji, z jej treści powinno wynikać, iż gwarant zobowiązuje się do wypłaty kwot gwarancji na pokrycie:

1. odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy zobowiązania,
2. odszkodowania z tytułu zwłoki w wykonywaniu umowy wzajemnej (art. 491 § 1 kc),

3. odszkodowania z tytułu niemożności świadczenia, za którą wykonawca ponosi odpowiedzialność (art. 493 kc),
4. odszkodowania z tytułu szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania z umowy wzajemnej (art. 494 kc),
5. kary umownej (art. 483 § 1 kc),
6. kary stanowiącej określoną kwotę pieniężną zastrzeżonej przez strony na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania, niezależnie od powstałej szkody.

Ponadto Zamawiający zastrzegł: *w złożonej (...) gwarancji winny być zapisy, z których wynikać będzie, że zabezpieczenie pokryje kwoty nałożonych na wykonawcę kar umownych za niewykonanie, w szczególności z tytułu kar umownych i odsetek wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy bądź odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.*

W korespondencji prowadzonej drogą elektroniczną w dniu 28 listopada 2014 r., Zamawiający powiadomił Wykonawcę BWG EBiT Sp. z o.o., w związku z upływem terminu związania ofertą w dniu 5 grudnia 2014 r., iż: *jeżeli w dniu dzisiejszym nie dostarczą Państwo informacji o wniesieniu zabezpieczenia w formie pieniężnej bądź nie dostarczą wzoru gwarancji zostanie uznane, że uchylają się Państwo od zawarcia umowy i Zamawiający wybierze ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert* (wiadomość wysłana o godz. 8:04). W odpowiedzi na powyższe, Wykonawca BWG EBiT Sp. z o.o. zapewnił Zamawiającego, iż nie zamierza odstąpić od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz że uzyskanie gwarancji od ubezpieczyciela trwa od 8 do 10 dni i nie jest w żaden sposób zależne od niego. Jednocześnie, ww. Wykonawca złożył oświadczenie o przedłużeniu ważności wadium oraz terminu związania ofertą do dnia 12 czerwca 2014 r. (wiadomość e-mail wysłana o godz. 8:56). Następnie, o godz. 8:58 Wykonawca BWG EBiT Sp. z o.o. przesłał Zamawiającemu wzór gwarancji ubezpieczeniowej uzyskany od Towarzystwa Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A., w którym w pkt 2 zapisano: *gwarancja zabezpiecza zobowiązanie Wykonawcy wobec Beneficjenta dotyczące:*

- 1) *niewykonania lub nienależytego wykonania robót budowlanych objętych Umową zgodnie z jej treścią z dnia wystawienia Gwarancji,*
- 2) *właściwego usunięcia wad fizycznych należycie wykonanych robót budowlanych stwierdzonych protokołem odbioru końcowego podpisanym przez Wykonawcę i Beneficjenta, powstałych i ujawnionych w terminie ważności gwarancji.*

Pismem z dnia 28 listopada 2014 r., Zamawiający poinformował Wykonawcę BWG EBiT Sp. z o.o., że przesłany wzór gwarancji nie został zaakceptowany przez Zespół Prawny KWP w Szczecinie, gdyż w przesłanym wzorze gwarancji *nie ma zapisów z których wynika, że zabezpieczenie pokryje kwoty wynikające z kar umownych nałożonych na wykonawcę, a*

zatem jest niezgodna z wzorem umowy i nie spełnia wymogu zabezpieczenia interesów Zamawiającego w tym przedmiocie. Termin przesłania poprawionego wzoru gwarancji ubezpieczeniowej wyznaczono na dzień 2 grudnia 2014 r. oraz wskazano, że oświadczenie o przedłużeniu wadium oraz terminu związania ofertą zostało złożone niezgodnie z przepisami ustawy Pzp (zasada pisemności) i nie może być dla Zamawiającego wiążące. Jednocześnie, w wiadomości e-mail z dnia 28 listopada 2014 r. z godz. 14:45, przekazującej ww. pismo, Zamawiający wyznaczył termin podpisania umowy na dzień 3 grudnia 2014 r. Powyższy termin potwierdza wiadomość przesłana drogą elektroniczną przez Zespół do Spraw Zamówień Publicznych Komendy Wojewódzkiej Policji w Szczecinie do Wykonawcy BWG EBiT Sp. z o.o. w dniu 1 grudnia 2014 r., o godz. 14:13. Wskazano w niej, iż wyznaczenie terminu podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na dzień 3 grudnia 2014 r. jest związane z wyjazdem Komendanta Wojewódzkiego Policji w Szczecinie na odprawę.

Pismem z dnia 1 grudnia 2014 r., stanowiącym odpowiedź na pismo Zamawiającego z dnia 28 listopada 2014 r., Wykonawca BWG EBiT Sp. z o.o. wskazał, iż zgodnie z postanowieniami § 7 ust. 2 wzoru umowy – zabezpieczenie ma służyć pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w szczególności kar umownych i odsetek, natomiast kara umowna wchodzi w zakres roszczenia z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy i w żadnym razie nie może być traktowana jako zdarzenie mające samodzielny byt – oddzielne roszczenie, a tym samym jako oddzielny element objęty gwarancją. Zatem, w ocenie ww. Wykonawcy pkt 2 przedłożonego wzoru gwarancji należało uznać za zgodny z postanowieniami wzoru umowy w powyższym zakresie.

W pismach z dnia 1 grudnia 2014 r., Zamawiający zwrócił się do Wykonawców: BWG EBiT Sp. z o.o. oraz SKANSKA S.A. o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o okres 30 dni.

W odpowiedzi przekazanej Zamawiającemu przez Wykonawcę BWG EBiT Sp. z o.o. pismem z dnia 2 czerwca 2016 r. (wpływ w dniu 2 grudnia 2014 r.), ww. Wykonawca oświadczył, że przedłuży ważność wadium oraz termin związania ofertą o 30 dni.

Zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 30 dni oraz przedłużenie ważności wadium do dnia 2 lutego 2015 r. wyraził również Wykonawca SKANSKA S.A. w piśmie z dnia 2 grudnia 2014 r. W załączeniu Wykonawca SKANSKA S.A. przekazał: kopię gwarancji przetargowej nr 07692/10/14 z dnia 28 października 2014 r., wystawionej przez Svenska Handelsbanken AB S.A. na kwotę 130.000,00 zł oraz kopię aneksu nr 1 do ww. gwarancji bankowej z dnia 2 grudnia 2014 r., w którym przedłużono ważność gwarancji do dnia 1 lutego 2015 r.

W kolejnym piśmie skierowanym przez Zamawiającego do Wykonawcy BWG EBiT Sp. z o.o. w dniu 2 grudnia 2014 r., Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w korespondencji z dnia 28 listopada 2014 r. oraz podkreślił, że *brak stosownych zapisów w treści gwarancji, które umożliwiłyby pokrycie kwot wynikających z ewentualnych kar*

umownych (odsetek) nałożonych na wykonawcę, nie spełnia podstawowej funkcji zabezpieczenia, przewidzianej w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2013, poz. 907 ze zm.) oraz w § 7 projektu umowy. W konsekwencji, przedstawiony przez BWG EBiT Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie projekt gwarancji uznać należy za niezgodny z projektem umowy (...). Jednocześnie, Zamawiający poinformował, że termin przesłania poprawionego wzoru gwarancji ubezpieczeniowej wyznaczony na dzień 2 grudnia 2014 r. pozostaje aktualny i jest on nieprzekraczalny.

W dniu 2 grudnia 2014 r., o godz. 15:25, Wykonawca BWG EBiT Sp. z o.o. przesłał do Zamawiającego drogą elektroniczną wiadomość, w której podtrzymał dotychczasowe stanowisko, że przedłożony wzór gwarancji spełnia wymagania SIWZ i wzoru umowy oraz zwrócił się z prośbą o przesunięcie terminu przesłania ostatecznej gwarancji do dnia 3 grudnia 2014 r., do godz. 12:00. Natomiast, w wiadomości e-mail z godz. 15:38 ww. Wykonawca oświadczył, że nie uchyla się od zawarcia umowy i że Spółce zależy na pozyskaniu tego kontraktu. W tym samym dniu Wykonawca BWG EBiT Sp. z o.o. kontaktował się telefonicznie z Zespołem do Spraw Publicznych Komendy Wojewódzkiej Policji w Szczecinie i Zastępcą Komendanta Wojewódzkiego Policji w Szczecinie zapewniając, iż Spółka zamierza podpisać umowę w sprawie zamówienia publicznego oraz że spróbuje wpłynąć na ubezpieczyciela, aby uwzględnił w gwarancji uwagi Zamawiającego.

W dniu 3 grudnia 2014 r., Wykonawca BWG EBiT Sp. z o.o. przesłał Zamawiającemu, za pośrednictwem faksu (godz. 11:14), ubezpieczeniową gwarancję należytego wykonania i właściwego usunięcia wad nr 908200184535/GD/GW/GG/60/2014 wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A.

Pismem z dnia 3 grudnia 2014 r., przekazany drogą elektroniczną o godz. 11:12, Zamawiający powiadomił Wykonawcę BWG EBiT Sp. z o.o., że na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp wybrał ofertę wykonawcy SKANSKA S.A. bez przeprowadzania ponownego badania i oceny ofert, ponieważ projekt gwarancji ubezpieczeniowej przedłożony przez Wykonawcę BWG EBiT Sp. z o.o. nie był zgodny z postanowieniami zawartymi w rozdziale XV SIWZ oraz § 7 wzoru umowy, a ww. Wykonawca nie przedłożył poprawionego wzoru gwarancji do dnia 2 grudnia 2014 r., co było równoznaczne z uznaniem, że ww. Wykonawca nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wyznaczonym terminie. Jednocześnie, Zamawiający poinformował, że w konsekwencji powyższego na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp zatrzymuje wadium wniesione przez wykonawcę BWG EBiT Sp. z o.o. wraz z odsetkami.

Ponadto, z treści wiadomości przesłanej drogą elektroniczną w dniu 3 grudnia 2014 r. o godz. 15:40 wynika, że Wykonawca BWG EBiT Sp. z o.o. przekazał Zamawiającemu:

1. pismo, w którym ww. Wykonawca informuje o przekazaniu aneksu nr 1 do gwarancji oraz wnosi o wyznaczenie terminu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego,

2. aneks nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji należytego wykonania i właściwego usunięcia wad nr 908200184535/GD/GW/GG/60/2014 z dnia 3 grudnia 2014 r., który uwzględnia uwagi Zamawiającego dotyczące dodania zapisów o odpowiedzialności gwaranta w zakresie kar umownych i odsetek wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, data wystawienia aneksu: 3 grudnia 2014 r., przy czym na piśmie przekazanym przez Zamawiającego widnieje pieczętka Komendy Wojewódzkiej Policji w Szczecinie, wraz z podpisem pracownika i adnotacją 03.12.14 godz. 14:50, co świadczy o złożeniu ww. dokumentu bezpośrednio u Zamawiającego w formie pisemnej.

Pismem z dnia 3 grudnia 2014 r., wezwano Wykonawcę SKANSKA S.A. do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W tym samym terminie wpłynęła do Zamawiającego gwarancja należytego wykonania umowy oraz odpowiedzialności z tytułu rękojmi nr 07761/12/14 z dnia 3 grudnia 2014 r., wystawiona przez Svenska Handelsbanken AB S.A., z treści której wynika, że Svenska Handelsbanken AB S.A. działając na zlecenie firmy SKANSKA S.A. udziela Zamawiającemu gwarancji i gwarantuje *nieodwołalnie i bezwarunkowo płatność na rzecz Zamawiającego na jego pierwsze pisemne żądanie zawierające oświadczenie, że Wykonawca nie wykonał lub nienależyście wykonał zobowiązanie wynikające z Umowy w szczególności z tytułu kar umownych i odsetek wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy bądź odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy*, wysłane zgodnie z przyjętymi warunkami, do kwoty 769.857,00 zł.

W dniu 3 grudnia 2014 r. została zawarta pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą SKANSKA S.A. umowa o roboty budowlane z udzieleniem zaliczki nr ZZ-236/2014 w sprawie zamówienia publicznego pn. „KPP Myślibórz – budowa nowej siedziby przy ul. Łużyckiej – kontynuacja”, o czym Zamawiający poinformował Wykonawcę BWG EBIT Sp. z o.o. w osobnym piśmie.

Zamawiający, w wyjaśnieniach udzielonych na wezwanie Urzędu Zamówień Publicznych, wskazał w kwestii skuteczności (ze względu na formę) wyznaczenia terminu zawarcia umowy, że ww. Wykonawca nie został skutecznie zawiadomiony o terminie podpisania umowy, gdyż podanie informacji o wyznaczeniu terminu podpisania umowy na dzień 3 grudnia 2014 r. (wiadomość e-mail z dnia 28 listopada 2014 r., godz. 14:45) nastąpiło przez pracownika Zamawiającego, który nie posiadał umocowania do składania oświadczeń w jego imieniu. Zatem, podany termin zawarcia umowy należy traktować *wyłącznie jako instrukcyjny i niewiążący, albowiem data 03.12.2014 r. nigdy nie pojawiła się [w] żadnym oficjalnym piśmie podpisanym przez osobę upoważnioną ze strony Zamawiającego*. Powyższe w ocenie Zamawiającego potwierdzają zapisy rozdziału XIV SIWZ, zgodnie z którymi: *o wyborze oferty zamawiający powiadomi wykonawcę drogą faksową lub elektroniczną, natomiast o terminie podpisania umowy telefonicznie na podany w ofercie nr telefonu stacjonarnego lub komórkowego. W przypadku braku numeru telefonu zamawiający skorzysta z drogi faksowej*

lub e-mailowej, a następnie prześle niezwłocznie niniejsze wezwanie pocztą – zawiadomienie o wyznaczeniu terminu zawarcia umowy nie zostało wysłane do Wykonawcy BWG EBIT Sp. z o.o. drogą pocztową.

Ponadto, w piśmie z dnia 3 grudnia 2014 r. Zamawiający wyjaśnił, że w związku z zasadą pisemności wyrażoną w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp oświadczenia składane przez Wykonawcę BWG EBIT Sp. z o.o. w innej formie niż pisemna, w tym że ww. Wykonawca nie uchyła się od zawarcia z Zamawiającym umowy, nie mogą być dla Zamawiającego wiążące tym bardziej, że wszelkie podejmowane przez Wykonawcę czynności w formie pisemnej wskazują na zupełnie inne intencje.

Zgodnie z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana uchyła się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert, bez przeprowadzania ich ponownej oceny, chyba że zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu zamówień Publicznych zauważył, że zgodnie z obowiązującym w doktrynie poglądem poprzez „uchylanie się od podpisania umowy” należy rozumieć wyraźną odmowę zawarcia umowy przez wykonawcę lub odmowę podpisania umowy w dniu określonym przez zamawiającego. Przy czym, terminu „uchylania się” nie można utożsamiać z każdą odmową zawarcia umowy. Odmowa jest każdym oświadczeniem woli wyrażającym brak zgody na zawarcie umowy, która zgodnie z zasadą pisemności wyrażoną w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, została złożona przez wykonawcę na piśmie lub w jednej z form dopuszczonej przez zamawiającego na podstawie przepisów art. 27 ustawy Pzp.

Zdaniem Prezesa Uzp, w związku z dopuszczeniem jako formy porozumienia się z wykonawcami drogi elektronicznej (rozdział XIV SIWZ), Zamawiający nie miał podstaw faktycznych i prawnych do kwestionowania skuteczności złożenia oświadczenia Wykonawcy BWG EBIT Sp. z o.o. o zamiarze zawarcia umowy. Całościowa analiza treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Wykonawcą BWG EBIT Sp. z o.o. a Zamawiającym zdaniem Prezesa UZP, nie dostarcza dowodów na to, że ww. Wykonawca uchyłał się od zawarcia umowy w sprawie niniejszego zamówienia. Z treści pism kierowanych do Zamawiającego wynika wprost, iż Wykonawcy BWG EBIT Sp. z o.o. dążył do zawarcia umowy w sprawie niniejszego zamówienia publicznego. Wskazują na to bezpośrednio przytoczane wyżej wiadomości e-mail z dnia 28 listopada i 2 grudnia 2014 r. W ocenie Prezesa Urzędu brak było podstaw faktycznych, aby uznać, że w kontrolowanym postępowaniu zachodziła pierwsza z sytuacji opisanych w przepisie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, tj. aby Wykonawca BWG EBIT Sp. z o.o. uchyłał się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia.

W kwestii oceny spełnienia kolejnej przesłanki warunkującej możliwość zastosowania art. 94 ust. 3 ustawy Pzp Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że w dniu 3 grudnia 2014 r. o godz. 11:00 Wykonawca BWG EBiT Sp. z o.o. złożył w siedzibie Zamawiającego (w kasie), ubezpieczeniową gwarancję należytego wykonania i właściwego usunięcia wad nr 908200184535/GD/GW/GG/60/2014 wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A. W ocenie Prezesa UZP przedmiotowa gwarancja ubezpieczeniowa spełniała wymagania Zamawiającego zawarte w SIWZ i w § 7 ust. 2 wzoru umowy (z pominięciem zapisów umowy dotyczących odsetek, które zostały w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli doraźnej uznane za niezgodne z przepisem art. 147 ust. 2 ustawy Pzp). Gwarancja ta zawierała bowiem zapisy, że gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezterminowo do zapłaty kwoty sumy gwarancyjnej w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, co - jak wskazano w pkt 1 niniejszej *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* - obejmuje także zobowiązanie gwaranta do zapłaty roszczeń z tytułu kar umownych przewidzianych w przedmiotowej umowie.

Prezes UZP uznał, że zarówno przedłożony projekt, jak i wystawiona w dniu 3 grudnia 2014 r. gwarancja ubezpieczeniowa, należyście zabezpieczyły interes Zamawiającego w zakresie możliwości pokrycia roszczeń wynikających z nienależytego wykonania zamówienia, w szczególności kar umownych zastrzeżonych w § 12 wzoru umowy.

Ponadto w ocenie Prezesa Urzędu termin zawarcia umowy – w dniu 3 grudnia 2014 r. - przekazany w wiadomości e-mailem z dnia 28 listopada 2014 r. Wykonawcy BWG EBiT Sp. z o.o. był dla Zamawiającego wiążący. Zamawiający dopuścił bowiem jako jedną z form porozumiewania się z wykonawcami drogę elektroniczną (rozdział XIV SIWZ), zaś sama wiadomość została przekazana przez pracownika wyznaczonego w rozdziale VII pkt 5 SIWZ do kontaktów z wykonawcami. Zamawiający przy przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest związany zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zaś wszelkie zmiany treści bądź interpretacyjne zapisów SIWZ są bezwzględnie zakazane po upływie terminu składania ofert.

Dalej Prezes UZP argumentował, że jeżeli w § 7 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ, podano, że wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza jest zobowiązany do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia najpóźniej w dniu zawarcia umowy, to Zamawiający nie miał podstaw do ustanowienia ostatecznego terminu wniesienia tego zabezpieczenia na dzień przed terminem zawarcia umowy, tj. w dniu 2 grudnia 2014 r. Wykonawca BWG EBiT Sp. z o.o. mógł więc wnieść zabezpieczenie należytego wykonania zamówienia również w dniu 3 grudnia 2014 r., tj. w wyznaczonym przez Zamawiającego dniu podpisania umowy.

Wobec powyższego Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że skoro Wykonawca BWG EBiT Sp. z o.o. już w dniu 28 listopada 2014 r. przedłożył Zamawiającemu projekt gwarancji ubezpieczeniowej, który był zgodny z art. 147 ust. 2 ustawy Pzp, z zapisami SIWZ oraz wzoru umowy, a następnie w dniu 3 grudnia 2014 r., który został wyznaczony przez Zamawiającego jako dzień zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, przedłożył gwarancję ubezpieczeniową powielającą treść przesłanego wcześniej projektu, to Zamawiający nie mógł odmówić zawarcia umowy w sprawie zamówienia z ww. Wykonawcą.

Tym samym, zdaniem Prezesa UZP, art. 94 ust. 3 ustawy Pzp nie miał w sprawie zastosowania, gdyż nie wystąpiła żadna z przesłanek uprawniających Zamawiającego do dokonania wyboru najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny. Zamawiający niezasadnie uznał, iż Wykonawca BWG EBiT Sp. z o.o. nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz uchylał się od zawarcia umowy, czym w konsekwencji naruszył dyspozycję art. 94 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Naruszenia te miały wpływ na wynik postępowania, poprzez wybór oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny – oferty Wykonawcy SKANSKA S.A., pomimo braku wystąpienia ku temu przesłanek, a następnie poprzez udzielenie zamówienia ww. Wykonawcy. Z uwagi na powyższe, w związku ze stwierdzonym naruszeniem art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający nie miał także podstaw faktycznych ani prawnych do zatrzymania wadium Wykonawcy BWG EBiT Sp. z o.o. Zatrzymując wadium Wykonawcy BWG EBiT Sp. z o.o. Zamawiający działał z naruszeniem art. 46 ust. 1 i 5 pkt 2 ustawy Pzp.

3. Zamawiający zwrócił się do Wykonawców BWG EBiT Sp. z o.o., SKANSKA S.A., Stargardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane MARBUD Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „WIMAR” W. P. o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o okres 30 dni. W pismach z dnia 2 grudnia 2014 r., Wykonawcy Stargardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane MARBUD Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „WIMAR” W. P. nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Zamawiający nie wykluczył ww. Wykonawców z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawców: Stargardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane MARBUD Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „WIMAR” W. P., którzy nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Naruszenie to nie wywarło wpływu na wynik przedmiotowego postępowania.

4. W dniu 3 grudnia 2014 r., Zamawiający poinformował Wykonawców, że na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp wybrał ofertę Wykonawcy SKANSKA S.A. bez przeprowadzania ponownego badania i oceny ofert. W tym samym dniu została zawarta pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą SKANSKA S.A. umowa o roboty budowlane z udzieleniem zaliczki nr ZZ-236/2014 w sprawie zamówienia publicznego pn. „KPP Myślibórz – budowa nowej siedziby przy ul. Łużyckiej - kontynuacja”. W trakcie trwania postępowania Zamawiający wykluczył Wykonawców: KBUD K. Ł. oraz Konsorcjum firm: Zakład Ogólnobudowlany A. G., Usługi Ogólnobudowlane „PAK-BUD” Z. P., co jednocześnie przesądziło o odrzuceniu ofert ww. Wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Przepis art. 94 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem art. 183 ustawy Pzp, w terminie nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo 10 dni - jeżeli zostało przesłane w inny sposób - w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, poprzez zawarcie umowy z Wykonawcą SKANSKA S.A. w dniu 3 grudnia 2014 r., czyli bez zachowania terminu *standstill*, Zamawiający naruszył art. 94 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

5. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ustalił następujący stan faktyczny:

W rozdziale V pkt. 1 ppkt 3 SIWZ, Zamawiający wskazał, iż uzna warunek wiedzy i doświadczenia za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedną najważniejszą robotę budowlaną, przy czym za najważniejszą robotę budowlaną Zamawiający uznawał budowę (odbudowę, rozbudowę, nadbudowę) budynku wraz z wykonaniem robót branży budowlanej, elektrycznej i sanitarnej o wartości roboty budowlanej nie mniejszej niż 3.000.000,00 zł brutto. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu, wykonawcy byli zobowiązani do przedłożenia wykazu robót budowlanych, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania, według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Wykonawca BWG EBIT Sp. z o.o. wskazał w ofercie cenowej (załącznik nr 1 do SIWZ), że powierza podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia:

1. doradztwo techniczne,

2. instalacje sanitarne, elektryczne, teletechniczne.

Jednocześnie, ww. Wykonawca nie załączył do oferty wykazu robót budowlanych ani dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Zamawiający wezwał Wykonawcę BWG EBiT Sp. z o.o. do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ww. dokumentów potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia, w terminie do dnia 17 listopada 2014 r.

Wykonawca BWG EBiT Sp. z o.o. uzupełnił ofertę o:

1. pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp z dnia 5 listopada 2014 r., złożone na wzorze stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ, z treści którego wynika, że osoba działająca w imieniu i na rzecz CORLUX Sp. z o.o. zobowiązała się, w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, udostępnić Wykonawcy BWG EBiT Sp. z o.o. *kwalfikacje techniczne, tj. doświadczenie i wiedzę udokumentowane referencjami dotyczącymi robót budowlano-montażowych wraz ze zmianą układu funkcjonalnego w budynku Domu Kultury w Pyrzycach*, na podstawie umowy łączącej oba podmioty, na czas realizacji niniejszego zamówienia, przy czym zakres udziału podmiotu trzeciego przy wykonaniu zamówienia został określony jako *doradztwo techniczne*,
2. wykaz robót budowlanych, w którym na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia podano zamówienie pn. *Przebudowa Domu Kultury w Pyrzycach*, wykonane dla Gminy Pyrzyce w 2010 r., o wartości 10.831.000,00 zł brutto, wraz z referencjami potwierdzającymi, iż ww. prace zostały przez Wykonawcę CORLUX Sp. z o.o. *wykonane należyte i odebrane bez uwag*,
3. informację dotyczącą Wykonawcy CORLUX Sp. z o.o. odpowiadającą odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców pobraną na podstawie art. 4 ust. 4aa ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. z 2007 r. Nr 168, poz. 1186 ze zm.), stan na dzień 7 października 2014 r., godz. 9:58, numer KRS: 0000325099.

Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej za jaką uznał ofertę Wykonawcy BWG EBiT Sp. z o.o. Zamawiający uznał informacje zawarte w zobowiązaniu podmiotu trzeciego – Firmy CORLUX Sp. z o.o. – do oddania zasobów niezbędnych na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia za potwierdzające spełnienie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania

zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

W ocenie Prezesa Urzędu, użyte pojęcie „doradztwo techniczne” nie precyzuje w jaki sposób Spółka CORLUX Sp. z o.o. będzie uczestniczyła w wykonaniu zamówienia. Jednocześnie, uwzględnienie oświadczeń ww. Wykonawcy złożonych w ofercie cenowej (załącznik nr 1 do SIWZ) nie pozwala na ustalenie czy w danym przypadku zaoferowana forma wsparcia Wykonawcy BWG EBiT Sp. z o.o. zapewnia rzeczywisty dostęp do zasobów podmiotu trzeciego i jest wystarczająca do należytego wykonania zamówienia. Powyższe może świadczyć o jedynie formalnym przekazaniu potencjału w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak i o rzeczywistym udziale Spółki CORLUX Sp. z o.o. w realizacji zamówienia, np. poprzez stały nadzór nad postępem prac pełniony przez doświadczoną kadrę wysłaną w celu doradztwa na plac budowy.

Zdaniem Prezesa UZP, Zamawiający przyjął niezasadnie, że przedłożone przez Wykonawcę BWG EBiT Sp. z o.o. pisemne zobowiązanie Spółki CORLUX Sp. z o.o. udostępniającej ww. Wykonawcy doświadczenie i wiedzę w formie doradztwa technicznego jest wystarczające do uznania, iż Spółka CORLUX Sp. z o.o. zapewni rzeczywiste wsparcie na etapie realizacji zamówienia w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia. W przypadku gdy treść oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, budzi wątpliwości Zamawiającego, w szczególności zawiera zbyt ogólnikowe bądź sprzeczne ze sobą zapisy, Zamawiający jest zobligowany w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na powyższą okoliczność, w wyznaczonym przez siebie terminie. Zamawiający był zatem zobowiązany do wezwania Wykonawcy BWG EBiT Sp. z o.o. w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie udziału Spółki CORLUX Sp. z o.o. w wykonaniu zamówienia, w szczególności o dookreślenie na czym będzie polegało podane w zobowiązaniu „doradztwo techniczne”.

Zdaniem Prezesa UZP, powyższe zaniechanie stanowi naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, które to naruszenie mogło mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

6. W rozdziale V pkt. 1 ppkt 3 SIWZ, Zamawiający wskazał, iż uzna warunek wiedzy i doświadczenia za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedną najważniejszą robotę budowlaną, przy czym za najważniejszą robotę budowlaną Zamawiający uznawał budowę (odbudowę, rozbudowę, nadbudowę) budynku wraz z wykonaniem robót branży budowlanej, elektrycznej i sanitarnej o wartości roboty budowlanej nie mniejszej niż 3.000.000,00 zł brutto.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku, wykonawcy byli zobowiązani do przedłożenia wykazu robót budowlanych, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania, według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę KUBD K. Ł. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia – wykazu robót budowlanych wraz z dowodami potwierdzającymi, że roboty te zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wnosił o uzupełnienie wykazu robót o informację czy wykonane roboty obejmowały wykonanie łącznie: robót branży budowlanej, elektrycznej i sanitarnej oraz o załączenie dowodów potwierdzających, że podana w wykazie robota została wykonana w sposób należyty oraz wskazujących, czy została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona. W uzasadnieniu wezwania Zamawiający zaznaczył, iż złożony wykaz robót nie zawiera ww. informacji, a złożony dowód nie określa, czy robota ta została wykonana w sposób należyty oraz nie wskazuje, czy została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona. Jeżeli Zamawiający miał wątpliwości w związku z treścią załączonego do oferty protokołu końcowego odbioru robót dla zadania: *Rozbudowa Szkoły Podstawowej nr 7 przy ul. Złotowskiej 86 w Szczecinie w systemie modułowym*, czy Wykonawca KBUD K. Ł. usunął usterki i wykonał postawione zalecenie, to powinien zaznaczyć w wezwaniu, iż prosi o przedłożenie dowodów potwierdzających prawidłowe ukończenie zadania, w tym potwierdzenia naprawienia usterek i wykonania balustrady, o których mowa w protokole końcowym odbioru robót.

Zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wobec sformułowania przez Zamawiającego wezwania z dnia 7 listopada 2014 r. w sposób nieprecyzyjny, należało uznać, że Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia z postępowania Wykonawcy KBUD K. Ł.,

ponieważ brak należytej staranności przy formułowaniu wezwania nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla wykonawcy.

Tym samym, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nieprecyzyjne wezwanie Wykonawcy KBUD K. Ł. do uzupełnienia dowodów potwierdzających należyte wykonanie wskazanych w wykazie robót oraz poprzez bezpodstawne wykluczenie ww. Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które to naruszenie nie wpłynęło na wynik przedmiotowego postępowania.

7. W rozdziale V pkt. 1 ppkt 3 SIWZ, Zamawiający wskazał, iż uzna warunek wiedzy i doświadczenia za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedną najważniejszą robotę budowlaną, przy czym za najważniejszą robotę budowlaną Zamawiający uznawał budowę (odbudowę, rozbudowę, nadbudowę) budynku wraz z wykonaniem robót branży budowlanej, elektrycznej i sanitarnej o wartości roboty budowlanej nie mniejszej niż 3.000.000,00 zł brutto. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku, wykonawcy byli zobowiązani do przedłożenia wykazu robót budowlanych, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania, według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Wykonawca Konsorcjum firm: Zakład Ogólnobudowlany A. G., Usługi Ogólnobudowlane „PAK-BUD” Z. P. na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia załączył do oferty:

- wykaz najważniejszych robót, z treści którego wynika, iż ww. Wykonawca wykonał rozbudowę budynku Zespołu Szkół w Kłodawie o gimnazjum, łącznik oraz salę sportowo-rehabilitacyjną dla Spółki SKANSKA S.A., w okresie: 1 kwiecień 2010 r. – 30 wrzesień 2011 r., o wartości 3.750.000,00 zł brutto, oraz rozbudowę i przebudowę budynku w Gorzowie Wlkp. – zakres sanitarno-elektryczny, dla Spółki EL-KAB Sp. z o.o., w okresie: marzec 2009 r. – maj 2010 r., o wartości 2.462.852,00 zł brutto,
- referencje z dnia 6 grudnia 2011 r. wystawione przez Spółkę SKANSKA S.A., z treści których wynika, iż Wykonawca Usługi Ogólnobudowlane „PAK-BUD” Z. P. wykonał należycie i terminowo zespół budynków dwu i jednokondygnacyjnych o powierzchni 4.562,54, kubatura 25.461,68 m³, w ramach zadania pn. *Rozbudowę budynku Zespołu Szkół w Kłodawie o gimnazjum, łącznik oraz salę sportowo-rehabilitacyjną,*

- referencje z dnia 26 lutego 2013 r. wystawione przez Spółkę EL-KAB Sp. z o.o., z treści których wynika, iż Wykonawca Zakład Ogólnobudowlany A. G. wykonał w sposób fachowy, staranny, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej roboty budowlane polegające na przebudowie i rozbudowie budynku w Gorzowie Wlkp.

Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę Konsorcjum firm: Zakład Ogólnobudowlany A. G., Usługi Ogólnobudowlane „PAK-BUD” Z. P. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia – wykazu robót budowlanych uzupełnionego o informację czy podana w poz. 1 robota obejmowała wykonanie łącznie: robót branży budowlanej, elektrycznej i sanitarnej, bądź uzupełnionego o nową robotę potwierdzającą spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia wraz z dowodami potwierdzającymi, że robota ta została wykonana w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona. Wykonawca w terminie uzupełnił ofertę o wykaz robót budowlanych z dnia 13 listopada 2014 r. zawierający informację, że zamówienie pn. *Rozbudowa budynku 2 szkół w Kłodawie o gimnazjum, łącznik oraz salę sportową i rehabilitacji* obejmowało branże: budowlaną, instalacji sanitarnej i elektryczną. Zamawiający poinformował o wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp Wykonawcy wskazując, że: *„Wykonawca uzupełnił wykaz opatrzony datą 13.11.2014 r., tymczasem zgodnie z art. 26 ust. 3 uPzp złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego nie później niż w dniu w którym upłynął termin składania ofert tj. na dzień 05.11.2014 r.”*

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podkreślił, że istotą wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest umożliwienie wykonawcy, który nie złożył wymaganych dokumentów lub oświadczeń, lub złożył dokumenty lub oświadczenia zawierające błędy, wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez złożenie nowych dokumentów lub oświadczeń. Przy czym, o ile uzupełnieniu podlegają dokumenty potwierdzające spełnianie warunków, o tyle samo spełnianie warunków na dzień składania ofert nie podlega uzupełnieniu. Dokumenty składane w ramach uzupełnienia istotnie nie muszą być sporządzone w dacie składania ofert, muszą jednak w tej dacie potwierdzać spełnianie wykazywanych w nich okoliczności. Tym samym zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wykaz robót budowlanych wytworzony w dniu 13 listopada 2014 r., nie mógł stanowić podstawy do wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż jego treść wskazywała na spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia przez tego Wykonawcę również w dniu składania ofert.

W konsekwencji Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne

wykluczenie Wykonawcy z udziału w postępowaniu, które to naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W przypadku gdyby Wykonawca BWG EBiT Sp. z o.o. wykazał, iż Spółka CORLUX Sp. z o.o. udostępniająca zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia będzie rzeczywiście uczestniczyła w wykonaniu zamówienia, to oferta ww. Wykonawcy powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

8. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ustalił, że pani R. G. i pan R. M. byli osobami, które w toku ww. postępowania podpisywały pisma kierowane od Zespołu Zamówień Publicznych KWP w Szczecinie, tj.:

- pismo z dnia 23 października 2014 r. dotyczące wyznaczenia terminu wizji lokalnej (podpisane przez panią R. G.),
- pismo z dnia 27 października 2014 r. dotyczące modyfikacji zapisów wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ (podpisane przez pana R. M.),
- pismo z dnia 28 października 2014 r. dotyczące wyjaśnień treści SIWZ w związku z zapytaniami skierowanymi przez Wykonawców Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „WIMAR” W. P. oraz Stargardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane MARBUD Sp. z o.o. (podpisane przez panią R.G.).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ustalił, że wyżej wymienione osoby nie zostały ujęte w protokole postępowania ani też nie złożyły oświadczenia o braku istnienia okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził naruszenie art. 17 ust. 2 oraz art. 96 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 5 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie *protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego* (Dz. U. z 2010 r. Nr 223, poz. 1458), które to naruszenia nie wpłynęły na wynik przedmiotowego postępowania.

Zamawiający pismem z dnia 17 lipca 2017 roku zakwestionował stwierdzone w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 30 czerwca 2017 r. naruszenie:

1. art. 147 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” (pkt 1 *Informacji*),
2. art. 94 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 46 ust. 1 i 5 pkt 2 ustawy Pzp (pkt 2 *Informacji*),
3. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp (pkt 3 *Informacji*),
4. art. 94 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (pkt 4 *Informacji*),
5. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp (pkt 5 *Informacji*),
6. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (pkt 7 *Informacji*).

W zakresie naruszeń stwierdzonych w pkt 6 i 8 *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

1. W zakresie punktu 1 Zamawiający podniósł, że: „postanowienia § 7 wzoru umowy w zakresie kar umownych wskazują, iż: zamiarem Zamawiającego było objęcie zabezpieczeniem również przypadków określonych w § 12 umowy, które nie w każdym zdarzeniu stanowią będą niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie umowy. Wspomnieć należy, iż Zamawiający przewidział we wzorze umowy chociażby karę umowną za odstąpienie od umowy (§ 12 pkt 1 lit. c), czy np. z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom przez wykonawcę (§ 12 pkt 1 lit d), czy też z tytułu braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie zmiany terminu zapłaty (§ 12 pkt 1 lit g).” Zamawiający wskazał, że w przypadku braku zapłaty wynagrodzenia przez wykonawcę podwykonawcy, będzie ponosił w tym zakresie solidarną odpowiedzialność razem z innymi podmiotami wskazanymi w art. 647¹ Kodeksu cywilnego. Konieczne zatem było zabezpieczenie interesów Skarbu Państwa poprzez wprowadzenie do umowy zapisów dotyczących kar umownych oraz objęcie zakresem zabezpieczenia należytego wykonania umowy kar i należności z tytułu odsetek. Stąd, zdaniem Zamawiającego, nie żądał gwarancji zbyt rygorystycznych, odbiegających od przyjętych standardów. W ocenie Zamawiającego, dbałość o interesy Skarbu Państwa legła u podstaw ukształtowania nadrzędnej pozycji Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji także ograniczenia zasady swobody umów. Jak wskazał Wnoszący zastrzeżenia: *obrót dokonywany na podstawie uPzp, mimo zasadniczo cywilnego charakteru, wykazuje specyficzne cechy skutkujące konieczności uwzględnienia również prawa publicznego i założeń systemowych, które stały się dla niej ratio legis. Po pierwsze wynikało one ze zdobytych dotychczas doświadczeń z poprzedniego postępowania w ramach tej samej nieukończonyj Inwestycji przez pierwotnego wykonawcę, który w toku realizacji zadania okazał się niezdolny do jego zakończenia, zaś zamawiający zmuszony był do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, zaspokojenia roszczeń podwykonawców oraz dochodzenia roszczeń z tytułu kary umownej w związku z odstąpieniem od umowy oraz niezgłoszeniem podwykonawców na drodze postępowania cywilnego. Nadto, obowiązek zakresu należytego zabezpieczenia umowy wynikał już z treści zapisów zawartych we wzorze umowy, który jest Integralną częścią SIWZ.*

Zamawiający wskazał także, że Wykonawca BWG EBiT Sp. z o.o. nie wniósł o wyjaśnienie treści SIWZ, w oparciu o art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, a warunki umowy były identyczne dla wszystkich wykonawców. Ponadto, w ocenie Zamawiającego kwestionowane zapisy SIWZ nie naruszają przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a Wykonawca BWG EBiT Sp. z o.o. zanegował treść przedmiotowego zapisu SIWZ po upływie terminu składania ofert. Zgodnie natomiast z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, niedopuszczalna była modyfikacja treści SIWZ

w zakresie § 7 wzoru umowy po upływie tego terminu. Podnoszone w tym zakresie zarzuty Wykonawcy BWG EBiT Sp. z o.o. należy uznać za spóźnione, z uwagi na fakt zaniechania skorzystania przez ww. Wykonawcę z uprawnienia wyrażonego w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, jak i nieskorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 181 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie, Zamawiający wskazał, że Wykonawca BWG EBiTSp. z o.o. został zobowiązany do złożenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formach określonych w art. 148 ustawy Pzp, zatem mógł dokonać innej formy jego wniesienia.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w odpowiedzi na zastrzeżenia podniósł, że dbanie o interes Skarbu Państwa czy doświadczenia Zamawiającego związane z realizacją umowy przez nierzetelnych wykonawców nie mogą uzasadniać naruszeń w zakresie stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W kwestii roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego, Prezes wskazał, że ustawa Prawo zamówień publicznych odsyła do przepisów Kodeksu cywilnego, w szczególności do art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym (w brzmieniu obowiązującym w chwili wszczęcia kontrolowanego postępowania), kara umowna obejmuje naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego poprzez zapłatę sumy wskazanej w umowie. Oznacza to, że roszczenie o zapłatę kar umownych powstaje dopiero w momencie stwierdzenia nienależytego wykonania zamówienia i tylko w przypadku wprowadzenia instytucji kar umownych w umowie. Zawarte w gwarancji ubezpieczeniowej zobowiązanie gwaranta do zapłaty kwoty nieprzekraczającej sumy gwarancyjnej w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania robót budowlanych objętych umową, obejmuje także zobowiązanie gwaranta do zapłaty określonej w umowie kwoty pokrywającej roszczenie z tytułu kar umownych.

Jednakże Prezes podniósł, że roszczenie o zapłatę odsetek naliczonych od kar umownych nie może zostać potraktowane w ten sam sposób, co roszczenie o zapłatę samych kar umownych. Roszczenie to nie powstaje bezpośrednio w związku z niewykonaniem bądź nienależytym wykonaniem umowy, lecz dopiero w przypadku braku zapłaty na rzecz Zamawiającego kar umownych. Z powyższych względów Prezes uznał, że art. 147 ust. 2 ustawy Pzp nie daje podstaw do objęcia zabezpieczeniem roszczenia o zapłatę odsetek naliczanych od kar umownych.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał stwierdzone w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* naruszenie przepisu art. 147 ust. 2 ustawy Pzp polegające na bezpodstawnym rozszerzeniu przez Zamawiającego zakresu zabezpieczenia należytego wykonania umowy o roszczenie o zapłatę odsetek (§ 7 ust. 2 wzoru umowy).

2. Zamawiający, wnosząc zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej w zakresie punktu 2 wskazał, że określenie przez pracownika Zamawiającego, który nie posiadał umocowania do składania oświadczeń woli w jego imieniu, dnia 3 grudnia 2014 r. jako przewidywanego terminu zawarcia umowy miało charakter instrukcyjny i należy je odczytywać jedynie jako wskazanie Wykonawcy, iż podpisanie umowy nastąpi niezwłocznie po przedłożeniu prawidłowego pod względem merytorycznym i prawnym oraz zaakceptowanego przez Zamawiającego wzoru gwarancji.

Zgodnie z rozdziałem XIV SIWZ, informację o terminie podpisania umowy Zamawiający przekazuje w rozmowie telefonicznej bądź drogą elektroniczną, a następnie niezwłocznie przesyła pocztą. Warunek przesłania przez Zamawiającego zawiadomienia drogą pocztową nie został spełniony, zatem nie można uznać daty 3 grudnia 2014 r. jako wiążącego terminu podpisania umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia. W ocenie Zamawiającego, powyższe potwierdza treść pisma Wykonawcy z dnia 3 grudnia 2014 r., w którym wnosi o wyznaczenie terminu zawarcia umowy.

Z uwagi na powyższe, za jedyny i wiążący termin na wniesienie zabezpieczenia należy uznać, zdaniem Zamawiającego, dzień 2 grudnia 2014 r., o którym informowano Wykonawcę BWG EBiT Sp. z o.o. w pismach z dnia 28 listopada 2014 r. i 2 grudnia 2014 r., podpisanymi przez osobę upoważnioną do działania w imieniu Zamawiającego. Wnoszący zastrzeżenia podkreślił, iż *był gotowy do zawarcia umowy już w dniu 26.11.2014 r. i jedynie na skutek opieszałości Wykonawcy i podejmowania przez niego działań, które mogły budzić wątpliwości co do jego ostatecznych zamiarów, do podpisania umowy nie doszło. Jedynym warunkiem niezbędnym do zawarcia umowy było przedłożenie zabezpieczenia w formie i o treści wymaganej przez Zamawiającego.* W związku z powyższym, podpisanie umowy uzależnione było wyłącznie od aktywności Wykonawcy.

Zamawiający wskazał, że w praktyce podpisanie umowy następuje automatycznie z chwilą uzyskania akceptacji przedłożonego wzoru gwarancji przez Zamawiającego, bez konieczności wyznaczenia terminu na podpisanie umowy. Ponadto Zamawiający wskazał, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidują obowiązku wyznaczenia terminu zawarcia umowy, a przepis art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp nie wymaga do zatrzymania wadium by kumulatywnie zostały spełnione dwie przesłanki w postaci niewniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako oferta najkorzystniejsza, oraz wyznaczenia terminu podpisania umowy przez zamawiającego.

Zdaniem Zamawiającego, działania Wykonawcy BWG EBiT Sp. z o.o., w tym kwestionowanie zasadności zgłoszonych uwag co do treści gwarancji ubezpieczeniowej oraz ostatecznego terminu złożenia ww. dokumentu świadczą o celowym wydłużaniu przez ww. Wykonawcę procedury przetargowej. W ocenie Zamawiającego, intencją Wykonawcy było doprowadzenie do podpisania umowy na jego warunkach i podpisane umowy o treści niezgodnej ze wzorem,

stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. Zamawiający przypuszczał, iż konsekwencją wyznaczenia terminu zawarcia umowy będzie zjawienie się w siedzibie zamawiającego Wykonawcy BWG EBiT Sp. z o.o. z gwarancją ubezpieczeniową o treści niezaakceptowanej przez Zamawiającego oraz żądaniem podpisania umowy. W takiej sytuacji odmowa zawarcia umowy przez Zamawiającego mogłaby być potraktowana jako bezzasadne uchylanie się od zawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia. Potwierdzeniem powyższych obaw Zamawiającego było złożenie przez Wykonawcę niezaakceptowanej gwarancji w kasie zamawiającego w dniu 3 grudnia 2014 r. (godz. 11:00).

Zamawiający wskazał, że zachowanie Wykonawcy, negujące zasadność wprowadzenia zmian w treści gwarancji i zabiegi dotyczące wydłużenia terminu na jej złożenie świadczą o tym, że Wykonawca uchylał się od zawarcia umowy, co potwierdza fakt, iż od momentu zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert oraz zatrzymaniu wadium, Wykonawcy wystarczyły 3 godziny na złożenie aneksu do gwarancji ubezpieczeniowej, który uwzględnił uwagi Zamawiającego. W ocenie wnoszącego zastrzeżenia, złożenie powyższego aneksu miało wyłącznie na celu późniejsze wykorzystanie tego faktu w procesie odzyskania zatrzymanego przez Zamawiającego wadium, na co dowodem jest wystąpienie przez Wykonawcę z wnioskiem o wszczęcie kontroli doraźnej do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 5 grudnia 2014 r., jak również z pozwem o zapłatę w postępowaniu upominawczym do Sądu Okręgowego w dniu 12 grudnia 2014 r.

W ocenie Prezesa Urzędu (przedstawionej w odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiającego), termin zawarcia umowy - w dniu 3 grudnia 2014 r. - przekazany w wiadomości e-mailem z dnia 28 listopada 2014 r. Wykonawcy BWG EBiT Sp. z o.o. był dla Zamawiającego wiążący. Zamawiający dopuścił bowiem jako jedną z form porozumiewania się z wykonawcami drogę elektroniczną (rozdział XIV SIWZ), zaś sama wiadomość została przekazana przez pracownika wyznaczonego w rozdziale VII pkt 5 SIWZ do kontaktów z wykonawcami. Zaniechanie wysłania powyższego pisma drogą pocztową nie przesądza o nieważności przekazanych informacji, a jedynie o zaniechaniu czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie rozdziału XIV SIWZ. Wykonawca BWG EBiT Sp. z o.o. nie miał świadomości, że pracownik Zamawiającego nie był uprawniony do działania w jego imieniu (jak twierdzi Zamawiający), chociaż był wprost wskazany w SIWZ do kontaktu z wykonawcami. Zatem, należy domniemywać, iż wszelkie czynności dokonywane przez ww. Wykonawcę, zmierzające do podpisania umowy w terminie 3 grudnia 2014 r., były dokonywane w dobrej wierze.

Natomiast, poruszona przez Zamawiającego kwestia czy przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nakładają na zamawiających obowiązek zawiadomienia wykonawców o terminie zawarcia umowy, w okolicznościach niniejszej sprawy, tj. w momencie gdy Zamawiający już

dokonał takiego zawiadomienia, jest zbyteczna. Należy zauważyć, iż zapisami SIWZ Zamawiający sam zobowiązał się do powiadomienia o terminie zawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zgodził się z Zamawiającym, że w pismach z dnia 28 listopada i 2 grudnia 2014 r. wskazano jako datę wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia dzień 2 grudnia 2014 r. jednakże, zgodnie z § 7 ust. 1 wzoru umowy wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza był zobowiązany do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia najpóźniej w dniu zawarcia umowy. Wobec powyższego Zamawiający nie miał podstaw do ustanowienia ostatecznego terminu wniesienia tego zabezpieczenia na dzień przed terminem zawarcia umowy, tj. w dniu 2 grudnia 2014 r. W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Wykonawca BWG EBiT Sp. z o.o. mógł więc wnieść zabezpieczenie należytego wykonania zamówienia również w dniu 3 grudnia 2014 r., tj. w wyznaczonym przez Zamawiającego dniu podpisania umowy.

Prezes UZP ponownie podkreślił, że zarówno przekazany do zaakceptowania Zamawiającemu w dniu 28 listopada 2014 r. projekt, jak i wystawiona w dniu 3 grudnia 2014 r. gwarancja ubezpieczeniowa, należyście zabezpieczały interes Zamawiającego w zakresie możliwości pokrycia roszczeń wynikających z nienależytego wykonania zamówienia, w szczególności kar umownych zastrzeżonych w § 12 wzoru umowy. Całościowa analiza treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Wykonawcą BWG EBiT Sp. z o.o. a Zamawiającym nie dostarcza dowodów na to, że ww. Wykonawca uchylał się od zawarcia umowy w sprawie niniejszego zamówienia. Z treści pism kierowanych do Zamawiającego wynika wprost, iż Wykonawcy BWG EBiT Sp. z o.o. dążył do zawarcia umowy w sprawie niniejszego zamówienia publicznego. Skoro Wykonawca BWG EBiT Sp. z o.o. już w dniu 28 listopada 2014 r. przedłożył Zamawiającemu projekt gwarancji ubezpieczeniowej, który był zgodny z art. 147 ust. 2 ustawy Pzp, a następnie w dniu 3 grudnia 2014 r., który został wyznaczony przez Zamawiającego jako dzień zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, przedłożył gwarancję ubezpieczeniową powielającą treść przesłanego wcześniej projektu, to Zamawiający nie mógł odmówić zawarcia umowy w sprawie zamówienia z ww. Wykonawcą. Zdaniem Prezesa UZP, to Zamawiający był podmiotem uchylającym się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego i to on ponosi konsekwencje z tym związane, w tym potrzebę wezwania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą. Zdaniem Prezesa UZP okoliczność niekwestionowania zapisów wzoru umowy przez innych wykonawców, w innych postępowaniach, nie może uzasadniać naruszenia przepisów ustawy Pzp stwierdzonych w toku kontroli przedmiotowego postępowania.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał stwierdzone w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* naruszenie przez Zamawiającego dyspozycji przepisów art. 94 ust. 3 w zw. z art. 7

ust. ii 3 ustawy Pzp. poprzez niezasadnie uznanie, że Wykonawca BWG EBIT Sp. z o.o. nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz uchylał się od zawarcia umowy, a w konsekwencji bezpodstawne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej - innego wykonawcy - bez przeprowadzania jej ponownego badania i oceny. Jednocześnie Prezes UP nie uwzględnił zastrzeżeń w zakresie naruszenia art. 46 ust. 1 i 5 pkt 2 ustawy Pzp.

3. Odnosząc się do zastrzeżeń w zakresie wskazanego w pkt 3 *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że zasługują one na uwzględnienie.

4. W zakresie naruszenia wskazanego w pkt 4 *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* Zamawiający podniósł, że uprawnienie do zawarcia umowy bez dochowania terminu *standstill* wynika z przepisu art. 94 ust. 2 pkt 3 lit. a ustawy Pzp, gdyż na skutek odmowy Wykonawców w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą, jak i również zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający pozostał tylko z jedną ofertą w postępowaniu, tj. ofertą Wykonawcy SKANSKA S.A. Pozostali wykonawcy rezygnując z przedłużenia terminu związania ofertą stracili legitymację do wniesienia środków ochrony prawnej. Z powyższego Zamawiający wywiódł, iż skoro żaden z wykonawców nie posiada legitymacji do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, to w niniejszej sytuacji ma prawo do zawarcia umowy bez zachowania terminu *standstill*.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w odpowiedzi na zgłoszone zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej wskazał, że w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania obowiązywał przepis art. 94 ust. 2 pkt 3 lit. a ustawy Pzp w brzmieniu: Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego przed upływem terminów, o których mowa w ust. 1, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 nie odrzucono żadnej oferty oraz w przypadku trybu przetargu nieograniczonego albo zapytania o cenę nie wykluczono żadnego wykonawcy. Z uwagi na precyzyjne określenie przesłanek upoważniających do rezygnacji z zachowania terminu *standstill*, należy uznać, iż nie wystąpiły podstawy do zastosowania wykładni celowościowej ww. przepisu. Dalej Prezes zauważył, że gdyby zamiarem ustawodawcy było zwolnienie z obowiązku stosowania ww. terminu w przypadku braku możliwości skorzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, to zostałyby to wprost określone w przepisie art. 94 ust. 2 pkt 3 lit. a ustawy Pzp, jako jedna z przesłanek warunkujących jego zastosowanie. Powyższe potwierdza fakt, iż obecnie obowiązujący

przepis art. 94 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zezwala na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, bez przestrzegania terminu *standstill*, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp upłynął termin do wniesienia odwołania na czynności zamawiającego wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp lub w następstwie jego wniesienia Izba ogłosiła wyrok lub postanowienie kończące postępowanie odwoławcze. W trakcie trwania przedmiotowego postępowania Zamawiający wykluczył Wykonawców: KBUD K. Ł. oraz Konsorcjum firm: Zakład Ogólnobudowlany A. G., Usługi Ogólnobudowlane „PAK-BUD” Z. P.. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych z uwagi na obowiązujący w momencie wszczęcia postępowania przepis art. 94 ust. 2 pkt 3 lit. a ustawy Pzp, który nie uprawniał Zamawiającego do zaniechania stosowania terminu *standstill*, podtrzymał stwierdzenie o naruszeniu przez Zamawiającego art. 94 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zawarcie umowy z Wykonawcą SKANSKA S.A. w dniu 3 grudnia 2014 r.

5. Zamawiający w treści zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej w zakresie punktu 5 wskazał, że dla udowodnienia dysponowania zasobami podmiotu trzeciego w określony sposób nie jest wystarczające oświadczenie wykonawcy co do zakresu dostępnych zasobów, sposobu ich wykorzystania, charakteru stosunku, zakresu i okresu udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Udowodnienie może nastąpić poprzez złożenie oświadczenia w ww. zakresie przez sam podmiot trzeci, w którym zobowiązuje się on do oddania zasobów w określony sposób i na określonych zasadach. Powyższe wynika wprost z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, który jako dopuszczalny sposób udowodnienia dysponowania zasobami podmiotów trzecich wymienia zobowiązanie tych podmiotów, nie zaś wykonawcy. Tym samym złożenie przez wykonawców oświadczeń, których treść nie została w żaden sposób potwierdzona przez same podmioty trzecie w zobowiązaniach, nie stanowi dowodu, że podmioty trzecie posiadają wiedzę o planowanym przez wykonawców sposobie wykorzystania ich zasobów i rzeczywiście na taki sposób wykorzystania tych zasobów się zgadzają. W opinii Zamawiającego, biorąc pod uwagę ogólną treść złożonego przez podmiot trzeci zobowiązania, nie można przyjąć, że przedstawienie bardziej szczegółowego oświadczenia, ale wyłącznie przez wykonawcę, stanowi „udowodnienie” dysponowania zasobami, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Zamawiający podkreślił, że wezwał Wykonawcę BWG EBiT Sp. z o.o., na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia. W odpowiedzi na niniejsze wezwanie Wykonawca przedłożył dokumenty, stanowiące wystarczające dowody, na podstawie których Zamawiający uznał, iż

pisemne zobowiązanie Spółki CORLUX Sp. z o.o., udostępniającej ww. Wykonawcy doświadczenie i wiedzę w formie doradztwa technicznego, nie budzi wątpliwości i jest wystarczające do uznania, iż Spółka zapewni rzeczywiste wsparcie na etapie realizacji zamówienia w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia, stąd niezasadnym byłoby wzywanie ww. Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, w zakresie udziału Spółki CORLUX Sp. z o.o. w wykonywaniu zamówienia.

Zamawiający zwrócił uwagę, iż przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie określa stopnia szczegółowości zobowiązania podmiotu trzeciego, wykonawca natomiast zobowiązany jest do przedstawienia innych dokumentów poza zobowiązaniem, z którego wynika udostępnienie zasobów, jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający żądał przedłożenia takich dokumentów. W niniejszym postępowaniu, Zamawiający nie postawił takiego żądania, zatem nie miał podstaw do wzywania wykonawców o złożenie innych dokumentów, potwierdzających udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego.

Odnosząc się do zastrzeżeń w powyższym zakresie, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że nie neguje, że samo złożenie przez wykonawcę oświadczenia jest niewystarczające do udowodnienia dysponowania zasobami podmiotu trzeciego. Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Jak wskazał Prezes UZP, w niniejszym postępowaniu Wykonawca BWG EBiT Sp. z o.o. przedłożył pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp z dnia 5 listopada 2014 r., złożone na wzorze stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ, z treści którego wynika, że osoba działająca w imieniu i na rzecz CORLUX Sp. z o.o. zobowiązała się, w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, udostępnić Wykonawcy BWG EBiT Sp. z o.o. *kwalfikacje techniczne, tj. doświadczenie i wiedzę udokumentowane referencjami dotyczącymi robót budowlano-montażowych wraz ze zmianą układu funkcjonalnego w budynku Domu Kultury w Pyrzycach*, na podstawie umowy łączącej oba podmioty, na czas realizacji niniejszego zamówienia.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wątpliwości budzi użyte w przywołanym zobowiązaniu podmiotu trzeciego określenie zakresu udziału Spółki CORLUX Sp. z o.o. przy wykonaniu zamówienia - nazwane „doradztwem technicznym”. Udostępnienie zasobów

niezbędnych do realizacji zamówienia, zwłaszcza zasobów nierozzerwalnie związanych z podmiotem udostępniającym (a do takich należy wiedza i doświadczenie), musi łączyć się z określonym zaangażowaniem podmiotu udostępniającego w realizację umowy. Zaangażowanie to może przybrać różnorakie formy, w tym również przekazania know-how, konsultacje, doradztwo, co nie jest tożsame z udziałem w realizacji zamówienia sensu stricto. Warunkiem powołania się na taki sposób przekazania zasobów jest wykazanie, że przekazanie to realnie nastąpi. W przypadku korzystania z potencjału podmiotu trzeciego nie jest wystarczającym przedstawienie Zamawiającemu potencjału spełniającego warunki udziału w postępowaniu, koniecznym jest również udowodnienie możliwości jego wykorzystania na etapie realizacji zamówienia. Po stronie wykonawcy leży ciężar udowodnienia zamawiającemu rzeczywistego sposobu wykorzystania potencjału przy wykonaniu zamówienia.

Użyte pojęcie „doradztwo techniczne” nie precyzuje w jaki sposób Spółka CORLUX Sp. z o.o. będzie uczestniczyła w wykonaniu zamówienia. Jednocześnie, uwzględnienie oświadczeń Wykonawcy BWG EBiT Sp. z o.o. złożonych w ofercie cenowej (załącznik nr 1 do SIWZ) nie pozwala na ustalenie czy w danym przypadku zaoferowana forma wsparcia zapewnia rzeczywisty dostęp do zasobów podmiotu trzeciego i jest wystarczająca do należytego wykonania zamówienia. Powyższe może świadczyć o jedynie formalnym przekazaniu potencjału w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak i o rzeczywistym udziale Spółki CORLUX Sp. z o.o. w realizacji zamówienia, np. poprzez stały nadzór nad postępem prac pełniony przez doświadczoną kadrę wysyłąną w celu doradztwa na plac budowy. Zatem zdaniem Prezesa UZP Zamawiający był zobowiązany do wezwania Wykonawcy BWG EBiT Sp. z o.o., w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie udziału Spółki CORLUX Sp. z o.o. w wykonaniu zamówienia, w szczególności o dookreślenie na czym będzie polegało podane w zobowiązaniu „doradztwo techniczne”.

Prezes UZP nie uwzględnił zastrzeżeń w zakresie pkt 5 *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*, w którym zostało stwierdzone naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wezwania przez Zamawiającego Wykonawcy BWG EBiT Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie udziału Spółki CORLUX Sp. z o.o. w wykonaniu zamówienia.

7. Odnosząc się do naruszenia stwierdzonego w pkt 7 *Informacji*, Zamawiający wskazał, że dokumenty składane w ramach uzupełnienia dokumentów nie muszą być sporządzone w dacie składania ofert, muszą jednak w tej dacie potwierdzać spełnianie wykazywanych w nich okoliczności. Wykonawca Konsorcjum firm: Zakład Ogólnobudowlany A. G., Usługi Ogólnobudowlane „PAK-BUD” Z. P. uzupełnił ofertę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o wykaz robót budowlanych z dnia 13 listopada 2014 r. zawierający informację, że zamówienie pn.

Rozbudowa budynku 2 szkół w Kłodawie o gimnazjum, łącznik oraz salę sportową i rehabilitacji obejmowało branże: budowlaną, instalacji sanitarnej i elektryczną. Tymczasem, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełniane przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, tj. na dzień 5 listopada 2014 r.

Prezes Urzędu Zamówień publicznych odnosząc się do powyższych zastrzeżeń wskazał, że przywołane wyżej stanowisko Zamawiającego jest niespójne. Zamawiający jednocześnie zgadza się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że uzupełniane dokumenty nie muszą być sporządzane w dacie składania ofert, gdyż ich treść jest decydująca przy ocenie potwierdzania spełniania postawionych wymagań, oraz tłumaczy, że Wykonawca Konsorcjum firm: Zakład Ogólnobudowlany A. G., Usługi Ogólnobudowlane „PAK-BUD” Z. P. nie wykazał spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, gdyż złożony wykaz robót zawierał jako datę wystawienia dzień 13 listopada 2014 r., a nie dzień składania ofert - 5 listopada 2014 r.

Dalej Prezes wyjaśnił, że skoro w wykazie robót podano, że Wykonawca wykonał rozbudowę budynku Zespołu Szkół w Kłodawie o gimnazjum, łącznik oraz salę sportowo-rehabilitacyjną dla Spółki SKANSKA S.A., w okresie: 1 kwiecień 2010 r. - 30 wrzesień 2011 r., o wartości 3.750.000,00 zł brutto, oraz rozbudowę i przebudowę budynku w Gorzowie Wlkp. - zakres sanitarno-elektryczny, dla Spółki EL-KAB Sp. z o.o., w okresie: marzec 2009 r. - maj 2010 r., o wartości 2.462.852,00 zł brutto, to niezrozumiałym jest kwestionowanie przez Zamawiającego, że Wykonawca Konsorcjum firm: Zakład Ogólnobudowlany A. G., Usługi Ogólnobudowlane „PAK-BUD” Z. P. wykazał spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia na dzień 5 listopada 2014 r.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych ww. dokument potwierdza, że Wykonawca spełnił wymagany warunek na dzień składania ofert, pomimo podania jako daty wystawienia wykazu - dnia 13 listopada 2014 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał stwierdzone w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 30 czerwca 2017 r. naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Wykonawcy Konsorcjum firm: Zakład Ogólnobudowlany A. G., Usługi Ogólnobudowlane „PAK-BUD” Z. P. z udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

1.

W ocenie Izby, zasługują na uwzględnienie zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia do wyniku kontroli w zakresie stwierdzonego w *Informacji o wyniku kontroli* naruszenia art. 147

ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 147 ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, zabezpieczenie należytego wykonania umowy służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. W przypadku, gdy umowa przewiduje obowiązek zapłaty przez wykonawcę kar umownych, ich niezapłacenie przez wykonawcę oznacza, że wykonawca nienależycie wykonał umowę - nie tylko z tytułu, z którego należała się kara umowna, ale także z tytułu niezapłacenia kary umownej. Konsekwencją niezapłacenia kary umownej (a co za tym idzie - nienależytego wykonania umowy w tym zakresie) jest możliwość żądania przez Zamawiającego zapłaty odsetek od niezapłaconych lub zapłaconych z opóźnieniem kar umownych.

Artykuł 147 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, na którego naruszenie powołuje się Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, nie zabrania powołania klauzuli, jakiej wymagał Zamawiający. Sam Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w treści zastrzeżeń napisał: „Zgodnie z art. 147 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Jednakże, ustawodawca nie określił jakich konkretnie roszczeń w ramach roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy może dochodzić zamawiający od wykonawcy, w tym przede wszystkim nie zawęził ich zakresu”. Skoro ustawodawca nie określił, jakich konkretnie roszczeń w ramach roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy może dochodzić zamawiający od wykonawcy, w tym przede wszystkim nie zawęził ich zakresu, to tym bardziej Zamawiający uprawniony był do żądania odsetek od niezapłaconych kar umownych. Ponownie należy podkreślić, że zapłata kary umownej stanowi także część umowy i niezapłacenie tych kar (umownych) stanowi nienależyte wykonanie umowy. Umowę należy bowiem traktować jako całość (art. 147 ust. 2 mówi o niewykonaniu całej umowy). Zatem każde naruszenie postanowienia umowy może być objęte gwarancją, jaką dostarczyć ma wykonawca.

Z powyższych względów Izba postanowiła o uwzględnieniu zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących naruszenia art. 147 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2.

Izba nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego w zakresie punktu 2 dotyczących naruszenia art. 94 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 3 i 1 oraz 46 ust. 1 i 5 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba podziela stanowisko Prezesa UZP, że termin zawarcia umowy - w dniu 3 grudnia 2014 r. - przekazany w wiadomości e-mailem z dnia 28 listopada 2014 r. Wykonawcy BWG EBiT Sp. z o.o. był dla Zamawiającego wiążący. Forma elektroniczna była jedną z form porozumiewania się z wykonawcami wskazaną w treści SIWZ. Wykonawca otrzymał powiadomienie o tym

terminie właśnie w takiej formie. Wiadomość ta została przekazana przez pracownika wyznaczonego w rozdziale VII pkt 5 SIWZ do kontaktów z wykonawcami. Izba podziela stanowisko, że zaniechanie wysłania powyższego pisma drogą pocztową nie przesądza o nieważności przekazanych informacji, a jedynie o zaniechaniu czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie rozdziału XIV SIWZ. Co istotne, Wykonawca BWG EBiT Sp. z o.o. nie miał świadomości, że pracownik Zamawiającego nie był uprawniony do działania w jego imieniu (jak twierdzi Zamawiający), chociaż był wprost wskazany w SIWZ do kontaktu z wykonawcami. Zatem, należy domniemywać, iż wszelkie czynności dokonywane przez ww. Wykonawcę, zmierzające do podpisania umowy w terminie 3 grudnia 2014 r., były dokonywane w dobrej wierze. Co więcej, w ocenie Izby jakiegokolwiek rozbieżności Zamawiającego w treści przesyłanych przez Zamawiającego wezwań, nie mogły być interpretowane na niekorzyść Wykonawcy.

Dodatkowo Izba zauważa, że z treści wzoru umowy wynikało, że gwarancja zabezpieczająca należyte wykonanie umowy powinna zostać dostarczona najpóźniej w dniu podpisania umowy. Skoro więc w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie podpisania umowy wykonawca dostarczył gwarancję spełniającą wymogi, to nie sposób uznać, że takie działania świadczyły o uchyleniu się wykonawcy od podpisania umowy z Zamawiającym. Nie sposób też uznać, aby Wykonawca w jakikolwiek sposób uchylał się od podpisania umowy. Dostarczał na wezwanie Zamawiającego gwarancję, co jednoznacznie potwierdza, że był zainteresowany i gotowy zawrzeć umowę.

Tym samym, w ocenie Izby zasadne było stwierdzenie przez Prezesa UZP naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji przepisów art. 94 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. i 3 ustawy Pzp. poprzez niezasadne uznanie, że Wykonawca BWG EBiT Sp. z o.o. nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz uchylał się od zawarcia umowy, a w konsekwencji bezpodstawnie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej - innego wykonawcy - bez przeprowadzania jej ponownego badania i oceny. W konsekwencji nie zasługują na uwzględnienie zastrzeżenia Zamawiającego odnoszące się do naruszenia art. 46 ust. 1 i 5 pkt 2 ustawy Pzp.

W świetle powyższego, Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego w zakresie punktu 2 Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie

4.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego w zakresie punktu 4 zastrzeżeń dotyczących naruszenia art. 94 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W swojej argumentacji Prezes Urzędu Zamówień Publicznych pominął okoliczność szczególną w niniejszym postępowaniu – tj. fakt, że w przypadku obu wykonawców wykluczonych z postępowania,

upłynął termin związania ich ofertą. Termin ten warunkował byt wykonawców w postępowaniu. Skoro zatem wykonawcy, którzy zostali wykluczeni z postępowania, nie przedłużyli terminu związania ofertą, to sami wskazali, że nie są zainteresowani dalszym udziałem w postępowaniu i utracili status wykonawcy (któremu można udzielić zamówienia). Zamawiający pozostał tylko z jedną ofertą w postępowaniu, tj. ofertą Wykonawcy SKANSKA S.A. Powyższe oznacza, że Zamawiający, wobec szczególnej sytuacji w niniejszym postępowaniu, był uprawniony do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, bez konieczności przestrzegania terminu *standstill*. Okres ten bowiem ma na celu umożliwienie wykonawcom wniesienia środków prawnych. Skoro takie środki prawne (w postaci odwołań) oczywiście nie mogły zostać wniesione, odpadła podstawa prawna dla powstrzymywania się od zawarcia umowy – czyli właśnie dla zastosowania *standstill*. W świetle powyższego, Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego w zakresie punktu 4 Informacji o wyniku kontroli doraźnej zasługują na uwzględnienie.

5.

Izba nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego w zakresie punktu 5 dotyczących naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Istotą rozstrzygnięcia w niniejszym postępowaniu jest ustalenie, czy udostępnienie potencjału w zakresie posiadania wiedzy doświadczenia nastąpi w sposób rzeczywisty. Z treści dokumentów przedstawionych Zamawiającemu wynika, że potencjał w zakresie doświadczenia miałby zostać udostępniony poprzez „doradztwo techniczne”. Izba podziela stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że tak ogólnikowe określenie sposobu udostępnienia potencjału nie pozwala na ustalenie rzeczywistego sposobu, w jaki potencjał ten miałby zostać udostępniony. Tym samym nie pozwala na ustalenie, czy faktycznie doszło do udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci. Podkreślenia wymaga, że z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wynikał obowiązek udowodnienia dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego. Ogólnikowe stwierdzenie podmiotu trzeciego nie pozwala na jednoznaczne uznanie, że Wykonawca udowodnił Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobem podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia.

Zamawiający w treści wniesionych zastrzeżeń zwrócił uwagę, że „przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie określa stopnia szczegółowości zobowiązania podmiotu trzeciego, wykonawca natomiast zobowiązany jest do przedstawienia innych dokumentów poza zobowiązaniem, z którego wynika udostępnienie zasobów, jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający żądał przedłożenia takich dokumentów. W niniejszym postępowaniu, Zamawiający nie postawił takiego żądania, zatem nie miał podstaw do wzywania wykonawców o złożenie innych dokumentów, potwierdzających udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego.” W odniesieniu do powyższego Izba stwierdza, że skoro z dokumentów przedstawionych Zamawiającemu nie

wynikał rzeczywisty sposób udostępnienia potencjału, to Zamawiający był zobowiązany do wezwania Wykonawcy BWG EBiT Sp. z o.o., w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie udziału Spółki CORLUX Sp. z o.o. w wykonaniu zamówienia, w szczególności o dookreślenie na czym będzie polegało podane w zobowiązaniu „doradztwo techniczne”. W związku z powyższym, Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego w zakresie punktu 5 Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

7.

Izba nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego w zakresie punktu 7 dotyczących naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu muszą potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu najpóźniej w terminie składania ofert. W przypadku, gdy dokumenty te składane są w uzupełnieniu na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień Publicznych, mogą być wystawione później niż w terminie składania ofert, jednak ich treść musi potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Zamawiający nie zakwestionował, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu nastąpiło przed dniem składania ofert. Tym samym nie było podstaw do uznania, że Wykonawca nie spełnia warunku, a złożone przez niego w uzupełnieniu dokumenty nie potwierdzają wykazania wymaganego doświadczenia. Z dokumentów tych wnika, że na dzień składania ofert Wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu.

W świetle powyższego, Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego w zakresie punktu 7 Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....